

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: 88 (1969)

Artikel: Erläuterungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht

Autor: Balmer, Fritz

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896157>

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: 10.12.2025

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

**Erläuterungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes
betreffend die Anpassung der kantonalen
Zivilprozeßverfahren an das Bundeszivilrecht**

von FRITZ BALMER
alt Bundesgerichtsschreiber

Inhaltsverzeichnis

A. Kurzer Rückblick	295
B. Ausarbeitung und Bereinigung des vorliegenden Entwur- fes. Einholung eines staatsrechtlichen Gutachtens . . .	297
C. Gegenstand des Entwurfs	302
1. Die verfassungsrechtliche Grundlage	302
2. Die Gliederung des Entwurfes	307
D. Die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs	310
Einleitung	310
Titel I Vom Gerichtsstand	310
Titel II Von den Parteien und den am Prozeß beteiligten Dritten	341
Titel III Von der Rechtshängigkeit	348
Titel IV Von der Feststellungsklage	354
Titel V Vom Beweis	360
1. Allgemeine Bestimmungen	367
2. Die Beweismittel	375
a) Zeugen	375
b) Urkunden	390
c) Augenschein	396
d) Sachverständige	398
e) Parteiverhör	401

Titel VI	Von der Rechtskraft	411
1.	Rechtskräftige Entscheidung: ein Element der Privatrechtsordnung	411
2.	Formelle Rechtskraft	414
3.	Materielle Rechtskraft	418
a)	Der Umfang der materiellen Rechtskraft .	420
b)	Die negative Seite der Rechtskraft . . .	431
Titel VII	Von den vorsorglichen Verfügungen	451
Titel VIII	Von der Vollstreckung	455
Titel IX	Von der Gerichtspolizei	461
Titel X	Vom Rechtshilfeverfahren	462
E.	Schlußbemerkungen	462
1.	Anrufung des Bundesgerichts in Gerichtsstandsfragen	462
2.	Wissenschaftlicher Abstammungsbeweis	463

A.

Kurzer Rückblick

Die mit der Zentenarfeier des Schweizerischen Juristenvereins verbundene Jahresversammlung von 1961 in Zürich erteilte dem Vorstand den Auftrag, «die Frage der Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts in der Schweiz weiterhin zu behandeln und zu fördern». Dieser Auftrag hat eine lange Vorgeschichte. Es sei auf die Schilderung durch Prof. HANS FRITZSCHE, in «Das Zivilprozeßrecht in der Zeitschrift für schweizerisches Recht», in der Jubiläumsausgabe der erwähnten Zeitschrift 1852–1952, S.375 ff., verwiesen. Bereits ein Verfassungsentwurf von 1862 sah die Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts vor, und die erste Arbeitstagung unseres Vereins vom gleichen Jahre befaßte sich mit diesem Problem. Man betrachtete eine Vereinheitlichung als wünschbar, würdigte aber auch die sich gegenüber einem solchen Vorhaben einstellenden Bedenken und die Schwierigkeiten einer Überbrückung der tiefgreifenden Unterschiede der in den Kantonen geltenden Grundsätze. Bezeichnend sind die von H. FRITZSCHE, a.a.O., S.394, wiedergegebenen Worte von Ständerat J. J. BLUMER:

«Die größte Verschiedenheit herrscht in den Civilprozeßordnungen der einzelnen Kantone, und doch ist gerade hier die Annäherung so wünschbar. Eine Gleichförmigkeit soll angebahnt werden; auch in Deutschland hegt man diesen Wunsch. Aber wenn auch allerdings im Prozeß mehr Zweckmäßigkeitsrücksichten vorherrschen, so hängt hiegegen derselbe so sehr mit der Gerichtsorganisation zusammen und diese hinwiederum mit den kantonalen und socialen Eigentümlichkeiten, daß die Einigung sehr schwierig ist.»

Durch die Verwerfung der Verfassungsvorlage von 1862 in der Volks- und Ständeabstimmung von 1872 wurde die Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts «in eine unbe-

stimmte Ferne gerückt» (wie sich H. FRITZSCHE in seinem Buche «Der Schweizerische Juristenverein 1861–1960», S. 169, ausdrückt). Indessen ließ der Verein die sich in diesem Rechtsgebiet stellenden gesamtschweizerischen Probleme nicht aus den Augen. Am Juristentag von 1898 in Chur stand das Thema auf den Traktanden: «Soll ein Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen erlassen und allfällig Art. 59 der Bundesverfassung entsprechend revidiert werden?» Der erste Referent, Prof. ERNEST ROGUIN, schlug den Erlaß eines Bundesgesetzes vor, das namentlich die Gerichtspraxis zu Art. 59 BV (mit einigen Abweichungen und Ergänzungen) festlegen sollte. Er war der Ansicht, ein solches Gesetz habe neben Art. 59 BV Raum, ohne daß es eines Zusatzes zur Verfassung bedürfe, und fügte seinen Ausführungen einen Gesetzesentwurf von 25 Artikeln bei. Der Korreferent, Dr. R. A. GANZONI, hielt dagegen eine Verfassungsergänzung für notwendig und empfahl auf dieser Grundlage den Erlaß einer umfassenden eidgenössischen Gerichtsstandsordnung. Im Hinblick auf die damals bevorstehende Abstimmung von Volk und Ständen über die Revision des Art. 64 BV (Befugnis des Bundes zur Gesetzgebung in den bisher den Kantonen verbliebenen Gebieten des Zivilrechts) sah die Versammlung davon ab, eine Resolution zu fassen. Namentlich der letzte Votant, Nationalrat v. PLANTA, hatte davon abgeraten und erklärt, wie viele andere Parlamentsmitglieder habe auch er der Vereinheitlichung des Zivil- und des Strafrechts nur mit dem Vorbehalte zugestimmt, «daß das Verfahren und die Gerichtsorganisation nicht zentralisiert werde, weil ich glaube, daß die Zustände in einzelnen Kantonen in verschiedener Hinsicht für eine solche Zentralisation noch nicht reif sind» (ZSR 1898, S. 697 ff.).

Der Schweizerische Juristenverein schickte sich jedoch an, einer künftigen Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes in ähnlicher Weise vorzuarbeiten, wie es im Gebiete des Zivilrechts durch die Herausgabe des von EUGEN HUBER verfaßten vierbändigen Werkes «System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts» geschehen war. In dieser Ab-

sicht beauftragte der Juristentag von 1900 in St. Gallen den Vorstand, «im Laufe der kommenden Vereinsjahre die Frage der Tunlichkeit der Unifikation des Zivilprozesses in der Schweiz rechtsvergleichend untersuchen zu lassen». Die in diesem Sinne unternommenen Schritte (worüber vgl. ZSR 1921, S. 167a ff.) führten zur Herausgabe des in den Jahren 1924, 1931 und 1933 erschienenen Werkes von Bundesrichter E. SCHURTER und Prof. H. FRITZSCHE (Band I, Das Zivilprozeßrecht des Bundes; Band II, Erste Hälfte, Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte; Zweite Hälfte, Letzte Wandlungen und heutiger Stand der kantonalen Rechte).

In der Bundesgesetzgebung waren inzwischen andere Probleme in den Vordergrund getreten. Zu den Aussichten einer Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiete des Zivilprozesses äußerte sich Prof. H. Fritzsche skeptisch (vgl. S. 170 des erwähnten Buches «Der Schweizerische Juristenverein 1861–1960»).

An der Zentenartagung des Schweizerischen Juristenvereins von 1961 wurde die Frage als solche wie auch in Teilaspekten wieder aufgeworfen. Die Referate von Prof. MAX GULDENER, Zürich, und Fürsprecher JOSEPH VOYAME, Bundesgerichtsschreiber, zum Thema «Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht» äußerten sich dazu, und auch mehrere Votanten nahmen dazu Stellung. Das Ergebnis war der eingangs wiedergegebene Auftrag an den Vorstand (ZSR 1961 II S. 448).

B.

Ausarbeitung und Bereinigung des vorliegenden Entwurfes Einholung eines staatsrechtlichen Gutachtens

Der Vorstand hielt dafür, der ganze Problemkreis werde sich am besten an Hand eines Gesetzesentwurfes überblicken lassen. Die Ausarbeitung eines solchen Entwurfes wurde Herrn Bundesrichter P. SCHWARTZ angetragen, der sich dazu

bereit erklärte. Im Januar 1962 veranstaltete der Vorstand ferner eine Umfrage bei den Mitgliedern der Vereins, bei den kantonalen Obergerichten und beim Schweizerischen Anwaltsverband: «Ist nach Ihrer Erfahrung eine einheitliche schweizerische Zivilprozeßordnung wünschenswert? Wenn ja, aus welchen Gründen?» Über die zahlreichen, zum größeren Teil ablehnenden Eingaben wurde an der Jahresversammlung 1962 Bericht erstattet (ZSR 1962 II S.536 ff.).

Am 19. September 1962 verwarf der Nationalrat ein Postulat Grendelmeier, wonach der Bundesrat eingeladen werden sollte, den eidgenössischen Räten Bericht über die Auswirkungen der Vielheit der Prozeßordnungen zu erstatten und die notwendigen Grundlagen für eine Vereinheitlichung des Prozeßrechtes vorzubereiten (Übersicht über die Verhandlungen der Bundesversammlung, Herbstsession 1962, Nr.68, 8334; dazu M.GULDENER, Das Zivilprozeßrecht, in: *Regards sur le droit suisse*, 1964, S.295/296)*.

Ende 1965 legte Bundesrichter P.SCHWARTZ dem Vorstande den Entwurf eines Bundesgesetzes «betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozeßordnungen an das Bundeszivilrecht» vor, eingeteilt in 9 Abschnitte mit 79 Artikeln. Es handelt sich um Teilgebiete, die in enger Verbindung mit dem Zivilrecht stehen und sich nach Ansicht des Verfassers schon auf Grund des geltenden Art.64 BV vereinheitlichen lassen. Über die unter diesem Gesichtspunkt getroffene Auswahl sprach sich der Verfasser des Entwurfes in einem Bericht «zur Frage der totalen oder partiellen Vereinheitlichung des Zivilprozesses» aus: Bei der gegenwärtigen Sachlage sei nicht daran zu denken, daß in naher Zukunft eine umfassende eidgenössische Zivilprozeßordnung geschaffen werden könnte.

* Am 3. Oktober 1968 nahm dann aber der Nationalrat ein Postulat Werner Schmid an, der Bundesrat sei einzuladen, die Frage der Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozeßrechtes zu prüfen und dem Parlament Bericht zu erstatten über die zu treffenden Maßnahmen (Übersicht ... Herbstsession 1968 Nr.134).

«Der Versuch, ein die ganze Materie regelndes Gesetz zu entwerfen, hat dem Beauftragten bald gezeigt, daß es unmöglich ist, den eigentlichen Gegenstand des Zivilprozesses, d.h. den äußern Gang des Verfahrens, für alle Kantone einheitlich zu regeln, ohne zugleich die Gerichtsorganisation zu vereinheitlichen. Dies würde aber auf einen noch größern Widerstand stoßen als der Ruf nach einer Vereinheitlichung des Prozeßrechts. Manche Gegner einer solchen begründen ihre Ablehnung gerade mit dem engen Zusammenhang zwischen Prozeßordnung und Gerichtsorganisation. An eine Vereinheitlichung der letztern aber denkt niemand. Sie zu versuchen, wäre ein aussichtsloses Unternehmen.

Eine Vereinheitlichung des eigentlichen Verfahrensrechtes ließe sich aber auch nicht mit deren einzig legitimem Zweck rechtfertigen. Dieser besteht darin, die einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechtes zu gewährleisten. Dazu bedarf es keines einheitlichen Verfahrensrechtes. Es genügt die Vereinheitlichung solcher Materien, die in Wahrheit gar nicht dem Prozeßrecht, sondern dem Zivilrecht zugehören. Eine dergestalt beschränkte Vereinheitlichung bietet drei Vorteile:

1. Sie erfordert keine Verfassungsänderung.
2. Sie kann in verhältnismäßig kurzer Zeit verwirklicht werden...
3. Sie dürfte auf weniger Widerstand stoßen als eine auch den äußern Gang des Verfahrens umfassende Vereinheitlichung.»

Der durch Zuzug weiterer Vereinsmitglieder, worunter Spezialisten des Prozeßrechts, ergänzte Vorstand konstituierte sich zu einer Kommission ad hoc (ZSR 1966 II, S.560). Diese beschloß, gleichzeitig auf zwei Wegen vorzugehen, nämlich

- a) den von Bundesrichter P.SCHWARTZ vorgelegten Entwurf von Ende 1965 (Entwurf I) durchzuberaten und alsdann den bereinigten Text (Entwurf II) als Vorlage eines im Rahmen des geltenden Art.64 BV zu erlassenden Bundesgesetzes an einem Juristentage zur Diskussion zu bringen;
- b) das Problem einer künftigen umfassenden Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozeßrechtes, wozu die verfassungsrechtliche Grundlage noch zu schaffen wäre, zum Gegenstand eines Ergänzungsprojektes zu machen, das wenigstens in den Grundlinien aufzustellen und am nämlichen Juristentage zur Diskussion zu bringen sei. Als Vorbereitung hiezu wurden aus allen Kantonen Auskünfte über die gegen-

wärtige Organisation der Zivilrechtspflege eingeholt. Die aus diesem Material zu ziehenden Folgerungen werden dargelegt in einem von Dr. JEAN GAUTHIER, Bundesgerichtsschreiber, verfaßten Bericht vom 27. Februar 1967, dem eine Übersichtstabelle beigegeben ist. Für die Ausarbeitung des Ergänzungsprojektes wurde Oerrichter P. SCHAAD, Bern, gewonnen.

Der vorliegende Bericht befaßt sich nicht mit dem Projekt b), sondern bezieht sich im folgenden nur auf das auf dem Boden der geltenden Verfassung stehende Projekt a).

Zum Entwurf I gingen nach einer im Mai 1966 abgehaltenen Kommissionssitzung schriftliche Bemerkungen von Prof. JACQUES-MICHEL GROSSEN (Neuenburg), Prof. MAX GULDENER (Zürich) und Prof. HANS HINDERLING (Basel) ein.

Mit Zustimmung der Kommission, die im Oktober 1966 eine zweite Sitzung abhielt, holte der Vorstand bei Prof. K. EICHENBERGER, Universität Basel, ein Gutachten über folgende Fragen ein:

(1) Quelles sont, au regard de la Constitution en vigueur, les compétences du législateur fédéral en matière de procédure civile? Dans quelle mesure est-il limité par l'art. 64 al. 3 Cst., voire par d'autres dispositions telles que les articles 58, 59 et 61?

(2) Le projet ci-joint, tel qu'il a été complété par les discussions du 17 octobre 1966 (cf. notamment les pages 2, 4, 6 et 7 du procès-verbal), reste-t-il dans le cadre des compétences actuelles du législateur fédéral?

Das am 9. Februar 1967 erstattete Gutachten enthält die folgenden Abschnitte:

A.

Zuständigkeiten des Bundesgesetzgebers im Bereiche des Zivilprozeßrechts im allgemeinen

I. Die Kompetenzabgrenzung im geschriebenen Verfassungsrecht, in der Staatspraxis und in der Doktrin

1. Der Text
2. Die Staatspraxis
3. Die Doktrin

II. Zur Situation der Auslegungslehre im Gebiete des Verfassungsrechts

III. Die Deutung des Art.64 Abs.3 BV bzw. einer stillschweigenden Verfassungsnorm über eine Bundeszuständigkeit und ihre Abgrenzung

1. Eine extreme Ausschöpfung des Wortlauts
2. Die Beifügung «wie bis anhin»
3. Die «in-dubio»-Auslegung
4. Die Grenzziehung in abstrakten Umschreibungen
5. Richtungsweisende Kriterien für die Grenzziehung
6. Der Verweis auf die konkrete Festlegung

IV. Die Ausschöpfung des Art.114 BV

1. Die Einwirkungen kraft der Letztinstanzlichkeit des Bundesgerichts
2. Wechselwirkungen

V. Bundesrechtliche Gesetzgebungszuständigkeiten aus den Art.58, 59 und 61 BV

1. Allgemeines
2. Die Anrufung der Art.59 und 61 BV
3. Die Entfaltung und Aktivierung des Art.58 BV

VI. Der Generalvorbehalt des aktualisierten Interesses des Bundes

B.

Zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Anpassungen der kantonalen Zivilprozeßordnung an das Bundeszivilrecht

I. Die Ausgangslage

1. Die Leitnormen des Bundes
2. Die praktische Aufgabe

II. Bemerkungen zum Gesetzesentwurf

1. Gerichtsstandsbestimmungen
2. Zu ändern Titeln des Entwurfes.

Nach einer Doppelsitzung der Kommission vom 13. und 14. März 1967 legte Bundesrichter P.SCHWARTZ eine Neufassung des Entwurfs vor. Den Text dieses – hiernach zu

erläuternden – Entwurfs II hat die Kommission in ihrer Sitzung vom 29. Juni 1967 beraten und bereinigt.

C.

Gegenstand des Entwurfs

1. Die verfassungsrechtliche Grundlage

Dem allgemein formulierten Auftrag der Jubiläumsversammlung von 1961 entsprechend, wird der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins «die Frage der Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts in der Schweiz» auf breiter Grundlage zur Diskussion bringen. Es ist jedoch im Auge zu behalten, daß die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Zivilprozeß- (wie auch des Strafprozeß-)rechts dem Grundsatz nach den Kantonen verblieben ist (Art. 64 Abs. 3 und 64^{bis} Abs. 2 BV). Der Erlaß einer allgemeinen schweizerischen Zivilprozeßordnung setzt eine entsprechende Revision der Bundesverfassung voraus. Die Wünschbarkeit einer umfassenden Rechtsvereinheitlichung auf diesem Gebiete ist nun aber umstritten, was insbesondere die bereits im Abschnitt II erwähnten Geschehnisse aus jüngster Zeit (Ergebnisse der Umfragen des Vorstandes; Ablehnung eines ersten Postulates durch den Nationalrat) gezeigt haben. Es erschien deshalb als Gebot der Klugheit, gemäß dem Vorschlage von Bundesrichter P. SCHWARTZ nur bestimmte Materien, die der Grenzzone zwischen dem materiellen Recht und dem Prozeßrecht angehören, zum Gegenstand eines ausgearbeiteten Entwurfs zu machen. Eine Vereinheitlichung dieser Materien läßt sich nach Ansicht der Kommission auf den geltenden Art. 64 BV stützen. Ein solches Vorhaben ist von hohem aktuellem Interesse und verdient daher in naher Zukunft vom Bundesgesetzgeber beraten zu werden, auch wenn es einstweilen bei der durch Art. 64 BV gezogenen Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen bleiben sollte.

Diese Verfassungsnorm, so wie sie im Jahre 1898 revidiert wurde, enthält folgende Absätze 2 und 3:

2. Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt.

3. Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie bis anhin, den Kantonen.

Schon nach der früheren Gesetzgebungspraxis hatte der Bund in die Organisation der kantonalen Gerichte und in das kantonale Gerichtsverfahren eingegriffen, wenn sich dies zur Verwirklichung des materiellen Bundesrechts als angezeigt erwies. Bei der parlamentarischen Beratung der Verfassungsrevisionsvorlage von 1898 wurde der Zusatz «wie bis anhin», «dans la même mesure que par le passé» (was im italienischen Text aus Versehen nicht wiedergegeben ist) gerade dazu in den Art.64 Abs.3 BV aufgenommen, um diesen Vorbehalt auszudrücken. Es sei auf folgende Voten aus der Sitzung des Nationalrates vom 20. Juni 1898 hingewiesen:

KURZ, deutscher Berichterstatter der Kommission:

...Wir nehmen nur noch zwei Wörtchen auf und sagen: «wie bis anhin». Und diese zwei Wörtchen sollen die Bedeutung haben, daß es der eidgenössischen Gesetzgebung unbenommen bleiben muß, da, wo sie notwendigerweise in die Gerichtsorganisation oder in das Verfahren der Kantone eingreifen muß, dies zu tun. Das war von jeher so und muß so sein, und es läßt sich eine eidgenössische Gesetzgebung gar nicht denken ohne die Befugnis, in prozessualen Beziehungen, wenn es notwendig ist, Bestimmungen aufzunehmen...

ROSSEL, französischer Berichterstatter der Kommission:

...Nous avons toute une série de prescriptions de procédure, soit dans le code des obligations... soit dans la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, dans les lois sur la responsabilité civile des entreprises de transport et des fabricants, sans parler d'autres lois encore où il a été impossible de ne pas régler divers points de procédure, quoique la procédure soit placée en principe dans la compétence législative des cantons. – Il est bien entendu que toutes ces dispositions, faisant d'ores et déjà partie intégrante de la législation fédérale, sont et doivent être maintenues... Nous serons d'autre part obligés de faire entrer dans le futur code civil l'une ou

l'autre règle de procédure, et nous pensons que la Confédération doit avoir la compétence nécessaire pour légiférer sur certaines matières touchant à la procédure, lorsque ces matières sont absolument inséparables de la législation civile proprement dite. ... Comme on n'a jamais contesté à la Confédération le droit d'insérer dans ses lois civiles les dispositions de procédure indispensables à l'application rationnelle de ces lois, nous estimons qu'il en sera de même à l'avenir...

(Sten. Bull. 1898 S. 233 und 234.)

Die somit bei der Verfassungsrevision von 1898 zu authentischem Ausdruck gelangte Verfassungsmäßigkeit solcher bundesgesetzlicher Eingriffe wurde auch beim Erlaß des Zivilgesetzbuches hervorgehoben (vgl. die Botschaft des Bundesrates, BBl 1904 IV S. 11 und 12; ferner SCHURTER und FRITZSCHE, ZPR des Bundes, S. 421 ff. mit Anm. 620 und S. 574 ff. mit Anm. 685; GULDENER, Referat, ZSR 1961 II, S. 6 mit Anm. 10; VOYAME, Referat, ZSR 1961 II, S. 74 mit Anm. 29/30 und S. 76 ff.). Von alters her enthalten Bundesgesetze Vorschriften über die kantonale Rechtspflege, insbesondere über die Zuständigkeit und über gewisse zu beobachtende Verfahrensgrundsätze (vgl. SCHURTER und FRITZSCHE, a.a.O., S. 475 ff.; M. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. A., S. 70, Ziff. III; eine übersichtliche Zusammenstellung bietet H. MATTI, Zivilprozeßrecht, «Handelshochschule», S. 1024/25, Ziff. 3). Das vom Vorstand eingeholte Gutachten von Prof. K. EICHENBERGER verweist insbesondere in Anm. 3 auf ein bereits vor 1874 erlassenes Bundesgesetz von zivilprozessualen Gehalt: das Bundesgesetz betreffend den Gerichtsstand für Zivilklagen, welche von dem Bunde oder gegen denselben angehoben werden, vom 20. November 1850 (BS 3, S. 649 ff.); dieses Gesetz vermag sich auf keine in der Bundesverfassung festgelegte Gesetzgebungsbefugnis des Bundes zu stützen; es ist ihm aber, wie der Gutachter ausführt, eine auf ungeschriebenem Verfassungsrecht beruhende Bundeszuständigkeit («implied power praeter constitutionem normatam») zu Grunde zu legen (vgl. auch H. HUBER, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in ZbJV 91^{bis}/1955, S. 95 ff., bes. 102, Ziff. III,

über «ungeschriebene Zuständigkeiten des Bundes»). Der geltende Art. 64 Abs. 3 BV ist denn auch nicht für sich allein, sondern zunächst als Teil des gesamten Art. 64 BV und sodann in Verbindung mit anderem (geschriebenem und ungeschriebenem) Verfassungsrecht auszulegen und anzuwenden (was im Gutachten K. EICHENBERGER, Abschnitt A, des nähern dargelegt wird). Die Verfassung ist keine gewöhnliche Kodifikation; ihre Bestimmungen haben zum großen Teil nicht starren, unelastischen Charakter, sondern stellen «überdachende, richtunggebende Normen für die ganze Rechtsordnung» dar (H. HUBER, a.a.O., S. 98 unten und 108 oben). Die Wendung «wie bis anhin» in Art. 64 Abs. 3 BV will die Eingriffe auch nicht etwa von vornherein für die Zukunft auf ein bestimmtes, durch die bis 1898 befolgte Gesetzgebungspraxis umgrenztes Maß festlegen. Die Vorschriften zivilprozessualen Inhaltes, wie sie sich in zahlreichen Bundesgesetzen vorfinden, sind unter sich verschieden und nicht als abschließende, die Verfassung fixierende Deutungen zu verstehen. Es bleibt künftigen Ordnungen immer wieder aufgegeben, in den konkreten Regelungen nach dem Maß jener «Notwendigkeit» bundesrechtlicher Normgebung zu suchen (Gutachten K. EICHENBERGER, S. 495f.). Nichts zwingt ferner den Bundesgesetzgeber dazu, sich auf den gelegentlichen Erlaß prozessualer Vorschriften für materielle Ansprüche bestimmter Art zu beschränken. Vielmehr kann er sich veranlaßt sehen, zur Verwirklichung des materiellen Bundesrechtes Verfahrensgrundsätze von allgemeiner Tragweite aufzustellen. Solche finden sich in der Einleitung des Zivilgesetzbuches, Art. 8 bis 10, vor. Diese Bestimmungen gelten für das ganze Gebiet des ZGB und darüber hinaus für die in andern Bundesgesetzen geregelten zivilrechtlichen Gebiete (vgl. BGE 79 II 405, 82 II 127, 88 I 15b; KUMMER, Kommentar, N 49 zu Art. 8 ZGB).

Im Grenzgebiet zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht gibt es zahlreiche Fragen, die für die ganze Schweiz einheitlich geregelt werden sollten. Mit diesem Problem haben sich die beiden Referenten der Zentenartagung von

1961 unseres Vereins eingehend befaßt. M. GULDENER schließt sein Referat (a.a.O., S. 66) mit folgenden Postulaten:

«Im Blick auf die Zukunft darf der Wunsch ausgesprochen werden, der Bund möge innerhalb der Schranken von Art. 64 BV von den für ihn heute schon bestehenden Möglichkeiten voll Gebrauch machen. Der Bundesgesetzgeber sollte vor allem an die Vereinheitlichung des Beweismittelrechtes denken; die Rechtsprechung sollte in stärkerem Maße, als dies bisher geschehen ist, darauf achten, daß viele Verfahrensgrundsätze des Bundes in seinen privatrechtlichen Vorschriften mitenthalten sind.»

Ebenso weist J. VOYAME auf die der einheitlichen Lösung bedürftigen Probleme hin (Feststellungsklage, Rechtskraft usw.), nimmt zur Rechtsprechung Stellung und tritt namentlich für eine Vereinheitlichung des Rechtes der Beweismittel und des Schiedsverfahrens ein. Für jene erste Materie könne dies auf dem Wege der Bundesgesetzgebung geschehen, wozu Art. 64 BV die Grundlage bilde; das Schiedsverfahren lasse sich dagegen nur durch ein Konkordat vereinheitlichen. Mit Rücksicht auf die kantonale Autonomie empfiehlt dieser Referent jedoch auch zur Vereinheitlichung des Rechtes der Beweismittel den Abschluß eines Konkordates (a.a.O., S. 181).

Seit dem Bestehen des schweizerischen Bundesstaates haben sich die Kantone in aner kennenswerter Weise bemüht, ihre Zivilprozeßordnungen so zu gestalten und in verschiedenen Zeitabständen so umzugestalten, daß sich das materielle Recht, namentlich auch das des Bundes, auf eine möglichst gute, rasche und zuverlässige Weise verwirklichen läßt. Indessen leidet die Verwirklichung des Bundesrechts unter der Verschiedenheit der Lösungen, wie sie die kantonalen Prozeßordnungen bieten. Gewiß kann die Rechtseinheit zum Teil auch durch die Rechtsprechung herbeigeführt werden, soweit sich nämlich aus materiellen Normen des Bundesrechts Verfahrensgrundsätze herleiten lassen. Das ist aber nur in beschränktem Umfange der Fall; der bloße Umstand, daß solche Grundsätze bestimmten Inhaltes als

wünschbar erscheinen, rechtfertigt nicht ohne weiteres den Schluß, sie seien in den materiellrechtlichen Normen, deren Verwirklichung sie zu dienen hätten, schon mitenthalten. Manche Verfahrensnormen lassen sich als einheitliche nur durch die Gesetzgebung schaffen. Soweit die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes nach Art. 64 BV reicht, erscheint es als angezeigt, daß sie – nach Maßgabe der gegenwärtigen Bedürfnisse der Rechtspflege – ausgeübt werde. Dazu mögen in ergänzendem Sinne Konkordatsnormen treten, um auch das nach Art. 64 Abs. 3 BV den Kantonen vorbehaltene Verfahrensrecht in gewissen Teilen übereinstimmend zu gestalten.

Eine besondere Frage ist es, ob die als notwendig erkannte bundesrechtliche Regelung in einem besondern Gesetz getroffen oder einem schon bestehenden Gesetz eingefügt, etwa in die Einleitung des ZGB aufgenommen werden sollte. Der Umfang des vorliegenden Entwurfes spricht u. E. für den Erlaß eines besondern Gesetzes.

2. Die Gliederung des Entwurfes

Der Entwurf gliedert sich in zehn Titel und beschlägt Materien, die u. E. bereits auf Grund der geltenden Bundesverfassung durch Bundesgesetz geregelt werden können und – da die heute bestehende Rechtszersplitterung beträchtliche Nachteile mit sich bringt – einheitlich für die Schweiz geregelt werden sollten.

Die im Titel I vorgesehene Gerichtsstandsordnung will dem schon längst empfundenen Gerichtsstandswirrwarr (ein Problem, mit dem sich bereits der Juristentag von 1898 befaßte: Abschnitt A Absatz 2 hiervor) wenigstens in interkantonaler Hinsicht abhelfen. Die Gerichtsbarkeiten der Gliedstaaten gegeneinander abzugrenzen, gehört im Bundesstaate zu den Befugnissen des Gesamtstaates (vgl. M. GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, S. 30/31). Es ist an der Zeit, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen. Des weitern fragt es sich aber, ob der Bund eine allgemeine Gerichtsstandsord-

nung außerdem mit innerkantonaler Wirkung aufstellen kann und soll.

Der Titel II befaßt sich mit den Parteien und den am Prozeß beteiligten Dritten. Es handelt sich hier um Fragen, die vom materiellen Recht beherrscht sind.

Der Titel III regelt die Rechtshängigkeit (deren Eintritt derzeit noch vom kantonalen Prozeßrecht bestimmt wird) im Anschluß an die Klageanhebung, welche – als die zur Wahrung einer bundesrechtlichen Klagefrist geeignete prozessuale Handlung – schon längst durch die Rechtsprechung in ihren bundesrechtlichen Voraussetzungen festgelegt worden ist.

Es erscheint als angezeigt, im Titel IV gemäß der neueren Rechtsprechung die Feststellungsklage als eine von Bundesrechts wegen zu gewährende Art des Rechtsschutzes vorzusehen und ihre Voraussetzungen zu umschreiben.

Den größten Platz nimmt in diesem Entwurfe der Titel V über den Beweis ein. Zur guten Verwirklichung des materiellen Bundesrechtes bedarf es für das ganze Gebiet seiner Geltung eines rationell gestalteten Beweisverfahrens und namentlich einer den heutigen Anschauungen und wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechenden Regelung der Beweismittel. Das Fehlen einer einheitlichen Ordnung auf diesem Gebiete wird in der Verfahrenspraxis schon längst als Mangel empfunden. Davon legen auch die Referate und die Diskussionsvoten der Zentenartagung von 1961 sowie zahlreiche Antworten auf die Umfrage des Vorstandes beredtes Zeugnis ab. Freilich gehen die Meinungen darüber auseinander, in welchem Umfang diese Rechtseinheit auf dem Boden des geltenden Art. 64 BV anzustreben und durchzuführen sei.

Zu einem vollkommenen materiellen Rechtsanspruch gehört die Klagbarkeit, d.h. die Befugnis, ihn gerichtlich geltend zu machen und darüber einen Rechtstitel zu erwirken. Es ist daher angezeigt, einheitliche Normen über die Rechtskraft der Endentscheide aufzustellen (Titel VI).

Es betrifft dies sowohl den Eintritt wie auch die Wirkungen der Rechtskraft (also die formelle und die materielle Rechtskraft). Zu diesem Problemkreis gehört auch die Frage, unter was für besondern Umständen eine rechtskräftig beurteilte Streitsache (abgesehen von den Folgen der Verletzung kantonalen Verfahrensvorschriften) zum Gegenstand eines neuen Urteils gemacht werden kann (sog. Revision).

Bisweilen bedarf es, um einen materiellen Anspruch wirksam zu schützen, richterlicher Anordnungen vor dem Endentscheid, ja schon vor der Klageanhebung. Dazu dient die vorsorgliche Verfügung, worüber der Titel VII eine einfache und übersichtliche Normierung enthält. Die nicht auf grundsätzlichen Anschauungen beruhende Bunttheit der zum Teil ungenügenden kantonalen Vorschriften über solche Verfügungen läßt sich durch klare eidgenössische Regeln in nützlicher Weise ersetzen und ergänzen.

Der Titel VIII hat zum Gegenstand die Vollstreckung der Urteile, namentlich derjenigen, die den Beklagten zu einer Leistung verpflichten. Besteht diese in Geld, so richtet sich die Vollstreckung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. In andern Fällen kommt Realerfüllung und anderseits Schadenersatz in Frage; es stellen sich auch Probleme der Sicherheitsleistung, der örtlichen Zuständigkeit und andere, die einheitlich gelöst werden sollten. Insbesondere sind die Wirkungen einer Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung klarzustellen, worüber manche kantonalen Zivilprozeßordnungen nichts enthalten.

Der aus einem einzigen Artikel bestehende Titel IX über die dem kantonalen Recht vorbehaltene Gerichtspolizei umschreibt deren Inhalt (was für die kantonale Gesetzgebung als Wegleitung dienen mag) und bringt daneben den Art. 292 StGB zur Geltung.

