

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:	56 (1937)
Artikel:	Deutsch-schweizerischer Vollstreckungsvertrag : die von dem Abkommen erfassten Entscheidungen
Autor:	Levis, Otto
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896319

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: 08.01.2026

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

Deutsch-schweizerischer Vollstreckungsvertrag.

Die von dem Abkommen erfassten Entscheidungen.

Von Dr. Otto Levis, Senatspräsident i. R., Karlsruhe.

Durch das Abkommen vom 2. November 1929 (= A) haben Deutschland und die Schweiz Bestimmungen über die zwischenstaatliche Wirksamkeit gerichtlicher Entscheidungen getroffen. Welche Erkenntnisse hier im einzelnen erfasst werden, ist in mehr wie einer Beziehung zweifelhaft. Allgemein kann man an Hand der Art. 1 und 3 des Vertrags den Kreis der erfassten Entscheidungen — für vermögensrechtliche und nicht-vermögensrechtliche Angelegenheiten — so festlegen: In Betracht kommen endgültige und rechtskräftige Entscheide eines der Vertragsstaaten, die in einem Prozessverfahren von einem bürgerlichen Gerichte über einen bürgerlichen Anspruch erlassen wurden. Jedes der damit gegebenen Begriffsmerkmale bedarf der näheren Beleuchtung.

§ 1. Gerichte im Sinne des Abkommens.

Gerichte sind staatliche Behörden, die unabhängig von der Weisung Vorgesetzter mit der Feststellung oder Verwirklichung von Rechten betraut sind, und zwar muss in dieser Tätigkeit eine wesentliche Aufgabe dieser Stellen liegen.

A) 1. Eine Behörde, die vorzugsweise das Gemeinwohl zu fördern hat, sei es auch im Rahmen des Rechtes, ist kein Gericht, sondern eine Verwaltungsstelle. Ein Gericht steht zwar auch im Dienste des Gemeinwohls, seine Tätigkeit zielt aber auf Feststellung und Verwirklichung des Rechtes. Gerade deshalb, weil das Gericht in den Vorschriften des Rechtes seine massgebende

Stütze und Leitlinie findet, kann ein fremder Staat, selbst in Angelegenheiten seiner eigenen Angehörigen, dem Gerichtsentscheide eher Beachtung schenken, als einem Verwaltungsakte. Denn die Allgemeinheit, die den Rechtsätze ihrer Natur nach anhaftet, gibt eine gewisse Gewähr dafür, dass das gerichtliche Erkenntnis sich einer parteiischen Stellungnahme — auch dem Ausländer gegenüber — fernhalte¹⁾.

2. Das Gericht muss nicht ausschliesslich mit der Feststellung oder Verwirklichung des Rechtes befasst sein; aber eine seiner entscheidenden Aufgaben muss hier liegen.

Das deutsche Anerbengericht z. B. hat sich vielfach mit Verwaltungsentscheiden zu befassen — so etwa bei der Genehmigung einer Erbhofveräusserung (§ 37 II REG.) —; dennoch ist es ein Gericht²⁾, weil ihm in massgebendem Umfange rechtsfeststellende und rechtsverwirklichende Akte übertragen sind, so namentlich die Erkenntnisse über die Unterhalts- und Ausstattungsansprüche der Verwandten des Bauern (§§ 30, 32 REG., § 36 EHRV.). Ähnlich liegt es bei dem richterlich unabhängigen (VII. DVO z. LandwSchuldRegelG Art. 7 III) Entschuldungsamte, wenn es ausnahmsweise Rechte feststellt (z. B. VI. DVO z. LandwSchuldRegelG Art. 8 II Satz 1).

3. Wesentliches Merkmal für den Begriff des Gerichts ist weiter die Unabhängigkeit der erkennenden Personen. Auch der deutsche Totalitätsstaat hält, obschon er den Grundsatz der Gewaltenteilung aufgegeben hat, an der Unabhängigkeit des Richters fest. Der Richter ist auch hier bei der Beurteilung des einzelnen Falles nicht an Anschauungen derjenigen gebunden, denen im Staate die — vorzugsweise nach Zweckmässigkeitsgründen zu füh-

¹⁾ Fedozzi, Recueil des Cours de l'Académie de droit international 1929 II 181/2.

²⁾ Mit dem RG. DJustiz 1936 260, dem REHG. JW. 1935 2569 mag man es als „Sondergericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit“, aber nicht nur der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bezeichnen.

rende — Verwaltung obliegt. Diese Freiheit des Richters gibt dem fremden Staate eine gewisse Gewähr dafür, dass der gerichtliche Entscheid nicht überwiegend nach den Gesichtspunkten des Gemeinwohls des eigenen Landes gefällt wird, wie dies beim Verwaltungsentscheide eher zu befürchten ist. So versteht man, dass im Sinne des A. auf die Unabhängigkeit als Merkmal des „Gerichtes“ zu sehen ist. Darum braucht aber das Gericht nicht für jede seiner Tätigkeiten die Unabhängigkeit zu besitzen; nur muss es zu seinen allgemeinen Aufgaben gehören, Entscheide unter dem Schutze der Unabhängigkeit zu fällen.

Richter im Sinne des A. ist darnach der deutsche Rechtpfleger, der zwar der Regel nach den Weisungen der Vorgesetzten unterworfen ist, der aber bei Kostenfestsetzungen (§ 104 ZPO.), bei der Erlassung von Vollstreckungsbefehlen (§ 699 ZPO.) und sonst noch kraft eigener Verantwortung zu befinden hat. Hingegen fehlt der schweizerischen, mit vormundschaftlichen Verrichtungen befassten Verwaltungsbehörde³⁾ die unabhängige Stellung; ihre Entscheidungen fallen deshalb nicht unter das A., auch nicht, wenn einem unehelichen Vater eine Unterhaltsrente auferlegt⁴⁾ oder ein Verwandter für unterstützungspflichtig erklärt ist⁵⁾.

Die vom A. verlangte Unabhängigkeit fehlt dem Gerichte nicht deshalb, weil der Richter an einen Verwaltungsentscheid gebunden ist, sofern dieser nur eine öffentlich-rechtliche Vorfrage erledigt.

So liegt die Sache dort, wo das deutsche Gericht die Entscheidungen der Reichsversicherungsbehörden (§ 901 RVO.) oder diejenigen der Beschlussstelle in Angelegenheiten der evangelischen Kirche (RGe-

³⁾ Wegen der schweizerischen Vormundschaftsbehörden s. Stauffer, Die Verträge der Schweiz mit Österreich und der Tschechoslowakei 9 Note 5.

⁴⁾ Siehe den Fall IPRspr. 1930 Nr. 79.

⁵⁾ Vgl. aber auch Keller, SJZ. 32 151.

setz 26. Juni 1935, RGBl. I 774)⁶⁾ zugrunde zu legen hat. Gleichartiges gilt auch im Falle des § 147 des deutschen Beamten gesetzes vom 26. Januar 1937; hiernach ist der ordentliche Richter, der mit einem Anspruche wegen Verletzung einer Amtspflicht befasst ist, an den eine Amtspflichtverletzung verneinenden Entscheid des Reichsverwaltungsgerichts gebunden.

B. Schwierig ist die Abgrenzung von Gericht und Schiedsgericht (= SchG.). Man hat sie auf Grund des inneren Rechtes vornehmen wollen⁷⁾. Dann wäre der Gerichtsbegriff des A. nicht eindeutig. Ein solches Ergebnis wäre nur annehmbar, wenn schlechthin zwingende Gründe es verlangten; das aber ist nicht der Fall. Zunächst ist eine für beide Staaten gültige Lösung zu suchen, und sie kann dahin gefunden werden: Gericht ist eine Behörde, die ihrem Kerne nach sich als eine öffentlich-rechtliche Einrichtung darstellt, SchG. dagegen ist eine Stelle, die ihrem Kerne nach durch private Willkür geschaffen ist. Beim Gerichte kann dessen ungeachtet der Wille der Parteien⁸⁾ und beim SchG. kann die staatliche Macht im einzelnen Falle einen entscheidenden Einfluss auf die Zusammensetzung des erkennenden Körpers ausüben⁹⁾. Kennzeichnend für ein Gericht ist namentlich, dass es gesetzlicher Vorschrift entspringt, dass es mit zwingender Recht-

⁶⁾ Der politische Einschlag der Beschlussstelle-Entscheide (vgl. Weber, DJZ. 1935 1076 f., 1080 f.) kann aber — dem Urteil gegenüber — der Vorbehalt klausel Eingang verschaffen.

⁷⁾ Siehe KG. ISchGJ. 3 341.

⁸⁾ Z.B. § 19 deutsche EntlVO. (die Partei bestimmt die mitwirkenden Richter).

⁹⁾ Z.B. § 1031 Satz 2 DZPO. (der Richter ernennt statt der säumigen Partei den SchRichter). Wie im Texte: Westheimer, ZZP. 39 251. Abweichend v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts 2 539; Lehrbuch des intern. Privat- und Strafrechts 193. Kohler, GruchB. 31 493. Für den Fall, dass ein Gerichtsentscheid über die Schiedsklausel auf die Gerichtsbesetzung einwirkt, abweichend auch Brachet, De l'exécution internationale des sentences arbitrales 21.

sprechung ausgestattet ist und dass es Entscheide erlässt, die sich ohne weiteres als staatliche Hoheitsakte darstellen¹⁰⁾. Wo diese Merkmale fehlen, kann es sich nur um ein SchG. handeln; wenn aber hiernach ein SchG. in Frage steht, ist sein Spruch noch nicht notwendig ein Schiedsspruch, der unter Art. 9 des A. fällt.

Nach dem Gesagten sind keine Gerichte die SchGerichte, die in einer Tarifordnung eines deutschen Treuhänders der Arbeit gemäss § 32 II AOG., §§ 91 ff. ArbGG. vorgesehen sind; freilich sind sie durch Rechtsverordnung eingerichtet; dennoch sind sie als wirkliche SchGerichte zu betrachten, weil sie keine Zeugen und Sachverständige beeidigen können und weil namentlich ihr Spruch nicht ohne weiteres mit Zwang durchsetzbar ist¹¹⁾. Dieser Mangel hoheitsrechtlicher Befugnisse stempelt auch die neuerlich in Deutschland eingerichteten SchGerichte des Reichsnährstandes zu wahren SchGerichten; eine solche Annahme liegt wenigstens nahe. Und sie trifft bei den zur Entscheidung von Lieferungsstreitigkeiten berufenen SchGerichten¹²⁾ auch sicherlich zu¹³⁾; das gilt selbst dort, wo zusammen mit der Bildung von Zusammenschlüssen Lieferungsbedingungen aufgestellt wurden und gleichzeitig der schiedsrichterliche Austrag von Lieferungsstreitigkeiten, sogar unter Androhung von Ordnungsstrafen, angeordnet wurde. Sehr viel weniger klar ist die Lage für die zahlreichen SchGerichte, die berufen sind,

¹⁰⁾ Dem SchG. fehlt dagegen die Zwangsgewalt über die Beteiligten. Prager Schiedsrecht 8 N. 6. Verbeek, NiemZ. 45 127 Nr. 229.

