

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: 67 (1948)

Artikel: Prozessuale Probleme der formellen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit

Autor: Hagenbüchle, Anton

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896412>

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: 23.01.2026

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

Prozessuale Probleme der formellen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit

Von Dr. Anton Hagenbüchle, Rechtsanwalt
Frauenfeld

INHALTSÜBERSICHT:	Seite
I. Die formelle Rechtskraft im allgemeinen	2
1. Wesen, Voraussetzungen und Wirkungen der formellen Rechtskraft	2
2. Absolute und relative formelle Rechtskraft	8
II. Die formelle Rechtskraft im Verhältnis zum Rechtsmittel- System	10
1. Die Unterscheidung von ordentlichen und außerordent- lichen Rechtsmitteln im formellen Sinne	10
2. Die Unterscheidung im materiellen (funktionellen) Sinne	11
3. Die Unterscheidungen im schweizerischen Prozeßrecht	15
4. Folgerungen und Einzelfragen	18
III. Vollstreckbarkeit und Suspensiveffekt	21
1. Wesen und Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit	21
2. Wesen und Umfang des Suspensiveffektes	23
IV. Praktische Anwendungsfälle	26
1. Zwangsvollstreckung	26
2. Bundesrechtsmittel gegen kantonale Entscheide . . .	30
3. Strafrechtliche Verfolgungs- und Vollstreckungsver- jährung	32

Verwendete besondere Abkürzungen:

f./m.RK = formelle/materielle Rechtskraft
VB = Vollstreckbarkeit
o./a.o.RM = ordentliche/außerordentliche Rechtsmittel
SE = Suspensiveffekt

Die Begriffe «formelle Rechtskraft, Vollstreckbarkeit, Suspensiveffekt, ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel» gehören zum Grundbestand des modernen Prozeßrechts. Dennoch zeigt sich gerade hier in Theorie und Praxis oft Unklarheit und Begriffsverwirrung. Im folgenden sollen daher diese Begriffe und einige praktisch wichtige Anwendungsfälle systematisch abgeklärt werden. — Raumes halber bleiben dabei unbehandelt die Probleme: Welche Entscheidungsarten der f. und m.RK fähig sind und in welchem Umfang; ob durch RM gegen Teilpunkte die RK des ganzen Urteils oder nur des angefochtenen Teils gehemmt wird¹; Wesen und Grenzen der m.RK²; ob gegenüber rechtskräftigen, aber offensichtlich unbilligen oder arglistig erscheinenden Urteilen noch Anfechtung wegen Rechtsmißbrauchs möglich ist³.

I.

1. Das Rechtskraftproblem ist ein Teil der allgemeinen Lehre von den Wirkungen der staatlichen Hoheitsakte⁴ und wurde vorab in den Streiterledigungsverfahren (Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozeß) entwickelt, in folgenden Richtungen:

a) Rechtskraft bedeutet wortgemäß, daß ein Staatsakt rechtlich «in Kraft tritt», Geltung erhält, seine spezifischen Wirkungen entfaltet. Diese treten entweder mit der bloßen formalen Existenz als Staatsakt-Tatsache oder kraft

¹ Hiezu Guldener, Schweiz. Zivilprozeßrecht, 1947, Bd. I S. 253, 273 N. 101.

² Über die Rechtskrafttheorien etwa Brumann, «Die Rechtskraft nach schweiz. Zivilprozeßrecht», Diss. Zürich, 1928, S. 56 f.; Lanz, «Die Einrede der abgeurteilten Sache», Z. f. schw. R., 1944 (63), S. 223 f.; Guldener, I 253 f.

³ Hiezu etwa Schönke, Deutsches Zivilprozeßrecht, 1938, S. 261 f.; Guldener, I 268 f.; derselbe, «Treu und Glauben im Zivilprozeß», SJZ 39 S. 389 f., 405 f.; Lanz, S. 225.

⁴ Elster, Handwörterbuch d. RW, IV 704 f.

des Aktinhaltes ein; man kann danach Existenz- und Inhaltswirkungen unterscheiden⁵. Die Rechtsordnung hat den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Staatsakte zu bestimmen. Das wird normalerweise sofort mit Setzung und Eröffnung des Aktes in gesetzlichem Verfahren geschehen und ist gerechtfertigt, wenn (wie im Rechtsstaat die Regel) der Akt auf Grund eines eingehenden Erkenntnisverfahrens gesetzt wird, in welchem die beteiligten Parteien bereits ihre Interessen wahren konnten. Dann ist mit Fällung des Entscheides das prozessuale «Stadium des Werdens», der Vorgang der Rechtserzeugung, abgeschlossen, der Staatsakt tritt in volle Existenz als Endprodukt des Verfahrens, er wird «rechtskräftig». Dieser theoretische Normalfall ist aber in der Rechtswirklichkeit mehr die Ausnahme. Meist gibt das Gesetz den interessierten Parteien und Behörden auch nach Setzung des Aktes noch weitere Korrekturmöglichkeiten. «Soweit Staatsakte Entscheidungen enthalten, liegt es meist im Plan des Gesetzgebers, sie im Stadium des Werdens der Bestreitung auszusetzen, das heißt, der Staatsakt gewinnt die höheren Stufen der Vollendung dadurch, daß er die Belastungsprobe übersteht»; erst nachher «wird der Staatsakt perfekt, dann ist der Zustand erreicht, den man endgültig nennt, in welchem der Staatsakt gilt, das heißt, sich auswirkt»⁶. So können die Parteien oft den gesetzten Staatsakt durch «Rechtsmittel» in bestimmter Frist und Form an eine Oberinstanz weiterziehen (sogenannte Parteianfechtbarkeit); oder die erlassende Behörde kann ihn von sich aus zurücknehmen oder ändern (sogenannte Widerruflichkeit, Abänderlichkeit), oder der Akt kann von einer hierarchisch vorgesetzten Behörde kraft Aufsichtsgewalt von Amtes we-

⁵ Zu erstern gehören f.RK, Bindung der erlassenden Behörden an den Akt, sogenannte Tatbestands-Nebenwirkungen der Staatsakte; zu letztern VB und m.RK. Vgl. R. Coester, «Die Rechtskraft der Staatsakte», 1927, S. 34 f.; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. A. S. 195.

⁶ Coester, S. 36.

gen aufgehoben werden⁷. Erst nach Erschöpfung all dieser Korrekturmöglichkeiten kann streng genommen das Aktsetzungsverfahren als abgeschlossen gelten und der Akt in Kraft treten⁸. Eine ganz andere weitere Frage ist sodann, welches diese Wirkungen des Aktes im einzelnen sind, wie weit namentlich dessen Inhalt für Behörden und Parteien in einem neuen Verfahren verbindlich ist.

Rechtskräftig im verfahrensmäßigen, formellen Sinn ist also ein Staatsakt, der das ganze gesetzlich vorgesehene Aktsetzungsverfahren einschließlich aller Korrekturmöglichkeiten erfolgreich durchlaufen hat, so daß er zu voller Bestandessicherheit gelangt und keine Korrektur oder gar Aufhebung innerhalb des konkreten Verfahrens mehr zu riskieren hat. Dieser allgemeine Vollbegriff der f.RK ist nun aber praktisch erheblich eingeschränkt worden. Der Begriff der RK wurde nämlich vor allem im Zivil- und Strafprozeß entwickelt. Dort haben sich, ihrem Wesen angepaßt, gewisse dem sogenannten Rechtsweg eigene Spezialinstitute ausgebildet. Einmal das Prinzip der Unabhängigkeit der Gerichte,

⁷ Schließlich kann ein mangelhafter Akt oft noch von den Vollzugsbehörden als Vollstreckungstitel abgelehnt oder sonstwie von andern Behörden nicht beachtet werden. Für den Eintritt der f.RK fallen aber diese Möglichkeiten nicht in Betracht, weil sie nicht mehr organisch zum Aktsetzungsverfahren gehören (sondern nur eine indirekte, vorfrageweise Überprüfung durch andere Behörden ohne förmliche Aufhebung des Aktes bilden) und praktisch auf Fälle absoluter Nichtigkeit beschränkt sind, in welchen ohnehin nicht von f.RK die Rede sein kann; vgl. Anm. 8.

⁸ Dabei ist natürlich immer Voraussetzung, daß überhaupt ein gültiger Staatsakt vorliegt, der nicht an Nichtigkeit ipso iure leidet, ansonst er begriffsmäßig nicht in Kraft treten kann, auch wenn prozessual keine Anfechtungsmöglichkeit mehr besteht. Auch hier zeigt sich die Relativität des üblichen Begriffs der f.RK; sie besagt nur, daß ein allenfalls mangelhafter und in bestimmter Frist «vernichtbarer» Staatsakt nach Fristablauf der Parteianfechtbarkeit entzogen wird und damit in Kraft tritt; diese mängelheilende Wirkung der f.RK versagt aber bei Mängeln mit absoluter Nichtigkeitsfolge. Vgl. Imboden, «Der nichtige Staatsakt», 1944, S. 4 f., 10, 70. P. Grob «Die Kassation von Amtes wegen in Zivilsachen» Diss. Zürich 1947, S. 39.

welches u. a. den Oberinstanzen die Aufhebung oder Änderung von Rechtsprechungsakten der untern Gerichte kraft Aufsichtsgewalt verbietet (immerhin mit Ausnahmen, zum Beispiel bei «Kassation von Amtes wegen»). Ferner der Grundsatz, daß die Gerichte an ihre einmal erlassenen Entscheide gebunden sind (es gibt keine Wiedererwägung). Infolge dieser speziellen Institute fallen die eingangs erwähnten Korrekturmöglichkeiten der Aufhebung kraft Aufsichtsgewalt und der Widerruflichkeit dahin, so daß praktisch nur die Anfechtbarkeit durch RM der Parteien bleibt. So kam es, daß der Begriff der f.RK im Zivil- und Strafprozeß sich immer mehr auf die Umschreibung reduzierte: Unanfechtbarkeit eines Urteils für die Parteien⁹. Damit ist das Urteil in der Tat auch im allgemeinen Vollsinn rechtskräftig, voll rechtsbeständig geworden, weil hier andere Korrekturmöglichkeiten fehlen. Auf den Verwaltungsprozeß ist dieser Begriff der f.RK jedoch nur mit Vorbehalten anwendbar (am ehesten noch auf die rechtswegähnliche Verwaltungsgerichtsbarkeit), paßt nicht mehr recht in die moderne Lehre vom Verwaltungsakt, weil hier neben der Parteianfechtbarkeit die Widerruflichkeit und Aufhebbarkeit durch Aufsichtsbehörden als gleichwertige Korrekturmöglichkeiten bestehen. Mit f.RK eines Verwaltungsaktes ist also durchaus nicht immer auch dessen Unabänderlichkeit für erlassende und Oberinstanzen garantiert¹⁰. Ganz allgemein ist jedenfalls der übliche Begriff der f.RK mit dem Vorhandensein einer Parteianfechtbarkeit und eines Instanzenzuges durch RM notwendig verbunden.

⁹ Coester, S. 35, und Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901, S. 20, betonen mit Recht, daß die f.RK im üblichen Sinn «nur eines von mehreren Endgiltigkeitsmerkmalen», nämlich Unanfechtbarkeit für die Parteien bezeichnet und aufs engste mit einem Instanzenzug zusammenhängt.