In dem ebenfalls nur einen Artikel bildenden Titel X über das Rechtshilfeverfahren (Rechtshilfe auf Ersuchen ausländischer Gerichte) werden die schweizerischen Gerichte ermächtigt, Amtshandlungen vorzunehmen, die

dem Inlandrecht unbekannt sind: Es dürfen nämlich die Parteien oder Zeugen – sofern sie sich freiwillig dazu bereit erklären – zur Eidesleistung oder zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung zugelassen werden. Manche ausländischen Rechte schreiben den Partei- oder den Zeugeneid als Beweisform vor, während der vorliegende Entwurf beides für die schweizerische Zivilrechtspflege verpönt (Art. 47 und 66). Der Titel X will also dazu Hand bieten, die Rechtshilfe in einer für die ersuchende Behörde nützlichen Weise zu gewähren (vgl. M. GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, S. 198).

D.

Die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

Einleitung

Art. 1 stellt das hier entworfene Bundesgesetz in den Rahmen des Art. 64 BV. Danach obliegt die Ordnung des Verfahrens in Zivilrechtssachen vor den kantonalen Behörden dem Grundsatz nach den Kantonen. Die hier entworfenen bundesrechtlichen Bestimmungen sollen neben die kantonale Verfahrensordnung treten und diese nur zum Teil ersetzen. Sie betreffen denn auch nur einzelne Gebiete dessen, was den üblichen Inhalt einer Zivilprozeßordnung bildet. Im übrigen wollen sie auch an den in andern Bundesgesetzen enthaltenen Verfahrensvorschriften nichts ändern.

Titel I: Vom Gerichtsstand

Wie bereits bemerkt, ist der Bund jedenfalls befugt, eine interkantonale Gerichtsstandsordnung zu erlassen, um auf diese Weise die ziemlich häufigen interkantonalen Gerichtsstandskonflikte zum größten Teil zu vermeiden. Für bestimmte Gebiete des Zivilrechts schuf das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 über die zivilrechtlichen Verhältnisse der

Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG) eine solche Abgrenzung der kantonalen Gerichtsbarkeiten. In andern Bundesgesetzen wurden dagegen Gerichtsstandsnormen mit interkantonaler wie auch innerkantonomer («intrakantonomer») Wirkung aufgestellt. So sind namentlich die Gerichtsstandsnormen des SchKG und des ZGB zu verstehen. Wenn nach Art. 144 ZGB eine Klage auf Scheidung oder Trennung der Ehe am Wohnsitz des klagenden Ehegatten anzuheben ist und sich dieser Wohnsitz zum Beispiel im Amtsbezirk Thun befindet, während der beklagte Ehegatte in einem andern bernischen Amtsbezirk (z.B. Biel) wohnt, so ist in örtlicher Beziehung kraft Bundesrechts das Amtsgericht Thun in erster Instanz zuständig; es ist dem kantonalen Recht versagt, solche Klagen etwa an den Wohnsitz des beklagten Ehegatten zu weisen. Dagegen besagt die durchgehende (d.h. auch innerkantonale) Wirkung einer eidgenössischen Gerichtsstandsnorm nicht, es müsse das Kantonsgebiet überhaupt in regionale Gerichtsbezirke aufgeteilt sein, sei es allgemein oder für Zivilrechtssachen bestimmter Art. Bildet das Kantonsgebiet für die einzelne in Frage stehende Angelegenheit einen einzigen Gerichtssprengel, so stellt sich eine innerkantonale Gerichtsstandsfrage überhaupt nicht. In diesem Fall erschöpft sich die eidgenössische Gerichtsstandsnorm somit in ihrer interkantonalen Bedeutung. Ist aber nach der kantonalen Gerichtsorganisation das Kantonsgebiet in regionale Gerichtssprengel aufgeteilt und für die einzelne in Frage stehende Angelegenheit eine Regionalbehörde (Bezirks-, Kreis- oder Gemeindebehörde) sachlich zuständig, so ist in örtlicher Beziehung auch innerhalb des Kantonsgebietes die eidgenössische Norm maßgebend, wie sie das ZGB z.B. für die Scheidungsklage und für erbrechtliche Klagen (Art. 144 und 538 Abs. 2) und das SchKG für die Kollokationsklage (Art. 147 und 250: Betreibungs- bzw. Konkursort) enthält (vgl. über die Tragweite eidgenössischer Gerichtsstandsnormen BGE 61 II 363, 66 II 187).

Freilich ist die Frage aufgeworfen worden, ob auch die so

verstandene, die kantonale Gerichtsorganisation respektierende innerkantonale Wirkung noch im Rahmen der eidgenössischen Gesetzgebungsbefugnis liege (vgl. die Referate der Tagung von 1961: zweifelnd M. GULDENER, a.a.O., S. 23; verneinend J. VOYAME, a.a.O., S. 93: «... Il fallait prévenir les conflits de compétence intercantonaux. Il eût suffi pour cela d'indiquer dans chaque cas le canton dont les tribunaux étaient compétents.»).

Die Kommission zögert jedoch nicht, den Gerichtsstandsbestimmungen des vorliegenden Entwurfes auch innerkantonale Wirkung (im soeben dargelegten Sinne) beizumessen und sie damit auf gleiche Linie zu stellen wie die Gerichtsstandsnormen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, des Zivilgesetzbuches, der eidgenössischen Haftpflichtgesetze und anderer Bundesgesetze. An und für sich gehören Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit allerdings zum Prozeßrecht im weiteren Sinne dieses Wortes. Sie fallen deshalb zunächst gemäß Art. 64 Abs. 3 BV in die Gesetzgebungshoheit der Kantone, die denn auch in ihren Prozeßordnungen solche Bestimmungen aufzustellen pflegen. Sieht sich aber der Bund veranlaßt, selber die örtliche Zuständigkeit zu regeln, und sei es auch in erster Linie, um Klarheit über die Abgrenzung der kantonalen Gerichtsbarkeiten zu schaffen, so drängt es sich auf, die betreffenden Normen zugleich für den innerkantonalen Bereich als anwendbar zu erklären (soweit eben in einem Kanton die sachliche Zuständigkeit regional aufgeteilt ist). Für die Regelung der örtlichen Zuständigkeit müssen Überlegungen maßgebend sein, die im materiellen Recht wurzeln. Gewiß kommen hiebei verschiedene Lösungen in Frage, wie denn die kantonalen Gerichtsstandsordnungen in weitem Maße voneinander abweichen. Stellt aber der Bundesgesetzgeber selber eine Gerichtsstandsordnung auf, trifft er also die Wahl zwischen den hiefür in Betracht kommenden Elementen, so muß vernünftigerweise die innerkantonale Gerichtsstandsordnung mit der interkantonalen in Übereinstimmung gebracht werden. Dies geschieht – wie dargetan, ohne Eingriff in die kantonale

Gerichtsorganisation und in die kantonale Ordnung der sachlichen Zuständigkeit – am einfachsten in der Weise, daß der bundesrechtlichen Vorschrift auch innerkantonale Wirkung beigelegt wird. Einer bundesrechtlichen Gerichtsstandsnorm, auch wenn sie zunächst bloß zur Vermeidung interkantonaler Konflikte aufgestellt wird, liegt eben stets eine materiellrechtliche Überlegung zugrunde. (Materielles Recht ist hiebei in relativem Sinne zu verstehen, als Gegensatz zu formellem Recht; vgl. BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. A., S. 32 und 131; in diesem Sinne gehören auch die Klagerechte des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes dem materiellen Recht an, im Unterschied zu den dafür bereits aufgestellten und den noch aufzustellenden Verfahrens- und insbesondere Gerichtsstandsnormen.) Es dient also letzten Endes der Verwirklichung eines materiellrechtlichen Grundsatzes, der darauf aufgebauten bundesrechtlichen Gerichtsstandsnorm durchgehende Wirkung zu verleihen. So soll es deshalb u. E. auch mit den Gerichtsstandsnormen des vorliegenden Entwurfes gehalten werden. Wenn z. B. Art. 15 Ziff. 5 des Entwurfes für Widerspruchsklagen nach Art. 107 SchKG den Gerichtsstand des Betreibungsortes vorsieht, würde dieses Prinzip in ungehöriger Weise abgeschwächt durch Zulassung einer abweichenden kantonalen Regel, wonach solche Klagen zum Beispiel vom Bezirksgericht des Ortes der streitigen Sache zu beurteilen wären. Zu was für Unzukömmlichkeiten ein solches Auseinanderfallen des interkantonalen und des innerkantonalen Gerichtsstandes übrigens führen könnte, zeigt sich insbesondere dann, wenn sich die Gerichte des nach Bundesrecht zuständigen Kantons nach einer kantonalen Gerichtsstandsregel als unzuständig erklären müßten, weil der danach maßgebende Sachverhalt gar nicht im Gebiet dieses Kantons verwirklicht ist (wie z. B., wenn sich im erwähnten Falle die streitige Sache in einem andern Kanton befindet). In einem solchen Falle bliebe gar nichts anderes übrig, als die eidgenössische Regel auch als innerkantonale anzuwenden, weil die Angelegenheit eben nach Bundesrecht

in diesen Kanton gehört. All dies rechtfertigt die Aufstellung einheitlicher Gerichtsstandsnormen, die auch im innerkantonalen Bereiche (soweit sich hier die Frage der örtlichen Zuständigkeit ebenfalls stellt) gelten sollen. Dazu kommt die dieser Lösung eigene Vereinfachung des Rechtssystems. Auf solche Weise bleibt es dem Rechtsuchenden erspart, zweierlei Gerichtsstandsnormen zu Rate ziehen zu müssen, um das örtlich zuständige Gericht zu ermitteln.

Die Tragweite der im Titel I enthaltenen Gerichtsstandsordnung ist im übrigen noch in zwei Punkten klarzustellen:

a) Soll die einheitliche Ordnung ihren Zweck, den bestehenden Gerichtsstandswirrwarr zu beseitigen, erfüllen können, so muß sie unabhängig von dem in materieller Hinsicht anwendbaren Recht gelten, also gleichgültig ob der streitige Anspruch dem eidgenössischen, kantonalen oder ausländischen Recht untersteht. Es ist nicht einzusehen, was für ein Interesse die Kantone haben könnten, für Prozesse über Ansprüche des kantonalen oder ausländischen Rechtes die örtliche Zuständigkeit anders zu regeln. Übrigens besteht oftmals bei Anhebung der Klage noch keine Gewißheit über das in materieller Hinsicht anwendbare Recht. Auch ist nicht selten kantonales oder ausländisches Recht neben Bundesrecht anwendbar. Und endlich kommt es bisweilen vor, daß sich die Parteien erst im Lauf eines Rechtsstreites dahin einigen, einen an sich dem ausländischen Recht unterstehenden Streitgegenstand dem schweizerischen (und zwar eidgenössischen) Recht zu unterstellen.

b) Sodann soll die – zu andern eidgenössischen Gerichtsstandsregeln hinzutretende – Gerichtsstandsordnung des Titels I erschöpfenden Charakter haben. Art. 2 des Entwurfs ist also dahin zu verstehen, daß der Geltungsbereich dieser einheitlichen Ordnung nicht durch kantonale Normen eingeschränkt werden darf. Weder sollen kantonale Spezialregeln die eidgenössische Ordnung durchbrechen und den Kläger an einen von dieser Ordnung abweichenden Gerichtsstand weisen können, noch soll es zulässig sein, dem Kläger

neben dem zutreffenden eidgenössischen einen kantonalen Gerichtsstand zur Wahl zu stellen. Durch derartige (von Kanton zu Kanton verschiedene) Sondernormen würde die auf Einfachheit des Rechtssystems ausgerichtete eidgenössische Ordnung unnützerweise beeinträchtigt.

An dieser Stelle mag daran erinnert werden, daß der vorliegende Entwurf auch für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Gerichtsstandsnorm enthält (Art. 23). Auf diesem Gebiet ist den Kantonen die Regelung der örtlichen Zuständigkeit in innerkantonaler Beziehung füglich weiterhin vorzubehalten, soweit keine speziellen bundesrechtlichen Normen bestehen. Insoweit soll Art. 23 des Entwurfes nur subsidiär zur Anwendung kommen.

Im übrigen ist zur Ausdrucksweise des Entwurfes zu bemerken, daß, wenn vom «Richter» oder vom «Gericht», von «gerichtlicher Hinterlegung» und dergleichen gesprochen wird, darunter die in Zivilrechtssachen zuständige Behörde schlechthin zu verstehen ist, sei es nun eine gerichtliche oder eine administrative (vgl. Art. 54 des Schlußtitels des ZGB). Auch der soeben erwähnte Art. 23 soll unabhängig von der sachlichen Zuständigkeit gelten, also auch dann, wenn mit der in Frage stehenden Verrichtung ein Beamter oder ein amtlich autorisierter Notar betraut ist.

Auch für Schiedsgerichte bedarf es der Aufstellung einer Norm betreffend die örtliche Zuständigkeit zur Entscheidung von Streitigkeiten über die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, die Bildung des Schiedsgerichts, die Gültigkeit des Schiedsspruches und dergleichen (Art. 24 des Entwurfes). Die Schiedsvereinbarung selbst ist prozessualer Natur und in der Schweiz vom kantonalen Recht beherrscht (BGE 67 II 147 Erw. 2, 85 II 150, 88 I 103 Erw. 1). Eine Vereinheitlichung der Vorschriften über das Schiedsverfahren selbst kann auf dem Weg eines Konkordates zwischen allen oder einzelnen Kantonen erfolgen, worüber derzeit Verhandlungen im Gange sind.

Auf die von den kantonalen Gerichten (und andern mit der Rechtspflege in Zivilsachen betrauten Behörden) zu

beurteilenden Streitsachen beziehen sich die Gerichtsstandsnormen der Art. 3 bis 22,

Art. 3 Abs. 1 erklärt als allgemeinen (ordentlichen) Gerichtsstand den Wohnsitz des Beklagten. Dies steht im Einklang mit der verfassungsmäßigen Garantie des Wohnsitzrichters (Art. 59 BV), die sich indessen nach ständiger Gerichtspraxis bloß auf den Wohnsitzkanton bezieht. Der hier vorgesehene Gerichtsstand ist im übrigen als allgemeiner in allen Kantonen anerkannt (entsprechend der längst auch im Ausland in diesem Sinn angewandten Regel «actor sequitur forum rei»; vgl. RICH. SCHMIDT, Lehrbuch des deutschen ZPR, 2. A., S. 252). Man kann sich daher fragen, ob überhaupt Veranlassung bestehe, eine eidgenössische Norm solchen Inhaltes aufzustellen. Das ist jedoch unerläßlich, wenn eine umfassende eidgenössische Gerichtsstandsordnung zustande kommen soll. Dafür bildet der allgemeine Gerichtsstand die Grundlage, und da die kantonalen Normen hierüber, namentlich was die beim Fehlen eines eigentlichen Wohnsitzes anzuerkennenden Ersatz-Gerichtsstände betrifft, voneinander abweichen, kann das zu schaffende Bundesgesetz nicht einfach daran anknüpfen und nur die speziellen Gerichtsstände regeln.

Der vorliegende Entwurf versteht in Art. 3 Abs. 1 unter dem Wohnsitz denjenigen des ZGB. An diesen Begriff lehnt sich die Bundesgesetzgebung üblicherweise an.

Beim Fehlen eines schweizerischen Wohnsitzes des Beklagten soll die Klage nach Art. 3 Abs. 2 an seinem Aufenthaltsort angebracht werden können: in erster Linie am gewöhnlichen, in zweiter Linie am jeweiligen, in letzter Linie am letzten Aufenthaltsort. Es soll also der gewöhnliche Aufenthalt, falls ein solcher in der Schweiz besteht, vor einem vorübergehenden (kurzen) Aufenthalt den Vorrang haben. Den subsidiären Gerichtsstand des Aufenthaltsortes kennen manche kantonalen Prozeßordnungen; auch der letzte bekannte Aufenthaltsort findet sich in einzelnen Gesetzen anerkannt (vgl. Zürich § 1, St. Gallen Art. 83).

Es sei immerhin erwähnt, daß eine Reihe von Kantonen

den allgemeinen Gerichtsstand einfach nach dem Wohnsitzbegriff des ZGB samt den darin aufgestellten Wohnsitzfiktionen bestimmen (Basel-Stadt § 1 Abs.2; Neuenburg Art.8 Abs.1; vgl. ferner GULDENER, Schweizerisches ZPR, 2.A., S.76, Anm.8). Bei einer solchen Regelung kann nicht der Aufenthaltsort als solcher, sondern nur der dort gegebenenfalls zu fingierende schweizerische Wohnsitz einen Gerichtsstand begründen. (Diese Fiktion greift nach Art.24 Abs.2 ZGB nicht Platz bei einem im Ausland effektiv fortbestehenden Wohnsitz; vgl. dazu TH.HOLENSTEIN, Der privatrechtliche Wohnsitz im schweizerischen Recht, S.116/17.)

Art. 4 stellt für Verpflichtungen, die mit einem Geschäftsbetrieb oder mit einem selbständigen Beruf des Schuldners im Zusammenhang stehen, neben dem allgemeinen Gerichtsstand den speziellen des Ortes des Geschäftsbetriebes oder der Berufsausübung (beides «Niederlassung» genannt) zur Wahl. Dieser Gerichtsstand ist in den kantonalen Prozeßgesetzen sozusagen allgemein anerkannt, jedenfalls für Niederlassungen kommerziellen Charakters (vgl. GULDENER, Schweizerisches ZPR, 2.A., S.78/79). Er wird zuweilen enger umschrieben. So berücksichtigt Art.21 der bern. ZPO nach seinem Wortlaut nur die Zweigniederlassung; darin liegt aber die Anerkennung des Gerichtsstandes der Geschäftsniederlassung überhaupt (also auch der vom Wohnsitz des Inhabers verschiedenen Haupt- oder einzigen Niederlassung; vgl. LEUCH, N 1 zur erwähnten Vorschrift). Art.4 des Entwurfs ist nach zwei Richtungen hin ausdehnend auszulegen:

a) Der Ausdruck «Niederlassung» umfaßt dem weiten Wortsinn entsprechend sowohl die Haupt- wie auch die allfälligen Zweigniederlassungen. Er erhebt damit die bereits im Obligationenrecht enthaltenen Gerichtsstandsnormen der Art.642 (für die Aktiengesellschaft), 782 (für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung) und 837 (für die Genossenschaft) zu einem allgemeinen Prinzip. Nach feststehender Gerichtspraxis steht Art.59 BV nicht entgegen; er gibt dem Spezialgerichtsstand der Geschäftsniederlassung für die ent-

sprechenden Verbindlichkeiten Raum (vgl. BGE 53 I 127, 62 I 18, 77 I 124, 81 I 57, 90 I 108, Erw. 2b).

b) Auf gleiche Linie wie die Geschäftsniederlassung stellt Art. 4 den Ort einer selbständigen Berufsausübung. Zu denken ist an die nicht am Wohnsitz ausgeübte Praxis eines Arztes, Zahnarztes, Rechtsanwaltes, Architekten usw. Die Grenze zwischen Geschäftsbetrieb und selbständigem Beruf ist fließend, wie denn das ZGB die beiden Begriffe nebeneinander, ohne sie genauer abzugrenzen, verwendet (vgl. Art. 167 Abs. 1 ZGB: «Beruf oder Gewerbe» der Ehefrau; Art. 412 ZGB: «Selbständiger Betrieb eines Berufes oder Gewerbes» durch einen Bevormundeten mit Bewilligung der Vormundschaftsbehörde; an diese Bestimmungen knüpft Art. 85 Abs. 1 der sanktgallischen ZPO an: «Für Forderungen aus dem selbständigen Betrieb eines Berufes oder Gewerbes einer Ehefrau oder eines Unmündigen oder Entmündigten kann am Orte des Geschäftsbetriebes geklagt werden»; vgl. ferner betreffend den Betreibungsort Art. 47 Abs. 3 SchKG).

Wie gewisse andere gesetzliche spezielle Gerichtsstände, von denen noch zu sprechen sein wird, hat auch derjenige des Art. 4, wie bereits bemerkt, elektiven Charakter. Kommt im einzelnen Falle kein Gerichtsstand solcher Art in Betracht, so hat der allgemeine Gerichtsstand des Art. 3 Abs. 1 (sofern er sich in der Schweiz vorfindet) als ausschließlicher (einziger) zu gelten. Und zwar steht dieser allgemeine Gerichtsstand (nach der Gerichtspraxis jedenfalls, was den Wohnsitzkanton betrifft) unter dem Schutze des Art. 59 BV. Er hat jedoch nicht zwingenden Charakter, sondern gilt grundsätzlich nur unter Vorbehalt allfälliger Gerichtsstandsvereinbarungen der Parteien. Vgl. über die Unterscheidung zwischen ausschließlichen und nichtausschließlichen (wahlweisen, elektiven) Gerichtsständen einerseits und, innerhalb der Gattung der ausschließlichen Gerichtsstände, über die Unterscheidung zwischen nachgiebigen (dispositiven) und zwingenden: MATTI, Zivilprozeßrecht, Handels-hochschule, S. 1051; GULDENER, Schweiz. ZPR, 2. A., S. 85 und 94 Anm. 87; LEUCH, N 2 zu Art. 28 der bern. ZPO.

Mit den Gerichtsstandsvereinbarungen, anders ausgedrückt mit dem sog. erwählten (vereinbarten, prorogierten) Gerichtsstand befaßt sich nun Art. 5 des Entwurfs. Solche Vereinbarungen zwischen den Parteien sind im allgemeinen zulässig und halten, wie soeben bemerkt, auch vor Art. 59 BV stand, sind also auch dann beachtlich, wenn sich der vereinbarte Gerichtsstand außerhalb des Wohnsitzkantons des Beklagten befindet. Vorbehalten sind Sondervorschriften, welche solche Vereinbarungen bei bestimmten Rechtsverhältnissen nicht zulassen (so Art. 11 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1930 über die Handelsreisenden und Art. 226 I OR; diese Vorschriften stehen aber der Einlassung vor dem ungültig vereinbarten Richter nicht entgegen: vgl. BGE 87 I 132 zu jener ersten Bestimmung; Art. 226 I OR verpönt ausdrücklich nur den zum voraus erklärten Verzicht auf den allgemeinen Gerichtsstand).

Nach Art. 5 des Entwurfs soll der erwählte Gerichtsstand in Zukunft als bundesrechtlicher anerkannt sein, so wie er heute als kantonsrechtlicher neben Art. 59 BV auch gegenüber Einwohnern anderer Kantone Bestand haben kann. Und zwar nennt Art. 5 Abs. 1 den speziellen Fall der Domizilerwählung (Domizilverzeigung), *élection de domicile*. Der Entwurf stellt damit keineswegs den gemeinrechtlichen Gerichtsstand des Erfüllungsortes (*forum solutionis*) auf (wie ihn ausländische Prozeßgesetze, so das deutsche in § 28 und das italienische in Art. 20, vorsehen, ebenso manche kantonalen Prozeßgesetze, diese aber angesichts des Art. 59 BV ohne Wirkung gegenüber den Einwohnern anderer Kantone). Auch will der Entwurf nicht etwa jeder ausdrücklichen Vereinbarung eines «Erfüllungsdomizils» von Gesetzes wegen die Bedeutung einer Gerichtsstandsvereinbarung beilegen. Das wäre mit der Praxis zu Art. 59 BV unvereinbar, wonach es zum Verzicht auf diese verfassungsrechtliche Gerichtsstandsgarantie eines eindeutig dahingehenden Parteiwillens bedarf. An sich betrifft ja die Vereinbarung eines Erfüllungsortes oder -domizils nur eine Modalität der Leistung; es ist dies eine rein materielle Ver-

tragsbestimmung, die mit einem künftigen Prozesse nichts zu tun hat (vgl. HAAS, Die prorogatio fori, Diss. Bern 1943, S. 20). Nur wenn sich aus weiteren Erklärungen oder aus den Begleitumständen der Wille der Parteien ergibt, das Erfüllungsdomizil zum «Rechtsdomizil» im vollen Sinne, also zum «Gerichtsdomizil» (Gerichtsstand) zu machen, oder wenn eine für die Parteien maßgebliche Verkehrssitte dem vereinbarten Erfüllungsdomizil diese Bedeutung verleiht, enthält eine solche Klausel zugleich eine Gerichtsstandsvereinbarung. Das trifft vermutungsweise im französischen Sprachgebiet für die «élection de domicile» zu; sie gilt als «attributive de juridiction», sofern nicht nach den Umständen etwas anderes, etwa ein bloßes Zustellungsdomizil, gemeint ist (vgl. Art. 111 des Code civil, Art. 59 Schlußabsatz und Art. 420 des Code de procédure civile; R. MOREL, Traité élémentaire de proc. civ., 2^e éd., p. 246; Art. 3 des Gerichtsstandsvertrages Schweiz/Frankreich; PILLET, Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire, p. 114 ss.; BGE 75 I 31 mit Hinweis auf kantonale Prozeßgesetze der französischen Schweiz, worunter Neuenburg, Art. 14 Abs. 2: «Quand une partie a fait élection de domicile en un certain lieu pour l'exécution du contrat, elle est réputée avoir admis la compétence du juge du dit lieu pour toutes les actions résultant du contrat»; BGE 47 III 34 betreffend Anwendung des Art. 50 Abs. 2 SchKG in entsprechendem Sinne gestützt auf das als Zahlungsort vereinbarte Wechseldomizil).

Abgesehen von solchen Domizilklauseln läßt Art. 5 Abs. 2 Gerichtsstandsvereinbarungen ganz allgemein zu, soweit ihnen keine zwingende Norm entgegensteht. Solche Klauseln können nicht nur in Verträgen, sondern auch in Satzungen juristischer Personen vorkommen, und sie können sich – unter dem soeben erwähnten Vorbehalt – gültig auch auf andere als persönliche Ansprüche beziehen. Dem Beispiel kantonaler Gesetze folgend, verlangt der Entwurf die Einhaltung der Schriftform. Es brauchen aber nicht alle Beteiligten dasselbe Schriftstück zu unterzeichnen.

Soll der am vereinbarten Gerichtsstand sachlich zustän-

dige Richter unter allen Umständen zur Anhandnahme der Klage verpflichtet sein? In diesem Punkte weichen die kantonalen Prozeßgesetze stark voneinander ab. Nach § 16 Abs.1 der Zürcher ZPO ist das Gericht zur Annahme der Klage nur dann verpflichtet, wenn der Kläger seinen ordentlichen Gerichtsstand im Kanton Zürich hat. Nach Art.27 Abs.2 der Berner ZPO kann der bezeichnete Richter seine Zuständigkeit ablehnen, wenn zur Zeit der Klage keine der Parteien im Kanton Bern Wohnsitz oder eine Zweigniederlassung hat. Ähnlich St.Gallen Art.91 Abs.4 ZPO. Der vorliegende Entwurf stellt sich auf den weitherzigen Standpunkt derjenigen kantonalen Prozeßordnungen, die eine nicht gegen zwingende Normen verstoßende Gerichtsstandsvereinbarung ohne Einschränkung für den sachlich zuständigen Richter des bezeichneten Ortes als verbindlich gelten lassen (in diesem Sinne ausdrücklich Neuenburg, Art.14 Abs.1: «Le tribunal choisi par elles ne peut refuser de se saisir de l'action»; in andern Kantonen, deren Gesetze die Verbindlichkeit einer Prorogation für den bezeichneten Richter nicht einschränken, ist die Praxis nicht einheitlich (vgl. WEISSMANN, Das forum prorogatum, Diss. Zürich 1935, S.79/80; GULDENER, Schweiz. ZPR, 2. A., S.84ff.). Es mag erwähnt werden, daß auch § 38 der deutschen ZPO keine Ablehnung der Prorogation kennt.

Mit der Prorogation verwandt (und in manchen Prozeßgesetzen daran anschließend geregelt) ist die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten auf eine unzuständigen Orts eingereichte Klage. Auf diesem Wege kann das angerufene Gericht ebenfalls zuständig werden, sofern keine zwingende Gesetzesnorm entgegensteht. So denn auch Art. 21 des vorliegenden Entwurfes, wo die Wendung «von Gesetzes wegen ausschließlich zuständig» in Analogie zu Art.5 Abs.2 soviel bedeutet wie «nach zwingender Gesetzesnorm ausschließlich zuständig». Nach dieser Bestimmung kann ein an und für sich unzuständiger Richter die Klage, auf welche sich der Beklagte einläßt, an Hand nehmen. Es ist ihm also, anders als wenn sich die Klage bereits auf eine

Prorogation stützen konnte, die Anhandnahme freigestellt. Er wird sich freilich der Sache nicht mehr entschlagen dürfen, nachdem er Verfügungen zur materiellen Abklärung des Streitgegenstandes getroffen hat (nach LEUCH, N 5 zu Art. 27 und N 3 zu Art. 28 der Berner ZPO ist der Richter zur Ablehnung befugt «bis zum Eintreten auf die Sache in der Hauptverhandlung»).

Art. 6 des Entwurfes regelt die Frage, wann mehrere Beklagte gemeinsam vor demselben Richter belangt werden können. Grundsätzlich ist dies für persönliche Ansprachen im Anwendungsbereich des Art. 59 BV ausgeschlossen, denn danach steht jedem einzelnen Beklagten die Garantie des Wohnsitzrichters zu, sofern nicht (im Sinne des Art. 6 Abs. 2 des Entwurfs) wichtige Gründe die gemeinsame Belangung aller Beklagten verlangen. Allerdings gilt diese Verfassungsnorm nach der Rechtsprechung nur in interkantonaler Beziehung. Wohnen alle Beklagten im gleichen Kanton, so ist dieser daher nicht gehindert, die gemeinsame Belangung aller vor demselben Bezirks- oder Kreisgericht zuzulassen, auch wenn nur einer (oder die Mehrheit) dort wohnhaft ist. Eine eidgenössische Gerichtsstandsnorm darf aber füglich jene Regel mit durchgehender Wirkung ausstatten, so daß – bei sachlicher Zuständigkeit eines Bezirks-, Kreis- oder Gemeindegerichtes – jeder Beklagte grundsätzlich den Richter seines eigenen Wohnsitzsprengels in Anspruch nehmen kann. So Art. 6 Abs. 1 des Entwurfs.

Eine Ausnahme soll – in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 59 BV – nach Art. 6 Abs. 2 des Entwurfs dann Platz greifen, wenn «eine persönliche Ansprache wegen eines zwischen den Beklagten bestehenden Gesamthandverhältnisses gegen alle gemeinsam zu richten ist». Dies trifft zu, wenn die Passivlegitimation nach dem materiellen Rechte nicht dem einzelnen Beklagten, sondern nur allen zusammen zusteht. In diesem Falle wäre eine gegen einen einzelnen Beklagten gerichtete Klage abzuweisen, weil sich der streitige Anspruch gegen eine Personengemeinschaft richtet und nicht in Teilansprüche gegen einzelne Beklagte zerlegen läßt

(vgl. MATTI, Streitgenossenschaft S.40 ff.). Wann es sich so verhält, ergibt sich aus dem Zivilrecht. So ist nach ausdrücklicher Vorschrift die Ehelichkeitsanfechtung gegen Mutter und Kind geltend zu machen (Art.253 Abs.2 ZGB). In Betracht fällt im übrigen die gegen den Bestand einer Gemeinschaft zu gesamter Hand gerichtete Klage, man denke etwa an die Klage auf Auflösung einer Gesellschaft, die von einem klagenden Gesellschafter gegen alle andern erhoben werden muß (Art.545 Ziff.7 OR; BGE 38 II 508). Außer Betracht fällt dagegen unter diesem Gesichtspunkt grundsätzlich die Einklagung einer Forderung, wofür die Beklagten bei Gesamthandverhältnissen solidarisch verpflichtet sind (Erben nach Art.603 ZGB, Gesellschafter nach Art.544 Abs.3 OR); denn in solchen Fällen besteht keine Notwendigkeit zu gemeinsamer Belangung (vgl. GULDENER, Schweiz. ZPR, 2. A., S.268; LUTZ, Sanktgallische ZPO, 2. A., N 1, b zu Art.103). Andererseits kann sich, selbst wenn keine Gesamthand besteht, die gemeinsame Belangung Mehrerer als notwendig erweisen, wenn ihnen die Verfügung über den Streitgegenstand (z.B. als Miteigentümern) nur gemeinsam zusteht, ferner wenn sich nur durch solches Vorgehen ein Beweisnotstand vermeiden läßt (vgl. BGE 52 I 136, 90 I 107). Art.6 Abs.2 des Entwurfs wird also einer ausdehnenden Auslegung zugänglich sein.