¹¹⁾ Auf den Zwangscharakter des Entscheids ist grösseres Gewicht zu legen als auf die unfreiwillige Unterwerfung der Parteien unter die entscheidende Stelle, wenn das Urteil vom Schiedsspruche abgegrenzt werden soll. Anders Lanzer, ZBl. 1935 (53) 418.

¹²⁾ Siehe SchGerichtsordnung 18. Juli 1935 RNVBl. 399.

¹³⁾ Frese, Privatrechtliche SchGerichtsbarkeit beim Reichsnährstand (1936) 9. Hamann, Die SchGerichtsbarkeit des Reichsnährstands (1936) 4, 100.

über Streitigkeiten innerhalb des Reichsnährstandes und innerhalb der zur Durchführung der Marktordnung gebildeten Zusammenschlüsse zu entscheiden¹⁴⁾). Diese Stellen haben neben privatrechtlichen Rechtsstreitigkeiten manifache andere Angelegenheiten, und zwar überwiegend solche öffentlich-rechtlicher Natur zu erledigen; darum hat man sie als Sondergerichte angesehen¹⁵⁾; ob mit Recht, bleibe dahingestellt. Auch wenn man sie nicht als SchGerichte, sondern als Sondergerichte betrachtet, gilt nämlich: ihre Entscheide werden von §§ 1 ff. des A. nicht erfasst. Dies vornehmlich deshalb, weil, wie schon gesagt, den Entscheiden die Natur des zwangswise durchsetzbaren Hoheitsaktes schon in Deutschland fehlt; sie können darum sicher in der Schweiz keine hoheitsrechtlichen Wirkungen äussern.

§ 2. Welche Gerichte sind bürgerliche ?

Nur der Entscheid eines bürgerlichen Gerichts wird von dem A. erfasst (Art. 1 und 3). Bürgerlich ist das Gericht, das nicht Straf- und nicht Verwaltungsgericht ist; es hat sich mit den Beziehungen der einzelnen Rechtsgenossen untereinander zu befassen.

Der Zuspruch einer Entschädigung oder einer Privatbusse in einem Strafurteile (Adhäsionsprozess) unterfällt hiernach dem A. nicht¹⁶⁾. Und weiter: Entfernt ein Ehrengericht des deutschen AOG. einen Arbeiter aus der Betriebsgemeinschaft (§ 38 Ziff. 5 AOG.), so ist das schweizerische Gericht, das etwa über die Zahlung des Arbeitslohnes zu befinden hat, nicht auf Grund des A. an den Entscheid gebunden.

¹⁴⁾ Siehe VO. über die Bildung von SchGerichten für die landwirtschaftliche Marktregelung 26. Februar 1935 (RGBl. I 293).

¹⁵⁾ Hamann 8. Zum gleichen Ergebnisse müsste wohl Weinmann nach seinen Ausführungen ZBl. 1933 (51) 498/500 gelangen.

¹⁶⁾ Probst, Die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in der Schweiz nach den geltenden Staatsverträgen (1936) 44.

Andererseits werden die Erkenntnisse der deutschen Arbeitsgerichte, der württembergischen und badischen Gemeindegerichte, der schweizerischen Handels¹⁷⁾ und der schweizerischen Gewerbegerichte¹⁸⁾ von dem A. ergriffen. Ebenso aber auch die rechtsfeststellenden Entscheide der deutschen Aufwertungsstellen; diese mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestatteten Behörden haben bei der Festsetzung der Aufwertungshöhe beispielsweise keine andere Aufgabe als das ordentliche Gericht, wenn es gemäss § 242 BGB. aufwertet; und sie sind auch nicht etwa Verwaltungsbehörden¹⁹⁾.

§ 3. Gerichte des „anderen Vertragsstaates“.

Die Gerichte des „einen Staates“²⁰⁾ müssen gesprochen haben, damit der Spruch „im Gebiete des anderen Staates“ anerkannt werden kann (Art. 1 Satz 1 des A.). Das Gericht, das erkannte, muss also der Hoheit des einen Vertragsstaats, die Behörde, die über die Wirksamkeit des Erkenntnisses befindet, muss der Hoheit des anderen Staats unterstellt sein. Sind nun aber nicht etwa den Gerichten des Staats, in dem das Erkenntnis seinen Ursprung hat, andere Gerichte dann gleichzustellen, wenn der Ursprungsstaat die Entscheide dieser Gerichte seinen eigenen Entscheiden innerstaatlich gleichbehandelt? Die Anerkennung eines fremden Urteils ist doch im wesentlichen Sache des Vertrauens; wo deshalb der Staat M. dem Staate N. derart vertraut, dass er dessen Urteile als wirk-

¹⁷⁾ Z. B. Art. 5 BernZPO. §§ 72 ff. ZürGVG.

¹⁸⁾ Z. B. Art. 4 BernZPO. § 9 ZürGVG.

¹⁹⁾ Siehe namentlich RG. HRR. 1928 Nr. 471; JW. 1932: 2281. Als Verwaltungsbehörde sehen die Aufwertungsstelle an: RG. Warn. 1926 Nr. 1. AppH. Tessin Clunet 57 1158. Kössler, BIInt.PR. 6 151, Clunet 58 193.

Wegen der Aufwertungsstellen-Entscheide siehe im übrigen unten § 4 Ziff. 2 a. E.

²⁰⁾ Zeitlich massgebend ist der Augenblick der Urteilstentstehung. Vgl. OG. Danzig JW. 1921 541. Bartin, principes de droit intern. privé 1 472.

sam betrachtet, könnte er sehr leicht auch die Entscheide übernehmen, die zwar nicht vom Staate N. erlassen sind, von ihm aber eigenen gleichgeachtet und gleichbehandelt werden. Vieles spricht für die damit zur Erörterung gestellte ausdehnende Auslegung des A.; indessen wird sie richtiger abzulehnen sein; hat sich doch in der bisherigen Praxis der internationalen Urteilsvollstreckung keine Neigung zu einer solchen Auffassung gezeigt.

Darnach wird man zwar die Konsulargerichte der beiden Vertragsstaaten²¹⁾ als Gerichte im Sinne des A. anzusehen haben; denn sie sind in die staatliche Organisation dieser Staaten eingefügt. Aber da, wo ein Vertragsstaat die Gerichtsbarkeit über die eigenen Staatsangehörigen dem Konsulargericht eines dritten Staats übertragen hat, fallen die Konsulargerichtsentscheide nicht unter das A.²²⁾. Und das gleiche hat für die Urteile der gemischten Schiedsgerichte des Versailler Vertrages zu gelten²³⁾ und für die — vor dem 14. Oktober 1936 (Tag der Aufkündigung der internationalen Strom-Akte durch Deutschland) erlassenen — Erkenntnisse der internationalen Rheinschiffahrts- und Elbschiffahrtsgerichte, obschon sie alle²⁴⁾ als deutsche Sondergerichte angesehen werden dürfen.

²¹⁾ Vgl. Pillet, *Traité pratique de droit intern. privé* 2 553. Probst, SJZ. 33 194 Ziff. 4 (f. den schweiz.-schwed. Vollstreck.-Vertrag). Anscheinend zweifelnd Meili, *Das intern. Zivilprozessrecht* § 73 Ziff. 7 b. And. Ans. (f. den franz.-belg. RechtsSchutz-Vertr.) Paepe, Clunet 33 329 f. — Dass die Konsulargerichtsentscheide der Schweiz von den Schweizer Gerichten als ausserkantonale Entscheide angesehen werden (Dupraz, Clunet 41 410), steht der Ansicht des Textes nicht entgegen.

²²⁾ Probst 44 und (f. den schweiz.-schwed. VollstreckVrtr.) SJZ. 33 194 Ziff. II 4. — Siehe aber Schweiz. Bundesrat — Pol.- u. Justiz-Departement Clunet 32 257 f. Meili 228, 446.

²³⁾ Säuser-Hall Clunet 51 612 f. Verbeek 26. Stauffer 8. Probst 44.

²⁴⁾ Auch die gemischten SchGerichte. RG. 107 76. Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (1931) 40. Stein-Jonas vor § 1 N. 175. Vgl. auch Limburg, *Recueil des Cours*

Keine deutschen Entscheidungen sind auch die Urteile der Saargebietsgerichte aus der Zeit der Völkerbundsherrschaft; sie stehen zwar jetzt in Deutschland (Vereinbarung vom 18. Februar 1935 RGl. II 158) deutschen Urteilen gleich; aber sie entstanden, wenn schon im Raume deutschen Landes, doch nicht als deutsche Hoheitsakte.

§ 4. Prozessverfahren.

Nur Gerichtsentscheide, die im „Prozessverfahren“ ergingen, haben für das A. Bedeutung. Das sagt Art. 1 wegen vermögensrechtlicher Ansprüche ausdrücklich. Für nicht-vermögensrechtliche bringt es Art. 3 dadurch zum Ausdrucke, dass er von „Streitigkeiten“ spricht²⁵⁾; überdies: wenn das A. bei den weniger wichtigen Vermögenssachen nur die — eine grösse Gewähr bietenden — Prozess-Erkenntnisse schützt, kann es bei den wichtigeren Nicht-Vermögenssachen keine anderen Erkenntnisse anerkennen.

1. Um Rechtsstreitigkeiten muss es sich also handeln; es müssen Rechtsträger als Gegner auftreten und einen Entscheid über das Recht verlangen und erhalten. Rechtsfeststellung ist sonach Aufgabe des Prozesses²⁶⁾; und die Rechtsfeststellung findet ihre sachliche Bedeutung in der von ihr ausgehenden Rechtskraft²⁷⁾. Damit wird

de l'Académie de droit international 1929 V (tome 30) 535, aber auch 602. Der Anerkennung der Urteile der gemischten Sch-Gerichte steht überdies entgegen, dass Deutschland die Urteile nicht aus Vertrauen, sondern aus Zwang den eigenen gleichstellt; siehe auch Niboyet, BullInstIntermInt. 7 241.

²⁵⁾ So mit Recht Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung¹⁵ Anh. II zu § 723 Anm. IV 1a.

²⁶⁾ Vgl. etwa Jellinek, Verwaltungsrecht³ 5, 10. Förster-Kann, Die Zivilprozessordnung³ Bem. 4 vor § 1. Mit faire reconnaître un droit contesté bezeichnet die waadtländische ProzOrd. von 1847 die Aufgabe des Prozesses (Schurter-Fritzsche, Das Zivilprozessrecht der Schweiz II 1 317).

²⁷⁾ Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage 151 N. 826a (Prozess = auf Herbeiführung von Rechtskraft gerichtetes Ver-

klar: das A. beschäftigt sich nicht mit den eigentlichen Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit; ermangeln diese doch der feststellenden Natur und der Rechtskraft²⁸⁾. Der für das A. bedeutsame Unterschied zwischen Prozess und freiwilliger Gerichtsbarkeit²⁹⁾ liegt gerade darin, dass dort, anders als hier, die Rechtsfeststellung nicht fehlt, und zwar auch dann nicht, wenn das Verfahren mit einem Gestaltungsurteil abschliesst³⁰⁾. Das zeigt sich beispielsweise deutlich beim Ehescheidungs- und beim Gesellschaftsauflösungs- und ebenso beim deutschen Mietauflösungs-Prozesse; und zwar ganz besonders, wenn ein klagabweisendes Urteil ergeht³¹⁾. Dieses hindert näm-

fahren). Sussmann, ZBl. 1935 (53) 103 ff. Vgl. Sauer, Grundlagen des Prozessrechts ² 43, 45. Delius, Handbuch des Rechtshilfeverfahrens ⁴ 428/9.

