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: 55 (1936)

Artikel: Über das Verhältnis der Berufung an das Bundesgericht zu den ausserordentlichen Rechtsmitteln der zürcherischen und bernischen ZPO

Autor: Ziegler, Otto A.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895707

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: 13.12.2025

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

Ueber das Verhältnis der Berufung an das Bundesgericht zu den ausserordentlichen Rechtsmitteln der zürcherischen und bernischen ZPO*)

Von Dr. Otto A. Ziegler, St. Gallen.

Wichtigste Spezialliteratur:

Binder Das Verhältnis der Berufung an das Bundesgericht zu den ausserordentlichen kantonalen Rechtsmitteln, Diss. Zürich 1933.

E. Curti Negative Kompetenzkonflikte in der Zivilrechtspflege, SJZ *23* 305.

A. Guhl Zur Frage der negativen Kompetenzkonflikte nach OG 77, SJZ *27* 37.

Leuch Bemerkungen zu einer Anmerkung, SJZ *32* 160.

Wyss Ein Beitrag zur Frage der Kompetenzausscheidung zwischem zürcherischem Kassationsgericht und schweizerischem Bundesgericht, SJZ *16* 83.

Abkürzungen:

BZP	Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850.
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 mit den bis zum 15. Juni 1934 erfolgten Abänderungen.
zürch. ZPO	Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 13. April 1913 mit Abänderungen vom 7. April 1935.
zürch. GO	Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen vom 29. Januar 1911 mit Abänderungen vom 7. April 1935.

*) Die nachfolgende Abhandlung ist im Mai 1935 im Zivilprozessrechtsseminar der Universität Bern auf Anregung von Herrn *Prof. Dr. Hans Matti* entstanden und seither unter Beibehaltung der ursprünglichen Grundgedanken in Hinblick auf die neuesten Publikationen zu diesem Thema etwas umgearbeitet worden.

bern. ZPO	Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918 mit Abänderungen vom 30. Juni 1935.
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung (zit.: Bd., Teil, Seite).
BZRS	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Bd., Nr.).
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZSchwR N. F.	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge.
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung.

I.

Die in Betracht fallenden Rechtsmittel und ihr gegenseitiges Verhältnis im allgemeinen.

1. Ein besonderes Charakteristikum des schweizerischen Zivilprozessrechtes liegt in der Tatsache, dass die streitige Zivilgerichtsbarkeit mit Ausnahme der Vollstreckung für Geldschulden und Sicherheitsleistungen keine einheitliche Regelung gefunden hat. Die Organisation der Zivilgerichte sowie das vor ihnen einzuhaltende Verfahren wird durch die kantonale Gesetzgebung geordnet und kantonale Organe sind es auch, die die Rechtsprechung besorgen (BV 64 III). Immerhin wird die Justizhoheit der Kantone in zwei sehr bedeutsamen Punkten beschränkt oder gar vollständig ausgeschaltet. Einmal sind nämlich dem Bund bestimmte Prozessfälle durch BV 110[1]) zur alleinigen Erledigung zugewiesen worden, was den Erlass eines „BG über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" (BZP 1850) nötig machte. Weiterhin fällt in Betracht, dass die Gesetzgebungshoheit für das gesamte Gebiet des materiellen Zivilrechtes dem Bunde zusteht (BV 64 I/II) und er in Hinblick auf diese Kompetenz in der Verfassung ermächtigt worden ist, „diejenigen Befugnisse festzustellen, die dem Bundesgerichte behufs einheitlicher Anwendung des eid-

---

[1]) Vgl. auch BV 111, 114 und OG 50, 52.

genössischen Privatrechtes zu übertragen seien" (BV 114). Der Bund ist dieser Aufgabe im „BG über die Organisation der Bundesrechtspflege" (OG 1874, ersetzt durch OG 1893, mehrfach abgeändert) nachgekommen, und zwar in der Weise, dass er das Bundesgericht für die Zivilrechtspflege als letzte „Berufungs- und Beschwerdeinstanz gegenüber Entscheiden kantonaler Behörden" eingesetzt hat (OG 56—94).

Sowohl in den Zivilprozessordnungen sämtlicher Kantone als auch in den beiden erwähnten Bundesgesetzen sind die verschiedenartigsten Rechtsmittel enthalten, so dass sich zunächst eine Unterscheidung von Rechtsmitteln des eidgenössischen und solchen des kantonalen Rechtes ergibt. Für ihr gegenseitiges Verhältnis gilt entsprechend der Struktur des schweizerischen Zivilprozesses folgendes:

a) Gegen Entscheide, die das Bundesgericht in einziger oder letzter Instanz gefällt hat, sind nur Rechtsmittel des eidgenössischen Rechtes zulässig (BZP 192—196, OG 95—98), unter Ausschluss jedes kantonalen Rechtsbehelfes; es folgt dies ohne weiteres aus der staatsrechtlichen Überordnung des Bundes über die in ihm vereinigten Kantone.

b) In allen übrigen Fällen geht das kantonale Prozessrecht den Rechtsmitteln des eidgenössischen Rechtes von Verfassungs wegen vor. Dieser zweite Grundsatz resultiert aus der den Kantonen verbliebenen Selbständigkeit und kommt in der Bundesgesetzgebung vornehmlich in drei Punkten zum Ausdruck:

aa) Die zivilprozessualen Rechtsmittel des OG sind immer nur gegen Entscheide der letzten kantonalen Instanz zulässig (OG 58 I, 86 Ingress)[2]).

bb) Das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz ist grundsätzlich auf die Anwendung des eidgenössischen Rechtes beschränkt (OG 79 II, 94)[3]).

---

[2]) Über den Begriff der „letzten Instanz" siehe unten Anm. 12.

[3]) Siehe die Ausnahme in OG 83, wo allerdings für das Bundesgericht nur die Möglichkeit, nicht aber die Pflicht zur

cc) Endlich wird bei gleichzeitigem Obschweben eines kantonalen und eines eidgenössischen Rechtsmittels die bundesgerichtliche Entscheidung ausgesetzt, bis die Streitsache vor der kantonalen Behörde ihre Erledigung gefunden hat (OG 77 I, 94).

2. Von wesentlicher Bedeutung für das gegenseitige Verhältnis mehrerer Rechtsmittel ist weiterhin die Funktion der einzelnen Institute. Unter diesem Gesichtspunkt lassen sie sich in ordentliche und in ausserordentliche einteilen. Massgebliches Kriterium ist dabei der Einfluss, den sie auf die formelle Rechtskraft des in Frage stehenden Entscheides ausüben: wenn ein Rechtsmittel bereits durch die Möglichkeit seiner Einlegung den Eintritt der Rechtskraft hindert (Suspensiveffekt), muss es als ein ordentliches aufgefasst werden; als ein ausserordentliches erscheint es dagegen, wenn es zum Angriff gegen formell rechtskräftige Entscheide bestimmt ist, ganz unabhängig davon, ob durch seine Ergreifung die bereits rechtskräftige Sentenz ex lege oder gemäss richterlicher Anordnung allenfalls wiederum suspendiert wird oder nicht[4]).

Mit Hilfe dieses zweiten Unterscheidungsmerkmales können die Rechtsmittel[5]) der in unserer Arbeit zu berücksichtigenden Zivilprozessgesetze wie folgt gruppiert werden:

Anwendung kantonalen und ausländischen Rechtes statuiert wird; darüber unten Seite 48.

[4]) Hiezu vor allem *Giesker-Zeller*, Zivilrechtliche Beschwerde 194 ff.

[5]) Die Erläuterung (BZP 197, OG 99; zürch. GO 176, bern. ZPO 334 II) wird in der Übersicht nicht erwähnt, weil sie nicht zu den Rechtsmitteln gehört; unter voller Wahrung des Entscheides als solchem bezweckt sie nämlich lediglich eine erklärende Berichtigung seiner unvollständigen oder sich widersprechenden Punkte.

a) Ordentliche Rechtsmittel:

eidg. Recht.				
gegen bundesger. Urteile:	keine[6])		—	—
gegen kantonale Urteile:	Berufung	OG	56 f.	(65)*)
zürch. ZPO:	Berufung od. Appellation		314 f.	(316)
	Rekurs		334 f.	(337)
bern. ZPO:	Appellation		333 f.	(334 I 1)

b) Ausserordentliche Rechtsmittel:

eidg. Recht.					
g. bdgr. U.:	Revision	BZP 192	OG	95 f.	(196)
g. kant. U.:	zivilr. Beschwerde[7])		OG	86 f.	(89)
	staatsrechtl. Rekurs		OG	178 f.	(185)
zürch. ZPO:	Nichtigkeitsbeschwerde (Kassation)			344 f.	(348 II 2)
	Wiederherstellung (Revision)			351 f.	(355)
bern. ZPO:	Nichtigkeitsklage			359 f.	(361 II)
	Neues Recht			367 f.	(372)

*) Die in Klammer zitierten Gesetzesstellen beziehen sich auf die Anordnung, resp. den Ausschluss des Suspensiveffektes.

Innerhalb der eidgenössischen oder einer der genannten kantonalen Rechtsordnungen gestaltet sich das gegenseitige Verhältnis der beiden Arten von Rechtsmitteln begrifflich je in der Weise, dass ein Erkenntnis vor Eintritt der formellen Rechtskraft nur den ordentlichen und nach Eintritt derselben nur den ausserordentlichen Rechtsmitteln unterliegt. Wenn vor diesem Zeitpunkt die übrigen Voraussetzungen beider Rechtsbehelfe zugleich erfüllt sein sollten, haben die ordentlichen also stets den Vortritt

[6]) Gegen höchstrichterliche Erlasse ist ein ordentliches Rechtsmittel begrifflich undenkbar.

[7]) *Adolf Ziegler*, Revision der Bundesrechtspflege, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1935, ZSchwR N. F. *54* 359/60a schlägt mit guten Gründen vor, der zivilrechtlichen Beschwerde den Suspensiveffekt nicht zu verweigern und sie mit der Berufung zu einem einheitlichen (ordentlichen) Rechtsmittel zu vereinigen.

vor den ausserordentlichen, wie dies besonders deutlich in bern. ZPO 337 ersichtlich ist: „Solange die Appellation offensteht, ist die Einlegung eines andern Rechtsmittels ausgeschlossen"[8]). Die beiden Kategorien stehen in einem Subsidiaritätsverhältnis, demzufolge zum mindesten ihr gleichzeitiges Ergreifen schlechthin nicht in Frage kommen kann.

In gewissen Gebieten haben praktische Erwägungen zu einer noch schärfern Abgrenzung geführt und den Gesetzgeber veranlasst, gegen bestimmte Entscheide überhaupt nur Rechtsmittel der einen oder der andern Art zuzulassen. Dies gilt insbesondere für das OG, nach welchem einerseits die blosse Berufungsmöglichkeit der Einlegung eines ausserordentlichen eidgenössischen Rechtsmittels absolut im Wege steht[9]) und andererseits durch die zivilrechtliche Beschwerde gemäss OG 86 eine Berufung selbst dann ausgeschlossen wird, wenn ihre Voraussetzungen im Sinne von OG 56 f. erfüllt sein sollten[10]). Aus dem bernischen Recht mag erwähnt werden, dass im summarischen Verfahren für die in bern. ZPO 336 II/III genannten Materien nur die Appellation und für alle übrigen Fälle nur die Nichtigkeitsklage offensteht (bern. ZPO 314)[11]). Endlich

[8]) Siehe auch zürch. ZPO 351 betreffend die Wiederherstellung.

[9]) Die zivilrechtliche Beschwerde gemäss OG 87 ist also im Verhältnis zur Berufung immer nur ein subsidiäres Rechtsmittel; vgl. den Gesetzestext und betr. die einzelnen Ziffern: BGE *53* II 352 resp. *42* II 310 resp. *57* II 134. — Die nämliche Beziehung besteht auch zwischen der Berufung und dem staatsrechtlichen Rekurs gemäss OG 178; siehe OG 182 I und *Weiss*, Berufung 353.

[10]) Wir denken in erster Linie an den Fall einer gerichtlichen Entmündigung (OG 86 Ziff. 3 in Verbindung mit bern. EGZGB 34/5 und bern. ZPO 3 II, 7 I, resp. mit zürch. EGZGB 85 und zürch. GO 32 b). — Es lässt sich immerhin auch die Auffassung vertreten, dass in diesem Falle kein Haupturteil in einer zivilrechtlichen Streitigkeit vorliege und die Voraussetzungen der Berufung also nicht erfüllt seien. — Die zivilrechtliche Beschwerde nach OG 86 ist immer ein prinzipales Rechtsmittel.