Für erbrechtliche Klagen sieht Art.538 Abs.2 ZGB den Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers vor. Es ist angezeigt, in Anlehnung hieran auch den Gläubigern des Erblassers einen Gerichtsstand der Erbschaft einzuräumen und dadurch eine in einzelnen Kantonen bestehende Ordnung für das ganze Gebiet der Schweiz vorzusehen und einheitlich zu gestalten. Bereits ist Art.538 Abs.2 ZGB in ausdehnendem Sinn ausgelegt worden, so daß ihm auch die Klage auf Anfechtung des Erbteilungsvertrages untersteht (BGE 72 I 176/77). Im übrigen sind auch erbrechtliche Klagen, die nicht unter jene bundesrechtliche Norm fallen, dem Art.59 BV entzogen und können daher – einstweilen auf kantonale rechtlichem Boden – einem

Gerichtsstand der Erbschaft unterstellt werden (so die Klage auf Ausrichtung eines Vermächtnisses nach Art. 562 ZGB, BGE 66 I 48 ff.; der Gerichtsstand der Erbschaft ist hiefür «bundesrechtlich nicht vorgeschrieben, aber zulässig», wie LEUCH, N 5 zu Art. 30 der bern. ZPO bemerkt). Daß sich auch die Klagen von Gläubigern des Erblassers gegen die unverteilter Hinterlassenschaft an diesen Gerichtsstand weisen lassen, wird freilich nicht allgemein anerkannt: Während SCHURTER und FRITZSCHE, ZPR des Bundes, S. 467, es bejahen, äußert LEUCH, N 6 zu Art. 30 der bern. ZPO, Bedenken; er fügt jedoch bei, die Klage werde am letzten Wohnsitz des Erblassers zuzulassen sein, wenn sie sich gegen die Vertretung der Erbgemeinschaft nach Art. 602 Abs. 3 ZGB, gegen den Willensvollstrecker, den Masseverwalter beim öffentlichen Inventar, den Erbschaftsverwalter oder den amtlichen Liquidator richtet; ähnlich FORRER, Der Gerichtsstand für Klagen der Gläubiger des Erblassers, Diss. Zürich 1943, S. 40/41 und 78–80; kritisch SPINNER, Die Rechtsstellung des Nachlasses ..., Diss. Zürich 1966, S. 84 ff. Indessen zögern wir nicht – dem Beispiel des SchKG folgend, wonach die Erbschaft an dem Orte betrieben werden kann, wo der Erblasser zur Zeit seines Todes betrieben werden konnte (Art. 49 und 59 Abs. 2 SchKG) –, in Art. 7 des Entwurfs auch für gerichtliche Klagen entsprechender Art den Gerichtsstand der Erbschaft anzuerkennen. Dies rechtfertigt sich durchaus, wenn sich die Klage eines Gläubigers des Erblassers eben gegen die Hinterlassenschaft als gesetzlich vertretenes Sondervermögen (bzw. gegen die als Vertreter berufene Person, den Willensvollstrecker usw., in dieser Eigenschaft) und nicht gegen die Erben selbst richtet. Die passive Parteifähigkeit des Nachlasses bildet den zureichenden Grund für die Anerkennung des in Frage stehenden Gerichtsstandes.

Die folgenden Artikel des Entwurfs (Art. 8–10) befassen sich mit dem Gerichtsstand der gelegenen Sache. Herkömmlicher Auffassung entsprechend, wird dieser Gerichtsstand in Art. 8 als einziger vorgesehen für

den Streit um dingliche Rechte an Grundstücken. Die dahingehenden Normen werden allgemein als zwingend betrachtet, was denn auch wegen der wünschbaren Übereinstimmung der örtlichen Zuständigkeit des Richters und des Grundbuchamtes als richtig erscheint (vgl. MATTI, ZPR, S.1051, und LEUCH, N 2 zu Art.28 der bern. ZPO). Eine Ausnahme gilt nach Art. 9 Abs. 1 des Entwurfs dann, wenn ein Grundpfandrecht in Verbindung mit der dadurch gesicherten Forderung eingeklagt wird. In diesem Falle soll der Gerichtsstand der gelegenen Sache kein ausschließlicher sein, sondern bloß neben dem allgemeinen (ordentlichen) Gerichtsstand zur Verfügung stehen (so z.B. auch Art.29 Abs.1 Satz 2 der bern. ZPO). Der erwähnte Art. 9 Abs.1 des Entwurfs stellt in dieser Hinsicht das Grundpfandrecht dem Pfandrecht an beweglicher Sache gleich; er bezieht sich im übrigen ganz allgemein auf Klagen um dingliche Rechte an beweglicher Sache. Ebenfalls in elektivem Sinne soll der Gerichtsstand der gelegenen Sache nach Art. 9 Abs. 2 gelten:

a) für Klagen auf Zusprechung dinglicher Rechte an Grundstücken nach dem (analog auf beschränkte dingliche Rechte anwendbaren) Art.665 Abs.1 ZGB. Es ist dies eine Gestaltungsklage, welche die Mitte zwischen einer persönlichen Leistungs- und einer dinglichen Feststellungsklage einhält;

b) für andere Klagen, die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehen, «wie namentlich solche der Mieter, Pächter und Handwerker».

Die Kommission ist sich dessen bewußt, daß dieser Art. 9 Abs. 2 des Entwurfs mit der Rechtsprechung zu Art.59 BV nicht im Einklang steht. Danach sind persönliche Ansprüche, die mit einem Grundstück zusammenhängen, nur dann von der Anwendung des Art.59 BV ausgenommen, wenn sie im Grundbuche vorgemerkt und damit subjektivdinglich mit dem Eigentum am Grundstück verknüpft worden sind (BGE 92 I 36 ff.). Fehlt es an einer Vormerkung, so unterstehen nach ständiger Praxis persönliche Ansprüche

aus einem Grundstückskauf, aus einer Grundstücksmiete oder -pacht, aus einem Vertrag über Arbeiten an einem Hause, und ebenso Schadenersatzansprüche wegen Überschreitung des Grundeigentums (Art. 679 ZGB) oder wegen Werkmängeln (Art. 58 OR) dem Art. 59 BV (so neulich BGE 92 I 201 ff., ein Urteil, das die Beschwerde aus Art. 59 BV gegenüber einer am Ort der gelegenen Sache erhobenen Klage aus Grundstücksmiete schützt). Das soeben erwähnte Urteil übersieht indessen nicht, daß gewichtige Gründe für die Zulassung des Gerichtsstandes der gelegenen Sache in solchen Fällen bestehen und denn auch mit beachtlichen Gründen verfochten werden (z.B. von BURCKHARDT, Kommentar, 3. A., S. 554, und GULDENER, Das internat. und interkant. ZPR der Schweiz, S. 77 Anm. 242). Zuzugeben ist, daß sich die Rechtsprechung auf Gründe der Rechtssicherheit berufen kann. Denn nicht nur wird Art. 59 BV schon seit Jahrzehnten auf die erwähnte Weise angewendet, sondern es erscheint auch als wünschbar, kantonale rechtliche Einbrüche in die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes nur bei eindeutig dinglicher Natur (oder dinglicher Verknüpfung) von Ansprüchen zuzulassen, zumal da mit verschiedenen Lösungen der einzelnen Kantone zu rechnen ist, was Unsicherheit über die Tragweite des Art. 59 BV schaffen würde. Für den Bundesgesetzgeber fällt aber dieses zweite Bedenken weg. Er ist in der Lage, eine einheitliche schweizerische Regelung zu treffen. Hiebei darf nun füglich der nahen Beziehung gewisser an sich persönlicher Klagen zu einem Grundstück durch Zulassung eines Wahlgerichtsstandes der gelegenen Sache Rechnung getragen werden, wie es die erwähnten Autoren schon *de lege lata* vertreten zu können glauben (vgl. auch P. LIVER, der bei Besprechung der angeführten neuen Urteile in ZBJV 1968/104 S. 31 ff. die von der Rechtsprechung festgehaltenen Grundsätze als überholt bezeichnet). Es trifft dies u. E. zu für die in Art. 9 Abs. 2 des Entwurfs genannten Klagen der Mieter und Pächter, aus einem Rechtsverhältnis also, das die Überlassung und den Gebrauch einer unbeweglichen Sache zum Gegenstande hat. Auf gleiche

Linie verdienen u.E. die Klagen der Bauhandwerker gestellt zu werden. Auch wenn nicht zugleich der gesetzliche Pfandrechtsanspruch geltend gemacht wird (was schon nach der Gerichtspraxis die Nichtanwendung von Art.59 BV rechtfertigt, vgl. BGE 41 I 284 und 91 I 123/24), sollen diese Klagen bei dem am Orte des Baugrundstücks zuständigen Richter erhoben werden können.

Mit der Wendung «wie namentlich...» will Art.9 Abs.2 die Einbeziehung anderer mit einem Grundstück zusammenhängender Klagen ermöglichen. In erster Linie dürfte in Frage kommen, den Klagen der Mieter, Pächter und Bauhandwerker diejenigen der Vermieter, Verpächter und Bauherren hinsichtlich des Gerichtsstandes gleichzustellen, sie also ebenfalls wahlweise beim Richter des Ortes der gelegenen Sache zuzulassen, auch wenn dieser Ort nicht zugleich der Wohnsitz des Beklagten ist (also auch wenn der Mieter oder Pächter bereits weggezogen ist oder der mit Bauarbeiten beauftragte Handwerker auswärts wohnhaft ist).

Für Klagen besonderer Art stellt Art. 10 des Entwurfs drei Gerichtsstände zur Wahl. Es handelt sich um die Klagen auf Herausgabe gerichtlich hinterlegter Sachen oder Gelder (Abs. 1) und um die Beanspruchung anderer geleisteter Sicherheiten, wie namentlich Bankgarantien und dergleichen (Abs. 2). Nach § 11 der zürcherischen ZPO können «...Klagen auf Herausgabe gerichtlich hinterlegter Beträge entweder am Wohnsitze des Schuldners oder an dem Orte angehoben werden, wo sich ... die hinterlegte Summe befindet». Es erscheint als angezeigt, außerdem den Ort zu berücksichtigen, wo die Hinterlegung angeordnet wurde, und ferner Sachhinterlagen (wobei namentlich an Wertpapiere zu denken ist) den Geldhinterlagen gleichzustellen. Dem Ort der gerichtlichen Anordnung der Hinterlegung ist Beachtung zu schenken, weil er gesetzlich festgelegt ist (Art.92 Abs.2 OR; eine Vorschrift, die auch für Hinterlegungen im Sinne von Art.168 OR als Spezialfall des Art.96 OR gilt). Die Hinterlegung selbst ist in der Regel wie ihre Anordnung am Erfüllungsorte vorzunehmen, unter Umständen jedoch an

dem davon allenfalls verschiedenen Ablieferungsort (vgl. BECKER, N 14 zu den Art. 92–94 OR, und OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 92 OR). Für die Klage auf Herausgabe einer Hinterlage enthält das OR keine Gerichtsstandsnorm. Es rechtfertigt sich vollauf, hierfür nun eine Regelung zu treffen, wie sie in Art. 10 des Entwurfs enthalten ist. Auch in dieser Hinsicht hat der Bundesgesetzgeber eine größere Freiheit, als wie sie den Kantonen gegenüber Art. 59 BV zuzugestehen ist. Die Rechtsprechung betrachtet die Klage auf Herausgabe einer Geldsumme, die bei einem Dritten zur Sicherstellung einer streitigen Forderung hinterlegt wurde, nur dann nicht als eine persönliche Ansprache, wenn die Hinterlegung an die Stelle eines Pfand- oder Retentionsrechtes trat (BGE 93 I 549 ff.). Fällt aber der gesetzliche Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts infolge hinreichender anderweitiger Sicherstellung durch eine Bankgarantie weg, so daß es gar nicht zur Eintragung eines Grundpfandrechts kommt, so bleibt die Klage auf Bezahlung der auf jene andere Art gesicherten Forderung dem Schutz des Art. 59 BV unterstellt (BGE 91 I 121/22, 93 I 552 oben). Die zur Sicherstellung einer streitigen Geldsumme dienende Geldhinterlage in amtlichem Gewahrsam oder in Händen eines Dritten begründet kein dingliches Recht (vgl. den zuletzt angeführten Entscheid, S. 551 unten mit Hinweisen). Der vorliegende Entwurf glaubt gleichwohl in Art. 10 eine Gerichtsstandsnorm aufstellen zu dürfen, die der pfandrechtsähnlichen Bedeutung einer Sicherstellung in Dritthand Rechnung trägt*. Handelt es sich um eine Sach- (oder Wertpapier-)hinterlage, so ist die Anerkennung eines Wahlgerichtsstandes der Ortslage ebenso gerechtfertigt wie bei einem (eigentlichen) Pfandrecht. Aber auch die Geldhinterlage hat eine entsprechende Aufgabe; grundsätzlich verdient der Anspruch, auf eine solche Hinterlage zu

* Nach dieser Richtung hin bewegt sich übrigens die neueste Rechtsprechung zu Art. 59 BV (BGE 94 I 48 ff.).

greifen, in gleicher Art geschützt zu werden wie der Zugriff auf eine Sachhinterlage (vgl. OSTERTAG, Die Hinterlegung zu Gunsten Dritter, SJZ 19 S.353ff.). Und was die unter Abs. 2 fallenden Sicherheiten (insbesondere die Bankgarantien) betrifft, so entspricht es einer natürlichen Betrachtungsweise, sie als am Sitze des Garanten «gelegen» gelten zu lassen. Das rechtfertigt es, dem Kläger einen dortigen Gerichtsstand neben dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten zur Wahl zu stellen, und zwar nicht nur für die Klage gegen den Garanten, sondern auch gegenüber dem Schuldner (Klage auf Freigabe der Garantie mit entsprechender Weisung an den Garanten). Was endlich den dritten in Art.10 des Entwurfs vorgesehenen Gerichtsstand – denjenigen des Ortes, wo die Hinterlegung angeordnet wurde – betrifft, so schließt er sich zwangslos dem Art.92 Abs.2 OR an. Es erscheint als richtig, diese den Gerichtsstand des Erfüllungsortes für die Anordnung der Hinterlegung aufstellende Norm dahin zu ergänzen, daß der Kläger dort, wo er die Anordnung erwirkte, dann auch die Herausgabe der Sicherheit verlangen kann (was auf andere als durch Hinterlegung geleistete Sicherheiten zu übertragen ist). Wo die Sicherheitsleistung angeordnet wurde, soll also auch der Zugriff auf deren Gegenstand ermöglicht werden (falls der Gläubiger nicht am allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners vorgehen will, und insbesondere dann, wenn ein solcher Gerichtsstand in der Schweiz nicht vorhanden ist).

Die folgenden Artikel (11–14) fassen den Gerichtsstand des Sachzusammenhanges ins Auge.

Unter Umständen besteht zwischen an und für sich selbständigen Klagen ihrem Inhalte nach ein Zusammenhang, der es rechtfertigt, dafür einen einheitlichen Gerichtsstand zur Verfügung zu stellen (und dadurch die gemeinsame Beurteilung zu ermöglichen) oder sogar vorzuschreiben (weil die gemeinsame Beurteilung aus Gründen des materiellen Rechts notwendig ist).

Zur zweiten Gattung gehören, wie in der Rechtsprechung längst anerkannt ist, die gegenseitigen Begehren von Ehe-

gatten auf Scheidung oder Trennung der Ehe (BGE 84 II 475 mit Hinweisen). Dahin lautet Art. 11 des Entwurfs.

Art. 12 betrifft die Anordnung vorsorglicher Maßnahmen im Scheidungsprozeß. Dazu ist nach Art. 145 ZGB der mit der Scheidungsklage befaßte Richter (allenfalls der Präsident oder ein ihn vertretendes Mitglied des Gerichtes) zuständig. Sind aber die Klagen des einen und des andern Ehegatten an verschiedenen Orten angehoben, und ist über die Zuständigkeitsfrage noch nicht entschieden, so bedarf es einer Klarstellung: Alsdann ist grundsätzlich die für die Hauptsache geltende Regel der zeitlichen Priorität der Hängigkeit zu beachten. Doch hat der betreffende Richter sich für die vorsorglichen Maßnahmen als unzuständig zu erklären, wenn seine Unzuständigkeit in der Scheidungssache selbst offensichtlich ist (BGE 83 II 495 Erw. 1).

Art. 13 gestattet gemäß der bestehenden Prozeßgesetzgebung und -praxis die objektive Klagenhäufung, d. h. die Geltendmachung mehrerer rechtlich zusammenhängender Ansprüche in derselben Klage, also beim nämlichen Richter, sofern dieser für alle diese Ansprüche sachlich und wenigstens für einen auch örtlich zuständig ist. Ist die sachliche Zuständigkeit lediglich dem Streitwerte nach verschieden, oder wird sie jedenfalls durch den Gesamtstreitwert beeinflußt, so hindert dies die Verbindung nicht (vgl. Art. 47 Abs. 1 OG; LEUCH, N 3 zu Art. 159 der bern. ZPO). – Art. 13 des Entwurfes will im übrigen nicht hindern, daß das kantonale Prozeßrecht die objektive Klagenhäufung auch beim Fehlen eines rechtlichen Zusammenhanges zwischen den einzelnen Ansprüchen zuläßt.

Nach Art. 14 des Entwurfes soll die Widerklage bei einem örtlich sonst nicht zuständigen Richter von Bundesrechts wegen zugelassen werden, wenn der Gegenanspruch mit der Klage in einem rechtlichen Zusammenhang steht. Voraussetzung der Widerklage ist, daß der Richter auch für sie sachlich zuständig sei. Eine bloß durch den Streitwert bedingte Verschiebung der sachlichen Zuständigkeit hindert

aber die Widerklage ebensowenig wie die im vorausgehenden Artikel berücksichtigte objektive Klagenhäufung.

Kein rechtlicher Zusammenhang braucht zu bestehen, wenn Gegenstand der Widerklage ein mit demjenigen der Klage verrechenbarer Anspruch ist, also namentlich wenn sich Geldforderungen gegenüberstehen. Bis zum Betrage der Klageforderung ist die Verrechnung der Gegenforderung (sofern kein Vorbehalt eingreift, Art. 125 OR) kraft materiellen Rechtes zuzulassen (Art. 120 ff. OR). Die Gegenforderung soll aber auch für einen Mehrbetrag, eben durch Widerklage, im gleichen Verfahren geltend gemacht werden können.

Mit der Einführung des Gerichtsstandes der Betreibung für eine Anzahl im SchKG vorgesehener Klagen möchte der Entwurf in Art. 15 eine seit langem im schweizerischen Rechtsleben empfundene Lücke der Bundesgesetzgebung ausfüllen. Für einige Klagen hat das SchKG den Gerichtsstand geregelt, so für die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2), für die Rückforderungsklage (Art. 86 Abs. 2), für die Kollokationsklage im Betreibungsverfahren (Art. 148) und im Konkurs (Art. 250), für die Schadenersatzklage wegen ungerechtfertigten Arrestes (Art. 273 Abs. 2), für die Arrestaufhebungsklage (Art. 279). Für gewisse andere Klagen konnte die Rechtsprechung auf dem Weg der Analogie den bundesrechtlichen Gerichtsstand bestimmen: so für die Rechtsöffnung (Art. 80 ff., BGE 76 I 47), für das Nachlaßverfahren (Art. 293, BGE 68 I 195), für die Einklagung bestrittener Forderungen nach Bestätigung eines Nachlaßvertrages (Art. 310, BGE 43 I 279). Das Verordnungsrecht hat ergänzend eingegriffen (betreffend Lastenbereinigung Art. 39 Abs. 2 VZG; betreffend Auszahlungsansprüche des Schuldners gegen den Bund beim ordentlichen Nachlaßvertrag Art. 9 Abs. 6 der Verordnung des Bundesrates vom 26. April 1963 über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge). Hinsichtlich anderer Klagen, namentlich der Widerspruchsklagen nach Art. 107 und 109 SchKG, war das Schweigen des Gesetzes dahin zu deuten, es gelte einstweilen keine eidge-

nössische Gerichtsstandsregel – ein unbefriedigender Rechtszustand, der u.E. behoben werden sollte.

Im einzelnen sei zu diesem Art. 15 bemerkt:

Die in den Ziffern 1–3 und 7 erwähnten Gerichtsentscheide bilden einen eigentlichen Teil der Betreibung. Es hat als unausgesprochener Gesetzeswille zu gelten, daß diese Angelegenheiten an einen einheitlichen, also bundesrechtlichen Gerichtsstand, und zwar denjenigen des Betreibungsortes, gehören (BGE 25 I 37).

Die Klage auf Bewilligung des Pfändungsanschlusses nach Art. 111 Abs. 3 SchKG (Ziff. 4 unseres Art. 15) hat in erster Linie ein betreibungsrechtliches Ziel und dient freilich zugleich der Verwirklichung materiellrechtlicher Ansprüche. Viele kantonale Prozeßordnungen sehen dafür den Gerichtsstand des Betreibungsortes vor (vgl. GULDENER, Schw. ZPR, 2. A., S. 82 Anm. 34), und die Lehre spricht sich für die Anerkennung dieses Gerichtsstandes aus, namentlich um dem Anschlußkläger die gemeinsame Belangung mehrerer Einsprecher zu ermöglichen und widersprechende Urteile zu vermeiden (nähere Angaben in BGE 71 II 174/75). Diese Ansicht erscheint als zutreffend; der Entwurf sieht deshalb für solche Klagen in Art. 15 Ziff. 4 den Gerichtsstand des Betreibungsortes vor.

Ein heikles Gerichtsstandsproblem stellt sich für die Widerspruchsklage nach Art. 107 und für die Widerspruchsbeseitigungsklage nach Art. 109 SchKG. Diese Klagen haben unter zwei Gesichtspunkten eine Doppelnatur: einmal tritt zu ihrer betreibungsrechtlichen Bedeutung (Zulässigkeit und Umfang des Pfändungsbeschlags) die materiellrechtliche Nebenwirkung, wie sie die Verwertung als solche, bei Verneinung des Dritteigentums, und die allfällige Nichtberücksichtigung des erfolglos geltend gemachten Pfandrechts mit sich bringen (BLUMENSTEIN, Handbuch, S. 391: «Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse»; FAVRE, Droit des poursuites, 2^e éd., p. 205: «incidence sur les rapports de droit matériel»). Sodann geht der

Widerspruch des Dritten, wenn er das Eigentum geltend macht, auf Ausschluß der Pfändung (gänzliche Freigabe des Pfändungsgegenstandes), dann aber, wenn er ein Pfandrecht geltend macht, bloß auf Berücksichtigung dieser zu seinen Gunsten bestehenden Belastung nach dem sog. Deckungsprinzip (so daß der Dritte auf Grund eines materiellrechtlichen Vorzugsrechtes an der Betreibung teilnimmt). EMIL HUBER, Der Gerichtsstand der Widerspruchsklage, ZBJV 44/1908 S. 649 ff., spricht in dieser Hinsicht von «Teilnahme-klagen». Angesichts der vielgestaltigen Rechtsnatur dieser Klagen ist es nicht verwunderlich, daß die kantonalen Prozeßgesetze hierfür Gerichtsstandsnormen aufgestellt haben, die voneinander abweichen (vgl. GULDENER, Schweiz. ZPR, 2. A., S. 82 Anm. 35). Es erscheint als ein dringendes Gebot, diese «schwer fühlbare Lücke des Bundesrechts» (FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., I, S. 236 oben) durch eine einheitliche Regelung auszufüllen. Namhafte Autoren (worunter JAEGER, N 5 zu Art. 107, und BLUMENSTEIN, Handbuch, S. 393; weitere Angaben bei FRITZSCHE, a.a.O., Anm. 345) haben sich, was die Klage nach Art. 107 SchKG betrifft, für den Gerichtsstand des Betreibungsortes ausgesprochen. Der vorliegende Entwurf macht sich diese Lösung in Art. 15 Ziff. 5 zu eigen. Es sprechen dafür folgende Gründe: Da es um ein die Pfändung ausschließendes oder zurückdrängendes Recht geht, erscheint der Betreibungsort als der nächstliegende Gerichtsstand. Es ist den beteiligten Personen zuzumuten, den Rechtsstreit dort durchzuführen: sowohl dem Drittsprecher, der am Pfändungsgegenstande keinen Gewahrsam hat und dem daher die Klägerrolle zufällt, wie auch der beklagten Partei, nämlich dem den Drittanspruch bestreitenden Gläubiger, für welchen der streitige Gegenstand gepfändet wurde, und vollends dem allenfalls den Drittanspruch auch seinerseits bestreitenden Schuldner. Es könnte allerdings auch der Gerichtsstand der gelegenen Sache in Frage kommen; doch bietet der Gerichtsstand des Betreibungsortes den Vorteil, daß dieser Ort aus der Verfügung des Betreibungsamtes klar ersichtlich ist und außer-

dem der Streit über mehrere an verschiedenen Orten befindliche Pfändungsgegenstände in einem einzigen Verfahren durchgeführt werden kann. Der Entwurf wählt diese Lösung (die neuerlich de lege ferenda auch von J. CASTELLA, *Journal des Tribunaux* 106/1958, p.72/73 empfohlen wird) um ihrer Einfachheit willen, obwohl nicht zu leugnen ist, daß sich auch eine differenziertere Regelung (etwa die von E. HUBER, a.a.O., S.662, zusammengefaßte) verfechten läßt.

Für die Klage nach Art.109 SchKG – die gegen den Drittansprecher anzuheben ist, wenn er den Gewahrsam oder wenigstens Mitgewahrsam am streitigen Gegenstande hat (vgl. BGE 83 III 131) – sieht der Entwurf keine allgemeine Gerichtsstandsnorm vor. Es bleibt also offen, ob eine solche Klage grundsätzlich stets am Wohnsitz des Drittansprechers oder allenfalls an dem davon verschiedenen Ort der gelegenen Sache anzuheben sei. (Ist Pfändungsgegenstand eine Forderung, und kommt dem Drittansprecher die Beklagtenrolle zu, so kann er sich auf die Gerichtsstandsgarantie des Art.59 BV berufen; BGE 58 I 233, 86 III 138 untere Hälfte). Dagegen bezeichnet der Entwurf in Art. 15 Ziff. 6 den Betreibungsort als bundesrechtlichen Gerichtsstand für die Klage nach Art.109 SchKG gegen einen im Ausland wohnhaften Beklagten, gemäß BGE 57 III 16.

Art. 15 Ziff. 7 betrifft eine rein betreibungsrechtliche Entscheidung, die, wie bereits im Zusammenhang mit den Ziffern 1–3 bemerkt wurde, vom Richter des Betreibungsortes zu treffen ist.

Auch die Entscheidung darüber, ob der nach beendigtem Konkurs betriebene Gemeinschuldner zu neuem Vermögen gekommen ist (Art.265 Abs.2 und 3 sowie Art.267 SchKG), steht richtigerweise dem Gericht des Betreibungsortes zu (Art. 15 Ziff. 8). Es handelt sich um ein eigenartiges Zwischenverfahren einer Betreibung, die nur den Zugriff auf «neues Vermögen» gestattet. Gegenstand der Entscheidung ist eben die Feststellung, ob ein solches Vollstreckungssubstrat vorhanden ist, und worin es besteht.

Die Artikel 16 und 17 sehen den Gerichtsstand des Arrestes vor, und zwar

Art. 16 für die Arrestprosektionsklage des Art. 278 Abs. 2 SchKG (Klage auf Anerkennung des Forderungsrechtes) unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen der Staatsverträge und des Art. 59 BV (BGE 40 I 492/499). Die Wendung «kann... erhoben werden» bringt zum Ausdruck, daß es sich nicht um einen ausschließlichen Gerichtsstand handelt. Nach der neuern Rechtsprechung kann die Arrestbetreibung bei schweizerischem Wohnsitz des Schuldners auch an diesem Orte stattfinden (BGE 77 III 128) und daher die Prosektionsklage ebenfalls beim Richter dieses Ortes erhoben werden. Auch eine Klage im Ausland ist zur Arrestprosekution geeignet, wenn Urteile des betreffenden Staates in der Schweiz oder jedenfalls im Kanton der Arrestnahme vollstreckbar sind (BGE 66 III 59 Erw. 2).

Art. 17 weist sodann die im Anschluß an einen Arrest zu erhebende Widerspruchsklage nach Art. 109 SchKG gegen einen im Auslande wohnhaften Drittsprecher an den Richter des Arrestortes. Das entspricht der Regel, wie sie Art. 15 Ziff. 6 des Entwurfs für die im Anschluß an eine Pfändung zu erhebende Klage gleicher Art aufstellt.

Nach Art. 18 soll für die Aussonderungsklage nach Art. 242 Abs. 2 SchKG gegen die Konkursmasse (und allenfalls gegen die Konkursgläubiger, welche gemäß Art. 260 SchKG den Anspruch an Stelle der Masse bestreiten wollen) der Richter des Konkursortes zuständig sein. Das entspricht einer vorherrschend gewordenen Ansicht (vgl. FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., II S. 139 Anm. 208). Dieser Autor wirft die Frage auf, ob dann, wenn Gegenstand der Aussonderung ein Grundstück bildet, ein besonderer Gerichtsstand, nämlich derjenige der gelegenen Sache, anzuerkennen sei. Dazu besteht jedoch keine genügende Veranlassung. Das SchKG räumt dem Gerichtsstand des Konkursortes für die gegen die Konkursmasse gerichteten Klagen eine beherrschende Stellung ein. Das gilt namentlich auch für Streitigkeiten, die sich auf beschränkte

dingliche Rechte an Grundstücken des Gemeinschuldners beziehen, und zwar gleichgültig, wo diese Grundstücke liegen. Denn es greift hiefür der allgemeine Gerichtsstand der Konkursmasse, eben derjenige des Konkursortes, Platz, wie ihn Art. 250 SchKG für die Kollokationsstreitigkeiten vorschreibt. Da das Lastenverzeichnis einen Bestandteil des Kollokationsplanes bildet (Art. 125 Abs. 2 VZG), fallen solche Streitigkeiten unter Art. 250 SchKG. Dementsprechend gehören nun auch die Aussonderungsstreitigkeiten richtigerweise vor das Gericht des Konkursortes, auch wenn sie sich auf Grundstücke beziehen.

Art. 19 des Entwurfs hält sich an die durch Art. 59 BV gezogenen Schranken, indem er für die Klagen aus unerlaubter Handlung den Gerichtsstand des Begehungsortes nur dann zuläßt, wenn der Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz hat und daher des Schutzes jener Verfassungsnorm nicht teilhaftig ist. Er umschreibt den Begehungsort in dem weiten Sinne, wie er dem Art. 7 Abs. 1 StGB und dem Prozeßrecht ganz allgemein geläufig ist (vgl. BGE 82 II 163). Es mag der Auslegung vorbehalten bleiben, ob dann, wenn der Tatort nicht mit dem Ort des Erfolgsintrittes zusammenfällt, jedoch beide in der Schweiz liegen, jener Ort den Vorrang haben solle (wie es nach Art. 346 StGB für das Strafverfahren zutrifft).

Während Art. 19 des Entwurfs die Klage aus unerlaubter Handlung vor den Zivilgerichten betrifft, faßt Art. 20 die Geltendmachung solcher Ansprüche in einem wegen der betreffenden Handlung angehobenen Strafverfahren ins Auge. Die meisten Strafprozeßordnungen gestatten (mit gewissen Vorbehalten) eine solche «adhäsionsweise» Erhebung der Zivilklage vor dem Strafrichter. Einem solchen Vorgehen des Verletzten steht nach ständiger Rechtsprechung Art. 59 BV in keinem Fall entgegen; es ist also auch dann zulässig, wenn der Angeschuldigte in der Schweiz wohnhaft und zudem aufrechtstehend ist, das Strafverfahren aber nicht in seinem Wohnsitzkanton stattfindet (BGE 53 I 53 Erw. 2; BURCKHARDT, Komm. zur BV, 3. A., S. 549/

550; GULDENER, Schweiz. ZPR, 2. A., S. 56 Anm. 31). Art. 20 des Entwurfs will dies – als Ergänzung zu Art. 19 – festhalten, ohne die Adhäsionsklage vor kantonalen Gerichten zu einer Einrichtung des Bundesrechtes zu machen. (Im Bundesstrafverfahren gelten dafür die Artikel 210–213 BStP.)

Über den Gerichtsstand der vorbehaltlosen Einlassung (Art. 21 des Entwurfs) wurde bereits im Anschluß an die Ausführungen zum erwählten Gerichtsstand (Art. 5 des Entwurfs) gesprochen. Der Begriff der vorbehaltlosen Einlassung (*engagement au fond*) ist als bundesrechtlicher so zu verstehen, wie ihn die Rechtsprechung zu Art. 59 BV und zu staatsvertraglichen Bestimmungen solchen Inhaltes entwickelt hat (vgl. insbesondere BGE 87 I 58 und 132/133, 90 I 117 Erw. 3, a; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, I p. 323 n° 857).

Auf die Gerichtsstandsnormen der Art. 3–21 folgt in Art. 22 eine allgemeine Bestimmung über die Prozeßüberweisung als einfaches, die Fortdauer der Rechtshängigkeit sicherndes Mittel zur Übertragung eines Rechtsstreites vom unzuständigen an das zuständige Gericht. Diese Art des Vorgehens ist einigen kantonalen Prozeßgesetzen bekannt; ihre Voraussetzungen sind verschieden geordnet. Als allgemeine Regel ist die Prozeßüberweisung anerkannt im Code de procédure civile des Kantons Waadt vom 20. November 1911, Art. 90 Abs. 2 und Art. 94 (vgl. dazu die Anmerkungen der édition annotée von FAVEY/JUNOD), ebenso im neuen CPC desselben Kantons vom 12. Dezember 1966 (noch nicht in Kraft gesetzt):

Art. 57 Abs. 3:

Le juge de paix saisi d'une cause dont la valeur litigieuse excède sa compétence est tenu de la renvoyer d'office à la juridiction compétente.

Art. 61:

Le déclinatoire étant admis, la cause est reportée d'office, dans l'état où elle se trouve, devant le juge compétent, si elle relève d'une autre autorité judiciaire du canton.

Lorsque la procédure devant cette juridiction est différente de celle qui a été suivie jusqu'au déclinatoire, le juge peut fixer aux parties des délais pour compléter leur procédure.

Si la cause ne relève pas d'une autorité judiciaire du canton, le demandeur est éconduit de son instance.

Nach andern kantonalen Gesetzen hat das angerufene Gericht, wenn es sich unzuständig erklärt, in der Regel die Sache von der Hand zu weisen. Um den Kläger vor Rechtsverlust zu schützen, sehen einzelne Gesetze eine Rückdatierung der Rechtshängigkeit bei Einreichung der neuen Klage binnen kurzer Frist vor (vgl. Art. 163 Abs. 1 der bernischen ZPO, dazu LEUCH N 6, und Art. 76 und 128 der freiburgischen ZPO, dazu DESCHENAUX und CASTELLA, *La nouvelle procédure civile fribourgeoise*, S. 59).