¹⁰ Vgl. Imboden, S. 26 f., W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1931, S. 279 f., 310. Ähnliches gilt von der zivilprozessualen Unterscheidung von o. und a.o.RM, die auch nicht unbesehen auf den Verwaltungsprozeß anwendbar ist, weil dessen RM-System oft grundverschieden ist.

b) Nach dem Gesagten besteht zwischen f. und m.RK ein derart grundlegender Unterschied, daß die gleiche Bezeichnung beider mit «Rechtskraft» mehr irreführt¹¹. Die f.RK (auch äußere, prozessuale RK genannt) ist eine rein verfahrensrechtliche Urteilsqualität, zunächst ohne jede Beziehung zum Urteilsinhalt. Sie besagt, daß ein Staatsakt verfahrensmäßig zu voller Existenz und Geltung gelangt ist, daß er alle Anfechtungsmöglichkeiten überstanden hat, daß das konkrete Aktsetzungsverfahren abgeschlossen ist und der Akt als solcher nicht mehr aufgehoben oder geändert werden kann. Davon scharf zu trennen ist die weitere Frage, ob und wieweit der Aktinhalt, die darin entschiedene Rechtsfrage, durch neuen Entscheid in einem neuen Aktsetzungsverfahren (ohne förmliche Aufhebung des ersten Aktes) von derselben oder einer andern Behörde anders entschieden werden kann, oder ob sie an den Inhalt des frühern Aktes gebunden ist. Hierauf bezieht sich der Begriff der m.RK. Zu dieser verhält sich also die f.RK wie Voraussetzung und Wirkung. Erst wenn der Staatsakt endgültig gesetzt ist, können vernünftigerweise seine Inhaltswirkungen eintreten. Als Anknüpfungspunkt für diese ist die f.RK der wichtigste Zeitpunkt, ja das Ziel des Prozesses¹². Mit ihr beginnen die m.RK, die Gestaltungswirkung und in der Regel auch die VB des Urteilsinhaltes (soweit sie diesem zukommen), die *exceptio rei iudicatae* (in Ablösung der *exceptio litis pendentis*) sowie die materiellrechtlichen Nebenwirkungen des Urteils, der Lauf vieler Fristen und sonstiger Rechtsfolgen des Prozeß-, Vollstreckungs- und materiellen Rechts¹³.

¹¹ Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1912, I 764 f.; Stein-Jonas-Pohle, Komm. 16. A. N. I zu § 322 deutsche ZPO: «Die Namen f. und m.RK gehören der Gesetzessprache nicht an und treffen keineswegs das Wesen der Sache». Die französische (und ähnlich die italienische) ZPO unterscheidet «*force de chose jugée*» (f.RK), «*autorité de chose jugée*» (m.RK) und «*force exécutoire*» (VB); vgl. Kallmann in SJZ 41 S. 210 N. 64.

¹² Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 151.

¹³ Vgl. ZGB 103, 150, 252, 255; OR 137 Abs. 2, u. a.

Wenn somit erst der formell rechtskräftige Staatsakt rechtswirksam wird, so ist freilich zu beachten, daß jeder Akt schon mit seiner bloßen Setzung gewisse «Vorwirkungen» (Hellwig) äußert, auch wenn er noch nicht endgültig und rechtskräftig ist. Diese Vorwirkungen sind aber mehr nur prozessualer Natur, zum Beispiel Auslösung der RM-Frist, Instanzenwechsel oder sonstige Fortbildung des Prozeßverhältnisses; immerhin ist auch schon vorläufige VB denkbar. Überhaupt ist es möglich und praktisch oft nötig, die Urteilswirkungen zeitlich stufenweise eintreten zu lassen, zum Beispiel die VB nicht immer zugleich mit der f.RK. Auch hier zeigt sich die Relativität des üblichen Begriffes der f.RK, die nicht immer einheitliche und endgültige Rechtswirksamkeit bedeutet.

c) Der übliche Begriff verbietet auch, die f.RK einfachhin mit «Unabänderlichkeit» eines Staatsaktes gleichzusetzen¹⁴. Beides sind zwar Wirkungen der Staatsaktatsache (und mit der m.RK als Inhaltswirkung nicht zu verwechseln). Erstere bedeutet aber die Konsumtion der Anfechtungsrechte der Parteien, letztere die Bindung der erlassenden Behörde an ihren Entscheid. Beide hängen freilich naturgemäß eng zusammen¹⁵, decken sich aber nicht begriffsmäßig (wie namentlich der Verwaltungsprozeß zeigt). Zum Beispiel ist ein prozeßleitender Entscheid eines letztinstanzlichen Gerichts zwar abänderlich für dieses, aber für die Parteien eventuell unanfechtbar, also formell rechtskräftig¹⁶. Umgekehrt sind Urteile während der Appellationsfrist noch nicht rechtskräftig, können aber natürlich inzwischen von der erlassenden Instanz nicht von sich aus abgeändert werden. Beides sind besondere Institute; wo das Gesetz beide

¹⁴ Wie Guldener, I 253, es tut, ohne Erwähnung der Unanfechtbarkeit.

¹⁵ Coester, S. 39—41.

¹⁶ Vgl. Gündner, «Die Abänderlichkeit formell rechtskräftiger Beschlüsse der streitigen Gerichtsbarkeit», Diss. Gießen, 1935. Richtig unterscheidet auch Sträuli, Komm. N. 3 b zu § 103 zürch. ZPO; Grob, S. 22, 60 f.

vorsieht, liegt es aber natürlich nahe, sie gleichzeitig eintreten zu lassen. Daher kann man bei Gerichtsurteilen einfachheitshalber sagen, daß sie mit f.RK auch unabänderlich werden.

d) Der Begriff der f.RK fordert, daß jedes Prozeßrecht bestimmen muß, ob ein Rechtsbehelf der Parteien den Eintritt der f.RK und VB hemmen, also Suspensiveffekt besitzen soll oder nicht.

e) Präziserweise ist zwischen Wesen und Voraussetzungen der f.RK zu unterscheiden. Ersteres liegt darin, daß ein Urteil kraft gesetzlicher Anordnung erst in einem bestimmten Stadium des Aktsetzungsverfahrens in Kraft tritt und wirksam wird; Voraussetzung ist also, daß im Einzelfall dieses Stadium erreicht ist, daß mit anderen Worten alle RM mit rechtskrafthemmender Wirkung erschöpft sind. Die übliche Umschreibung der f.RK als Unanfechtbarkeit durch ordentliche (= suspensive) RM ist also eigentlich keine Wesensdefinition, sondern betrifft nur die Voraussetzungen für den Eintritt der f.RK, deren Wesen implicite vorausgesetzt wird.

2. Wenn f.RK als Unanfechtbarkeit definiert wird, so würde sie an sich erst mit Erschöpfung aller Parteirechtsbehelfe eintreten. Praktische Erwägungen haben aber diese Lösung stark modifiziert: Es leuchtet ein, daß Vollstreckung und übrige Urteilswirkungen unerträglich verzögert würden, wenn die Parteien die absolute Unanfechtbarkeit abwarten müßten. Starke Beschränkung der RM kann dem zwar abhelfen, ist aber nur für Bagatellsachen zu verantworten. Im übrigen gelangte man zu einer andern Lösung: Man verlegte den Eintritt der f.RK schon in ein früheres Prozeßstadium, verlangte nur Erschöpfung der wichtigsten und umfassendsten RM, mochten auch gewisse a.o.RM mit engbegrenzter Anfechtbarkeit weiterhin offenstehen. Das Risiko nachträglicher Änderung oder Kassation eines solchen Urteils ist eher in Kauf zu nehmen als übermäßige Verzögerung der Urteilswirksamkeit. Zwischen den Zeitpunkt der absoluten f.RK, gänzlicher Unanfechtbarkeit und denjeni-

gen der erstinstanzlichen Urteilsfällung wird also ein Zwischenstadium geschoben, von dem an das Urteil schon gewisse Garantien seiner Rechtmäßigkeit bietet und daher für Eintritt der Urteilswirkungen genügend reif erscheint, wo aber weiterhin noch gravierende Mängel anfechtbar bleiben durch a.o.RM, mit deren Schutz RK und VB rückwirkend wieder dahinfallen. Damit wird die f.RK mehr zu einem prozessualen Zwischentermin, praktisch nicht mehr zum definitiven Prozeßabschluß. Ihr Begriff wird also erheblich abgeschwächt und relativiert, bedeutet meist nur noch einen Zustand «relativer Rechtsbeständigkeit» des Urteils¹⁷, noch nicht dessen absolute Unanfechtbarkeit. Während die f.RK im absoluten Sinn mit Erschöpfung aller RM eintritt, steht es ganz im freien Ermessen des Gesetzgebers, den Eintritt der f.RK im relativen Sinn festzulegen und zu bestimmen, nach Erschöpfung welcher RM ein Urteil in Kraft treten soll. Dieser Zeitpunkt läßt sich also nicht etwa logisch aus dem Begriff der f.RK ableiten, sondern nur aus der positiven Regelung; diese hat praktisch abzuwägen das Bedürfnis nach baldiger Urteilsverwirklichung, nach raschem Prozeßverfahren, gegenüber dem Interesse an möglicher Rechtmäßigkeit von Verfahren und Entscheidung und gegenüber den Gefahren voreiliger Urteilsvollstreckung für die betroffene Partei. Diese prozeßpolitischen Erwägungen führen praktisch zu einer weitgehenden Übereinstimmung der Gesetze in der Wahl des Zeitpunktes der f.RK und in der Ausgestaltung der RM vor und nach ihrem Eintritt. Leitgedanke ist, daß die Zulassung von RM nach der Bedeutung der anzufechtenden Entscheidung abgestuft wird, daß ferner mit fortschreitendem Instanzenzug die rügbaren Mängel und die Prüfungsbefugnis der RM-Instanzen immer mehr beschränkt werden. Können mit den ersten RM meist noch alle Mängel von Verfahren und Entscheidung gerügt werden, so mit den weiteren nur noch schwerste Verstöße. Es liegt nun nahe, die f.RK da anzusetzen, wo die Haupt-RM schon er-

¹⁷ Wie Brumann, S. 21, richtig definiert.

schöpft und nur noch qualifizierte Mängel rügbär sind, so daß das Urteil genug Bestandesgarantie erreicht hat, um es in Kraft treten zu lassen. Aber auch trotz dieser allgemeingültigen Überlegungen besteht noch Freiheit genug für die zeitliche Fixierung der f.RK im relativen Sinn, so daß sich gerade in der Schweiz hier ein buntes Bild ergibt. Eine allgemeingültige Definition der f.RK im relativen Sinn und ihres zeitlichen Beginns kann daher nur sehr vage sein¹⁸. Daraus folgt auch, daß in der Schweiz Kantone und Bund für ihren Kompetenzbereich selbständig den Zeitpunkt der f.RK ihrer Urteile und Verwaltungsakte festlegen können, daß also ein Urteil nach der kant. ZPO schon f.RK besitzen kann, von Bundesrechts wegen zum Beispiel aber noch nicht (vgl. Anm. 67).

II.

1. Dieser naturgemäße Zusammenhang zwischen f.RK und konkretem RM-System legt es nahe, alle RM, die bis zur RK in Frage kommen, als besondere Gruppe abzugrenzen gegen jene, die die f.RK als schon eingetreten voraussetzen, sie nicht hemmen. Je nach diesem Verhältnis zur f.RK (Suspensiveffekt) ist üblich die Einteilung in «ordentliche und außerordentliche RM», und folgerichtig pflegt dann die f.RK im relativen Sinn definiert zu werden als «Unanfechtbarkeit durch ordentliche RM»¹⁹. Diese Zweiteilung hat ihren guten Sinn. Berührt es doch fundamental Wesen und praktischen Wert eines RM, ob seine Einlegung oder schon deren gesetzliche Möglichkeit den Eintritt der f.RK und aller Urteilswirkungen ex lege hindert bis zum RM-Entscheid, oder ob der Gesetzgeber einem RM diese

¹⁸ Brumann, S. 11: «Die f.RK ist ihrem innersten Wesen nach in jedem Prozeßsystem konkret gestaltet, sie ist durch einen Instanzenzug selbst bedingt»; S. 21: Sie bedeute «einen prozessualen Zustand, demzufolge gewisse Staatsakte nicht mehr durch gewisse im jeweiligen System gegebene RM anfechtbar sind».

¹⁹ Statt vieler Sträuli, Komm. N. 2 vor § 314 zürch. ZPO; Brumann, S. 27; Guldener, I 252 N. 5.