[11]) Siehe *Matti*, Die bernische Nichtigkeitsklage in ZBJV *65* 7 und die dort zitierten Entscheide, vor allem ZBJV *63* 317.

gewährt zürch. ZPO 345 I die Nichtigkeitsbeschwerde sowohl im ordentlichen wie im summarischen Verfahren nur gegen solche Entscheide, gegen die eine Appellation oder der Rekurs nicht zulässig ist, allerdings mit der Milderung, dass die Kassation immer statthaft sei, wenn der Nichtigkeitsgrund dem Rechtsmittelkläger erst nach Ablauf der Frist für die Einlegung des ordentlichen Rechtsmittels zur Kenntnis gelangt ist.

3. Bisher haben wir uns darauf beschränkt, unter Ziff. 1 die Beziehungen kantonaler und eidgenössischer Rechtsmittel einzig im Hinblick auf die staatsrechtliche Rangstellung der sie enthaltenden Gesetzes abzuklären und weiterhin unter Ziff. 2 das Verhältnis funktionell verschiedenartiger Rechtsmittel lediglich mit Gültigkeit für eine bestimmte Rechtsordnung zu umschreiben. In letzter Linie bleibt uns nun also noch die Untersuchung über die Relationen zwischen gleichartigen, resp. ungleichartigen Rechtsmitteln beim Zusammentreffen verschiedener Rechtskreise. Die dabei auftauchenden Fragen verdienen ganz besonderes Interesse, weil sie das gegenseitige Verhältnis der bereits gefundenen Grundsätze beleuchten und schliesslich zum eigentlichen Thema unserer Arbeit überleiten.

Was zunächst die Beziehungen zwischen den ordentlichen kantonalen Rechtsmitteln einerseits und den sämtlichen eidgenössischen andererseits betrifft, so genügt für ihre Umschreibung unser erster Satz von der Vorrangstellung des kantonalen Zivilprozessrechtes. Da ihm zufolge diese letztern nämlich übereinstimmend nur gegenüber Entscheiden der letzten kantonalen Instanz zulässig sind und die Letztinstanzlichkeit im Sinne des OG definitionsgemäss vom Abschluss eben des ordentlichen Instanzenzuges abhängt[12]), ergibt sich ohne weiteres, dass

[12]) Ob die Letztinstanzlichkeit und damit die Berufungsfähigkeit dadurch herbeigeführt werden kann, dass die Parteien vor Eintritt der formellen Rechtskraft auf die kantonalrechtliche Berufung verzichten, wie dies neuerdings in zürch. ZPO 314 II

auf zivilprozessualem Gebiet eine Weiterziehung an das Bundesgericht nur dort in Frage kommt, wo die oben als Gegenstück erwähnte kantonalrechtliche Appellation gesetzlich nicht vorgesehen ist. Damit findet beim Zusammentreffen funktionell verschiedenartiger Rechtsmittel aber auch unser zweiter Satz von der Subsidiarität der ausserordentlichen Rechtsmittel seine Bestätigung, wobei dann übrigens nicht nur der theoretischen Minimalforderung — relativer Ausschluss — Genüge geleistet wird, indem wie gesagt die ausserordentlichen Rechtsbehelfe des Bundes durch die Möglichkeit einer Appellation schlechthin und nicht nur bis zum Ablauf der ordentlichen Rechtsmittelfrist ausgeschlossen werden.

Grundsätzlich verschieden gestaltet sich die Rechtslage dann, wenn die beiden Arten eidgenössischer Rechtsmittel zu den ausserordentlichen Rechtsbehelfen des kantonalen Rechtes in Beziehung treten. Wesentlich ist hier insbesondere, dass dabei nun alle in Betracht fallenden Institute — aus verschiedenen Gründen allerdings — die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges voraussetzen und somit beim Vorliegen der übrigen Erfordernisse nebeneinander zulässig sein können. Werden je zwei von ihnen gleichzeitig ergriffen, so wird in Ausführung unseres ersten Grundsatzes das bundesgerichtliche Berufungs- oder Beschwerdeverfahren vorläufig sistiert und die materielle Entscheidung ausgesetzt bis zur Erledigung

---

(1935) vorgesehen wird, ist sehr fraglich, nachdem die entsprechende Vorschrift von OG 1874 29 III ausdrücklich fallen gelassen wurde; siehe die sehr berechtigte Warnung von *Adolf Ziegler*, a. a. O. ZSchwR N. F. *54* 308a f. sowie *Fritzsche*, Rationalisierung der Rechtspflege, SJZ *32* 120 Anm. 5 für die gegenteilige Auffassung. — Dass an den Abschluss bereits des ordentlichen Instanzenzuges angeknüpft wird, stellt keinen Eingriff in die kantonale Justizhoheit dar, weil ja das kantonale Verfahren in diesem Stadium normalerweise beendigt wird. Praktisch wäre es übrigens unmöglich, den Ablauf der meist sehr langen Fristen für die ausserordentlichen Rechtsmittel abzuwarten (vgl. zürch. ZPO 346 I, 352 und bern. ZPO 370).

des ausserordentlichen Rechtsmittels seitens der kantonalen Behörde (OG 77 I, 94).

Auch in dieser zweiten Gruppe verdient der Fall des Zusammentreffens funktionell verschiedenartiger Institute besondere Erwähnung, und zwar hier nun deshalb, weil sowohl ihre gleichzeitige Zulässigkeit wie auch die in OG 77 I getroffene Regelung, rein äusserlich betrachtet, als krasse Ausnahmen von der bis jetzt stets beobachteten Subsidiarität eines ausserordentlichen Rechtsmittels erscheinen. Zum ersten Punkt ist allerdings zu bemerken, dass der Bund als diejenige Instanz, die den ordentlichen Rechtsbehelf der Berufung geschaffen hat, nicht die Kompetenz gehabt hätte, die gleichzeitige Zulässigkeit der in Frage stehenden ausserordentlichen Rechtsmittel auszuschliessen, indem er doch in BV 114 nur eine sehr beschränkte, zweckgebundene Justizhoheit erhält und sich bei deren Ausübung jedes nicht unbedingt erforderlichen Eingriffes in die kantonale Sphäre zu enthalten hatte. Ausserdem fällt wesentlich in Betracht, dass die eidgenössische Berufung unter dem Gesichtspunkt des kantonalen Zivilprozessrechtes insofern nicht den Charakter eines ordentlichen Rechtsmittels hat, als der ihr zukommende Suspensiveffekt nicht berücksichtigt werden darf bei der Frage, ob ein Urteil im Sinne der kantonalen ZPO formell rechtskräftig sei oder nicht[13]). Trotz ihrer verschiedenen Qualifikation je innerhalb der kantonalen, resp. der eidgenössischen Rechtsmittel berühren sich die fraglichen Institute endlich auch darin, dass sie beide ausserhalb des ordentlichen kantonalen Instanzenzuges stehen. Es fehlt somit nicht an Momenten, die geeignet sind, dem Widerspruch

[13]) BGE *22* 741, *32* I 439 (ZBJV *42* 599), *32* II 548: „Die Annahme, dass die formelle Rechtskraft als prozessuales Erfordernis eines ausserordentlichen Rechtsmittels (in casu: der Revision) zufolge des gesetzlichen Suspensiveffektes der Berufung nicht gegeben sei und die Geltendmachung desselben also gerade wegen der gleichzeitigen Einlegung der Berufung nicht zulässig sei, ist unhaltbar.“ Siehe auch *Adolf Ziegler*, a. a. O. ZSchwR N. F. *54* 349a IX.

zwischen der verfassungsmässig einzig zulässigen Regelung in OG 77 I und der begrifflichen Relation unter ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln seine Schärfe zu nehmen. Dennoch bleibt die Tatsache bestehen, dass unsere frühern Thesen über das Vorrecht eines kantonalen, resp. eines ordentlichen Rechtsmittels beim Zusammentreffen des ordentlichen eidgenössischen und eines ausserordentlichen kantonalen Rechtsmittels miteinander in Konflikt geraten.

In welcher Weise das Bundesrecht den erwähnten Konflikt gelöst hat, ist bekannt: es konnte seine Regelung nur dahin treffen, dass es den lediglich begrifflich begründeten Vorrangsanspruch seines eigenen ordentlichen Rechtsbehelfes hinter das verfassungsmässig ausgewiesene kantonale Privileg zurücktreten liess. Mit dieser Rechtslage haben sich die kantonalen Zivilprozessordnungen und insbesondere die Gerichtspraxis im allgemeinen nun jedoch nicht abgefunden. So ist insbesondere auch den Kantonen Zürich und Bern nachzurühmen, dass sie trotz ihrer souveränen Stellung dem Satz von der Subsidiarität eines ausserordentlichen Rechtsmittels auch in Hinblick auf die eidgenössische Berufung beinahe restlos zum Durchbruch verholfen haben. Abgesehen von einer unwesentlichen Ausnahme gewähren sie beide nach Abschluss des ordentlichen kantonalen Instanzenzuges einen weitern (ausserordentlichen) Rechtsbehelf nämlich nur insoweit, als nicht das ordentliche Rechtsmittel der Berufung und eine Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes gegeben ist; dies anhand der einzelnen in Betracht fallenden Institute nachzuweisen, soll die weitere und eigentliche Aufgabe unserer Arbeit sein.

II.

Das Anwendungsgebiet der einzelnen Institute.

Die Beweisführung für unsere Behauptung verlangt eine genaue Abgrenzung der Materien, die einerseits der

Berufung und andererseits der Nichtigkeitsbeschwerde und der Nichtigkeitsklage, resp. der Wiederherstellung und dem Neuen Recht unterliegen. Dabei scheint es uns zweckmässig zu sein, die beiden kantonalen Rechte nur bezüglich der revisionistischen Rechtsmittel gemeinsam zu behandeln, für die beiden kassatorischen dagegen getrennt vorzugehen.

A. Die Berufung an das Bundesgericht.

Jede Betrachtung dieses Rechtsmittels hat auszugehen von seiner verfassungsmässigen Grundlage. Wir haben diese bereits früher in BV 114 gefunden. Hier wird dem Bund als notwendige Ergänzung seiner Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiete des materiellen Zivilrechtes die Kompetenz erteilt, diejenigen prozessualen Vorkehren zu treffen, die ihm zur Sicherung einer einheitlichen Anwendung seiner materiellrechtlichen Gesetze tauglich erscheinen. Natürlich konnte es nicht ausbleiben, dass eine derart singuläre Zweckbestimmung die zu ihrer Ausführung geschaffene Berufung in wesentlichen Punkten abweichen lässt von den ordentlichen Rechtsmitteln des kantonalen Zivilprozessrechtes, dessen Aufgabe ja eine viel umfassendere ist und darin besteht, schlechthin der Verwirklichung der materiellen Rechtsordnung zu dienen.

1. Für die positive Umschreibung der Berufung ist zunächst von Wichtigkeit, dass der Bund gemäss BV 114 für die einheitliche Anwendung nur der auf Grund von BV 64 I/II erlassenen Kodifikationen zu sorgen hat. Da diese mit der einzigen Ausnahme des SchKG das Privatrecht betreffen und die letztinstanzliche Anwendung des genannten Vollstreckungsgesetzes dem Bundesgericht speziell als Rekursbehörde (OG 196bis) zugewiesen worden ist, ergibt sich als erste Voraussetzung der Berufung, dass der angefochtene Entscheid in einer zivilrechtlichen Streitigkeit ergangen sein muss. Der Berufung unterliegen dabei nach der Auslegung, die OG 56 gefunden hat, alle jene Rechtsstreite, die durch Gerichte oder Verwaltungsbehör-

den in Anwendung von Normen des Zivilrechtes zu entscheiden sind[14]).

Die zweite aus BV 114 sich ergebende Folgerung besteht darin, dass mit der Berufung immer und nur die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden kann; eine materielle Behandlung des Rechtsmittels setzt also voraus, dass ein auf Bundesrecht beruhender Grundsatz durch die kantonale Instanz entweder a) in falscher Auslegung, oder b) überhaupt nicht, oder aber c) zu Unrecht (statt kantonalen oder ausländischen Rechtes) angewendet worden sei (OG 57 I/III).

