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: 63 (1944)

Artikel: Die "Einrede" der abgeurteilten Sache

Autor: Lanz, Paul

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896447

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: 14.10.2025

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

Die „Einrede" der abgeurteilten Sache

Von Dr. Paul Lanz, Advokat und Notar, in Basel.

Allgemeiner Teil:

Die Bedeutung des Urteils im System und Verfahren des Zivilprozesses.

1. Das Urteil als autoritative Feststellung und als Vollstreckungstitel.

§ 1.

Ein unumstössliches Urteil im Interesse der Rechtssicherheit und des sozialen Friedens.

Das Zivilprozessrecht bezweckt den Schutz gefährdeter oder verletzter Interessen, die Rechtsbewährung durch autoritative Feststellung (Entscheidung) zur zwangsweisen Durchsetzung des Rechts (Vollstreckung)[1]).

Das Urteil[2]) stellt die Krönung des Prozesses dar. Es ist ein Akt der Staatsgewalt, mit dem das objektive Recht auf den konkreten Fall angewendet wird. Es beruht auf einer allseitigen Prüfung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht gemäss den verfahrensrechtlichen Vor-

---

[1]) Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses 1, S. 9.

[2]) Wenn von einem Urteil schlechthin gesprochen wird, so ist darunter das Sachurteil, d. h. der nach vollständig durchgeführtem Prozessverfahren, also nach Prüfung des materiellen Streitgegenstandes ergangene Entscheid zu verstehen. Von diesem sogenannten Sachurteil ist das Prozessurteil zu unterscheiden, durch welches nur eine prozessuale Vorfrage (z. B. Kompetenz des Gerichts) entschieden wird, ohne dass der eigentliche Streitgegenstand behandelt wurde.

schriften[3]); diese sollen die grösstmögliche Gewähr für die Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien bieten.

Sicherheit und Ordnung des Rechts verlangen ein schlechterdings unumstössliches Urteil. Die Art des Zustandekommens rechtfertigt es, das rechtskräftige Urteil zur Erreichung einer möglichst weitgehenden Rechtssicherheit[4]) endgültig und unanfechtbar sein zu lassen, mit Ausnahme der seltenen Fälle einer Revision. Es soll über denselben Streitgegenstand nicht ein zweites Mal richterlich abgesprochen werden, weil dies zu zwei voneinander abweichenden Vollstreckungstiteln in der gleichen Streitsache führen könnte. Die unterlegene Partei soll nicht erneut den durch Urteil erledigten Prozess aufrollen können. An eine richterliche Entscheidung sind zwei Forderungen zu stellen: das Urteil soll den Streit beenden, und sein Inhalt soll mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmen, d. h. materiell richtig sein. Beides lässt sich durch die Rechtsordnung nicht schlechthin sichern. Wollte man die Geltung des Urteils von der materiellen Richtigkeit abhängig machen, so müsste man auf die endgültige Beilegung des Streits verzichten; denn kein Urteil bietet unbedingte Gewähr ma-

---

[3]) BGE AS. 60 II S. 57.

[4]) Die Rechtssicherheit ist eines der notwendigsten Rechtsgüter. Zutreffend ist die Bemerkung von Walther Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 129: „Der Zivilprozess dient der Feststellung des Rechts, aber nicht sowohl des Rechts selbst wegen, als der Beendigung des Streits wegen; nicht sowohl der Gerechtigkeit als der Rechtssicherheit wegen. Was im Urteil erkannt wird, ist vielleicht nicht immer das wahre Recht des Klägers. Aber das Urteil setzt an Stelle des bestrittenen ein unbestreitbares Recht. Dieselbe Sache soll nicht mehr bestritten werden können, weder vor demselben noch vor einem andern Gericht; auch auf Gefahr hin, dass unrichtig entschieden worden wäre (res iudicata pro veritate habetur).“ Ziel des Prozesses ist demnach die Beendigung des Streites und die Schaffung sicheren Rechtes. Gl. M. Stein-Jonas, Kommentar zur deutschen ZPO, 13. Aufl. Anm. II 3 zu § 322.

terieller Richtigkeit. Man hat demnach die Wahl zwischen zwei Übeln: der fortdauernden Unsicherheit der Rechtslage und der Möglichkeit materiell unrichtiger Feststellung. Das zweite ist das geringere. Es muss in Kauf genommen werden, um das Bedürfnis nach Streitbeendigung zu befriedigen[5]). Rechtsgewissheit wird nur erreicht, wenn jeder Versuch, die Richtigkeit der Feststellung des frühern Urteils in Frage zu ziehen, aussichtslos ist — „selbst wenn es sonnenklar ist, dass das verneinte Recht besteht oder das bejahte Recht nicht besteht"[6]). Diese Grundsätze finden ihre Schranke dort, wo ein Urteil durch grob verwerfliche Mittel zustande kam und der Staat durch die bedingungslose Durchhaltung des rechtskräftigen Urteils einem entlarvten Gauner Helferdienste leisten würde. Der offenbare Missbrauch eines Rechts kann nicht geschützt werden[7]). Wo es der Streitwert rechtfertigt, soll den Parteien die Möglichkeit gegeben werden, den Streit vor mehrere Instanzen zu bringen. Einmal, und zwar durch das letztinstanzliche oder nicht weitergezogene Urteil, muss das letzte Wort gesprochen sein, auch wenn beide Parteien vom Urteil nicht „befriedigt" sein sollten. Die Zulassung eines erneuten Prozesses über den gleichen Streitgegenstand würde nicht nur gegen die Rechtssicherheit sondern auch gegen den sozialen Frieden verstossen.

---

[5]) Regelsberger, Pandekten S. 698.

[6]) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 1 S. 45.

[7]) Vgl. hiezu die sehr lesenswerte Studie von H. Reichel in der Festschrift für Wach 1913 „Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung", S. 84 und S. 102. Im allgemeinen wird in diesen Fällen die Aufhebung des frühern Urteils mit dem Rechtsmittel der Revision verlangt werden können. — Die Grundsätze von ZGB Art. 2 (Treu und Glauben) sind eine Schranke jeder Rechtsausübung. Dr. M. Guldener, Treu und Glauben im Zivilprozess, SJZ. 1943 S. 408 f., ist der Auffassung, dass gegen die prozessualen Rechtskraftwirkungen des Urteils nur aufzukommen sei, wenn der Tatbestand der im Gesetz erschöpfend aufgezählten Revisions- oder Nichtigkeitsgründe erfüllt sei.

§ 2.

Prozess- und Vollstreckungsverfahren.

Der Staat gewährt dem in seinem Rechte verletzten Bürger seine Hilfe, indem er (auf Klage hin) den sich aus der Privatrechtsordnung ergebenden konkreten Rechtszustand mit seiner vollen Autorität feststellt und (auf Vollstreckungsbegehren hin) das befriedigungsbedürftige Recht verwirklicht. Die Rechtsschutztätigkeit des staatlichen Richters zerfällt deshalb in zwei Teile: in das eigentliche Prozessverfahren, welches die autoritative Feststellung des gefährdeten oder gestörten Rechts (den Erlass eines Urteils) bezweckt, und das Vollstreckungsverfahren, welches die zwangsweise Durchsetzung des im ersten Verfahren verbindlich festgesetzten Rechts zum Ziele hat.

Durch das Urteil wird das bedrohte Recht mit höchster Bestandesgarantie festgestellt (Feststellungsurteil), ein Befehl zur Leistung erteilt (Leistungsurteil) oder ein Rechtszustand verändert (Gestaltungsurteil). Das Feststellungsurteil ist keiner unmittelbaren Vollstreckung fähig, weil seine ganze Aufgabe in der Klarstellung konkreter Rechtsverhältnisse besteht. Das Gestaltungsurteil bedarf keiner Vollstreckung, weil es selbst die verfügte Rechtsgestaltung (z. B. Scheidung) bewirkt. Das Leistungsurteil ermöglicht als Vollstreckungstitel die zwangsweise Verwirklichung des im Urteil enthaltenen Rechtsbefehls, es ist also einerseits Abschluss des Prozessverfahrens, anderseits Ausgangspunkt für das Zwangsvollstreckungsverfahren.

§ 3.

Formelle und materielle Rechtskraft.

In der Terminologie wird zwischen „formeller" und „materieller" Rechtskraft des Urteils unterschieden.

Zu den formellen Rechtskraftwirkungen gehört regelmässig die Vollstreckung, d. h. die zwangsweise Verwirklichung des Rechts unter Mitwirkung des Staates.

Nur das formell rechtskräftige ausländische Urteil bildet nicht ohne weiteres, sondern erst, wenn es vollstreckbar erklärt worden ist, einen vollwertigen Vollstreckungstitel (definitiven Rechtsöffnungstitel).

Formell rechtskräftig wird ein Urteil, nachdem die Fristen für eine Weiterziehung mit einem ordentlichen Rechtsmittel abgelaufen sind. Beide Parteien und der Richter sind in dem durch Urteil erledigten Verfahren an das ergangene Urteil gebunden. Auch wenn der Richter nach der Fällung des Urteils erkennen sollte, dass er falsch entschieden hat, kann er sein Urteil nicht mehr abändern; lediglich offensichtliche Rechnungsfehler oder Unklarheiten können noch behoben werden. Das Leistungsurteil kann jetzt zwangsweise vollstreckt werden. Die vom Richter durch Gestaltungsurteil ausgesprochene Rechtsänderung (z. B. Scheidung) ist eingetreten. Durch das Feststellungsurteil ist Rechtsgewissheit erreicht.

Der Richter prüft im allgemeinen von Amtes wegen, ob ein Rechtsmittel rechtzeitig eingereicht worden ist oder ob nicht bereits ein formell rechtskräftiger Entscheid vorliegt. Die Ordnung im Prozessverfahren verlangt dies. Auch mit Zustimmung der Gegenpartei kann ein verspätet eingereichtes Rechtsmittel vom Richter nicht mehr berücksichtigt werden[8]).

Die formelle Rechtskraft und bei ausländischen Urteilen ausserdem deren Vollstreckbarkeit[9]) bilden

---

[8]) Vgl. für das deutsche Recht: Stein-Jonas, Komm. zu §§ 516 und 223 (insbes. § 223 Anm. VI) ZPO; für das französische Recht: Garsonnet et Cézar-Bru, Traité de Procédure, Bd. 6 Nr. 163 S. 304.

[9]) Die Vollstreckbarkeit ist die wichtigste Funktion des Urteils. Der Richter kann eine erneute Behandlung der bereits abgeurteilten Sache nicht von der Hand weisen, wenn der erste Entscheid aus irgendeinem Grunde nicht vollstreckbar ist. Dies ist vor allem für das ausländische Urteil von Bedeutung. Ein formell rechtskräftiges Urteil entfaltet in diesem Falle die materiellen Rechtskraftwirkungen nicht, weil diese von seiner Vollstreckbarkeit abhängig sind.

die Voraussetzungen der materiellen Rechtskraftwirkungen. Diese bezwecken, dass die im Urteil enthaltene, unter höchster staatlicher Autorität zustande gekommene Feststellung auch in einem spätern Verfahren unumstösslich und unanfechtbar sein soll. Unbestrittenerweise sind die formellen Rechtskraftwirkungen öffentlich-rechtlicher, verfahrensrechtlicher Natur. Über die Rechtsnatur der „materiellen" Rechtskraftwirkungen besteht Streit. Nach der materiellrechtlichen Theorie erzeugt, bzw. vernichtet das Urteil private Rechte. Nach der prozessualen, öffentlich-rechtlichen Theorie schafft das Urteil keinen neuen Anspruch, sondern rüstet nur den eingeklagten mit urteilsmässiger Feststellung (Regelsberger, Pandekten S. 700) und erhöhter Bestandesgarantie aus. Auch das unrichtige Urteil erzeugt nach dieser Theorie keinen materiellen Anspruch, sondern gewährt nur eine prozessuale Machtstellung (Bülow, Rechtskraft S. 16 Anm. 19; Hellwig, Rechtskraft S. 18 ff.).

Die materiellen Rechtskraftwirkungen binden den Richter in einem spätern Verfahren über den gleichen Streitgegenstand an das bereits ergangene Urteil. Der Richter hat entweder ohne erneute Prüfung des ganzen Sachverhaltes gemäss dem bereits ergangenen Urteil zu entscheiden oder aber die Anhandnahme einer erneuten Sachverhandlung abzulehnen. Man spricht von der positiven und negativen Wirkung der materiellen Rechtskraft. Der Kläger beruft sich auf die positive Wirkung der materiellen Rechtskraft, wenn er z. B. in einem neuen Prozess wegen Verletzung seiner Eigentumsrechte auf ein früheres Urteil hinweist, in welchem sein Eigentumsrecht festgestellt wurde. Das Eigentumsrecht des Klägers ist durch das erste Urteil endgültig entschieden, auch wenn es vom früheren Prozessgegner im neuen Verfahren erneut bestritten wird. Der Richter hat den Präjudizialpunkt gleich zu entscheiden, das frühere Urteil also seinem neuen Urteil zugrunde zu legen. Der Beklagte beruft sich auf die negative Wirkung

der materiellen Rechtskraft, wenn sein früherer Prozessgegner erneut aus dem gleichen Rechtsgrund eine Klage auf Verurteilung zur Zahlung einleitet, obschon die frühere Klage auf Verurteilung materiell abgewiesen wurde.

§ 4.

Bestehen die Wirkungen der materiellen Rechtskraft im öffentlichen Interesse?

Ob die Berücksichtigung des frühern Urteils von Amtes wegen oder nur auf Parteiantrag erfolgen soll, darüber gehen die Meinungen in der Literatur, in der Gesetzgebung und auch in der Judikatur stark auseinander. Es gibt Gesetzgebungen, die dem Richter ausdrücklich die Berücksichtigung des früheren Urteils von Amtes wegen, bzw. nur auf Parteiantrag vorschreiben. Eine Reihe von Prozessordnungen enthalten keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung.

Ordnung und Sicherheit des Rechts sind in Frage gestellt, wenn dem Urteil nicht eine absolute materielle Rechtskraftwirkung zukommt. Deshalb wird man sich eher der Auffassung anschliessen, dass das frühere Urteil von Amtes wegen zu berücksichtigen sei. Diese Auffassung ist am schärfsten verfochten worden von Bülow[10]; aber auch eine Reihe anderer Autoren haben sich für die absolute Rechtskraft eingesetzt[11].

---

[10]) „Absolute Rechtskraft" in Archiv für zivilistische Praxis 1894 S. 1 ff.: ohne absolute Rechtskraftwirkung wird die Rechtsgewissheit in Frage gestellt. „Das Zivilprozessinstitut wird planmässig in die Gefahr versetzt, der Parteiwillkür zum Spielball zu dienen. Der rechtskräftig entschiedene Prozess ist vergebens geführt worden. Der hohe Zweck der Rechtsfriedensstiftung wird vereitelt."

[11]) Regelsberger, Pandekten, S. 702: Der Richter hat von Amtes wegen darauf zu achten, dass über eine rechtskräftig entschiedene Sache nicht noch einmal geurteilt werde. Es gibt auch keinen Verzicht auf die abwehrende Kraft.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1. Bd. S. 652. „Die Rechtskraft des Urteils besteht im öffentlichen In-

2. Die Wirkung des frühern Urteils auf ein neues Prozessverfahren über den gleichen Streitgegenstand.

§ 5.

Die materiellrechtliche und die öffentlich-rechtliche Theorie der materiellen Rechtskraftwirkungen.