Wirkung versagt, es also vorläufig sozusagen ignoriert und das angefochtene Urteil einstweilen als mängelfrei und voll rechtswirksam behandelt ²⁰.

2. Dagegen vermag diese Unterscheidung nichts auszusagen über die sonstige Ausgestaltung und Natur der beiden RM-Arten. Sie betrifft ja nur die Wirkungen der RM auf das Inkrafttreten des angefochtenen Urteils, nicht deren Voraussetzungen und Funktionen. Wir erfahren daraus nur, daß ein Gesetzgeber *de lege lata* den einen RM Suspensiv-effekt verleiht, den anderen nicht; wir wissen aber nicht, warum dies gerade so geschah und ob die beiden RM-Arten sich auch in ihrer ganzen sonstigen Ausgestaltung unterscheiden. Mit der landläufigen Gleichung: f.RK ist Unanfechtbarkeit durch o.RM/o.RM sind solche, die die f.RK hemmen — ist in dieser Frage nichts gewonnen. Man bewegt sich damit nur in einer logischen Tautologie, indem ja beide Definitionen begriffsnotwendig von sich abhängig, ja identisch sind; nur die Blicksweise ist verschieden. Die Ausdrücke «o. und a.o.» RM haben in diesem Sinn gar keinen selbständigen Inhalt, sondern sind nur Namen zur kurzen Umschreibung des Verhältnisses zur f.RK; ebenso gut könnte man auch nur von suspensiven (rechtskrafthemmenden) und nichtsuspensiven RM sprechen. Über die innere Ausgestaltung der beiden RM-Arten ist aus diesen Namen nichts zu erfahren. Diese ergibt sich vielmehr aus folgenden Überlegungen: Ein RM muß auch funktionell ganz verschieden ausgestaltet sein, je nachdem es gegen Urteile mit oder ohne f.RK bestimmt ist; so bezüglich Anfechtungsobjekt, -frist, Umfang des Devolutiveffektes, Art des RM-Entscheides usw. ²¹. Auch die f.RK im relativen Sinne soll ja, wenn sie

²⁰ Giesker-Zeller, «Die zivilrechtl. Beschwerde ans Bundesgericht», 1915, S. 196, mit guter Übersicht der Unterscheidungstheorien von o. und a.o.RM.

²¹ In letzterem sieht Guldener «Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürch. Recht», 1942, S. 182, ein wesentliches Kriterium: O.RM führen zu neuem Sachentscheid, a.o.RM zu Kassation des bisherigen Prozesses mangels formeller Gültigkeit.

nicht zum Scheinbegriff werden soll, einem Urteil in der Regel erst dann zuerkannt werden, wenn es einige Garantie für formelle und inhaltliche Rechtmäßigkeit bietet, wenn namentlich sein Entscheidungsinhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gründlich erdauert ist, und zwar nicht nur auf Grund eines sorgfältigen erstinstanzlichen Erkenntnisverfahrens, sondern nötigenfalls auch noch durch Prüfung einer RM-Instanz, so daß nach Eintritt der f.RK nur noch schwerste Verstöße rügbare bleiben müssen. Daher werden die «o.» RM eine umfassende Überprüfungsbefugnis, vollen Devolutiveffekt hinsichtlich aller Mängel von Verfahren und Entscheid in tatsächlicher wie rechtlicher Beziehung enthalten müssen (soweit es sich nicht um Anfechtung von Entscheiden mit Bagatellstreitwert handelt), während die «a.o.» RM nur noch eine subsidiäre Korrektur für schwerste Mängel, also für ganz bestimmte Beschwerdegründe, bilden. Voraussetzungen, Ausgestaltung und Wirkungen eines RM müssen aufeinander konform abgestimmt sein. Es wäre daher zum Beispiel widerspruchsvoll und unpraktisch, ein RM nach seinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, das heißt auf wenige Entscheidungsarten und Beschwerdegründe schwerster Art einzuschränken, ihm dagegen rechtskrafthemmende Wirkung zu geben, und umgekehrt. Vielmehr soll die formelle Unterscheidung der RM nach ihrem SE in Einklang stehen mit derjenigen nach ihren materiellen Funktionen und Rügemöglichkeiten. Nur ein solches RM kann als o. beziehungsweise a.o. im Vollsinn anerkannt werden; sonst ist es ein Zwitterding, dessen Wesen dem Namen nicht entspricht.

Diese materielle Unterscheidung der RM kann freilich keine so eindeutige und einfache sein wie jene nach dem Verhältnis zur RK; sind doch die materiellen RM-Funktionen mannigfaltig und praktisch oft vermischt. Immerhin lassen sich zwei Hauptgruppen unterscheiden (wobei aber eben gemischte Zwischenformen möglich sind): Nach der Art der denkbaren, anzufechtenden Verfahrens- und Entscheidungsmängel lassen sich verschiedene RM-Funktionen

abgrenzen: Die einen RM richten sich gegen den materiellen Entscheidungsinhalt wegen Unrichtigkeit desselben, ohne aber das bisherige Verfahren als solches in Frage zu stellen (sondern nur das Prozeßprodukt); andere richten sich gegen formelle Mängel von Verfahren und Entscheid oder gegen Unbilligkeit des Entscheides wegen mangelhafter Urteilsgrundlagen²². Da die Prüfung des materiellen Entscheidungsinhaltes die häufigste und «normale» Form der Anfechtung bildet, während Verfahrensmängel und mangelhafte Urteilsgrundlagen seltene Fälle bilden, rechtfertigt es sich, nur der erstgenannten, «ordentlichen» RM-Form SE zu erteilen, den beiden letztern, «außerordentlichen» dagegen nicht. Grosso modo ergibt sich also die Konsequenz, daß die erste RM-Gruppe (Typus der Appellation) als o.RM, die beiden letztern (Typus der Nichtigkeitsbeschwerde und Revision) als a.o.RM zu behandeln sind, im formellen wie materiellen Sinn.

In diesem Sinn hat schon das gemeine Prozeßrecht die Unterscheidung von o. und a.o.RM gekannt, wobei erstere bestimmt waren gegen Mängel, die bloße Anfechtbarkeit des Urteils bewirkten, letztere gegen eigentliche Nichtigkeitsmängel und mangelhafte Urteilsgrundlagen. Diese Theorie der unheilbaren Nichtigkeitsgründe ist inzwischen immer mehr aufgegeben worden zugunsten bloßer Anfechtbarkeit, abgesehen von eigentlichen «Nicht-Urteilen»; auf

²² Diese Unterscheidung der RM nach dem Anfechtungsgrund hat namentlich A. Heusler entwickelt (Zivilprozeß der Schweiz, S. 150 f.; Z. f. schw. R. A. F. 15 S. 103 f.). Seine theoretisch saubere Abgrenzung ist praktisch nicht voll durchführbar. Namentlich wird die Appellation mit Vorteil als allgemeines RM auch gegen alle Verfahrensmängel ausgestaltet, statt eines eigenen RM für jede Mängelart; die a.o.RM sollen nur bei fehlender Appellation subsidiär einspringen. Auch der «Rekurs» vieler ZPO paßt nicht ins Heuslersche RM-Schema. Vgl. Franz Klein, «Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse», 1901: «Mit Logik allein kann man keine Politik machen, nicht einmal Prozeßpolitik. Das stellt sich in der RM-Frage heraus.»

dieser Theorie läßt sich daher heute die Unterscheidung nicht mehr aufbauen²³.

Die deutsche ZPO hat die formelle und materielle Unterscheidung der beiden RM-Gruppen mit bemerkenswerter Konsequenz aufeinander abgestimmt und durchgeführt. Sie stellt die f.RK in den Mittelpunkt des RM-Systems und behandelt sie im absoluten Sinne, als gänzliche Unanfechtbarkeit durch RM; der Prozeß gilt damit als abgeschlossen. Freilich müssen auch hier nach Eintritt der f.RK noch Korrekturmöglichkeiten für schwerste Mängel bestehen; diese werden aber nicht mehr als RM im technischen Sinn, sondern als a.o. «Rechtsbehelfe» bezeichnet; während die RM²⁴ den Prozeß fortsetzen und einen noch nicht rechtskräftigen Entscheid abändern, stellen die a.o. «Rechtsbehelfe»²⁵ die Wiederaufnahme eines an sich abgeschlossenen Verfahrens durch eigentliche neue Klage, also ein neues Verfahren gegenüber rechtskräftigem Entscheid, dar²⁶. Diese deutsche Regelung entspricht im Grunde doch der üblichen Unterscheidung von o. und a.o.RM, auch wenn sie diese nicht mehr

²³ Wieweit nach schweiz. Prozeßrecht die Unterscheidung von «Nichtigkeit und Anfechtbarkeit» und die Aufstellung einer eigenen «Nichtigkeitsbeschwerde» noch Bedeutung hat, dazu grundlegend Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 14, 17—20; Imboden, S. 28. — Die f.RK findet auch im heutigen sorgfältig ausgebauten RM-System bestimmte Schranken, wenn es sich um Nicht-Urteile, absolut nichtige Urteile handelt: vgl. oben Anm. 8, Guldener, I 43, 190, 252 f.; Imboden, S. 66. Über diesbezügliche bundesrechtliche Schranken vgl. unten Anm. 56 am Ende. — Die «Kassation von Amtes wegen» etwa nach Art. 90 bern. ZPO ist eine ähnliche Einschränkung der f.RK und Erweiterung der Parteianfechtbarkeit kraft obergerichtlicher Aufsichtsgewalt. Sie ist ein Einbruch in die Verhandlungsmaxime, ebenso wie die im Zivilprozeß seltenen Fälle der Widerruflichkeit von Entscheiden durch die erlassende Behörde. Vgl. Grob, Diss. Zürich 1947, S. 42.

²⁴ Berufung, Revision, Beschwerde. Sie entsprechen unsern o.RM.

²⁵ Nichtigkeits- und Restitutionsklage.

²⁶ Schönke, S. 326; Rosenberg, S. 421 f. Die deutsche StPO unterscheidet dagegen wie üblich o. und a.o.RM: Hippel, Deutscher Strafprozeß, 1941, S. 558.

so benennt²⁷. Sie zeichnet sich aber durch die absolute Auffassung der f.RK aus; diese wird hier als das behandelt, was sie eigentlich sein sollte: definitiver Abschluß des Prozesses, vorbehältlich gewisser enger Wiederaufnahmebehelfe.

Abschließend kann also die erwähnte Tautologie wie folgt gelöst werden: F.RK im relativen Sinn ist Unanfechtbarkeit eines Urteils durch o.RM. O.RM im formellen Sinn sind somit logischerweise solche, die die f.RK hemmen. Dieser Wirkung entsprechend sind die o.RM funktionell so ausgestaltet, daß sie (in Fortsetzung des Prozesses, nicht in dessen Annullierung) eine umfassende Anfechtungs- und Überprüfungsmöglichkeit des materiellen Entscheidungsinhaltes, subsidiär auch aller Verfahrensmängel aufweisen²⁸.

3. Kann die materielle Unterscheidung der o. und a.o. RM schon ihrer Natur nach nicht sehr präzise sein, so bietet die Regelung in den schweizerischen Prozeßordnungen vollends ein verwirrendes Bild²⁹. Man gewinnt den Eindruck, daß dabei das Wesen der f.RK, deren Unterscheidung im absoluten und relativen Sinne sowie die Unterscheidung von o. und a.o.RM im formellen und materiellen Sinn dem Gesetzgeber oft unklar oder gar nicht bewußt war.

²⁷ Stein-Pohle, Komm. N. II vor § 578: Die ZPO fasse unter Wiederaufnahme des Verfahrens «die sogenannten a.o.RM des gemeinen Rechts» (*querela nullitatis insanabilis* und *restitutio*) zusammen. Nach ihr gibt es also nur RM im technischen Sinn mit SE.