²⁸⁾ Schlegelberger, Freiwillige-Gerichtsbarkeits-Gesetz ⁴ § 16 Anm. 8. Siegert, ZZP. 54 435 ff., DJZ. 1930 1327. Förster-Kann § 322 Anm. 8a. Lent, Freiwillige Gerichtsbarkeit ² § 2 S. 2/3, § 10 S. 14. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre 61. Coester, Die Rechtskraft der Staatsakte 117. Aubry-Rau, Cours de droit civil ⁵ XII 396. Bartin 1 474 f. Kuttner, Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses 3. Bürckner, Der privatgestaltende Staatsakt (1930) 42/43. AppH. Rom ZAIPR. 9 234 Nr. 52. — Zur Abgrenzung der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit hebt auch Giuliano (rivista di diritto intern. 25 163; ähnlich ferner Valéry, Manuel de droit intern. privé 785 n° 563) auf das Vorliegen oder Fehlen der materiellen Rechtskraft (für das franz.-ital. VollstreckAbk.) ab, und daneben noch auf die Vollstreckbarkeit oder Nichtvollstreckbarkeit des Beschlusses durch die Beteiligten.

²⁹⁾ Levis, Das intern. Entmündigungsrecht des deutschen Reichs 87 ff. Melchior, Die Grundlagen des deutschen intern. Privatrechts 314 zu N. 3.

³⁰⁾ Das einheitliche Gestaltungsurteil kann man nicht — mit Swoboda, Das intern. Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1934) 12/13 — in einen Akt des Prozesses und einen anderen der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufspalten.

³¹⁾ Für die Bedeutsamkeit dieser Prüfungsmethode: Petschek, Zivilprozessrechtliche Streitfragen 17.

lich kraft seiner Feststellungsnatur daran³²⁾), dass der gleiche Tatbestand nochmals zur gerichtlichen Entscheidung gestellt wird, ohne an der Rechtskrafteinrede zu scheitern. Hingegen kann etwa eine Entmündigung auf Grund des früher als unzulänglich befundenen Tatbestands erneut betrieben und jetzt ausgesprochen werden³³⁾; hier handelt es sich eben um keinen Prozessakt, sondern um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

2. Ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt hier und in ähnlichen Fällen auch dann vor, wenn er in den äusseren Formen des Prozesses vorgenommen wurde. Umgekehrt kann in den Formen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein rechtsfeststellender, mit Rechtskraft versehener Entscheid ergehen. Nicht im ersten³⁴⁾³⁵⁾, wohl aber im zweiten³⁶⁾ Falle findet das A. Anwendung; es bezieht sich auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im materiellen, nicht auf solche im formellen Sinne³⁷⁾. Liegt doch anerkanntermassen die Hauptbedeutung eines Abkommens über die Anerkennung

³²⁾ Festgestellt wird der Mangel eines Rechts auf Auflösung des Rechtsverhältnisses (Goldschmidt, ArchZPr. 117 19 f. Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerl. Rechts — Festgabe für Richard Koch — 243. Sussmann ZBl. 1935 [53] 89), nicht die rechtliche Unzulässigkeit des Gestaltungsaktes (wie Coester 77 ff. und Swoboda 13 meinen). Gegen den Text: Rosenberg § 87 I 3 S. 268. Kisch 71 ff. u. and.

³³⁾ Vgl. Kaufmann (Gmürs Kommentar zum Schweiz. ZGB²⁾ Art. 434 Bem. 23; bedenklich die ebenda Bem. 21 angeführte Genfer Entscheidung. Unrichtig Reichel, Die Anerkennung ausländ. Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit (1932, Diss. Göttingen) 45, 58, der dem Entmündigungsurteile materielle Rechtskraft zuschreibt.

³⁴⁾ In diesem Sinne ausdrücklich Art. 3 des schweiz.-schwed. Vollstr.V. für die in Prozessformen ergangenen Vormundschaftsentscheidungen.

³⁵⁾ And. Ans. (f. § 328 deutsches ZPO.) Reichel 45 u. and.

³⁶⁾ So ausdrücklich Art. 3 des schweiz.-schwed. VollstrV. für im nicht-streitigen Verfahren ausgesprochene Ehescheidungen und Gütertrennungen.

³⁷⁾ Zu diesen Begriffen de Boor, Judicium 1 276 ff.

fremder Urteile gerade darin, dass die Rechtskraftwirkungen über die Grenzen des Urteilsstaates ausgedehnt werden.

Ob sich ein Erkenntnis als Bürgerlicher-Rechtsstreit-Entscheid darstellt, so dass er also dem A. unterfällt, sagt das Recht, das das Urteil beherrscht; nur dieses legt ja dem Entscheide feststellende oder gestaltende Bedeutung bei³⁸⁾.

Zur Unterstützung des über die Abgrenzung des Prozessbegriffes Gesagten soll noch auf zwei Gesichtspunkte hingewiesen werden:

a) Die für das A. auszuscheidenden Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit gestalten, wie dargelegt, bürgerliche Rechtsverhältnisse³⁹⁾). Zu ihrer Vornahme ist vor allem der Staat berufen, dessen Gesetze das beurteilte Rechtsverhältnis beherrschen⁴⁰⁾). Auf diese Gesetze würde deshalb das A. wohl sicher in irgendeiner Form abheben, wenn es auch Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit mitergreifen wollte. Diese Gesetze spielen aber im A. — zum mindesten in Vermögenssachen — gar keine Rolle; das zeigt, dass ein solcher Wille fehlt.

b) Art. 3 würde zu wenig sinnvollen Ergebnissen führen, wollte man ihn — abweichend von der entwickelten Ansicht — auf Prozessverfahren anwenden, die sachlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuzählen sind. Ein in Genf wohnhafter Genfer sei etwa auf Betreiben eines französischen Verwandten in Genf entmündigt. Diese Entmündigung des Heimat- und Wohnsitz-Staates sollte doch sicher in Deutschland wirksam sein. Art. 3 erkennt indessen — nach der hier abgelehnten Ansicht — den Entscheid nicht an, da der Antragsteller in keinem der

³⁸⁾ Abweichend Bartin 1 475 ff., sowie bei Aubry-Rau § 769 ter n. 1 ter.

³⁹⁾ Siehe die ebenso knappen wie inhaltsreichen Bemerkungen Neumeyers in Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts V^o „internationales Privatrecht“.

⁴⁰⁾ Siehe Zitelmann 2 281; Swoboda 28/29, 86/87.

Vertragsstaaten beheimatet ist. Ein gewiss fehlsames Ergebnis. Es röhrt daher, dass in dem Beispiele, wie auch sonst häufig in Prozessen, die sachlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehören, die Partei nicht wahre Partei ist; hierauf hat das A. nicht geachtet; es hätte aber darauf achten müssen, wenn es Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit hätte mitumfassen wollen.

Nach dem Gesagten werden Entmündigungen⁴¹⁾ von dem A. ebensowenig wie Aufgebotsurteile⁴²⁾ ergriffen, mag auch ein wahres Prozessverfahren zu ihnen geführt haben. Hingegen sind in Parteistreitigkeiten eingangene Beschlüsse der deutschen Aufwertungsstelle und des deutschen Anerbengerichts nach dem A. zu beurteilen⁴³⁾. Für die Aufwertungsstelle vertreten freilich die deutsche Denkschrift (Reichstags-Drucksachen 1928 Nr. 22136) und die Botschaft des schweizerischen Bundesrats (BBl. 1929 3 538) den gegenteiligen Standpunkt; ihm tritt Stein-Jonas (Anh. II zu § 723 Anm. II A 1 c) bei, weil das Verfahren der Aufwertungsstelle kein Prozessverfahren sei; in Wahrheit ist es aber ein echtes Streit-

⁴¹⁾ Merz (5. Haager Staatenkonferenz für internationales Recht 31) unterstellt sie dem Haager UrteilsAbk.; ebenso anscheinend für das A.: Stauffer, Die neuen Verträge der Schweiz über die Vollstreckung von Zivilurteilen 6 f. Darnach wären die schweizerischen Entmündigungen in Deutschland bald wirksam, bald unwirksam, je nachdem der erkennende Kanton ein Prozess- oder ein Administrativverfahren vorschreibt, ein gewiss nicht befriedigendes Ergebnis, das Stein-Jonas (Anh. II zu § 723 Anm. IV 1a) mit Recht ablehnt.

⁴²⁾ Ähnlich das sich an unbestimmte Dritte wendende „Rechtsbot“. Es stellt keine Rechte fest, vielmehr ist es ein Verfahren, in dem der Richter bei der Begründung oder Vernichtung von Rechten mitwirkt.

⁴³⁾ Ebenso der Beschluss des Entschuldungsamts, wonach ein in seiner Forderung gekürzter Gläubiger das schon zuviel Erhaltene zurückzuzahlen hat (VI. DVO. z. LandwSchuldRegelG. Art. 8 Abs. 2).

verfahren⁴⁴⁾), soweit es Rechte rechtskräftig⁴⁵⁾ feststellt⁴⁶⁾), und insoweit ist es auch ein Prozessverfahren im Sinne des A.⁴⁷⁾.

3. Ein Prozessverfahren unterfällt dem A. auch, wenn es sich in besonderen Formen abspielt. Man denke an das beschleunigte Verfahren (*procédure accélérée*) mancher Kantone und das vereinfachte (sog. Kompetenz-) Verfahren bei unbedeutenden Sachen, wo Schriftenwechsel und schriftliche Urteilsbegründung regelmässig entfallen⁴⁸⁾; dieses auch — z. B. in der Zürcher Prozessordnung — als summarisch bezeichnete Verfahren ist kein wahres summarisches Verfahren, wie etwa dasjenige bei einstweiligen Verfügungen, weil es zu endgültigen Entscheiden führt. Es wird darum vom A. ebenso ergriffen wie das deutsche mit einem Vollstreckungsbefehle endende Mahnverfahren (siehe Art. 1 des A., wo Vollstreckungsbefehle besonders erwähnt sind). Auch das deutsche Verfahren nach der Hypotheken-Fälligkeits-VO. vom 11. November 1932 in Verbindung mit § 2 II des Gesetzes über die Zinsen für den land-

⁴⁴⁾ Zu diesem bestrittenen Begriffe gut: de Boor, *Judicium* 1 268/271 mit weiteren Belegen.

⁴⁵⁾ Levis, *Die Aufwertung von Hypotheken* (1926) 136 ff., insb. 140/2. Walsmann, JW. 1933 631 und namentlich KG. JW. 1930 642, BayerObLG. JW. 1933 631. Die Natur des echten Streitverfahrens erhellt schon aus der — im Freiwillige-Gerichtsbarkeits-Verfahren grundsätzlich fehlenden (Lent § 15 II 7) — Möglichkeit einer Vollstreckung des Endentscheids durch die Beteiligten.