Trifft in concreto einer der ersten beiden Fälle zu, so wird in Gutheissung der Berufung das kantonale Urteil aufgehoben und — vorbehältlich einer Rückweisung bei mangelnder Spruchreife (OG 82 II)[15]) — durch einen neuen Sachentscheid ersetzt. Ist das Bundesgericht im Falle c der Auffassung, dass die nach eidgenössischem Recht entschiedene Streitsache ausschliesslich nach kantonalen Gesetzen zu beurteilen sei, so hebt es das Urteil ebenfalls auf, muss aber die Sache zur neuen Entscheidung an das kantonale Gericht zurückweisen (OG 79 II)[15]). — Erweist sich die Rüge des Berufungsklägers als unbegründet, so wird in den Fällen a und c das lediglich auf eidgenössisches

---

[14]) Für die Kasuistik siehe BGE Reg. zu *40/50* 402 ad OG 56 sowie *41* II 162: Verhältnis zur Zivilrechtsstreitigkeit OG 48, *47* II 469: Abgrenzung von Zivilrecht und öffentlichem Recht, *58* II 442: Berufungsfähigkeit von Verwaltungsentscheiden.

[15]) Das eidgenössische Berufungsverfahren findet seinen Abschluss unter Umständen also in einem Erkenntnis, dem für den Rechtsstreit selbst nur die Bedeutung eines Zwischenentscheides zukommt; ebenso auch im Falle von OG 83, dazu unten S. 48. — Auch die ordentlichen Rechtsmittel der uns beschäftigenden kantonalen Zivilprozessrechte führen übrigens nicht immer zu einer materiellen Beurteilung des Rechtsstreites durch die Rechtsmittelinstanz: ausgeschlossen ist die Rückweisung nur im zürcherischen Rekursverfahren (ZPO 343 II), zulässig ist sie dagegen in den Appellationsverfahren beider Kantone (nach bern. ZPO 352 I schlechthin, nach zürch. ZPO 332 II dagegen nur bei unvollständigem Tatbestand).

Recht gestützte Urteil in bestätigendem Sinne neu ausgefällt, wogegen bei zu Unrecht gerügter Anwendung kantonalen Rechtes (Fall b) ein Nichteintretensentscheid ergehen muss.

Ein dritter, sehr wesentlicher Umstand liegt endlich darin, dass der Bund lediglich die Rechtsanwendung für sich in Anspruch nehmen kann (BV 114). Sein Gerichtsorgan hat somit von Verfassungs wegen nur die Subsumtion unter das materielle Recht zu besorgen und ist dabei für den zu subsumierenden Tatbestand grundsätzlich an die in den Motiven des kantonalen Urteils enthaltenen Feststellungen tatsächlicher Natur gebunden (OG 81 I). Es darf seinem Entscheid einen andern Sachverhalt immer nur unter der doppelten Voraussetzung zugrunde legen, dass dieser aus den bereits vorinstanzlich gesammelten Akten ersichtlich ist und die abweichenden Feststellungen des Vorderrichters sich mit den letztern in Widerspruch befinden oder auf einer bundesrechtswidrigen Beweiswürdigung beruhen (OG 82 I).

Für die rechtliche Beurteilung einer Tatsache ist das Bundesgericht demgegenüber selbstverständlich nicht an die Auffassung der Vorinstanz gebunden (OG 81 II). Es ist ohne weiteres klar, dass ihm hier in den Schranken der Richterpflicht volle Freiheit zustehen muss. Andernfalls könnte nämlich die Berufung ihren Zweck nicht erfüllen, weil dieser doch gerade in der Gewährleistung einer unabhängigen, von höchstrichterlicher Autorität getragenen Gesetzesanwendung liegt und diese wiederum nichts anderes darstellt als rechtliche Tatsachensubsumtion und Tatbestandswürdigung.

2. Für die negative Charakterisierung der Funktion des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz ergibt sich in Korrespondenz zu dem bisher Gesagten in erster Linie, dass es in seinen Entscheidungen einerseits öffentliches und andererseits kantonales (oder ausländisches) Recht grundsätzlich nicht zur Anwendung bringen darf.

Der letztere Punkt erleidet nun immerhin zwei Ausnahmen bezüglich jener Prozessfälle, für deren Entscheidung kantonales und eidgenössisches Recht nebeneinander massgebend sind. Hat sich der Vorderrichter zutreffenderweise auf beide Rechte gestützt, so kann das Bundesgericht dennoch auf die Berufung als Ganzes eintreten und in Abweisung derselben das kantonale Urteil vollumfänglich bestätigen, wiewohl dieses teilweise auf kantonalem Recht beruht[16]); zu beachten ist allerdings, dass bei dieser Anwendung kantonalen Rechtes dessen Auslegung durch den kantonalen Richter verbindlich wirkt. Weiterhin hat das Bundesgericht unter der nämlichen Voraussetzung (Anwendbarkeit beider Rechte) bei ausschliesslicher Anwendung eidgenössischen Rechtes die Wahl, in Gutheissung der Berufung die Sache entweder zurückzuweisen oder aber das nicht angewandte kantonale Recht selbst heranzuziehen (OG 83)[17]). Bestimmend ist hier wie dort der Gedanke, dass die Einheit der Entscheidung gewahrt werden müsse und dass diese letztere dem Bundesgericht mit Rücksicht auf seine wenigstens für die Anwendung des eidgenössischen Rechtes stets vorhandene Kompetenz aus Gründen der Prozessvereinfachung vollumfänglich zugewiesen werden dürfe.

Ausdrücklich betont sei, dass das Bundesgericht in den beiden erwähnten Fällen immer nur in die Lage kommen wird, kantonale Gesetze materiell-privatrechtlichen Inhaltes[18]) — wie z. B. das vor 1912 in Geltung

[16]) Vgl. dazu oben Seite 47 sub 1 Fall b: Nichteintretensentscheid, wenn das kantonale Recht allein anwendbar ist und allein zur Anwendung gebracht wurde.

[17]) Vgl. dazu oben Seite 46 sub 1 Fall c: obligatorische Rückweisung, wenn ausschliesslich kantonales Recht anwendbar ist, der Vorderrichter sich aber ganz oder teilweise auf eidgenössisches Recht gestützt hat (OG 79 II)

[18]) Wenn eine Vorfrage für die Anwendung des eidgenössischen oder des der Kognition des Bundesgerichtes unterstellten kantonalen Rechtes durch öffentliches kantonales Recht beherrscht wird, so hat das Bundesgericht allerdings auch dieses letztere zu beachten.

stehende Privatrecht (SchlT 1 I/II f.) und die Einführungsgesetze zum ZGB — anzuwenden. OG 83 durchbricht lediglich den in OG 57 ausgesprochenen Grundsatz von der Beschränkung des Bundesgerichtes auf die Anwendungen eidgenössischen Rechtes, lässt aber selbstverständlich OG 56, wonach eine Berufung nur in Zivilstreitigkeiten zulässig sei, vollständig unberührt. Negativ folgt daraus, dass also die zum öffentlichen Recht gehörenden Zivilprozessgesetze trotz OG 83 der Anwendung durch das Bundesgericht nicht unterliegen[19]).

Das soeben gewonnene Resultat ergibt sich übrigens auch daraus, dass das Bundesgericht bei der ihm einzig zustehenden Rechtsanwendung grundsätzlich an den durch das kantonale Gericht festgestellten Urteilstatbestand gebunden ist (OG 81 I). Dies heisst nämlich nichts anderes, als dass ihm die Nachprüfung des zu jenen Ergebnissen führenden Verfahrens und somit die Anwendung des hiefür massgeblichen Zivilprozessrechtes vorenthalten bleibe. Ausgenommen hievon und der bundesgerichtlichen Kognition unterstellt sind allerdings die im materiellen Bundeszivilrecht enthaltenen Beweisregeln[20]) und ebenso kann der eidgenössische Gerichtshof vom Urteilstatbestand der Vorinstanz abweichen, soweit er dem positiven Inhalt der Akten widerspricht oder aus ihnen nicht ersichtlich ist (OG 81 I)[21]). Auch diese beiden Ausnahmen bestätigen

[19]) Hiezu *Weiss* a. a. O. 302.

[20]) Vgl. OR 55, ZGB 8 (Beweislastverteilung), ZGB 9, 33 (Beweiskraft), ZGB 158 (Beweiswürdigung) usw. — Die besondere Erwähnung dieser Ausnahme von der Bindung des Bundesgerichtes an den Tatbestand der Vorinstanz wäre nicht unbedingt nötig gewesen, weil sie sich schon aus OG 57 ergibt. Man beachte auch, dass OG 81 I unzutreffend nur die Beweiswürdigung erwähnt, wiewohl die Frage sich für alle eidgenössischen Beweisregeln in gleicher Weise stellt.

[21]) *Adolf Ziegler* a. a. O. ZSchwR N. F. *54* 295a f. empfiehlt die Beseitigung der Aktenwidrigkeitsrüge; für ihre Beibehaltung haben sich u. a. ausgesprochen *Jaeger* SJZ *32* 116 und *Fritzsche* a. a. O. eod. 119, siehe auch ZSchwR N. F. *54* 553a, 560a, 562a, 569a.

jedoch den Grundsatz von der Beschränkung des Bundesgerichtes auf die Rechtsanwendung: wenn nämlich bei negativer Aktenwidrigkeit oder bei Verletzung bundesrechtlicher Beweisregeln zwecks Vervollständigung der Akten neue Feststellungen gemacht werden müssen, so kann das Bundesgericht diese prozessualen Massnahmen nicht selbst vorkehren; seine Befugnisse erschöpfen sich in diesem Falle vielmehr in der Aufhebung des Urteils und in der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (OG 82 II). — Endlich ist hier noch zu erwähnen, dass im Berufungsverfahren eben wegen dieser Beschränkung auf die Rechtsanwendung und Tatsachensubsumtion keine neuen tatsächlichen Vorbringen gemacht werden können (OG 80).

3. Abschliessend sei das zur Berufung Gesagte kurz resümiert und mit unserer Behauptung über die Kompetenzausscheidung zwischen ihr und den ausserordentlichen kantonal-bernischen und -zürcherischen Rechtsmitteln in Beziehung gebracht:

a) In Rechtsstreitigkeiten, die nach öffentlichem oder kantonalem Recht zu beurteilen sind, ist eine Berufung unzulässig (Nichteintretensentscheid ohne materielle Behandlung des Rechtsmittels). Dies ist somit vorzüglich dasjenige Gebiet, in welchem nach Abschluss des ordentlichen Instanzenzuges möglicherweise ein ausserordentliches kantonales Rechtsmittel ergriffen werden kann.

b) Rechtsstreitigkeiten, die nach eidgenössischem oder eidgenössischem und kantonalem Privatrecht zu entscheiden sind, können nach Abschluss des ordentlichen Instanzenzuges zugleich der Berufung und einem ausserordentlichen kantonalen Rechtsmittel unterliegen. Ist jene zulässig (siehe auch noch OG 59—70), so ist nach zürcherischem und bernischem Recht das letztere für die der freien Überprüfung durch das Bundesgericht unterstellten Punkte (Anwendung des eidgenössischen Privatrechtes, Aktenwidrigkeit) grundsätzlich ausgeschlossen, gleichgültig, welche materielle Behandlung (bestätigender oder abändernder Sachentscheid, resp. Aufhebung des

Urteils und Rückweisung an die Vorinstanz gemäss OG 79 II, 82 II oder eventuell 83) das Gesetz für die Berufung vorschreibt.

B. Die ausserordentlichen Rechtsmittel des zürcherischen und bernischen Prozessrechtes.

1. Wenn wir im folgenden die Nichtigkeitsbeschwerde der zürch. ZPO an die Spitze stellen, so geschieht dies deshalb, weil unsere Behauptung, rein äusserlich betrachtet, hier ihre stärkste Stütze findet. Zürch. ZPO 345 I enthält nämlich den Grundsatz, dass die Nichtigkeitsbeschwerde nur zulässig sei, „soweit gegen den Entscheid nicht die Berufung (Appellation), der Rekurs oder die Weiterziehung an das Bundesgericht[22]) möglich ist".