Eine Prozeßüberweisung findet nach zürcherischem Prozeßrecht statt bei Zuständigkeitsveränderung infolge einer Widerklage (§ 133 Abs. 2 ZPO) und bei begründeter Einrede des Beklagten gegen die Anrufung des Bezirksgerichts statt des Handelsgerichts (§ 82 GVG). Das bernische Prozeßrecht sieht eine Überweisung der Klage an das zuständige Gericht von Amtes wegen in Art. 10 des Dekrets über das Handelsgericht vor, ferner in Art. 94 Abs. 3 ZPO bei nachträglicher Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts infolge einer Klageänderung. Ändert sich aber die Zuständigkeit aus einem andern Grunde, insbesondere wegen einer Widerklage von höherem Streitwert (Art. 140 Abs. 1 ZPO), so läßt die Praxis eine unmittelbare Überweisung an ein anderes Gericht nur zu, wenn die Parteien sich dahin geeinigt haben (vgl. ZbJV 84/1948 S. 411 ff. und 90/1954 S. 182/183; dazu kritisch GULDENER, *Schweiz. ZPR*, 2. A., S. 263 Anm. 18).

Als allgemeine Regel kennt § 276 der deutschen ZPO die Verweisung an das zuständige Gericht, gemäß folgendem Absatz 1:

Ist auf Grund der Vorschriften über die örtliche oder sachliche Zuständigkeit der Gerichte die Unzuständigkeit des Gerichts auszu-

sprechen, so hat das angegangene Gericht, sofern das zuständige Gericht bestimmt werden kann, auf Antrag des Klägers durch Beschluß sich für unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen. Sind mehrere Gerichte zuständig, so erfolgt die Verweisung an das vom Kläger gewählte Gericht.

(Vgl. H. SCHALCH, Die Prozeßverweisung im deutschen und im Zürcher Zivilprozeß, Diss. Zürich 1953; BAUMBACH/LAUTERBACH, Kommentar zur DZPO, der an die Spitze der Bemerkungen zu § 276 den Satz stellt: «§ 276 will der Verzögerung und Verteuerung der Prozesse durch Zuständigkeitsstreitigkeiten vorbeugen».)

Diesem Gedanken will auch Art. 22 des vorliegenden Entwurfs Geltung verschaffen. Die von ihm vorgesehene Prozeßüberweisung soll als bundesrechtliche Regel Platz greifen, wenn sich in einem Zivilrechtsstreit das angerufene kantonale Gericht (genauer: die angerufene Behörde der Zivilrechtspflege) auf Grund bundesrechtlicher Gerichtsstandsnormen (seien es diejenigen der vorgehenden Artikel 3–21 oder solche anderer Bundesgesetze, wie des ZGB, des SchKG, des EHG), des schweizerisch/französischen Gerichtsstandsvertrages von 1869 usw. als örtlich unzuständig erklärt. Natürlich ist die formelle Rechtskraft des Unzuständigkeitsentscheides abzuwarten. Der Kläger kann sie übrigens sofort herbeiführen, indem er auf Weiterziehung verzichtet und die Überweisung an ein zuständiges Gericht verlangt. Dieses Rechtsinstitut trägt auf nützliche Weise dazu bei, die Weiterführung eines unzuständigen Ortes angehobenen Prozesses zu vereinfachen. Genügen die bereits durchgeführten Prozeßhandlungen den beim zuständigen Gericht geltenden Verfahrensregeln ebenfalls, so brauchen sie nicht wiederholt zu werden. Der Prozeß kann in diesem Falle einfach weitergehen. Ferner ist die Fortdauer der Rechtshängigkeit gesichert. Der Kläger ist somit bei solchem Vorgehen auch dann gegen eine Verwirkung seines materiellen Anspruchs geschützt, wenn ihm die Nachfrist des Art. 139 OR nicht zur Verfügung steht oder über die analoge Anwendbarkeit dieser Bestimmung Zweifel obwalten (vgl. zu

den Klagen des SchKG: BGE 75 III 75, 91 III 15 ff.; FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., II S. 239).

Es ist wünschbar, die Prozeßüberweisung zum bundesrechtlichen Grundsatz zu erheben, damit sie sich – ebenso wie Art. 139 OR – über die Kantons Grenzen hinaus auswirken kann. Nur so wird dem Kläger der Rechtsschutz im Sinne des soeben Gesagten in vollem Maße zuteil. Dabei ist ihm zuzumuten, den zuständigen Richter ausfindig zu machen und zu bezeichnen. Es wäre für schweizerische Verhältnisse – namentlich dann, wenn kein Gericht desselben Kantons zuständig ist – nicht annehmbar, eine Regelung zu treffen, wie sie § 276 Abs. 1 und 2 der deutschen ZPO enthält. Danach hat das angerufene Gericht nicht nur seine eigene Unzuständigkeit festzustellen, sondern überdies das zuständige Gericht zu bestimmen, und sein Überweisungsbeschluß bindet das andere Gericht. Nach Art. 22 unseres Entwurfs ist das unzuständigerweise angerufene Gericht nicht von Bundesrechts wegen verpflichtet, die Zuständigkeitsfrage nach der positiven Seite hin näher zu prüfen. Es hat die Sache an das vom Kläger bezeichnete Gericht zu überweisen, sofern dieses nicht offensichtlich unzuständig ist. Der Kläger bezeichnet also das zuständige Gericht auf eigene Gefahr. Das betreffende Gericht ist dann seinerseits befugt, seine Zuständigkeit frei zu überprüfen und die Sache gegebenenfalls von der Hand zu weisen oder auf Antrag des Klägers zu einer weitem Verweisung zu schreiten. (Wie ist es mit den durch die Anrufung unzuständiger Gerichte entstandenen Mehrkosten zu halten? Nach § 276 Abs. 3 Satz 2 der deutschen ZPO trägt diese Kosten der Kläger, auch wenn er in der Hauptsache obsiegt.)

Zu den Artikeln 23 (Gerichtsstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit) und 24 (Gerichtsstand des Schiedsgerichts) wurde bereits bei der Übersicht über diesen Titel das Nötige gesagt.

Titel II: Von den Parteien und den am Prozeß beteiligten Dritten

1. Übersicht

Wer in einem Zivilprozeß die Stellung einer Partei einnehmen kann (Parteifähigkeit), und wer im Verfahren als Partei selber oder durch einen gewillkürten Vertreter handeln kann (Prozeßfähigkeit), bestimmt sich nach materiellrechtlichen Gesichtspunkten. Gleiches gilt von der Befugnis, als Dritter die Rolle einer Nebenpartei zu spielen (Intervention), sei es aus eigenem Interesse oder zum Schutz von Interessen einer Hauptpartei, welche den Dritten in den Streit ruft (Streitverkündung). Und schließlich ist materiellrechtlichen Interessen Rechnung zu tragen bei der Lösung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen während der Prozeßdauer ein Parteiwechsel stattfinden könne. All dies bildet das Thema des vorliegenden Titels II, der anhangsweise auch noch die grundsätzlich vom kantonalen Recht beherrschte Parteivertretung in Betracht zieht, namentlich um durch Aufstellung einer (der Sache nach allgemein anerkannten) Regel Klarheit darüber zu schaffen, wie es mit den Prozeßhandlungen eines nicht bevollmächtigten Vertreters zu halten sei.

2. Zu den einzelnen Bestimmungen

Die kantonalen Prozeßordnungen enthalten sich einer Normierung der Parteifähigkeit in der Annahme, es sei dies einfach ein Ausfluß der durch das materielle Recht geregelten Rechtsfähigkeit. Es ist aber zu beachten, daß der formelle Parteibegriff über die natürlichen und die juristischen Personen hinaus reicht und auf Personenmehrheiten und Vermögensmassen auszudehnen ist, die in eigenem Namen klagen und verklagt werden können (vgl. SCHURTER und FRITZSCHE, ZPR des Bundes, S.486). Es erschien deshalb als gerechtfertigt, in Art. 25 des vorliegenden Entwurfs die Parteifähigkeit zu umschreiben, wie sie auch verschiedenen Gebilden ohne Rechtspersönlichkeit zukommt, so der

Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft (Art. 562 und 602 OR), der Konkursmasse (Art. 240 und 250 Abs. 2 SchKG), der Liquidationsmasse beim Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 316 d Abs. 3 SchKG), der Hinterlassenschaft bis zur Erbteilung (wozu vgl. die Ausführungen hievor zum Gerichtsstand der Erbschaft, Art. 7 des Entwurfs), den Schweizerischen Bundesbahnen (Art. 5 des Bundesgesetzes vom 3. Juni 1944 über die SBB) und noch andern Gebilden des eidgenössischen, kantonalen und ausländischen Rechts wie auch des Völkerrechts, denen eine entsprechende Stellung eingeräumt ist. Der in Art. 25 des Entwurfs verwendete Ausdruck «Personenverbindungen» ist im weitesten Sinne zu verstehen; er umfaßt außer den in Art. 52 Abs. 1 ZGB so benannten Körperschaften die bereits erwähnten Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, und zu den «Anstalten» gehören auch die selbständigen Stiftungen, die ja auch etwa als private Anstalten bezeichnet zu werden pflegen (vgl. HAFTER, Komm. 2. A. N 1–3 zu Art. 80 ff. ZGB).

Die Prozeßfähigkeit entspricht grundsätzlich der durch das materielle Recht geordneten Handlungsfähigkeit. Auch Besonderheiten, wie sie namentlich für die Ehefrau gelten, sind durch das materielle Recht bestimmt (vgl. Art. 168 Abs. 2 ZGB und Art. 68^{bis} SchKG). Demgemäß knüpft Art. 26 des Entwurfs an das materielle Recht an (vgl. auch BGE 42 II 555, 48 II 29, 77 II 7 ff., 81 I 143 Erw. 3, 88 IV 111 Erw. 1; SCHURTER und FRITZSCHE, a.a.O.; GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 115 ff.).

Es folgen Bestimmungen über den Beitritt eines Dritten als Nebenpartei (sog. Intervention), und zwar betrifft Art. 27 den Beitritt aus eigenem Entschluß und Art. 28 den Beitritt infolge Streitverkündung.

Die kantonalen Prozeßgesetze gestatten einem Dritten im allgemeinen die Intervention beim Vorliegen eines eigenen rechtlichen Interesses (vgl. Zürich § 41, Bern Art. 44, St. Gallen Art. 110, Freiburg Art. 91, Solothurn 1966 § 41, Graubünden Art. 49: «ein wesentliches rechtliches Interesse»;

Basel-Stadt § 26: «ein eigenes Interesse»; Tessin § 112 mit besonders weiter Umschreibung: «Chiunque creda di avere un interesse in una causa pendente fra terzi»; enger und genauer Neuenburg Art. 47: «Le tiers dont le droit ou l'obligation dépend de l'issue d'un procès»). Art. 27 des Entwurfs übernimmt die Umschreibung, wie sie Art. 15 BZP vom 4. Dezember 1947 enthält. Wann hat der Dritte ein «rechtliches Interesse» am Obsiegen der einen Partei? Nach GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 277 «insbesondere dann, wenn eigene Rechte und Verbindlichkeiten des Nebenintervenienten vom Bestand oder Nichtbestand der Rechte oder Rechtsverhältnisse abhängen, die Gegenstand des Prozesses zwischen den Hauptparteien bilden, mögen die Rechte und Verbindlichkeiten des Nebenintervenienten streitig sein oder nicht»; nach LEUCH, N 1 zu Art. 44 der bern. ZPO, unter Hinweis auf BGE 65 II 242, dann, «wenn die im Prozeß ergehende Entscheidung auf die materielle Rechtslage des Dritten irgendwie einwirken, eine ungünstige Entscheidung sie beeinträchtigen oder doch gefährden kann» (wofür Beispiele genannt werden).

Kein eigenes Interesse braucht nach Art. 28 des Entwurfs der intervenierende Dritte glaubhaft zu machen, dem eine Partei den Streit verkündet hat, weil sie im Falle des Unterliegens auf ihn zurückgreifen will, oder weil sie ihrerseits ihm für den Ausgang des Rechtsstreites haftbar zu sein glaubt. Denn der eine wie der andere dieser Gründe der Streitverkündung rechtfertigt die Intervention ohne weiteres. Einige kantonale Prozeßgesetze kennen nur den ersten Grund (so Basel-Stadt § 19 und Neuenburg Art. 43), andere auch den zweiten (so Zürich § 43, Bern Art. 48, St. Gallen Art. 111, Freiburg Art. 97, Solothurn 1966 § 44, Tessin Art. 122 sehr allgemein: «La parte ... che tema da un terzo una molestia»). So namentlich auch Art. 16 BZP, dem sich der vorliegende Art. 28 anschließt.

Die besonderen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Streitverkündung und ihre Wirkungen beim Kauf (Art. 193), beim Tausch (Art. 237) und beim Werkvertrag

(Art. 365), sowie etwas abweichend bei Miete und Pacht (Art. 258 und 280) bleiben natürlich vorbehalten.

Die Stellung des Intervenienten im Verfahren ist nicht immer dieselbe. Art. 27 Abs. 2 und 3 des Entwurfs unterscheidet auf die gleiche Weise wie Art. 15 Abs. 2 und 3 BZP: In der Regel dürfen die Prozeßhandlungen des Intervenienten denen der von ihm unterstützten Partei nicht widersprechen. Er ist aber von dieser Partei unabhängig, wenn das Urteil kraft materiellen Rechts unmittelbar auch für seine Rechtsbeziehungen zur Gegenpartei wirksam sein wird. Es ist dies der Ausnahmefall der sog. streitgenössischen Intervention, wie ihn gewisse ausländische Gesetze (vgl. § 69 der deutschen und § 20 der österreichischen ZPO) und auch einzelne kantonale Prozeßordnungen (Bern Art. 47, Freiburg Art. 94) anerkennen, ebenso nun eben auch Art. 15 Abs. 3 BZP. Beispiele unmittelbarer Wirkung des Urteils auf die Rechtsbeziehungen des Intervenienten zum Prozeßgegner finden sich angeführt bei LEUCH, N 1 Abs. 2 zu Art. 47 der bern. ZPO.

Der Entwurf begnügt sich mit dieser Regelung der Nebenintervention zum Schutz materiellrechtlicher Ansprüche. Daneben bleibt Raum für kantonale Bestimmungen über andere Formen des Eingreifens Dritter und des Vorgehens gegen Dritte: Bestimmungen, wie sie sich in kantonalen Gesetzen denn auch vorfinden und allenfalls auch in Zukunft erlassen werden (betreffend Hauptintervention, Eintritt des Streitberufenen als Stellvertreter der anzeigenden Partei, Einbeziehung der Rückgriffsansprüche in das Verfahren, Gewährleistungsklage gegen den Dritten; vgl. F. SAVARY, *De l'évocation en garantie et de l'appel en cause*, thèse Lausanne 1918; GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 276–287). Vollends bleibt die Intervention von Behörden und Beamten (Vormundschaftsbehörde, Staatsanwaltschaft) nach besonderer eidgenössischer oder kantonaler Vorschrift vorbehalten.

Auf die Vorschriften über den Beitritt eines Dritten als Nebenpartei folgen in den Artikeln 29–31 solche über

den Parteiwechsel (*substitution des parties*). Dazu kann eine Rechtsnachfolge kraft materiellen Rechts in die im Prozeß streitigen Rechte oder Pflichten Anlaß geben. Die kantonalen Prozeßordnungen bieten in dieser Hinsicht ein buntes Bild. Einzelne enthalten ein (prozeßrechtliches) Verbot der Veränderung oder Veräußerung des Streitgegenstandes. Andere knüpfen an eine solche Veräußerung die Möglichkeit des Eintrittes des Erwerbers an die Stelle des Veräußerers in den Prozeß, sei es bloß bei Zustimmung des Prozeßgegners (so z.B. St.Gallen Art.116, Thurgau § 31, auch Art.17 Abs.1 BZP), sei es bei Sicherheitsleistung für die Vollziehung des Urteils «in Haupt- und Nebensache» (wie sich Art.41 der bern.ZPO ausdrückt; übereinstimmend Freiburg Art.85, Wallis Art.63). Weder nach der einen noch der andern Regelung ist der Parteiwechsel geradezu geboten. Vielmehr kann der Veräußerer den Prozeß grundsätzlich weiterführen, auch wenn er kein eigenes Interesse am Prozeßausgang mehr hat. Er behält also die Sachlegitimation (vgl. LEUCH N.1 Abs.1 zu Art.41 der bern.ZPO; Art.21 Abs.2 Satz 2 BZP; DESCHENAUX und CASTELLA, *La nouvelle procédure civile fribourgeoise* S.64/65 bezeichnen dies als «cas de divorce entre la legitimatio ad causam et la qualité d'ayant droit ou d'obligé»). Die Zulassung des Parteiwechsels nach Veräußerung des Streitgegenstandes wird immer mehr als wünschbar anerkannt, jedoch (namentlich zum Schutz des Prozeßgegners) an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. So gibt die neue Prozeßordnung des Kantons Waadt vom 14.Dezember 1966 einem Parteiwechsel Raum «moyennant le consentement des autres parties» und unter solidarischer Haftung des Eintretenden mit dem Vorgänger für die bisher entstandenen Prozeßkosten. Die Motive (Bulletin des séances du Grand Conseil 1966, S.702) heben diese Neuerung hervor und führen (unter Hinweis auf den Fall eines Grundstückverkaufs während eines nachbarrechtlichen Streites) aus: «Il est préférable de permettre alors la substitution de façon que les parties litigantes soient celles dont les intérêts sont effectivement en jeu, plutôt qu'une

partie, qui n'a peut-être plus intérêt au procès, serve de simple prête-nom à l'intéressé».

Der vorliegende Entwurf geht davon aus, daß der Erwerber des Streitgegenstandes niemals zur Übernahme der Parteirolle des Veräußerers verpflichtet ist. Er gestattet aber in den Artikeln 29 und 30 den Parteiwechsel großzügig; in den zwei wichtigen Fällen, auf die sich diese Bestimmungen beziehen, soll es der Zustimmung des Prozeßgegners nicht bedürfen.

a) Tritt der Kläger die streitige Forderung ab, so kann ihn nach Art. 29 der Zessionar ermächtigen, den Prozeß in eigenem Namen fortzusetzen. Doch braucht er dies nicht zu tun, sondern kann (sofern der Kläger zustimmt) selber die Klägerrolle nach dem Stand des Prozesses übernehmen. Tut er weder das eine noch das andere, scheitert ein Parteiwechsel namentlich etwa am Widerstand des Klägers, so darf in dem von diesem angehobenen Rechtsstreit über die Forderung kein Sachurteil ergehen. Vielmehr ist in diesem Falle die Klage mangels Aktivlegitimation des Klägers abzuweisen. Diese Legitimation besteht also nicht gegen den Willen des Zessionars fort. Nach einer derartigen Prozeßerledigung ist der Zessionar nicht gehindert, durch eigene Klageanhebung die Sache zu materiellem Austrag zu bringen.

b) Wird ein anderer Streitgegenstand während des Prozesses veräußert, und büßt dadurch der Veräußerer das eingeklagte Recht ein oder wird er durch die Veräußerung von der eingeklagten Verpflichtung frei (wie es etwa nach der Veräußerung des Grundstücks zutrifft, zu dessen Lasten ein Notweg beansprucht wird), so soll es nach Art. 30 vom alleinigen Willen des Erwerbers abhängen, ob er in den Prozeß eintreten und ihn in der bestehenden Lage fortsetzen werde. Der am Prozeßausgang nicht mehr interessierte Veräußerer hat dazu nichts zu sagen, im Unterschied zum Zedenten einer streitigen Forderung, der nicht ohne weiteres jedes Interesse verliert (Art. 171 ff. OR). Diesen Unterschied berücksichtigen die Artikel 29 und 30.

Von den Fällen der Artikel 29 und 30 abgesehen, läßt

Art. 31 Abs. 1 einen Parteiwechsel nur mit Zustimmung der Gegenpartei zu. Art. 31 Abs. 2 sieht wie Art. 29 Abs. 3 eine solidarische Haftung der ausscheidenden und der eintretenden Partei für die bisherigen Prozeßkosten der Gegenpartei vor (soweit das Gericht dieser solche zuspricht).

In Art. 31 Abs. 3 übernimmt der Entwurf die Abgrenzungsregel des Art. 17 Abs. 3 BZP. Danach gilt nicht als Parteiwechsel die Nachfolge in den Prozeß auf Grund von Gesamtnachfolge (insbesondere bei Erbgang, Art. 560 ZGB, und bei Fusion von Aktiengesellschaften, Art. 748 OR) sowie kraft Sondernormen (wie sie namentlich beim Konkurs einer Partei gelten, vgl. Art. 207 SchKG und Art. 63 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter). Die Konkursmasse tritt zwar nicht als Rechtssubjekt in das Vermögen und in die Verpflichtungen des Gemeinschuldners ein; wohl aber geht das Prozeßführungsrecht auf sie über, soweit die Konkurswirkungen reichen (vgl. GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 335 ff.). Die Masse kann also in die Parteistellung des Gemeinschuldners eintreten.

Zum Personenrecht des Zivilprozesses, wie es den Gegenstand dieses Titels bildet, gehört auch die Frage, «inwieweit und durch welche Personen ein am Prozeß Beteiligter sich vor Gericht vertreten lassen kann». Art. 32 Abs. 1 des Entwurfs hält fest, daß darüber – unter Vorbehalt des Art. 5 der Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung (wozu vgl. den Kommentar von W. BURCKHARDT, ferner J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, t. II p. 674 no 1888) – die Kantone zu bestimmen haben (vgl. betreffend die Postulationsfähigkeit: GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 119 ff.; MATTI, *Zivilprozeßrecht*, in *Handelshochschule*, S. 1068/69).

Art. 32 Abs. 2 stellt sodann gemäß allgemeiner Rechtsanschauung die Regel auf, daß Prozeßhandlungen eines nicht bevollmächtigten Vertreters ungültig sind, sofern der Vertretene sie nicht genehmigt. Es ist ihnen daher keine Folge zu geben, und die durch sie verursachten Kosten des Verfahrens sind dem Vertreter aufzuerlegen (vgl. BGE 46

II 412). Der Entwurf vermeidet es, von einer Nichtigerklärung solcher Prozeßhandlungen zu sprechen (wie etwa Art. 87 der bern. ZPO und Art. 122 der sanktgallischen ZPO). Es ist zu beachten, daß die Parteihandlungen bloß Mittel zur Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung sind. Diese Entscheidungen, namentlich die Urteile, sind die «Marksteine des Prozesses» (vgl. FRIEDRICH, Über die Prozeßfähigkeit und die Folgen ihres Mangels, Diss. Gießen 1928 S.40). Nach Fällung des Urteils ist nicht mehr auf die ihm vorausgegangenen Prozeßhandlungen als solche zurückzukommen. Es kommt vielmehr nun nur noch eine Anfechtung des Urteils selbst in Frage, wobei freilich je nach der Ausgestaltung des Rechtsmittels die Ungültigkeit von Prozeßhandlungen den Grund der Anfechtung bilden kann (vgl. LEUCH, N 1 zu Art. 87 der bern. ZPO).

Titel III: Von der Rechtshängigkeit

Wenn Art. 64 Abs. 3 BV «das gerichtliche Verfahren» den Kantonen beläßt, so ist darunter in erster Linie der äußere Verfahrensgang zu verstehen. Es ist danach grundsätzlich Sache der kantonalen Gesetzgebung, das «Procedere», d.h. das Vorgehen vor den gerichtlichen Behörden, also die Prozeßführung durch die Parteien und die Prozeßleitung durch das Gericht zu ordnen.

An und für sich hängt es von der Ordnung des Verfahrens auch ab, welche Handlung als Beginn des Rechtsstreites zu gelten hat und durch welchen Akt dieser seinen Abschluß findet. Klageanhebung und Endentscheid sind daher in erster Linie prozessuale Begriffe. Ebenso gehört die zeitliche und inhaltliche Umgrenzung des zwischen Anfang und Ende des Rechtsstreites, also während dessen Dauer bestehenden Zustandes der Rechtshängigkeit in erster Linie zum Prozeßrecht. Daraus erklärt es sich denn auch, daß die dafür geltenden Grundsätze vorweg in den Prozeßordnungen zu finden sind.

In den Kantonen, welche für die meisten oder für be-

stimmte Streitsachen eine der Anrufung des zur Instruktion und zur Beurteilung der Sache zuständigen Gerichtes vorausgehende amtliche Vermittlung vorschreiben oder wenigstens in fakultativem Sinne vorsehen, erhebt sich die Frage, ob als Klageanhebung schon die Einleitung des Vermittlungsverfahrens oder erst die Anrufung des zur Entscheidung berufenen Gerichts zu gelten habe, und ob die Rechtshängigkeit mit ihren nicht in allen Kantonen gleich ausgestalteten Wirkungen oder einzelnen derselben sogleich bei Klageanhebung eintrete oder durch einen späteren Verfahrensakt ausgelöst werde. Die kantonalen Regelungen dieser Frage zerfallen in zwei Gruppen. Nach Art. 58 Abs. 1 der Genfer ZPO begründet schon das Gesuch um die Abhaltung des amtlichen Vermittlungsversuches die Rechtshängigkeit («lie l'instance»); diese fällt nach Art. 67 dahin, wenn der Kläger nach fruchtlosem Vermittlungsversuch die Klagebewilligung nicht binnen Monatsfrist benutzt. Ebenso tritt die Rechtshängigkeit nach Art. 119 Abs. 1 lit. a der waadtländischen ZPO von 1966 «par le dépôt de la requête de conciliation» ein, und um sie aufrechtzuerhalten, steht dem Kläger nach dem Scheitern der amtlichen Vermittlung eine Frist von 30 Tagen zur Verfügung (Art. 132 Abs. 2). Auf ähnlicher Grundlage beruht die Regelung von Art. 125 der Freiburger ZPO. Braucht der Anrufung des urteilenden Gerichts kein amtlicher Vermittlungsversuch vorauszu-gehen, wie es nach § 36 der ZPO von Basel-Stadt zutrifft, so wird der Prozeß «durch Einreichung der schriftlich abgefaßten Klage bei dem Präsidenten» angehoben (ähnlich Art. 151 der Neuenburger ZPO). Über den Eintritt der Rechtshängigkeit vgl. BJM 1963 S. 93 ff. (P. GOEPFERT), anderseits BJM 1964 S. 103 ff. (Urteil des AppG). Aber auch wo ein amtlicher Vermittlungsversuch vorgesehen ist, tritt die Rechtshängigkeit nach manchen Gesetzen erst mit der Anrufung des urteilenden Gerichtes ein (Zürich § 121, Bern Art. 160, St. Gallen Art. 213, Luzern § 101; nach § 113 lit. b der aargauischen ZPO wird die Sache erst mit der Zustellung der Klage an den Beklagten zur streitigen). Nach § 263 der

deutschen ZPO wird die Rechtshängigkeit der Streitsache «durch die Erhebung der Klage» begründet (welche nach § 253 Abs. 1 Ziff. 3 die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht enthalten muß). Der französische Code de procédure civile schreibt in Art. 48 grundsätzlich eine «tentative de conciliation» durch den Friedensrichter vor; die Streitsache wird aber nicht schon mit der Einleitung, Durchführung oder allenfalls erfolglosen Beendigung dieses Vermittlungsverfahrens rechtshängig, sondern erst mit der «demande en justice». Der amtliche Vermittlungsversuch wird nicht als Beginn des Rechtsstreites aufgefaßt; es kommt ihm vielmehr der Charakter einer der Klage vorausgehenden Förmlichkeit zu, die dazu dient, den Rechtsstreit gar nicht entstehen zu lassen (vgl. RENÉ MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile* 2^e éd. no 428/29; E. GARSONNET et CÉSAR-BRU, *Traité de procédure civile et commerciale* 3^e éd. tome II, 2, vol. 1 nos 176 et 195; DALLOZ, *Codes annotés, CPC* p. 178 ad art. 48 no 1: «La conciliation est un acte de juridiction gracieuse, qui a pour but d'empêcher une instance à naître»).

In der Schweiz hat sich die Rechtslage mit Rücksicht auf die im materiellen Bundesrecht enthaltenen zahlreichen Klagefristen in eigenartiger Weise gestaltet. Um dem Kläger in einheitlicher Weise, jedoch unter Respektierung der in den Kantonen vorgesehenen Art der Klageanhebung – mit Einbezug eines allenfalls vor der Anrufung des Gerichtes durchzuführenden amtlichen Vermittlungsverfahrens – die volle Ausnutzung der Klagefrist zu gewährleisten, sah sich die Rechtsprechung veranlaßt, einen bundesrechtlichen Begriff der Klageanhebung zu prägen. Danach genügt es zur Wahrung einer bundesrechtlichen Klagefrist, vor deren Ablauf das amtliche Vermittlungsverfahren einzuleiten, wo es (obligatorisch oder fakultativ) vorgesehen ist und mit dem Verfahren vor dem urteilenden Gericht in organischer Verbindung steht (sei es, daß der amtliche Vermittler nach dem Scheitern des Vermittlungsversuches die Angelegenheit von Amtes wegen dem urteilenden Gerichte zu überweisen hat oder daß der Kläger zur Vermeidung von

Rechtsnachteilen gehalten ist, den Richter binnen bestimmter Frist anzurufen, und dies dann auch wirklich tut: vgl. BGE 74 II 15 ff., 81 II 538, 82 II 590, 85 II 315, 87 II 369, 89 II 307). Materiellrechtliche Bedeutung kommt nun aber nicht nur der Klageanhebung, sondern auch der Rechtshängigkeit zu; denn abgesehen davon, daß ein wesentliches Element der Einrede der schon hängigen Streitsache, nämlich deren Identität, durch das materielle Recht bestimmt wird (BGE 80 I 259 ff.), ist die mit der Rechtshängigkeit verbundene Fixierung des Gerichtsstandes maßgebend für die Anwendung eidgenössischer Gerichtsstandsnormen. Namentlich bestimmt sich danach der Gerichtsstand des Sachzusammenhanges, der nach ständiger Rechtsprechung in Ehescheidungssachen (und ebenso nach Art. 11 des vorliegenden Entwurfs) am Ort der zuerst begründeten Hängigkeit gegeben ist (BGE 91 II 322 Erw. 3 mit Hinweisen). Bisher wurde freilich – beim Fehlen einer bundesgesetzlichen Norm – auch bei befristeten Klagen des Bundesrechts auf den Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtshängigkeit nach kantonalem Recht abgestellt (vgl. die Ausführungen des soeben angeführten Urteils). Es erscheint nun aber als angezeigt, die Rechtshängigkeit mit der Klageanhebung in Einklang zu bringen. Zutreffend bemerkt LEUCH (vor Art. 20 der bern. ZPO), eine Klageanhebung, die nicht (spätestens) den Gerichtsstand fixiert, sei eine Ungereimtheit. Damit ist zugleich gesagt, es sei mit der Klageanhebung bereits eine der Hauptwirkungen der Rechtshängigkeit zu verbinden. Die Artikel 33 und 34 verbinden deshalb um der guten Ordnung willen bei befristeten Klagen des Bundesrechts mit der Klageanhebung den Eintritt der Rechtshängigkeit.

Dieser an sich einfache Grundsatz wird auf folgende Weise im einzelnen festgelegt:

1. Zur Begründung der Rechtshängigkeit ist erforderlich, daß der Streitgegenstand eindeutig bezeichnet sei. Denn sonst ließe sich nicht feststellen, ob eine zweite Klage oder

eine Gegenklage mit der ersten identisch sei und somit «wegen schon bestehender Rechtshängigkeit» von der Hand gewiesen werden könne. Der Entwurf stellt dieses Erfordernis sowohl für die nach dem kantonalen Recht unmittelbar beim Gericht anzuhebende Klage (Art. 33 Abs. 1 am Ende) wie auch für das nach kantonalem Recht vorerst einzuleitende Vermittlungsverfahren auf (Art. 34 Abs. 1).

2. Zur Wahrung kurzer Klagefristen (von vierzehn oder weniger Tagen) soll, wenn die Klage nach dem kantonalen Recht unmittelbar beim Gericht anzuheben ist, die Einreichung des Rechtsbegehrens genügen. Dem Kläger soll alsdann eine Nachfrist von vierzehn Tagen zur Einreichung der Begründung zur Verfügung stehen (Art. 33 Abs. 2).

3. Andererseits soll die durch Einleitung eines amtlichen Vermittlungsverfahrens begründete Rechtshängigkeit, wenn die Vermittlung scheitert, nicht lange fortbestehen, ohne daß das Gericht mit der Sache befaßt wird. Deshalb räumt Art. 34 Abs. 3 dem Kläger für die Anrufung des Gerichts eine Frist von zwei Monaten (seit Empfang der Urkunde über den erfolglosen Vermittlungsversuch) ein – eine Frist, die das kantonale Recht wohl verkürzen (oder unterdrücken), aber nicht verlängern kann.

4. Die Versäumung der in Frage stehenden Fristen (Art. 33 Abs. 2, Art. 34 Abs. 3 und 4) soll keine andere Folge als den Hinfall der Rechtshängigkeit nach sich ziehen. Im ersten dieser Versäumnisfälle (Art. 33 Abs. 2) ist freilich zudem die kurze Klagefrist von höchstens vierzehn Tagen abgelaufen und aus diesem Grunde auch das Klagerecht selbst verwirkt (unter Vorbehalt einer allfälligen Wiederherstellung der Frist nach Art. 35 des Entwurfs wie auch einer dem Kläger allenfalls zustehenden unbefristeten Einrede). Im zweiten Falle (Art. 34 Abs. 3 und 4) wird die Klagefrist dagegen meistens noch laufen. Alsdann soll der Kläger nicht gehindert sein, die Sache neuerdings anhängig zu machen. Es soll also die strenge Verwirkungsfolge (Fiktion eines Abstandes von der Klage) ausgeschlossen sein, wie sie vereinzelt nach kan-

tonalem Gesetz bereits an die Versäumung einer vom Vorverfahren beim Vermittler an laufenden Frist geknüpft wird (vgl. die in BGE 67 II 73 Mitte gegenüber solcher Formenstrenge geäußerten Bedenken).