⁴⁶⁾ Die abweichende Ansicht — etwa von Coester — führt zu dem absonderlichen Ergebnis, dass Aufwertungsstelle und ordentliches Gericht dort, wo ihre Rechtsprechung konkurriert (siehe § 73 AufwG.), ganz verschiedenwertige Entscheide erlassen.

⁴⁷⁾ Das Gesagte gilt natürlich nicht, wo die AufwStelle Gestaltungentscheide erlässt (z. B. §§ 27, 29 AufwG.); das tut sie aber nicht, wenn sie eine vom Normalsatz abweichende Aufwertungshöhe feststellt. — Wegen der AufwStellen-Entscheide siehe im übrigen oben § 2 zu Note 19.

⁴⁸⁾ Vgl. Art. 294 ff. BernZPO.

wirtschaftlichen Realkredit (RGBl. 1935 I 1057) ist ein Prozessverfahren, soweit es mit einem vollstreckbaren Entscheide oder Vergleiche abschliesst. Schliesslich wird das gleiche für Verfahren wie dasjenige vor dem st. gallischen Vermittleramte zu gelten haben, sofern der Vermittler richterlich entscheidet; das tut er bei Streitwerten bis zu 25 Fr.; wegen der Kosten besteht diese Entscheidungsbefugnis des Vermittlers in allen Verfahren, wenn die Partei vom Rechtsstreite zurückgetreten ist⁴⁹⁾.

4. Kein Prozessverfahren ist das Betreibungsverfahren. Es dient der Zwangsdurchsetzung von Rechten und wirkt deshalb grundsätzlich nur territorial⁵⁰⁾. Der Entscheid über die bevorzugte Anschlusspfändung einer Ehefrau (Art. 111 SchKG.) bleibt also in Deutschland unwirksam, dies auch in seinem Kostenteile (vgl. BGE. 38 II 741). Auch der Entscheid über einen Nachlassvertrag (Zwangsvergleich) wird im anderen Vertragsstaate nicht anerkannt. Nicht zu den betreibungsrechtlichen Erkenntnissen gehören aber die Entscheidungen in gewöhnlichen, durch die Zwangsvollstreckung nur ausgelösten Prozessen⁵¹⁾. Hierher zählen: die Interventionsklage eines Dritten nach § 771 DZPO. und Art. 107 und 109 SchKG.⁵²⁾, die Vollstreckungsgegenklage

⁴⁹⁾ Vgl. Teitler, Grundzüge des St. Gallischen Zivilprozesses 84, 90. Gleiches gilt auch in anderen Kantonen, z. B. in Thurgau (§ 59 ZPO. vom 29. April 1928).

⁵⁰⁾ Siehe Probst, SJZ. 33 193 a. E. (f. den schweiz.-schwed. VollstrV.). Vom Zwangsvergleich sagt das Bundesgericht (NiemZ. 29 409), er sei ein exekutionsrechtliches Institut, dessen Zwangswirkung „naturgemäß“ an den Grenzen des Vergleichsstaates ende.

⁵¹⁾ Probst 47.

⁵²⁾ Die hier ausgesprochene Unzulässigkeit der Betreibung kann zwar nur im Urteilsstaate „vollstreckt“ werden; hier allein findet ja die Vollstreckung statt, die unzulässig ist; aber soweit etwa in dem Entscheide eine Feststellung der Rechte des Dritten liegt, wirkt er auch im anderen Staate.

des § 767 DZPO. und die Aberkennungsklage des Art. 83 SchKG., sowie die Rückforderungsklage der Art. 86, 187 SchKG. Auch die Feststellung zur deutschen Konkurstabelle wird kein betreibungsrechtlicher Entscheid sein⁵³⁾; stellt sie doch nach vorheriger Sacherörterung in der Gläubigerversammlung bürgerliche Rechte fest, in der Art, dass sie auch ausserhalb des Konkurses die Wirkungen eines rechtskräftigen⁵⁴⁾ Urteils (§ 145 II KO.) ausübt; in keiner Weise dient sie der unmittelbaren Durchsetzung von Rechten. Mit Unrecht will ihr bei dieser Rechtslage die herrschende Ansicht die Natur einer von dem A. erfassten Entscheidung versagen (vgl. im übrigen unten § 6).

§ 5. Bürgerlich-rechtlicher Anspruch.

1. Das A. befasst sich nur mit Entscheiden, die sich über bürgerlich-rechtliche Ansprüche auslassen. Das sagt zwar das Übereinkommen nicht ausdrücklich. Aber die Anerkennung von Urteilen über öffentlich-rechtliche — namentlich über steuer- und strafrechtliche — Ansprüche würde der Staatenpraxis widerstreiten⁵⁵⁾. Ihr zufolge können fremde öffentlich-rechtliche Ansprüche im Inlande noch nicht einmal eingeklagt werden, sofern nichts anderes besonders bestimmt ist⁵⁶⁾; noch weniger können fremde Entscheide über solche Ansprüche inländische Wirksamkeit entfalten. Für das deutsche Recht hat man

⁵³⁾ Abweichend Probst 47 zu Note 3.

⁵⁴⁾ Nicht nur eines „vollstreckbaren“ (so § 85 DVergLO.).

⁵⁵⁾ Siehe etwa Pillet 2 588. Neumeyer Intern. Verwaltungsrecht 2 55 f. OeOGH. ZAIPR. 10 793 f.

⁵⁶⁾ KG. OLG. 20 91. LG. Danzig ZAIPR. 7 915. Jaeger, ZZP. 58 277 ff. Berliner Vereinbarungen über den Gerichtsstand im intern. Rechtsverkehr (1936) N. 50. Francke, ZZP. 8 21, 24. Im gleichen Sinne Art. 11 Ziff. 3 Nordische Konvention über Urteilsanerkennung und -Vollstreckung. AppH. Genua, angeführt bei Udina, Revue critique de droit international 30 712/3.

dies freilich bestritten⁵⁷⁾; aber zu Unrecht. Lässt sich doch die abweichende Ansicht nicht praktisch durchführen; vielmehr muss sie aller Regel nach die Vorbehaltsklausel heranziehen, um das (angeblich) wirksame ausländische Urteil dann doch der Anerkennung zu berauben⁵⁸⁾.

2. Die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privat-rechtlichen Ansprüchen hat in der neuesten Rechtsentwicklung, wenigstens im Deutschen Reiche, stark an Bedeutung verloren. Aber immer noch ist es in beiden Vertragsstaaten rechtens, dass vor die bürgerlichen Gerichte grundsätzlich alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten gehören, und nur sie. An dieser Stelle ist jene Unterscheidung nach wie vor wesentlich und entscheidend. Das wirkt sich auf die Anwendung des A. aus. Im Anerkennungsstaate muss geprüft werden, ob nicht vielleicht der auswärtige Entscheid über ein öffentliches Recht erging und aus diesem Grunde unwirksam ist. Die Prüfung hat von der Tatsache auszugehen, dass in der Regel die bürgerlichen Gerichte beider Vertragsstaaten nur mit bürgerlich-rechtlichen Ansprüchen befasst sind. Die Vermutung spricht deshalb dafür, dass das fremde Urteil eines Zivilgerichts über keinen öffentlich-rechtlichen Anspruch befindet.

3. Ob ein Anspruch öffentlich-rechtlich ist, entscheidet das Recht des Anerkennungsstaates⁵⁹⁾.

⁵⁷⁾ So Pagenstecher, RheinZ. 12 144 ff. Dagegen: Kohlrausch ebenda 131. Lamasch, Staatsverträge betr. Rechtshilfe u. Auslieferung (Holtzendorff, Handbuch des Völkerrechts, Band 3) 407.

⁵⁸⁾ Pagenstecher 150.

⁵⁹⁾ Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts 1 132, System des deutschen Zivilprozessrechts 1 829. Neuner, Internationale Zuständigkeit 16 N. 84. Rintelen, ZZP. 9 462. Leuch, Die Zivilprozessordnung f. d. Kanton Bern Art. 401 Anm. 1 i. Verb. mit Art. 400 Anm. 1. Vroonen, De la force extraterritoriale des jugements étrangers en Belgique 24, wo gesagt ist, ein fremdes Urteil liege nur vor, falls die entschiedene Rechtsfrage im Inlande zur richterlichen Zuständigkeit gehöre.

Die herrschende Meinung will dagegen das Recht des Urteilsstaates als massgebend ansehen⁶⁰⁾). Darnach hätte es der Urteilsstaat in der Hand, einen öffentlich-rechtlichen Anspruch zum privatrechtlichen zu stempeln und so seinem Urteile die ihm nicht gebührende ausländische Anerkennung zu verschaffen.

4. Bürgerlich-rechtlich ist ein Anspruch, wenn er den Beziehungen gleichgeordneter Rechtsträger entspringt⁶¹⁾. Ausnahmsweise sind andere, also öffentlich-rechtliche Ansprüche den bürgerlichen Gerichten zur Erledigung im Zivilprozessverfahren⁶²⁾ überwiesen; wo dies in Anerkennungs- und Urteilsstaat in gleicher Weise der Fall ist, wurde, prozessual betrachtet, der öffentlich-rechtliche Anspruch zum bürgerlich-rechtlichen. Ein über ihn ergangenes Urteil des einen Vertragsstaats ist darum im anderen wirksam; dies gilt beispielsweise für Entscheide über Enteignungsentschädigungen und über Gewährung von Schadenersatz bei Amtsdelikten, wenn es sich auch hier um öffentlich-rechtliche Ansprüche handelt.

5. Nach dem Gesagten werden Urteile, die eine Strafe aussprechen, von dem A. nicht erfasst. Auch Prozessstrafen, wie Bussen wegen Tröлerei oder wegen Verweigerung einer Zeugenbekundung, zählen hierher⁶³⁾. Anders freilich, wenn die Prozessstrafe in Wahrheit eine Prozesskosten erhöhung ist; so dort etwa, wo ein deutsches Gericht der Partei wegen einer von ihr verschuldeten Vertagung eine besondere Gebühr auferlegte (§ 39 GKG.); der Entscheid ist ein Teil der Kostenentscheidung und kann dem A.

⁶⁰⁾ Z. B. Walker, Streitfragen aus dem intern. Zivilprozessrecht 100. Unentschieden Lammash 407.

⁶¹⁾ Ob diese Grenzziehung richtig ist, ist streitig; neuere Übersicht über die verschiedenen Ansichten bei Kern, ZSchwR. nF. 54 (1935) 335 N. 16.

⁶²⁾ In Thurgau fehlt es nach Böckli, ZPO. § 1 Anm. 1 an dieser Voraussetzung dann, wenn öffentlich-rechtliche Ansprüche auch den bürgerlichen Gerichten überwiesen sind.

⁶³⁾ Goldschmidt 123 zu N. 686a will die Prozessstrafen nicht als Strafen gelten lassen; beachte freilich auch 130 f.

unterfallen. Vom A. werden weiter auch Entscheide ergriffen, die einer Privatperson in deren ausschliesslichem eigenen Interesse geforderte „Strafen“ zu- oder absprechen⁶⁴⁾. Ein wahrer Strafausspruch, der deshalb in Deutschland unwirksam ist⁶⁵⁾, liegt dagegen vor, wenn das schweizerische Ehescheidungsurteil gemäss Art. 150 ZGB. eine Wartefrist festgesetzt hat⁶⁶⁾.