Wie in § 3 hievor ausgeführt, werden die Wirkungen des Urteils auf ein späteres Verfahren als materielle Rechtskraftwirkungen bezeichnet. Über deren Rechtsnatur herrscht in der Doktrin ein bisher nie zur Ruhe gekommener Streit.

a) Nach der materiellrechtlichen Theorie der Wirkungen der materiellen Rechtskraft wird durch das Urteil ein neuer Rechtstatbestand geschaffen[12]). An die Stelle der bisherigen zivilrechtlichen Ansprüche zwischen den Parteien treten die durch das Urteil festgelegten. Durch

---

teresse und beruht auf einem Satz des zwingenden Rechts. Die Parteien können auf die Wirkungen der Rechtskraft nicht verzichten.

Blumenstein, ZbJV 38 (1902) S. 511; Stein, Grundriss des Zivilprozessrechts (3. Auflage 1928) S. 280.

Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts (3. Aufl. 1931) S. 523.

Schönke, Zivilprozessrecht (1938) S. 260; Jonas, Zivilprozessordnung (1938) Bem. II 6 zu § 322; Sydow-Busch, Kommentar zur deutschen Zivilprozessordnung (1941) Anm. 5 zu § 322; Baumbach, Kommentar zur Zivilprozessordnung (16. Auflage 1941) Einführung zu § 322 Anm. 5.

De Boor, Rechtsstreit (1940) S. 152; Brumann, Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht (Zürcher Diss. 1928) S. 70.

[12]) H. Reichel in seinem Beitrag zur Festschrift für Wach (1913) über „Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung" bekennt sich zur materiellrechtlichen Theorie. Als Anhänger dieser Theorie nennt er weiterhin: Savigny, Windscheid, Wach, Degenkolb, Kohler, Weissmann, R. Schmidt, Pagenstecher. „Ein Recht, das fortab geltend gemacht werden kann, ist eben nunmehr praktisch und aktuell ein Recht, mag es auch virtuell kein Recht gewesen sein, und umgekehrt." (S. 5.)

das Urteil werden also möglicherweise Rechte vernichtet, die bisher bestanden, bzw. Rechte begründet, die bisher nicht bestanden. Die Rückforderungsansprüche des Darlehensgläubigers, der im Prozess die Hingabe des Darlehens nicht beweisen konnte und deshalb abgewiesen wurde, werden durch das Urteil zerstört. Das Urteil wird damit zum originären Erwerbs- bzw. Untergangstitel für Rechtsansprüche.

Der Richter hat im spätern Verfahren entsprechend dem durch das frühere Urteil festgelegten Rechtstatbestand zu entscheiden. Das frühere Urteil enthebt somit den Richter von der Durchführung eines erneuten Beweisverfahrens und bindet ihn materiell in seinem Sachentscheid. Diese materiellrechtliche Theorie der Urteilswirkungen wird in der deutschen Doktrin ausser von den bereits erwähnten Autoren auch von Bülow[13]) und Heusler vertreten; Bülow und Heusler sind der Auffassung, dass der Richter von Amtes wegen das frühere Urteil beachten muss, wenn es ihm irgendwie zur Kenntnis kommt.

Nach einer vor allem im französischen Recht vertretenen Auffassung wird das frühere Urteil als „formelle Wahrheit", „Fiktion der Wahrheit" (Savigny) oder als gesetzliche unwiderlegliche Vermutung (praesumptio iuris et de iure) aufgefasst. Diese Lehre kommt der eigentlichen materiellrechtlichen Theorie sehr nahe. Immerhin verhält sie sich zu dieser wie die Fiktion der Wahrheit zur Wahrheit selbst. Durch das Urteil wird ein Tatbestand geschaffen, der als Fiktion der Wahrheit angesehen wird und deshalb die gleichen Rechtsfolgen entfaltet wie die Wahrheit selbst. Die eigentliche materiellrechtliche Theorie geht noch einen Schritt weiter; sie erklärt, dass durch das Urteil nicht nur die Fiktion eines

---

[13]) „Absolute Rechtskraft", Archiv für zivilistische Praxis 1894 S. 2: „Das Urteil greift rechtsbestimmend in den Privatrechtszustand ein; als privatrechtlich wirksame Tatsache steht es im Bereich der Privatrechtsordnung wie jeder für die Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse massgebende Tatbestand."

neuen Rechtssachverhaltes, sondern neue Rechte schlechthin geschaffen werden. Praktisch sind diese Unterscheidungen freilich vollkommen belanglos; in herkömmlicher Weise wird in der Folge zwischen diesen beiden materiellrechtlichen Theorien nicht mehr näher unterschieden.

Nach der in Frankreich herrschenden Lehre und Praxis hat der Richter die Wirkungen des frühern Urteils nur zu berücksichtigen, wenn sich eine Partei darauf beruft. Die Partei kann also auf die Urteilswirkungen verzichten.

b) Nach der in der heutigen Prozessliteratur überwiegend vertretenen Auffassung sind die Wirkungen der materiellen Rechtskraft prozessrechtlicher, also öffentlich-rechtlicher Natur. Sie gewähren dem Berechtigten lediglich eine erhöhte Bestandesgarantie für den durch Urteil festgestellten Rechtszustand. Die materielle Rechtslage zwischen den Parteien wird durch Urteil nicht verändert. Die Rückforderungsansprüche des Darlehensgläubigers, der die Darlehenshingabe nicht beweisen konnte, werden nicht zerstört; der Darlehensgläubiger kann sie nur nicht mehr zwangsweise durchsetzen, er behält gewissermassen eine Naturalobligation. Wird das Darlehen trotz des freisprechenden Urteils vom Darlehensnehmer zurückbezahlt, so liegt darin nicht die Zahlung einer Nichtschuld oder eine Schenkung. Eine Rückforderung wäre analog Art. 63, Absatz 2 OR (Bezahlung einer verjährten Forderung) nicht zulässig.

Das frühere Urteil bindet den Richter im spätern Prozess, bzw. hindert ihn an der erneuten Anhandnahme des Prozesses über den gleichen Streitgegenstand aus prozessualen Gründen[14]). Der Richter weist deshalb durch

---

[14]) Vgl. Stein-Jonas, Kommentar zur deutschen ZPO, 13. Aufl. Anm. II 2—6 zu § 322: Die Rechtskraft ist eine im öffentlichen Interesse geschaffene Wirkung des Urteils als eines Staatsaktes. Daraus folgern Stein-Jonas, dass die Rechtskraft auch von Amtes wegen zu beachten sei, ohne dass freilich für den Richter eine Forschungspflicht begründet werde. Blumenstein,

Prozessurteil die spätere Klage über den bereits abgeurteilten Rechtsanspruch ab oder entscheidet aus prozessualen Gründen gleich wie der frühere Richter. Unter den Anhängern der prozessrechtlichen Theorie sind die Meinungen geteilt, ob der Richter ein früheres Urteil von Amtes wegen oder nur auf Parteiantrag hin zu beachten habe.

Die Entscheidung, welcher Theorie der materiellen Rechtskraftwirkungen der Vorzug zu geben ist, ist nicht leicht zu treffen. Für die materiellrechtliche wie für die öffentlich-rechtliche Theorie sprechen gute Gründe. Beide Theorien haben hervorragende Verfechter gefunden. Der öffentlich-rechtlichen Theorie muss jedoch der Vorzug gegeben werden. Der Richter gewährt im öffentlich-rechtlichen Interesse der Rechtssicherheit Rechtsschutz und damit Vollstreckungshilfe. Das ganze Prozessverfahren bezweckt, dem in seinem materiellen Rechte gefährdeten oder verletzten Bürger staatliche Hilfe zu gewähren. Das Urteil als Resultat dieser staatlichen, nach öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten ausgerichteten Tätigkeit stellt einen Befehl an die Vollstreckungsbehörden oder an einen spätern Richter dar, Rechtshilfe entsprechend dem Urteilsdispositiv zu leisten. Die Wirkungen der formellen und der materiellen Rechtskraft sind ihrem Wesen nach gleich, sie bezwecken die Rechtsverwirklichung durch Vollstreckung oder Bindung des spätern Richters[15]). Durch die Unan-

---

ZbJV 38 (1902) S. 508 schreibt, dass der Begriff der Res iudicata im Grund ein prozessualer ist. Gleicher Meinung ist auch Etter, Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im schweizerischen Zivilprozessrecht (Zürcher Diss. 1926) S. 91. Anhänger der prozessualen Theorie der materiellen Rechtskraftwirkungen sind ferner Hellwig, Schönke.

[15]) Dieser Gedanke ist zutreffend im Kommentar von Dr. Gottfried Keller zur ZPO für den Kanton Aargau 1913 S. 197 enthalten. Keller formuliert geradezu: „Die prozessuale, formelle Rechtskraft äussert sich 1. in der Unmöglichkeit der Anfechtung durch ordentliches Rechtsmittel, 2. in der Vollstreck-

fechtbarkeit der im Prozessverfahren ergangenen Entscheidung wird Rechtssicherheit erzielt. Das Urteil kann nicht als Fiktion der Wahrheit angesehen werden, da es ja oft einfach deswegen so erlassen werden muss, weil vom Kläger nur ungenügende Beweismittel vorgebracht werden oder weil der Prozess von ihm sonst schlecht geführt wurde. Die Tatsache, dass der Richter die Rechtskraft des ausländischen Urteils unter ähnlichen Voraussetzungen anerkennt, unter welchen er Vollstreckung gewährt, zeigt, dass es sich bei der Vollstreckung wie bei der Rechtskraft um öffentlich-rechtliche Wirkungen des Urteils handelt, die an sich nur auf dem Boden des Urteilsstaates voll zur Geltung kommen (Territorialitätsprinzip). Auch die nahen Beziehungen der Einrede der Rechtskraft zur Einrede der Rechtshängigkeit, die allgemein als prozessuale Einrede anerkannt ist, sprechen für die prozessuale Natur der „Einrede" der abgeurteilten Sache[16]). Würde das Ur-

---

barkeit und 3. in der Nichtwiederholbarkeit, der prozessualen Konsumption der Klage, d. h. darin, dass die einmal abgeurteilte Klage nicht noch einmal angestellt werden kann. Der Beklagte kann die formelle Rechtskraft gegenüber einer Wiederholung der Klage geltend machen durch Einrede der abgeurteilten Sache." Die weitern Ausführungen Kellers sind freilich etwas widerspruchsvoll.

[16]) Sehr scharfsinnige Untersuchungen über die Beziehungen zwischen der Anerkennung des Resultates der ausländischen Rechtsprechung, des Urteils und der Anerkennung des fremden Verfahrens enthält die Zürcher Dissertation Dr. Hans Schauwecker, „Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen internationalen Zivilprozessrecht", erschienen in den Zürcher Studien zum internationalen Recht Nr. 8 (1942). Die Einrede der Rechtskraft verhindert die sukzessive, die Einrede der Rechtshängigkeit die gleichzeitige Anhängigmachung derselben Klage (S. 20). Die beiden Einreden stimmen in bezug auf Ziel, Voraussetzung und Umfang weitgehend überein:

1. Die Einrede der Rechtshängigkeit dient zusammen mit der Einrede der Rechtskraft der Verwirklichung des Prinzips: Ne bis de eadem re sit actio, der Vermeidung widersprechender Urteile.

teil, wie von der materiellen Theorie angenommen wird, materielle Rechte erzeugen, bzw. vernichten, so müsste auch ein ausländisches Urteil genau wie andere Begründungs- und Erlöschungstatsachen materieller Rechte berücksichtigt werden[17]).

Die Entscheidung über die Rechtsnatur der materiellen Rechtskraftwirkungen steht in einem engen Zusammenhang mit der Entscheidung über die Rechtsnatur des Klagerechts, das den zivilrechtlichen Anspruch ergänzt. Ohne Zwang kein Recht, ohne Klagerecht keine vollkommene Obligation. Da das Klagerecht zweifellos mit dem Leistungsanspruch innig verknüpft ist, wird von manchen Autoren die Meinung vertreten, dass auch das Klagerecht selbst zivilrechtlicher Natur sei. In sehr beachtlichen Ausführungen wird diese Theorie vom sogenannten zivilrechtlichen Klagerecht von Leonhard in seinem „Allgemeinen Schuldrecht des BGB" (Bd. 1 S. 24 ff.) begründet. Bundesrichter Leuch hat sich zu dieser Theorie bekannt[18]). Auch das Bundesgericht hat in seinem Entscheid AS 67 II S. 74 ff. gegen eine Trennung von Klagerecht (als publizistischem Anspruch gegen den Staat) und materiellem Anspruch Stellung genomme.

Demgegenüber vertritt von Tuhr (OR S. 33) die Auffassung, dass die Klagbarkeit der Forderung eine Frage des Prozessrechts, das Klagerecht mithin öffent-

---

2. Sowohl die Einrede der Rechtskraft als die Einrede der Rechtshängigkeit gehen aus von derselben Voraussetzung, dass das Rechtsschutzbedürfnis der Parteien durch den Vorprozess völlig befriedigt werde.
3. Der Umfang der Rechtshängigkeit richtet sich nach dem Umfang der a priori unabhängig vom prozessualen Erfolg zu erwartenden Rechtskraft (S. 26).

Vollstreckung, Anerkennung und Litispendenz sind Glieder einer Kette (S. 54).

[17]) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 1 S. 124.

[18]) SJZ Jhg. 1939/40 S. 293 ff.

lich-rechtlicher Natur sei[19]). Auch wenn man dieser Theorie des prozessualen Klagerechts den Vorzug gibt, braucht das (öffentlich-rechtliche) Klagerecht nicht als vollkommen unabhängig vom zivilrechtlichen Anspruch angesehen zu werden. Jeder zivilrechtliche Anspruch schliesst vielmehr die Klagbarkeit, mithin das Klagerecht in sich ein[20]). Das Klagerecht hat aber

---

[19]) Otto von Gierke bejaht in seinem Deutschen Privatrecht (Bd. 1 S. 323 ff., Bd. 3 S. 33) einen allgemeinen Anspruch auf Gerichtshilfe, der öffentlicher Natur ist und gegen den Staat als solchen gerichtet ist. Dieser tritt jedoch in den Dienst des Privatrechts, so dass das subjektive öffentliche Recht durchaus nur als ein Mittel des subjektiven Privatrechts erscheint. Der Anspruch auf Gerichtshilfe ist deshalb ein machtverstärkender Bestandteil der Forderung, die Anrufung der Gerichtshilfe stellt nach seiner Auffassung die Ausübung der privatrechtlichen Befugnis dar. Der Rechtsschutzanspruch wird daher von Gierke als publizistisches Zubehör des Privatrechts bezeichnet. Der Rechtsschutzanspruch ist seinerseits formell ein besonderes Recht, hat aber bestimmungsgemäss dem Privatrecht zu dienen. Beide zusammen bilden ein Ganzes, dessen rechtliche Beschaffenheit sich nach dem privaten Hauptrecht richtet, während das ihm zugehörige öffentliche Recht für dieses Ganze nur einen unselbständigen Bestandteil bedeutet. Das Klagerecht ist somit ein selbständiges und unabgesondertes Zubehör des subjektiven Privatrechts. „Der Vollstreckungsanspruch ist ein Bestandteil des Rechtsschutzanspruches und daher ein das Privatrecht ergänzendes subjektives öffentliches Recht gegen den Staat. Der Anspruch auf ein vollstreckbares Urteil ist bereits gegeben, sobald ein erzwingbares Recht verletzt ist, und wird mit der Klage geltend gemacht.“ (Bd. 3 S. 33).