²⁸ So definiert die RM etwa Sträuli, Komm. N. II vor § 314 zürch. ZPO. Ähnlich Probst, «Die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in der Schweiz», Diss. Bern, 1936, S. 14: «Die Unterscheidung der RM in o. und a.o. ist in der Rechtslehre schwankend... Richtiger erscheint es, sie nach den Voraussetzungen statt nach den Wirkungen der RM zu treffen»; die a.o.RM betreffen Mängel der Urteilsgrundlagen, die dem ordentlichen erfahrungsgemäßen Gang der Dinge nicht entsprechen; S. 15: «Der Gedanke ist offenbar der, daß bei der Seltenheit, mit der solche Umstände auftreten, die Vollstreckung unbedenklich bejaht werden kann. Das Interesse an ungesäumter Urteilsverwirklichung überwiegt die Bedenken gegenüber seltenen Fällen, in deren Beseitigung der Zweck der a.o.RM liegt.»

²⁹ Gute Übersicht der schweiz. RM-Systeme, mit Kritik der Vorschläge Heuslers, bei Steiner, «Die Appellation», 1906, S. 1—18.

Zwar kennen alle schweizerischen Prozeßgesetze, wenn auch oft nicht ausdrücklich, so doch der Sache nach, ebenfalls die Unterscheidung zwischen o. und a.o.RM im formellen Sinn, das heißt nach ihrem Einfluß auf RK und VB; ob ein RM diese hemmt oder nicht, muß ja begriffsnotwendig jede ZPO regeln. Im übrigen aber bestehen große Gegensätze und Unsicherheit, namentlich in der Unterscheidung von o. und a.o.RM im materiellen Sinne. Deren vorerwähnte Abgrenzung läßt sich hier nur mit Mühe durchführen. Aus praktischen Rücksichten oder theoretischer Unklarheit werden die RM-Funktionen oft ganz willkürlich vermengt. Schon Heusler³⁰ hat diese Verwirrung mit Recht gerügt. Unter gleichen Namen (man denke etwa an den «Rekurs», die «Beschwerde») finden sich RM, die in der einen ZPO formell als o. (mit SE), im andern Kanton als a.o. behandelt sind; RM, die ihren Funktionen nach zweifellos als o. im materiellen Sinn anzusprechen sind, werden oft einfach als a.o. bezeichnet und umgekehrt; Voraussetzungen und Wirkungen der RM, materielle Ausgestaltung und SE widersprechen sich häufig; im gleichen RM werden oft o. und a.o. Funktionen vermengt usw. Die f.RK mancher ZPO ist eine rein formelle und fingierte, indem nämlich gegen manche Urteile noch RM zulässig sind, die zwar keinen gesetzlichen SE besitzen, in Ausgestaltung und Funktionen dagegen typische o.RM sind. Gerade dieser Zustand läßt sich nur theoretisch beherrschen und klären, wenn man scharf unterscheidet zwischen o. und a.o.RM im formellen und materiellen Sinn; sonst treten unrettbar die Begriffsverwirrung und der viele unnütze Wortstreit in Theorie und Praxis ein, die man in unserm Prozeßrecht feststellen muß bei der Frage, ob irgendein RM o. oder a.o. sei³¹. Jede ZPO und StPO wird

³⁰ Zivilprozeß der Schweiz, S. 153.

³¹ Von der präzisen Fragestellung hängt auch hier die richtige Lösung ab. — Burckhardt, «Methode und System des Rechts», S. 64: «Man streitet zum Beispiel über Bedeutung und Anwendung der RK . . . Allein das ist planlos, unmethodisch gefragt. Was man mit diesem Worte sagt, kann man erst wissen, wenn man bestimmt hat, auf welche praktische Frage es abzielt.»

mit Vorteil ausdrücklich bestimmen, welche RM sie als o. oder a.o. im formellen und materiellen Sinne auffaßt; diese Abgrenzung der Prozeßtheorie und -praxis zu überlassen, schafft bei der Relativität dieser Unterscheidungen nur Unklarheit. Da jeder Kanton für seinen Bereich selbständig den Zeitpunkt der f.RK und VB festsetzen kann, sind vollstreckungsrechtlich seine Vorschriften über den SE der RM maßgebend, ohne Rücksicht darauf, ob das RM materiell ein o. oder a.o. ist; diese Frage hat für die Behandlung des RM als solchen Bedeutung, nicht aber für die Vollstreckung. Die Unterscheidung zwischen o. und a.o.RM im funktionellen Sinn ist dagegen von praktischer Bedeutung für die VB im interkantonalen (und internationalen) Bereich sowie für die Zulässigkeit der RM des Bundesrechts gegen kantonale Entscheide³². Eine präzise Anwendung obiger Distinktionen hat also nicht nur theoretische Bedeutung.

³² Vgl. unten IV 1, 2. — Einige Anwendungsfälle für das Gesagte: Die Beschwerde nach § 208 ZPO Kt. Zug, 1940, umfaßt in 13 Ziffern die buntesten RM-Funktionen und ist insofern teilweise als o.RM zu betrachten; formell wird sie aber mangels gesetzlichen SE einheitlich als a.o.RM erklärt. Ähnlich die Beschwerde nach § 292 ZPO Kt. Thurgau (Hagenbüchle, Diss. Zürich, 1943). — Der Rekurs nach zürch. ZPO ist formell (mangels gesetzlichen SE) ein a.o.RM (Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 182 f.), seinen Funktionen nach jedoch ein o.RM (Sträuli, N. 1 zu § 337 zürch. ZPO). — Die zürch. strafprozessuale Nichtigkeitsbeschwerde besitzt gesetzlichen SE betreffend Vollziehung in einigen Fällen, nicht aber betreffend RK; darum und auch nach ihren Funktionen ist sie kein o.RM (so auch BGE 73 IV 14 f.). Umgekehrt gilt dort der Rekurs nach seinen Funktionen mit Recht als o.RM im materiellen Sinn, obwohl er nur fakultativen SE hat (Sträuli, Komm. N. II vor § 395 zürch. StPO). — Die Nichtigkeitsbeschwerde nach ZPO St. Gallen, 1939, hat gesetzlichen SE, ist also ein o.RM im formellen Sinn, nach ihren Funktionen aber ein a.o.RM (Rigoleth, Diss. Bern, 1931; Custer, Diss. Zürich, 1944). — Die Beschwerde nach ZPO Aargau, 1900, erfüllt die Funktionen von Nichtigkeitsbeschwerde und Rekurs, ist also materiell ein gemischtes RM (Müller, Diss. Zürich, 1939, S. 22 f.).

Für die Steuerjustiz stellt Blumenstein, System des Steuerrechts, 1945, S. 306, 313 f., auf die erwähnte funktionelle Unter-

4. Aus dem Gesagten ergibt sich zwanglos auch die Möglichkeit für den Gesetzgeber, gewissen RM eine Mittelstellung zwischen o. und a.o. einzuräumen, indem sie zwar nicht von Gesetzes wegen, aber auf gerichtliche Verfügung hin die RK (mit oder ohne VB) hemmen. Man pflegt mit Recht diese RM mit bloß fakultativem SE zu den a.o.RM im formellen Sinn zu zählen; ihre Funktionen sind meist a.o. Art. Der Begriff der o.RM in formellen Sinne umfaßt also nur RM mit gesetzlicher Hemmung der RK. Der angefochtene Entscheid wird bei bloß fakultativem SE zunächst mit Ausfällung rechtskräftig, aber nur unter der Resolutivbedingung, daß nicht eine Suspensivverfügung erfolge; ist letzteres der Fall, dann ist wiederum die Hemmung der RK resolutiv bedingt durch die Möglichkeit der Abweisung des RM, in welchem Falle erst die f.RK definitiv eintritt, das heißt zur absoluten RK wird.

Umgekehrt kann das Gesetz auch vorsehen, daß ein o.RM auf richterliche Verfügung hin ausnahmsweise des SE beraubt, das Urteil also vorläufig als rechtskräftig und vollstreckbar behandelt wird; es liegt dann das Institut der «vorläufigen VB appellabler Zivilurteile» vor ³³.— Denkbar ist sodann, daß im gleichen RM verschiedene Funktionen vereinigt werden und daß es in den einen Anfechtungsfällen gesetzlichen SE hat, in den andern nicht, so daß es dann zugleich ein o. oder a.o.RM im formellen wie materiellen Sinne sein kann, je nach dem konkreten Anfechtungsfall. — Sache jeder ZPO ist es auch, bei RM mit gesetzlichem SE zu bestimmen, ob schon die gesetzliche Einlegungsmöglichkeit oder erst die tatsächliche Einlegung des RM in gültiger Form die RK hemmt; der Aufgabe der o.RM entspricht mehr erstere Lösung ³⁴.

scheidung ab: appellatorische, kassatorische und revisorische RM; die Ausdrücke o. und a.o.RM werden gar nicht erwähnt, nur noch RM mit oder ohne SE; f.RK setze Erschöpfung der appellatorischen und, falls nach maßgebendem Steuergesetz SE besitzend, auch der kassatorischen RM voraus.

³³ Steiner, S. 66 f. So etwa § 224 ZPO Basel-Stadt.

³⁴ Giesker-Zeller, S. 196, anerkennt als o.RM nur solche mit

Ob bei Urteilen, gegen welche ein RM mit SE nicht ergriffen oder nachträglich zurückgezogen oder sonst ohne materiellen RM-Entscheid. hinfällig wird, die f.RK erst auf das Ende der RM-Frist beziehungsweise erst auf den Tag des Rückzuges eintritt, oder aber auf die Ausfällung oder Verkündung des Urteils zurückbezogen wird, ist ebenfalls nach maßgebender ZPO zu bestimmen. Mangels gesetzlicher Vorschriften (die praktisch wünschenswert sind) kann eine solche Rückdatierung der RK unseres Erachtens nicht angenommen werden, da eben die f.RK durch ein o.RM mit SE naturgemäß gehemmt wird, bis der Hinfall des RM feststeht; während dieser Schwebezeit hat das Urteil noch nicht als rechtskräftig zu gelten, der Hinfall des SE wirkt im Zweifel nur ex nunc³⁵. — Von dieser rechtslogischen Frage

gesetzlicher «Hemmungsmacht der Einlegungsmöglichkeit, verbunden mit der Suspensivwirkung ihrer erfolgten Einlegung».

³⁵ Goetzinger, «Die RK von Zivilurteilen nach Rückzug der Appellation» in Z. f. schw. R., 1946 (65), S. 177 f., versucht theoretisch zu begründen, daß bei Leistungs- und Feststellungsurteilen im Zweifel Rückbeziehung anzunehmen sei, nicht aber bei Gestaltungsurteilen. Diese Sonderbehandlung der letztern leuchtet aber nicht ein und würde auch praktisch mehr verwirren, namentlich wenn ein Urteil nicht nur Gestaltungsinhalt hat; eine einheitliche Lösung ist vorzuziehen. Dieselben Bedenken bestehen gegen die analoge Auffassung des zürch. Obergerichts (SJZ 1944, S. 41 f.), wonach durch die Berufungsfrist und die Einlegung eines o.RM bei dessen spätem Rückzug die RK des Urteils nur «suspensivbedingt» sei, das heißt rückwirkend eintrete. Wenn aber der Gesetzgeber schon der Berufungsfrist und -einlegung ex lege SE verleiht, so will er doch damit die RK bis Fristablauf verschieben; Rückbeziehung der RK müßte ausdrücklich erklärt werden. Ebenso BGE 56 III 111 f., 39 I 212 E. 5. Guldener, I 273. — Diese Regelung setzt aber natürlich voraus, daß während schwebender Berufungsfrist die Rechtslage sich nicht entscheidend ändert, daß namentlich ein höchstpersönlicher Klageanspruch nicht inzwischen erlischt infolge Todes einer Partei. Dann könnte eine nachträgliche Rückbeziehung der RK auf den Zeitpunkt der Ausfällung vernünftigerweise nicht mehr in Frage kommen, weil die erfolgte Änderung der Tatsachen stärker ist als eine nachträgliche gesetzliche Fiktion. So bei Tod eines Ehegatten während der Berufungsfrist gegen ein Scheidungsurteil (BGE 51 II S. 544; Leuch, S. 279, Komm. bern. ZPO; Guldener, I 273

zu trennen ist die andere, ob nicht kraft Bundesrechts in gewissen Fällen eine solche Rückbeziehung der RK den Kantonen vorgeschrieben oder verboten ist. Bei Urteilen, die der bundesgerichtlichen Berufung unterliegen, ist die Rückbeziehung laut Art. 54 Abs. 2 OG unzulässig; alle bundesrechtlichen Wirkungen der f.RK treten erst nach Ablauf der Berufungszeit ein³⁶. Im übrigen ist aber die kantonale Regelung in dieser Frage unseres Erachtens nicht beschränkt³⁷.