5. Aus dem soeben Gesagten folgt zugleich, daß der Entwurf mit der Klageanhebung die Rechtshängigkeit nur in ihrem begriffswesentlichen Inhalt verbinden will: sie soll den Gerichtsstand fixieren und gegenüber einer spätern identischen Klage oder Gegenklage die Einrede der schon bestehenden Rechtshängigkeit begründen. Andere (in den Prozeßgesetzen verschieden geregelte) Äußerungen der Rechtshängigkeit (wie das Verbot oder die Beschränkung einer Klageänderung und die Bindung des Klägers an den angehobenen Prozeß in dem Sinne, daß er die Klage nicht mehr – oder jedenfalls nur noch mit Zustimmung des Beklagten – ohne Abstandsfolge zurückziehen kann) sollen nicht von Bundesrechts wegen bereits mit der Klageanhebung verbunden sein; ja, die zuletzt genannte Bindung an den Prozeß wird durch die Artikel 33 und 34 des Entwurfs, wie in Ziff. 4 hievor dargetan, für dieses Vorstadium des Verfahrens verpönt.

Auch der nachfolgende Art. 35 des Entwurfs steht im Zeichen einer liberalen, übertriebener Formenstrenge abholden Verfahrensgestaltung. Es handelt sich um die Wiederherstellung versäumter Fristen (*restitutio in integrum*, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, so daß die spätere Nachholung der versäumten Handlung als ordnungsmäßige Vornahme gilt; vgl. F. STEIN, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts 2. A., S. 160). Manche Prozeßgesetze gewähren diese Rechtswohltat nur bei Versäumung einer vom Richter angesetzten Frist, nicht auch bei Versäumung gesetzlicher Fristen (so Art. 288 der bern. ZPO). Nach andern Gesetzen kann Wiederherstellung gegen die Folgen einer Versäumung auch erteilt werden, wenn eine gesetzliche Frist in Frage steht. Auf diesem Boden steht namentlich das geltende Bundeszivilprozeßrecht (Art. 35 OG, übrigens auch schon Art. 43 des frühern OG vom

22.März 1893; ebenso Art. 13 BZP). Auch in kantonalen Prozeßordnungen hat dieses Prinzip bereits Fuß gefaßt (vgl. Freiburg Art. 36 Abs. 2; dazu DESCHENAUX und CASTELLA S. 103; Waadt 1966 Art. 37; dazu Bulletin du Grand Conseil 1966, S. 714 Ziff. 8; eingehende Ausführungen von GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 221). Die auf einzelne Klagen beschränkten bundesrechtlichen Bestimmungen solcher Art sind ungenügend. Es rechtfertigt sich, ganz allgemein die Wiederherstellung bundesrechtlicher Fristen, insbesondere Klagefristen, bei hinreichender Entschuldigung der Versäumung zuzulassen. Diese Rechtswohltat wird sich, ebenso wie die in Art. 22 des Entwurfs vorgesehene Prozeßüberweisung bei Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts, auf sinnvolle Weise an diejenige des Art. 139 OR anreihen.

Mit der Wiederherstellung richterlicher Fristen befaßt sich dieser Entwurf nicht.

Die Voraussetzungen und das Verfahren der Wiederherstellung regelt Art. 35 in gleicher Weise wie Art. 35 Abs. 1 OG.

Titel IV: Von der Feststellungsklage

Der diesen Titel ausmachende einzige Art. 36 übernimmt in Abs. 1 in gleichem Wortlaut wie Art. 25 BZP die positive und die negative Feststellungsklage als eine auch für das Verfahren vor kantonalen Gerichten geltende, an die Voraussetzung eines «rechtlichen Interesses an sofortiger Geltendmachung» gebundene Klageart. Er will damit gesetzlich festlegen, was nach der neueren, durch das grundlegende Urteil BGE 77 II 344ff. eingeleiteten Rechtsprechung bereits rechtens ist: Es gibt danach außer den in der eidgenössischen Zivilgesetzgebung vorgesehenen speziellen Feststellungsklagen (wie etwa der Klage auf Feststellung eines Namens nach Art. 29 Abs. 1 ZGB und der Ab-erkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG) eine allgemeine bundesrechtliche Feststellungsklage, welche immer dann erhoben werden kann, wenn der Kläger in einer auf materiel-

lem Bundesrecht beruhenden Rechtsstellung gefährdet ist und, um die Gefährdung abzuwenden, dieser Art des gerichtlichen Schutzes bedarf. Neben dem für das Verfahren vor Bundesgericht als einziger Instanz geltenden, soeben erwähnten Art. 25 BZP haben eine Reihe kantonalen Prozeßordnungen (angeführt bei GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 254 Anm. 12) der Feststellungsklage Raum gewährt. Es hat sich die Streitfrage erhoben, ob die zur Anerkennung gelangte eidgenössische Feststellungsklage beim Streit um materielles Bundesrecht ausschließlichen Charakter habe, oder ob es sich um einen durch das Bundesrecht gewährten minimalen Rechtsschutzanspruch solcher Art handle, so daß, wenn das Interesse des Klägers nicht hinreicht, um den bundesrechtlichen Anspruch auf gerichtliche Feststellung zu begründen, er nicht gehindert sei, eine allenfalls nach Gesetzgebung oder Gerichtspraxis des mit der Streitsache befaßten Kantons an weniger strenge Voraussetzungen gebundene kantonale Feststellungsklage zu erheben. Während mehrere Autoren den ausschließlichen Charakter der bundesrechtlichen Feststellungsklage verfechten (vgl. KUMMER, Das Klagerrecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, S. 57 ff. und 61; GULDENER, ZSR 1961 II S. 32; VOYAME, daselbst S. 123), ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts auch beim Streit um bundesrechtliche Ansprüche nichts gegen die Zulassung einer nicht an die bundesrechtlichen Schranken gebundenen, weniger streng gehandhabten kantonalen Feststellungsklage einzuwenden (so neuestens BGE 92 II 107, wozu KUMMER, ZbJV 104/1968 S. 137 ff. kritisch Stellung nimmt). Der vorliegende Entwurf sieht nun eine bundesgesetzliche Regelung vor. Dadurch würde die erörterte Streitfrage hinfällig. Art. 36 Abs. 1 des Entwurfs, übereinstimmend mit Art. 25 BZP, will der Feststellungsklage das ihr gebührende Anwendungsfeld auch für das Verfahren vor den kantonalen Gerichten sichern und zugleich die Voraussetzungen dieser Art des Rechtsschutzes in einer für das ganze Gebiet der Schweiz geltenden Weise festlegen.

Die Wendung «Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses» hat sich in der Gesetzgebung eingebürgert. Sie findet sich schon in § 256 der deutschen ZPO vom 30. Januar 1877 vor, ebenso in Art. 25 BZP, der dem vorliegenden Art. 36 Abs. 1 zum Vorbild gedient hat. Im eigentlichen, engern Sinne verstanden erfaßt freilich der Ausdruck «Rechtsverhältnis» den Gegenstand der Feststellungsklage bei weitem nicht (vgl. darüber KUMMER, Klagerecht, S. 34 Anm. 1); er läßt sich jedoch, den Bedürfnissen des Rechtslebens entsprechend, in einem weiteren Sinne auslegen, wie dies bereits in Lehre und Rechtsprechung geschieht. Durchaus zutreffend umschreibt Art. 1^{bis} der Genfer ZPO diese Klageberechtigung: «Celui qui a un intérêt juridique actuel à faire reconnaître l'existence ou la non-existence d'un *rapport de droit*».

Art. 36 Abs. 2 des Entwurfs will der althergebrachten Provokationsklage neben der in den modernen Gesetzgebungen anerkannten und auch in Art. 36 Abs. 1 gemäß der Rechtsprechung umschriebenen negativen Feststellungsklage keinen Platz mehr einräumen. Es handelt sich um die aus dem italienischen Recht des Mittelalters in das Gemeine Recht übergegangene und auch in mehreren kantonalen Prozeßgesetzen vorgesehene Provokationsklage in ihren zwei (beide auf das Corpus juris civilis gestützten) Erscheinungsformen:

a) die «Provokation wegen Diffamation» (*provocatio ex lege diffamari*, hergeleitet aus C 7, 14, 5). Sie dient dazu, einen Anspruch, dessen sich der Provokat berühmt, während der Provokant ihn bestreitet, wegen eines diesem drohenden Nachteils zu baldigem gerichtlichem Austrag zu bringen oder aber durch Verwirkung untergehen zu lassen. Erläßt der Richter entsprechend dem Provokationsbegehren eine Aufforderung an den Provokaten, den streitigen Anspruch binnen bestimmter Frist einzuklagen, so kann der Provokat mit der gerichtlichen Geltendmachung nicht länger zuwarten, wenn er nicht auf den Anspruch verzichten will.

b) die Provokation zur Erhaltung von Einreden (*provocatio ex lege si contendat*, hergeleitet aus D 46, 1, 28). Sie soll den Provokanten davor bewahren, Einreden nicht mehr geltend machen zu können, wenn der Provokat mit der Geltendmachung seiner Ansprüche zuwartet. Gedacht ist dabei namentlich an Einreden des Bürgen.

Die zweite Art der Provokationsklage, die nur noch in wenigen kantonalen Prozeßordnungen vorgesehen ist (vgl. L. HEER, Die Provokation zur Klage, Diss. Zürich 1959 S. 36 ff. und S. 60 mit Anm. 213–216), hat im modernen Recht von vornherein keine praktische Bedeutung mehr (vgl. L. HEER, a.a.O.; O. WYSS, Aufforderung zur Klage, Diss. Zürich 1917, S. 19 und 81 ff.; GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 130 N 33 Abs. 2).

Aber auch die erste Art der Provokationsklage («Provokation wegen Diffamation») läßt sich neben der einfacheren und umfassenderen negativen Feststellungsklage nicht mehr rechtfertigen. Während die Provokationsklage ein bloßes Vorverfahren einleitet, worauf der vom Provokaten einzuleitende Hauptprozeß folgen soll, führt die negative Feststellungsklage in ein und demselben Verfahren zum Endurteil. Es erscheint auch als gerechtfertigt, den mit der negativen Feststellungsklage Belangten als angegriffene Partei in der Beklagtenrolle zu belassen, statt ihm wie beim Provokationsverfahren die Klägerrolle für den Hauptprozeß aufzudrängen. Im übrigen deckt die negative Feststellungsklage in materiellrechtlicher Beziehung den vollen Anwendungsbereich der «Provokation wegen Diffamation», ja sie reicht weiter, bietet also vollwertigen Ersatz (vgl. LEUCH, Ist die allgemeine Feststellungsklage eidgenössischen Rechts...?, SJZ 36 S. 296/97; KUMMER, Klagerecht, S. 59/60; L. HEER, a.a.O. S. 51). Mehrere moderne Gesetze, so die französische und die deutsche Zivilprozeßordnung, kennen denn auch die Provokationsklage nicht mehr. Das Gesetz über den Bundeszivilprozeß vom 22. November 1850 verbot sie in Art. 41 (ohne andererseits die negative Feststellungsklage vorzusehen), und dem Art. 25 des geltenden BZP vom 4. Dezember

1947 betreffend die positive und die negative Feststellungsklage ist ein stillschweigendes Verbot der Provokationsklage zu unterstellen. Die kantonalen Gesetze sehen verschiedene Regelungen vor. Die einen lassen die beiden Klagearten nebeneinander bestehen (vgl. St.Gallen Art.171 und 364ff., Wallis Art.81 einerseits, 359 und 361 anderseits, Thurgau §§ 111 und 209). Andere geben der Provokationsklage neben der negativen Feststellungsklage keinen Raum (vgl. Zürich § 91 Abs.1 und § 92; Bern Art.174; Freiburg Art.136; dazu DESCHENAUX und CASTELLA S.113/14; Graubünden Art.62; Solothurn 1966 § 132; Genf Art.1^{bis}). Die ZPO des Kantons Aargau sieht im Gegenteil, wie die ZPO von Basel-Stadt (§ 45) die Aufforderung zur Klage (§§ 272ff.), dagegen nicht die Feststellungsklage vor; doch hat sich diese in der aargauischen Rechtsprechung in Anlehnung an § 256 der deutschen ZPO und an die bundesgerichtliche Praxis durchgesetzt (vgl. G.KELLER, Die neue ZPO für den Kanton Aargau, 1913, S.165; E.ZIMMERLIN, Aargauisches ZPR, 1942, zu § 111 Anm.3 und 4; betreffend Basel-Stadt vgl. die Erläuterungen von B.HABERTHÜR zu § 45 ZPO).

Es erscheint als richtig, die neben der negativen Feststellungsklage überflüssige Provokationsklage ausdrücklich auszuschließen.

Über den Gerichtsstand der Feststellungsklage, namentlich auch der negativen, ist nichts Besonderes zu bestimmen. Liegen hiebei persönliche Ansprüche im Streit, so gilt nach herrschender, auch der Gerichtspraxis zu Art.59 BV entsprechender Ansicht als ordentlicher Gerichtsstand derjenige des Wohnsitzes des (in seiner Gläubigerstellung angegriffenen) Beklagten (BGE 25 I 425, 32 I 74, 87 I 129 Erw.2; LEUCH, zu Art.174 der bern.ZPO N1 Abs.3; SEUFFERT, Komm. zur deutschen ZPO, Bem.7, b zu § 256; O. WYSS, a.a.O. S.85ff.; L.HEER, a.a.O. S.51). Sondernormen wie Art.83 Abs.2 SchKG bleiben vorbehalten. Im übrigen kommen gegebenenfalls spezielle Gerichtsstände wie derjenige der gelegenen Sache in Betracht; sie sind von der Parteirolle unabhängig.

Auch die Beweislast wird durch die Parteirolle nicht beeinflußt. Die Gerichtspraxis hat dies in vielen Entscheidungen ausgesprochen, namentlich bei Widerspruchsklagen nach Art. 106–109 SchKG (vgl. BGE 83 III 30 Erw. 1, 84 III 154, 88 III 127). Das gilt für die negative Feststellungsklage allgemein. Den Hauptbeweis hat der Beklagte, nicht der negierende Kläger zu führen, sofern jenem keine gesetzliche Vermutung zur Seite steht (Art. 8 ZGB; vgl. KUMMER, Komm., zu Art. 8 ZGB N 214 ff.).

Festzuhalten ist endlich, daß Art. 36 Abs. 2 des Entwurfs die Provokationsklage nur insoweit ausschließen will, als sie nun durch die in Abs. 1 gemäß der neuern Rechtsprechung anerkannte allgemeine negative Feststellungsklage einen vollwertigen und gegenüber dem Angegriffenen (der in der Beklagtenrolle bleibt) gerechteren Ersatz gefunden hat. Vorbehalten bleiben die auf besonderer Gesetzesnorm beruhenden Aufforderungen zur Klage, wie sie beispielsweise nach dem Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs dem Betreibungsamt, der Konkursverwaltung und der Nachlaßbehörde obliegen (vgl. Art. 107 und 109, 111 Abs. 2, 242 Abs. 2, 310 SchKG). Ebenso die nach manchen kantonalen Gesetzen öffentlich oder persönlich zu erlassenden Aufforderungen zur Klage gegen die Errichtung eines Baues, soweit sich dies mit dem Bundeszivilrecht verträgt (vgl. BGE 41 II 281; L. HEER, a.a.O. S. 92 ff.). Von Art. 36 Abs. 2 werden ferner nicht betroffen die auf kantonaler Sondervorschrift beruhenden Aufforderungen zur Klage (oder zur Anmeldung eines bessern Rechtes) bei Verfügungen zum Schutz des Eigentums oder des Besitzes an Grundstücken; auch sie finden indessen ihre Schranke am materiellen Bundeszivilrecht (vgl. GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 131; s. auch BGE 79 II 389, 83 II 199/200).

*Titel V: Vom Beweis**Vereinheitlichung des Beweisrechtes: ein Hauptpostulat unserer Zeit*

Das in einem Zivilrechtsstreit zu fällende Sachurteil beruht auf der Anwendung der materiellen Rechtsnormen auf den festgestellten Tatbestand. Diese tatsächliche Urteilsgrundlage – das Beweisergebnis – wird ihrerseits in einem rechtlich geordneten Verfahren erzielt, das, soweit es sich vor kantonalen Gerichten abzuspielen hat, derzeit noch zum größten Teil Gegenstand der kantonalen Gesetzgebung und Gerichtspraxis ist. Immerhin hat der Bund seit jeher beim Erlass von Gesetzen zivilrechtlichen Inhaltes dafür Sorge getroffen, durch Aufstellung einheitlicher Normen in das Verfahren vor kantonalen Gerichten einzugreifen, soweit dies zur sinnvollen Anwendung des materiellen Bundesrechts als notwendig erschien. Das geschah namentlich auch auf dem Gebiete des materiellen Beweisrechtes, also «derjenigen Rechtsvorschriften, welche die Zulässigkeit, die Arten und die richterliche Prüfung des Beweises normieren» (E. SCHURTER, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Civilprozeßgesetzgebung, Diss. Zürich 1890, S.1). Bereits das erste Bundesgesetz über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen vom 1. Juli 1875 schrieb in Art. 11 vor, das Gericht habe über die Höhe des Schadenersatzes und über die Wahrheit der tatsächlichen Behauptungen nach freier Würdigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen zu entscheiden, ohne an die Beweisgrundsätze der einschlagenden Prozeßgesetze gebunden zu sein. Dieselbe Regel übernahm das Bundesgesetz über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 in Art. 38, und das neue Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 28. März 1905 weist den Richter in etwas abweichender Formulierung in Art. 20 an, nach freiem Ermessen zu urteilen, ohne sich an die Beweisregeln der einschlägigen Prozeßgesetze binden zu lassen. Hinweise auf das richterliche Ermessen enthielt auch das Obligatio-

nenrecht vom 14. Juni 1881 – Normen, welche freilich nur zum Teil die Tatsachenfeststellung betrafen (vgl. SCHURTER/FRITZSCHE, ZPR des Bundes, S. 506 ff.). Teilweise beweisrechtlichen Charakter hat auch die nach Art. 289 SchKG für die paulianische Anfechtungsklage aufgestellte Ermessensregel (vgl. JAEGER, N 1 A–C hiezu). Aus dem Zivilgesetzbuch seien außer den allgemeinen, für Zivilprozesse jeder Art geltenden Normen der Artikel 8 bis 10 beispielsweise folgende spezielle Beweisregeln in Erinnerung gerufen: Art. 141 (Erfordernis einer Expertise bei Scheidung wegen Geisteskrankheit), Art. 158 (Scheidungsverfahren), Art. 310 Abs. 2 (Beweis im Vaterschaftsprozeß), Art. 374 Abs. 2 (Gutachten bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit), Art. 436 (daselbe bei Aufhebung einer solchen Vormundschaft), Art. 717 (richterliches Ermessen bei der Beurteilung eines *constitutum possessorium*).

Bei alldem ließ die Bundesgesetzgebung indessen nicht nur das zweifellos nach Art. 64 Abs. 3 BV den Kantonen vorbehaltene formelle Beweisrecht unangetastet (also die Regeln über die Form der Beweisanträge und über den Prozeßabschnitt, in dem oder bis zu dem sie gestellt werden können, sodann über die Modalitäten der Beweiserhebung, die Art der Vorladung der Parteien und der Zeugen, die Art der Befragung der Zeugen und der allfälligen Protokollierung ihrer Aussagen oder die Art der Instruktion von Sachverständigen, und dergleichen). Auch in das materielle Beweisrecht griff der Bund, wie dargetan, nicht grundsätzlich ein, sondern nur insoweit, als sich dies aufdrängte, um die richtige Anwendung des materiellen Zivilrechts zu gewährleisten. Im Lauf der Jahrzehnte traten nun aber die Unzukömmlichkeiten der auf diesem Gebiete bestehenden Verschiedenheit der kantonalen Rechtsordnungen immer mehr zutage. Nach dem Sinn und Geist des Art. 64 Abs. 2 BV – welche Verfassungsnorm an und für sich nur eine einheitliche materielle Gesetzgebung verlangt – ist auch für gleiche Anwendung dieser Gesetze im ganzen Gebiete der Schweiz zu sorgen. Das ist einerseits Aufgabe des kanto-

nen Verfahrensrechtes (vgl. W.BÜHLER, Das Ehescheidungsverfahren, ZSR 1955 II 323 a: «Das kantonale Verfahrensrecht ... soll aber die Rechtsverwirklichung nicht nur nicht hindern, sondern das materielle Recht vielmehr fördern, dessen einheitliche Anwendung gewährleisten und zur folgerichtigen und sinnvollen Entfaltung beitragen»). Andererseits bedarf es aber der Aufstellung eines umfassenden Systems einheitlicher Normen betreffend den Beweis, namentlich die Beweismittel. Denn obwohl in neuerer Zeit zahlreiche kantonale Zivilprozeßordnungen ganz oder teilweise geändert wurden und hiebei überall das Streben nach Ermittlung der materiellen Wahrheit die Richtung wies, sind Ungleichheiten bestehen geblieben, die der gleichen Anwendung des materiellen Rechtes im Wege stehen und (durch ein Bundesgesetz oder allenfalls auf dem Konkordatswege) beseitigt werden sollten. Erwähnt seien bloß die in einzelnen Kantonen geltenden, in andern aber unbekannten Zeugenausschließungs- und Zeugenablehnungsgründe, ferner der in einzelnen, aber lange nicht in allen Kantonen vorgesehene Parteieid mit absoluter, den Richter bindender Beweiskraft.

Der Ruf nach einer Vereinheitlichung des materiellen Beweisrechts ertönte bereits im letzten Jahrhundert. E.SCHURTER widmete seine Abhandlung über die Grundlagen des materiellen Beweisrechtes aus dem Jahre 1890 «den Bestrebungen zur schweizerischen Rechtseinheit». An der Zentenartagung unseres Vereins von 1961 traten beide Referenten mit Nachdruck für eine Vereinheitlichung dieses Rechtsgebietes ein (vgl. GULDENER, Referat ZSR 1961 II S.49ff. und Votum daselbst S.407; VOYAME, Referat dort S.162ff. und 181, Votum S.398). Ihnen schlossen sich einige Votanten an (vgl. L.V.BÜHLMANN, daselbst S.409ff. und J.GRAVEN S.414ff.). Andere verneinten freilich eine so weitgehende Bundeskompetenz; immerhin empfahlen sie die Aufstellung einzelner grundlegender oder spezieller eidgenössischer Beweisregeln (vgl. J.CASTELLA, daselbst S.440: «quelques dispositions statuant le principe de la libre appré-

ciation des preuves, prévoyant l'interrogatoire des parties comme moyen de preuve fédéral, supprimant les incapacités de témoigner, disant que le serment ne lie pas le juge»; H.HINDERLING, daselbst S.434 vor Ziff.2 und S.435/36 Ziff.5: Parteiverhör im Scheidungsprozeß; Zeugnisverweigerungsrecht der Geistlichen, Rechtsanwälte und Ärzte). Dazu traten zurückhaltende, auf historischer Auslegung des Art.64 BV beruhende Äußerungen; danach hätte das Recht der Beweismittel im ganzen kantonalrechtlich zu bleiben, und es wäre der Aufstellung neuer bundesrechtlicher Regeln nur Raum zu geben, wenn besondere Gründe dies als notwendig erscheinen ließen (vgl. A.ZIEGLER, daselbst S.429 ff., unter Vorbehalt einer allenfalls zu schaffenden verfassungsrechtlichen Grundlage; daselbst S.447).

Wie bereits im Abschnitt C, 1 S.305 dargelegt ist, distanziert sich der vorliegende Entwurf in Übereinstimmung mit dem Gutachten von Prof. K.EICHENBERGER von einer rein historischen Auslegung des Art.64 BV. Die Wendung «wie bis anhin» in dessen Abs. 3 hindert nicht ein für allemal, gewisse Grundstätze des gerichtlichen Verfahrens zu vereinheitlichen, an deren Vereinheitlichung man im Jahre 1898 noch nicht dachte. Vielmehr soll der Bundesgesetzgeber «wie bis anhin» frei sein, aus dem Gesichtspunkt des Art.64 Abs. 2 BV in das grundsätzlich nach Abs. 3 dieses Artikels den Kantonen verbliebene Verfahrensrecht jeweilen dann einzugreifen, wenn dies angesichts der Entwicklung der Verhältnisse als ein Gebot der Zeit erscheint. Das gilt insbesondere für die zwischen Zivil- und Prozeßrecht stehenden Grenzgebiete, wozu das materielle Beweisrecht gehört. Die Grenzziehung ist «eine Frage des Ausgleiches zweier sich widerstrebender Gesichtspunkte: einerseits der von BV 64 vorgeschriebenen Trennung der beiden Gesetzgebungshoheiten, anderseits des vielfältig bestehenden Wechselbezuges zwischen dem Zivilrecht und den verfahrensrechtlichen Vorschriften... Das Bundesrecht hat alsdann diejenigen Lösungen zu bezeichnen und zu bundesrechtlichen zu erheben, die es zur ordnungsgemäßen Verwirklichung des Zivilrechtes als

unerläßlich erachtet» (M. KUMMER, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, S. 9 und 10; zustimmend K. EICHENBERGER, Gutachten A III 5: Richtungsweisende Kriterien für die Grenzziehung). Das materielle Beweisrecht steht nun mit dem materiellen Zivilrecht in so engem Zusammenhang, daß manche Gesetzgebungen es dem Zivilrecht eingefügt haben (vgl. den französischen Code civil, Livre troisième, Titre troisième, Chapitre VI: De la preuve des obligations, et de celle du payement, umfassend die Bestimmungen über den Urkunden- und den Zeugenbeweis, die Vermutungen, das Geständnis und den Eid). Einige Schweizerkantone folgten diesem Beispiel und ordneten das materielle Beweisrecht ebenfalls in zivilrechtlichen Erlassen, während das Bundeszivilrecht, wie bereits gesagt, nur einzelne Beweisregeln enthält, so daß sich das materielle Beweisrecht heute noch zum größten Teil in den kantonalen Prozeßordnungen geregelt findet. Indessen hat man auch in der Schweiz den Zusammenhang dieses Rechtsgebietes mit dem materiellen Recht und die oftmals für den Ausgang des Prozesses entscheidende Bedeutung der Beweisgrundsätze erkannt (was P. CAVIN, Droit pénal fédéral et procédure cantonale, ZSR 1946, S. 35 a ff., des nähern darlegt, mit folgenden die Strafrechtspflege betreffenden Schlußfolgerungen:

- «— le système des preuves légales est incompatible avec un tel élargissement du domaine de la preuve;
- la preuve indirecte ou preuve par indices va prendre une importance accrue.»).

Das Gesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 enthält denn auch folgende von den kantonalen Gerichten in Bundesstrafsachen zu beachtende wichtige Regel (Art. 249 BStP):

Die entscheidende Behörde soll die Beweise frei würdigen; sie ist nicht an gesetzliche Beweisregeln gebunden.

Es erscheint als angezeigt, eine gleiche Regel, wie sie übrigens schon in manche kantonale Zivilprozeßordnungen und ebenso in das Gesetz über den Bundeszivilprozeß vom

4. Dezember 1947, Art. 40, Eingang gefunden hat, nun allgemein für die kantonale Zivilrechtspflege aufzustellen und das materielle Beweisrecht auch in anderer Hinsicht einheitlich zu ordnen. Dies geschieht am besten durch ein Bundesgesetz. Der (von VOYAME, ZSR 1961 II S. 181 empfohlene) Weg eines von allen Kantonen abzuschließenden Konkordates ist unsicher, es läßt sich so kaum eine befriedigende Lösung finden. Mit Recht bemerkt A. COMMENT (S. 428 daselbst, am Ende der Ziff. 6), ein derartiger Versuch, zu einer einheitlichen Regelung der Beweismittel zu gelangen, sei «guère praticable». Endlich ist auch die Rechtsprechung nicht in der Lage, ein eidgenössisches Beweisrecht zu schaffen, das die abweichenden Normen der kantonalen Gesetze außer Geltung zu setzen hätte. Soweit der Bundesgesetzgeber nicht selbst gestützt auf Art. 64 Abs. 2 BV eingreift, bleiben eben die kantonalen Vorschriften bestehen. Nur ausnahmsweise kann die Rechtsprechung einheitliche Beweisnormen als ungeschriebenes Bundesrecht zur Geltung bringen, sei es durch Schlußfolgerung aus bestimmten materiellen Rechtssätzen oder durch Lückenausfüllung. So wurde die in Art. 158 Ziff. 1 und 3 ZGB für das Scheidungsverfahren vorgeschriebene Offizialmaxime sinngemäß auf den Ehelebensanfechtungsprozeß übertragen (vgl. BGE 85 II 175 Erw. 4), und die seit dem Erlaß des Zivilgesetzbuches in der Fachwelt zur Anerkennung gelangten Abstammungsexperten wurden in familienrechtlichen Prozessen in immer mehr Varianten gemäß dem jeweiligen Stande der fortschreitenden Untersuchungsmethoden in den Rang bundesrechtlicher, d. h. kraft Bundesrechts zu berücksichtigender Beweismittel erhoben (betreffend den Ausschluß der Abstammung von einem bestimmten Manne durch den Blutgruppenbefund vgl. BGE 61 II 75 und statt vieler neuerer Urteile BGE 86 II 320, 88 II 494, 90 II 151; betreffend das erbkundliche (anthropologisch-erbbiologische) Gutachten (AEG) vgl. BGE 87 II 70 ff., 91 II 164 und 92 II 79 ff.).

In welchem Umfang soll nun der Bundesgesetzgeber das materielle Beweisrecht ordnen, um die im Sinn des Art. 64

Abs. 2 BV liegende einheitliche Anwendung des Bundeszivilrechts hinsichtlich der tatsächlichen Urteilsgrundlage zu gewährleisten? Genügt es, gemäß dem schon erwähnten Votum von J. CASTELLA (ZSR 1961 II, S. 440 oben) einige Grundprinzipien durch Bundesgesetz festzulegen und deren Ausgestaltung den Kantonen zu überlassen? Oder soll eine ins Einzelne gehende bundesrechtliche Regelung getroffen werden? Die erste Lösung hat den Vorteil, in die kantonalen Prozeßordnungen, die herkömmlicherweise auch das materielle Beweisrecht enthalten, so wenig wie möglich einzugreifen. Sie birgt aber die Gefahr in sich, daß die bundesrechtlichen Normen von Kanton zu Kanton verschieden konkretisiert werden, so daß die erstrebte Rechtseinheit dann wiederum in Frage gestellt wäre. Die mit dem Entwurf befaßte Kommission hat daher die zweite Lösung vorgezogen; sie schlägt im Titel V eine umfassende bundesrechtliche Regelung des materiellen Beweisrechts in 31 Artikeln (37–67) vor. Sie glaubt dies um so mehr tun zu dürfen, als der Bundesgesetzgeber bereits beim Erlaß des neuen Gesetzes über den Bundeszivilprozeß vom 4. Dezember 1947 Gelegenheit hatte, sich zu einer zeitgemäßen Regelung des materiellen Beweisrechtes zu bekennen. Der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission, ITEN, führte dazu aus:

Das Beweisrecht soll durch die neue Gesetzesvorlage freier gestaltet werden. Der heutige Bundeszivilprozeß (vom 22. November 1850) enthält noch ansehnliche Reste der gemeinrechtlichen Beweistheorie. Die freie Beweiswürdigung ist auf einzelne Beweismittel beschränkt, während andere mit absoluter Beweiskraft ausgestattet sind, was nicht selten mit der materiellen Wahrheit nicht im Einklang steht. Die Regel, daß jede Tatsache, die von der Gegenpartei nicht ausdrücklich bestritten wird, als zugestanden gilt, entspricht nicht dem Postulat der Erforschung der materiellen Wahrheit durch den Richter. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung durch den Richter soll konsequent durchgeführt werden. Aus diesem Grunde kennt der Entwurf keine Beweismittel, die eine bloß formale Wahrheit schaffen. Der Richter hat die Abgrenzung der beweiswürdigen Tatsachen vorzunehmen. Es ist nur über erhebliche und bestrittene Tatsachen Beweis zu erheben, wobei nur ein ausdrückliches Geständnis die Beweisbedürftigkeit schlechthin ausschließt. Der Entwurf

kennt keine unfähigen oder ablehnbaren Zeugen, weil der Richter die Aussagen frei nach ihrer Glaubwürdigkeit beurteilt. Der Parteieid wird durch das Parteiverhör, ohne oder mit Straffolge, ersetzt... Das Parteiverhör mit Straffolge wird nur mit derjenigen Partei vorgenommen, welche nach Ansicht des Richters glaubwürdiger und zuverlässiger erscheint.»

(Sten. Bull. 1947 StR S.268)

Der vorliegende Entwurf übernimmt im Titel V über den Beweis zum großen Teil die im neuen Bundeszivilprozeß enthaltenen Normen. Daß diese neuzeitliche gute ZPO «dann in manchen Beziehungen auch für die künftige Zivilprozeßgesetzgebung in den Kantonen wegleitend» sein könne, führte in der parlamentarischen Debatte Bundesrat ED. v. STEIGER aus (Sten. Bull. 1947 StR S.269). Verschiedene im BZP enthaltene Bestimmungen, die sich im wesentlichen als formelle Verfahrensvorschriften kennzeichnen, wurden nicht in den Entwurf aufgenommen; insoweit soll es weiterhin nach Art.64 Abs.3 BV bei der kantonalen Regelung bleiben. Dagegen finden sich im Entwurf Bestimmungen, welche die sehr knapp gefaßten Normen des BZP ergänzen und deren Tragweite in deutlicher Weise bestimmen.

In einzelnen Punkten erschien es als angezeigt, eine vom BZP abweichende Norm vorzuschlagen.

1: Allgemeine Bestimmungen (Artikel 37–40)

Welche Behörden zur Erhebung des Beweises im kantonalen Zivilprozeß zuständig sind, sollen, wie Art. 37 Abs. 1 hervorhebt, nach wie vor die Kantone bestimmen. Diese Aufgabe kann dem urteilenden Richter selbst, und wenn es sich um ein aus mehreren Mitgliedern bestehendes Gericht handelt, diesem Gericht in voller Besetzung obliegen oder aber gemäß der kantonalen Regelung obligatorisch oder fakultativ einem Ausschuß oder einem einzelnen Mitglied oder endlich einem an der Urteilsfällung gar nicht mitwirkenden besondern Instruktionsrichter (Einzelrichter oder Kommission) zugewiesen werden. Ob und wieweit das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gelten solle (vgl. darüber GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S.398), hängt

in der Tat so eng mit der kantonalen Gerichtsorganisation zusammen, daß das Bundesrecht nicht in diese Fragen einzugreifen hat.