Zu zürch. ZPO 345 I ist eingangs zu bemerken, dass diese Bestimmung nach Sinn und Wortlaut die Nichtigkeitsbeschwerde neben den ordentlichen Rechtsmitteln nicht etwa vollständig ausschliesst, sondern ausdrücklich nur „soweit" diese letztern Platz greifen können. Ohne Bedeutung ist dies allerdings für ihre Relation zu der kantonalrechtlichen Berufung und zum Rekurs, da diese beiden Institute immer zur Überprüfung des ganzen erstinstanzlichen Verfahrens führen (zürch. ZPO 315 I, 336 I) und somit schon durch die blosse Möglichkeit ihrer Ergreifung — „sofern" sie möglich sind — die Nichtigkeitsbeschwerde schlechthin als unzulässig erscheinen lassen. Wesentlich anders liegen die Verhältnisse jedoch bei der Berufung des eidgenössischen Rechtes, da doch das Bundesgericht nur die Anwendung des schweizerischen Zivilrechtes und die Vereinbarkeit des Urteilstatbestandes mit dem positiven und negativen Inhalt der Akten zu überprüfen hat; unter diesen Umständen wird die Nichtigkeitsbeschwerde in berufungsfähigen Fällen durch zürch.

[22]) Unter die Weiterziehung an das Bundesgericht fällt neben der Berufung auch die zivilrechtliche Beschwerde (BZRS *19* 160), nicht dagegen der staatsrechtliche Rekurs (BZRS *2* 14).

ZPO 345 I also nur im Umfange der soeben genannten Punkte ausgeschlossen. Es ist dies an sich durchaus richtig, weil ihr vollständiger Ausschluss gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit verstossen würde; ein kantonaler Gesetzgeber darf nämlich die Tatsache der Berufungsfähigkeit nicht dazu benützen, einer Partei ein sonst allgemein gewährtes Rechtsmittel auch insoweit vorzuenthalten, als es durch die Berufung schlechterdings nicht ersetzt werden kann[23]).

Der Umstand, dass die Nichtigkeitsbeschwerde durch die Berufungsmöglichkeit gewisse Einschränkungen erfährt, bestimmt zwangsläufig das weitere Vorgehen. Basierend auf ihrer normalen Ausgestaltung muss untersucht werden, welche ihrer üblichen Funktionen ihr auch in berufungsfähigen Fällen positiv noch zukommen und welche ihr unter der nämlichen Voraussetzung verlorengehen. Vorausgeschickt sei, dass sich zürch. ZPO 345 I nicht bei allen Nichtigkeitsgründen in gleicher Weise auswirkt. Unter diesem Gesichtspunkt lassen sich jene vielmehr in drei Gruppen einteilen, indem es Nichtigkeitsgründe gibt, auf die sich in berufungsfähigen Fällen eine Nichtigkeitsbeschwerde

a) ohne Einschränkungen (zürch. ZPO 344 Ziff. 2/3, 5, 7),

b) mit Einschränkungen (zürch. ZPO 344 Ziff. 1, 6, 8, 9) und

c) überhaupt nicht mehr (zürch. ZPO 344 Ziff. 4)

stützen lässt[24]).

a) Zu denjenigen Nichtigkeitsgründen, die in allen Streitfällen in gleicher Weise angerufen werden können, gehören die in zürch. ZPO 344 Ziff. 2/3, 5 und 7 normierten Tatbestände: ungehörige Besetzung des Gerichtes, Mangel einer gesetzlichen Ladung, Überschreitung der Partei-

---

[23]) Vgl. BGE *41* I 236.

[24]) Abweichend *Sträuli*, Kommentar zum zürch. Zivilprozess 255, der zürch. ZPO 344 Ziff. 1 und 4 zu Gruppe a, Ziff. 8 dagegen zu Gruppe c zählt; siehe hiezu unten Anm. 27, 29/30, 33.

anträge. Die Bestimmungen, deren Verletzung hier als Kassationsgründe aufgeführt werden, entstammen nämlich ausnahmslos dem kantonalen und zugleich öffentlichen Recht[25]), so dass sie der Anwendung durch das Bundesgericht in zweifacher Hinsicht entzogen sind. Eine auf die genannten Gründe gestützte Nichtigkeitsbeschwerde erfährt somit zugunsten der Berufung keinerlei Beschränkungen und muss vom Kassationsgericht trotz zürch. ZPO 345 I auch in berufungsfähigen Fällen in gewohnter Weise an die Hand genommen werden.

b) Praktisch bedeutungsvoller und für unsere Arbeit interessanter sind diejenigen Nichtigkeitsgründe, die unter Umständen auch seitens des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz überprüft werden können und deshalb gemäss zürch. ZPO 345 I insoweit eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulassen; sie sollen im folgenden einzeln kurz dargestellt werden.

Zunächst wird in zürch. ZPO 344 Ziff. 1 bestimmt, dass gegen den Entscheid eines unzuständigen Gerichtes Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden könne. Ähnlich wie mit den sub a behandelten Nichtigkeitsgründen wird damit zwar in erster Linie ebenfalls der Schutz des kantonalen Prozessrechtes und die Einhaltung seiner Vorschriften über die Zuständigkeit der Gerichte (zürch. GO 1—86), resp. über den Gerichtsstand (zürch. ZPO 1—20) bezweckt. Trotzdem ist jedoch keine ausschliessliche Kompetenz des Kassationsgerichtes begründet, weil das eidgenössische Privatrecht wenigstens betreffend die örtliche Zuständigkeit für zahlreiche Fälle eine eigene Gerichtsstandsordnung enthält (z. B. ZGB 111, 144, 261, 312/3, 538 II), die ergänzend und dominierend neben die diesbezügliche Regelung des kantonalen Rechtes tritt (zürch. ZPO 20). Auf eine Nichtigkeitsbeschwerde gemäss zürch. ZPO 344 Ziff. 1 kann in berufungsfähigen Fällen somit

[25]) Zu Ziff. 2/3: zürch. GO 13 I, 36, 50 II, 84, 112—121; zu Ziff. 5: zürch. GO 187—197 und zürch. ZPO 243; zu Ziff. 7: zürch. ZPO 102.

nur dann eingetreten werden, wenn die sachliche oder funktionelle Zuständigkeit in Frage steht oder wenn das eidgenössische Recht für die betreffende Klage keinen eigenen Gerichtsstand kennt[26]), weil im übrigen die Innehaltung der eidgenössischen Gerichtsstandsbestimmungen im Berufungsverfahren vorfrageweise überprüft werden kann[27]).

Eine zweite Doppelspurigkeit lässt sich bei zürch. ZPO 344 Ziff. 6 konstatieren, weil die Verweigerung des rechtlichen Gehörs bei der weiten Auslegung, die dieser Begriff durch die zürcherische Gerichtspraxis erfährt, je nach den Umständen eine Verletzung des kantonalen Prozessrechtes oder aber des eidgenössischen Privatrechtes darstellt. — Das erstere trifft z. B. dann zu, wenn es der sich beschwerenden Partei verwehrt war, ihre Sache in gesetzmässiger Form darzulegen und zu beweisen, wenn sie nicht Gelegenheit gehabt hat, die Klage zu beantworten oder sich sonst zu den Akten auszusprechen; ebenso verhält es sich, wenn der Richter formell zulässige Beweis- und Gegenbeweisanerbieten trotz Erheblichkeit der betreffenden Tatsachen nicht abnimmt, weil er den in Vorschlag gebrachten Beweismitteln in „antizpierter Beweisbegutachtung" vor-

---

[26]) Diese letzte Einschränkung gilt übrigens auch bezüglich nichtberufungsfähiger Haupturteile und blosser Gerichtsstandsentscheidungen, weil hier bei Verletzung der eidgenössischen Gerichtsstandsordnung eine zivilrechtliche Beschwerde eingereicht werden kann (OG 87 Ziff. 3) und auch diese unter die Weiterziehung an das Bundesgericht im Sinne von zürch. ZPO 345 I fällt (vgl. oben Anm. 22).

[27]) BGE *57* II 134. — Unrichtig *Sträuli*, der zwar einerseits (a. a. O. 247) zürch. ZPO 344 Ziff. 1 ausdrücklich gegen materielle Entscheide (im Gegensatz zu blossen Kompetenzbeschlüssen) gerichtet sieht, andererseits (a. a. O. 255) zur Rüge der Unzuständigkeit aber immer das Kassationsgericht angerufen wissen will; er übersieht dabei, dass auch nach der damaligen Praxis die Vorfrage der örtlichen Zuständigkeit im Berufungsverfahren zugelassen wurde (BGE *42* II 310, *45* II 244). Seine Auffassung deckt sich übrigens auch mit der spätern und der heutigen Praxis (BGE *50* II 114 resp. *57* II 134) in keiner Weise.

weg Glaubwürdigkeit und Beweiswert abspricht. Zur Behebung dieser Verstösse gegen den Grundsatz des gleichmässigen vollen rechtlichen Gehörs im engern Sinne (zürch. ZPO 97 I), der Akteneinsicht (zürch. ZPO 97 II) und des Vortragsrechtes (zürch. ZPO 138) sowie gegen den Anspruch auf Zulassung zum Beweis der eigenen Behauptungen (zürch. ZPO 157), resp. zum Gegenbeweis (zürch. ZPO 160) steht auch in berufungsfähigen Fällen einzig und immer die kantonalrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde offen. — Weiterhin ist das rechtliche Gehör nach der zürcherischen Praxis aber auch dann verweigert, wenn der Richter die Erheblichkeit einer Behauptung, resp. eines erbotenen Beweismittels übersieht oder rechtsirrtümlich beurteilt und deshalb diese Beweise nicht aushebt. Zum Unterschied ist in diesen Fällen nun jedoch nicht nur das formelle Beweisrecht, sondern vor allem auch das materielle Recht verletzt, weil es sich um eine Frage der Gesetzesauslegung handelt, um die Frage nämlich, ob gewisse Tatsachen und Beweisanträge in Hinblick auf den im Privatrecht umschriebenen Rechtsfolgetatbestand erheblich seien oder nicht. Da die Nachprüfung hierüber bezüglich des eidgenössischen (und im Rahmen von OG 83 auch des kantonalen) Privatrechtes aber in den charakteristischen Aufgabenkreis des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz fällt, ist also eine Nichtigkeitsbeschwerde nach zürch. ZPO 344 Ziff. 6 gemäss zürch. ZPO 345 I insoweit nicht gegeben[28]).

Der dritte Nichtigkeitsgrund, der in unsere zweite Kategorie gehört, ist derjenige der Aktenwidrigkeit (zürch. ZPO 344 Ziff. 8), die wie die Verweigerung des rechtlichen Gehörs oder die Verletzung von Gerichtsstandsnormen je nach den Umständen im Berufungsverfahren oder aber

---

[28]) Siehe hiezu SJZ *10* 242 und die dortigen Zitate, BZRS *14* 65, *20* 120, *25* 1, 4 und ferner BGE *56* II 69: „Die Frage, ob Tatsachen und Beweisanträge aus Gründen des materiellen Rechtes erheblich sind, hat das Bundesgericht auf dem Wege der Berufung zu untersuchen."

im Nichtigkeitsprozess gerügt werden muss. Während langer Zeit vertrat das zürcherische Kassationsgericht zwar den Standpunkt, dass jede Aktenwidrigkeit ausschliesslich der bundesgerichtlichen Kognition unterstehe und somit nicht auch mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden könne[29]). Immerhin wird es diesen nun aufgeben müssen, nachdem das Bundesgericht durchaus zutreffend seine eigene Kompetenz dahin umschrieben hat, dass OG 81 keine selbständige Berufungsvoraussetzung schaffe, sondern lediglich Bedeutung im Rahmen von OG 57 besitze[30]). In Korrespondenz hiezu muss es also möglich sein, eine Nichtigkeitsbeschwerde insoweit auf zürch. ZPO 344 Ziff. 8 zu stützen, als eine Berufung wegen ausschliesslicher Anwendbarkeit und Anwendung kantonalen Rechtes unzulässig ist. Ausserdem muss auch noch bei nur teilweiser Anwendung und Anwendbarkeit kantonalen Rechtes für alle jene Fragen, bei denen das Bundesgericht an die Auslegung des kantonalen Rechtes seitens des Vorderrichters gebunden ist, eine Aktenwidrigkeit trotz vollumfänglicher Zulässigkeit der Berufung mit Hilfe der Kassationsbeschwerde gerügt werden können.

In letzter Linie wird in berufungsfähigen Fällen endlich bei dem Nichtigkeitsgrund von zürch. ZPO 344 Ziff. 9 (Verletzung klaren Privatrechtes) eine Kompetenzausscheidung nötig. Sie gestaltet sich in durchaus analoger Weise, indem eine Verletzung eidgenössischen Rechtes immer nur mit der Berufung gerügt werden kann und demgegenüber die Nichtigkeitsbeschwerde dann zulässig bleibt, wenn teilweise kantonales Recht anwendbar ist und tatsächlich — aber angeblich in unrichtiger Auslegung — zur Anwendung gekommen ist[31]). Die Rüge der Nicht-

---

[29]) BZRS *16* 65 und *20* 120, sowie *Sträuli* a. a. O. 255/6 mit vielen Zitaten.