Ob des nähern die f.RK schon mit Ausfällung des Urteils oder erst mit dessen mündlicher Verkündung oder schriftlichen Zustellung oder noch später eintritt, ist gesetzlich verschieden geregelt³⁸. Richtigerweise wird die f.RK und Unabänderlichkeit wohl erst mit Verkündung an die Parteien in irgendeiner Form eintreten können, da diese als

N. 102). Ebenso kann, wenn die absolute Strafverfolgungsverjährung während der Appellationsfrist oder vor Rückzug angehobener Appellation eintritt, keine Rückbeziehung der RK auf den Tag der Urteilsfällung diese Verjährung nachträglich verhindern (Obergericht Bern in Z. Bern. J.V., 1947, S. 306).

³⁶ Leuch, S. 279.

³⁷ Das zürch. Obergericht entschied (SJZ 40 S. 41 f.), daß kraft Bundesrechts eine Ehe im Sinn des Art. 252 ZGB schon mit Fällung des erstinstanzlichen Urteils als rechtskräftig aufgelöst gelten müsse, wenn Appellation nicht eingelegt oder zurückgezogen werde, ohne Rücksicht auf gegenteilige kantonale Prozeßvorschriften. Die Argumente des Entscheides überzeugen nicht. Gewiß sind hier infolge der bestehenden kantonalen Unterschiede Rechtsungleichheiten möglich. Deswegen ist aber nicht ein bundesrechtlicher Sonderbegriff der f.RK und ihres Zeitpunktes zu konstruieren; dafür fehlen gesetzliche Grundlage und praktische Notwendigkeit. Mit der anerkannten Vielheit kantonalen ZPO und StPO und ihrer RK-Regelung werden immer gewisse Rechtsungleichheiten in Kauf zu nehmen sein; nur wo die Wahrung der Rechtseinheit es dringend verlangt, sollte hier bei Schweigen des Bundesgesetzgebers eingegriffen werden. Mit Recht votierte eine Gerichtsminderheit in diesem Sinne. Auch das Appellationsgericht Basel-Stadt hält in der Frage der Rückdatierung der f.RK bei appellablen Urteilen die kantonale ZPO für maßgebend (SJZ 41 S. 379 f.; vgl. BGE 62 II 273).

³⁸ Guldener, I 272 N. 94.

Normadressaten erst dann durch den Entscheid gebunden werden und die gesetzlichen Rechtsbehelfe ergreifen können. Im übrigen ist zu unterscheiden: Wenn noch o.RM mit SE möglich sind, beginnt die RM-Frist erst mit mündlicher oder schriftlicher Eröffnung zu laufen; da anderseits die f.RK nicht vor unbenütztem Fristablauf für die o.RM eintreten kann, vermag ein solches Urteil ohne vorschriftsgemäße Eröffnung überhaupt nicht in RK zu treten und bildet keinen Vollstreckungstitel³⁹. Anders, wenn nur noch a.o.RM ohne SE gegeben sind: Dann treten f.RK und VB sofort mit Ausfällung beziehungsweise Verkündung ein, ohne Rücksicht auf die RM-Frist, also auch wenn diese vielleicht wegen fehlerhafter Zustellung noch nicht ausgelöst wird; die RK fällt dann aber wieder dahin, wenn das a.o.RM nachträglich SE erhält oder geschützt wird, nötigenfalls auf Grund einer Wiedereinsetzung in die versäumte RM-Frist; eine solche Fristrestitution ist auch nach eingetretener RK zu deren Beseitigung durchaus denkbar, neben der Anfechtung durch die a.o.RM⁴⁰.

Ganz allgemein weist also der Zeitpunkt der f.RK die verschiedensten Variationen auf und ist nach jeder Prozeßordnung gesondert festzustellen.

III.

1. Diese Vielfalt steigert sich noch durch eine oft unklare Abgrenzung von formeller Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. Beides sind verschiedene Begriffe⁴¹. Mit dem Zeitpunkt der f.RK tritt der Staatsakt in Kraft, erhält Rechtsgeltung. Er wird damit normalerweise auch vollstreckbar, und die Vollstreckung ist gerade der praktisch wichtigste Ausdruck dieser Rechtsgeltung. Diese Fähigkeit zur Voll-

³⁹ BGE 39 I 212, 60 I 358 f., 63 I 295; Appellationshof Bern in Z. Bern. J.V., 1945, S. 181. Imboden, S. 63 f., 100 f., 135.

⁴⁰ Guldener in SJZ 37 S. 230 f.; Zivilprozeßrecht, I 185, 252 N. 6.

⁴¹ Goldschmidt, S. 220.

streckung (Vollstreckbarkeit) ist aber nur eine von den verschiedenen Urteilswirkungen, die sich an den prozessualen Zeitpunkt der f.RK knüpfen⁴². Auch ist es keine logische oder praktische Notwendigkeit, daß ein Urteil mit Inkrafttreten und Verbindlichkeit seines Inhalts immer sofort vollstreckt wird; das Gesetz kann neben der f.RK noch weitere Bedingungen für die Vollstreckung verlangen, etwa den Ablauf einer bestimmten Frist seit der f.RK (so ZPO Kt. Bern) usw. Rechtskraft und Vollstreckbarkeit können also zeitlich getrennt sein, oder letztere kann einem Entscheid überhaupt fehlen. Es gibt Urteile mit f.RK, aber ohne VB im eigentlichen Sinne⁴³, und umgekehrt kann das Gesetz auch vor Eintritt der RK ausnahmsweise die VB gewähren⁴⁴. Die f.RK bezieht sich nur auf den hängigen Prozeß, die VB auf das nachfolgende Vollstreckungsstadium; die VB bedeutet die Qualität eines Urteils als Vollstreckungstitel und ist der Ausdruck des publizistischen «Vollstreckungsrechts» der ob-siegenden Partei gegen die staatlichen Vollstreckungsorgane⁴⁵. Die deutsche Praxis unterscheidet denn auch formell zwischen «Rechtskraftzeugnis» und «Vollstreckungsklausel» des Urteils; nur letztere hat für das Vollstreckungsverfahren direkte Bedeutung und kann bisweilen auch vor

⁴² m.RK, Gestaltungswirkung, materiellrechtliche Nebenwirkungen usw. Vgl. Stein-Pohle, Komm. N. III vor § 704 deutsche ZPO. — Man unterscheidet denn auch namentlich im internationalen Prozeßrecht zwischen Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Urteilen; erstere bezieht sich auf alle übrigen Urteilswirkungen außer der VB, welche gesondert geprüft wird (Probst, S. 6 f.).

⁴³ So die klageabweisenden Urteile, die Gestaltungs- und Feststellungsurteile, auch gewisse Leistungsurteile und ausländische Urteile mit RK, aber ohne inländische VB.

⁴⁴ So die vorläufige VB appellabler Zivilurteile nach deutscher ZPO. Vgl. Stauffacher in SJZ 19 S. 289 f.; Brüggenthaler, Diss. Zürich, 1932; Probst, S. 9. — In weiterem Sinn kann man auch schon die f.RK im relativen Sinn als vorläufige VB auffassen, nämlich vor absoluter Unanfechtbarkeit; im technischen Sinn gilt aber als solche nur die VB noch mit o.RM anfechtbarer Urteile.

⁴⁵ Rosenberg, Lehrbuch d. deutschen Zivilprozeßrechts, 1929, S. 460.

der RK erteilt werden. — Wenn somit f.RK und VB begrifflich zu trennen sind, so ist es natürlich doch ein Postulat der praktischen Vernunft, ein Urteil erst dann zu vollstrecken, wenn es genügend Rechtsbeständigkeit erreicht, die o.RM durchlaufen und nur noch Anfechtung wegen schwerster Mängel zu riskieren hat, wenn es also wenigstens f.RK im relativen Sinne erlangt hat. Auch sollte ein Urteil wenn möglich alle seine Wirkungen gleichzeitig entfalten, falls nicht praktische Gründe deren zeitliche Spaltung erfordern, sei es im Sinne frühern Eintrittes der VB (als Schutz gegen trölerische RM des Verurteilten), sei es im Sinne vorläufiger Versagung der VB trotz Eintritt der RK (durch Suspensivverfügung bezüglich der VB bei a.o.RM). Vollstreckung vor Eintritt absoluter f.RK ist da nicht am Platze, wo sie irreparablen Schaden brächte, so bei schweren Strafurteilen⁴⁶. Im allgemeinen führen praktische Erwägungen und das Bedürfnis nach einheitlichem Eintritt aller Urteilswirkungen dazu, daß die schweizerischen Prozeßgesetze den Zeitpunkt der VB zusammenlegen mit dem der f.RK und aller sonstigen an diese anknüpfenden Urteilswirkungen. Mit Hemmung der f.RK werden dann also automatisch auch VB und übrige Wirkungen gehemmt. Daher bedarf es für die VB inländischer Urteile in der Regel keiner speziellen «Vollstreckungsklausel», sondern nur einer Rechtskraftbescheinigung⁴⁷.

2. Trotz dieser zeitlichen Identifizierung darf die erwähnte Wesensverschiedenheit von f.RK und VB nicht übersehen werden. Nur so läßt sich auch der Begriff des «Suspensiveffektes» richtig erfassen. Er ist der Aus-

⁴⁶ «Sonsten, wenn der Kopf herunter ist, läßt sich derselbe mit Nullitätsprozessen nicht wiederum aufsetzen», wie ein Pandektist zu bedenken gibt.

⁴⁷ Sträuli, N. 1 zu § 103 zürch. ZPO: «Eine Folge der f.RK des Entscheides ist dessen VB»; N 2 zu § 372. Giesker-Zeller, S. 194, erklärt, in den schweiz. ZPO seien f.RK und VB identisch; Blumenstein, System des Steuerrechts, S. 306: die f.RK bestehe in der VB des Entscheides. Richtiger Guldener, I 210, 272. Eine VB-Klausel verlangen immerhin westschweizerische Kantone in gewissen Fällen, ebenso bern. ZPO Art. 400 für außerkantonale Urteile.

druck des wesensmäßig engsten Zusammenhanges zwischen f.RK und RM-System, weil ja f.RK Unanfechtbarkeit durch alle oder wenigstens durch «ordentliche» RM bedeutet. SE eines RM und f.RK des anfechtbaren Urteils bedingen sich daher begriffsnotwendig. Beim System der absoluten RK hat jedes RM SE, beim System der relativen RK legen die Gesetze nur gewissen «ordentlichen» RM rechtskrafthemmende Wirkung bei. Da f.RK und VB sich in der Regel decken, bezieht sich auch der SE normalerweise auf beides; die häufige Auffassung, er beziehe sich begrifflich nur auf die Vollstreckung, ist unrichtig. Wenn freilich f.RK und VB aus praktischen Gründen nicht gleichzeitig eintreten sollen, dann bewirken die Gesetze dies in der Weise, daß der SE eines RM ex lege oder durch gerichtliche Verfügung nur auf die f.RK oder die VB beschränkt wird. Eine solche Trennung kann darum am Platze sein, weil bei einstweiliger f. RK deren übrige Urteilswirkungen sich im Falle des RM-Schutzes leichter annullieren oder korrigieren lassen als die eigentliche Vollstreckung, die, einmal erfolgt, den Betroffenen bleibend schädigen kann⁴⁸. Auch der Begriff des SE ist also kein einheitlicher, sondern aus der konkreten ZPO zu ermitteln, ob er sich auf f.RK und VB oder nur eine davon bezieht⁴⁹. Man kann sagen, daß die schweizerischen Prozeß-

⁴⁸ Fakultativen SE mindestens bezüglich der VB besitzen auch die meisten a.o.RM, ansonst ihre Zulassung praktisch oft wertlos wäre.