[20]) Die Trennung von zivilrechtlichem Anspruch und publizistischem Klagrecht wird in überspitzter Form begründet von Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, S. 2; Anspruch und Klagrecht, S. 121 ff. Dieser lehnt es ab, das Recht auf Rechtsschutz als „Zubehör des Privatrechts“ anzusehen. Gegen diese Übertreibung der begrifflichen Unterscheidung zwischen Anspruch und Klagerecht wendet sich in sehr beachtlichen Ausführungen Leuch, SJZ Jhg. 36 S. 293 ff. Auch das Bundesgericht hat in AS 67 II S. 74 gegen Hellwig und Wach wie folgt Stellung genommen: „Es ist eine doktrinäre Überspannung, als Gegenstand des Prozesses nicht den eingeklagten Anspruch, son-

insofern öffentlich-rechtlichen Charakter, als es ein subjektives Recht gegenüber dem Staat auf Rechtsschutz durch den Richter darstellt[21]). Der erneuten Klage kann der Beklagte die (prozessuale) Einrede bzw. Einwendung der abgeurteilten Sache entgegenstellen.

Durch das Prozessverfahren, das mit einem Sachurteil beendigt worden ist, wird das Klagerecht konsumiert; die materiellen Rechtskraftwirkungen zerstören das Klagerecht[22]).

---

dern den darauf bezüglichen Rechtsschutzanspruch als solchen anzusehen. Eine solche Auffassung hat denn auch in der deutschen Rechtspraxis nicht Fuss gefasst, und sie verdient um so weniger, in der Schweiz anerkannt zu werden, wo seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat."

Anspruch und Klagerecht sind gegenseitig voneinander abhängig, ja aufs engste miteinander verknüpft. Aus dieser engen Verknüpfung jedoch auf die rechtliche Gleichartigkeit der zivilrechtlichen Obligationen und des unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu betrachtenden Klagerechts zu schliessen, geht zu weit. Der Begriff des gegen den Staat auf Rechtshilfe gerichteten Rechtsschutzanspruchs, des öffentlich-rechtlichen Klagerechts, dient der Vereinfachung der juristischen Vorstellungen über die zwangsmässige Verwirklichung privater Rechte mit Hilfe des Richters und der Vollstreckungsorgane in einem vom öffentlichen Rechte beherrschten Verfahren.

Im neuen nationalsozialistisch orientierten Zivilprozessrecht wird kein Rechtsschutzanspruch des Einzelnen mehr anerkannt. Schönke, Zivilprozessrecht (1938) S. 3 bezeichnet den Rechtsschutzanspruch geradezu als das auf eine Formel von genialer Einfachheit zurückgeführte Bekenntnis zu den Grundlagen des liberalen Verfassungsstaates. Auch De Boor, Rechtsstreit (1940) S. 88 ff., verneint das Bestehen eines Rechtsschutzanspruches. Für das schweizerische Prozessrecht besteht jedoch keine Veranlassung, von der Theorie des Rechtsschutzanspruches abzugehen.

[21]) So Richard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. S. 16 ff.

[22]) Richard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. S. 746 ff., weist auf die bemerkenswerte Tatsache hin, dass im primitiven Recht schon die Einleitung des Prozesses über einen Anspruch die nochmalige Erörterung desselben

§ 6.

Begriffliche Unterscheidung von Einrede und Einwendung.

Im Prozess wird auf die Tatsache des frühern Urteils zumeist mit der sogenannten „Einrede der abgeurteilten Sache" hingewiesen. Der Begriff „Einrede" der abgeurteilten Sache bedarf der juristischen Präzisierung.

Im Zivilrecht teilt man die Einreden oder Einwendungen im weiteren Sinne in Einwendungen (im engern Sinn) und Einreden (im engen Sinn) ein. Unter Einwendungen (im engern Sinn) versteht von Tuhr (OR I S. 22 ff.; DBR I 1 S. 288 ff.) die Bestreitung der vom Kläger zur Begründung seines Rechts vorgebrachten Tatsachen (des Klagefundaments) durch das Vorbringen neuer Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass das Recht des Klägers trotz der von ihm angeführten Tatsachen nicht (oder nicht mehr) existiert. Von Tuhr unterscheidet rechtshindernde Einwendungen, wenn es sich aus der vorgebrachten Tatsache ergibt, dass das Recht des Klägers nicht entstanden ist (z. B. Handlungsunfähigkeit) und rechtsaufhebende Einwendungen, wenn es sich aus der vorgebrachten Tatsache ergibt, dass das Recht des Klägers erloschen ist (z. B. Erfüllung, Erlass, Unmöglichwerden der Leistung). Im Gegensatz hiezu versteht von Tuhr unter der Geltendmachung einer Einrede (im engern Sinn) die Ausübung des dem Beklagten zustehenden Rechts, die geschuldete Leistung aus einem besonderen Grunde zu verweigern (z. B. Einrede des nichterfüllten Vertrages, der Verjährung). Sowohl die Einwendungen

---

Anspruchs in einem andern Prozess ausschliesst, dem Prozess als solchen wird konsumierende Kraft beigelegt. Im modernen Recht wird der Anhängigmachung der Klage z. B. im zürcherischen Recht folgende Wirkung verliehen: der Kläger ist verpflichtet, entweder den angehobenen Prozess fortzuführen oder anzuerkennen, dass der Anspruch zur Zeit oder in der Art, wie er erhoben wurde, nicht bestehe; vorbehalten bleibt der Rückzug einer Klage wegen fehlerhafter Einleitung zum Zwecke der Verbesserung und sofortigen Wiedereinbringung. (ZPO § 127 Ziff. 4).

im engern Sinn als auch die Einreden im engern Sinn werden in der Regel vom Beklagten erhoben. Einwendungstatsachen werden aber vom Richter auch berücksichtigt, wenn sie ausnahmsweise auf anderm Wege als durch Vorbringen des Beklagten zu seiner Kenntnis kommen. Einreden werden vom Richter nur dann in Betracht gezogen, wenn sie vom Beklagten erhoben werden, denn sie stellen die Ausübung eines Rechts dar. Diese Rechtsausübung beruht auf dem Willen des Beklagten, auf sie kann verzichtet werden. Durch Einrede wird der Anspruch des Klägers gehemmt (nicht zerstört!). So wird der Kläger bei der Einrede der Verjährung abgewiesen, weil der Beklagte seine — zwar immer noch geschuldete — Leistung (aus einem ihm durch Verjährung gegenüber dem Kläger durch die Rechtsordnung zugefallenen Gegenrecht) verweigern kann. Beim Vorliegen einer Einwendungstatsache wird die Klage abgewiesen, weil die Forderung nicht (oder nicht mehr) besteht. Wird die Geltendmachung des früheren Urteils als Erhebung einer prozessualen Einrede aufgefasst, so übt der Beklagte mit ihr ein ihm gegenüber dem Klagerecht zustehendes Gegenrecht aus; darauf kann er verzichten. Nimmt man jedoch an, dass das Klagerecht des Klägers durch das frühere Sachurteil zerstört, d. h. durch einmaligen Gebrauch konsumiert sei, so kann der Beklagte diese Tatsache mit einer Prozesseinwendung rügen, der Richter hätte sie aber auch zu beachten, wenn sie ihm auf andere Weise zur Kenntnis kommen würde.

§ 7.

Das Fehlen eines Urteils in gleicher Sache als Prozessvoraussetzung.

In den einzelnen Prozessgesetzen wird der „Einrede der abgeurteilten Sache" eine sehr verschiedene Behandlung zuteil.

Sie wird oft unter den sogenannten Uneinlässlichkeitsgründen aufgeführt, d. h. unter den Gründen, die

den Beklagten ermächtigen, sich zur Klage nicht in vollem Umfange sondern nur in bezug auf die von ihm geltend gemachte „Einrede" zu äussern. Einzelne Prozessordnungen anerkennen nur prozessuale „Einreden" als Uneinlässlichkeitsgründe, andere lassen auch materiellrechtliche „Einreden" zu.

Eine Reihe von Prozessordnungen behandeln die abgeurteilte Sache bei den sogenannten „prozesshindernden" oder „zerstörlichen" „Einreden"[23]). Aus dieser Terminologie kann in der Regel darauf geschlossen werden, dass die „Einrede" der abgeurteilten Sache als prozessuale Einrede im technischen Sinne zu gelten habe.

Beim Vorliegen eines frühern Urteils über die gleiche Sache fehlt eine Voraussetzung für die Durchführung einer erneuten Sachverhandlung. Zwar nimmt der Prozess als solcher seinen Anfang mit der Einreichung der Klage. Damit ist das sogenannte Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien und dem Gericht begründet. Im Prozessverfahren ist nunmehr vorgängig der Behandlung des materiellen Streitgegenstandes darüber zu entscheiden, ob bereits ein Urteil in gleicher Sache vorliegt. Trifft dies zu, so ist der Richter entweder an den frühern Entscheid (Präjudizialentscheid) gebunden und hat sachlich gleich zu entscheiden, oder er weist die Klage durch Prozessurteil (angebrachtermassen) ab. Ähnlich wie beim Eintritt einer Resolutivbedingung das bedingte Rechtsverhältnis ex nunc aufgelöst wird, so wird hier das Prozessverfahren vorzeitig (d. h. vor der eigentlichen Sachverhandlung) durch richterlichen Entscheid aufgelöst.

In der Literatur und Gesetzgebung werden die Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit eine Sachverhandlung stattfindet, mit sehr verschiedenen Namen bezeichnet: meistens als Prozessvoraussetzungen, Sachentscheidungs-Voraussetzungen usw. Heusler

---

[23]) Heusler, Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden im schweizerischen Prozessrecht, ZSR n. F. Bd. 41 S. 281, spricht mit Recht von einem „Wirrwarr der prozessualen Einreden."

verwendet in der von ihm umgearbeiteten Basler ZPO in § 58 den Ausdruck: „Vorbedingungen des Prozesses". Würde es sich um eigentliche Prozessvoraussetzungen oder -Vorbedingungen handeln, dann würde beim Fehlen von Prozessvoraussetzungen überhaupt kein Prozessrechtsverhältnis begründet; und doch hat der Richter auch über die sogenannte Prozessvoraussetzungen im förmlichen Verfahren, also im Prozess zu entscheiden. Dogmatisch zutreffend ist deshalb der Ausdruck Sachentscheidungs-Voraussetzungen. Doch ist diese Bezeichnung schwerfällig, weshalb am herkömmlichen Ausdruck „Prozessvoraussetzungen" festgehalten werden soll. Am Sinn der vorstehenden Ausführungen soll dadurch nichts geändert werden[24]).

Es ist ein unbestreitbares Verdienst des klassischen römischen Prozesses, dass er das Verfahren in iure von dem Verfahren in iudicio streng unterscheidet. Bülow[25]) und ihm folgend Heusler[26]) u. a. Autoren haben auf die

---

[24]) Richard Schmidt, a. a. O., zit. S. 661 ff., bezeichnet die früher erfolgte rechtskräftige Aburteilung als einen prozessualen Mangel für die Streitsache, wenn sie nochmals anhängig gemacht wird. Als Prozessvoraussetzung bezeichnet er die Tatsache, dass über dem prüfungsbedürftigen Anspruch nicht bereits rechtskräftig entschieden ist. Das Gericht ist beim Mangel einer Prozessvoraussetzung „ausnahmsweise" nicht verpflichtet, über das eingeklagte Privatrecht zu entscheiden, ein Sachurteil abzugeben. Da Schmidt nur dann von einem vollgültigen Prozess, einem Prozessrechtsverhältnis spricht, wenn die Vorbedingungen für die Erfüllung des Prozesszweckes (d. h. des Sachentscheides) gegeben sind, ist er der Auffassung, dass beim Fehlen von Prozessvoraussetzungen kein Prozessrechtsverhältnis begründet werde.

[25]) Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen (1868).

[26]) Heusler, Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden (Fragment) in ZSR n. F. Bd. 41 S. 283: „Der Prätor hatte mit der Rechtsprechung im eigentlichen Sinne nichts zu tun, aber er hatte zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorhanden waren. Fand er hierin einen Mangel, so konstituierte er das Judicium nicht, sondern wies durch Absolutio ab instantia die Klage zurück. Erst

Bedeutung dieser grundsätzlichen Unterscheidung auch für das moderne Prozessverfahren aufmerksam gemacht. Es wird deshalb auch in der modernen Prozessrechtslehre unterschieden zwischen dem Vorverfahren, in welchem die Prozessvoraussetzungen geprüft werden (analog dem Verfahren in iure) und der eigentlichen Sach- oder Hauptverhandlung (analog dem Verfahren in iudicio). Es ist einleuchtend, dass bei solcher Betrachtungsweise die prozessuale Einwendung der abgeurteilten Sache im Vorverfahren, d. h. im Verfahren in iure, bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen behandelt werden muss. Wird die Einwendung der abgeurteilten Sache gutgeheissen, so wird der Prozess „angebrachtermassen" abgewiesen, und eine eigentliche Sachverhandlung findet nicht statt.

Das Fehlen eines Urteils in gleicher Sache ist als eine Prozessvoraussetzung, die „Einrede" der abgeurteilten Sache somit als prozessuale Einwendung anzusehen. Ist dem Gericht ein früheres Urteil in gleicher Sache bekannt oder wird ein solches von einer Partei geltend gemacht, so hat der Richter das Prozessverfahren auf die Erledigung dieser prozessualen Vorfrage zu beschränken. Bei Gutheissung der prozessualen Einwendung der abgeurteilten Sache hat der Richter die Klage durch Prozessurteil („angebrachtermassen") abzuweisen. Verneint der Richter das Vorliegen eines früheren Urteils in der gleichen Sache, so tritt er materiell auf die Behandlung der geltend gemachten Rechtsansprüche ein und entscheidet über diese durch einen Sachentscheid.

---

wenn kein Mangel vorhanden war, konstituierte er durch die Litis contestation und die Editio formulae nebst Ernennung des Judex das Judicium, das Prozessverhältnis und damit die dem Judex übergebene Untersuchung und Entscheidung des Streitfalles." Fritzsche bezeichnet eine Arbeit über Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden im schweizerischen Zivilprozessrecht in einer Anmerkung zu dem vorerwähnten Aufsatz Heuslers als dringend erwünscht. Er ist der Auffasssung, dass sich derartige Untersuchungen auf dem durch Bülow und Heusler vorgezeigten Bahnen bewegen müssten. Vgl. auch His, ZSR n. F. Bd. 41 S. 46 f.

3. Die Begrenzungen der materiellen Rechtskraftwirkungen des Urteils.

§ 8.

Territoriale Begrenzung der materiellen Rechtskraftwirkungen.

Die Wirkungen der materiellen Rechtskraft der Urteile sind — wie in § 5 hievor ausgeführt wurde — öffentlich-rechtlicher Natur und deshalb prinzipiell auf das Gebiet des Staates beschränkt, in welchem sie erlassen wurden. In der Schweiz sind Urteile aus andern Kantonen den eigenen gleichgestellt. Gemäss Art. 61 der Bundesverfassung sollen die rechtskräftigen Zivilurteile, die in einem Kanton gefällt worden sind, in der ganzen Schweiz vollzogen werden. Obschon Art. 61 nur von Vollzug der Entscheide anderer Kantone spricht, wird diese Bestimmung so ausgelegt, dass die gleichen Voraussetzungen auch für die Anerkennung von Urteilen aus anderen Kantonen gelten müssen[27]).