[30]) BGE *45* II 357 f. und hiezu *Wyss* SJZ *16* 83 f.

[31]) Dies, obwohl auf die Berufung als Ganzes eingetreten werden kann, da das Bundesgericht an die Rechtsauslegung der Vorinstanz in diesem Spezialfall gebunden ist; oben 48.

anwendung kantonalen Privatrechtes neben eidgenössischem Recht gehört jedoch wiederum ins Berufungsverfahren (OG 83), wogegen bei ausschliesslicher Anwendbarkeit und Anwendung desselben in Ermangelung der Berufungsfähigkeit (und damit unserer obigen Voraussetzung) ohne weiteres allein die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrem unbeschränkten Umfang Platz greift.

c) Nach unsern Ausführungen sub a und b verbleibt für die dritte Kategorie von Nichtigkeitsgründen einzig noch zürch. ZPO 344 Ziff. 4, wonach ein Urteil zugunsten einer nicht gehörig vertretenen handlungsunfähigen Partei als nichtig angefochten werden kann. Dieser Mangel nun kann gemäss zürch. ZPO 345 I in berufungsfähigen Fällen als Nichtigkeitsgrund überhaupt nicht geltend gemacht werden. Gewiss schreibt zwar zürch. ZPO 31 vor, dass die Rechte handlungsunfähiger Personen im Prozesse durch ihre gesetzlichen Vertreter verfolgt und verteidigt werden müssen. Dies gilt aber bereits nach Bundesrecht, indem doch die Prozessfähigkeit einen Teil der Handlungsfähigkeit bildet[32]) und alle im Sinne des ZGB und OR handlungsunfähigen Personen an einem Prozess auch ohne die genannte Bestimmung nur durch ihre „bundesgesetzlichen" Vertreter teilnehmen könnten. Die diesbezüglichen Verstösse können somit ausnahmslos im Berufungsverfahren geahndet werden, so dass für die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gemäss zürch. ZPO 345 I kein Platz mehr übrig bleibt[33]).

2. Wie wir sub 1 gesehen haben, hat im zürcherischen Zivilprozessrecht das Verhältnis der Nichtigkeitsbeschwerde zur Berufung an das Bundesgericht eine ausdrückliche Regelung erfahren. Demgegenüber unterliegt die bernische Nichtigkeitsklage charakteristischerweise mit

---

[32]) Siehe BGE *42* II 555 und *48* II 29.

[33]) Abweichend *Sträuli* a. a. O. 255, der hier immer das Kassationsgericht als zuständig erachtet, ohne aber diese sicher unrichtige Stellungnahme näher zu begründen.

Rücksicht auf die Berufung keinerlei Einschränkungen, die der Ausschlussklausel von zürch. ZPO 345 I entsprechen würden. Für ihre Zulässigkeit gelten vielmehr unbekümmert um die eventuelle Berufungsfähigkeit eines Rechtsstreites unterschiedslos immer die nämlichen Voraussetzungen. Bei dieser Rechtslage kann nun natürlich keine absolut scharfe Kompetenzausscheidung zwischen den beiden Rechtsmitteln erwartet werden. Interessant ist jedoch, dass trotzdem nur ein einziger Urteilsmangel zugleich sowohl mit der Berufung als auch mit der Nichtigkeitsklage gerügt werden kann. Wir stellen schon vorweg fest, dass die grosse Mehrzahl der allgemeinen Nichtigkeitsgründe (bern. ZPO 359 Ziff. 1/4 und 6) sich lediglich mit der Verletzung des kantonalen Prozessrechtes befasst, mit Tatbeständen also, die sich im Berufungsverfahren nicht nachprüfen lassen. Zuzugeben ist allerdings, dass daneben die auf bern. ZPO 359 Ziff. 5 gestützte Nichtigkeitsklage wie die Berufung auch gegen die Verletzung materiellen Rechtes gerichtet ist.

Wenn nach bernischem Zivilprozessrecht trotz des Fehlens einer Ausschlussklausel im Sinne von zürch. ZPO 345 I Berufung und Nichtigkeitsklage im grossen ganzen verschiedene Materien beschlagen, so hängt dies weitgehend mit der beschränkten Auswahl und der relativ engen Formulierung der Nichtigkeitsgründe zusammen. Bevor wir darauf eintreten, ist jedoch auf den hiefür ebenso massgebenden Umstand hinzuweisen, dass eine Nichtigkeitsklage gegen Urteile der höchsten kantonalen Instanzen (Appellationshof und Handelsgericht) nur auf die in bern. ZPO 359 Ziff. 1—6 enthaltenen Tatbestände gestützt werden kann und zwei weitere Nichtigkeitsgründe (bern. ZPO 360 Ziff. 1 und 2) nur gegenüber endgültigen Erkenntnissen der untern Instanzen (Gerichtspräsident, Amts- und Gewerbegerichte) Platz greifen können. Infolge dieser Regelung fällt nämlich bern. ZPO 360 für unsere Arbeit praktisch vollständig ausser Betracht, weil die berufungsfähigen Urteile ausnahmslos der ersten Kategorie

zugezählt werden müssen[34]). Es ist dies um so bedeutsamer, als doch gerade der somit für uns unbeachtliche Nichtigkeitsgrund von bern. ZPO 360 Ziff. 2 (Verletzung klaren Rechtes und Aktenwidrigkeit) sehr empfindliche Übergriffe auf die der Berufung unterworfenen Gebiete gestatten würde[35]).

a) Betreffend die nach dem Gesagten noch zu berücksichtigenden Nichtigkeitsgründe kann zunächst festgestellt werden, dass bern. ZPO 359 Ziff. 1, 2 und 4 weitgehend mit zürch. ZPO Ziff. 2/3, 5 und 7 übereinstimmen und dass jene Tatbestände insbesondere nicht weiter gefasst sind als diese letztern. Auch die genannten Kassationsgründe der bern. ZPO dienen ausschliesslich der richtigen Anwendung des kantonalen Prozessrechtes — Gerichtsbesetzung (bern. ZPO 9/11[36]), Ladungsvorschriften (bern. ZPO 100 f.), Verhandlungsmaxime bezüglich des Urteilsgegenstandes (bern. ZPO 202 I) — und können deshalb im Berufungsverfahren nicht geltend gemacht werden. Insoweit ist also die behauptete Kompetenzausscheidung

---

[34]) Vgl. bern. ZPO 7 II und 5. — Endurteile einer untern Gerichtsinstanz unterliegen nie der Berufung, weil sie nur in Prozessen mit einem Streitwert von höchstens Fr. 800.— resp. Fr. 1000.— ergehen (bern. ZPO 2 Ziff. 2/3, 4 I—335 I, 336, I), die Berufungssumme aber Fr. 4000.— beträgt (OG 59 I). — Dieser Satz gilt schlechthin, weil das bernische und das eidgenössische Recht in allen hier massgeblichen Punkten (Behandlung von Vor- und Widerklage, Zusammenrechnung mehrerer Ansprüche, Beschränkung des Streitwertes auf den Kapitalbetrag, Streitwert wiederkehrender Nutzungen usw.) übereinstimmen; vgl. OG 54 und 60 mit bern. ZPO 138, 139 und 140 I. Der in BGE *43* II 481 behandelte Fall ist unter der jetzt geltenden bern. ZPO nicht mehr denkbar.

[35]) Der andere Nichtigkeitsgrund (mangelnde sachliche Zuständigkeit; bern. ZPO 360 Ziff. 1) könnte demgegenüber im Berufungsverfahren nicht überprüft werden; siehe die teilweise analog verwertbaren Ausführungen zu zürch. ZPO 344 Ziff. 1 resp. 8/9, oben 53/54, 55/57.

[36]) Weitere Angaben bei *Leuch*, Kommentar bern. ZPO 9 N. 1 und 359 N. 4.

auch im bernischen Recht durchaus scharf und eindeutig[37]).

Ein weiterer Nichtigkeitsgrund, der in die erste Kategorie gezählt werden kann, ist derjenige der Verweigerung des rechtlichen Gehörs (bern. ZPO 359 Ziff. 3). Die bernische Praxis gibt nämlich diesem Begriff eine viel engere Auslegung als die zürcherische[38]) und subsumiert unter ihn nur gerade die auf einer Verletzung des Prozessrechtes beruhende Gehörsverweigerung. Der Nichtigkeitsgrund von bern. ZPO 359 Ziff. 4 liegt z. B. vor, wenn eine Partei nicht vorschriftsgemäss zum Vortrag gekommen ist oder wenn sie nicht Gelegenheit gehabt hat, sich zu den Vorbringen der Gegenpartei zu äussern, nicht dagegen, wenn versehentlich oder rechtsirrtümlich Beweise über erhebliche Tatbestandsmomente nicht ausgehoben worden sind oder wenn der Richter die Parteianbringen nicht richtig gewürdigt hat. Zu beachten ist dabei, dass diese strikte Interpretation ganz allgemein und nicht etwa nur für die berufungsfähigen Prozessfälle gilt, derart, dass die letztgenannten Verstösse bei Entscheiden unterer Gerichtsinstanzen nur mit Hilfe der Appellation oder einer auf bern. ZPO 360 Ziff. 2 gestützten Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden können[39]) und sich in nichtberufungsfähigen Urteilen oberer Instanzen überhaupt nicht mehr überprüfen lassen. Wir betonen dies ausdrücklich, weil die bernische Praxis es hier also verstanden hat, Kollisionen zwischen der Berufung und der Nichtigkeitsklage zu verhüten, ohne auf den in zürch. ZPO 345 I verwerteten Gedanken greifen zu müssen.

---

[37]) Vgl. oben 52/53, wonach die zürcherische Ausschlussklausel auf die entsprechenden Nichtigkeitsgründe von zürch. ZPO 344 Ziff. 2/3, 5 und 7 keinen Einfluss ausübt.

[38]) Für die zürcherische Praxis siehe oben 54/55, vor allem Anm. 28. Für Bern: *Leuch*, bern. ZPO 359 N. 7, *Matti* a. a. O. ZBJV *65* 14 sowie ZBJV *43* 579, *51* 45, *58* 509, *59* 248 und *60* 402.

[39]) *Leuch*, bern. ZPO 359 N. 7, und *Matti* a. a. O. ZBJV *65* 14 sowie ZBJV *57* 420 und *65* 557.

Weniger selbstverständlich scheint es zu sein, dass auch durch bern. ZPO 359 Ziff. 6 keine Doppelspurigkeit zur Berufung geschaffen wird. Allerdings wird hier bestimmt, dass ein Urteil nichtig sei, „wenn sein Gegenstand seiner Natur nach der (zivil-) gerichtlichen Entscheidung nicht unterliegt", und es ist unbestritten, dass diese Frage auch vom Bundesgericht als Berufungsinstanz geprüft werden muss. Zu beachten ist nun jedoch, dass bei Fehlen einer Zivilrechtsstreitigkeit das Bundesgericht auf die Berufung mangels einer primären Prozessvoraussetzung (OG 56) überhaupt gar nicht eintreten kann und das angefochtene Urteil somit in Rechtskraft erwächst, wogegen die bernische Rechtsmittelinstanz trotzdem in der Lage ist, die Nichtigkeitsklage materiell zu behandeln und in Gutheissung derselben den betreffenden Entscheid aufzuheben. Handelt es sich aber umgekehrt um eine Zivilrechtsstreitigkeit, so wird die Nichtigkeitsklage demzufolge abgewiesen, und zwar ohne dass in irgend einer Weise (bestätigend oder abändernd) zum materiellen Entscheid Stellung genommen werden könnte, während das Bundesgericht in einem solchen Fall zur einlässlichen Behandlung des Rechtsmittels zuständig ist und von seiner Seite somit ein neues Urteil oder doch zum mindesten ein Zwischenentscheid mit verbindlicher Rückweisung ausgefällt wird. Das genannte Problem bildet also im Nichtigkeitsprozess das Kernstück, im Berufungsverfahren dagegen lediglich den Gegenstand einer Vorfrage, so dass von einer eigentlichen Doppelspurigkeit wohl nicht die Rede sein kann[40]).

b) Die bis jetzt beobachtete Grenzziehung zwischen der Berufung und den ausserordentlichen kantonalen

---

[40]) Eine Verschiedenheit zeigt sich sodann auch darin, dass ein in der nämlichen Sache durchgeführtes Kompetenzkonfliktsverfahren (bern. ZPO 1 III) einerseits die Nichtigkeitsklage ausschliesst (*Leuch*, bern. ZPO 359 N.10), andererseits aber natürlich das Bundesgericht weder des Rechtes noch der Pflicht enthebt, das Vorliegen einer Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne von OG 56 zu prüfen.