⁴⁹ a) Richtig daher BGE 56 III 112: «Die VB ist weder Bestandteil noch Voraussetzung der RK und kann daher ohne Einfluß auf den Eintritt der RK so oder anders geregelt werden.» — Als Beispiel die zürch. Nichtigkeitsbeschwerde: Nach § 348 Abs. 2 ZPO hat sie nur fakultativen SE für die VB, während die RK immer sofort eintritt, freilich resolutiv bedingt durch die Möglichkeit des Beschwerdeschutzes; umgekehrt ist die fakultative Hemmung der VB resolutiv bedingt durch die Möglichkeit der Beschwerdeabweisung. Vgl. BGE 35 I 79; Sträuli, N. 5 zu § 348 ZPO; zürch. Obergericht in SJZ 39 S. 152 f. Vgl. freilich ebenda Usteri, wonach § 348 ZPO nach seinem historischen Werdegang nicht nur die VB, sondern auch die RK fakultativ hemmen wolle, daß beide Begriffe hier iden-

rechte im allgemeinen die VB zeitlich (oft zu Unrecht auch begrifflich) der f.RK gleichsetzen, gelegentlich aber auch trennen; letzteres immerhin meist nicht im Sinne vorläufiger VB eines noch nicht rechtskräftigen Urteils, sondern in der Richtung, daß nur die VB gehemmt, die f.RK mit allen sonstigen Urteilswirkungen dagegen (resolutiv bedingt) zugelassen wird⁵⁰.

tisch seien. Das ist eine Interpretationsfrage zürch. Rechts; theoretisch ist beides möglich.

b) Nach Guldener, I 252 N. 10, soll der einem a.o.RM durch das Gericht erteilte SE die VB und m.RK hemmen, nicht aber die f.RK. Diese irrige Auffassung geht darauf zurück, daß Guldener f.RK und Unabänderlichkeit für das Gericht gleichsetzt. Weder die Einlegung von o. noch a.o.RM gibt dem Gericht zunächst das Recht zur Abänderung des Urteils, sondern das kann nur durch die RM-Instanz auf Grund der Parteianfechtung geschehen. Einmal erteilt, ist der fak. SE bei a.o.RM wesensgleich demjenigen der o.RM; bei beiden ist die Hemmung der m.RK bedingt durch jene der f.RK. Im Effekt kommt Guldener zur gleichen Lösung, betont auch richtig, daß der SE dem Wesen nach sich nicht nur auf die VB beziehe (S. 274 N. 104).

c) Aktuell wurde diese Unterscheidung auch dafür, ob im Berufungsverfahren gegen Konkursdekrete Nova zulässig seien. BGE 46 I 366 f. und 47 I 211 lehnten dies ab, u. a. weil der fakultative SE nach dem hier anwendbaren Art. 36 SchKG nur die VB betreffe, während die RK trotz Berufung und Suspensivverfügung sofort eintrete (a. M. Vetsch in SJZ 33 S. 152). Später (53 III 207, 54 III 12) wurde der SE auf alle Wirkungen des Konkursdekretes ausgedehnt (Die Novenrechtsfrage ist im übrigen noch immer umstritten; vgl. Brand in SJZ 1948, S. 39, 49 f.). In BGE 56 III 111 f. wurde diese Praxis wieder eingeschränkt auf Konkursdekrete und erklärt, daß grundsätzlich der fakultative SE nach Art. 36 SchKG nur die VB betreffe, die RK ohne Rücksicht darauf erst eintrete, wenn die Aufsichtsbeschwerde (als o.RM) nicht benützt oder abgewiesen sei, also frühestens nach Ablauf der Beschwerdefrist.

⁵⁰ Die wichtigsten Möglichkeiten des zeitlichen Verhältnisses von f.RK und VB und des Umfangs des SE sind schematisch folgende:

a) Grundformen:

RM mit gesetzlicher Hemmung von RK und VB (o.RM im Vollsinn),

RM ohne gesetzliche oder fakultative Hemmung von RK und VB (extreme Form der a.o.RM, praktisch selten);

IV.

Einige praktisch wichtige Anwendungsfälle mögen diese begrifflichen Feststellungen erhärten:

1. **Zwangsvollstreckung:** Soweit diese den Kantonen zusteht, haben sie für ihren Bereich die Voraussetzungen der VB zu bestimmen, wobei meist die f.RK im relativen Sinn gefordert wird; diese gilt als eingetreten nach Erschöpfung der o.RM, das heißt jener mit SE.

Auch Art. 61 BV verlangt für die interkantonale Vollstreckung von Zivilurteilen deren f.RK nach dem Recht des Urteilskantons. Diese f.RK wurde in BGE 1 S. 219 als Fehlen jedes RM, also im absoluten Sinne umschrieben; die spätere Praxis verlangt aber mit Recht nur noch Erschöpfung der «ordentlichen» RM⁵¹.

Bei Geldforderungen ist laut Art. 80/81 SchKG definitive Rechtsöffnung zu gewähren auf Grund gewisser «vollstreckbarer» Titel. Damit wollte zunächst kein eigener bundesrechtlicher Begriff statuiert, sondern nur auf das kantonale Prozeßrecht verwiesen werden, dem es obliege, die VB seiner Entscheide so oder so festzulegen⁵². Konsequenter-

b) Zwischenformen:

RM mit gesetzlicher Hemmung von RK und VB, deren SE aber durch Verfügung entzogen werden kann (so die vorläufige VB appellabler Urteile, Appellation Basel-Stadt),

RM mit gesetzlicher Hemmung nur der VB, aber ohne gesetzliche oder fakultative Hemmung der RK (so die Nichtigkeitsbeschwerde des Verurteilten nach zürch. StPO),

RM ohne gesetzliche, aber mit fakultativer Hemmung von RK und VB durch Verfügung (so viele a.o.RM, zum Beispiel der zürch. Rekurs in Zivil- und Strafsachen),

RM ohne gesetzliche oder fakultative Hemmung der RK, aber mit fakultativer Hemmung der VB (so die Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht, in Zivilsachen nach zürch. ZPO).

⁵¹ BGE 47 I 190; Burckhardt, Komm. N. 3 zu BV Art. 61.

⁵² BGE 35 I 79, 38 I 823, 39 I 212; Blumenstein, SchKG S. 276. — Das SchKG setzt diese Begriffe stillschweigend voraus; Wesen und Zeitpunkt der f.RK und VB sind daher nach maßgebender ZPO und Prozeßtheorie zu bestimmen.

weise wäre es also bundesrechtlich auch anzuerkennen, wenn ein Kanton das Institut der vorläufigen VB noch nicht rechtskräftiger Urteile einführt. Die Praxis lehnte dies aber ab und stellte gewisse Mindestanforderungen an die «Vollstreckbarkeit» nach Art. 80 SchKG, die praktisch auf einen bundesrechtlichen Hilfsbegriff derselben hinauslaufen⁵³. Als vollstreckbar werden nämlich nur anerkannt Entscheide mit f.RK⁵⁴; und diese wird als «Unanfechtbarkeit durch o.RM» definiert⁵⁵. Was sind aber «ordentliche» RM? Nach der üblichen Unterscheidung wäre nur maßgebend, ob ein RM nach kantonaler ZPO SE besitzt, ohne Rücksicht auf die sonstige Natur des RM. Es könnte dann einem Kanton auch nicht verwehrt werden, zur Beschleunigung der VB (zum Beispiel seiner Verwaltungsentscheide) auch einem noch durch o.RM im materiellen Sinn anfechtbaren Urteil schon pro forma f.RK zu geben, indem er diesem RM einfach keinen gesetzlichen SE erteilen und es so zu einem a.o. RM im formellen Sinne taufen würde; praktisch würde dies eine verkappte VB von Urteilen ohne f.RK bedeuten. Eine solche Umgehung wollte aber das Bundesgericht (47 I S.192) nicht anerkennen: Es dürfe nicht darauf ankommen, ob ein Kanton sein Urteil formell als «rechtskräftig» bezeichne, sondern ob es «im eigentlichen Sinne» rechtskräftig sei, das heißt, es müsse «den anhängigen Prozeß endgültig abschließen und soll nur der Anfechtung durch a.o.RM, die rechtlich gleich einer Klage einen neuen Prozeß einleiten, unterliegen»; sonst liege eine versteckte vorläufige VB vor, die dem SchKG als Wirkung der definitiven Rechtsöffnung fremd sei. Das Bundesgericht greift hier offensichtlich auf die Regelung der deutschen ZPO zurück, die in der Tat die

⁵³ Ähnlich wie auch der Begriff der «Klageanhebung» bundesrechtlich weitgehend festgelegt wurde.

⁵⁴ BGE 31 I 101. Deutsche Urteile mit nur vorläufiger VB ohne RK sind ungenügend: SJZ 27 S. 313, Z. bern. J.V. 67 S. 38.

⁵⁵ Jaeger, N. 2 zu Art. 80 SchKG; BGE 47 I 190, 63 I 295. Ebenso für Verwaltungsentscheide: 60 I 359 und die kantonale, oft unsichere Praxis bei Panchaud-Jaeger, Die Rechtsöffnung, §§ 109, 133.

(o.) RM den (a.o.) Wiederaufnahmeklagen gegenüberstellt. Es sieht sich zu dieser Unterscheidung, die auf die schweizerischen RM-Systeme praktisch kaum anwendbar ist, veranlaßt, weil die übliche Unterscheidung der RM nach dem SE keinen Schutz gegen voreilige Vollstreckung noch nicht wirklich rechtskräftiger Urteile böte. Ist doch die f.RK im relativen Sinne nach manchen ZPO vielfach zur bloßen Fiktion herabgesunken, indem gegen manche Entscheide zwar nur noch RM ohne gesetzlichen SE bestehen, die aber materiell die reinste Appellation mit voller Rügemöglichkeit darstellen (so der «Rekurs» mancher ZPO). Um die daraus entstehenden schlimmsten Rechtsungleichheiten zu verhüten, mußte das Bundesgericht auf die materielle Unterscheidung der RM nach ihren Funktionen abstellen, die sonst in den kantonalen ZPO so verwischt und bedeutungslos geworden ist⁵⁶. — Diese einschränkende Praxis zum Begriff der «Vollstreckbarkeit» und RK läßt sich gewiß aus dem Sinne des Art. 80 SchKG begründen. Praktisch wäre aber eine bundes-

⁵⁶ Weitere Beispiele: Die Walliser Steuerbeschwerde ist trotz fehlenden SE ein o.RM im bundesrechtlichen Sinn, verhindert daher die VB (BGE 53 I 139 f.); die Zivilklage gegen den Staat nach tessinischem Steuergesetz ist ein a.o.RM (48 I 213 f.). Das SchKG statuiert jedoch auch nach heutiger Praxis nur die Minima, ohne welche gegen den Willen des Betriebenen Entscheide auf Geldleistung nicht vollstreckbar sind. In diesem Rahmen bleibt es aber jeder ZPO überlassen, den Zeitpunkt der f.RK und VB für ihre Urteile zu bestimmen (und zwar mit Wirkung für die ganze Schweiz), insbesondere strengere Voraussetzungen dafür aufzustellen, zum Beispiel auch einem nur noch durch a.o.RM anfechtbaren Urteil die VB durch Suspensivverfügung vorläufig zu versagen (BGE 35 I 79, 47 I 191 für zürch. Kassationsbeschwerde).