§ 6. „Entscheidungen.“

Mit der Wirksamkeit von „Entscheidungen“ befasst sich das A. (Art. 1 und 3), wobei es gleichgültig ist, ob sie in Zivil- oder Handelssachen ergingen, wennschon dies, anders als in sonstigen Vollstreckungsverträgen der Schweiz, nicht ausdrücklich gesagt ist.

1. Was ist unter „Entscheidung“ zu verstehen? Unbedenklich darf man auf die Begriffsbestimmung abheben, die für das innerdeutsche Recht vom Reichsgerichte gegeben wurde; dieses fordert (RG. 16 427 ff.) einen Entscheid, der einen Rechtsstreit auf Grund eines beiden Teilen Gehör gewährenden ordentlichen oder summarischen Verfahrens erledigt⁶⁷⁾. Ein den Prozess endgültig abschliessender Ausspruch des Gerichts wird demgemäß verlangt; das ist an dieser Stelle zu betonen. Es genügt dabei, wenn der Rechtsstreit auch nur einem Streitgenossen gegenüber sein Ende findet oder auch nur für einen Teil des Streitgegenstandes ein voller Abschluss geschaffen wird; es ist namentlich hinreichend, dass ein

⁶⁴⁾ Vgl. Lawrence, J. (Kings Bench Division) ZAIPR. 10 306. Art. 2 § 2 französisch-englischer UrteilsvollstrVertrag vom 13. Januar 1934, Clunet 62 1115 ff.

⁶⁵⁾ Für die internationale Wirksamkeit solcher Strafaussprüche Bartin 1 482 ff.

⁶⁶⁾ Frankenstein, Intern. Privatrecht 3 535. KG. IPRspr. 1932 Nr. 86; 1933 Nr. 42. Siehe auch Lewald, Das deutsche intern. Privatrecht Nr. 173d S. 127.

⁶⁷⁾ Siehe auch Gessler § 328 ZPO. — Ein Beitrag zu der Lehre von der zwingenden Natur der Kollisionsnormen 15.

selbständiger Verfahrensteil, etwa das Kostenfestsetzungsverfahren, zu Ende geführt wird.

Ohne Belang ist es, ob der gerichtliche Ausspruch einen Parteiantrag abweist oder ihm stattgibt oder nur den Kostenpunkt erledigt, ob mit oder ohne mündliche Verhandlung entschieden wurde und ob das Verfahren sich auf dem Verhandlungs- oder dem Untersuchungsgrundsatze aufbaute; schliesslich ist es auch bedeutungslos, ob sich die Parteien streitig begegneten oder ob auf Grund des Versäumnisses oder des Anerkenntnisses eines Streitteiles erkannt wurde⁶⁸⁾. Bei einem Anerkenntnis darf es sich freilich nicht lediglich um eine Beurkundung der Parteierklärung handeln; vielmehr muss wenigstens eine Prüfung der Prozessvoraussetzungen und der Rechtswirksamkeit des Anerkenntnisses vorausgegangen sein.

Wenn man auch an diesem Erfordernisse völlig festhält, wird man die Feststellungen in der deutschen Konkurstabellen (§ 145 II KO.) als Entscheidungen im Sinne des A. betrachten dürfen⁶⁹⁾. Freilich: Die herrschende Meinung⁷⁰⁾ will in dem Eintrage nur eine Beurkundung sehen (RG. 37 388. Jaeger, Die Konkursordnung^{6/7} § 145 Anm. 3); man hat geradezu von einem Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit gesprochen (Stein-Juncker, Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts³ 433), ungeachtet des Umstandes, dass die Feststellung im Rahmen des dem Zivilprozesse zugerechneten Konkursverfahrens (§ 72 KO.) getroffen wird. Aber der Eintrag,

⁶⁸⁾ Fischer, ZAKDR. 1935 233 möchte die letztbezeichneten Entscheide von der Anerkennung ausschliessen.

⁶⁹⁾ Zweifelnd Probst 47 nach N. 3. Vgl. aber BlZürRspr. 11 Nr. 132. Neumann-Lichtblau, Kommentar zur (österr.) Exekutionsordnung³ 1 337 (zu § 85 EO.) mit Bezug auf den Deutsch-Österr. Rechtsschutzvertrag. Krautmann-Krech-Hackel, Zwischenstaatlicher Rechtshilfeverkehr² 103, 188. OeOGH. Clunet 59 1076 (= JW. 1932 2335), KG. DJustiz 1934 1476.

⁷⁰⁾ Nach Sauer 257 ist der Eintrag eine den Urteilen gleichgestellte „Entscheidung“.

der die Kraft eines rechtskräftigen Urteils auch ausserhalb des Konkursverfahrens⁷¹⁾ besitzt, unterscheidet sich doch lediglich in der Form, nicht in der Sache von einem Anerkenntnisurteil oder einem Vollstreckungsbefehle. Darum wird die Konkursfeststellung — insbesonders im internationalen Verkehre — als Entscheidung anzusehen sein⁷²⁾.

2. Die Entscheidung muss wenigstens einen selbständigen Verfahrensteil beenden. Dieser Anforderung ist genügt, wenn auch nur über den Grund oder die Höhe eines Anspruchs abschliessend und rechtskräftig entschieden wurde. Allerdings ist ein solcher Entscheid für sich allein nicht vollstreckungsfähig. Aber er kann genau so, wie ein Feststellungsurteil über Höhe oder Grund eines Anspruchs, einen rechtskräftigen und deshalb anerkennungsfähigen Ausspruch enthalten; und aus den Erkenntnissen über Grund und Höhe zusammen lässt sich sogar vollstrecken. Eine solche Zwangsdurchsetzung ist insbesondere möglich, wenn der deutsche ordentliche Richter zur Zahlung eines von der Aufwertungsstelle festgesetzten Betrages verurteilt hat. Dabei ist wohl zu bemerken, dass der Entscheid der Aufwertungsstelle die Forderungshöhe in allgemein bindender Weise feststellt⁷³⁾, anders als ein deutsches Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs, das nur eine im Rahmen des anhängigen Verfahrens abschliessende, materieller Rechtskraft nicht fähige⁷⁴⁾ Entscheidung darstellt⁷⁵⁾. Ähnlich ist die Sachlage, wenn der Züricher Richter gemäss § 376 II ZPO. den Geldwert einer urteilmässig festgesetzten, aber nicht erzwingbaren Leistung festgelegt hat; auch diese

⁷¹⁾ Neuerlich zu Unrecht bestritten von Krusch ZHR 103, 29.

⁷²⁾ Im übrigen siehe oben § 4 a. E.

⁷³⁾ Über die materielle Rechtskraft des Bescheids oben § 4 vor Ziff. 3.

⁷⁴⁾ Neuerlich RG. JW. 1933 1410.

⁷⁵⁾ Wegen der Aufwertungsstelle siehe im übrigen oben § 4 Ziff. 2.

mit Urteilskraft ausgestattete Entscheidung ist — in Deutschland — anzuerkennen; vollstreckt werden kann sie freilich nur zusammen mit dem vorausgegangenen Leistungsbefehle. Von einem grundsätzlich anderen Standpunkt geht allerdings das Bundesgericht aus, wenn es das Moderationsurteil, das die Höhe der Anwaltskosten festsetzt, nicht als Urteil im Sinne des Art. 61 BV. gelten lässt⁷⁶⁾.

3. Die deutschen für vollstreckbar erklärt Zahlungsbefehle sind Entscheidungen im Sinne des A.⁷⁷⁾. Das ergibt sich aus dem Gesagten und ist überdies in Art. 1 zum Ausdrucke gebracht. Für den Zahlungsbefehl des schweizerischen Betreibungsverfahrens kann hingegen nicht das gleiche gesagt werden; er stellt den Anspruch nicht endgültig fest, soweit wie die Rechtsöffnung, die auch nur für die eingeleitete Betreibung eine feste Grundlage schafft; darum kommt eine Anerkennung der Entscheide nach dem A. nicht in Frage⁷⁸⁾.

4. Damit ein Entscheid im anderen Vertragsstaate wirken kann, muss er endgültig sein. Das A. bringt freilich nicht unmittelbar zum Ausdrucke, dass es keine Erkenntnisse anerkennen will, die nicht voraussichtlich die Gewähr der Dauer in sich tragen. Aber mittelbar kann es dem Art. 1 entnommen werden, weil er Rechtskraft der Entscheide verlangt und einstweilige Verfügungen aus dem Wirkungsbereich des A. ausschliesst. Dies darf angenommen werden, obschon sich Endgültigkeit und formelle Rechtskraft keineswegs decken⁷⁹⁾. Ein Vorbehalt-

⁷⁶⁾ Curti, Sämtliche Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts 1 Nr. 726. BGE. 38 I 507.

⁷⁷⁾ Anders für das frühere schweizerische Recht: Leresche, L'exécution des jugements civils étrangers en Suisse 133.

⁷⁸⁾ Petitpierre, Les conventions conclues par la Suisse avec l'Allemagne... concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements civils 25. Probst 50.

⁷⁹⁾ Petitpierre, La reconnaissance et l'exécution des jugements civils étrangers en Suisse 69. And. Ans. Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts 230 nach Note 33. Leresche 132/3 (siehe aber auch 134). Probst 102 zu N. 2.

urteil, das — wie das Urteil des deutschen Wechselprozesses (§ 600 II ZPO.) — trotz formeller Rechtskraft im anhängigen Verfahren wieder aufgehoben werden kann, ist nicht endgültig⁸⁰⁾; es bietet nicht die Sicherheit des Bestandes, die nach den Grundgedanken des A. gefordert werden muss, damit einem Entscheide die zwischenstaatliche Wirksamkeit zugesprochen werden darf. Anders liegt es bei Unterhaltsurteilen und ähnlichen Erkenntnissen, die wegen der Änderung wesentlicher Umstände in einem neuen Verfahren geändert werden können. Unter gewissen Verhältnissen verliert jedes Erkenntnis seine Bedeutung⁸¹⁾. Dadurch wird aber die ausländische Anerkennung der Entscheidung, solange sie gilt, nicht gehindert. Bei Unterhaltsurteilen kann nun freilich leichter als sonst eine die Urteilskraft beeinflussende Änderung der Verhältnisse eintreten. Das ist aber kein Grund, dem Urteile die Endgültigkeit und damit die zwischenstaatliche Wirksamkeit abzusprechen⁸²⁾. Man beachte doch: die Änderung der Verhältnisse muss in einem neuen Verfahren geltend gemacht werden. Also wird nicht der bisherige Bestand der Entscheidung angetastet, und es wird nicht ihre Endgültigkeit in Frage gestellt. Dies springt besonders vom Standpunkte der schweizerischen Rechtsanschauung aus in die Augen; lässt diese doch zu, dass über die Änderung des Unterhaltsurteils auch Gerichte eines andern als des Urteilsstaates entscheiden⁸³⁾; sie aber können nach

⁸⁰⁾ Hellwig, Lehrbuch I 130 N. 2. Leresche 133. Nicht endgültig ist auch das eine Aufrechnung vorbehaltende Urteil. Anders aber ein Urteil, das eine Widerklage offen lässt; es stellt sich als endgültiges Teilurteil dar (and. Ans. AppG. Tessin ZAIPR. 8 836).