Rechtsmitteln erleidet einzig durch bern. ZPO 359 Ziff. 5 eine immerhin recht deutliche Ausnahme. Gemäss dieser Bestimmung kann nämlich ein Urteil „wegen mangelnder Fähigkeit, vor Gericht aufzutreten", als nichtig erklärt werden, unbekümmert darum, dass die Prozessfähigkeit als eine Auswirkung der im ZGB normierten Handlungsfähigkeit zu gelten hat und ihr Fehlen deshalb auch im Berufungsverfahren gerügt werden kann[41]). Zugleich gehört sie allerdings auch zu den sog. Prozessvoraussetzungen (bern. ZPO 192), so dass es verständlich ist, wenn auch der kantonale Gesetzgeber an ihr Nichtvorhandensein gewisse Sanktionen knüpft. Irgendwelche Nachteile ergeben sich aus der Doppelspurigkeit nicht, und es ist deshalb sehr zu begrüssen, dass die Praxis auch hier nicht den in zürch. ZPO 345 I begangenen Weg einschlägt, sondern konsequent nicht abweicht von dem bernischen Grundsatz, dass die Nichtigkeitsklage durch die Berufungsfähigkeit des angefochtenen Entscheides nicht beeinflusst werden soll.

3. Über die analoge Kompetenzausscheidung zwischen der Wiederherstellung (Revision; zürch. ZPO 351 f.), resp. dem Neuen Recht (bern. ZPO 367 f.) einerseits und der Berufung andererseits ist nur wenig auszuführen. Bestimmend für sie ist die Tatsache, dass die beiden genannten ausserordentlichen kantonalen Rechtsmittel aus zivilrechtlichen Billigkeitsrücksichten[42]) eine neue Entscheidung auf Grund des nunmehr bekannten Tatbestandes bezwecken. Das mit ihnen beabsichtigte Resultat lässt sich also niemals auch mit Hilfe der Berufung erreichen, weil doch jene neuen Tatsachen, die den Revisionsgrund darstellen, vor dem Bundesgericht als Berufungsinstanz gar nicht vorgebracht werden können (OG 80)

---

[41]) Dazu oben 57, vor allem Anm. 32 und *Leuch*, bern. ZPO 35 N. 6.

[42]) Strafbare Einwirkung auf das ergangene Urteil, nachträgliche Entdeckung erheblicher Beweismittel und Tatsachen; siehe zürch. ZPO 351 Ziff. 1 und 2, bern. ZPO 368 Ziff. 1—3.

und dieses seinen Entscheid charakteristischerweise ja gerade auf dem durch die kantonale Instanz festgestellten Tatbestand zu treffen hat (OG 81 I)[43]. Es zeigt dies, dass die in Betracht fallenden Rechtsmittelinstitute in ihrem Wesen vollständig verschieden sind und an durchaus gegensätzliche Voraussetzungen anknüpfen, derart, dass schon auf Grund des OG die Möglichkeit irgendeiner Doppelspurigkeit ausgeschlossen ist.

Angesichts der geschilderten Umstände bedarf das Verhältnis der Wiederherstellung und des Neuen Rechtes zur Berufung natürlich keiner besondern Regelung durch die kantonalen Zivilprozessordnungen; die Kompetenzen sind bereits durch das OG und die Umschreibung der Revisionsgründe lückenlos ausgeschieden, so dass in dieser Beziehung — im Gegensatz zur Kassation — überhaupt nichts vorgekehrt werden kann noch muss. Es ist deshalb durchaus richtig, wenn zürch. ZPO 351 die Wiederherstellung zwar nur zulässt, „sofern das Rechtsmittel der (kantonalen) Berufung (Appellation) oder des Rekurses nicht mehr offen steht", die Weiterziehung an das Bundesgericht in diesem Zusammenhang — wiederum im Gegensatz zur Kassation (zürch. ZPO 345 I) — aber gar nicht erwähnt: bei der ohnehin scharfen Trennung würde die Berücksichtigung der Berufung als absoluter Ausschliessungsgrund — „sofern" wie in zürch. ZPO 351 — gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit verstossen[44], wogegen ein nur relativer Ausschluss der Wiederherstellung — „soweit" wie in zürch. ZPO 345 I — völlig nichtssagend wäre[45]. Endlich wäre es auch vernunftwidrig und sinnlos,

---

[43]) Dass die genannten Revisionsgründe sich nie als Widersprüche des Urteilstatbestandes zu dem als Basis der angefochtenen Entscheidung dienenden Aktenmaterial charakterisieren und deshalb durch das Bundesgericht auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Aktenwidrigkeit berücksichtigt werden können, ist selbstverständlich und muss nicht weiter ausgeführt werden.

[44]) Siehe oben Anm. 23.

[45]) Siehe auch BZRS *19* 109, wo mit vollem Recht auf die gewollt verschiedene Fassung von zürch. ZPO 345 I und 351

„dem Bundesgericht die Nachprüfung eines kantonalen Urteils zuzuschieben, dessen Grundlagen durch Revisionsgesuch angefochten sind — auf die Gefahr hin, dass dann das bundesgerichtliche Urteil, anstatt von vornherein hintangehalten zu werden (OG 77), nachträglich revidiert werden muss"[46]).

III.

Kritische Würdigung.

Dass der Gedanke von der Subsidiarität eines ausserordentlichen Rechtsmittels gegenüber einem ordentlichen auch das Verhältnis zwischen den ausserordentlichen zürcherischen, resp. bernischen Rechtsbehelfen und der Berufung an das Bundesgericht beherrscht, dürfte nach unsern Ausführungen sub II nicht mehr zweifelhaft sein. Zuzugeben ist, dass die fraglichen Institute zwar gleichzeitig nebeneinander ergriffen werden können und dass in der zeitlichen Erledigung die Berufung hinter die ausserordentlichen Rechtsmittel zurückzutreten hat (OG 77 I). Trotzdem darf unsere Behauptung jedoch als erwiesen betrachtet werden, weil doch die in Beziehung gesetzten Rechtsmittel mit einer einzigen Ausnahme — bern. ZPO 359 Ziff. 5 — verschiedene Gebiete beschlagen und ihre Funktionen scharf gegeneinander abgegrenzt sind. Interessant ist dabei, dass dieses Resultat wenigstens bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde und der Nichtigkeitsklage

hingewiesen wird. — Die Kritik, die *Binder*, Das Verhältnis der Berufung zu den ausserordentlichen kantonalen Rechtsmitteln, Diss. Zürich 1933 S. 46/7 Anm. 70 an diesem Urteil und damit implicite an den Gesetzestexten übt, geht fehl und lässt völlig ausser acht, dass einerseits Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung sich ohne die Ausschlussklausel von zürch. ZPO 345 I weitgehend decken würden und dass andererseits Wiederherstellung und Berufung schon begrifflich ganz verschiedene Materien betreffen und deshalb einer gegenseitigen Abgrenzung gar nicht bedürfen.

[46]) So die berechtigte Kritik *Adolf Zieglers* a. a. O. ZSchwR N. F. *54* 349a an einem Nichteintretensentscheid auf ein Revisionsgesuch gegen ein berufungsfähiges Urteil.

mit ganz verschiedenen Mitteln erreicht wird; eine Vergleichung und kritische Würdigung der in den beiden Zivilprozessordnungen eingeschlagenen Wege scheint uns deshalb unerlässlich zu sein.

1. Der rein äusserlich in erster Linie hervortretende Unterschied zwischen der zürcherischen und bernischen Regelung liegt darin, dass Zürich seine Nichtigkeitsbeschwerde in berufungsfähigen Fällen ausdrücklich nur zur Ergänzung des eidgenössischen Rechtsmittels zulässt und aus ihr damit zwei Institute mit wesentlich verschiedenen Funktionen macht, wogegen Bern sämtliche Entscheide der obern Gerichtsinstanzen ohne Rücksicht auf die Berufungsmöglichkeit stets ein und derselben Nichtigkeitsklage unterwirft. Die notwendige Folge davon ist, dass dort Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde absolut scharf voneinander geschieden sind, während hier Doppelspurigkeiten ohne weiteres möglich sind und tatsächlich auch vorkommen. M. a. W.: Zürich nimmt zugunsten einer saubern Trennung zwei verschiedene Ausgestaltungen seiner Nichtigkeitsbeschwerde in Kauf, Bern dagegen begnügt sich im Interesse der Einheitlichkeit seiner Kassation mit einer möglicherweise lückenhaften Kompetenzausscheidung gegenüber der Berufung an das Bundesgericht.

Für ein Werturteil über die beiden Lösungen fallen natürlich nicht lediglich der erwähnte Konstruktionsunterschied und seine Auswirkungen in Betracht. Allein auf diese Momente abzustellen verbietet sich, weil doch die Entscheidung der Frage, ob die Berufungsfähigkeit und der Umfang der bundesgerichtlichen Überprüfungskompetenz für die Zulässigkeit und die Funktion eines kassatorischen Rechtsmittels von Einfluss sein sollen, stets präjudiziert erscheint durch die in einer Zivilprozessordnung vorgesehenen Nichtigkeitsgründe: sind diese letztern derart formuliert, dass viele der betreffenden Mängel auch im Berufungsverfahren zur Sprache gebracht werden können, so erweist sich eine Ausschlussklausel

zur Verhütung der unweigerlichen Doppelspurigkeiten als beinahe unvermeidlich, während sie praktisch sozusagen bedeutungslos wäre, wenn sich die Nichtigkeitsgründe vornehmlich mit den der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogenen Materien befassen. Wir dürfen die festgestellten konstruktiven Unterschiede deshalb keineswegs als gewillkürte oder zufällige Besonderheiten betrachten, was mit aller Deutlichkeit daraus hervorgeht, dass von den zürcherischen Nichtigkeitsgründen mehr als die Hälfte (5:4), von den bernischen dagegen nur ein einziger (1:5) durch eine Ausschlussklausel überhaupt beeinflusst werden können. Unter diesen Umständen hat die kritische Würdigung selbstverständlicherweise bereits bei der allgemeinen Ausgestaltung des kassatorischen Rechtsmittels einzusetzen.

2. Nach seiner Grundidee dient ein kassatorisches Rechtsmittel in erster Linie dazu, Verletzungen des formellen Rechtes (Verstösse gegen die Prozessvoraussetzungen und die Verfahrensgrundsätze) durch die Vernichtung des auf unkorrekte Weise zustandegekommenen Entscheides auszumerzen[47]). Es steht damit im Gegensatz zu dem appellatorischen Rechtsmittel, das sich gegen die Verletzungen des materiellen Rechtes wendet und die Neubeurteilung einer Streitsache zum Zwecke der Ersetzung eines unrichtigen Erkenntnisses durch ein besseres ermöglichen will[48]).

Aus der geschichtlichen Entwicklung sind die beiden Institute im allgemeinen nicht in ihrer begrifflichen Reinheit hervorgegangen, sondern es hat vielmehr jedes in gewissem Umfang auch die Funktionen des andern an sich gezogen. Wichtig ist für uns, dass so Bern und Zürich insbesondere auch den „Widerspruch zu einer klaren materiellen Gesetzesbestimmung" als Nichtigkeitsgrund anerkennen (zürch. ZPO 344 Ziff. 9, bern. ZPO 360

[47]) *Heusler*, Zivilprozess der Schweiz 150/1; *Matti* a. a. O. ZBJV *65* 3; *Binder* a. a. O. 6.

[48]) *Heusler* a. a. O. 150, *Leuch* a. a. O. bern. ZPO 333 N. 1.