[27]) Das Bundesgericht argumentiert in seinem Entscheid AS 50 I 418 wie folgt: „Die Vollstreckbarkeit im andern Staate schliesst die Pflicht zur Anerkennung des Urteils durch den Richter dieses Staates, die sogenannte negative Rechtskraftwirkung, als das Minus ohne weiteres in sich. In seinem frühern Entscheid AS 30 I 682 wird ausgeführt: „Indem der Bund die bedeutendste Folge der Anerkennung, die Rechtshilfeleistung zur positiven Vollstreckung auswärtiger Urteile ausdrücklich vorschreibt, garantiert er implicite auch ihre weniger entscheidende negative Wirkung, die Berücksichtigung der auswärtigen Urteile für die Frage der Res iudicata, m. a. W.: Die Zulassung der Einrede der abgeurteilten Sache ist im Sinne des Art. 51 BV als das Minus in dem Plus der Gewährung der Rechtshilfe eingeschlossen." Sonst würden die negativen (klageabweisenden) Urteile, welche jeder positiven Zwangsvollstreckung begrifflich unfähig sind, jeder Wirksamkeit ausser dem Kanton ihres Erlasses entbehren. Dieser Argumentation stimmt für das internationale Zivilprozessrecht zu: Dr. Hans Schauwecker, Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen Zivilprozessrecht, S. 47 f.

Über Anerkennung und Vollzug ausländischer Urteile bestehen eine Reihe von Staatsverträgen. Anerkennung und Vollstreckung werden in diesen Staatsverträgen sowie in den einzelnen Prozessgesetzen an eine Reihe Voraussetzungen geknüpft. Im Rahmen dieser Arbeit soll dieses Problem des internationalen Zivilprozessrechts nur kurz gestreift werden. Meist wird nur der Vollzug ausländischer Urteile konkret geregelt und die Frage offengelassen, unter welchen Umständen das ausländische Urteil die materiellen Rechtskraftwirkungen entfalte. In Theorie und Praxis setzt sich mehr und mehr die Lehre durch, dass das ausländische Urteil die materiellen Rechtskraftwirkungen insoweit entfaltet, als es vollstreckbar ist[28]). Dass nur ein vollstreckbares ausländisches Urteil die materiellen Rechtskraftwirkungen haben kann, ergibt sich aus der Überlegung, dass in den Fällen, wo ein ausländisches Urteil nicht vollstreckt werden kann, der im Inland neu erhobenen Klage nicht die „Einrede" der abgeurteilten Sache entgegengestellt werden darf. Der Kläger wäre sonst ausserstande, sich einen im Inland gültigen Vollstreckungstitel zu verschaffen[29]). Wo

[28]) Eine spezielle Regelung beider Fälle weist die Zürcher ZPO auf. Die Voraussetzungen für die Vollstreckung gehen weiter als diejenigen für die Anerkennung im Prozess; für dieVollstreckung wird ausser den Voraussetzungen für die Anerkennung (gemäss § 107 Zürcher ZPO) noch Gegenrecht verlangt (§ 377 Zürcher ZPO). Dies wird damit begründet, weil bei der Exekution vom inländischen Staat ein positives Tun, eine Machtentfaltung verlangt werde. (Zürcher Rechtsprechung 1 Nr. 293; 25 Nr. 133; Dr. Hans Sträuli und Dr. Willy Hauser, Gesetze über die zürcherische Rechtspflege, Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 1939 S. 200 f.) Sehr lesenswert sind die durchaus zutreffenden Ausführungen über das Verhältnis von Anerkennung, Vollstreckung und Litispendenz in der Zürcher Studie zum Internationalen Recht, Nr. 8, von Dr. Hans Schauwecker, Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen internationalen Zivilprozessrecht, S. 47 ff. Vollstreckung, Anerkennung und Litispendenz sind Glieder einer Kette (S. 54).

[29]) Vgl. hiezu: Schurter/Fritzsche, Das Zivilprozessrecht des Bundes, S. 621 ff.: „Die Theorie des internationalen Rechts neigt

ein vollstreckbarer ausländischer Rechtstitel besteht, verbietet es die Prozessökonomie, einen erneuten Prozess zuzulassen; auch die übrigen Gründe gegen ein neues Prozessverfahren, die bereits ausführlich dargestellt worden sind, treffen hier zu. Die Prüfung der „Einrede" der abgeurteilten Sache setzt ein vorgängig durchgeführtes Exequaturverfahren nicht voraus[30]).

§ 9.

Sachliche Begrenzung der materiellen Rechtskraftwirkungen.

Zu der erwähnten örtlichen Begrenzung der Wirkungen der materiellen Rechtskraft kommt die sachliche. Der Richter hat zu prüfen, ob der beurteilte zivilrechtliche Anspruch identisch ist mit dem im neuen Verfahren geltend gemachten. Er hat die zwei zivilrechtlichen Ansprüche miteinander zu vergleichen. Die Entscheidung der Frage, ob zwei zivilrechtliche Ansprüche miteinander identisch sind, beurteilt sich nach materiellem Recht, ob zwei öffentlich-rechtliche Ansprüche miteinander identisch sind, nach öffentlichem Recht. Die Frage nach der Identität zweier Klagen entscheidet sich demgemäss nach der Art der zu vergleichenden Ansprüche[31]). Das Bundesgericht hat denn auch in ständiger Praxis seine Zuständigkeit zur Überprüfung der Präjudizial-Frage be-

---

immer mehr dazu, auch ohne staatsvertragliche Vereinbarung die materielle Rechtskraft unter den Bedingungen, unter denen die Vollstreckungshilfe international gewährt wird, anzuerkennen." Deutschland regelt die Frage in § 328 ZPO positiv. Auch einzelne kantonale Prozessordnungen enthalten, wie bereits erwähnt, Bestimmungen hierüber.

[30]) Schurter/Fritzsche, a. a. O, S. 623. Die Einrede der abgeurteilten Sache wäre auch ohne vorheriges Exequaturverfahren zu hören.

[31]) Vgl. BGE 17 S. 327 f.; 30 II S. 543; 34 II S. 626 und 56 II S. 206; 67 II S. 72.

jaht, ob zwei nach Bundesrecht zu beurteilende Rechtsansprüche (Streitgegenstände) identisch seien oder nicht, da dieser Entscheid nach Bundesrecht gefällt werden müsse. Die Entscheidung darüber, ob das frühere Urteil nur auf Parteivorbringen oder von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, muss dagegen dem kantonalen Richter überlassen bleiben. Diese Entscheidung ist auf Grund des kantonalen Prozessrechts zu treffen und unterliegt der Überprüfung durch das Bundesgericht nicht[32]).

In der praktisch sehr wichtigen Frage, wann Identität des beurteilten und des zu beurteilenden Streitgegenstandes gegeben sei, sind von der Gerichtspraxis folgende Grundsätze ausgebildet worden:

---

[32]) So ausdrücklich: BG AS 13 S. 239. Blumenstein, ZbJV 38 (1902) S. 467, kritisiert, dass das Bundesgericht im Entscheid AS 16 S. 548 f. ausführte, der Entscheid über die Einrede der beurteilten Sache sei nicht ein Entscheid über eine Prozessvoraussetzung, sondern ein Urteil in der Sache selbst und somit ein Haupturteil im Sinne des Organisationsgesetzes. Nach Blumensteins Auffassung fügte das Bundesgericht jedoch richtigerweise bei, dass soweit über präjudizielle Punkte, wie z. B. die Exceptio rei iudicatae, nach kantomalem Recht zu entscheiden sei, diese der Überprüfung entzogen seien. In AS 67 II S. 72 bezeichnete das Bundesgericht erneut einen Entscheid, der die Klage wegen Res iudicata abwies, als Haupturteil und nicht bloss als Prozessentscheid, weil die Verwirkung der Klage notwendig auch die Verwirkung des Anspruchs zur Folge haben müsse und infolgedessen ein materieller Entscheid vorliege. Zu Unrecht entschied das Bundesgericht nach Blumensteins Auffassung in AS 25 II S. 652 direkt über die Exceptio rei iudicatae, dass diese nämlich entgegen der Auffassung des kantonalen Richters nicht gegeben sei, wenn zum Scheine vor den Richter geladen, dort ein Vergleich abgeschlossen und vom Gericht bestätigt wurde, durch den einem Geschädigten eine offenbar unzulängliche Entschädigung zugesprochen wurde. Das Bundesgericht hat nach Blumenstein seine Kompetenz auch in den folgenden Entscheiden überschritten in AS 24 II S. 596, 10 S. 539, 17 S. 327 f., 24 II S. 426 f.

I. Subjektive Begrenzung der Rechtskraft:

a) Grundsätzlich werden nur Beklagter und Kläger von der Rechtskraft betroffen, Dritte nicht (res iudicata ius facit inter partes). Dies gilt auch für Feststellungsklagen. Gestaltungsurteile dagegen wirken allgemein[33]).

b) Ferner wirkt das Urteil immer auch gegen die Erben (Universalsukzessoren) des Klägers und des Beklagten sowie gegen deren Singular- und Generalsukzessoren[34]).

II. Objektive Begrenzung der Rechtskraft:

a) Die Rechtskraft bezieht sich nur auf den geltend gemachten und beurteilten Anspruch[35]). Bei einer

---

[33]) Ehescheidung, Statusänderung (BGE 19 S. 452), Patentnichtigkeit (BGE 33 II S. 633); vgl. Basler App.Ger. IV S. 26. Die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses einer AG., Genossenschaft oder GmbH. wirkt für und gegen alle Beteiligten; ebenso die Anfechtung eines Gläubigergemeinschaftsbeschlusses.

[34]) Dr. Hans Sträuli und Dr. Willy Hauser, a. a. O., zit. S. 195. Die Art des Erwerbs ist gleichgültig. Die deutsche ZPO normiert ausdrücklich, dass das Urteil für und gegen alle Rechtsnachfolger wirke, die es aus irgendeinem Grund nach Eintritt der Rechtsnachfolger werden. Vgl. R. Schmidt, a. a. O., zit. S. 765. Anderer Meinung Leuch, Komm. zur Berner ZPO, Bem. 11 c zu Art. 192 (2. Aufl. S. 188). Dem Berner Gesetz ist die Ausdehnung der Rechtskraft des Urteils auf Sondernachfolger fremd, ebenso der österreichischen ZPO.

[35]) Vgl. Basler App.Ger. IV S. 26. Identität des Anspruches wurde von der Gerichtspraxis in folgenden Fällen angenommen: a) wenn der Schuldner nach Abweisung der Aberkennungsklage eine Rückforderung- oder Bereicherungsklage geltend macht; b) wenn nach Abweisung der Klage auf gänzliche Ungültigkeit eines Vertrages nachher auf teilweise Unwirksamkeit geklagt wird; c) wenn ein Gläubiger die Vindikationsklage des Drittansprechers im Widerspruchsverfahren anerkannt hat oder das Eigentumsrecht durch den Richter festgestellt wurde und der Gläubiger für die gleiche Forderung neuerdings Betreibung anhebt und die Eigentumsansprüche des gleichen Dritten hinsichtlich der gleichen Sache bestreitet. Anders, wenn es sich um eine andere Forderung des Gläubigers handelt. Identität des Streitgegen-

Teilklage erstreckt sich die Rechtskraft nur auf den eingeklagten Teil[36]); wenn der Beklagte durch Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens der ganzen Forderung klagt und obsiegt, erstreckt sich dagegen die Rechtskraft auf den ganzen Anspruch.

b) Präjudizialpunkte erwachsen nicht in Rechtskraft (z. B. über Handlungsfähigkeit kann ein späteres Gericht wieder anders urteilen), ebenso nicht Tatsachen[37]) und Rechtssätze.

c) Die materielle Rechtskraft kommt regelmässig nur dem Dispositiv zu. Streitig ist die Rechtskraft der Motive, doch wird sie in der neuen kantonalen Praxis und auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts heute übereinstimmend abgelehnt. Die Motive dienen höchstens der Auslegung des Dispositivs[38]).

d) Da über die Sache entschieden worden sein muss, kann jederzeit ein neuer Prozess über dieselbe Sache eingeleitet werden, wenn Prozessabweisung („angebrachtermassen") wegen Fehlens einer Prozessvor-

---

standes liegt nicht vor, wenn ein Dividendenanspruch aus einem spätern Jahr eingeklagt wird, nachdem über einen solchen aus frühern Jahren schon entschieden worden ist. Vgl. weitere Beispiele und Judikaturnachweise bei Dr. Hans Sträuli und Dr. Willy Hauser, a. a. O., zit. S. 192 f.

[36]) Blätter für Zürcher Rechtsprechung 1937 Nr. 121.

[37]) So ZbJ (1913) S. 689 vgl. Planck: Lehrbuch I S. 262; BGE 40 III 151.

[38]) Gleicher Meinung Leuch, Bernische ZPO, Bem. Nr. 11 b zu Art. 192; ebenso: Dr. Hans Sträuli und Dr. Willy Hauser, a. a. O., zit. S. 195; BGE 35 II 151; 31 II 736; 41 II 383: Hier spricht sich das Bundesgericht dahin aus, dass trotz Heuslers Kritik kein Grund dadür bestehe, von der bisherigen Praxis abzugehen. Eine Ausnahme bildet die auf blosse Einwendung vorgenommene Verrechnung; diese erscheint nur in den Motiven, wirkt sich aber rechnerisch im Dispositiv aus. In einem zweiten Prozess ist der Richter an die Ausführungen über die Verrechnung in den Motiven des früheren Urteils gebunden. Vgl. Matti, Zivilprozessrecht, S. 1094.

aussetzung erfolgt war[39]). Einzig über die gleiche Prozessvoraussetzung kann nicht erneut verhandelt werden; in diesem beschränkten Umfange geniesst auch das Prozessurteil materielle Rechtskraft[40]).

Gewissen Gerichtsentscheiden kommt nur beschränkte materielle Rechtskraft zu, indem sie bloss für die tatsächlichen Verhältnisse bei Ausfällung des Urteils gelten, so z. B. Ehe- und Vaterschaftsentscheide mit Bezug auf die ökonomischen Folgen, Entscheide über die Unterstützungspflicht, über Haftpflicht und Körperverletzung, über Festsetzung einer Invalidenrente. Ausnahmsweise kann der Richter die Rechtskraft seines Urteils auch dadurch beschränken, dass er einen Berichtigungsvorbehalt in das Dispositiv aufnimmt (BGE 60 II 395).

Eine besondere Bedeutung kommt dem früheren Scheidungsurteil zu. Grundsätzlich gilt auch im Ehescheidungsprozess der Grundsatz, dass über die gleiche Streitsache nur einmal entschieden werden soll. Rechtskräftig wird freilich nur das Urteilsdispositiv. Der Tatbestand, welcher dem Klagebegehren zugrunde lag, ist aber dabei insofern von Bedeutung, als er zur Individualisierung des eingeklagten Anspruchs und damit zur Feststellung, ob in beiden Prozessen die gleiche Streitsache vorliege, dient. Auf Tatsachen, die im frühern Prozess vorgebracht wurden, kann im neuen Prozess nur zurückgegriffen werden, wenn in der Zwischenzeit neue wesentliche Tatsachen hinzugekommen sind, oder wenn die Bedeutung der alten Tatsachen sich seither geändert hat. Das Urteil ist auf

---

[39]) Vgl. Bülow, Prozesseinreden, S. 282, R. Schmidt, a. a. O., zit. S. 750.

[40]) So Leuch, Komm. Berner ZPO, Anm. 11 zu Art. 192 S. 186. Anders: Dr. Hans Sträuli und Dr. Willy Hauser, a. a. O., zit. S. 196: „Das Vonderhandweisen einer Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts hindert die abermalige Erhebung derselben Klage beim gleichen Gerichte nicht."