⁸¹⁾ Süssmann, ZBl. 1935 (53) 116.

⁸²⁾ Vgl. das, was Kamm, ZZP. 44 110 ff. ausführt. — Das englische Recht freilich sieht Unterhalts- und ähnliche Urteile meist als nicht endgültig an (Gibb, The international law of jurisdiction in England and Scotland 250/251. ZAIPR. 9 446 ff.); ebenso das amerikanische Recht (Mueller, ZAIPR. 5 930).

⁸³⁾ Stauffer, Das intern. Privatrecht der Schweiz, Art. 7 h NAG. Bem. 23. Silbernagel (Gmürs Kommentar z. ZGB. 2) Art. 320 Bem. 10 S. 506.

allgemeinen Grundsätzen ganz gewiss den Bestand des ursprünglichen Erkenntnisses nicht antasten.

Entscheidungen über Arreste und einstweilige Verfügungen werden von dem A. nicht erfasst; das sagt Art. 1 ausdrücklich. Freilich ist nur in Art. 1, also bei vermögensrechtlichen Ansprüchen, hiervon besonders die Rede. Aber warum sollte bei nicht-vermögensrechtlichen Ansprüchen etwas anderes gelten?⁸⁴⁾ Der Grund für die Ausscheidung der Arreste und einstweiligen Verfügungen liegt ja darin, dass sie keine endgültigen Entscheidungen sind⁸⁵⁾; und das ist in nicht-vermögensrechtlichen Streitigkeiten ebenso zutreffend wie in vermögensrechtlichen.

Früher hat man — vom Standpunkte der deutschen Zivilprozess-Ordnung aus — die auf Zahlung von Unterhaltsrenten lautenden einstweiligen Verfügungen als zwischenstaatlich wirksame Titel betrachtet. Nach der allgemein lautenden Bestimmung des A. wird eine solche Auffassung im Geltungsbereiche des A. nicht vertreten werden dürfen⁸⁶⁾. Der AppH. Bern hat allerdings auch neuerlich die Vollstreckung einer deutschen einstweiligen Verfügung auf Zahlung einer Unterhaltsrente zugelassen (ZBJV. 67 233); dieser Bescheid gründet sich aber auf das — neben dem A. weiter massgebende — Berner Recht⁸⁷⁾. Schon auf Grund des A. wird ein endgültiges und deshalb wirksames Erkenntnis freilich dann vorliegen, wenn ein bernisches Gericht im Ehescheidungsprozesse gemäss Art. 145 ZGB. und Art. 299 ZPO. der Frau eine Unterhaltsrente zugesprochen hat.

5. Entscheidungen, die nur den Fortgang eines schwibenden und in der Schwebe bleibenden Verfahrens regeln,

⁸⁴⁾ And. Ans. anscheinend Probst 45 nach N. 4.

⁸⁵⁾ And. Ans. OLG. Hamburg 18 392/393. AppH. Bern ZBJV. 71 724.

⁸⁶⁾ Stauffer, Vortrag 8 f. Petitpierre, Vortrag 27. OLG. Wien ZBl. 1933 (51) 320 Nr. 127 (f. d. deutsch-österr. Rechts-SchutzV.).

⁸⁷⁾ Hierzu und zum Rechte von Tessin Vortisch, ZAIPR. 10 37 zu N. 6

werden vom A. nicht erfasst. So die Anordnung des Erscheinens einer Partei oder die Aussetzung des Verfahrens. Hingegen darf man nicht jeden rein auf prozessuale Gesichtspunkte gestützten Entscheid aus dem Geltungsbereiche des A. ausscheiden⁸⁸⁾. Ein die Klage wegen prozessualer Mängel — vielleicht wegen Zustellungsfehler — abweisendes Urteil kann sehr wohl anerkennungsfähig sein; es müssen nur die Wirksamkeitsvoraussetzungen des A. vorliegen. Sonst würde auch die Kostenentscheidung dieses Urteils der Anerkennung und Vollstreckbarkeit entbehren, da der Kostenentscheid nur Zubehör des Hauptentscheides ist (vgl. RG. 109 383 ff., Wach 228 zu N. 25); eine solche Lösung würde aber der inneren Berechtigung bar sein⁸⁹⁾). Ist es doch gewiss nicht sinnvoll, wenn etwa der Kostenentscheid eines klageabweisenden Urteils wirksam ist, falls die Klage nur sachlich unbegründet war, unwirksam dagegen, falls ihr auch prozessuale Voraussetzungen fehlten⁹⁰⁾). Es trifft darnach nicht zu, dass nur Sachurteile anzuerkennen seien; freilich wird diese Ansicht nicht selten vertreten⁹¹⁾.

6. Sehr zweifelhaft ist, ob ein Erkenntnis, durch das die Entscheidung eines dritten Staates für voll-

⁸⁸⁾ Anders Art. 2 I schweiz.-schwed. VollstrV.

⁸⁹⁾ Abweichend ist die Lage für ein Recht wie das englische; es anerkennt fremde Urteile, weil sie einen Rechtserzeugungsgrund darstellen; das klagabweisende Urteil aber lehnt jede Rechtsschaffung ab.

⁹⁰⁾ Vgl. Dupraz, Exécution en Suisse des jugements étrangers en matière civile et commerciale 9/10 (zu Art. 61 BV.) und auch Art. 2 Ziff. 3 der Nordischen Konvention über Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen, wo Entscheide über Gerichtskosten allgemein anerkannt werden.

⁹¹⁾ Wach 1 228. Hellwig, Lehrbuch 1 130, 131 N. 5. Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung¹² § 328 Anm. 1 b. BG. Curti 1179, neuerlich BGE 59 II 187. RG. 116 76. Beachte andererseits insb. BG. Curti 3470. Probst 48 zu N. 4. Mit Recht sieht Francke, ZZP. 8 9 die einen Arrest aufhebenden (reinen Prozess-) Urteile des Auslandes als anerkennungsfähig an.

streckbar erklärt wird, zu den Entscheidungen zählt, die unter das A. fallen. Vieles spricht für die Verneinung. Im allgemeinen werden deshalb auch Entscheide dieser Art nicht zu denen gerechnet, denen die zwischenstaatliche Anerkennung gewährt werden kann⁹²⁾. Man wendet namentlich ein, das Vollstreckungsurteil sei keine selbstständige Entscheidung, sondern übernehme nur den ausländischen Entscheid. Hält man sich aber an die Sache, dann muss sich die Erkenntnis aufdrängen, dass das Vollstreckungsurteil doch auch den sachlichen Anspruch ergreift. Dies leuchtet ohne weiteres ein, wenn man der Ansicht⁹³⁾ folgt, Streitgegenstand der Vollstreckungsklage sei der Gegenstand, über den das ursprüngliche Urteil entschied. Geht man aber auch davon aus, es handle sich bei der Vollstreckungsklage um eine reine Prozessklage, bleibt doch zu beachten: ist diese Prozessklage für gerechtfertigt erklärt, dann ist damit zugleich ausgesprochen, über den im Auslande anerkannten Sachanspruch könne im Inlande auf keine andere Weise mehr geurteilt werden⁹⁴⁾. Die Vollstreckbarkeitserklärung ersetzt also ein Inlandsurteil über den Sachanspruch, der Gegenstand des fremden Entscheides war. Mit Rücksicht auf diese Ersatznatur der Vollstreckbarkeitserklärung darf ihr doch wohl die gleiche ausländische Wirksamkeit zuerkannt werden wie einer Entscheidung über den Sachanspruch

⁹²⁾ „Exequatur sur exequatur ne vaut“ (Clunet 1935 [62] 113). Wach 1 231 zu N. 35. Cour de justice civile de Genève, Clunet 1914 1383. Petitpierre 21/22 La reconnaissance (der übrigens im Verkehr der Kantone untereinander das Vollstreckungsurteil einem Sachurteil dann gleichstellt, wenn es in Anwendung eidgenössischen Rechtes erging). Stauffer, Verträge mit Österreich usw. 8. Probst 52 zu N. 2 und 3.

⁹³⁾ Hellwig, Lehrbuch 1 129 zu N. 51; Anspruch und Klagrecht 172 in Verbindung mit 170 ff. Golsdchmidt, Zivilprozess 2 295.

⁹⁴⁾ RG. 16 427. v. Bar, Theorie 2 524. Verbeek, NiemZ. 45 121. Ogose, Beiträge zur Lehre von der Vollstreckung ausländischer Urteile in Deutschland 12.

selbst⁹⁵⁾). Eine andere Lösung ist wenig angemessen. Führt sie doch dahin, dass die Vollstreckbarkeitserklärungen der verschiedenen Staaten ohne innere Berechtigung im zwischenstaatlichen Verkehre ganz verschieden zu behandeln sind. Lässt nämlich ein Staat, wie — bisher wenigstens — England, fremde Urteile in der Form der *actio judicati* zur Vollstreckung zu, dann ist das Vollstreckungsurteil doch wohl ein Sachurteil und muss in jedem dritten Staate wie ein Sachurteil anerkannt werden. Der Vollstreckbarkeitserklärung derjenigen Staaten dagegen, die Auslandsentscheide in der Form einer reinen Prozessklage durchführen, müsste die Anerkennung stets versagt werden⁹⁶⁾.

Zu welch eigenartigen Ergebnissen diese Auffassung führt, springt besonders in die Augen, wenn mit Leresche (84, 116) anzunehmen ist: Basel-Stadt erkläre auswärtige Entscheidungen in der Form der Judikatsklage für vollstreckbar und Genf tue wenigstens in einzelnen Fällen das gleiche; dann wären in Deutschland die Vollstreckbarkeitserklärungen von Basel-Stadt und teils auch von Genf als Entscheidungen im Sinne des A. anzusehen, alle übrigen schweizerischen Vollstreckbarkeitserklärungen aber nicht!

Schliesslich ist noch zu beachten: im Vollstreckbarkeitsverfahren — das etwa wegen eines österreichischen Urteils in Deutschland durchgeführt wird — kann zugleich über eine behauptete Rechtsnachfolge oder eine angebliche Tilgung der Urteilsschuld oder eine sonstige ähnliche sachlich-rechtliche Frage erkannt sein. Soll nun der schweizer Richter, obschon die Voraussetzungen der Urteilsanerkennung nach dem A. vorliegen, sich über das

⁹⁵⁾ Man kann auch hier mit dem RG. (JW. 1926 374) sagen: ob die prozessrechtliche Konstruktion eine Verschiedenartigkeit der Ziele der Leistungsklage und der auf Erlass des Vollstreckungsurteils gerichteten Klage ergibt, ist unerheblich.

⁹⁶⁾ So mit Recht Brocher, *Commentaire pratique et théorique du traité Franco-Suisse du 15 juin 1869* p. 114.

deutsche Vollstreckungsurteil hinwegsetzen dürfen, indem er die Fragen sachlich neu prüft und vielleicht anders entscheidet? Das leuchtet wenig ein.