Ob und inwieweit eine Beweisaufnahme noch in oberer kantonomer Instanz stattfinden kann (als Nachholung, Ergänzung oder Wiederholung erstinstanzlicher Beweismaßnahmen), soll nach Art. 37 Abs. 2 gleichfalls eine Frage des kantonalen Prozeßrechtes bleiben. Wenn zum Beispiel der Kanton Waadt die in erster Instanz in Gestalt sogenannter *solutions testimoniales* getroffenen Tatsachenfeststellungen als endgültig erklärt und der Überprüfung in oberer Instanz entzieht (Art. 527 Abs. 2 des noch in Kraft stehenden und ebenso Art. 452 Abs. 2 des vom Großen Rat angenommenen, aber noch nicht in Kraft gesetzten CPC vom 14. Dezember 1966), so soll dies auch in Zukunft als eine auf kantonomer Gesetzgebungshoheit beruhende Regel gelten. (Über die Fragen, die sich an diese eigenartige Norm knüpfen, insbesondere über das Verhältnis des Zeugenbeweises zum sonstigen Beweisergebnis vgl. CL. BONNARD, *La prétendue primauté des solutions testimoniales et l'obligation du juge de motiver sa décision*, *Journal des Tribunaux* 1956, *Droit cantonal* S. 65 ff., und PIOTET, *Des solutions testimoniales en procédure civile vaudoise*, *ibid.* S. 97 ff.).

Es ist ein Hauptanliegen des Entwurfes, das Beweisrecht so zu gestalten, daß die materielle Wahrheit so weit wie möglich zur Geltung kommt. Nicht erst bei der Würdigung des Beweisergebnisses, sondern schon bei der Anordnung und Vornahme der Beweismaßnahmen soll daher jeder überspitzte Formalismus vermieden werden. Auf diesem Gedanken beruhen in erster Linie die ersten vier Absätze des Art. 38, die inhaltlich genau mit Art. 36 BZP übereinstimmen.

Art. 38 Abs. 1 knüpft an die Unterscheidung zwischen der den Zivilprozeß üblicherweise beherrschenden Verhandlungsmaxime und der Offizialmaxime an. Diese zweite Maxime gilt von Bundesrechts wegen, wenn der Streitgegenstand um öffentlicher Interessen willen nicht der

freien Verfügung der Parteien untersteht (vgl. etwa zu Art. 158 Ziff. 1 und 3 ZGB: BGE 82 II 3 und 503, 83 II 4, 85 II 174 Erw. 3). Sodann kann das kantonale Prozeßrecht die *Offizialmaxime* anwendbar erklären, auch wo dies nicht aus Gründen des materiellen Rechtes geboten ist. Übrigens wird die *Verhandlungsmaxime*, auch wenn sie grundsätzlich gilt, nach Gesetz und Gerichtsgebrauch mancher Kantone nicht starr gehandhabt, sondern in verschiedener Hinsicht gemildert (vgl. GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 135 ff.; LEUCH, bernZPO zu Art. 89 Bem. 1). Nach dieser Richtung hin weicht auch der neue BZP vom frühern Gesetz von 1850 ab (vgl. namentlich die Artikel 3 Abs. 2, 35 Abs. 1, 37 BZP; dazu die Botschaft, BBl 1947 I 996 ff.).

Daß gemeinkundige und gerichtsnotorische Tatsachen keines Beweises bedürfen, ist allgemein anerkannt (vgl. BBl 1947 I 1012 zu Art. 36) und wird daher in Art. 38 unseres Entwurfes ebensowenig wie in Art. 36 BZP noch ausdrücklich bestimmt.

Art. 38 Abs. 2 will wie die entsprechende Bestimmung des BZP verhindern, daß tatsächliche Behauptungen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, nun kurzerhand als zugegeben betrachtet werden, was oftmals nicht die Meinung der zu einzelnen Punkten schweigenden Gegenpartei ist. Am einfachsten lassen sich solche Unklarheiten der Stellungnahme meistens durch Parteibefragung beheben; im übrigen soll der Richter das gesamte Vorbringen einer Partei und ihr Verhalten im Prozesse berücksichtigen (entsprechend der sich an § 267 der österreichischen ZPO anlehnenden Bestimmung des Art. 36 Abs. 2 BZP).

Art. 38 Abs. 3 des Entwurfes (= Art. 36 Abs. 3 BZP) will sowohl in den Fällen eines sogenannten qualifizierten Geständnisses wie auch bei einem Geständniswiderruf das freie richterliche Ermessen walten lassen. Die kantonalen wie auch die ausländischen Prozeßgesetze nehmen zum «qualifizierten Geständnis» in verschiedener Weise Stellung. «Die Fälle sind für den Richter immer schwierig, sie bereiten ihm nicht nur juristische, sondern

auch sittliche Konflikte; ein durchschneidendes Prinzip ist nach beiden Seiten (der Teilbarkeit oder der Unteilbarkeit) unzweckmäßig», sagt A. HEUSLER (Der Zivilprozeß der Schweiz, S. 128) mit eindrucksvoller Darlegung des Problems und kritischer Würdigung kantonaler und ausländischer Gesetze. Während Art. 1356 des französischen Code civil ein solches Geständnis als unteilbar erklärt, wird nach § 289 Abs. 1 der deutschen ZPO ein gerichtliches Geständnis nicht unwirksam durch eine ihm beigefügte Behauptung, die ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthält (ähnlich Art. 217 der bern. ZPO, § 153 der aarg. ZPO, Art. 164 des Genfer CPC sowie Art. 167 Abs. 2 des neuen CPC vaudois vom 14. Dezember 1966; dieser erklärt anderseits in Abs. 1 daselbst Geständnisse mit Zusätzen anderer Art als unteilbar, während § 289 Abs. 2 der deutschen ZPO für diesen Fall eine Entscheidung «nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles» vorsieht). Die Lösung des BZP und des vorliegenden Entwurfs entspricht inhaltlich dem etwas umständlicher gefaßten § 266 Abs. 2 der österreichischen ZPO und steht mit der erwähnten Betrachtungsweise A. HEUSLERS im Einklang. Sie empfiehlt sich namentlich auch deshalb, weil bei einem nicht unumwundenen Geständnis wie auch beim Widerruf eines Geständnisses kaum jemals ohne Beweismaßnahmen auszukommen ist und die freie Würdigung des Ergebnisses (Art. 40 des Entwurfs), insbesondere der Aussagen im Parteiverhör (Art. 65 Abs. 3 des Entwurfs) nicht durch feste Beweisregeln beeinträchtigt werden soll.

Das von Art. 38 Abs. 4 ins Auge gefaßte sogenannte außergerichtliche Geständnis ist kein wahres Geständnis im prozeßrechtlichen Sinne, als was nur eine im Prozesse selbst abgegebene Erklärung gelten kann. Derartige außerhalb des Prozesses (gewöhnlich vor dessen Beginn) erfolgte Zugeständnisse bilden bloße Indizien für die Richtigkeit der gegnerischen Tatsachenbehauptung (vgl. BGE 55 II 214; KUMMER, zu Art. 8 ZGB N 64 i. f.; STEIN, Grundriß S. 175 und 254; H. W. FASCHING, zu § 266 der österr. ZPO Anm. 8). Ob einer solchen Anerkennung volle Beweiskraft

zukomme, soll eine Frage freier richterlicher Würdigung bilden. So auch can. 1753 des Codex juris canonici:

Confessio sive scriptis, sive ore tenus, ipsimet adversario aut aliis extra iudicium facta, dicitur extrajudicialis; eaque in iudicium deducta, iudicis est, perpensis omnibus rerum adjunctis, aestimare quanti facienda sit.

Art. 38 Abs. 5 des Entwurfs (entsprechend Art. 12 Abs. 3 BZP) befaßt sich mit dem Fall, daß tatsächliche Behauptungen einer Partei aus einem ganz besonderen Grunde unbestritten geblieben sind: deshalb nämlich, weil die Gegenpartei eine Prozeßschrift versäumt hat oder von einem Rechtstage ausgeblieben ist. Unter solchen Umständen soll ein Ausgleich der Interessen in dem Sinne stattfinden, daß weder eine Bestreitung noch eine Anerkennung der in Frage stehenden Behauptungen fingiert wird. Vielmehr soll der Richter diejenigen Vorbringen, an deren Richtigkeit zu zweifeln keine Veranlassung besteht, als zutreffend gelten lassen, dagegen insoweit, als Gründe zu solchem Zweifel bestehen, Beweismaßnahmen treffen.

Diese ihrem Zweck entsprechend etwas unbestimmte Regel entfällt natürlich, wenn die säumig gewordene Partei in die Lage kommt, die Säumnisfolgen von sich abzuwenden und zu den Behauptungen der andern Partei Stellung zu nehmen.

Nach Art. 39 sollen sodann (wie nach Art. 38 BZP) die Parteien grundsätzlich berechtigt sein, der Beweiserhebung beizuwohnen und in die vorgelegten Urkunden Einsicht zu nehmen. An und für sich ist dies eine dem formellen Beweisrecht angehörende Vorschrift. Es rechtfertigt sich jedoch, sie bundesrechtlich festzulegen, weil die Parteien nur bei Mitwirkung an der Beweisaufnahme imstande sind, sich zum Beweisergebnis in voller Sachkenntnis zu äußern, was bei der dem Richter (laut Art. 40 des Entwurfs) obliegenden freien Beweiswürdigung von großer Bedeutung ist (vgl. P. BIRKENMAIER, Die Zeugnisfähigkeit in den schweizerischen Zivilprozeßordnungen, Diss. Zürich 1966, S. 43). Das gegenteilige Prinzip des gemeinrechtlichen Prozesses,

wonach die Beweisaufnahme geheim war und sogar unter Ausschluß der Parteien geschah, ist in den neueren Prozeßgesetzen ziemlich allgemein einer freieren Auffassung gewichen. Einen Überrest jener Beschränkung der Parteirechte enthält von den kantonalen Prozeßgesetzen nur noch dasjenige des Kantons Obwalden vom 2. April 1901. Nach dessen Art. 90 Abs. 3 geschieht die Zeugenabhörung «in Abwesenheit der Parteien, der Anwälte und des Publikums». Indessen hat sich die diese Regelung erklärende Befürchtung, die Anwesenheit der Parteien und eines weitem Publikums möchte die Unbefangenheit der Zeugen stören, in den zu einem freieren System übergegangenen Kantonen als unbegründet erwiesen. Mit Recht zählt daher GULDENER (Über die Herkunft des schweizerischen Zivilprozeßrechtes, S. 22 ff.) die geheime Beweisaufnahme zu den überholten gemeinrechtlichen Instituten.

Eine Ausnahme hat nach dem zweiten Satz des Art. 39 dann zu gelten, wenn Geschäftsgeheimnisse einer Partei oder eines Dritten gewahrt werden müssen. Der Entwurf übernimmt auch in dieser Beziehung die in Art. 38 BZP aufgestellte Ordnung. Er fügt bei, daß in solchen Fällen auch die Öffentlichkeit auszuschließen ist.

Die allgemeinen Bestimmungen des Titels V werden durch Art. 40 gekrönt, wonach der Richter – nach dem Vorbild des Art. 40 BZP – die Beweise nach freier Überzeugung zu würdigen hat. Wie bemerkt, gilt dieser Grundsatz bereits als bundesrechtlicher (nach Art. 249 BStP) für das Verfahren vor kantonalen Behörden in Bundesstrafsachen. Wie in den einleitenden Ausführungen dieses Titels V dargetan ist, schreiben ferner mehrere zivilrechtliche Erlasse des Bundes die freie Beweiswürdigung für bestimmte Rechtsstreitigkeiten vor. Das war nicht ohne Einfluß auf die kantonale Prozeßgesetzgebung. Deshalb sprechen SCHURTER/FRITZSCHE, Kantonale Zivilprozeßrechte II, im Schlußwort S. 174 vom «Vordringen der bundesrechtlich für Spezialgebiete geforderten freien Beweiswürdigung auf andere, kantonale gebliebene Teile der Rechtsordnung», und

H. FRITZSCHE (Schuldbetreibung und Konkurs 2. A. Bd. II 1968 S. 291) bemerkt zu dem in Art. 289 SchKG vorgesehenen freien Ermessen des Richters: «Da sich unverkennbar seither die kantonalen Beweisrechte einander angenähert haben und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im wesentlichen verwirklicht ist, hat diese beweisrechtliche Seite heute nicht mehr die alte Bedeutung.»

Art. 40 des Entwurfs führt somit eine Entwicklung weiter, die sich in den kantonalen Prozeßgesetzen ebenso wie in bundesrechtlichen Spezialvorschriften angebahnt hat. Wie Art. 40 BZP hebt er (nach dem Vorbild des Art. 116 des italienischen CPC mit dem Randtitel «Valutazione delle prove») ein Element der richterlichen Würdigung besonders hervor: das Verhalten der Parteien im Prozeß.

Die in Art. 40 vorbehaltenen Ausnahmen schwächen das Prinzip keineswegs ab. Die eine dieser Ausnahmen, Art. 42 Abs. 4, will verhüten, daß an die befugte Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes Folgerungen geknüpft werden, die den Wert dieses Rechtes beeinträchtigen würden. Und Art. 50 Abs. 1 weist auf die schon in Art. 9 ZGB festgelegte Beweiskraft öffentlicher Register und öffentlicher Urkunden hin. Im übrigen wird die die Würdigung des Beweisergebnisses betreffende Norm des Art. 40 durch Vorschriften zu ergänzen sein, die dafür sorgen, daß die zur Ermittlung der materiellen Wahrheit geeigneten Beweismittel in möglichst umfassender Weise zur Geltung gebracht werden können. Nur wenn dem Richter als Gegenstand der Beweiswürdigung alles unterbreitet werden kann, was seiner Natur nach zur Erbringung, Abschwächung oder Widerlegung eines Beweises geeignet ist, vermag sich der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ganz auszuwirken. Im Einklang damit stehen folgende Ausführungen von GULDENER (Beweiswürdigung und Beweislast, S. 4):

«Soweit das Bundesrecht vorschreibt, daß das Gericht nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu entscheiden habe, darf ein Beweismittel nicht auf Grund des kantonalen Rechtes wegen präsumptiver Wertlosigkeit generell ausgeschlossen werden, viel-

mehr hat sich das Gericht im Einzelfall nach freier Überzeugung darüber ein Urteil zu bilden, inwiefern der Aussage des Zeugen Beweiswert zukommt. Mit dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigkeit ist auch der Parteieid unvereinbar, der einer richterlichen Würdigung unzugänglich ist.»

Einige kantonale Prozeßgesetze stehen bereits auf diesem Boden. So kennen Bern, Art. 243 ff., und Freiburg, Art. 212 ff., keine Zeugenausschließungs- und -ablehnungsgründe wegen naher Verwandtschaft mit einer Partei und dergleichen, während beispielsweise St. Gallen zwar gleichfalls den Grundsatz der freien Beweiswürdigung anerkennt (Art. 178), die Auswahl der Beweismittel aber durch verschiedene Sonderbestimmungen beschränkt (vgl. namentlich Art. 238 und 240 betreffend Ausschluß und Ablehnung von Zeugen). Ähnlich Zürich (einerseits § 101: Grundsatz der freien Beweiswürdigung, anderseits § 185: Zeugenausschlußgründe wegen Verwandtschaft, Schwägerschaft, Ehe mit dem Beweisführer). Unzulässige Zeugen sind nach Art. 244 der bern. ZPO erstens Personen, die noch nicht zwölf Jahre alt sind (nach Art. 238 Ziff. 3 der sanktgall. ZPO Kinder, die dieses Alter zur Zeit der Wahrnehmung noch nicht erreicht hatten), zweitens Personen, denen der Gebrauch ihrer Geisteskräfte oder der zur Wahrnehmung notwendigen Sinnesorgane fehlt. Freiburg (Art. 212) berücksichtigt ebenfalls diesen zweiten, in den tatsächlichen Verhältnissen liegenden Unfähigkeitsgrund, stellt dagegen keine formelle Schranke wegen Kindesalters auf, sondern schließt gegenüber Personen unter sechzehn Jahren bloß Eid und Zwangsmaßnahmen aus. Auf sehr verschiedene Weise wird in den kantonalen Gesetzen das Parteiverhör als Beweismittel berücksichtigt (vgl. die Darlegung bei GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 369 ff.).

Der vorliegende Entwurf verzichtet auf jegliche formelle Beweisregeln, abgesehen von den schon erwähnten zwei Ausnahmen von der freien Beweiswürdigung laut Art. 40. Er gestaltet die einzelnen Beweismittel so, daß deren Zweck – der Erforschung der materiellen Wahrheit zu dienen – sich auf die bestmögliche Weise erreichen läßt.

2: Die Beweismittel

a) Zeugen

An die Spitze der dieses Beweismittel betreffenden Bestimmungen stellt der Entwurf in Art. 41 Abs. 1 die grundsätzlich – unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen – jedermann obliegende Pflicht, Zeugnis abzulegen.

Der Bundeszivilprozeß glaubte einer solchen Bestimmung entraten zu können (vgl. darüber die Botschaft, BBl 1947 I S.1013: «Die Zeugnispflicht ausdrücklich zu statuieren erübrigt sich, da sie sich klar aus der Aufführung der Ausnahmen, dem Zeugnisverweigerungsrecht, ergibt.»). Es erscheint aber als wünschbar, in einem von den kantonalen Gerichten anzuwendenden Gesetz eine dahingehende Norm aufzustellen, um das in Art. 42 zu regelnde Zeugnisverweigerungsrecht um so deutlicher als Ausnahme zu kennzeichnen. Übrigens ergeben sich weitere Schranken der Zeugnispflicht bzw. der Zeugeneigenschaft aus den Artikeln 43 und 44 des Entwurfs. Auf dem grundlegenden Art. 41 Abs. 1 aufgebaut, erhält die Regelung des Zeugenbeweises eine klare Gliederung. Es erscheint als angezeigt, die an den Zeugen zu richtenden Ermahnungen und Hinweise gleich in Art. 41 Abs. 2 aufzunehmen (inhaltlich übereinstimmend mit Art. 45 Abs. 2 BZP).

Art. 42 ordnet das Zeugnisverweigerungsrecht eingehend, und zwar in einigen Zeilen abweichend von Art. 42 BZP. So wenig wie dieses Gesetz kennt der Entwurf eine generelle Zeugnisunfähigkeit bestimmter Personen, wie manche kantonalen Zivilprozeßgesetze sie noch vorsehen (für Einzelheiten sei verwiesen auf GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 358 ff.). Gewiß ist eine Person natürlicherweise zur Ablegung eines Zeugnisses unfähig, wenn es ihr an der Wahrnehmungs- oder Mitteilungsfähigkeit gebricht. Indessen besteht eine solche Unfähigkeit oftmals nur in gewisser Beziehung, nicht schlechthin, wie denn beispielsweise ein Blinder zeugnisfähig ist betreffend Wahrnehmungen, die er durch das Ohr aufnehmen konnte, und auch eine Mittei-

lungsunfähigkeit braucht nicht allgemein zu bestehen. Das sicherste Beweisergebnis läßt sich erzielen, wenn keine formelle Beweisregel aufgestellt, sondern dem Richter anheim gegeben wird, den Beweiswert einer Aussage nach den jeweils gegebenen Umständen zu bestimmen (vgl. BIRKENMAIER, Zeugnisfähigkeit, S.29/30). Bisweilen führt diese Würdigung dazu, einen Zeugen zum vornherein als unzuverlässig abzulehnen. Eine solche anticipando-Würdigung verstößt nicht gegen Art.8 ZGB (vgl. BGE 84 II 537, 87 II 232, 90 II 224b und 309c). Zu verpönen sind dagegen gesetzliche Zeugnisunfähigkeitsgründe, welche den Richter nötigen, die Beweisaufnahme auf eine Weise einzuschränken, daß im einzelnen Fall ein Beweismittel verworfen werden muß, das bei freier Würdigung beizuziehen wäre und dem allenfalls entscheidende Bedeutung zukäme. Auf diesem Gedanken beruhen insbesondere auch die Artikel 43 und 45 des Entwurfs:

aa) Manche Gesetze schließen, wie schon erwähnt, die Vernehmung von Kindern bis zur Erreichung eines bestimmten Alters aus. Demgegenüber gewährt Art. 43 des Entwurfes dem Richter freien Spielraum. Es soll einfach darauf ankommen, ob das Sinnes- und Denkvermögen des Kindes zur Erkenntnis der in Frage stehenden Tatsachen ausreicht. Im übrigen soll nach Abs. 2 daselbst die Vernehmung des Kindes unterbleiben, wenn sein Wohl es gebietet. Diese kurzgefaßte Bestimmung ist wohl ebenso zweckmäßig wie die etwa in Art.185 Ziff.3 des noch in Kraft stehenden und in Art.196 Ziff.2 des neuen waadtländischen Code von 1966 getroffene Regelung.

bb) Nach Art. 45 des Entwurfs steht es jeder Partei frei, den Richter auf Umstände hinzuweisen, die Zweifel an der Glaubwürdigkeit eines Zeugen erwecken. Abs. 2 daselbst verpönt dagegen die Rekusation (Verwerfung) eines Zeugen, die der Richter ohne Prüfung der Glaubwürdigkeit hinzunehmen hätte. Es soll weder eine Rekusation ohne Grundangabe zulässig sein, noch soll es Rekusationsgründe geben, die der Richter ohne Prüfung der Glaubwürdigkeit

des Zeugen gelten lassen müßte. Denn die Erfahrung lehrt, daß beispielsweise ein Zeuge, der mit einer Partei (und wäre es auch diejenige, die ihn anruft) nahe verwandt ist, in manchen Fällen durch seine Aussagen zur Abklärung des Sachverhaltes beizutragen vermag, so gut wie die betreffende Partei selber beim gerichtlichen Verhör. In einer Prozeßordnung, die das Parteiverhör als Beweismittel anerkannt (wie der vorliegende Entwurf in den Artikeln 63 ff.), ist kein Raum für derartige Rekusationen. Natürlich sind die Aussagen eines Zeugen, der einer Partei nahe steht, besonders vorsichtig zu würdigen, und es können unter Umständen Gründe bestehen, ihn zum vornherein als so wenig glaubwürdig zu betrachten, daß von der Vernehmung abzusehen ist – dies eben wegen derartiger Gründe, aber nicht ohne daß der Richter sie hätte prüfen dürfen und müssen. Vorbehalten bleibt bei alldem die einem Zeugen allenfalls nach Art. 42 des Entwurfs zustehende Verweigerung der Aussage.

Das System der für Dritte allgemein bestehenden Zeugnispflicht unter Vorbehalt genau umschriebener Zeugnisverweigerungsrechte, wie es der vorliegende Entwurf nach dem Vorbild des Bundeszivilprozesses auch für das Verfahren vor kantonalen Behörden zur Geltung bringen möchte, findet sich in einigen kantonalen Zivilprozeßordnungen bereits vor. Diese Regelung erlaubt eine möglichst vollständige Heranziehung der zur Aufklärung des Sachverhaltes geeigneten Beweismittel. Andererseits stellt der Entwurf, um gerechtfertigten Interessen Rechnung zu tragen, ein ausgebautes System der Zeugnisverweigerungsrechte auf (Art. 42). Und zwar ist dafür zu sorgen, daß diese Rechte nicht entwertet werden, indem man ihre Ausübung als Verdachtsgrund gegenüber dem Zeugen selbst und allenfalls auch gegenüber der ihm nahestehenden Partei deutet und auf diese Weise in die Beweiswürdigung einbezieht. Derartigen Deutungen beugt der Entwurf im Schlußabsatz des Art. 42 vor, der ausdrücklich verbietet, eine befugte Zeugnisverweigerung als Indiz dafür zu würdigen, was der Zeuge ausgesagt haben würde.

Der Zeuge soll sein Verweigerungsrecht in voller Freiheit ausüben können, ohne dadurch sich selbst oder eine Partei in ein schiefes Licht zu setzen.

Der Richter wird gut tun, den Zeugen auch hierauf aufmerksam zu machen, wenn er ihn gemäß Art. 41 Abs. 2 des Entwurfs auf sein Zeugnisverweigerungsrecht hinweist.

Zu den einzelnen Zeugnisverweigerungsgründen (Art. 42 Abs. 1 lit. a–c):

Die im Entwurf enthaltene Regelung ist weitherziger als diejenige des Bundeszivilprozesses (s. dessen Art. 42 Abs. 1 lit. a und b).

Lit. a läßt das Bestehen einer der hier näher umschriebenen verwandtschaftlichen oder ähnlichen Beziehungen zu einer Partei als Grund zur Verweigerung des Zeugnisses genügen. Es ist gleichgültig, ob eine solche Beziehung mit dem Beweisführer oder mit dem Beweisgegner besteht (Unterscheidungen, die übrigens im modernen Prozeßrecht immer mehr an Bedeutung verlieren; vgl. M. GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast, Zürich 1955). Sodann braucht nicht glaubhaft gemacht zu werden, daß dem Zeugen selbst oder einer ihm nahestehenden Partei eine Gefahr oder Schädigung drohe. Ehe, nahe Verwandtschaft und Schwägerschaft sollen (abweichend von Art. 42 Abs. 1 lit. a BZP) ein unbedingtes Zeugnisverweigerungsrecht begründen.

Außer dem Ehegatten einer Partei und den mit einer Partei nahe verwandten oder verschwägerten Personen darf nach dem Entwurf auch der Vormund einer Partei das Zeugnis verweigern. Auf diese Weise soll auf die ihm zukommende Vertrauensstellung Rücksicht genommen werden. Ferner läßt der Entwurf in den Kreis der zur Aussageverweigerung berechtigten Personen auch den Verlobten einer Partei treten. Er lehnt sich dabei an Art. 75 des Bundesstrafprozesses vom 15. Juni 1934 an. Ob ein wahres Verlöbniß bestehe, wird jeweilen als Vorfrage zu prüfen sein. Ist es zu bejahen, so hat man es mit einem Zeugen zu tun, der mit einer Partei nahe verbunden ist. Es rechtfertigt sich, ihm

ebenfalls ein unbedingtes Zeugnisverweigerungsrecht zuzuerkennen.

Lit. b stimmt im wesentlichen mit Art. 42 Abs. 1 lit. a BZP überein. Zusätzlich berücksichtigt der Entwurf (entsprechend der Einbeziehung des Vormundes einer Partei in lit. a) eine dem Mündel des Zeugen drohende Gefahr oder Schädigung. Endlich bringt der Entwurf durch die Wendung «...verursachen könnte» (der BZP sagt: «...verursachen würde») zum Ausdruck, daß die bloße Möglichkeit genügt.

Lit. c räumt ein Zeugnisverweigerungsrecht den Angehörigen bestimmter Berufe ein, mit deren Ausübung von alters her nach Recht und Sitte eine Schweigepflicht verbunden ist. Es betrifft dies namentlich

Geistliche, Ärzte und Rechtsanwälte

(vgl. KOLLBRUNNER, Die rechtliche Stellung des Arztes, Diss. Zürich 1903, S. 116 ff.; BLASS, Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte, Diss. Zürich 1944; über die verschiedenen Regelungen der kantonalen Prozeßgesetze s. GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 361 ff., und speziell betreffend die Schweigepflicht der Rechtsanwälte S. 617). Sowohl bei der Ausarbeitung der Prozeßgesetze wie auch bei deren Anwendung ist immer wieder darüber gestritten worden, ob dann, wenn eine von Angehörigen solcher Berufe betreute Person in ein gerichtliches Verfahren (namentlich in einen Zivil- oder Strafprozeß) verwickelt ist, die Schweigepflicht weg falle und einem Recht oder sogar einer Pflicht zur Aussage zu weichen habe, sei es von Gesetzes wegen oder jedenfalls dann, wenn der Berechtigte die Aussage verlangt oder wenigstens dazu einwilligt. Die hierüber bestehenden Meinungsverschiedenheiten spiegeln sich in den Prozeßgesetzen wider. Es sei hier nur auf die Schwankungen der Bundesgesetzgebung in diesem Punkte hingewiesen. Die alten Gesetze (Bundeszivilprozeß vom 22. November 1850, Art. 133, und Bundesstrafprozeß vom 27. August 1851, Art. 75 lit. c und d) untersagten schlechthin die Vernehmung der in Frage stehenden Berufs-

tätigen «über Geheimnisse, welche ihnen vermöge ihres Amtes oder Berufes anvertraut worden sind» (Art. 133 aBZP), und ähnlich aBStP Art. 75: «Es können nicht zu Aussagen angehalten werden: ... c) Geistliche in Ansehung dessen, was ihnen in der Beichte oder sonst in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut ist; d) Sachwalter, Ärzte und Wundärzte in Ansehung dessen, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut ist». Die Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889 erklärt dagegen in Art. 86 Abs. 1 Ziff. 3 die Geistlichen, Ärzte und Rechtsanwälte zur Verweigerung des Zeugnisses «über solche Tatsachen, welche ihnen mit Rücksicht auf ihren Beruf mitgeteilt worden sind und bezüglich deren sie zur Geheimhaltung verpflichtet sind», nur als berechtigt, «sofern sie nicht von den Berechtigten dieser Verpflichtung entbunden wurden». Etwas abweichend hievon knüpfen die Vorschriften über das Verfahren vor dem eidgenössischen Versicherungsgericht das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte und der Rechtsbeistände an folgenden Vorbehalt (BB vom 28. März 1917, Art. 77 Abs. 4): «Verlangen jedoch der Versicherte oder seine Hinterlassenen die Aussage, so sind Ärzte und Rechtsbeistände zu ihr verpflichtet». Vgl. dazu die parlamentarische Diskussion: Sten. Bull. 1916 NR S. 154 ff., StR S. 99 ff. Geistlichen wird dagegen in Abs. 3 daselbst ein unbedingtes Zeugnisverweigerungsrecht gewährt. Der neue Bundesstrafprozeß vom 15. Juni 1934 stellt in Art. 77 ein unbedingtes Aussageverbot folgenden Wortlautes auf:

«Geistliche, Rechtsanwälte, Notare, Ärzte, Apotheker, Hebammen und ihre beruflichen Gehilfen dürfen über Geheimnisse, die ihnen in ihrem Amte oder Berufe anvertraut worden sind, nicht zum Zeugnis gehalten werden»,

wogegen der neue Bundeszivilprozeß vom 4. Dezember 1947, sich an Art. 321 des Strafgesetzbuches anlehnend, bestimmt:

«Das Zeugnis kann verweigert werden:

... b) von den in Art. 321 Ziffer 1 des Strafgesetzbuches genannten Personen über Tatsachen, die nach dieser Vorschrift unter das Berufsgeheimnis fallen, sofern der Berechtigte nicht in die Offenbarung des Geheimnisses eingewilligt hat.»