Grund der frühern und der seither eingetretenen Verhältnisse zu erlassen[41]).

4. Die Regelung im ausländischen Recht.

§ 10.

Im deutschen und österreichischen Recht.

Die ZPO für das Deutsche Reich bestimmt in § 322 folgendes:

„Urteile sind der Rechtskraft insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist."

Worin die Rechtskraft besteht, sagt das Gesetz nicht. Der Begriff der Rechtskraft wird somit ausschliesslich durch die Bezeichnung selbst sowie durch Zweck und Voraussetzung des Urteils umschrieben. Das Urteil ist das Resultat der Untersuchung, welche feststellen soll, wie und in welchem Masse der Staat in einem konkreten Rechtsstreit seine Hilfe gewähren soll. Kommt deshalb dasselbe Rechtsverhältnis wieder vor Gericht zur Sprache, so kann sich jede Partei darauf berufen, dass der Staat durch sein Organ bereits ausgesprochen habe, welcher Regelung er seinen Schutz gewähren werde. Da jene Entscheidung auf dem öffentlichen Rechte beruht, darf sich der Richter mit der Prüfung der Sache nicht mehr befassen, sondern er muss es verweigern, überhaupt auf sie einzutreten. Jede neue Verhandlung und Entscheidung über die rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge ist ausgeschlossen[42]). Das Urteil gilt, nicht weil es als objektiv wahr gilt,

---

[41]) Vgl. Dr. O. Lutz, SJZ Jhg. 33 S. 58/59; Egger, Komm. 2. Aufl. zu Art. 148 Nr. 13; Leuch, Berner ZPO Art. 192 Nr. 11d (S. 158); Dr. Hans Sträuli und Dr. Willy Hauser, a. a. O., zit. S. 194; Blätter für Zürcher Rechtsprechung, Jhg. 1941 Nr. 77b und Jhg. 1942 Nr. 26 d, BGE AS 35 II Nr. 23.

[42]) Vgl. insbesondere Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Auflage 1931, S. 520.

sondern weil es vom zuständigen Organ ausgesprochen wurde. Der Richter, vor welchen diese Sache zum zweitenmal gebracht wird, hat daher nicht sein Urteil dem ersten anzupassen, sondern er darf überhaupt nicht mehr (über die Sache) urteilen. Das Fehlen eines frühern Urteils in gleicher Sache ist als eine Prozessvoraussetzung anzusehen. Fehlt diese, so ist die Klage durch Prozessentscheid („angebrachtermassen") abzuweisen[43]).

Die frühere Praxis stand auf dem Standpunkt, dass der Richter ein früheres Urteil nur auf Parteiantrag zu beachten habe. Diese Auffassung wurde auch von manchen Autoren vertreten[44]). Bülow kämpfte in mehreren Publikationen gegen diese Auffassung und forderte die Beachtung der Rechtskraftwirkungen von Amtes wegen (absolute Rechtskraft[45]). Die neue Reichsgerichtspraxis hat sich zur Anerkennung der absoluten materiellen Rechtskraftwirkungen durchgerungen[46]). Auch in der Literatur wird diese Auffassung nun mehrheitlich vertreten[47]).

---

[43]) So Rosenberg, a. a. O., zit. S. 521, und Baumbach, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 16. Aufl. 1941, Einführung zu § 322 Anm. 3 A. In einem Nebenpunkte anderer Auffassung Schönke, Zivilprozessrecht (1938) S. 260. Die materielle Rechtskraft ist kein Prozesshindernis. Sie bindet das Gericht im spätern Verfahren, verbietet aber nicht eine neue Verhandlung. Wie Schönke: Jonas, Zivilprozessordnung (1938) Bem. II 1—3 zu § 322 und Sydow-Busch, Kommentar zur deutschen ZPO (1941) Anm. 5 zu § 322.

[44]) So z. B. von Richard Schmidt, Lehrbuch, S. 749.

[45]) Vgl. Bülow, Absolute Rechtskraft des Urteils in Archiv für Zivilistische Praxis 1894, S. 1 ff.

[46]) RGZ 135 34 lässt es noch dahingestellt, ob die Rechtskraft von Amtes wegen zu beachten ist. In RGZ 160 344 hat sich das Reichsgericht der in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung angeschlossen, dass die Rechtshängigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen sei. Das Reichsgericht bekennt sich zum Grundsatz, dass niemand die Tätigkeit der Gerichte unnütz in Anspruch nehmen darf. Aus den gleichen Erwägungen wäre auch die Rechtskraft von Amtes wegen zu berücksichtigen.

[47]) Gaupp-Stein zu Kommentar zu ZPO § 322 II; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, § 97 III 1;

Die österreichische ZPO schreibt expressis verbis die Berücksichtigung des früheren Urteils von Amtes wegen vor. Die wichtigsten Bestimmungen lauten wie folgt:

§ 239 II: „Die erste Tagsatzung ist zur Vornahme eines Vergleichsversuches, zur Anmeldung der Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streithängigkeit und der rechtskräftigen Streitsache,... bestimmt."

§ 240: „... Die Unzulässigkeit des Rechtsweges, die Streithängigkeit, die Rechtskraft eines die Streitsache betreffenden Urteiles sind jederzeit von Amtes wegen zu berücksichtigen."

§ 260: „Die Partei, welche eine der im § 239 II bezeichneten Einreden erhebt, ist nicht berechtigt, deshalb die Einlassung in die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. Der Senat kann schon vor Beginn der mündlichen Streitverhandlung abgesonderte Verhandlung über solche Einreden anordnen..."

§ 411: „Rechtskraft des Urteils.
Durch ein Rechtsmittel nicht mehr anfechtbare Urteile sind der Rechtskraft insofern teilhaftig, als in dem Urteil über einen durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch oder über ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis oder Recht entschieden ist, hinsichtlich dessen die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens begehrt wurde...

Die Rechtskraft des Urteils ist von Amtes wegen zu berücksichtigen."

Bei nachträglicher Auffindung des Urteils kann der Beklagte die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen (§ 530 Ziff. 6 ZPO).

Adolf Schönke, Zivilprozessrecht 1938 S. 260; Jonas, a. a. O., zit., Baumbach, a. a. O. zit., Sydow-Busch, a. a. O. zit. De Boor, Rechtsstreit (1940) S. 152.

§ 11.

Im französischen Recht.

Nach französischem Recht gehört die Einrede der abgeurteilten Sache zu den Fins de non-recevoir. Sie ist eine sogenannte Défense au fond, d. h. eine materiellrechtliche Bestreitung des Rechts des Klägers, nicht eine Exception (Prozesseinrede) im engern Sinn; zu den eigentlichen Prozesseinreden, die sogenannten Exceptions de forme, gehören die prozessrechtlichen Bemängelungen der Form der Klage usw. Wenn der Beklagte mit einer Défense Erfolg hat, verliert der Kläger materiell den Prozess; es ergeht ein Sachurteil. Der Erfolg des Beklagten mit einer Exception zwingt den Kläger nur neu zu klagen, eine Formalität zu berichtigen usw. Die wegen eines Prozessmangels durch Prozessurteil abgewiesene Klage kann neu angehoben werden. Die Prozessabweisung (Abweisung „angebrachtermassen") begründet die Einrede der abgeurteilten Sache nicht. Die Défenses können in jedem Verfahrensstadium erhoben werden. Sie können auch im Berufungsverfahren erstmals geltend gemacht werden. Vor dem Kassationshof aber kann die Einrede der abgeurteilten Sache nicht mehr erstmalig vorgebracht werden. (Revue trimestrielle de Droit Cicil 1940—41 S. 488). Die Einrede der Litispendenz wird als eigentliche Exception (d. h. Prozesseinrede) aufgefasst[48]). Zu den Exceptions (péremptoires) im weitern Sinne gehören freilich alle Verteidigungsmittel, welche der Klage entgegengestellt werden können, die Exceptions péremptoires „de fond" und die Exceptions péremptoires „de forme". In diesem Sinne spricht man auch von der „exception" de la chose jugée als einer Exception „de fond"[49]). Es wird nicht verkannt, dass die Theorie der Rechtskraftwirkungen des Urteils eher zum Prozessrecht als zum Zivilrecht gehört, obschon sie zu-

[48]) E. Garsonnet et Ch. Cézar-Bru, Traité théorique et pratique de Procédure Civil et Commercial, Bd. 1 S. 708.

[49]) E. Garsonnet et Ch. Cézar-Bru, a. a. O. a. 7 Bd. III S. 403 ff.

fälligerweise im Code Civil geregelt sind. Mit dem Beweisrecht haben aber die Art. 1351 und 1352 Code Civil auch nur wieder soviel zu tun, dass die Tatsache eines rechtskräftigen Urteils in der gleichen Sache von jedem weitern Beweise entbindet! Die Art. 1351 und 1352 Code Civil erheben das rechtskräftige Urteil in den Rang einer gesetzlichen Praesumptio juris et de jure, weil angenommen wird, dass das Urteil die Wahrheit wiedergebe: res judicata pro veritate habetur[50]). Die Partei, die sich auf das über ein Streitverhältnis bereits früher gefällte Urteil beruft, behauptet, dass der von ihr behauptete Rechtszustand dem objektiven Rechte entspreche, und dass deshalb eine andere Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses nicht vorgenommen werden könne und dürfe. Die durch das Urteil geregelten Rechtsverhältnisse gelten für den Richter gleich, als ob sie aus einem Satz des positiven Privatrechts folgen würden[51]). On doit obéissance aux décisions des juges comme à la loi[52]).

---

[50]) Es heisst nicht: res iudicata veritas est! Aber in den meisten Fällen wird das Urteil der Wahrheit entsprechen. Auch ein unrichtiges Urteil wird „pro veritate" gehalten und begründet die gesetzlich unwiderlegliche Vermutung. Das Urteil wird auch von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 6 S. 261, als Fiktion der Wahrheit angesehen.

[51]) Die Res iudicata spielt deshalb nach der Auffassung von Blumenstein, „Die Einrede der beurteilten Sache nach bernischem Zivilprozessrecht", ZbJV 38 (1902) S. 463, so wenig eine prozessuale Rolle wie irgendein anderes Privatrechtsinstitut. Sobald der Richter festgestellt hat, dass über das ihm durch die Parteien vorgelegte Rechtsverhältnis bereits durch ein früheres Urteil entschieden worden ist, muss und darf er nichts anderes tun, als sein Urteil dem Inhalte des frühern anzupassen. Er ist von der weitern Prüfung des vorgebrachten Rechtsstoffes entbunden. Das Prozessrecht braucht sich deshalb nicht ausdrücklich mit der Materie zu befassen. Blumenstein führt als weitern Beleg für die rein privatrechtliche Auffassung der Res iudicata im französischen Recht CC Art. 2056 an. Gleicher Meinung Etter, Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im schweizerischen Zivilprozessrecht (Zürcher Diss. 1926) S. 91.

[52]) René Morel, Traité élémentaire de Procédure Civile S. 600.

In der französischen Literatur wird festgestellt, das einmal gefällte Urteil solle den Streit endgültig beenden, und die soziale Ordnung gebiete dringend, dass die Streitigkeiten nicht endlos über die gleiche Sache wiedereröffnet würden. Trotzdem wird aus dieser Erkenntnis nicht gefolgert, dass die „exception" de la chose jugée eine solche des Ordre public[53]) sei. Im Gegenteil anerkennt der Appellationshof einen eigentlichen gerichtlichen Vertrag, worin auf die Rechtskraftwirkungen verzichtet wird. Wenn der Gläubiger mit seiner Klage gegen den Schuldner abgewiesen wurde, obschon die Schuld bestanden hat, so ist der Schuldner weiterhin durch eine Naturalobligation dem Gläubiger verpflichtet. Diese Naturalobligation kann freiwillig erfüllt werden; eine derartige Leistung gilt weder als Zahlung einer Mitschuld noch als Schenkung[54]). Wenn zwei Urteile unvereinbar miteinander sind, so ist das spätere Urteil massgebend, weil angenommen wird, dass die Parteien auf die Geltendmachung der „Einrede" der abgeurteilten Sache verzichtet hatten (Urteil des Kassationshofes vom 13. Mai 1912).

Besonderer Teil.

§ 12.

Einteilungsprinzipien.

Es ist nicht leicht, sich im Gewirr der schweizerischen kantonalen ZPO einen Überblick über die verschiedenen

---

[53]) Dies wird von verschiedenen Autoren kritisiert, so von Vizioz und Raynaud in Revue trimestrielle de Droit Civil 1940—41 S. 489. Glasson, Tissier et Morel, Bd. III Nr. 772 S. 96. Morel, Traité élém. de proc. civ. Nr. 577. Diese Autoren postulieren die Beachtung der Rechtskraftwirkungen von Amtes wegen.

[54]) E. Garsonnet et Ch. César-Bru, a. a. O. zit.; Planiol et Ripert, Traité pratique de Droit Civil Français Bd. IV S. 910, Bd. VII S. 890; E. Fuzier-Hermann, Code Civil annoté Anm. 4 zu Art. 1350 CC, Anm. 1 zu Art. 1351 CC.

Ausgestaltungen, die das Institut der prozessualen Rechtskraftwirkung des Urteils erfahren hat, zu verschaffen.

Zuerst sollen im folgenden diejenigen kantonalen Regelungen einer Betrachtung unterzogen werden, welche positive Bestimmungen über die prozessuale Rechtskraftwirkung des Urteils enthalten.

Der systematischen Gliederung wurden die im allgemeinen Teil dieser Abhandlung abgeleiteten Einteilungsprinzipien zugrunde gelegt. Danach sind je nach der Art der Wirkungen, mit denen der kantonale Gesetzgeber das rechtskräftige Urteil auf einen späteren Prozess ausgestattet hat, drei Gruppen unterschieden:

A. Gesetzgebungen mit absoluter Rechtskraftwirkung, wo das frühere Urteil in gleicher Sache vom Beklagten mit einer prozessualen Einwendung geltend gemacht werden kann, wo aber der Richter auch von Amtes wegen das Bestehen eines früheren Urteils zu berücksichtigen hat.

B. Gesetzgebungen mit dispositiver Rechtskraftwirkung. Hier sind wiederum Gesetzgebungen zu unterscheiden, nach denen das frühere Urteil vom Beklagten mit einer prozessualen Einrede geltend gemacht werden kann, vom Richter aber nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, und solche, nach denen ein rechtskräftiges Urteil vom Beklagten in einem späteren Prozess als unwiderlegliches, mit höchster Autorität ausgestattetes Beweismittel verwendet werden kann.

Bei denjenigen kantonalen Gesetzen, welchen ausdrückliche Normierungen über die Rechtskraftwirkungen des Urteils im späteren Prozess de eadem re fehlen, sind die Prinzipien aufzuzeigen, nach denen der Richter (beim Fehlen von Gewohnheitsrecht) auf rechtsschöpferischem Wege eine der allgemeinen Rechtsordnung und ihren immanenten Zwecken entsprechende Regelung finden müsste.

§ 13.

Gesetzgebungen mit absoluter Rechtskraftwirkung des Urteils.

Nur vier Kantone haben die absolute Rechtskraft des Urteils ausdrücklich normiert; es sind dies die Kantone Basel-Stadt, Bern, Wallis und Zug.