Ziff. 2) und also die Kassation nicht nur zur Korrektur einer sententia nulla, sondern auch zur Verbesserung einer sententia iniusta benützen[49]). Mit einer gewissen Befriedigung kann zwar festgestellt werden, dass der bernische Gesetzgeber sich wenigstens bezüglich der Nichtigkeitsklage gegen die Urteile der obern Instanzen — für unsere Arbeit fällt nur diese in Betracht — durch eine strikte Elimination von bern. ZPO 360 Ziff. 2 konsequent an die Grundgedanken des kassatorischen Rechtsmittels gehalten hat[50]) und dass er in seinem Bestreben seitens der Gerichte durch eine enge Interpretation des Begriffes der Gehörsverweigerung sehr verständnisvoll unterstützt worden ist. Im Gegensatz hiezu trägt dagegen die zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde der eigentlichen Funktion der Kassation weit weniger sorgfältig Rechnung; sie kennt nämlich ganz allgemein gegen sämtliche Entscheide die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechtes und ermöglicht zudem auch unter dem Gesichtspunkt der Gehörsverweigerung eine Überprüfung der vorinstanzlichen Gesetzesanwendung.

Folgt man lediglich theoretischen Richtigkeitserwägungen, so wird nach dem Vorstehenden ohne weiteres der bernischen Nichtigkeitsklage vor der zürcherischen Nichtigkeitsbeschwerde der Vorzug gegeben werden müssen. Wir wissen, dass damit sicherlich nicht das letzte Wort über Wert oder Unwert der beiden Lösungen gesagt ist, weil „der Zivilprozess als technisches Recht allerschärfster Ausprägung von wechselnden Zweckmässigkeiten beherrscht wird und der Ewigkeitswerte entbehrt“[51]). Dennoch möchten wir an unserer Beurteilung festhalten und sogar mehr als lediglich akademisches Interesse für sie in Anspruch nehmen. Betrachtet man

---

[49]) Über die Möglichkeit, das neue Urteil im Nichtigkeitsprozess selbst zu fällen, siehe zürch. ZPO 349 und bern. ZPO 365.

[50]) Auch bern. ZPO 359 Ziff. 5 (mangelnde Prozessfähigkeit) macht hievon keine Ausnahme; siehe oben S. 61/62.

[51]) Zitat nach *Matti* a. a. O. ZBJV *65* 6 aus *Stein*, Grundriss des Zivilprozessrechtes.

nämlich die konkreten Konsequenzen, die sich aus den beiden verschiedenen Konstruktionen insbesondere für das Verhältnis zur Berufung ergeben, so zeigt sich sehr deutlich, dass die bernische Regelung der zürcherischen auch aus praktischen Gründen unbedingt vorzuziehen ist: jene lässt Doppelspurigkeiten zwischen den beiden Rechtsmitteln (abgesehen von einer durchaus tragbaren Ausnahme) überhaupt nicht aufkommen, während diese die (allerdings schärfere und lückenlose) Kompetenzausscheidung nur mit Hilfe einer zu unverhältnismässig grossen Schwierigkeiten führenden Ausschlussklausel erreicht.

3. Die Kritik an der zürcherischen Ausschlussklausel hat unseres Erachtens einzusetzen bei der Tatsache, dass zu jenen Nichtigkeitsgründen, die durch zürch. ZPO 345 I beeinflusst werden, u. a. insbesondere auch diejenigen gehören, die systemwidrig appellatorische Momente in die Kassation hineintragen. Noch mehr: eben diese beiden Nichtigkeitsgründe der Gehörsverweigerung und der Verletzung klaren materiellen Rechtes (zürch. ZPO 344 Ziff. 6 und 9) sind es gewesen, die das Kassationsgericht schon früh bewogen haben, die auf das Verhältnis der Nichtigkeitsbeschwerde zu den ordentlichen kantonalen Rechtsmitteln zugeschnittene Ausschlussklausel von altzürch. ZPO 705 wenigstens bezüglich dieser Tatbestände in jahrzehntelanger, konstanter Praxis auch in berufungsfähigen Fällen anzuwenden[52]). Der Kausalzusammenhang zwischen der theoretisch anfechtbaren Ausgestaltung der Nichtigkeitsbeschwerde und der heutigen Fassung von zürch. ZPO 345 I ist somit zweifellos zu bejahen, unbeschadet der Tatsache, dass diese letztere auch Nichtigkeitsgründe beeinflusst, die der Grundidee der Kassation durchaus gerecht werden (zürch. ZPO 344 Ziff. 1, 4, 8).

Dass die Kompetenzausscheidung zwischen Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde einerseits durch die Praxis angebahnt worden ist und andererseits eben durch sie im

[52]) Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen *8* (1889) 349 und BZRS *1* (1902) 49, 133, 177.

Institut einer Ausschlussklausel gesucht wurde, will übrigens besonders beachtet sein, weil doch das zürcherische Kassationsgericht die Schwierigkeiten und Unebenheiten seiner selbstgeschaffenen Lösung genugsam kennengelernt hat und trotzdem auch vor dem Inkrafttreten der heutigen ZPO (1913) strikte an ihr festgehalten hat. Es scheint uns dies der beste Beweis dafür zu sein, dass die zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde eine andere Lösung gar nicht zulässt, dass also ein begrifflich unbefriedigendes kassatorisches Rechtsmittel nicht nur äusserer Anlass zu der jetzigen Rechtslage ist, sondern auch deren innern Gehalt zwangsläufig bestimmt hat.

Welches sind nun aber die vielberufenen Unzulänglichkeiten der Ausschlussklausel von zürch. ZPO 345 I? — Sie bestehen darin, dass die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde stets davon abhängt, ob das betreffende Urteil berufungsfähig sei und ob der gerügte Mangel allenfalls seitens des Bundesgerichtes überprüft werden könne. Die Eintretensfrage betreffend das kantonale Rechtsmittel ist also in jedem einzelnen Fall durch die Zulässigkeit und die Wirkungsmöglichkeiten eines eidgenössischen Rechtsmittels präjudiziert und gehört in diesem Sinne letzten Endes in den Kompetenzbereich des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz. Es ist diese Verquickung um so ungünstiger, als die Berufungsvoraussetzungen und die bundesgerichtliche Überprüfungsbefugnis eine keineswegs einfache und durchsichtige Umschreibung erfahren haben. Vor allem fällt aber ins Gewicht, dass das Kassationsgericht gemäss OG 77 I zu diesen heiklen Fragen immer Stellung nehmen muss, bevor das Bundesgericht sich mit ihnen überhaupt befassen soll, und dass weiterhin die Berufungsinstanz an die Auffassung des kantonalen Richters über die Zulässigkeit und die Wirkungsmöglichkeiten eben der Berufung als eines Institutes der Bundesrechtspflege selbstverständlicherweise niemals gebunden ist.

Mit dem letzten Punkt sind wir bei der unheilvollsten Auswirkung der zürcherischen Regelung angelangt, zumal

dieser nun insbesondere auch ihre rechtspolitische Unhaltbarkeit und Schwäche beleuchtet. Schwerer als alle verfahrenstechnischen Misstände der Ausschlussklausel wiegt nämlich die Tatsache, dass der kantonale Gesetzgeber in zürch. ZPO 345 I die Möglichkeit eines negativen Kompetenzkonfliktes geschaffen hat. Ein solcher liegt vor, sobald einerseits das Kassationsgericht bezüglich eines Entscheides, resp. des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes die Zulässigkeit der Berufung sowie die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes bejaht und demzufolge auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eintritt, andererseits das Bundesgericht aber ebendieselben Fragen verneint und somit auch die Berufung ohne materielle Behandlung von der Hand gewiesen wird. Derartige Kompetenzkonflikte haben sich schon mehrfach ereignet und jeder von ihnen ist in hohem Masse geeignet, das Vertrauen des rechtssuchenden Publikums in die Rechtsprechung zu trüben[53]).

Zuzugestehen ist, dass der zürcherische Gesetzgeber und das dortige Kassationsgericht Mittel und Wege gesucht haben, solche negative Kompetenzkonflikte nach Möglichkeit zu korrigieren oder gar zu vermeiden. Zu bedauern ist jedoch, dass dabei die Schuld an dem „fatalen Unrechtszustand“[54]) durchaus unberechtigt vielfach dem Bundesgesetzgeber zugeschoben und das Übel nicht an der Wurzel gepackt wurde.

Um zunächst einen bereits eingetretenen negativen Kompetenzkonflikt zu beheben, musste man früher nach dem staatsrechtlichen Rekurs oder nach der Wiederherstellung des zürcherischen Rechtes greifen und auf diesem Wege eine Aufhebung des kassationsgerichtlichen Nicht-

---

[53]) *Leuch* SJZ *32* 160 in fine spricht lediglich von einem „bedauerlich schlechten Eindruck, den das Fallen zwischen Tisch und Stuhl hervorruft“, ist im übrigen aber weniger pessimistisch. — Für den jeweiligen Widerhall in der Literatur siehe die eingangs zitierten Aufsätze.

[54]) *E. Curti* a. a. O. SJZ *23* 305.

eintretensentscheides versuchen. Beide Institute sind jedoch derart unangemessene Hilfsmittel, dass sie nur in den allerseltensten Fällen oder sogar nur bei unrichtiger Anwendung zum Ziele führen. — Einerseits wird nämlich die im staatsrechtlichen Rekurs zu erhebende Rüge der Willkür und der Rechtsverweigerung kaum jemals zutreffen, da doch die Rechtsverweigerung durch die Mangelhaftigkeit des Rechtszustandes bedingt ist und deshalb auch bei gewissenhaftester Anwendung des Gesetzes entstehen kann. Andererseits ist es wohl nicht angängig, den Nichteintretensentscheid des Bundesgerichtes als einen Revisionsgrund zu behandeln, weil unter einer nachträglich entdeckten „Tatsache" nur etwas verstanden werden darf, was Bestandteil des Prozessstoffes hätte bilden sollen, niemals aber ein von dritter Seite gefälltes Erkenntnis über eben jene Frage, die auch im angefochtenen Entscheid — allerdings in gegenteiligem Sinne — entschieden worden ist[55]).

Seit der Justizreform vom 7. April 1935 sind die Parteien glücklicherweise nicht mehr auf diese beiden Verlegenheitslösungen angewiesen. Zürch. ZPO 345 III bestimmt nun ausdrücklich, dass bei einem negativen Kompetenzkonflikt infolge Unzuständigkeitserklärungen sowohl des Kassationsgerichtes als auch des Bundesgerichtes das erstere auf Begehren des Nichtigkeitsklägers die Nichtigkeitsbeschwerde materiell zu behandeln habe. Dass damit gewiss ein brauchbarer Ausweg aus einer konkreten Rechtsverweigerung gefunden ist, soll nicht bestritten werden. Eine tatsächliche Lösung des Problems bringt jedoch auch diese Neuerung u. E. nicht, weil an der mangelhaften Grundlage als solcher durch sie leider nichts verbessert wird: zürch. ZPO 345 III kann und will nicht verhindern, dass über die Zulässigkeit der Berufung zwei

---

[55]) So die jahrelange konstante Praxis (*Sträuli* a. a. O. 263 und SJZ *10* 295), die allerdings neuestens (Entscheid vom 7. 1. 1927, besprochen bei *Curti* SJZ *23* 306) bedauerlicherweise verlassen worden ist.

sich widersprechende Erkenntnisse ergehen, und greift überhaupt erst Platz, wenn ein Konfliktsfall bereits vorliegt. Bestrebungen, die sich um die Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte bemühen, verdienen deshalb trotz der heutigen Regelung weiterhin volles Interesse.

Den bisherigen Versuchen auf diesem Gebiet kann leider der nämliche Vorwurf nicht erspart werden, dass auch sie die gegenwärtige Ausgestaltung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde als unantastbare Grundlage hinnehmen und Abhilfe von seiten des Bundesgerichtes oder gar des Bundesgesetzgebers erwarten. So wurde mehrmals[56]) ein dem Nichtigkeitsprozess vorangehender Meinungsaustausch zwischen Bundes- und Kassationsgericht vorgeschlagen, mit dem Zwecke, seitens des Bundesgerichtes vorweg in verbindlicher Weise die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Berufung feststellen zu lassen und so den Eintretens- oder Nichteintretensentscheid des Kassationsgerichtes zu erleichtern. Mit der gleichen Absicht ist sodann weiterhin eine Zweiteilung des Berufungsverfahrens verlangt worden[57]); nach diesem Vorschlage hätte bei gleichzeitiger Ergreifung der Nichtigkeitsbeschwerde und der Berufung trotz OG 77 I zunächst das Bundesgericht wenigstens über die Zulässigkeit der Berufung zu entscheiden und der kantonale Nichtigkeitsprozess erst daran anschliessend stattzufinden. Endlich fehlt auch nicht der versteckte Ruf nach einer Revision von OG 77 I im Sinne einer völligen Umkehrung in der zeitlichen Erledigung der beiden Rechtsmittelverfahren[58]).