Nach alledem sprechen schwerwiegende Gründe dafür, auch die Vollstreckbarkeitserklärungen als Entscheidungen im Sinne des A. zu betrachten. Damit ist aber nicht gesagt, dass die deutsche Vollstreckbarkeitserklärung in der Schweiz als solche wirke oder umgekehrt. Dies verbietet der Inhalt des Vollstreckungsurteils, das nur ausspricht, im eigenen Staate sei der fremde Entscheid vollziehbar⁹⁷⁾). Demgemäß erkennt die schweizerische Rechtsprechung noch nicht einmal an, dass die Vollstreckbarkeitserklärung des einen Kantons zufolge des Art. 61 BV. in einem anderen Kanton wirksam sei (BGE. 54 III 35)⁹⁸⁾. Selbstverständlich wird daher die Schweiz ein deutsches Vollstreckungsurteil erst recht nicht als Vollstreckungsgrundlage zulassen; und das gleiche muss für das schweizerische Vollstreckungsurteil in Deutschland gelten. Diese Ablehnung der Wirksamkeit eines ausländischen Vollstreckbarkeitsentscheides bedeutet aber nicht notwendig, dass dem Entscheide jede Anerkennung versagt werde. Sie ist vielmehr, wenn man die entwickelten, für die Anerkennung sprechenden Gründe beachtet, dahin zu verstehen: nur der eigentliche Vollstreckungsausspruch ist unwirksam. Das Vollstreckungsurteil aber erkennt auch die Rechtskraft des fremden Entscheides an, und insoweit setzt sich das deutsche Vollstreckungsurteil in der Schweiz gemäss den Vorschriften des A. durch und ebenso umgekehrt.

Es sei etwa M. in Polen verurteilt, dem N., als Eigentümer eines Kraftwagens, den Wagen herauszugeben. Das Urteil sei in Deutschland für vollstreckbar erklärt. In der Schweiz klagt dann N. den Schaden ein, den ihm M. durch

⁹⁷⁾ Vgl. AppH. Perugia ZAIPR. 9 233 Nr. 49 (Foro Italiano 1934 I 1205 mit Note von Bassano).

⁹⁸⁾ Leresche 76. Petitpierre (*La reconnaissance etc.*) 20/21; abweichend die daselbst 25 N. 5 angeführte Entscheidung.

die urteilstwidrige Weiterbenutzung des Wagens verursachte. M. bestreitet erneut das Eigentumsrecht des N. Sein Einwand muss an der Rechtskraft des deutschen Urteils scheitern, falls für diese die Voraussetzungen des A. gegeben sind.

Dem Gesagten zufolge ist das Vollstreckungsurteil nicht aus dem Kreise der vom A. erfassten „Entscheidungen“ auszuscheiden. Diese Anschauung erweist sich ganz besonders dann als einleuchtend, wenn sich die Vollstreckbarkeitserklärung des einen Vertragsstaates auf ein Urteil des anderen Vertragsstaates bezieht⁹⁹⁾). Deutschland hat doch sicher ein Interesse daran, dass ein deutsches Urteil in der Schweiz für vollziehbar erklärt wird, und kann deshalb kaum dem mit der Vollstreckbarkeitsentscheidung verbundenen Kostenurteile die Wirksamkeit versagen, sofern das schweizerische Urteil den Anforderungen des A. genügt. Und nicht anders liegt es mit dem deutschen Vollstreckungsurteile in der Schweiz.

Der deutschen Anerkennung muss dagegen das Urteil des Kantons M. entbehren, das dem Urteile des Kantons N. die Vollstreckbarkeit abspricht. Beim Auseinandergehen der beiden vorliegenden schweizerischen Entscheide kann nämlich lediglich das Haupterkenntnis des Kantons N. von Bedeutung sein, nicht auch dasjenige von M., das sich nur über die Wirksamkeit des anderen ausspricht¹⁰⁰⁾.

§ 7. Rechtskraft der Entscheidung.

1. Entscheidungen sind nach Art. 1 und 3 des A. nur wirksam, wenn sie rechtskräftig sind¹⁰¹⁾). Und zwar muss die Rechtskraft in dem Augenblicke vorliegen, da ihre Wirksamkeit in Frage kommt¹⁰²⁾). Gehören mehrere

⁹⁹⁾ Vgl. Aubry-Rau § 769 ter (p. 507).

¹⁰⁰⁾ Vgl. Aubry-Rau § 769 ter note 1 bis (p. 476).

¹⁰¹⁾ Vgl. Mendelssohn - Bartholdy, Rechtskraft des Schiedsspruchs (Festgabe zu Franz Kleins 60. Geburtstag) 161.

¹⁰²⁾ Siehe KassH. Brüssel, Clunet 35 219/220.

Urteile derart zusammen, dass sie nur gemeinschaftlich einen anerkennungs- und insbes. vollstreckungsfähigen Inhalt besitzen — wie Entscheide über den Grund und die Höhe eines Anspruches sowie Hauptentscheid und Kostenfestsetzung —, dann müssen alle rechtskräftig sein.

2. Was ist hier unter Rechtskraft zu verstehen?

Keinesfalls darf man den Inhalt des Begriffes ohne dringende Not aus dem Rechte eines der Vertragsstaaten entnehmen¹⁰³⁾). Vielmehr ist ein den Abkommensabsichten genügender Begriff zugrunde zu legen, sofern es irgend möglich ist, einen solchen aus dem Sinne des Staatsvertrages abzuleiten. Diese Ableitung lässt sich vornehmen; Schwierigkeiten macht sie allerdings. Sicher ist nur, dass auf die formelle, nicht die materielle Rechtskraft zu sehen ist¹⁰⁴⁾). Im übrigen aber ist der Begriff nicht ohne weiteres eindeutig¹⁰⁵⁾). Das trat besonders scharf in den Erörterungen der 5. Haager Konferenz über internationales Privatrecht zutage. Teils wurde hier Rechtskraft mit Vollstreckbarkeit gleichgesetzt (Documents 105, 285); teils wurde verlangt, alle, auch die ausserordentlichen, Rechtsmittel müssten erschöpft sein (Documents 152); teils schliesslich wurde Rechtskraft im Sinne von Endgültigkeit gefordert (Documents 55), womit vorzugsweise daran gedacht war, es dürfe kein ordentliches Rechtsmittel mehr offen stehen. In der letztbezeichneten Bedeutung wird „Rechtskraft“ meist verwendet, insb. wenn es sich um Fragen des zwischenstaatlichen Vollstreckungsrechtes handelt¹⁰⁶⁾). Darum ist bei der Auslegung des A. von diesem Sinne auszugehen. Damit wird auch am ehesten

¹⁰³⁾ And. Ans. — aber für § 328 Deutsch ZOP. — Seuffert-Walsmann § 328 Anm. 1 b und andere.

¹⁰⁴⁾ Abweichend (für § 723 DeutschZPO.) Pagenstecher, RheinZ. 12 173 f.

¹⁰⁵⁾ Vgl. Clunet 36 1034 ff. Pillet, Traité pratique 641 ff. n° 691.

¹⁰⁶⁾ Verbeek, NiemZ. 45 91; Giesker-Zeller, Die zivilrechtliche Beschwerde an das schweizerische Bundesgericht 194 u. and.

das Ziel erreicht, das, wie anzunehmen ist, dem A. und vielen anderen ähnlichen Vorschriften vorschwebt, wenn sie die zwischenstaatliche Anerkennung eines Urteils von dessen Rechtskraft abhängig machen: es soll kein Entscheid wirksam und namentlich vollstreckbar sein, es sei denn, er trage die Wahrscheinlichkeit dauernden Bestandes in sich.

3. Hiermit ist freilich noch nicht voll geklärt, was Rechtskraft bedeutet. Denn der Begriff des ordentlichen Rechtsmittels, auf den es nunmehr ankommt, steht gleichfalls nicht ausser Zweifel. Gerade die schweizerische Rechtsanschauung neigt vielfach dahin, zu sagen, ordentlich sei dasjenige Rechtsmittel, das sich gegen ein formell nicht rechtskräftiges Dekret wende und dessen Rechtskraft hemme¹⁰⁷⁾). Hiernach müsste man schon wissen, ob ein Entscheid rechtskräftig ist, ehe sich klären liesse, ob ein dagegen gegebenes Rechtsmittel ein ordentliches sei. Vom Standpunkte des A. aus muss hingegen zuerst klar gestellt werden, ob einem Rechtsbehelf die Natur als ordentliches Rechtsmittel zukommt; dann erst kann die Rechtskraft des anfechtbaren Entscheides festgestellt werden.

Als ordentlich ist ein Rechtsmittel dann anzusehen, wenn es das schwebende Verfahren fortsetzt¹⁰⁸⁾), wenn es den ergangenen Entscheid nicht auf Grund besonderer Tatbestandsmomente angreift, die ausserhalb seiner prozessualen Entstehung liegen¹⁰⁹⁾). Das ausserordentliche Rechtsmittel führt dagegen zu einem neuen Verfahren, in dem über den Weiterbestand eines früher abschliessend zur Entstehung gelangten Erkenntnisses befunden wird. Damit ist freilich keine scharfe Begriffs-

¹⁰⁷⁾ Leresche 44. Petitpierre, La reconnaissance 177 f. Jaeger, Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs ³ Art. 80 Anm. 2.

¹⁰⁸⁾ Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts 2 630 Ziff. 3.

¹⁰⁹⁾ Francke, ZZP. 8 32. Siehe auch Probst 14.

bestimmung gegeben, sondern nur ein Wegweiser errichtet. In jedem einzelnen Falle müssen die dem Rechtsmittel und dem Rechtsmittelverfahren zukommenden Eigentümlichkeiten zusammengehalten werden; so nur ergibt sich die Grundlage, um festzustellen, ob das alte Verfahren fortgesetzt oder ein neues eröffnet wird. Für das Vorliegen eines ordentlichen Rechtsmittels spricht es, wenn die Möglichkeit der Rechtsmitteleinlegung den Vollzug der Entscheidung hemmt¹¹⁰⁾ oder wenn ein vorher zugelassener Vollzug vom Gesetze als ein „vorläufiger“ charakterisiert wird oder wenn die Einlegung des Rechtsbehelfes an eine kurze, von der Erlassung des Entscheides an laufende Frist gebunden ist¹¹¹⁾). Im gleichen Sinne ist der Umstand zu werten, dass im Rechtsmittelverfahren der ganze Rechtsstoff neu zu erörtern ist, ohne dass besondere Voraussetzungen erfüllt sind. Andererseits ist ein Rechtsmittel meist ein ausserordentliches, wenn die Einlegung längere Zeit — etwa mehrere Monate — nach Erlassung des Entscheides überhaupt noch möglich ist oder wenn der Rechtsbehelf nur zugelassen ist, falls dem angefochtenen Erkenntnisse besonders schwere, genau bestimmte Mängel anhaften; auch der Umstand, dass das Gericht, das die Entscheidung erliess, mit dem Rechtsmittel befasst ist, spricht bis zu einem gewissen Grade für ein ausserordentliches Rechtsmittel.