Basel-Stadt ist den Prozessgesetzen der Schweiz und der benachbarten Staaten mit der systematischen Behandlung der „Einrede der abgeurteilten Sache" bei den Prozessvoraussetzungen bahnbrechend vorausgegangen. Die Zivilprozessordnung für den Kanton Basel-Stadt vom 8. Februar 1875 enthält unter den „Vorbedingungen des Prozesses" in §§ 58 ff. folgende Bestimmungen:

§ 58: „Der Beklagte ist berechtigt, sich in der Klagbeantwortung jedes Eintretens auf den materiellen Inhalt der Klage zu enthalten, wenn er behauptet, dass eine Vorbedingung der Rechtsgültigkeit des Prozesses nicht erfüllt sei.

Diese Vorbedingungen sind: ...

3. hinsichtlich der Streitsache selbst, dass sie noch nicht durch ein früheres Urteil erledigt oder nicht an einem andern Gericht anhängig ist."

§ 59: „Macht der Beklagte in einer dieser Beziehungen einen Mangel geltend, so ist zuerst hierüber ... zu verhandeln."

§ 60: „Das Gericht hat auch von Amtes wegen eine Klage abzuweisen, wenn ihm das Fehlen einer der genannten Vorbedingungen bekannt ist."

Andreas Heusler, in dessen Entwurf zu einer Zivilprozessordnung für den Kanton Basel-Stadt 1873 die Exceptio rei iudicatae erstmals unter den „Vorbedingungen des Prozesses" aufgezählt war, beabsichtigte mit dieser Regelung die Ermöglichung der Behandlung dieser Exceptio in einem besondern Vorverfahren ohne einlässliche Sachverhandlung[55]). Heusler führte aus, dass

[55]) Andreas Heusler, „Kurze Bemerkungen zum Entwurf einer Zivilprozessordnung" S. 6 f. Heusler begründet seine Stellungnahme prägnant wie folgt: „Was man bisher fälschlich als

der damalige § 54 (der heutige § 58) keine erschöpfende Aufzählung der Prozessaussetzungen enthält und dass dessen Ziffer 3 über das Gebiet der Prozessvoraussetzungen in das der wirklichen Einreden hinübergreife; denn die Einreden der abgeurteilten oder rechtshängigen Sache seien wirkliche (d. h. materiellrechtliche) Einreden. Diese „wirkliche Einrede" auf eine Linie mit den Prozessvoraussetzungen zu stellen, rechtfertige sich deshalb, weil der Beklagte in beiden Fällen von jedem materiellen Eintreten auf die Klage befreit sei, solange nicht die Gewissheit hergestellt sei, dass dieselbe Sache nicht schon entschieden sei oder im Streit liege. Die gleiche Auffassung vertritt Heusler auch noch in seinem „Zivilprozess der Schweiz" (S. 85), wo er ausführt, dass die Exceptio rei iudicatae, wenn sie begründet befunden werde, zu einer definitiven Abweisung des Klageanspruchs, nicht bloss zu einer Zurückweisung a limine führe. Heusler bekennt sich damit zu der sogenannten materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie (vgl. Allgemeiner Teil § 5 hievor), welche von der heute herrschenden Lehre abgelehnt wird.

---

prozesshindernde Einreden bezeichnete und behandelte, ist hier unter dem einzig richtigen Gesichtspunkt der Prozessvoraussetzungen, der Vorbedingungen des Prozesses, berücksichtigt. Einreden, Exceptiones, sind nur solche Verteidigungsmittel, welche gegen den materiellen Inhalt der Klage gerichtet sind, die Materia litis betreffen, also, römisch gedacht, nach der Litis contestation zur Erörterung kommen, und zwar in judicio. Vor die Litis contestatio, in die Verhandlung vor dem Prätor in jure, fällt die Feststellung der Prozessvoraussetzungen, wie Kompetenz des Richters ... Haben wir nun auch die Trennung von jus und judicium nicht mehr, so ist doch noch gleich praktisch die Trennung der Verhandlung über die Prozessvoraussetzungen und der Verhandlung über die Causa, Materia litis selbst ... Die Bedingungen des Prozesses müssen somit erledigt werden vor der Litis contestatio, d. h. vor Eintreten auf den Inhalt der Klage und Feststellung der materiellen Streitpunkte." Vgl. auch Heusler, Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden, ZSR n. F. 63 283.

Die Exceptio rei iudicatae wird in der Basler ZPO in einem Atemzuge mit den eindeutigen Prozessvoraussetzungen, wie Kompetenz usw., genannt. Es ist daher Götzinger[56]) zuzustimmen, dass die Behandlung des Nichtbestehens eines früheren Urteils als Prozessvoraussetzung nach der Basler ZPO wohl begründet sei. Das Gericht muss zuerst das Vorliegen dieser Prozessvoraussetzung prüfen, bevor auf die Sache eingetreten wird[57]). Bei Fehlen einer der in § 58 ZPO genannten „Vorbedingungen des Prozesses" ist die Klage „angebrachtermasen" abzuweisen[58]).

Der „angebrachtermassen" Abgewiesene kann jederzeit erneut klagen. Ein Endurteil eines erstinstanzlichen Gerichts, selbst wenn es auf dem Wege der Appellation angefochten werden könnte, kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 242 I Ziffer 1 Basler ZPO (wegen „wesentlichen Mangels im Verfahren") angefochten werden, wenn der erstinstanzliche Richter zu Unrecht ein früher in gleicher Sache zwischen denselben Parteien ergangenes rechtskräftiges Urteil nicht (oder zu Unrecht) berücksichtigt hat[59]).

Die Berner ZPO vom 7. Juli 1918 erwähnt in Art. 192 unter den „Prozessvoraussetzungen" den „Einwand" (die Einwendung) der Partei, dass „die gleiche Streitsache bereits beurteilt" sei.

Über die prozessuale Behandlung des Entscheides über die Vorfragen bestimmen:

---

[56]) ZSR n. F. 49, S. 250; gleicher Meinung mit speziellem Hinweis auf § 58 Ziff. 3 Basler ZPO: Rosenberg, Lehrbuch, § 97 III 1; Brumann, Rechtskraft S. 62; Schurte/Fritzsche, Kant. Prozessrechte, Bd. 2 S. 166; Blumenstein, ZbJV 38 (1902) S. 466; Etter, Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im schweizerischen Zivilprozessrecht (Zürcher Diss. 1926) S. 91 f.

[57]) Vgl. Götzinger, a. a. O., S. 249 ff.

[58]) So auch für Bern: ZbJ 57 (1921) S. 28.

[59]) Basler Appellationsgerichtsentscheide IV, S. 146. Götzinger, a. a. O., S. 249 f.

Art. 194: „Findet das Gericht, dass eine Prozessvoraussetzung mangelt, so weist es die Klage oder Widerklage ohne Prüfung der Begründetheit zurück."

Art. 195: „Findet das Gericht, dass die Prozessvoraussetzungen gegeben sind, so tritt es in die Verhandlung über den Anspruch ein ..."

Die Berner ZPO bekennt sich damit zum Prinzip der absolut wirkenden Rechtskraft des Urteils. Sie schliesst also jeden Verzicht der Partei auf die Rechtskraft aus. Dagegen hat jede Partei die Möglichkeit, auf den durch Urteil bestimmten Anspruch zu verzichten oder einen durch Urteil abgewiesenen Anspruch anzuerkennen (Leuch, Bem. 11 a zu 192 ZPO). Eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil, das ohne Beachtung eines früheren Urteils gefällt worden ist, kennt das bernische Recht nicht; dagegen kann in gewissen Fällen das sogenannte Neue Recht (eine Art Revisionsverfahren) helfen, wenn nämlich eine Partei erst nach Erlass des Urteils von einem früher bereits in der gleichen Sache ergangenen Urteil erfährt.

Wallis regelt die prozessualen Rechtskraftwirkungen knapp und prägnant in den Artikeln 150 und 152 der Zivilprozessordnung der Republik und des Kantons Wallis vom 22. November 1919.

Art. 150 lautet: „*Einreden gegen die Zulässigkeit der Klage.*

Der Beklagte hat das Recht, bevor er sich auf die Beantwortung der Klage einlässt, nachstehende vorläufige Einreden in bezug auf die Prozessvoraussetzungen geltend zu machen: ...

3. Die Einrede der Rechtshängigkeit und der abgeurteilten Sache ..."

Art. 152 bestimmt: „*Prüfung von Amtes wegen.*

Seinerseits ist der Richter gehalten, die Prozessvoraussetzungen zu prüfen und von Amtes wegen die Klage zurückzuweisen, sofern aus den Akten hervorgeht, dass eine der Voraussetzungen mangelt."

Diese zutreffende Regelung der „Einrede" der abgeurteilten Sache bei den Prozessvoraussetzungen ist mit

Recht von Andreas Heusler gelobt worden (ZSR n. F. 41 S. 366).

Für die Walliser ZPO ergibt sich die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein zweites Urteil in der gleichen Sache aus ZPO:

Art. 285, Ziffer 4, welcher lautet: „Gegen die vom Instruktionsrichter ausgefällten Endurteile kann in folgenden Fällen die Nichtigkeitsklage erhoben werden: ...

4. wenn die Vorschriften des Verfahrens verletzt wurden und diese Verletzung Einfluss auf das Urteil haben kann; ..."

Zu den Kantonen mit absoluter Rechtskraftwirkung des Urteils ist wohl auch Zug zu zählen, dessen neue ZPO vom 3. Oktober 1940 in

§ 57 normiert: „An die in einem Urteil getroffenen Feststellungen ist der Richter in einem späteren Rechtsstreit zwischen den nämlichen Parteien oder ihrer Rechtsnachfolger insoweit gebunden, als die Feststellungen im Dispositiv enthalten sind.

Die nämliche Rechtskraft kommt Erledigungsbeschlüssen zu, welche auf Grund eines Abstandes von der Klage, einer Klageanerkennung oder eines Vergleichs gefasst worden sind.

An eine vorausgegangene Verfügung des summarischen Verfahrens ist der Richter nicht gebunden."

Die Formulierung von § 57 der Zuger ZPO stimmt wörtlich überein mit § 104 der Zürcher ZPO; dagegen fehlt in der Zuger ZPO eine dem § 106 der Zürcher ZPO analoge Bestimmung (vgl. unten).

Aus der allgemeinen Formulierung von § 57 ist deshalb zu schliessen, dass der Richter das frühere Urteil von Amtes wegen berücksichtigen wird, wenn er es kennt. Die Klage wird wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung zurückgewiesen (§ 98 I ZPO Zug), d. h. es wird auf sie nicht eingetreten. Die Nichtbeachtung eines geltend gemachten oder dem Richter bekannten frühern Urteils in gleicher Sache bildet einen Beschwerdegrund wegen Verletzung zivilprozessualer Vorschriften (§ 208 Ziff. 4 ZPO Zug).

§ 14.

Gesetzgebungen mit dispositiver Rechtskraftwirkung des Urteils.

Unzweideutig ist die Regelung des Kantons Uri, wo die Einrede der Res iudicata als prozessuale Einrede behandelt ist.

Die Zivilprozessordnung des Kantons Uri vom 29. März 1928 bestimmt in

§ 101 IV: „Die Berücksichtigung eines rechtskräftigen Urteils erfolgt nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag einer Partei, die sich auf dasselbe beruft."

Über die Art und Weise, wie die „rechtszerstörliche" Einrede der abgeurteilten Sache im Verfahren zu behandeln ist, enthält die ZPO Uri folgende Bestimmungen:

§ 132: „*Nichteinlässliche Antwort.*

Eine nicht einlässliche Antwort ist dem Beklagten gestattet: ...

b) weil die gleiche Klage bereits rechtskräftig beurteilt oder durch gerichtlich beurkundeten Vergleich erledigt ist; ...

Diese Einreden können aber auch in der einlässlichen Antwort geltend gemacht werden."

§ 152: „*Rechtszerstörliche Einreden.*

Als solche gelten: ...

b) Die Einrede des in gleicher Sache schon erlassenen rechtskräftigen Urteiles oder der Erledigung durch gerichtlich beurkundeten Vergleich; ..."

§ 153: „*Zeitpunkt ihrer Verhandlung.*

Die rechtszerstörlichen Einreden werden, ausgenommen wenn der Beklagte eine nicht einlässliche Antwort gibt, gemäss § 132 mit der Hauptsache behandelt und entschieden.

Die Parteien können sich einigen, dass diese Einreden der Hauptsache vorgängig besonders behandelt und beurteilt werden. ..."

§ 160: „*Ausschluss neuer Einreden in Replik und Duplik.*
Neue Behauptungen und Einreden, die nicht schon im ersten Vortrage und in der Beweisverhandlung erhoben worden sind, können in der Replik und Duplik nicht mehr angebracht werden. ..."

Auch Nidwalden überlässt es der Initiative des Beklagten, ob er die prozessuale Einrede der abgeurteilten Sache erheben will oder nicht, indem das Gesetz über das Zivilrechtsverfahren vom 9. April 1890 in den §§ 43 und 44 u. a. folgendes normiert:

§ 43: „*(Nichteinlässliche Antwort).*
In der nicht einlässlichen Antwort verweigert der Beklagte Erteilung von Red und Antwort für ein und allemal (zerstörliche Einreden) oder nur für dermalen (verzögerliche Einreden)."

§ 44: „*(Zerstörliche Einreden).*
Als zerstörlich gelten die Einreden:
1. des rechtskräftigen Urteils; ...
Der Schluss der Antwort geht auf Abweisung der Klage ein."

Die Einrede der Rechtskraft ist somit eine Prozesseinrede, die nur auf Parteiantrag berücksichtigt wird

Die ZPO für den Kanton Appenzell I.-Rh. vom 10. März 1892 enthält lediglich folgende Bestimmungen:

Art. 42: „Die zerstörlichen Einreden, welche als Schutzbehauptungen in der Hauptverhandlung erbracht werden müssen, sind folgende:
a) die Einrede des in der gleichen Sache schon erlassenen rechtskräftigen Urteils ..."

Art. 102: „*Kassation (Nichtigkeitsklage).*
Diese Klage ist zulässig gegen alle Urteile, welche die Hauptsache oder eine in Art. 43 bezeichnete zerstörliche Einrede betreffen, und zwar:
5. wenn ein in gleicher Sache schon ergangenes, angerufenes rechtskräftiges Urteil erkannt wurde."

Aus den beiden Bestimmungen ist eindeutig zu folgern, dass die Parteien über die Rechtskraftwirkungen des Urteils disponieren können.

Ähnlich wie Nidwalden behandelt Luzern in seinem Gesetz über die Gerichtsorganisation und die ZPO vom 28. Januar 1913 die Exceptio rei iudicatae als „zerstörliche Einrede", bei deren Erhebung der Beklagte „nicht einlässlich" antworten muss.

§ 113 bestimmt hierüber:

§ 113: „*Nichteinlässliche Antwort.*

In der nichteinlässlichen Antwort verweigert der Beklagte die Einlassung für ein und allemal oder nur für dermalen.

1. mit zerstörlichen Einreden ..."

§ 114 normiert:

§ 114: „Für ein und allemal kann die Antwort verweigert werden: ...

2. weil die gleiche Klage bereits rechtskräftig beurteilt. ...

Der Schluss der Antwort geht dahin, dass der Kläger mit seiner Klage für ein und allemal abgewiesen werde.

Die zerstörlichen Einreden können auch in einlässlicher Antwort geltend gemacht werden.

Nach § 259 ist die Kassationsbeschwerde statthaft, „wenn gegen ein schon in der gleichen Sache ergangenes angerufenes rechtskräftiges Urteil geurteilt worden ist."