Zu diesem letzten Vorschlag einer Revision von OG 77 I ist kritisch zu bemerken, dass eine solche in dem angedeuteten Sinne schon aus verfassungsrechtlichen Rücksichten nicht in Frage kommen dürfte. Ausserdem könnte sie zwar gewiss den zürcherischen Verhältnissen nützen, wäre aber für alle jene Kantone, die ähnlich wie Bern

---

[56]) *F. B.* SJZ *10* 295, *E. Curti* SJZ *23* 306 und *32* 117.

[57]) So insbesondere *Binder* a. a. O. 96 f. und BZRS *14* 2.

[58]) *A. Guhl* a. a. O. SJZ *27* 37.

eine selbständige, von der Berufung unabhängige Kassation kennen, in keiner Weise erforderlich oder nur vorteilhaft. Endlich wäre es höchst unbefriedigend, wenn der eidgenössische Gesetzgeber im Interesse einzelner weniger kantonaler Rechte auf eine einheitliche Regelung verzichten würde[59]).

Was umgekehrt den vorgeschlagenen Meinungsaustausch[60]) und sogar eine vorherige urteilsmässige Erledigung der Zuständigkeitsfrage betrifft, so liessen sie sich mit dem Wortlaut und mit dem Sinne von OG 77 I u. E. gewiss ohne allzugrosse Schwierigkeiten und Bedenken vereinbaren: es wird hier nämlich einerseits ausdrücklich die Aussetzung nur der bundesgerichtlichen „Entscheidung" verlangt, so dass man sich in der Tat auf den Standpunkt stellen kann, es müsse lediglich die materielle Behandlung der Berufung (Gutheissung mit neuem Sachentscheid oder mit Aufhebung des Urteils und Rückweisung an die Vorinstanz — Abweisung) sistiert werden; andererseits ist auch zuzugeben, dass diese Lösung wenigstens in Hinblick auf die zürcherischen Bedürfnisse im allerersten Interesse der kantonalen Gerichtsbarkeit liegen und deshalb wohl kaum gegen das in OG 77 I ausgedrückte Prinzip der Nichteinmischung seitens des Bundes verstossen würde[61]). Als Gegenargument möchten wir jedoch

[59]) Es sei auch hier wiederholt, dass eine Verschiebung in der zeitlichen Erledigung bei der Wiederherstellung und dem Neuen Recht jeder Vernunft widersprechen würde und sich mit dem Wesen der Berufung und eines revisionistischen Rechtsmittels als solchem niemals vereinbaren liesse; auch dies spricht gegen eine Abänderung von OG 77 I, weil eine verschiedene Behandlung der beiden Arten von ausserordentlichen Rechtsmitteln nach Möglichkeit vermieden werden muss. Vergl. oben Anm. 46.

[60]) Ein Vorbild findet sich in OG 194 I.

[61]) Aus diesen Gründen betrachtet denn auch das Bundesgericht OG 77 I nicht als absolut zwingend und hat schon mehrfach bei Formmängeln oder bei zu geringem Streitwert oder selbst bei zu Unrecht gerügter Nichtanwendung eidgenössischen Rechtes eine Berufung von der Hand gewiesen wegen offensichtlicher Unzulässigkeit, ohne die Erledigung des kantonalen Rechtsmittel-

sehr entschieden und mit allem Nachdruck ins Feld führen, dass es ins Uferlose führen könnte, wenn dem Bund eine Anpassung seines Berufungsverfahrens an die Bedürfnisse der kantonalen Zivilprozessrechte zugemutet würde. Dieser letzte Punkt in Verbindung mit der allgemeinen staatsrechtlichen Überordnung des Bundes über die Kantone und mit der daherigen Präponderanz seiner (wiewohl sehr beschränkten) Zivilprozesshoheit vor der primären Justizhoheit der Kantone gemäss BV 64 ist ausschlaggebend. Er genügt, um die Verantwortung für eine befriedigende Kompetenzausscheidung restlos den Kantonen aufzubürden. Ihre Aufgabe ist es deshalb, die Voraussetzungen ihrer ausserordentlichen Rechtsmittel im Anschluss an das eidgenössische Berufungsverfahren derart zu umschreiben, dass Doppelspurigkeiten und negative Kompetenzkonflikte nur im Rahmen des praktisch Tragbaren vorkommen, und ihnen liegt es ob, durch zweckentsprechende Abänderungen eben der kantonalen Gesetze allfälligen Unzulänglichkeiten zu steuern[62]).

Leider erwartet der zürcherische Gesetzgeber wie gesagt eine endgültige Regelung von seiten der Bundesinstanzen, und es ist deshalb nicht weiter verwunderlich, dass weder zürch. ZPO 345 III noch einer der erwähnten Vorschläge eine wirklich befriedigende Lösung bietet. Eine solche scheint uns unter Beibehaltung der heutigen Ausgestaltung der zürcherischen Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt gar nicht möglich zu sein. Zweifellos würde

---

verfahrens abzuwarten; vgl. BGE *32* II 566 und Praxis *3* 42, sowie *Weiss* a. a. O. 135 Ziff. 3 und endlich OG 71 I/II. Wir glauben nicht, dass gegen diese Praxis etwas einzuwenden ist.

[62]) So vor allem sehr überzeugend *Leuch* a. a. O. SJZ *32* 170, der sich insbesondere gegen irgendeinen préavis des Bundesgerichtes wendet. — Trotz unserer oben geäusserten Auffassung ist es natürlich durchaus in Ordnung, wenn das Bundesgericht in gewissen Fällen helfend einspringt (oben Anm. 61), doch wäre es unseres Erachtens verfehlt, den Kantonen einen gesetzlichen Anspruch auf sofortige Erledigung bloss der Zuständigkeitsfrage einzuräumen.

sich aber ohne weiteres eine Besserung ergeben, wenn dieses Rechtsmittel eine weitgehende Einschränkung auf seine begrifflichen Grundgedanken erfahren würde; in diesem Falle könnte dann nämlich auf die so verhängnisvolle Ausschlussklausel verzichtet werden, ohne dass es deshalb zu nennenswerten Doppelspurigkeiten zwischen Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde käme. Dabei ist es selbstverständlich, dass eine solche Lösung dem Kanton Zürich nicht aufgezwungen werden kann[63]).

Gegenüber der soeben gestellten Forderung wird man zweifellos den Vorwurf erheben, dass sie mit den historischen Prinzipien des zürcherischen Prozessrechtes brechen würde und darum (!?) trotz ihrer theoretischen Richtigkeit undurchführbar sei. Der erste Einwand ist zweifellos berechtigt[64]), nicht dagegen der zweite, wie die bernische Nichtigkeitsklage, soweit sie sich gegen Urteile oberer Instanzen wendet (bern. ZPO 359 Ziff. 1—6), ohne weiteres zu beweisen vermag. Dass diese gemäss unserem Vorschlag nur die Verletzung prozessrechtlicher Normen als Nichtigkeitsgründe anerkennt und eine begrifflich rein durchgeführte Kassation darstellt, ist bereits ausgeführt worden, so dass lediglich noch auf die guten Auswirkungen hinzuweisen ist, die sich hieraus für ihr Verhältnis zur Berufung ergeben.

4. Der Vorteil der bernischen Lösung liegt darin, dass sie ohne jedes weitere Hilfsmittel einzig dank der ziemlich engen Auswahl ihrer Nichtigkeitsgründe eine beinahe lückenlose Abgrenzung zur Berufung erreicht

---

[63]) Ebenso *Leuch* a. a. O. SJZ *32* 170, der jedoch weniger weit geht als wir und keinenfalls die Forderung erheben will, der Kanton Zürich müsse sein Kassationsgericht abschaffen.

[64]) *Balsiger*, Kassation und Kassationsgericht im Kanton Zürich, 90, nennt den Nichtigkeitsgrund des „judicatum contra jus in thesi" (heute zürch. ZPO 344 Ziff. 9) sogar den „Vater der zürcherischen Nichtigkeitsbeschwerde", weil er bereits unter der Herrschaft des Prozessgesetzes von 1831 angewendet wurde, wiewohl dieses ein kassatorisches Rechtsmittel überhaupt noch gar nicht kannte; siehe auch *Balsiger* a. a. O. 86 Anm. 1.

und dass also dieses Resultat insbesondere nicht auf dem Wege einer Ausschlussklausel im Sinne von zürch. ZPO 345 I erzielt werden muss. Im Gegensatz zur Nichtigkeitsbeschwerde ist die Nichtigkeitsklage in ihren Voraussetzungen von der Berufung vollständig losgelöst und unabhängig, so dass sich das bernische Obergericht bei der Eintretensfrage vor bedeutend einfachere Probleme gestellt sieht als das zürcherische Kassationsgericht. Vor allem hat es dabei nämlich nichts in Betracht zu ziehen, das zugleich für die Zulässigkeit der Berufung in Frage kommen könnte und deshalb hernach auch noch der vorfrageweisen Überprüfung durch das Bundesgericht unterliegen würde. So sind also sich widersprechende Entscheide schlechthin ausgeschlossen, weil die Zuständigkeit beider Gerichte von ganz verschiedenen Momenten abhängt. Das heisst nun aber nichts anderes, als dass ein negativer Kompetenzkonflikt überhaupt undenkbar ist.

Gewiss, es kann auch nach der bernischen Regelung vorkommen, dass das Bundesgericht und das Obergericht auf die beiden gegen ein und dasselbe Urteil eingereichten Rechtsmittel nicht eintreten. Dabei handelt es sich aber niemals um einen negativen Kompetenzkonflikt, da nun hier in keinem Falle die Nichtigkeitsklage gerade deshalb hätte an die Hand genommen werden sollen, weil die Berufung nicht zulässig ist. Der Grund für den kantonalen Nichteintretensentscheid (nicht: Unzuständigkeitsentscheid!) wird immer nur in der Nichteinhaltung rein formeller Vorschriften (z. B. bern. ZPO 361 I) liegen können und besteht deshalb ganz selbständig auch dann, wenn die Berufungsmöglichkeit fehlt.

Es mag noch erwähnt sein, dass im bernischen Recht auch alle Schwierigkeiten verfahrenstechnischer Natur restlos in Wegfall kommen. So erfordern die Bedürfnisse der Nichtigkeitsklage insbesondere weder einen vorherigen Meinungsaustausch zwischen Obergericht und Bundesgericht, noch eine Zweiteilung des Berufungsverfahrens, noch eine Revision von OG 77 I, weil doch den beiden

Instanzen ganz verschiedene und unabhängig voneinander zu entscheidende Fragen vorliegen. Weiterhin kommt bei der geschilderten Rechtslage im Falle einer bundesgerichtlichen Inkompetenzerklärung natürlich auch eine Korrektur der obergerichtlichen Nichteintretensverfügung ebensowenig in Frage als eine materielle Behandlung der Nichtigkeitsklage im Sinne von zürch. ZPO 345 III.

Nach dem Gesagten kann unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses zur Berufung jeder Vergleich der bernischen Nichtigkeitsklage und der zürcherischen Nichtigkeitsbeschwerde nur zugunsten der ersten ausfallen: auf denkbar einfachstem Wege schliesst Bern die Möglichkeit eines negativen Kompetenzkonfliktes absolut sicher aus, wogegen das entsprechende zürcherische Institut bedeutend schwieriger zu handhaben ist und bei der heutigen Rechtslage ausserdem stets die Gefahr solcher Konfliktsfälle in sich birgt, welche dann allenfalls nur in einem neuen Rechtsmittelverfahren wieder behoben werden können. Unser Ruf nach einer theoretisch einwandfreien Kassation im Sinne der bernischen Nichtigkeitsklage gemäss bern. ZPO 359 ist deshalb auch in Hinblick auf eine Wertung unter praktischen Gesichtspunkten nur zu berechtigt, — doppelt berechtigt übrigens, weil Zürich die berufungsfähigen Prozessfälle ohnehin stets vor zwei ordentliche kantonale Instanzen bringt, wogegen sie Bern zwingend nur dem Urteilsspruch des Appellationshofes als einziger Instanz unterwirft (bern. ZPO 7 II) und trotzdem auf jede Durchsetzung seines kassatorischen Rechtsmittels mit appellatorischen Momenten verzichtet hat.