4. Als ordentliche Rechtsmittel im entwickelten Sinne sind unbedenklich Berufung, Revision, Einspruch und sofortige Beschwerde des deutschen Prozessrechtes anzusehen. Müssen sie doch alle binnen kurzer, von der Erlassung des Entscheides an laufender Frist eingelegt

¹¹⁰⁾ Auf den Suspensiveffekt als entscheidendes Merkmal des ordentlichen Rechtsmittels hebt Probst SJZ. 1936/7 (33) 196 wohl zu einseitig ab.

¹¹¹⁾ Vgl. Seuffert, Hinnebergs „Kultur der Gegenwart“, Teil II Abt. VIII 222. Probst 14 f. Schepke, Die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile (1935. Diss. Göttingen) 11. Brocher 108. La Loggia, La esecuzione delle sentenze straniere 271.

werden. Überdies ist bei den drei ersten während des Laufes der Rechtsmittelfrist die Vollziehung der Entscheidung grundsätzlich gehemmt, und, wo sie zugelassen ist, stellt sie sich nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift als eine „vorläufige“ dar. Ausserordentliche Rechtsmittel sind hingegen in Deutschland die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage; dies schon deshalb, weil sie in der Form einer neuen Klage auftreten.

5. In der Schweiz pflegt man als Eigentümlichkeit der Rechtskraft anzusehen, dass sie und nur sie der Entscheidung Vollstreckbarkeit verleihe¹¹²⁾). Für das A. trifft nach dem früher Gesagten diese Anschauung nicht zu. Vielmehr kommt es jedesmal darauf an, ob die Vollstreckbarkeit endgültig oder vorläufig ist; nur im ersten Falle darf dem Entscheide Rechtskraft zugesprochen werden. Um hier Klarheit zu schaffen, gilt es, für die einzelnen Rechtsbehelfe zu untersuchen, ob sie die Rechtskraft aufschieben, weil sie ordentliche Rechtsmittel sind.

Diese Natur kommt im Bundesrechte der Berufung an das Bundesgericht zu; sie wird allgemein als ordentliches Rechtsmittel angesehen¹¹³⁾). Auch die zivilrechtliche Beschwerde darf hierher gerechnet werden, wenn schon die herrschende Meinung dies ablehnt¹¹⁴⁾). Zwar hemmt der Rechtsbehelf den Vollzug der angefochtenen Entscheidung nicht; nur der Bundesgerichtspräsident kann ihm hemmende Kraft verleihen. Aber die Beschwerde ist binnen der kurzen Frist von 20 Tagen einzulegen; und sie führt gegebenenfalls zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zur Zurückverweisung der Sache, was dafür

¹¹²⁾ Giesker-Zeller 194. Stauffer, Verträge mit Österreich usw. 54 f. Schollenberger-Zoller, Das Bundesstaatsrecht der Schweiz ² 120. Ebenso für Deutschland: Seuffert-Walsmann § 328 Anm. 1 b β. And. Ans.: Petitpierre Clunet 55 297. Leuch Art. 397 Anm. 1. Vgl. Petitpierre, Vortrag 29.

¹¹³⁾ Stauffer, Verträge 55. Schurter-Fritzsche 1 311. Leresche 44.

¹¹⁴⁾ Giesker-Zeller 10, 260. Stauffer, Verträge 55. Wie im Texte: Leresche 44; beachte aber auch 52.

spricht, dass das Beschwerdeverfahren eine Fortsetzung des vorausgegangenen Prozesses ist. Eine andere Beurteilung ist gegenüber dem staatsrechtlichen Rekurse geboten. Er ist allerdings binnen 30 Tagen einzulegen, fällt aber aus dem regelmässigen Laufe des bürgerlichen Rechtsstreits vollständig heraus. Deshalb darf man ihm keine die Rechtskraft hemmende Bedeutung beimesse. Das ist unbestritten, wenn auch nicht zweifelsfrei¹¹⁵⁾. Und wie steht es schliesslich mit der Revision gegenüber bundesgerichtlichen Urteilen? Sie ist kein ordentliches Rechtsmittel. Ihre Zulässigkeit ist dem Eintritt der Rechtskraft nicht im Wege; in der Mehrzahl der Fälle läuft die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels von einem unbestimmten Zeitpunkte an; und dass ausnahmsweise anderes gilt, kann an der einheitlich zu beurteilenden¹¹⁶⁾ Rechtsnatur der Revision — als ausserordentliches Rechtsmittel — nichts ändern; überdies entscheidet das Gericht, das das angefochtene Erkenntnis erliess, über die Revision; all dies spricht für die Annahme, sie sei ein ausserordentliches Rechtsmittel.

Die Rechtsbehelfe der kantonalen Prozessordnungen bedürfen gleichfalls für jeden einzelnen Fall der Untersuchung, ob sie die Rechtskraft hemmen oder nicht. Nur einzelne Beispiele mögen der allgemeinen Wegleitung dienen.

Allgemein ist wohl die Berufung (Appellation) ein ordentliches Rechtsmittel. Auch die tessinische Appellation zählt hierher¹¹⁷⁾; sie hindert freilich die (vorläufige) Vollziehung des angefochtenen Urteils nicht; aber das allein ist nicht entscheidend. Noch weniger darf die Appellation in Basel-Stadt gegenüber Urteilen, die der Richter besonders für vorläufig vollstreckbar erklärt hat, als ausserordentliches Rechtsmittel angesehen werden¹¹⁸⁾.

¹¹⁵⁾ Stauffer, Verträge 55. Leresche 156/7. Jaeger Art. 80 SchKG. Anm. 2.

¹¹⁶⁾ And. Ans. Leresche 157.

¹¹⁷⁾ And. Ans. Stauffer 54.

¹¹⁸⁾ Abweichend Giesker-Zeller 200.

Auch der Rekurs der ZPO. in Zürich schiebt die Rechtskraft hinaus; für das innere Recht des Kantons schreibt zwar § 377 ZPO. das Gegenteil vor, was indessen für das A. nicht durchschlagen kann. Hier entscheidet vielmehr, dass der Rekurs innerhalb 10 Tagen nach Erlassung des Erkenntnisses einzulegen ist, er die Rüge sämtlicher Mängel des Verfahrens und des Entscheidungsinhalts ermöglicht und er ohne weiteres eine vollständig neue Erörterung der Sache zulässt¹¹⁹⁾). Ähnlich wie beim zürcherischen Rekurs liegt es bei der aargauischen Beschwerde (§§ 337 ff. ZPO.), der nur in wenigen — für das A. nicht in Betracht kommenden — Fällen (Keller, Prozessordnung von Aargau² § 337 Anm. 8) die aufschiebende Wirkung mangelt, und für den Luzerner Rekurs (§ 253 ff. ZPO.), obschon er nach § 241 ZPO. die Rechtskraft im Sinne der ZPO. selbst nicht hemmt. Endlich ist auch die Berner Nichtigkeitsklage (Art. 359 ff. ZPO.), die binnen 30 Tagen seit Urteilseröffnung einzureichen ist, ein ordentliches Rechtsmittel.

Im Rahmen des A. sind von den schweizerischen Rechtsmitteln als ausserordentliche zu bezeichnen¹²⁰⁾: die Revision (z. B. § 266 LuzZPO.), die Nichtigkeitsklage (z. B. Art. 359 ff. BernZPO.), das Gesuch um neues Recht (Art. 367 ff. BernZPO.) und die Kassationsbeschwerde, wie diese beispielsweise neuerlich in Glarus gestaltet ist (Fritzsche ZAIPR. 5 720). Dies gilt natürlich nur als Regel, und stets ist Vorsicht im Einzelfalle geboten. So muss etwa der Kassations- und Nichtigkeitsbeschwerde der §§ 258 ff. LuzZPO. die Natur als ordentliches Rechtsmittel zuerkannt werden, und zwar deshalb, weil der Rechtsbehelf nach § 240 die Rechtskraft aufhält und weil er innerhalb 20 Tagen nach Urteilszustellung einzulegen ist; auch der Umstand, dass sich gegenüber obergerichtlichen Urteilen der Rechtsmittelkläger wieder an das

¹¹⁹⁾ So im Ergebnis: Sträuli, Gesetz betr. Zürcherische Rechtspflege Anm. 1 vor § 314 ZPO.

¹²⁰⁾ Stauffer 56.

Obergericht zu wenden hat, schlägt für eine abweichende Ansicht nicht durch. Beachtet man, dass das Kassationsgericht wegen offenbaren Irrtums hinsichtlich entscheidender Tatsachen und wegen Verstosses gegen den klaren unzweideutigen Buchstaben des Gesetzes oder wegen offensichtlicher Verletzung von Verfassung, Staatsverträgen oder Konkordaten die Entscheidung ändern kann, dann sieht man: das Nachprüfungsrecht ist überaus weitgehend; binnen der kurzen Rechtsmittelfrist muss deshalb stets als nicht fernliegend damit gerechnet werden, das Urteil werde keinen Bestand haben. Das ist, wie früher schon gesagt, von ausschlaggebender Bedeutung. Ein fremdes Erkenntnis, bei dem eine Aufhebung nicht unwahrscheinlich ist, soll ja nach der Absicht des A. nicht in Vollzug gesetzt werden; darum wird die Rechtskraft des Erkenntnisses verlangt; demgemäß fehlt die Rechtskraft dort, wo die besprochene Kassations- und Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden kann.

6. Der entwickelte Gedanke führt weiter dahin, dass auch der rechtskräftigen Entscheidung — entgegen dem Wortlaute des A. — in gewissen Fällen die Anerkennung zu versagen ist; dies nämlich stets dann, wenn besondere Umstände nahelegen, der Entscheid könne im Ursprungslande beseitigt werden. So steht es, wenn ein ausserordentliches Rechtsmittel eingelegt ist und dieses — kraft Gesetzes oder kraft richterlicher Anordnung — im Urteilstaate die Vollziehung der Entscheidung aufhebt. Stellt schon der Ursprungsstaat in solcher Weise den Fortbestand des Entscheides in Frage, dann ist im anderen Vertragsstaate von der Anerkennung abzusehen. Bei sinngemässer Auslegung des A. ist nämlich zu sagen: das Erkenntnis kann seiner Rechtskraft ungeachtet nicht als wirksam behandelt werden, solange sein Fortbestehen zweifelhaft geworden ist. Andererseits darf aber die Anerkennung auch nicht endgültig versagt werden; so könnte man nur entscheiden, wenn die Eingabe des ausserordentlichen Rechtsmittels unter den

geschilderten Verhältnissen die Rechtskraft beseitigen würde¹²¹⁾; eine solche Rechtsauffassung entbehrt aber der hinreichenden inneren und äusseren Berechtigung. Bei dieser Gestaltung der Verhältnisse ist es das Gegebene, dass bis zur Klärung der Sachlage jedes Verfahren, das auf Anerkennung des Urteils gerichtet ist, ausgesetzt werden muss.

¹²¹⁾ So Stauffer 54. Liechti, Das Abkommen der Schweiz mit Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen (1934, Diss. Zürich) 46. Wie im Texte: Planck 2 631. Vgl. auch Lammesch 409, Aubry-Rau § 769 zu N. 112.