Aus den zitierten Gesetzesbestimmungen ergibt sich deutlich, dass der Beklagte über die Rechtskraftwirkungen des Urteils disponieren kann (§ 114). Da die Kassation nur statthaft ist, wenn gegen ein in der gleichen Sache ergangenes, angerufenes rechtskräftiges Urteil geurteilt worden ist, lässt sich hieraus entnehmen, dass ein zweites Urteil in gleicher Sache dann gültig ist, wenn der Beklagte das erste Urteil nicht geltend gemacht und damit auf dessen Rechtskraftwirkung verzichtet hat (Gl. M. Brumann, Rechtskraft S. 95).

Obwalden bestimmt in seiner Zivilprozessordnung vom 2. April 1901 in Art. 105 u. a.:

Art. 105: „...
Zerstörliche Einreden sind diejenigen, wodurch eine Partei ein für allemal die Einlassung verweigert. Als solche gelten die Einreden:
1. des rechtskräftigen Urteils... "

Daraus ergibt sich, dass eine Berücksichtigung der Res iudicata nur auf Antrag des Beklagten erfolgen soll. Wenn schon ein rechtskräftiges Urteil in der gleichen Streitsache zwischen den gleichen Parteien oder deren Rechtsvorgängern ergangen ist, so ist das nach Art. 238 ein Nichtigkeitsgrund. Obschon in Art. 238 nicht ausdrücklich verlangt wird, dass das frühere Urteil von der Partei angerufen worden sei, ist anzunehmen, dass nach Obwaldner Recht ein Kassationsgrund nur dann vorliegen würde, wenn die richtig erhobene Einrede des früheren Urteils vom Richter nicht beachtet worden wäre. Diese Auffassung ist dem Verfasser auch von den befragten Obwaldner Gerichtsinstanzen bestätigt worden.

Solothurn gewährt in seiner ZPO vom 27. Februar 1891 eine Appellation „wegen offenbarer Gesetzesverletzung", die ihrer juristischen Natur nach Nichtigkeitsbeschwerde ist, wenn „gegen den Inhalt eines ins Recht gelegten rechtskräftigen Urteils . . . abgesprochen worden ist" (ZPO § 219 Ziff. 5). Daraus ergibt sich, dass der Richter nur dann eine offenbare Gesetzesverletzung begeht, wenn er gegen den Inhalt eines von der Partei vorgebrachten Urteils entscheidet. Von sich aus hat der Richter somit ein früheres rechtskräftiges Urteil nicht zu berücksichtigen[60]). Das Vorliegen eines früheren Urteils ist als „Einrede" (= Prozesseinrede) im Sinne von § 105 der solothurnischen ZPO vor Abgabe der Antwort zu erheben[61]). In Solothurn sind Revisionsarbeiten für eine neue Zivilprozessordnung im Gang.

[60]) Vgl. Artur Studer, SJZ 13 (1916/17), S. 326; Reichel in ZbJ 1891, S. 327; Heusler, Zivilprozess der Schweiz, S. 82 ff.

[61]) Rechenschaftsbericht des Sol. Obergericht 1908 Nr. 25: Der solothurnische Richter kann eine Zivilklage auf Grund einer im Kanton Bern bereits beurteilten unerlaubten Handlung nicht

Zürich[62]) regelt die Rechtskraftwirkungen des Urteils in §§ 104 ff. seines Gesetzes betr. Zivilprozess vom 13. April 1913 folgendermassen:

§ 104: „An die in einem Urteil getroffenen Feststellungen ist der Richter bei einem späteren Rechtsstreit zwischen den nämlichen Parteien oder ihren Rechtsnachfolgern insoweit gebunden, als die Feststellungen im Entscheide des Gerichts (Dispositive) enthalten sind.

Die nämliche Rechtskraft kommt den Erledigungsbeschlüssen zu, welche auf Grund eines Abstandes von der Klage, einer Klageanerkennung oder eines Vergleiches gefasst worden sind."

§ 106: „Die Berücksichtigung eines rechtskräftigen Entscheides erfolgt nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag einer Partei, die sich auf ihn beruft."

Ausdrücklich erwähnt die Zürcher ZPO noch die Rechtskraft des ausländischen Urteils in:

§ 107: „Entscheidungen auswärtiger Gerichte stehen hinsichtlich der Rechtskraft den zürcherischen gleich, sofern sie auch nach dem für das betreffende Gericht geltenden Prozessrecht rechtskräftig geworden sind und die Kompetenz des Richters sowohl nach der auswärtigen als auch der hiesigen Prozessgesetzgebung vorhanden war.

Doch ist die Rechtskraft nicht anzunehmen, wenn der Entscheid im Widerspruch mit dem im Kanton Zürich geltenden öffentlichen Rechte steht."

Die Rechtskraftwirkungen werden somit auf die im Dispositiv enthaltenen Feststellungen beschränkt. Über die Einrede der abgeurteilten Sache soll gemäss § 239 ZPO in der Regel im Endurteil entschieden werden, ausnahmsweise wird sie in einem sogenannten Vorurteil

---

nochmals materiell behandeln, da die Einrede der abgeurteilten Sache begründet ist. Sol. Obergericht a. a. O., 1916 Nr. 8 u. 9: Materielle Einreden werden nicht als „Einreden" im Sinne von §§ 105 ff. ZPO zugelassen.

[62]) Vgl. Dr. Hans Sträuli und Dr. Willy Hauser, Gesetze betr. die zürcherische Rechtspflege, 2. Teil, Zivilprozessordnung, 2. Auflage 1939 S. 192 ff.; Dr. Karl von Wyss in SJZ 11 (1914/15), S. 151.

erledigt, beide Male jedoch erst nach erschöpfender, vollumfänglicher Darstellung des Sachverhalts (analog §§ 141 und 134 ZPO für den Erlass eines Urteils). Gegen ein derartiges Vorurteil ist selbständige Berufung an das Obergericht[63]) zulässig. Der Beklagte hat sich einlässlich zur Klage zu äussern (§ 134 ZPO: Eventualmaxime), gleichgültig, ob er die Einrede als Protest gegen das Eintreten auf die neue Klage, oder, wenn der Richter die Klage anhand nimmt, im Sinne der materiellen Respektierung des frühern Entscheides erhebt[64]). Da-

[63]) Vgl. Blätter für Zürcher Rechtsprechung 1941 Nr. 129 b, unveröffentlichtes Urteil des Zürcher Obergerichts vom 20. Dezember 1939 i. S. Roemer/Roemer. Die prozesshindernde Einrede der Litispendenz ist nach der Zürcher Praxis bei Beginn des Prozesses anzubringen, d. h. wie die Einrede der Inkompetenz spätestens mit der Beantwortung der Klage, und wird nicht im Endurteil sondern durch sofortigen Beschluss erledigt. Diese verschiedenartige Behandlung der Einrede der abgeurteilten Sache und der Einrede der Rechtshängigkeit ist nach der in § 5 erwähnten Gleichartigkeit beider Rechtsinstitute nicht ohne weiteres verständlich. Brumann, Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht (Zürcher Diss. 1928) S. 64 folgert vor allem aus dieser verschiedenen Behandlung der Prozesseinrede der Rechtshängigkeit und der Einrede der Rechtskraft, dass die letztere als materiellrechtliche Einrede nach Zürcher Prozessrecht anzusehen sei. Vgl. hiezu: Dr. Hans Schauwecker, Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und internationalen Zivilprozessrecht, S. 112.

[64]) Dr. Hans Sträuli und Dr. Willy Hauser, a. a. O., zit. S. 199 f. Etter, Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im schweizerischen Zivilprozessrecht (Zürcher Diss. 1926) S. 97 ff. führt die Bestimmung, dass sich der Beklagte einlässlich zur Klage zu äussern hat, auf das im Zürcher Prozess bis 1935 geltende Prinzip der reinen Mündlichkeit zurück. In einem reinen mündlichen Verfahren verliert die Einlassungsverweigerung viel von ihrer sonstigen praktischen Bedeutung und stellt kein so dringendes Bedürfnis dar wie in einem reinen schriftlichen Verfahren. Die Prozessrechtsreform von 1935 hat bei Streitwerten über 2000 Fr. das obligatorische schriftliche Verfahren eingeführt. In § 132 ZPO wird neu vorgeschrieben, dass die Einrede der örtlichen und sachlichen Unzuständigkeit des Gerichts vom Beklagten tunlichst vor der Verhandlung über die

gegen bildet die Nichtberücksichtigung eines frühern rechtskräftigen Entscheides keinen selbständigen Nichtigkeitsgrund (gem. § 344 ZPO).

Offensichtlich vom Zürcher Vorbild beeinflusst ist die ZPO von Schwyz vom 3. Dezember 1915, der man übrigens das Zeugnis ausstellen muss, dass sie von allen schweizerischen Prozessgesetzen die umfassendste Regelung der Rechtskraftwirkungen des Urteils aufweist.

Das Gesetz über die Zivilprozessordnung vom 3. Dezember 1915 normiert in:

§ 162: „*Gebundenheit des Richters an Feststellungen zwischen denselben Parteien in einem Urteil oder Bescheid.*

An die in einem Urteile oder Bescheide getroffenen Feststellungen ist der Richter bei einem späteren Rechtsstreit zwischen den nämlichen Parteien oder ihren Rechtsnachfolgern insoweit gebunden, als die Feststellungen im Entscheide des Gerichtes (Dispositive) enthalten sind.

Die nämliche Rechtskraft kommt den Bescheiden zu, welche auf Grund eines Abstandes von der Klage, einer Klageanerkennung oder eines Vergleiches gefasst worden sind."

§ 164: „*Berücksichtigung rechtskräftiger Erkenntnisse nur auf Parteiantrag.*

Die Berücksichtigung eines rechtskräftigen Erkenntnisses erfolgt nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag einer Partei, die sich auf dasselbe beruft."

Sache selbst oder spätestens mit der Beantwortung der Klage anzubringen sei. Im schriftlichen Verfahren muss es deshalb statthaft sein, die Klagbeantwortung zunächst auf die Kompetenzfrage zu beschränken. „Wird die Einrede im mündlichen Verfahren verworfen, so kann der Beklagte, auch wenn er den Rekurs erklärt, zu sofortiger Verhandlung über die Sache selbst angehalten werden. Im schriftlichen Verfahren ist die zur sachlichen Einlassung angesetzte Frist nach der rechtskräftigen Abweisung der Einrede neu zu eröffnen." (§ 132 Abs. 3 ZPO.)

Freiburg hatte die Rechtskraftwirkungen (analog der französischen Auffassung) im Code civil Fribourgeois geregelt. Dieser enthielt in Art. 2173 die folgende auch nach Einführung des ZGB durch EG Fribourg zum ZGB 372 I in Kraft gebliebene Bestimmung:

> „La chose jugée en dernier ressort dont il n'est point fait appel tient lieu de vérité, et n'a pas besoin d'être prouvée."
>
> „Cependant la chose jugée n'a autorité qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité."

Über die verfahrensrechtliche Behandlung der „exception de chose jugée" enthält die Freiburger ZPO von 1849 in Art. 283 folgende Regelung: „Les exceptions péremptoires (fins de non-recevoir) autorisent le défendeur à conclure à libération des conclusions du demandeur, sans avoir égard au bien ou mal fondé de la question au fond; tels sont:

a) la prescription;
b) un jugement en dernier ressort;
c) une transaction.

Ausdrücklich bekennt sich die Freiburger ZPO somit zu der von Savigny vertretenen Lehre, dass das Urteil eine Fiktion der Wahrheit sei. Dem Urteil werden materiellrechtliche Wirkungen zuerkannt. Das frühere Urteil in gleicher Sache wird auf materiellrechtliche Einrede des Beklagten, nicht von Amtes wegen berücksichtigt[66]).

[66]) In der vom Freiburger Kantonsgericht erhaltenen Auskunft wird mitgeteilt, dass die „exception péremptoire de chose jugée" als Prozesseinrede aufzufassen sei. Aus dem Gesetzestext kann dies jedoch nicht gefolgert werden. Gerade die Verbindung der Rechtskrafteinrede mit der Einrede der Verjährung und des Vergleichs zeigt deutlich, dass die „exceptions péremptoires" (fins de non-recevoir) als materiellrechtliche Einreden aufgefasst wurden.

Fragmentarisch ist die Regelung, welche die ZPO in Art. 560 II des Kantons Waadt vom 20. November 1911 trifft. Sie lautet:

Art. 560: *De la chose jugée et de la révision des jugements.*

„Les jugements définitifs et les arrêts du Tribunal cantonal ont l'autorité de la chose jugée.

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité."

Gewohnheitsrechtlich gelten aber für diesen Kanton dieselben Rechtsregeln wie für die übrigen welschen Kantone. In einem Entscheid vom 1. April 1931 hat das Kantonsgericht erklärt, dass die „Einrede" der Rechtskraft eine prozessuale, nicht eine materiellrechtliche sei. Dieser Entscheid ist ein Beweis für das Vordringen der öffentlich-rechtlichen Theorie der Urteilswirkungen auch im französischen Rechtsgebiet[67]).

In der Genfer ZPO vom 13. Oktober 1920, die in ihren Grundzügen noch heute auf die berühmte Kodifikation Bellots[68]) zurückgeht, ist die Einrede der abgeurteilten Sache nicht bei den prozesshindernden Einreden (exceptions d'entrée de cause) aufgeführt; als Prozesseinrede wird diejenige der Unzuständigkeit erwähnt (vgl. Titel VI der Genfer ZPO). Bei den Urteilswirkungen finden sich folgende Vorschriften:

Art. 111: „Les juges ne pourront changer les jugements qu'ils auront rendus que de manière et dans les cas déterminés par la loi."

Art 112: „Les jugements n'auront d'effet qu'entre ceux qui y auront été parties, leurs héritiers ou ayants droit.

Ils ne nuiront ni ne profitent aux tiers."

---

[67]) Vgl. Jean Favey, Supplément au Code de procédure civil vaudois annoté (1938) S. 149.

[68]) Schurter/Fritzsche, Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte, Bd. 1 S. 29, 46 ff.

§ 165: „*Rechtskraft von Erkenntnissen auswärtiger Gerichte.*

Erkenntnisse auswärtiger Gerichte stehen hinsichtlich der Rechtskraft den schwyzerischen gleich, sofern sie nach dem für das betreffende Gericht geltenden Prozessrecht rechtskräftig geworden sind und die Kompetenz des Richters sowohl nach der auswärtigen als auch der hiesigen Prozessgesetzgebung vorhanden war....

Die Rechtskraft ist nicht anzunehmen, wenn der Entscheid im Widerspruch mit dem im Kanton Schwyz geltenden öffentlichen Rechte steht."

Über das prozessuale Verfahren wird folgendes bestimmt:

§ 327: „*Schutzbehauptungen.*

Als zerstörliche Schutzbehauptung kann folgende Einrede geltend gemacht werden:

a) die Einrede des in gleicher Sache schon erlassenen rechtskräftigen Urteils."

§ 328: „Die zerstörlichen Schutzbehauptungen werden mit der Hauptsache behandelt und entschieden.

Die Parteien können sich einigen über vorgängige Behandlung...."

Ausdrücklich ist auch die Nichtigkeitsbeschwerde (Kassation) zugelassen in:

§ 443 I: „... wenn gegen ein in der gleichen Sache ergangenes angerufenes, rechtskräftiges Erkenntnis (oder gegen einen angerufenen Vergleich oder Abstand) geurteilt oder erkannt wurde."