Ein weiteres bundesrechtliches Korrektiv gegenüber den kantonalen ZPO liegt auch darin, daß nach Art. 81 SchKG und BV Art. 61 der Betriebene, noch im Vollstreckungsstadium gewisse schwerste Verfahrensmängel (Inkompetenz, ungesetzliche Vorladung und Vertretung) auch einem Urteil mit f.RK entgegenhalten kann, was praktisch einer Art Nichtigkeit solcher Urteile von Bundesrechts wegen gleichkommt und über die Anfechtbarkeit durch RM nach betreffender ZPO hinausgeht (BGE 29 I S. 6 f.). Vgl. Imboden, a.a.O. S. 11, 63 f.

rechtliche Anerkennung kantonaler Bestimmungen über vorläufige VB oft wünschenswert, wenigstens als Titel zu provisorischer Rechtsöffnung oder zur Betreibung auf Sicherheitsleistung, wie dies schon wiederholt postuliert wurde⁵⁷.

Auch nach internationalem Prozeßrecht wird für Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile grundsätzlich deren f.RK im relativen Sinne verlangt und als Unanfechtbarkeit durch o.RM definiert⁵⁸. Die Schwierigkeit beginnt aber auch hier mit dem Begriff der o.RM. Die verschiedensten Abgrenzungskriterien und RM-Systeme der nationalen Prozeßrechte stehen sich hier gegenüber; für jedes ist der Zeitpunkt der f.RK und der Begriff der o.RM gesondert festzustellen; zudem aber sollte für die staatsvertragliche Regelung eine generelle Umschreibung gefunden werden. Bemerkenswerterweise wird auch hier durchwegs nicht nur auf die formelle Unterscheidung nach dem SE abgestellt, sondern auf die funktionelle Ausgestaltung, die Rügемöglichkeiten der RM nach den oben dargestellten Kriterien⁵⁹.

⁵⁷ Vgl. Anm. 44; Jaeger, Erg.Bd. III N. 2 zu Art. 80 SchKG. — Nach heutiger Praxis kann zum Beispiel Art. 142 ZPO St. Gallen, wonach die Gerichtskosten ohne Rücksicht auf o.RM gegen den Hauptentscheid sofort mit Kostenspruch fällig und vollstreckbar werden, nicht als VB-Titel anerkannt werden (SJZ 19 S. 252, Zürich, 21 S. 8, St. Gallen); das erscheint aber unrichtig, weil sich der Kostenspruch auf das Verhältnis Partei-Gericht bezieht und daher unabhängig von der VB nach SchKG für die Parteiansprüche behandelt werden sollte (Lutz, Komm. 1946 zu ZPO St. Gallen, N. 1 zu Art. 142; Jaeger-Daeniker, SchKG-Praxis 1911—1945, 1947 Bd. I S. 111 f.).

⁵⁸ Vgl. die Abhandlungen über Anerkennung und VB ausländischer Zivilurteile von Leresche, 1927; Probst, 1936; F. Kallmann, 1946.

⁵⁹ Vgl. die Definitionen der o.RM bei Kallmann, S. 15 N. 2 (der diese Frage auffallend kurz berührt); Probst, S. 14 f.: «Bei Prüfung der RK und VB kann auf die RM-Terminologie des ausländischen Gesetzes nicht abgestellt werden, da ein und dasselbe RM in den verschiedenen Rechten verschieden bezeichnet sein kann, während zuweilen ganz verschiedenartige RM den gleichen Namen

2. Eidgenössische Rechtsmittel gegen kantonale Entscheide: Deren Zulässigkeitsregelung knüpft im allgemeinen an andere Kriterien an als nur an die f.RK der Urteile; sie mußte kantonalen Zufälligkeit und Willkür entzogen werden. Die RM des Bundesrechts haben nur ganz besondere Funktionen zu erfüllen; ihre Abgrenzung von den kantonalen RM muß daher notwendig eine funktionelle sein. Das Anfechtungsobjekt wurde daher mit Recht nach materiellen Kriterien bestimmt: nach der Art der Entscheide (End-/Zwischenentscheid), der ausfallenden Instanz (untere/obere kantonale Gerichte) und vor allem je nach den noch zulässigen kantonalen RM und ihrem Rügeumfang. So wurde der Mannigfaltigkeit des kantonalen Instanzenzuges und RM-Systems Rechnung getragen und doch ein klarer Anknüpfungspunkt gewonnen⁶⁰. So läßt Art. 48 Abs. 1 rev. OG die Zivilberufung zu gegen Endentscheide oberer kantonalen Gerichte, «die nicht durch ein ordentliches kantonales RM angefochten werden können», also gegen Urteile mit f.RK im relativen Sinn. Würde die f.RK nur nach dem SE der noch zulässigen RM bestimmt, so wäre die Berufungsfähigkeit der Urteile ins kantonale Belieben gestellt, je nachdem diese ein RM als «o.» bezeichnen und ihm SE erteilen würden. Das Bundesgericht⁶¹ hat daher mit Recht die Unterscheidung nach materiellen, funktionellen Kriterien ausgelegt: Es komme nicht nur auf den gesetzlichen SE des RM an, sondern mehr noch auf seinen umfassenden Devolutiv-effekt, das heißt darauf, ob damit eine allgemeine materiell-rechtliche Überprüfung des Urteilsinhaltes oder nur eine Rüge prozessualer Verfahrensmängel möglich sei; je nach-

tragen. Die Prüfung hat darum nach den angegebenen unabhängigen Merkmalen zu erfolgen.» Beispiele für die schwankende und verschiedene Definition und Behandlung von f.RK und o.RM in den Staatsverträgen bei Probst, S. 103 f.; Leresche, S. 11, 41, 52, 133, 154, 175.

⁶⁰ Giesker-Zeller, S. 203: «Der Bund kann nur in abstracto sagen, was er als o.RM betrachtet, nicht aber in concreto befehlen, welche Remedia die Kantone besitzen müssen.»

⁶¹ BGE 63 II 328 f.

dem liege ein o. oder a.o.RM vor, ohne Rücksicht auf seine kantonale Bezeichnung⁶². Auch die «Letztinstanzlichkeit» im Sinne des Art. 68 OG für die Nichtigkeitsbeschwerde wird als f.RK, als Fehlen von o.RM im funktionellen Sinn aufgefaßt⁶³. Vollends ungenügend wäre der formelle Begriff der o.RM für die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde: Hier müssen vielmehr alle kantonalen RM erschöpft sein, mit denen irgendwie eine Heilung der Verfassungswidrigkeit möglich gewesen wäre; dazu können auch a.o.RM im traditionellen Sinn gehören⁶⁴. Entscheidend ist die inhaltliche Überprüfungsmöglichkeit der RM-Instanz, nicht der SE⁶⁵. Nicht auf diesen wird analog auch bei der strafrechtlichen Kassationsbeschwerde nach Art. 268 Abs. 2 Bundes-StPO für die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges abgestellt, sondern auf die materielle Rügemöglichkeit aller Verletzungen eidgenössischen Rechts⁶⁶.

Auch hier zeigt sich, daß der Zeitpunkt der f.RK im relativen Sinn und die Unterscheidung von o. und a.o.RM nur aus der jeweiligen ZPO und dem konkreten Zweckgedanken, nicht allgemeingültig und logisch festgestellt werden kann; daß ferner die Unterscheidung der RM nach ihrem SE für die Bundesrechtspflege wenig Bedeutung mehr hat als prozessualer Anknüpfungspunkt⁶⁷.

⁶² Leuch, Komm. zu bern. ZPO S. 275; Birchmeier, Komm. zu rev. OG Art. 48 N. 3.

⁶³ Birchmeier, Komm. N. 4 b hiezu.

⁶⁴ BGE 72 I S. 94; Birchmeier, N. 4 b zu Art. 86 OG.

⁶⁵ Christinger, «Die Voraussetzungen der staatsrechtl. Beschwerde», Diss. Bern, 1946, S. 71 f.; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 129: es seien darunter «wohl nicht die o.RM im Sinne der Prozeßtheorie» (das heißt mit SE) zu verstehen, «der Begriff ist mehr ein materieller». Unrichtig M. Peter, Diss. Zürich, 1930, S. 86 f.

⁶⁶ BGE 71 IV S. 223 f., 63 I S. 135; Rüe g s e g g e r, Diss. Zürich 1946 S. 83.

⁶⁷ Vgl. noch Art. 54 rev. OG, wonach durch Berufung die RK nur in bundesrechtlicher Hinsicht, die VB dagegen allgemein suspendiert wird, während die RK als kantonalrechtliche Voraussetzung für a.o.RM als eingetreten gilt — ein Beispiel dafür, wie die

3. Strafrechtliche Verjährung: Ihr Verhältnis zu RK und VB ist vom Bundesgericht schon mehrfach untersucht worden ⁶⁸, wobei seiner Lösung zuzustimmen ist, nicht aber der Begründung.

Die absolute Strafverfolgungsverjährung tritt ein, wenn nicht innert der absoluten Verjährungsfrist (Art. 72 Ziff. 2 Abs. 2 StGB) die Strafverfolgung definitiv betätigt, das heisst der staatliche Strafanspruch durch rechtskräftiges Urteil ausgesprochen wird ⁶⁹. Wird die Verfolgungsverjährung innert Frist unterbrochen, dann beginnt mit Eintritt der f.RK die Vollstreckungsverjährung zu laufen (Art. 74 StGB). Für den genauen Zeitpunkt der f.RK muß naturgemäß auf die StPO des Urteilskantons abgestellt werden. Das StGB wollte nicht einen eigenen Begriff der f.RK aufstellen. Die f.RK kann also jedenfalls nicht eintreten (und damit auch nicht der Unterbruch der Verfolgungsverjährung und der Beginn der Vollstreckungsverjährung), solange nach dem Recht des Urteilskantons das Urteil noch durch o.RM anfechtbar ist ⁷⁰. Wenn nur noch ein a.o.RM ohne gesetzlichen SE offensteht, ist zu unterscheiden: Wird durch richterliche Verfügung aufschiebende Wirkung hinsichtlich RK und VB erteilt, dann tritt die RK noch nicht ein. Mangels einer solchen Verfügung wird das Urteil rechtskräftig

f.RK aufgespalten und verschieden behandelt werden kann für den Geltungsbereich mehrerer Gesetze und daß der SE nicht immer für RK und VB zugleich gilt.

⁶⁸ BGE 5. Juli 1946 i. S. Rauch; 72 IV S. 106, 73 IV S. 14 f.

⁶⁹ Bl. Zürch. R. 1945 Nr. 33. — Die Auffassung von Kurt, «Absolute Verjährung gemäß Art. 72 und 75 StGB» (Z. f. Strafrecht 57 S. 202 f., speziell S. 209), wonach die absolute Verfolgungsverjährung nach Beginn des Strafprozesses bis zur rechtskräftigen Verurteilung «ruhe», also in dieser Zeit nicht eintreten könne, widerspricht dem Zweckgedanken der absoluten Verfolgungsverjährung und der positiven Regelung (BGE 69 IV S. 107). Eine andere Frage ist, ob nicht de lege ferenda die absolute Verjährungsfrist verlängert werden sollte: Zbinden, «Zur Kritik an den Verjährungsbestimmungen», in Z. f. schw. R., 1945 (64) S. 293 f.