Der vorliegende Entwurf bezeichnet die zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen wie auch die unter das Berufsgeheimnis fallenden Tatsachen ebenfalls in Übereinstimmung mit Art.321 StGB. Im Unterschied zu Art.42 Abs.1 lit.b BZP läßt er aber das entsprechend der beruflichen Schweigepflicht anerkannte Zeugnisverweigerungsrecht auch dann gelten, wenn der Berechtigte in die Offenbarung des Geheimnisses eingewilligt hat. Diese Lösung stützt sich auf folgende Überlegungen:

Art.321 Ziff.3 StBG behält ganz allgemein die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vor (vgl. P.NOLL, Geheimnisschutz und Zeugnispflicht, in Festgabe für Max Gerwig, S.135 ff., bes. 138, Schluß von Ziff. II). Wie es damit zu halten sei, ist somit eine Frage des Prozeßrechts. Dieses kann die Schweigepflicht der in Art.321 Ziff.1 StGB genannten Personen gänzlich durchbrechen, indem es diese Personen verpflichtet, gleich wie jedermann sonst im gerichtlichen Verfahren als Zeuge auszusagen. Es kann aber auch die entgegengesetzte Regelung treffen, indem es die in Frage stehenden Personen oder einzelne Gattungen derselben schlechthin von der Zeugnispflicht ausnimmt, selbst wenn der Berechtigte sie von der Schweigepflicht entbindet. Schließlich kann das Prozeßgesetz eine Mittellösung treffen, etwa in dem Sinne, daß der von Berufs wegen Schweigepflichtige zwar grundsätzlich das Zeugnis verweigern darf (und allenfalls verweigern soll), jedoch wie jedermann zeugnispflichtig ist, wenn der Berechtigte ihn für das hängige Verfahren von der Schweigepflicht entbindet. Diese Mittellösung trifft Art.42 Abs.1 lit.b BZP. Er lehnt sich an Art.321 Ziff.2 StGB an, der den Täter strafflos ausgehen läßt, wenn sich die Offenbarung des Berufsgeheimnisses auf eine Einwilligung des Berechtigten (oder auf eine vom Täter eingeholte behördliche Bewilligung) zu stützen vermag. Indessen besteht keine Notwendigkeit, den Art.321 Ziff.2 StGB als wegleitend für das Prozeßrecht zu

betrachten. Ganz abgesehen davon, daß ein künftiges Bundesgesetz diese Vorschrift selbst ändern könnte, behält Ziff. 3 des gleichen Artikels, wie soeben bemerkt, die Bestimmungen der kantonalen und eidgenössischen Prozeßgesetze, auch der bereits in Kraft stehenden, vor. Insbesondere bleibt der erwähnte Art. 77 des Bundesstrafprozesses bestehen, wonach die dort genannten von Berufes wegen schweigepflichtigen Personen über Berufsgeheimnisse nicht zum Zeugnis gehalten, d. h. verpflichtet oder gar gezwungen werden dürfen, auch wenn derjenige, den es angeht, bereit wäre, sie von der Schweigepflicht zu entbinden. Diese Lösung verdient nun unseres Erachtens vor derjenigen des Bundeszivilprozesses und einiger damit übereinstimmender kantonaler Prozeßgesetze den Vorzug. Sie beruht, so wie sie in das geltende Gesetz über den Bundesstrafprozeß aufgenommen wurde, auf einer eingehenden parlamentarischen Erörterung. Der den Räten unterbreitete Entwurf des Bundesrates hatte die Geistlichen, Rechtsanwälte, Notare, Ärzte, Apotheker, Hebammen und ihre beruflichen Gehilfen von der Zeugnispflicht betreffend die ihnen in ihrem Amte oder Berufe anvertrauten Geheimnisse nur ausnehmen wollen, «wenn sie von der Pflicht der Geheimhaltung nicht befreit worden sind» (vgl. die Botschaft mit Entwurf, BBl 1929 II 575 ff., besonders die Bemerkungen zu Art. 79 des Entwurfes, S. 601: «Die Personen, zu deren Gunsten das Berufsgeheimnis aufgestellt ist, können die Inhaber der Berufe, die zur Geheimhaltung verpflichtet sind, hiervon befreien. Die Berufsinhaber können alsdann, wie die andern Bürger, als Zeugen einvernommen werden.»). Die Kommission des Nationalrates wollte es jedoch nicht dabei bewenden lassen (vgl. das Votum des Berichterstatters HUBER: «Bei Art. 79 soll das Geheimnisrecht der Geistlichen, Anwälte, Ärzte usw. noch besser geschützt werden dadurch, daß auch nach Entbindung von der Schweigepflicht kein Zwang ausgeübt werden kann. Darum der Antrag, die Worte <wenn usw.> zu streichen. Ob Geistliche, Ärzte usw. in solchen Fällen zur Aussage berechtigt sind, ist im wesentlichen Sache des kan-

tonalen Rechts.»; ferner das Votum des franz. Berichterstatters RAIS: «...La commission vous propose ... ce qui a pour conséquence qu'ils peuvent refuser leur témoignage même s'ils sont déliés du secret professionnel. On a ainsi voulu leur permettre sans restriction de refuser leur témoignage sur tout ce qu'ils ont appris dans l'exercice de leur profession.»; Votum MURALT: «...C'est une des conceptions du secret professionnel, la conception française. ... Cette conception est assez rigide... Mais, d'un autre côté, c'est pour le professionnel et pour le public une très sérieuse garantie ... il vaut peut-être mieux admettre, en ce qui concerne le secret professionnel, que c'est au professionnel à décider s'il se considère ou non comme en droit de témoigner. S'il estime qu'il ne doit pas violer le secret, il est libre de se taire, même si l'intéressé le délie de l'obligation du secret.»; Sten.Bull. 1931 NR S.715/16; Zustimmung des Rates S.719). Der Ständerat trat dieser Betrachtungsweise bei (vgl. das Votum BÉGUIN, der – ohne die im damals vorliegenden Entwurf des Strafgesetzbuches bereits festgesetzte Straflosigkeit einer Offenbarung von Berufsgeheimnissen bei Einwilligung des Interessierten zu übersehen – das Ergebnis der Kommissionsberatung in folgender Weise zusammenfaßte: «Ainsi ... il n'y a pas d'astiction possible au témoignage. C'est le témoin lui-même, et lui seul – s'il est cité –, qui décidera s'il préfère, oui ou non, garder le silence. La loi de procédure pénale n'instituant pas l'obligation du témoignage, la conscience du témoin sera le guide unique de son attitude.»; Sten.Bull. 1932 StR S.647/48; Zustimmung des Rates ebendort).

Es mag verwundern, daß der Entwurf zum neuen Bundeszivilprozeß das Zeugnisverweigerungsrecht der in Art.321 Ziff.1 StGB genannten Personen dann doch wieder nur gelten lassen wollte, «sofern der Berechtigte nicht in die Offenbarung des Geheimnisses eingewilligt hat» (BBl 1947 I S.1034, Art.42 Abs.1 lit.b), und daß diese Einschränkung, ohne Widerspruch zu finden (vgl. Sten.Bull. 1947 StR S.283, NR S.440), Gesetz geworden ist.

Angesichts der abweichenden, auf dem Ergebnis einer eingehenden Erörterung beruhenden Vorschrift des Art. 77 BStP ist anzunehmen, es sei diesem Punkte bei der Revision des Bundeszivilprozesses keine Beachtung geschenkt worden. Nur so läßt es sich erklären, daß man die abweichende Regelung des Art. 77 BStP unangetastet ließ, so daß das mit beruflicher Schweigepflicht zusammenhängende Zeugnisverweigerungsrecht nun im Bundesstraßprozeß und im Bundeszivilprozeß verschieden geordnet ist.

Die Regelung des Art. 77 BStP verdient nicht nur deshalb den Vorzug, weil sie das Ergebnis einer eingehenden Aussprache in den beiden Räten ist und als Ausdruck eines überwiegenden Volkswillens gelten kann. Es ist in der Tat nicht gerechtfertigt, Geistliche entgegen einem für sie geltenden kirchlichen Verbot zur Aussage als Zeugen zu verpflichten. Vielmehr ist Rücksicht zu nehmen auf Vorschriften wie diejenige des can. 1757 § 3 CJC, wonach «...repelluntur a testimonio ferendo ... ut incapaces ... 2° Sacerdotes, quod attinet ad ea omnia quae ipsis ex confessione sacramentali innotuerunt, etsi a vinculo sigilli soluti sint...». So dürfen denn auch beispielsweise nach der sanktgallischen ZPO «als Zeugen nicht abgehört werden: Beichtväter über das, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden ist» (Art. 238 Ziff. 4). Von dieser Sondernorm abgesehen, können freilich nach der nämlichen ZPO Geistliche, Ärzte, Rechtsanwälte und ihre beruflichen Gehilfen nicht schlechthin auf Antrag einer Partei nach richterlichem Ermessen als Zeugen ausgeschlossen werden, sondern nur, sofern sie nicht von der Schweigepflicht entbunden sind (Art. 240 Abs. 1 Ziff. 3, d und Abs. 2), und unter dem gleichen Vorbehalt steht auch das diesen Personen zustehende Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 241 Abs. 1 Ziff. 2). Indessen hat sich in Gesetzgebung und Lehre immer mehr die dem Art. 77 BStP zugrunde liegende Auffassung durchgesetzt, daß die berufliche Schweigepflicht der Ärzte, Rechtsanwälte usw. ebenso wie diejenige der Geistlichen nicht nur dem privaten Interesse dessen zu dienen hat, in dessen Angelegenheiten der betreffende Ver-

trauensmann Einblick gewonnen hat, sondern daß an der Wahrung des Berufsgeheimnisses auch die Allgemeinheit ein schutzwürdiges Interesse hat. Aus diesem Grunde schützt die neue ZPO des Kantons Solothurn vom 11. September 1966 das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte, Anwälte und freierwerbenden Notare sowie ihrer Hilfspersonen «selbst dann, wenn sie vom Berufsgeheimnis entbunden werden» (§ 172 Abs. 1 b), während Geistliche oder Seelsorger überhaupt nicht als Zeugen vernommen werden dürfen «über Tatsachen, die ihnen in der Beichte oder sonst unter dem Siegel der Verschwiegenheit anvertraut worden sind» (§ 171 lit. b). Auch der neue CPC des Kantons Waadt vom 14. Dezember 1966 knüpft an die Entbindung vom Berufsgeheimnis durch den privat Interessierten nicht den Wegfall des Zeugnisverweigerungsrechts. Art. 198 Abs. 2 dieses Gesetzes bestimmt vielmehr:

«Même si l'intéressé a consenti à la révélation, les ecclésiastiques, les avocats, les notaires, les agents d'affaires brevetés, les médecins, les pharmaciens, les sages-femmes et leurs auxiliaires ne peuvent être tenus de témoigner sur des secrets dont ils ont eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de leur ministère ou de leur profession.»

(Vgl. dazu das Bulletin du Grand Conseil 1966 S. 721: «...L'intérêt public au secret confère au détenteur du secret un droit absolu de refuser de témoigner, même s'il est délié du secret professionnel par son client ou son patient.»)

Aus der reichhaltigen Literatur seien zwei Abhandlungen angeführt: E. R. FREY, Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechtes, in der Festschrift für H. F. Pfenninger 1956, S. 41 ff., und R. PICCARD, Considérations sur le secret professionnel de l'avocat, in der SJZ 62/1966, S. 53 ff.

Zum soeben besprochenen Art. 42 Abs. 1 lit. c des Entwurfes sind folgende Präzisierungen anzubringen:

a) Das Zeugnisverweigerungsrecht entbindet einen solchen Berufsinhaber nicht von der Pflicht, einer Vorladung als Zeuge Folge zu geben. Über die Bereitschaft zur Aussage

oder über deren Verweigerung hat sich der Zeuge in der Regel erst in der gerichtlichen Verhandlung zu entscheiden.

b) Die Befugnis, die Aussage auch dann zu verweigern, wenn der privat Interessierte den Zeugen von der Schweigepflicht entbindet, bedeutet nicht, der Zeuge habe grundsätzlich immer auf seinem Verweigerungsrechte zu beharren. Mitunter liegt es im Interesse des Klienten oder Patienten des Zeugen, also eines Anwaltes oder Arztes (wohl selten im Interesse eines von dem als Zeugen angerufenen Geistlichen seelsorgerisch Betreuten), daß der Zeuge sich zur Aussage bereit findet. Auch das Interesse der Allgemeinheit gebietet es keineswegs, daß der von der einen oder andern Partei als Zeuge angerufene Arzt oder Anwalt (um nur diese Hauptfälle ins Auge zu fassen) vom Zeugnisverweigerungsrechte stets Gebrauch mache. Man denke namentlich an Haftpflichtprozesse, in denen sich die Anspruchsgrundlage nur durch Vernehmung des behandelnden Arztes abklären läßt.

c) Art. 42 Abs. 1 lit. c des Entwurfes bezieht sich nicht auf den Fall, daß eine der in Art. 321 Ziff. 1 StGB genannten Personen nicht als Zeuge angerufen ist, sondern als gerichtlicher Experte zu amten hat. Besondere Fragen stellen sich, wenn sich die Tätigkeit des medizinischen Sachverständigen (wie namentlich etwa bei einer sich über Wochen und Monate hinziehenden psychiatrischen Untersuchung) nicht auf die Exploration beschränken kann, sondern zugleich den Beginn einer therapeutischen Behandlung darstellt. In solchen Fällen läßt sich die Sachverständigenfunktion nicht völlig von der ärztlichen Heiltätigkeit trennen. (Vgl. die soeben angeführte Abhandlung von E. R. FREY i. d. Festschr. f. H. F. Pfenninger S. 53; F. SCHWARZ, Zur Sachverständigentätigkeit des Arztes, in derselben Festschrift S. 143 ff.; FR. NAVILLE, *Le secret professionnel des médecins*, in *Droit et Vérité*, 1946, S. 46 ff., bes. S. 76 «III. La situation des médecins experts ou médecins conseils non confidents du malade».) Ob und wiefern deshalb das ärztliche Berufsgeheimnis zur Geltung zu kommen habe, wird von Fall zu Fall zu entscheiden sein.

Ein in das Ermessen des Zeugen gestelltes Zeugnisverweigerungsrecht wegen beruflicher Geheimhaltungspflicht sieht der Entwurf im erwähnten Art. 42 Abs. 1 lit. c nur für die unter Art. 321 Ziff. 1 StGB fallenden Geheimnisse vor. Die Offenbarung anderer Berufsgeheimnisse und ebenso eines Geschäftsgeheimnisses kann der Richter nach Art. 42 Abs. 2 des Entwurfs dem Zeugen erlassen, wenn sich dies auf Grund einer Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen rechtfertigt. Die Entscheidung ist also von Fall zu Fall nach freiem Ermessen des Richters zu treffen (wie es beispielsweise auch § 188 der Zürcher ZPO vorschreibt).

Ob und unter welchen Voraussetzungen Beamte über Wahrnehmungen, welche sie bei Ausübung ihres Amtes gemacht haben, als Zeugen vernommen werden dürfen, muß sich nach dem für sie maßgebenden öffentlichen Recht bestimmen. Art. 42 Abs. 3 des Entwurfs verweist deshalb gleich wie Art. 42 Abs. 3 BZP auf das die Zeugnispflicht der Beamten einschränkende öffentliche Recht des Bundes und der Kantone. Diese Regelung gilt auch für Gemeindebeamte, weshalb der Entwurf übereinstimmend mit dem BZP von «Beamten» schlechthin, nicht von Beamten des Bundes und der Kantone spricht. Die Gemeinde soll aber nicht selber darüber bestimmen, sondern der Kanton für seine Gemeinden (vgl. über die dahingehende Klarstellung bei der Beratung des BZP: StenBull. 1947 StR S. 283, NR S. 440).

Der wichtige Schlußabsatz (4) des Art. 42 wurde bereits vor Besprechung der einzelnen Gründe der Zeugnisverweigerung erläutert (S. 377).

Die Bedeutung der Artikel 43 und 45 wurde gleichfalls in den allgemeinen Bemerkungen zum Zeugenbeweis dargelegt (S. 376f.).

Zeuge kann dem Begriffe nach nur ein am Rechtsstreit nicht als Partei beteiligter Dritter sein. Art. 44 des Entwurfs stellt klar, daß in Sachen einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft deren Gesellschaftern Parteieigen-

schaft zukommt; diese Personen dürfen daher nicht als Zeugen vernommen, sondern nur dem Parteiverhör unterzogen werden. So verhält es sich auch mit den Organen einer juristischen Person, und zwar ist – was sich aus Art. 64 Abs. 2 des Entwurfs ergibt – bei Kollektivorganen jedes einzelne Mitglied als in die Parteistellung verstrickt zu betrachten (vgl. LEUCH, zu Art. 243 der bernZPO N1). Im Prozeß einer Konkursmasse sind sowohl der Gemeinschuldner, dessen Rechtsbeziehungen im Streite liegen, wie auch der Konkursverwalter, der die Masse von Gesetzes wegen vor Gericht zu vertreten hat (Art. 240 SchKG), nur als Partei zu vernehmen. Dasselbe gilt für die Liquidatoren (und zwar für jeden einzelnen) beim Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung in Prozessen der Liquidationsmasse, denn die Rechtsstellung der Liquidatoren entspricht durchaus derjenigen eines Konkursverwalters (Art. 316 d Abs. 3 SchKG). Aus Art. 64 Abs. 1 des Entwurfs ergibt sich ferner, daß auch der gesetzliche Vertreter eines Handlungsunfähigen nicht Zeugeneigenschaft haben kann. Alle diese (in Lehre und Praxis nicht unumstrittenen) Fragen (vgl. GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 358/59 Anm. 16 a–g) sollen gemäß dem vorliegenden Art. 44 (der im BZP, abgesehen von dessen Art. 63, kein Gegenstück findet) eine eindeutige Lösung finden.

In reine Fragen des formellen Beweisverfahrens (worauf sich die Artikel 43, 44 Abs. 4, 45 Abs. 1, 46–48 BZP beziehen) will der Entwurf nicht eingreifen. Sie sollen nach Art. 64 Abs. 3 BV dem kantonalen Recht unterstellt bleiben.

Dem Grenzgebiet zwischen materiellem und formellem Beweisrecht gehören dagegen folgende Fragen an, die den Gegenstand der Artikel 46 und 47 des Entwurfes bilden:

Können gegen einen ohne genügende Entschuldigung ausbleibenden Zeugen Zwangsmittel ergriffen, kann somit die Erfüllung der Zeugenpflicht erzwungen werden? Art. 46 Abs. 1 sieht die zwangsweise Vorführung vor. Der Richter soll diese Maßnahme immerhin nur dann ergreifen,

wenn er die Vernehmung des betreffenden Zeugen als unerläßlich betrachtet.

Art. 46 Abs. 2 stellt es sodann den Kantonen anheim, außerdem Ordnungsstrafen vorzusehen, und endlich behält Art. 46 Abs. 3 die Androhung der in Art. 292 StGB vorgesehenen Ungehorsamsstrafen vor. Danach steht es jedem Kanton frei,

- bestimmte Ordnungsstrafen, allenfalls mit Steigerung des Maßes (Buße oder Haft) für den Fall wiederholten Ungehorsams bei erneuter Vorladung, vorzusehen, wobei dem Richter ferner die Anwendung von Art. 292 StGB zusteht

- oder die Ordnungsstrafe auf den ersten Ungehorsamsfall zu begrenzen, für den Fall erneuten Ungehorsams gegenüber einer zweiten Vorladung dagegen ausschließlich Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen

- oder endlich schon die erste Vorladung mit einer Androhung gemäß Art. 292 StGB zu verbinden (und es so dem Strafrichter zu überlassen, beim ersten Ungehorsam Milde walten zu lassen, wie es der weite Strafraum des Art. 292 StGB erlaubt).

Ist ein Zeuge zwar erschienen, verweigert er aber unbefugterweise die Aussage, so liegt ein anderer Fall des Ungehorsams vor, der unter die allgemeinere Bestimmung des Art. 88 des Entwurfes fällt.

Um der freien Beweiswürdigung volle Entfaltung zu sichern, verpönt endlich Art. 47 des Entwurfs sowohl den Zeugeneid wie auch das feierliche Gelübde an Eides statt (sog. Handgelübde). Die kantonalen Prozeßgesetze bieten in dieser Hinsicht ein buntes Bild. Einige sehen die Beeidigung der Zeugen fakultativ oder sogar obligatorisch vor, andere kennen den Zeugeneid nicht mehr, wohl aber das Handgelübde (das nach Art. 49 der Bundesverfassung an die Stelle des Eides zu treten hat, wenn der Zeuge die Eidesleistung aus weltanschaulichen Gründen verweigert), und wieder anderen sind beide Arten der feierlichen Wahrheitsbekräftigung unbekannt (vgl. GULDENER, Schweiz. ZPR

2. A., S. 372 ff. Ziff. I 1 und III). Zwar steht es dem Richter nach den meisten Gesetzen zu, Eid oder Handgelübde eines Zeugen frei zu würdigen (vgl. GULDENER, a.a.O. Ziff. IV). Wie die Erfahrung lehrt, zögert der Richter aber doch, die Wahrhaftigkeit einer auf solche Weise bekräftigten Aussage kritisch zu überprüfen. Der Entwurf glaubt daher, solch feierlichen Formen der Bekräftigung von Zeugenaussagen keinen Platz mehr einräumen zu sollen. Mißt der Richter einer Zeugenaussage, sei es für sich allein oder in Verbindung mit andern Beweisergebnissen, volle Beweiskraft bei, so bedarf es nicht zudem eines Eides oder Handgelübdes. Vermag die Aussage aber den Richter nicht ganz zu überzeugen, so soll es nicht zulässig sein, durch Eid oder Handgelübde die noch fehlende Beweiskraft herzustellen. Der Zeuge steht ja von vornherein unter strenger Wahrheitspflicht (Art. 307 StGB) und ist darauf jeweils vor der Vernehmung aufmerksam zu machen (Art. 41 Abs. 1 des Entwurfs).

b) Urkunden

Im Unterschied zu manchen kantonalen Prozeßgesetzen (vgl. Zürich ZPO § 226, Bern ZPO Art. 229) und zum Bundeszivilprozeß vom 4. Dezember 1947 (Art. 50) stellt der Entwurf an die Spitze der Bestimmungen betreffend dieses Beweismittels eine Definition der Urkunde als solcher (Art. 48 Abs. 1) und der öffentlichen Urkunde im besondern (Abs. 2 daselbst). Es erscheint als nützlich, auf diese Weise wenigstens in gewisser Hinsicht darüber Klarheit zu schaffen, was im Zivilprozeß als Urkunde zu betrachten ist, wie denn der Bundesgesetzgeber sich bereits beim Erlaß des Strafgesetzbuches zur Aufstellung einer Legaldefinition der Urkunde veranlaßt sah (Art. 110 Ziff. 5 StGB). In der Tat läßt sich der Begriff der Urkunde nicht leicht abgrenzen (vgl. A. HEUSLER, Die Grundlagen des Beweisrechtes, im Archiv für civ. Praxis 62 S. 209 ff., speziell S. 296 Mitte), und daß auch in der Schweiz sich mancherlei Streitfragen darüber erhoben haben, geht eindrucklich aus den parlamentarischen Beratungen über das schweizerische

Strafgesetzbuch hervor (vgl. A. HAEFLIGER, Der Begriff der Urkunde im schweizerischen Strafrecht, S. 1 ff.). Die in Art. 110 Ziff. 5 StGB enthaltene Definition hat manche Zweifelsfragen beseitigt. Danach kommt die Eigenschaft einer Urkunde (*titre*) einer Schrift (*écrit*) zu, wenn sie bestimmt oder geeignet ist, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen, einem Zeichen (*signe*) aber nur, wenn es hiezu bestimmt ist (vgl. dazu ein Urteil des Genfer Kassationshofes vom 9. Juli 1948: *Semaine judiciaire* 1949 S. 103 ff.). Man könnte versucht sein, die Umschreibung des Art. 110 Ziff. 5 StGB auch für den Zivilprozeß gelten zu lassen. Sie erscheint indessen als zu eng. Das Strafrecht befaßt sich mit den Urkunden namentlich als Gegenstand von Fälschungsdelikten. Aus diesem Gesichtspunkt rechtfertigt es sich, die nicht in Gestalt von Schriftstücken erscheinenden, sondern sich als Zeichen darbietenden Urkunden bloß dann in Betracht zu ziehen, wenn sie zur Beweisführung nicht bloß geeignet, sondern geradezu bestimmt sind. Als Beweismittel können jedoch auch die Zeichen (vgl. über den Unterschied zwischen Schrift und Zeichen A. HAEFLIGER, a.a.O. S. 20) immer dann verwendet werden, wenn sie zum Beweis erheblicher Tatsachen geeignet sind, gleichgültig ob sie zu diesem oder zu einem andern Zweck errichtet wurden. Die nicht abschließende Aufzählung in Art. 48 Abs. 1 des Entwurfes («Schriften, Photographien, Pläne und dergleichen») läßt im übrigen der Auslegung ein weites Feld offen. Ob beispielsweise Grammophonplatten und Diktaphonrollen als «Urkunden» angerufen werden können, mag der Gerichtspraxis vorbehalten bleiben. («Eine zu starke Kasuistik der Gesetzgebung hemmt die natürliche Rechtsentwicklung»; Votum von J. HENGgeler, ZSR 1943 S. 573 a.)

Welche Urkunden (in dem weiten Sinne des Abs. 1) als öffentliche zu gelten haben, wird sodann in Art. 48 Abs. 2 bestimmt. Auch hier vermeidet es der Entwurf, durch eine ins Einzelne gehende Definition Schranken aufzustellen, die einer sachlich gerechtfertigten Berücksichtigung dieses Beweismittels hinderlich sein könnten. Während bei-

spielsweise Art. 233 der bernischen ZPO den Begriff der öffentlichen Urkunde in folgender Weise festlegt:

«Öffentliche Urkunden sind die von öffentlichen Beamten oder von Notaren im Kreise ihrer Zuständigkeit unter Beobachtung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens in gesetzlicher Form aufgenommenen Urkunden, die staatlich anerkannten Vermessungswerke und die von den zuständigen Organen daraus erstellten Kopien und Auszüge»,

sagt Art. 48 Abs. 2 Satz 1 des Entwurfs einfach:

«Öffentliche Urkunden sind die von einer Behörde, die von einem Beamten kraft seines Amtes und die von einer Person öffentlichen Glaubens in dieser Eigenschaft ausgestellten Urkunden.»

Es mag der Rechtsprechung anheimgegeben werden, zu entscheiden, ob und inwiefern Fehler des Errichtungsverfahrens oder der Abfassung der Urkunde je nach deren Zweckbestimmung so wesentlich sind, daß dem Schriftstück oder Zeichen der Charakter der öffentlichen Urkunde abgeht. Auch in dieser Hinsicht verdient übertriebener Formalismus verpönt zu werden (wie denn beispielsweise das Bundesgericht es abgelehnt hat, an die Mißachtung gewisser für die Eintragung der Eigentumsvorbehalte geltender Ordnungsvorschriften die Ungültigkeit eines eingetragenen Eigentumsvorbehaltes zu knüpfen: BGE 78 II 361 ff.).

Nimmt der Staat (oder eine andere öffentlichrechtliche Körperschaft oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts) am privaten Geschäftsverkehr teil, so übt er nicht öffentliche Gewalt aus, und es sind daher die von der Verwaltung der wirtschaftlichen Unternehmungen und Monopolbetriebe öffentlichrechtlicher Gebilde in zivilrechtlichen Geschäften ausgestellten Schriftstücke nicht öffentliche Urkunden, was Art. 48 Abs. 2 in Satz 2 ausdrücklich klarstellt.

Die folgende Vorschrift von Art. 49 erlaubt dem Richter die Einholung schriftlicher Auskünfte von Amtsstellen und ausnahmsweise auch von Privatpersonen. Es erscheint als richtig, diese Bestimmung hier (statt wie im BZP am Schluß des Abschnittes über die Zeugen, Art. 49

BZP) einzureihen, da solche Auskünfte ein Mittelding zwischen Zeugenaussagen und Urkunden darstellen und der vor allem in Betracht fallenden Auskunft einer Amtsstelle in manchen Fällen die volle Beweiskraft beigemessen zu werden verdient, wie sie einer öffentlichen Urkunde von Rechts wegen (Art. 9 ZGB) zukommt. Immerhin soll der Richter nach freiem Ermessen zu befinden haben, ob die schriftliche Auskunft zum Beweise tauglich ist oder durch gerichtliches Zeugnis ergänzt werden soll, das ebenfalls (nach Art. 40) der freien richterlichen Würdigung unterliegt.

An den soeben angeführten Art. 9 ZGB knüpft Art. 50 des Entwurfes an, indem er in Abs. 1 die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden in gleicher Weise umschreibt und ebenso den nach Art. 9 Abs. 2 ZGB an keine besondere Form gebundenen Nachweis der Unrichtigkeit des Inhalts solcher Urkunden vorbehält (während über den Beweiswert privater Urkunden der Richter nach freiem Ermessen entscheiden soll; Art. 50 Abs. 2).

Eine Frage für sich ist es, wie die Beweislast hinsichtlich der Echtheit einer öffentlichen Urkunde zu verteilen sei. Freilich findet sich die Ansicht vertreten, die in Art. 9 ZGB für die Richtigkeit des Inhaltes aufgestellte Beweisregel gelte ihrem Sinne nach auch für die Echtheit einer solchen Urkunde. Das trifft jedoch nicht zu; denn Art. 9 ZGB setzt offensichtlich das Vorhandensein einer öffentlichen Urkunde und somit auch deren Echtheit voraus. Er bestimmt nichts darüber, wie es bei bestrittener Echtheit zu halten sei. Grundsätzlich trifft die Beweislast für die Echtheit einer öffentlichen gleich wie einer privaten Urkunde denjenigen, dem die Urkunde als Beweismittel dienen soll (vgl. GULDENER, Beweismittel und Beweislast, S. 29/30 Anm. 10). Jedoch spricht bei einem alle äußern Merkmale einer öffentlichen Urkunde aufweisenden Schriftstück eine starke tatsächliche («natürliche», «Erfahrungs-») Vermutung für die Echtheit (vgl. KUMMER, zu Art. 9 ZGB N 39 in Verbindung mit N 362 ff. zu Art. 8). Deshalb stellen einige kantonale Prozeßgesetze (vgl. Bern Art. 232, Freiburg Art. 238; vgl. auch

can. 1814 CJC und § 437 der deutschen ZPO) geradezu eine Rechtsvermutung der Echtheit der sich äußerlich unverdächtig als solche darbietenden öffentlichen Urkunde auf. Dies gilt dann natürlich im besondern auch für den Text einer zweifellos mit echten Stempeln und echter Unterschrift versehenen öffentlichen Urkunde. Vorbehalten bleibt der Nachweis einer Nachahmung oder Verfälschung. Deutlich Basel-Stadt § 101:

«Die Echtheit öffentlicher Urkunden, d. h. solcher, die von einem öffentlichen Beamten oder von einem Notar in dieser ihrer Eigenschaft und über Gegenstände ihrer Amtstätigkeit in gesetzlicher Form sind ausgestellt worden, wird, insofern sie äußerlich vollkommen erscheinen, so lang als vorhanden angenommen, als nicht ihre Fälschung von der Partei, gegen die sie produziert wird, nachgewiesen ist.»

Art. 50 Abs. 1 des Entwurfs stellt für öffentliche Urkunden (d. h. eben für die sich in einwandfreier Gestalt und Aufmachung als solche darbietenden Schriftstücke) ebenfalls eine Echtheitsvermutung auf. Eine Echtheitsbestreitung, die sich auf keinen Verdachtsgrund stützt, soll einem solchen Schriftstück nicht ohne weiteres die Beweiskraft nehmen, solange nicht durch besondere Beweismaßnahmen die Unechtheit dargetan wird. Man denke auch etwa an öffentliche Urkunden aus alter Zeit, über deren Entstehung niemand, der damals lebte, mehr Auskunft zu geben vermag, so daß sich eine Expertise nur auf Grund geschichtlicher, allenfalls archäologischer Untersuchungen durchführen ließe. – Sind jedoch Zweifel an der Echtheit begründet, so ist darüber stets Beweis anzuordnen, gleichgültig ob eine private oder eine öffentliche Urkunde in Frage steht (Art. 51 Abs. 1 des Entwurfs). Bei Privaturkunden empfiehlt es sich, dem Experten wenn möglich eine vom angeblichen Aussteller der Urkunde vor dem Richter abgegebene Schriftprobe als Vergleichsmaterial zur Verfügung zu stellen, was sich schon in manchen Prozessen bewährt hat (Art. 51 Abs. 2). Ist die Fälschung einer Urkunde Gegenstand eines Strafverfahrens, so soll es dem Richter freistehen, dessen Erledigung

abzuwarten und den Zivilprozeß bis dahin einzustellen (Art. 51 Abs. 3).

Mit der Vorlegungspflicht der Parteien und Dritter befassen sich die Artikel 52 und 53 des Entwurfs.

Der die Vorlegungspflicht der Partei betreffende Art. 52 entspricht dem Art. 50 BZP in allen Teilen. Hervorzuheben ist, daß nach Abs. 2 ein gegen diese Pflicht verstoßendes Verhalten der Partei nach Art. 40 bei der Beweiswürdigung mit ins Gewicht fällt.

Die Vorlegungspflicht Dritter ist in Art. 53 Abs. 1, 2 und 4 gleich wie in Art. 51 BZP geregelt. Der Entwurf stellt es in das Ermessen des Richters, zu entscheiden, ob eine dem Zeugnisverweigerungsrecht entsprechende Weigerung, eine Urkunde vorzulegen, überhaupt nicht oder nur in bezug auf einzelne Teile der Urkunde begründet ist (Abs. 1). Sodann fügt der Entwurf in Abs. 3 eine Vorschrift bei, wonach gleich einer Partei vorlegungspflichtig sind die mit einer Partei wirtschaftlich identischen oder von ihr beherrschten juristischen Personen oder Gesellschaften. In der Tat soll bei solcher wirtschaftlichen Verbundenheit trotz fehlender rechtlicher Identität die volle Vorlegungspflicht Platz greifen, wie sie die Partei selbst trifft.

Wie es im privaten Verkehr, beispielsweise bei der Bewerbung um eine Stelle, Sitte geworden ist, Abschriften oder Photokopien von Belegen (Dienstzeugnissen usw.) statt der Originalurkunde einzusenden, so pflegen auch in gerichtlichen Verfahren Parteien und Dritte mehr und mehr solche Nachbildungen vorzulegen, sei es, daß sie die Originalurkunde wohlverwahrt zur Verfügung zu behalten wünschen, sei es, daß sie selber nur über Nachbildungen unmittelbar verfügen und das Original im Besitz eines Dritten, etwa einer Bank, belassen wollen. Sehr oft bringt dieses Vorgehen keine Schwierigkeiten mit sich, weil alle Beteiligten das vorgelegte Ersatzstück als originalkonform anerkennen. Der Entwurf kommt dieser Gepflogenheit in Art. 54 Satz 1 in weiterem Maße als Art. 52 Abs. 1 BZP entgegen. Er geht von

ihr als einem durchaus normalen Vorgehen aus und stellt es in das Ermessen des Richters, es dabei bewenden zu lassen oder das Original oder eine beglaubigte Abschrift (als was auch eine beglaubigte Photokopie zu gelten hat) zu verlangen.

Art. 54 Satz 2 schreibt in gleicher Weise wie Art. 52 Abs. 2 BZP vor, daß und wie die nicht dem Beweise dienenden Teile mit Ermächtigung des Richters verdeckt werden können.

Art. 55 (= Art. 53 BZP) nimmt Rücksicht darauf, daß es unter Umständen infolge der Beschaffenheit der Urkunde nicht tunlich ist, sie bei Gericht vorzulegen, und daß bisweilen die Herausgabe einer Urkunde berechnete Interessen verletzen würde. In solchen Fällen braucht die Urkunde nicht von ihrem Standort entfernt zu werden; vielmehr können die am Verfahren beteiligten Personen dort in sie Einsicht nehmen.

c) Augenschein

Ein wichtiges Mittel zur richterlichen Tatsachenfeststellung und somit ein Beweismittel im weiteren Sinn dieses Wortes ist die unmittelbare sinnliche Wahrnehmung, der Augenschein. Wie nach Art. 55 BZP soll auch nach Art. 56 Abs. 1 des Entwurfs die Partei verpflichtet sein, den Augenschein nicht nur an den in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen, sondern auch an ihrer Person zu dulden. Dies ist einigen kantonalen Prozeßgesetzen fremd; sie kennen eine «Leibesvisitation» nur im Rahmen einer Expertise (Freiburg Art. 257 Abs. 2) und sprechen nur vom Augenschein an Sachen (Freiburg Art. 241, auch 242; Bern Art. 263; Neuenburg Art. 305; Genf Art. 274; Waadt 1966 Art. 246). Andere Gesetze umschreiben den Gegenstand des Augenscheins allgemein («Zustände und Verhältnisse»; so St. Gallen Art. 249) oder beziehen ihn, soweit es die Parteien angeht, ausdrücklich auch auf die Person (Solothurn 1966 § 185).