Aus diesen Gesetzesbestimmungen ergibt sich, dass die Einrede der abgeurteilten Sache im Kanton Schwyz als Prozesseinrede nur auf Antrag berücksichtigt wird. Der Beklagte hat sich einlässlich zur Klage zu äussern.

Nach dem Vorbild des Code Civil français Art. 1350 und 1352 normieren die welschen Kantone Freiburg, Waadt, Genf und der Tessin die Wirkungen der Autorité de la chose jugée (autorità della cosa giudicata)[65]).

---

[65]) Gleicher Meinung: Blumenstein in ZbJV 38 (1902) S. 464.

De la chose jugée.

Art. 301: „L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement.

Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit formée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité."

Gegen Verstösse des Richters gegen die Rechtskraftbestimmungen sind folgende Rechtsmittel gegeben:

a) Revision ist möglich nach

Art. 317: „s'il y a contrariété de jugements rendus par le même Tribunal, entre les mêmes parties, sur le même objet et les mêmes moyens."

b) Berufung (appel) kann nach Art. 339 Ziffer 4 erhoben werden,

„s'il y a contrariété entre deux jugements rendus sur le même objet et les mêmes moyens."

Die Gerichtspraxis steht ganz auf dem Boden der französischen Rechtstheorie. Der Richter hat die als Fin de non recevoir angesehene, d. h. materiell-rechtliche Einrede der abgeurteilten Sache nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen[69]). Die Einrede der ab-

[69]) H. Bonfils, Traité de Procédure civile, 1885, S. 532 Nr. 932, S. 531: „Cette présomption légale, juris et de jure engendre une fin de non recevoir, qui permet de repousser toute demande ou exception nouvelle tendant à remettre en question, entre les parties ou leurs ayants cause, l'existence ou la non-existence du rapport juridique, qui a fait l'objet d'une contestation antérieure. Cette fin de non recevoir, qui s'oppose à la réitération du litige déjà vidé par un jugement, peut être invoquée aussi bien par la partie qui a succombé dans la première instance que par celle qui a obtenu gain de cause. Un jugement passé en force de chose jugée, lie définitivement les parties, décide irréfragablement l'étendue, le caractère et la nature du rapport juridique existant entre elles." Bonfils definiert die fins de non recevoir S. 181 wie folgt: „Il résulte du passage suivant de Rodier (sur l'art. 5 du Titre V de l'ordonnance de 1667) que les fins de non-recevoir se con-

geurteilten Sache kann in jedem Verfahrensstadium, auch im Berufungsverfahren, erstmals erhoben werden (Art. 357 Abs. 2 ZPO).

Die tessinische ZPO vom 24. Juni 1924 begnügt sich mit der Übersetzung der einschlägigen Artikel des Code civil français. Die Bestimmungen lauten:

Art. 249: „La presunzione legale è quella che la legge attribuisce a certi fatti. Tali sono: ...

3. L'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata."

Delle presunzioni.

Art. 250: „L'autorità della cosa giudicata non ha luogo, se non relativamente a cio che ha formato il sogetto della sentenza.

È necessario che la cosa domandata sia la stessa, che la domanda sia fondata sulla medesima causa, che la domanda sia tra le medesime parti, e proposta da esse e contro di esse nelle medesime qualità.

I motivi della sentenza non passano in cosa giudicata, ma danno norma per l'interpretazione del dispositivo."

Art. 251: „La presunzione legale dispensa da qualunque prova colui a favore del quale essa ha luogo."

Gemäss der vom tessinischen Obergericht erhaltenen Auskunft wird die Einrede der abgeurteilten Sache nicht von Amtes wegen berücksichtigt. Der Beklagte habe sich einlässlich zur Klage zu äussern. Beim Vorliegen eines frühern Urteils weise der Richter die Klage „angebrachtermassen" (durch Prozessurteil) ab; die Einrede der abge-

---

fondaient avec ce que d'autres auteurs appelaient exceptions péremptoires quant au fond. Les fins de non-recevoir, nous dit-il, sont les exceptions prises de la qualité de la demande qu'on soutient n'être pas recevable, indépendamment du mérite du fond qu'on laisse à l'écart, comme, par exemple, si l'on dit que l'action est prescrite, ou qu'il est intervenu transaction sur ce qui fait la matière de la demande, ou que la même question a déjà été jugée entre les mêmes parties et autres exceptions du même genre."

urteilten Sache werde als prozessuale Einrede aufgefasst. Aus dem Gesetzestext müsste wohl eher darauf geschlossen werden, dass das tessinische Recht wie das französische Recht und das italienische Recht (Codice Civile Ital. Art. 1350 = Art. 249 tessinisches ZPO; Art. 1351 = Art. 250 mit Ausnahme des Absatz 3; Art. 1352 = Art. 251) auf dem Standpunkt der materiellrechtlichen Theorie der Rechtskraftwirkungen stehe.

§ 15.

Gesetzgebungen ohne besondere Bestimmungen über die Rechtskraftwirkungen des Urteils.

Hierher gehören die Kantone Thurgau, Aargau, Graubünden, St. Gallen, Appenzell Ausser-Rhoden, Schaffhausen, Basel-Landschaft, Glarus und Neuenburg.

Für diese Kantone kann nur auf dem Wege schöpferischer Auslegung eine brauchbare Lösung gefunden werden. Die moderne teleologische Gesetzesauslegung schliesst die Lücken des geschriebenen Rechts aus dem Gewohnheitsrecht und, wo dieses schweigt, aus den der Rechtsordnung zugrunde legenden allgemeinen Rechtsideen, aus dem der Rechtsordnung immanenten Sinn, der sich in der bewährten Lehre und Überlieferung offenbart. Der Richter soll in diesem Falle gemäss Art. 1 ZGB, der auch auf das öffentliche Recht Anwendung findet, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Da in den meisten Fällen über die Rechtskraftwirkungen des Urteils kein kantonales Gewohnheitsrecht besteht, ist die Gesamthaltung der konkreten ZPO zu berücksichtigen. Wo die Prozessordnung dem Richter eine autoritäre Stellung im Verfahren zuweist, wo ihm zur Erforschung der materiellen Wahrheit weitgehende Kompetenzen eingeräumt sind (Ausdehnung des Offizialprinzips), da würde man es als angemessen erachten, dass auch dem Urteil absolute Rechtskraftwirkung zukomme. Wo

die Prozessordnung dagegen den Richter in seiner Einwirkung auf den Gang des Verfahrens stark zurückdrängt, wo die Parteien das Verfahren beherrschen, da mag eher eine bloss dispositive Wirkung des rechtskräftigen Urteils Geltung haben.

Es würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen, für jeden der vorgenannten Kantone genaue Untersuchungen hierüber aufzustellen. Keinesfalls darf aus einzelnen zufälligen Äusserungen des Gesetzgebers auf die Regelung der Rechtskraftwirkungen in concreto geschlossen werden, wie dies Brumann S. 95 ff. weitgehend tut, da dies richtiger Gesetzesauslegungsmethode widerspricht.

Die ZPO des Kantons Aargau vom 12. März 1900 führt in § 114 eine Reihe von sogenannten „fristlichen Einreden" auf, welche vor der Erstattung der Klagbeantwortung anzubringen sind und von der Verpflichtung zu einlässlicher Begründung der Klage entbinden. Unter diesen Prozesseinreden ist die Einrede der abgeurteilten Sache nicht aufgeführt. Sie gehört nach der Auffassung des Kommentars von Dr. Gottfried Keller nicht zu den Prozesseinreden, da die Aufzählung in § 114 ZPO erschöpfend, nicht bloss exemplifikatorisch sei. Die Einrede der abgeurteilten Sache ist nach aargauischem Recht einlässlicher Natur, d. h. sie muss anlässlich der Sachverhandlung vom Richter beurteilt werden, nicht im Vorverfahren. (Dr. Gottfried Keller, Die neue Zivilprozessordnung für den Kanton Aargau, S. 133.) Die Einrede der abgeurteilten Sache wird als eine materiellrechtliche Einrede angesehen. Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, dass der aargauische Richter ein früheres Urteil nur auf Parteiantrag berücksichtigt.

Im Kanton Basel-Land, dessen ZPO vom 20. Februar 1905 keine spezielle Bestimmung über die Rechtskraftwirkungen des Urteils enthält, bestehen keinerlei Präjudizien. Gemäss der beim Obergericht eingeholten Auskunft ist die Mehrzahl der Gerichtspräsidenten der Auffassung, dass das frühere Urteil von Amtes wegen berücksichtigt wer-

den soll, sofern sie sich aus den Akten ergibt. Das Basellandschaftliche Obergericht hat entschieden, dass das Urteil eines ausländischen Gerichtes die Einrede der abgeurteilten Sache nicht begründet, sofern sich die inländischen Gerichte grundsätzlich weigern, das ausländische Urteil zu vollstrecken. (SJZ. Bd. 25, S. 314 f.)

Die ZPO des Kantons Thurgau vom 29. April 1928 enthält keine Bestimmungen über die Rechtskraftwirkungen. Es bestehen auch keinerlei Präjudizien hierüber. Dagegen hat das thurgauische Obergericht noch unter der Herrschaft der alten Prozessordnung von 1867 entschieden, dass das frühere Urteil in gleicher Sache von Amtes wegen berücksichtigt werden müsse. (Entscheid des Obergerichts vom 6. März 1884, publiziert im thurgauischen Rechtsbuch von 1908.) In einem Entscheid des Obergerichts vom 31. März 1911 wurde entschieden, dass ein ausländisches Urteil die Einrede der abgeurteilten Sache nur dann begründen könne, wenn es im Kanton vollstreckbar sei. (Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Thurgau 1911 Nr. 5 S. 29.).

Im Kanton Appenzell Ausser-Rhoden wird die Einrede der Rechtskraft beim Schweigen des Gesetzes vom 26. April 1914 nach der vom Obergericht erhaltenen Auskunft nur auf Einrede hin berücksichtigt. Diese Regelung ist auch im ersten Entwurf zu einer neuen ZPO vorgesehen, der freilich noch nicht veröffentlicht worden ist.

St. Gallen erwähnt in seiner ZPO vom 7. Februar 1929 die Einrede der abgeurteilten Sache nicht ausdrücklich. Dagegen wird in Art. 281 unter den „prozesshindernden Einreden" u. a. die Einrede der Rechtshängigkeit erwähnt. Das Kantonsgericht St. Gallen hat festgestellt, dass die Einrede der Rechtskraft ebenfalls zu den prozesshindernden Einreden zu zählen sei (KGE 122 Nr. 3; SJZ. Jhrg. 20 S. 50).

In der ZPO des Kantons Schaffhausen vom 25. Juni 1869 wird in § 169 bezüglich der Prozessleitung bestimmt, dass der Richter seine Zuständigkeit, die Berechtigung und

Bestimmung der Parteien zur Führung der Sache usw. zu prüfen habe. Da in dieser Vorschrift von der abgeurteilten Sache nicht die Rede ist, kann daraus abgeleitet werden, dass der Richter nicht von Amtes wegen zu prüfen hat, ob Res iudicata vorliegt. Immerhin ist dieser Schluss nicht zwingend. Der Entwurf vom Juli 1936 zu einer neuen Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen normiert in § 174, dass „die Einrede der abgeurteilten Sache vom Beklagten vor der Verhandlung über die Sache" vorzubringen sei. Aus dieser Formulierung ist zu schliessen, dass auch der Entwurf die Einrede der Rechtskraft nur auf Parteiantrag berücksichtigt wissen will.

Die Glarner ZPO vom 4. Mai 1930 weist im Gesetz zu der frühern ZPO von 1895 keine ausdrückliche Regelung der Einrede der abgeurteilten Sache mehr auf. Während nach der alten ZPO die abgeurteilte Sache einen Uneinlässlichkeitsgrund darstellte (§ 156 Ziff. 1)[70]), sind Uneinlässlichkeitseinreden nach der geltenden ZPO allgemein und unbeschränkt zugelassen. Da jedoch keine Vorschrift dem Richter die Pflicht auferlegt, ein früheres Urteil von Amtes wegen zu berücksichtigen, ist wohl anzunehmen, dass die Einrede der abgeurteilten Sache nur auf Parteiantrag gehört wird. Nach der vom Obergericht des Kantons Glarus erhaltenen Auskunft, sollen keine Präjudizien hierüber vorliegen.

Auch die Neuenburger ZPO vom 7. April 1925 enthält keine ausdrückliche Regelung der Rechtskraftwirkungen des Urteils. Es darf wohl angenommen werden, dass gewohnheitsrechtlich ähnliche Grundsätze gelten wie in den übrigen welschen Kantonen. Es kann dies daraus geschlossen werden, dass Art. 1100 des alten Code Civil des Kantons Neuenburg von 1855 eine dem französischen Code Civil Art. 1351 gleichlautende Bestimmung aufwies. Nach der beim Kantonsgericht Neuenburg eingeholten Auskunft haben die Gerichte zu dieser Frage noch keine Stellung bezogen.

[70]) Vgl. Schurter/Fritzsche, Kant. Ziv. Prozessrechte, Bd. 1 S. 203.

§ 16.

Schlussfolgerungen de Lege ferenda.

Aus den vorstehenden Ausführungen dürften folgende Schlussfolgerungen abgeleitet werden können:

a) Zur Klarstellung der Bedeutung, die einem Urteil in gleicher Sache zukommt, ist eine ausdrückliche Regelung der Rechtskraftwirkungen des Urteils wünschenswert.

b) Bei der konkreten Ausgestaltung verdient meines Erachtens die Theorie der absoluten Rechtskraftwirkungen den Vorzug, weil sie den öffentlichen Interessen der Rechtssicherheit, des Rechtsfriedens und der Prozessökonomie besser entspricht als diejenige der dispositiven Rechtskraftwirkungen.

c) Der Richter hat das Vorhandensein eines frühern Urteils bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen zu untersuchen. Wird ein früheres Urteil in gleicher Sache vom Richter als gegeben angenommen, so hebt er das Prozessrechtsverhältnis durch Prozessentscheid auf. Die „Einrede der abgeurteilten Sache" ist richtigerweise als prozessuale Einwendung aufzufassen; wer ein früheres Urteil in gleicher Sache geltend macht, beruft sich auf eine Tatsache, welche den erneuten Prozess hierüber ausschliesst. Wo das frühere Urteil dem Richter selbst bekannt ist, hat dieser die Anhandnahme des Prozesses von Amtes wegen abzulehnen.

d) Richtigerweise soll die Geltendmachung der „Einrede" der abgeurteilten Sache von einer einlässlichen Antwort entbinden; es ist unlogisch, dass derjenige, der dartut, dass der Richter die Sache gar nicht mehr materiell zu prüfen habe, dies auf einlässlichem Wege anbringe.

e) Prinzipiell ist ein früheres Urteil in jedem Verfahrensstadium zu berücksichtigen.

f) Das ausländische Urteil hat die vorerwähnten Rechtskraftwirkungen nur, insoweit es (im Inland) vollstreckt werden kann.

Endlich sei die Frage aufgeworfen, ob es wünschbar ist, dass das Prozessrecht der schweizerischen Kantone dauernd eine derartige Zersplitterung aufweisen soll wie heute. Die Sicherheit der Rechtsverfolgung könnte durch eine Vereinheitlichung der Prozessgesetze zweifellos nur gewinnen. Manche kantonalen Prozessgesetze wirken durch ihre schwerfällige und altertümliche Sprache geradezu archaisch. Eine Vereinfachung und Modernisierung der Prozessgesetze würde nicht nur der Rechtsverwirklichung, sondern auch der schweizerischen Prozessrechtswissenschaft zugute kommen.