⁷⁰ Thormann-Overbeck, N. 1 zu Art. 74 StGB. Ein Beispiel in BGE 69 IV 107 betr. bernische Appellation mit vollem SE.

und vollstreckbar⁷¹, die Verfolgungsverjährung unterbrochen, die Vollstreckungsverjährung ausgelöst. Die Regelung des Art. 74 bietet hier also keine Schwierigkeit, solange RK und VB gleichzeitig eintreten. Nun gibt es aber Prozeßrechte, die gewissen a.o.RM SE nur bezüglich RK oder VB erteilen, sei es ex lege oder durch gerichtliche Verfügung. Wird nur die RK gehemmt, so ändert sich für die Verjährung nichts am Grundsatz. Wird dagegen nur die VB gehemmt, dann beginnt mit eingetretener RK sofort die Vollstreckungsverjährung zu laufen, während die Vollstreckungselbst noch gar nicht möglich ist (infolge SE), deren Verjährung daher nicht unterbrochen werden kann durch Vollzugshandlungen⁷². An diesem Widerspruch wird deutlich, daß bei Redaktion des Art. 74 StGB offenbar davon ausgegangen wurde, daß RK und VB immer gleichzeitig eintreten, was in der Tat die Regel ist⁷³. In Ausnahmefällen aber, wo die RK vor der VB eintritt, sollte die Vollstreckungsverjährung richtigerweise erst mit Eintritt der VB anheben, das heißt erst nach definitivem, bestätigendem RM-Entscheid, ansonst die Vollstreckung verjähren könnte während eines langen RM-Verfahrens, also bevor überhaupt zulässig. Das Bundesgericht⁷⁴ fand die Lösung aus diesem Widerspruch zutreffend darin, daß in solchen Fällen die Suspensivverfügung der RM-Instanz nicht nur die VB hemme, sondern auch den Eintritt der Vollstreckungsverjährung, in Abweichung vom Grundsatz des Art. 74⁷⁵. Nur ein scheinbarer

⁷¹ Natürlich nur unter der Resolutivbedingung, daß der Entscheid nicht durch die RM-Instanz definitiv aufgehoben wird.

⁷² Dagegen würde die absolute Verfolgungsverjährung durch die RK des Urteils (ohne VB) sofort unterbrochen.

⁷³ Logoz, Komm. zu Art. 74 StGB N. 1, stellt ab auf den Tag «où le jugement devient exécutoire parce qu'aucune voie de recours ordinaire n'est plus ouverte». Hier werden RK und VB gleichgesetzt, und das StGB hat offensichtlich nur diesen Normalfall im Auge.

⁷⁴ BGE 73 IV S. 14.

⁷⁵ Man mag diese Lösung als einen Fall (extra oder contra legem) des «Ruhens» der Vollstreckungsverjährung bezeichnen (BGE 73 IV S. 15; Schlatter, «Die Verjährung» in Z. f. Strafrecht 62

Ausweg wäre es dagegen, hier den SE auf die RK auszudehnen, entgegen der jeweiligen StPO. Wohl könnte dann die Vollstreckungsverjährung nicht anheben, dafür aber würde die Verfolgungsverjährung nicht unterbrochen. Letzteres müßte aber praktisch weit eher zu Mißständen führen als ein früher Beginn der Vollstreckungsverjährung, deren Eintritt weniger zu befürchten ist als bei der Verfolgungsverjährung. Diese kann sehr leicht während des Prozesses eintreten; die gesetzliche absolute Verjährungsfrist ist hier unbedingt zu kurz bemessen, namentlich für Übertretungsfälle der Nebenstrafgesetze des Bundes. Demgegenüber beträgt auch die kürzeste Vollstreckungsverjährungsfrist (für Übertretungen) ein Jahr, absolut 1 ½ Jahre, und zudem beginnt sie erst mit der RK zu laufen; ein anschließendes Kassationsverfahren sollte in der Regel innert dieser Frist zu erledigen sein. Die Praxis wird daher mehr dafür sorgen müssen, daß die absolute Verfolgungsverjährung rechtzeitig durch rechtskräftiges Urteil unterbrochen wird. Gewiß sind auch so Mißbräuche und Unbilligkeiten möglich; ihre Beseitigung ist aber Sache des Gesetzgebers, nicht des Richters ⁷⁶.

Wie verhält es sich nun zum Beispiel bei der eidgenössischen Kassationsbeschwerde? Das Bundesgericht erklärt, diese hemme ex lege die RK des angefochtenen Entscheides, seine VB dagegen nur kraft ausdrücklicher Präsidialverfügung. Diese Auffassung ist jedoch aus Art. 272 Abs. 7 rev. Bundes-StPO nicht zu begründen. Danach hemmt die Beschwerde nur den «Vollzug» des Urteils auf Verfügung hin; über die RK ist gar nichts gesagt. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, die RK werde a fortiori von Gesetzes wegen durch die Beschwerdemöglichkeit gehemmt; ein Vergleich mit den andern RM beweist das Gegenteil: Art. 54 OG spricht ausdrücklich von Hemmung der «RK» durch zulässige Berufung und erklärt, daß die kantonalen Entscheide vor Ablauf der Berufungsfrist nicht rechtskräftig werden;

S. 325 Anm. 2); präziser geht es aber darum, wann die Verjährung hier überhaupt beginnt, ob mit der RK oder VB des Urteils.

⁷⁶ BGE 69 IV 106 f.

damit wird automatisch auch die VB suspendiert⁷⁷. Das entspricht dem Wesen der Berufung als o.RM im Sinne der Praxis. Umgekehrt hemmt laut Art. 70 OG die zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde den «Eintritt der RK» nicht, nur der «Vollzug» kann durch Verfügung aufgeschoben werden; f.RK und VB werden hier also gesondert behandelt, wiederum entsprechend dem Wesen dieses a.o.RM. — Auch diestaatsrechtliche Beschwerde hat keinen gesetzlichen SE⁷⁸. Nach Militärstrafgerichtsordnung Art. 189 Abs. 4 und 205 hemmt ein Kassationsbegehren «die RK» und damit auch den Vollzug des angefochtenen Urteils⁷⁹. — Wenn nun demgegenüber für die strafrechtliche Kassationsbeschwerde nichts von einer Hemmung der RK gesagt und lediglich Aufschub des Vollzugs durch Verfügung möglich ist, so muß dies zweifellos bedeuten, daß weder die gesetzliche Möglichkeit noch die gültige Einlegung einer Kassationsbeschwerde die sofortige RK des kantonalen Entscheides zunächst hemmt, wenn diese RK nach kantonalem Recht eingetreten ist. Freilich werden die kantonalen Behörden solche kassationsfähige Entscheide vernünftigerweise erst nach unbenütztem Ablauf der Beschwerdefrist vollziehen; das ändert aber am sofortigen Eintritt der RK (resolutiv bedingt durch den definitiven Beschwerdeentscheid) nichts. Dies entspricht wohl auch eher dem Wesen der Kassationsbeschwerde als a.o.RM⁸⁰. Die bundesgerichtliche Auffassung, daß die Kassationsbeschwerde ex lege die RK hemme, findet also keine

⁷⁷ Birchmeier, Komm. N. 3 zu Art. 54 OG.

⁷⁸ Birchmeier, N. 1 zu Art. 70 OG; Giacometti, S. 212 f.

⁷⁹ Comtesse, Komm. zu Art. 53 Militär-StGB (1946), erklärt daher mit dem eidg. Mil.Kass.gericht zutreffend, daß die absolute Verfolgungsverjährung zwischen dem erstinstanzlichen Urteil und dem Kassationsentscheid eintreten kann.

⁸⁰ Ebenso Pfenniger in SJZ 38 S. 143, 39 S. 449; E. Rüeggsegger, «Die eidg. Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Entscheide in Strafsachen eidg. Rechts», Diss. Zürich 1946, S. 30: Im Unterschied zur Zivilberufung ans Bundesgericht «hemmt die Nichtigkeitsbeschwerde den Eintritt der Rechtskraft und damit der Vollstreckbarkeit des Strafentscheides grundsätzlich nicht». Entgegen Rüeggsegger nehmen wir zudem an, daß auch eine gericht-

theoretische und gesetzliche Stütze und kann nicht aufrechterhalten werden. Damit entfallen aber alle Schwierigkeiten für die Verjährung, die das Bundesgericht aus dem SE der Beschwerde ableitete, und seine recht gekünstelte Konstruktion für eine brauchbare Lösung wird unnötig. Wenn nämlich die RK der Entscheide und mangels Verfügung auch deren VB nicht gehemmt wird durch die Kassationsbeschwerde, dann wird ohne weiteres die absolute Verfolgungsverjährungsfrist schon durch den rechtskräftigen kantonalen Entscheid unterbrochen; andererseits beginnt damit auch die Vollstreckungsverjährung zu laufen; ihr Eintritt wird aber mitgehemmt, wenn die Kassationsinstanz der Beschwerde SE hinsichtlich der Vollstreckung gewährt. Beides natürlich nur unter dem Vorbehalt des endgültigen Kassationsentscheides; wird durch diesen das angefochtene, zunächst rechtskräftige Urteil aufgehoben, dann läuft freilich die absolute Verfolgungsverjährung noch bis zur rechtskräftigen Erledigung durch den Kassationshof beziehungsweise durch neuen Sachentscheid der Vorinstanz. Dagegen wird kein Verurteilter darauf spekulieren können, durch trölerische Kassationsbeschwerde den Ablauf der absoluten Verfolgungsverjährung vor rechtskräftigem Strafurteil herbeizuführen, weil diese Verjährung schon durch den kantonalen Entscheid unterbrochen wird ⁸¹.

Analog verhält es sich etwa mit der zürcherischen strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde: Diese hemmt, wenn

liche Suspensivverfügung nach dem Wortlaut des Gesetzes nur den Vollzug, nicht aber auch die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides hemmen kann.

⁸¹ Auch Waiblinger («Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Strafsachen 1942/43», Z. Bern. J.V., 1944 [80], S. 171) kritisiert die Begründung in BGE 69 IV S. 107: Man dürfe nicht nur auf den SE für die VB abstellen. «Nicht jedes suspensivwirkende, das heißt die Vollstreckung hemmende, sondern nur das o.RM hindert auch den Eintritt der RK; dem a.o.RM, dem SE erteilt wird (zum Beispiel gerade der Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht), kommt wohl vollstreckungshemmende, nicht aber rechtskrafthindernde Wirkung zu.»

vom Verurteilten eingereicht, laut § 429 zürch.StPO von Gesetzes wegen «die Vollziehung» des Urteils (wenn der Verurteilte dieser nicht ausdrücklich zustimmt), nicht aber auch dessen f.RK und alle daran anknüpfenden Urteilswirkungen⁸². Also wird auch die absolute Verfolgungsverjährung nach StGB Art. 72 durch ein zürcherisches Strafurteil, das noch mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar und angefochten ist, sofort mit seiner Ausfällung unterbrochen⁸³. Für den Beginn der Vollstreckungsverjährung gilt dasselbe wie bei der Bundeskassationsbeschwerde (sofern dieser SE bezüglich des Vollzugs erteilt wird): Auch hier müßte die Vollstreckungsverjährung eigentlich mit der RK eintreten, während die Vollstreckung selbst noch gar nicht möglich ist, diese also verjähren könnte, bevor überhaupt zulässig. Art. 74 StGB ist daher auch hier so zu korrigieren, daß die f.RK nur für die Unterbrechung der Verfolgungsverjährung maßgebend ist, für den Beginn der Vollstreckungsverjährung dagegen erst der Moment, wo der endgültige kantonale Beschwerdeentscheid die Vollstreckung zuläßt. Auch hier ist also dem Bundesgericht zuzustimmen⁸⁴. Nur stützt es diese richtige Lösung auf eine ganz unnötig gekünstelte, an Widersprüchen leidende Begründung, weil es zu Unrecht den SE der zürcherischen wie der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde auch auf die f.RK bezieht. Die richtige Erfassung der Begriffe «formelle Rechtskraft, Vollstreckbarkeit, Suspensiveffekt» ermöglicht demgegenüber auch hier eine theoretisch saubere und praktisch brauchbare Lösung.

⁸² Die zürch. Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen hemmt dagegen auch die VB nur fakultativ.

⁸³ So auch das zürch. Kassationsgericht: SJZ 41 S. 322 Nr. 152.

⁸⁴ 73 IV S. 15: «Das Aussetzen der VB, wie sie normalerweise mit der RK verbunden wäre, obgleich vom Gesetz ein für allemal angeordnet» (nämlich das Aussetzen: § 429 StPO), «erhält damit in Bundesstrafsachen den gleichen Charakter wie die vom Kassationshof des Bundesgerichts von Fall zu Fall verfügte Einstellung der VB. Gleich dieser bewirkt sie also lediglich das Ruhen der Vollstreckungsverjährung.»