Der Entwurf übernimmt in Art. 56 Abs. 1 diese dem

Art.55 Abs.1 BZP entsprechende Regelung hinsichtlich der Parteien. Auf besondere Umstände ist gemäß Art.57 Abs.2 und 3 (= Art.56 Abs.2 und 3 BZP) Rücksicht zu nehmen.

Drittpersonen sind dagegen nach Art. 56 Abs. 2 (= Art.55 Abs.2 BZP) nur verpflichtet, den Augenschein an den in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen zu dulden. Zur Begründung dieser Einschränkung führt die Botschaft zum Entwurf des BZP (BBl 1947 I S.1015 Mitte) aus:

«Auch die Duldung des Augenscheins ist öffentlich-rechtliche Pflicht. Sie geht für den Dritten weniger weit als für die Partei, sie umfaßt nicht den Augenschein an seiner Person, da im ausschließlichen Interesse Dritter ein Einbruch in die höchstpersönliche Sphäre nicht soll geduldet werden müssen.»

Zwei Präzisionen sind anzubringen:

1. Als «Augenschein an der Person» hat nicht der bloße Anblick des als Zeuge vorgeladenen Dritten zu gelten, wie er zu dessen Identifizierung notwendig sein kann. Es soll einem Zeugen nicht gestattet sein, maskiert vor Gericht zu erscheinen, um zu verhindern, daß sich eine Partei über seine Identität mit einer bestimmten ihr bekannten Person aussprechen kann.

2. Eine allfällige Verpflichtung Dritter, zur Abklärung von Abstammungsfragen (insbesondere in Vaterschaftsprozessen) körperliche Untersuchungen (Blutgruppenuntersuchung, anthropologisch-erbbiologische Expertise) zu dulden, bleibt vorbehalten. Dahingehende Vorschriften finden sich in mehreren kantonalen Prozeßgesetzen vor. Sie sollen durch Art.56 Abs.2 des Entwurfs nicht in Frage gestellt werden. Die Aufstellung bundesrechtlicher Normen solchen Inhaltes sollte u.E. ihren Platz im revidierten Familienrecht finden (s. S.463 ff. hienach).

Über die Art der Vornahme des Augenscheins enthält Art. 57 besondere Bestimmungen, die mit Art.56 BZP übereinstimmen. Sie sprechen für sich selbst und bedürfen keiner Erläuterung.

d) Sachverständige

Es erscheint als angezeigt, auch dieses Mittel zur Aufklärung des Sachverhaltes gewissen einheitlichen Regeln nach dem Vorbild des Bundeszivilprozesses vom 4. Dezember 1947 (s. dessen Artikel 57–61) zu unterstellen.

Die Absätze 1 und 2 des Art. 58 des Entwurfs entsprechen inhaltlich dem Art. 57 BZP. Abs. 1 spricht verdeutlichend von Fachkenntnissen, «die dem Richter fehlen». Ist dieser selbst genügend fachkundig, so kann er der Mit Hilfe eines Experten entraten, und außerdem ist an Spezialgerichte (namentlich Handelsgerichte) zu denken, denen von Gesetzes wegen Fachleute angehören, deren Mitwirkung in den meisten Streitfällen die Beiziehung besonderer Experten überflüssig macht.

Den Parteien ist Gelegenheit zu bieten, bei der Anordnung und Durchführung der Expertise mitzuwirken, wie dies die Artikel 58 Abs. 2, 60 Abs. 1 und 61 Abs. 1 des Entwurfs entsprechend dem Bundeszivilprozeß vorsehen.

Die Pflichten des Sachverständigen, worauf dieser bei seiner Ernennung aufmerksam zu machen ist, werden in Art. 58 Abs. 3 des Entwurfs etwas einfacher, aber nicht weniger eindringlich umschrieben als in Art. 59 Abs. 1 BZP.

Der Sachverständige ist eine gerichtliche Hilfsperson, weshalb manche Prozeßgesetze bestimmen, es gelten für ihn dieselben Ausstands- und Ablehnungsgründe wie sie für die Gerichtspersonen vorgesehen sind (vgl. Zürich § 214, Bern Art. 267, St. Gallen Art. 254, Baselland § 150, Aargau § 208, Thurgau § 248, Freiburg Art. 252, Solothurn § 190, Tessin Art. 239 Abs. 5, Neuenburg Art. 248, Genf Art. 262). Auf dem gleichen Boden steht Art. 58 Abs. 1 BZP; er unterwirft den Sachverständigen den für den Richter nach Art. 22 und 23 OG geltenden Ausstandsgründen. Einige Kantone umschreiben dagegen die Eigenschaften, welche die Unparteilichkeit des Experten allgemein in Frage stellen, unabhängig von den

für Richter geltenden Ausstands- und Ablehnungsgründen.
So Basel-Stadt § 151:

«Bei Ernennungen von Sachverständigen ist darauf zu sehen, daß dieselben mit den Parteien nicht nahe verwandt oder eng befreundet, noch überhaupt bei der betreffenden Sache beteiligt seien...»

Ähnlich Waadt (neues Gesetz von 1966) Art.222:

«Lorsqu'il existe des circonstances de nature à compromettre leur impartialité, les experts peuvent être récusés par demande écrite...»

Nach § 186 der Luzerner ZPO müssen die Sachverständigen hinlängliche Kenntnisse ... und überdies die Eigenschaften von vollgültigen Zeugen besitzen. Nach der Gerichtspraxis gelten die für den Richter aufgestellten Ausstands- und Ablehnungsgründe auch für Sachverständige (Textausgabe von A.ZGRAGGEN, 2. A. 1958, Anm. 1 zu § 186).

Der vorliegende Entwurf, Art. 59, lehnt sich in dieser Frage den Regelungen an, wie sie in den Kantonen Basel-Stadt und Waadt getroffen wurden. Die für Richter geltenden Ausstands- und Ablehnungsgründe als auf Sachverständige anwendbar zu erklären, ging schon deshalb nicht wohl an, weil der Entwurf sich nicht mit dem Ausstand und mit der Ablehnung der kantonalen Richter befaßt (was nach Art.64 Abs.3 der Bundesverfassung in das Gebiet der kantonalen Gesetzgebung gehört). Sodann lassen sich die in dieser Hinsicht für die Richter geltenden Normen ohnehin nicht schlechthin auf Sachverständige anwenden. Insbesondere darf bei Beurteilung der Befangenheit nicht der gleiche Maßstab angelegt werden (vgl. die Ausführungen von LEUCH, Anm. 1 zu Art.267 der bernZPO). Es erscheint daher als richtig, in umfassender Weise zu bestimmen:

Sachverständiger kann nur sein, wer für unbefangene Begutachtung volle Gewähr bietet.

Nach Art. 60 Abs. 1 des Entwurfs steht es den Parteien zu, gegen die in Aussicht genommenen Sachverständigen Einwendungen vorzubringen, die der Richter nach freiem

Ermessen zu würdigen hat. Er kann also, wenn er es für angezeigt hält, den erhobenen Bedenken auch dann Rechnung tragen, wenn er den in Aussicht genommenen Experten als durchaus fachkundig und als völlig unbefangen betrachtet. Oftmals wird eine Partei, welche Einwendungen erhebt, zugleich eine andere Person an Stelle der abgelehnten vorschlagen, oder es gehen gemeinsame Vorschläge der Parteien ein. Der Richter wird solche Stellungnahmen prüfen und den Wünschen der Parteien, zumal wenn sie beiderseits in gleicher Weise geäußert werden, entsprechen, falls sich auf dieser Grundlage ein zuverlässiges Beweisergebnis erwarten läßt. Die Entscheidung soll aber in allen Fällen dem richterlichen Ermessen anheimgegeben sein. Der Entwurf vermeidet es, formale Regeln (wie sie in einigen kantonalen Prozeßgesetzen vorkommen, vgl. GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 366 Anm. 5 a und b) aufzustellen, wonach eine von beiden Parteien abgelehnte Person keinesfalls als Sachverständiger ernannt werden dürfte, oder wonach ein gemeinsamer Vorschlag der Parteien für den Richter verbindlich wäre.

Endlich soll es den Parteien nach Art. 60 Abs. 2 nicht gestattet sein, einen Sachverständigen zu rekusieren, ohne daß der Richter über das Vorliegen eines zureichenden Grundes zu befinden hätte.

Über die Durchführung der Expertise enthält Art. 61 Vorschriften, die denen des Art. 60 BZP entsprechen; sie bedürfen keiner Erläuterung. Daß für einen nach Abs. 2 Satz 2 beizuziehenden neuen Sachverständigen das Erfordernis völliger Unbefangenheit ebenfalls gilt, versteht sich von selbst, weshalb sich hier ein Hinweis auf Art. 59 erübrigt.

Manche kantonalen Gesetze enthalten Vorschriften über die Pflicht zur Annahme eines Sachverständigenauftrages. Es kann grundsätzlich eine solche Pflicht verneint werden, oder sie kann gegenteils für jedermann bestehen (vgl. Basel-Stadt § 151) oder wenigstens für Personen in bestimmter amtlicher Stellung oder mit bestimmter beruflicher Betätigung (vgl. Aargau § 205, Basel-Land § 155, Neuenburg Art. 249, Zürich § 215). In diese das kantonale

Gerichtswesen betreffende Frage hat die Bundesgesetzgebung nicht einzugreifen.

Art. 62 des Entwurfs faßt endlich die außergerichtlichen Gutachten ins Auge, wie sie oft von den Parteien vorgelegt werden, sei es als Beilage zu den Rechtsschriften, sei es anläßlich der Stellungnahme zu einem gerichtlichen Gutachten. An und für sich bildet der von einer Partei eingeholte Befund eines Fachkundigen einfach einen Teil ihrer Sachdarstellung (vgl. LEUCH, N 4 zu Art. 157 der bernZPO; GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 367, Ende von Ziff. I). Indessen sollen solche Berichte nicht unbeachtet bleiben, sondern vom Richter je nach dem ihnen gebührenden sachlichen Gehalt gewürdigt werden; sie können unter Umständen dazu Veranlassung geben, es bei den Ergebnissen eines gerichtlichen Gutachtens nicht bewenden zu lassen, sondern die gerichtliche Expertise zu ergänzen (vgl. die Ausführungen von M. KUMMER in ZbJV 98/1962 S. 203/4). Sodann kann unter Umständen ein von beiden Parteien gemeinsam eingeholtes einem gerichtlichen Gutachten gleichgeachtet werden (BGE 86 II 134 Erw. 3; zustimmend GULDENER, II. Supplement zum Schweiz. ZPR 2. A., S. 77 ad S. 366 Anm. 4). Der Entwurf stellt es in das Ermessen des Richters, ob er ein ihm vorgelegtes Privatgutachten – unter Vorbehalt der freien Beweiswürdigung – als Beweismittel zulassen will.

e) Parteiverhör

Es liegt auf der Hand, daß über manche Tatsachen oftmals niemand so gut unterrichtet ist wie die Parteien selbst oder eine von ihnen. Von jeher hatte sich deshalb das Prozeßrecht mit der Frage zu beschäftigen, ob und in welcher Weise Parteiaussagen als Beweismittel zuzulassen und wie sie, abgesehen vom Fall der Anerkennung gegnerischer Behauptungen (sog. Geständnis; vgl. die Bem. zu Art. 38), zu bewerten seien. Einige kantonale Prozeßordnungen kennen noch heute das althergebrachte Beweismittel des Parteieides, wie er (abgesehen vom Editionseid) in zwei Formen vorkommt:

aa) als *Ergänzungseid* (*serment supplétoire*) zur vollen Erbringung eines sonstwie bereits mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegenden Beweises oder (hiebei gewöhnlich *Reinigungseid* genannt) zur vollen Ausschaltung einer bereits mit überwiegender Wahrscheinlichkeit widerlegten Behauptung des Gegners;

bb) als zugeschobener (allenfalls zurückgeschobener) Eid (*Schiedseid*, *serment décisoire*).

Vgl. Näheres bei GULDENER, Schweiz.ZPR 2.A., S.373/74; MOREL, *Traité élémentaire de proc.civ.* 2^e éd. no511.

Neben den Parteieid bzw. das förmliche Handgelübde an Eides statt ist in neuerer Zeit das schlichte Parteiverhör getreten. Ja, diese Art der Parteivernehmung – als einfaches Verhör oder als unter Strafandrohung stehende, jedoch nicht durch Eid oder Handgelübde bekräftigte Beweisaussage – hat nach einigen Prozeßordnungen Eid und Handgelübde gänzlich verdrängt und ersetzt. Das bedeutet mehr als einen Wandel prozessualer Formen: Dem Eid wird in der Regel eine sakrale Bedeutung beigemessen; er schafft daher, und ebenso das förmliche Handgelübde, einen absoluten, den Richter bindenden, also der richterlichen Würdigung entzogenen Beweis. Das Parteiverhör fügt sich dagegen den andern Beweismitteln auf gleicher Ebene an, so daß sein Inhalt wie das übrige Beweisergebnis der freien richterlichen Würdigung unterliegt. Nur vereinzelt wird im kantonalen Recht auch dem Parteieide die bindende Kraft nicht zuerkannt, so daß dem Richter die freie Würdigung auch dieses Beweismittels zusteht (so nach Art.211 der freiburgischen ZPO vom 28.April 1953).

Die für manche kontinental-europäischen Prozeßordnungen richtungsweisend gewordene österreichische ZPO vom 1.August 1895 sieht die Vernehmung der Parteien, abweichend vom angelsächsischen Recht, in § 371 Abs.2 bloß als subsidiäres Beweismittel vor: «Diese Beweisführung kann auf Antrag oder von Amtes wegen, jedoch nur dann angewendet werden, wenn der Beweis weder durch die anderen von den Parteien angebotenen Beweismittel, noch durch

die etwa von Amtes wegen angeordneten Beweisaufnahmen hergestellt ist.» Der Grundsatz der Subsidiarität (wonach der Richter eine bestimmte Reihenfolge der Erkenntnisquellen zu beobachten hat) fällt indessen überall dort weg, wo der Untersuchungsgrundsatz (die *Offizialmaxime*) gilt, so namentlich in Ehe- und Abstammungsverfahren (vgl. H. W. FASCHING, Kommentar III, Anm. 4 zu § 371 der österr. ZPO). Nach der deutschen ZPO vom 30. Januar 1877 wurden Parteiaussagen grundsätzlich nur in Form des mit voller Beweiskraft ausgestatteten Eides als Beweismittel verwendet; nur in engen Grenzen war daneben die uneidliche Parteiaussage zugelassen, «bei der auch die Quelle und Sicherheit des Wissens wie beim Zeugen erforscht und frei gewertet wird» (STEIN, Grundriß S. 273/74). Indessen wurde der mit den Worten «Beweis durch Eid» überschriebene Titel (§§ 445 ff.) der deutschen ZPO durch die Novelle vom 27. Oktober 1933 ersetzt. Danach lautet dieser Titel nun «Beweis durch Parteivernehmung». Gleich wie in der österreichischen ZPO ist diese neue Art der Beweisaufnahme als subsidiäre, erst nach Erschöpfung der andern Beweismittel anzuordnende Maßnahme gestaltet (§ 445; BAUMBACH/LAUTERBACH, Kommentar, N 1 dazu; Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen 154 S. 228). Die Parteivernehmung ist zunächst uneidlich; doch kann das Gericht, wenn die volle Überzeugung fehlt, die Partei oder, wo beide Parteien über verschiedene Tatsachen vernommen waren, beide beeidigen, § 452. Indessen untersteht auch die beeidigte Parteiaussage der freien gerichtlichen Würdigung, § 453, was der erwähnte Kommentator als großen Fortschritt gegenüber den früheren Vorschriften über die volle Beweiskraft des Eides bezeichnet (Bem. 2, C, der Vorbem. zu den §§ 445 ff.).

In der Schweiz ist das Parteiverhör nach einigen kantonalen Gesetzen ebenfalls nur als subsidiäres, in letzter Linie zu verwendendes Beweismittel anerkannt (vgl. GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 370 mit Anm. 6 und 7). Manche kantonale Gesetze sehen neben dem von Amtes wegen angeordneten Parteiverhör die von einer Partei beantragte Vernehmung

der Gegenpartei vor (so § 172 Abs. 1 der zürcherischen ZPO; dazu STRÄULI/HAUSER Bem. 2: Die Partei ist nicht befugt, die eigene persönliche Befragung zu beantragen, und deren Ergebnis vermag daher keinen Beweis für die aussagende Partei selbst zu erbringen). Andere kantonale Gesetze räumen dem Parteiverhör ein weiteres Anwendungsfeld ein. So bestimmt Art. 273 der bernischen ZPO vom 7. Juli 1918 ganz allgemein: «Das Parteiverhör besteht in der Abhörung einer oder beider Parteien über bestimmte Tatsachen». Vgl. dazu LEUCH, N 1:

«Für die Benutzung dieses Beweismittels gelten keine besondern Vorschriften, die Partei kann ihr eigenes und das Verhör des Gegners beantragen, und der Richter kann es von Amtes wegen vornehmen. Das Beweismittel ist nicht ein subsidiäres, das erst beim Fehlen oder Nichtgenügen anderer herangezogen wird ... sondern es kann nach Gutfinden des Richters mit andern verbunden werden, in welchem Falle am besten die Beweisführung mit dem Parteiverhör eingeleitet wird. Die Erfahrung lehrt, daß es bei geschickter Handhabung des Fragerechts durch den Richter ein ausgezeichnetes Mittel zur Erforschung der Wahrheit bildet, das in Fällen, wo persönliches Verhalten und eigene Wahrnehmungen der Parteien in der Sache Gegenstand des Beweises sind, oft unerwartet viel Licht über den Sachverhalt zu verbreiten vermag. In Ehescheidungs-, Vaterschafts- und andern Prozessen, welche das gegenseitige persönliche Verhältnis der Parteien berühren, ist seiner kaum zu entraten, vgl. ZBJV 73 194.»

Natürlich ist die Aussage einer Partei, soweit sie kein Zugeständnis enthält, mit Vorsicht zu würdigen, wie denn der erwähnte Kommentator anschließend bemerkt:

«Immerhin wird die eigene Aussage der Partei allein gewöhnlich nicht absolut zuverlässige Ergebnisse liefern, sondern der Unterstützung durch weitere Beweismittel oder Indizien bedürfen, um Beweis zu bilden.»

Damit übereinstimmend, führt die Botschaft zu den entsprechenden Bestimmungen des Entwurfs eines BZP (BBl 1947 I S. 1016) aus:

«Das Parteiverhör (Art. 62 ...) – das als Beweismittel von der Vernehmung der Partei zum Zwecke der Beschaffung des nötigen Prozeßstoffes (Art. 3) zu unterscheiden ist – ist Zeugnis in eigener Sache. Selbstverständlich ist, sofern es nicht zu Geständnissen führt,

sein Ergebnis mit besonderer Vorsicht zu würdigen... Das Parteiverhör ist nach dem Entwurf nicht ein subsidiäres Beweismittel, das erst beim Fehlen oder Nichtgenügen anderer herangezogen wird...

Daß der Richter die Beweise nach freier Überzeugung würdigt, steht schon im Art.40. Für die Parteiaussage wird es im Art.65 Abs.1 wiederholt, womit betont wird, daß die Beweisaussage der Partei keine formelle Wahrheit schafft (im Gegensatz zum Parteieid des alten BZP), sondern wie andere Beweismittel zu würdigen ist.»

Die neue freiburgische ZPO vom 28.April 1953 räumt dem Parteiverhör die erste Stelle unter den Beweismitteln ein (Art.198). Den Gegenstand des Verhörs umschreibt Art. 205 wie folgt:

«Der Richter kann zur Einvernahme einer Partei schreiten, um eine Tatsache festzustellen. Handelt es sich um eine Tatsache, von der beide Parteien Kenntnis haben können, so verhört er beide.

Im Verlauf ihrer Einvernahme können die Parteien von sich aus dem Richter Erklärungen abgeben.

Der Richter kann die Parteien selbst über Tatsachen befragen, welche erst die Einvernahme an den Tag bringt.»

Zur Bekräftigung der im einfachen Verhör gemachten Aussagen kann nach Art.210 Abs.1 der freiburgischen ZPO die wiederholte Aussage unter Straffolge und in letzter Linie der Eid oder das Handgelübde dienen:

«Hegt der Richter nach der Parteieinvernahme und gegebenenfalls nach der Erbringung anderer Beweise noch Zweifel über eine oder mehrere Tatsachen, so kann er anordnen, daß eine der Parteien unter Straffolge ihre Erklärungen über bestimmte Tatsachen erneuere und nötigenfalls hierüber einen Eid oder ein Handgelübde ablege.»

Damit ist wie in andern Kantonen ein großer Schritt zur Erweiterung der tatbeständlichen Urteilsgrundlage getan. Während nach der frühern freiburgischen ZPO eine Parteierklärung nur insoweit in Betracht fiel, als sie dem Erklärenden ungünstig war, kann sie nun ähnlich einer Zeugenaussage (mit der gebotenen Zurückhaltung) auch zugunsten des Erklärenden berücksichtigt werden, falls sie (zumal in Verbindung mit andern Beweiselementen) den Richter gänzlich überzeugt. Dies heben DESCHENAUX/CASTELLA, La nou-

velle procédure civile fribourgeoise, S. 158/59, unter Hinweis auf die Botschaft des Staatsrates zum neuen Gesetz hervor. Vgl. auch BGE 80 II 297.

Die Regelung des BZP, Art. 62 ff., steht somit nicht vereinzelt da. Ihre wichtigsten Normen sind bereits in mehreren kantonalen Prozeßordnungen enthalten. Sie verdient für das Verfahren vor den kantonalen Gerichten allgemein eingeführt zu werden. Freilich stellt das Parteiverhör große Anforderungen an den Richter (wie A. HEUSLER, Der Zivilprozeß der Schweiz, S. 105, ausführt: «Es ist ein seltsam Ding mit dieser Parteienabhörung. Es ist kein Zweifel, daß sie vortrefflich funktionieren kann und große Erfolge zu erzielen geeignet ist. Aber es gehört ein Richter dazu, der nicht nur die gewöhnliche Routine der Prozeßleitung besitzt, sondern auch durch sein persönliches Ansehen und Auftreten den Parteien imponiert, so daß sie sich scheuen, zu verschweigen was sie wissen und mit Ausflüchten unbequemen Fragen zu entweichen...»). Es empfiehlt sich, das Parteiverhör, abgesehen von der Stellung bestimmter Einzelfragen, nach dem sog. Erzählungssystem vorzunehmen: Danach soll sich die Partei zu einem allgemein umschriebenen Thema zunächst möglichst frei nach bestem Wissen äußern (ein auch bei der Zeugenvernehmung erprobtes Vorgehen, wie es in manchen Kantonen gehandhabt und beispielsweise in Art. 205 Abs. 2 der neuen bündnerischen ZPO vom 20. Juni 1954 vorgeschrieben wird; vgl. dazu H. GUYAN, Verhandlungsmaxime und Offizialmaxime im bündnerischen Zivilprozeß, Diss. Bern 1966 S. 52/53).

Die in den Artikeln 63 ff. des vorliegenden Entwurfs vorgeschlagene Regelung schließt sich eng an diejenige des Bundeszivilprozesses (Art. 62 ff.) an. Um der freien richterlichen Beweiswürdigung (Art. 40) ein möglichst weites Anwendungsgebiet einzuräumen, ist es gerechtfertigt, den Parteieid, und ebenso das Handgelübde an Eides statt, als formelle, den Richter bindende Beweismittel zu verpönen und durch ein der freien richterlichen Würdigung unterliegendes Parteiverhör zu ersetzen.

Art. 63 des Entwurfs (= Art. 62 BZP) sieht zunächst das einfache, nicht unter Straffolge stehende Parteiverhör vor. Hiebei können über dieselbe Tatsache beide Parteien vernommen werden, sofern sie persönliche Wahrnehmungen gemacht haben (Abs. 1).

Dem Verhör geht eine Ermahnung zur Wahrheit voraus, und die Parteien sind darauf aufmerksam zu machen, daß sie allenfalls später zur Beweisaussage unter Straffolge angehalten werden können (Abs. 2).

Art. 64 des Entwurfs (= Art. 63 BZP) regelt die Frage, wer dem Parteiverhör unterzogen werden kann

- bei gesetzlicher Vertretung (Abs. 1)
- bei juristischen Personen; bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (Abs. 2)
- im Prozeß einer Konkursmasse (Abs. 3).

Entsprechendes muß gelten im Prozeß einer Liquidationsmasse beim Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 316 d Abs. 3 SchKG); ebenso – unter Beachtung der besonderen Umstände – im Prozeß einer amtlich oder durch einen Willensvollstrecker vertretenen Erbschaft.

Art. 65 umfaßt den Gegenstand der Artikel 64 und 65 BZP unter dem Randtitel «Beweisaussage unter Straffolge». Schon das einfache Parteiverhör läßt sich als Beweismittel verwenden, zumal wenn es nicht allein steht, sondern für die betreffende Tatsache noch andere Beweiselemente vorhanden sind. Erachtet der Richter es aber nach Durchführung des einfachen Parteiverhörs (und allfälliger weiterer Beweismaßnahmen) als geboten, so kann er die Partei zur Beweisaussage unter Straffolge anhalten (Abs. 1). Diesem strengen Verhör hat eine nochmalige Ermahnung zur Wahrheit und der Hinweis auf die Straffolgen einer falschen Aussage nach Art. 306 StGB voranzugehen (Abs. 2). Daß eine solche Beweisaussage – und natürlich noch viel mehr die Aussage beim einfachen Parteiverhör – der freien richterlichen Würdigung unterliegt, bestimmt sodann Abs. 3. Ebenso hat der Richter im übrigen auch das nicht genügend ent-

schuldigte Ausbleiben einer persönlich vorgeladenen Partei sowie die Verweigerung der Antwort zu würdigen (Abs. 4).

Nach Art. 275 der bernischen ZPO kann eine Partei die Beantwortung von Fragen über Tatsachen, die ihre Ehre berühren, verweigern; ähnlich Solothurn 1966 § 157. Der Entwurf sieht ebenso wie der Bundeszivilprozeß von einer solchen Ausnahmebestimmung ab. Er läßt sich dabei von den Gründen leiten, die der Botschaft zum Entwurf des Bundeszivilprozesses zu entnehmen sind (BB1 1947 I S. 1016): «Ein Recht der Partei, die Beantwortung von Fragen zu verweigern, sieht der Entwurf nicht vor. Nach Tatsachen, wie sie für ein solches Weigerungsrecht in Frage kämen, fragt der Richter ja nur, wenn sie gerade den Gegenstand des Prozesses bilden; dann aber ist der Partei die Aussage darüber zuzumuten».

Im Gesetz über den Bundeszivilprozeß folgt daraus, daß Eid und Handgelübde einer Partei sich unter den Beweismitteln nicht verzeichnet finden, bereits deren Ausschluß. In einem Gesetz, das für das Verfahren vor kantonalen Gerichten (und andern mit der Zivilrechtspflege betrauten kantonalen Behörden) bestimmt ist, soll aber ausdrücklich klargestellt werden, daß Eid und Handgelübde unzulässig sind. Art. 66 des Entwurfs lautet in diesem Sinne und legt fest, daß der Richter weder von sich aus noch auf Antrag eine solche Art der Beweisführung gestatten oder auferlegen darf. In der Tat kann der Eid als formeller, der richterlichen Würdigung entzogener Beweis in einer vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung beherrschten Prozeßordnung keinen Platz mehr finden (vgl. HENRI LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire*, 1964, S. 100: «...le serment donne nécessairement l'impression d'un corps étranger dans un système judiciaire fondé sur des principes rationnels: il n'entre pas dans le mécanisme probatoire normal et ne peut être qu'une preuve ultime et souveraine – ou ne pas être»). Bei der Beratung des früheren waadtländischen Zivilprozeßgesetzes vom 20. November 1911 wies man auf die üblen Erfahrungen hin, die man mit dem Eid als selbständigem Beweismittel gemacht hatte (vgl.

SCHURTER/FRITZSCHE, Kantonale Zivilprozeßrechte Bd. 2, S. 524 und Anm. 877 mit Hinweis auf den Ausspruch eines Richters: «...cette abominable preuve par serment!»). Das gleiche muß für das nicht als religiöse Handlung gestaltete, ihm jedoch als Bekräftigung der Wahrheit gleichgestellte und ebenso formell beweiskräftige Handgelübde gelten.

Eine Frage für sich geht nun freilich dahin, ob man Parteieid und Handgelübde mit abgeschwächter Wirkung, nämlich unter Vorbehalt der freien richterlichen Würdigung ihres Beweiswertes, einführen solle, entsprechend der Regelung der freiburgischen ZPO. Der vorliegende Entwurf sieht von einer so gestaffelten Lösung ab. Art. 66 begnügt sich damit, den Richter zu ermächtigen, nach einem Parteiverhör, das in Verbindung mit dem übrigen Beweisstoff noch nicht vollen Beweis schafft, eine Partei zur Beweisaussage unter der Straffolge des Art. 306 Abs. 1 StGB anzuhalten. Erweist sich alsdann die Beweisaussage noch nicht als zuverlässig, so ist es doch wohl besser, den Beweis als gescheitert zu betrachten als ihn durch Abnahme eines Eides oder Handgelübdes aufzuwerten zu suchen. Diese feierliche Art der Bekräftigung wird nun einmal nach altem Herkommen als unantastbar betrachtet, so daß der Richter Mühe hat, demgegenüber sein freies Ermessen noch walten zu lassen.

Der Abschnitt über das Parteiverhör befaßt sich nicht mit der Parteibefragung zur Bereinigung unklarer oder unvollständiger tatsächlicher Vorbringen, wie sie der Richter der Natur der Sache nach vor dem Beweisverfahren vornehmen kann (vgl. GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 141 und 369 Anm. 2; LEUCH, N 3 zu Art. 176 der bernZPO: «Vereinfachung des Prozeßstoffes zur Vermeidung unnötiger Beweisführung»), und wie sie auch jene Prozeßordnungen vorsehen, die das als Beweismittel dienende Parteiverhör nicht kennen (so Waadt 1966 Art. 165: «Interpellation des parties»). Es geht im vorliegenden Abschnitt einzig um die Anerkennung und Regelung des zur Abklärung des wahren Sachverhaltes dienenden Parteiverhörs, das einen Teil der Beweisaufnahmen bildet.

Hiebei stellt sich die Frage, ob es dem Richter zustehen solle, diese Beweismaßnahme von Amtes wegen oder nur auf Antrag zu treffen. Manche Prozeßgesetze geben dieses einzigartige Beweismittel ebenso wie den Augenschein und die Beiziehung Sachverständiger dem Richter zur Anwendung von Amtes wegen an die Hand (so Bern Art. 273, Zürich § 172 Abs. 2, Aargau § 223, Luzern § 121^{bis}, Basel-Landschaft § 194, Graubünden Art. 225, Solothurn 1966 § 155, Genf Art. 180 ff., Neuenburg Art. 204 ff., Freiburg Art. 205, Thurgau § 270, Wallis Art. 251 Abs. 3). Der vorliegende Entwurf trifft folgende Unterscheidung:

Nach Art. 67 Abs. 1 findet das Parteiverhör in Familienrechtssachen von Amtes wegen statt, falls es sich ohne ungebührliche Verzögerung des Verfahrens durchführen läßt. Damit wird einem in der Gerichtspraxis längst empfundenen Bedürfnis Rechnung getragen und ein allseitig verfochtenes Postulat verwirklicht. Die Notwendigkeit einer gründlichen Abhörung und der Gegenüberstellung der Parteien läßt sich «streng genommen» nicht schon aus Art. 158 ZGB ableiten (vgl. HINDERLING, Ehescheidungsrecht 3. A., S. 182 mit Hinweisen). Diese Art der Beweisaufnahme ist aber in den meisten familienrechtlichen Streitigkeiten unentbehrlich zur sichern Abklärung wesentlicher Tatsachen (vgl. namentlich W. BÜHLER, Das Ehescheidungsverfahren, ZSR 1955 S. 352 a ff.). Es ist vollauf gerechtfertigt, sie für solche Prozesse allgemein vorzuschreiben.

Dagegen besteht keine Veranlassung, auch für andere Prozesse ein solches bundesrechtliches Obligatorium aufzustellen. Insoweit bleibt es nach Art. 67 Abs. 2 des Entwurfs bei den kantonalen Vorschriften, welche das Parteiverhör ebenso wie andere Beweismaßnahmen davon abhängig machen können, daß es in bestimmter Form und binnen bestimmter Frist von einer Partei beantragt wird.

Titel VI: Von der Rechtskraft

1. Rechtskräftige Entscheidung: ein Element der Privatrechtsordnung.

Jede Privatrechtsordnung bedarf des staatlichen Schutzes durch Rechtsprechung und Zwangsvollstreckung. Das Klagerecht und die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidungen sind daher nicht bloß Begriffe des Verfahrensrechts, sondern außerdem Grundpfeiler der materiellen Rechtsordnung selbst. Zwar erscheinen die Klageanhebung und die Endentscheidung zunächst als Prozeßstadien, als Anfangs- und Endpunkt des vor den zuständigen Behörden durchzuführenden Verfahrens. Das Klagerecht aber ist ein dem materiellen Anspruch notwendig zur Seite stehendes Mittel zu seiner Verwirklichung durch die mit materieller Rechtskraft ausgestattete gerichtliche Endentscheidung.

«Die subjektiven Rechte wären ohne Wert, wenn sie nicht im Zivilprozeß Schutz finden könnten.» (GULDENER, Referat, ZSR 1961 II 5.)

«Das materielle Recht ist bei uns vom Bund, das Prozeßrecht von den Kantonen geordnet. Wenn indessen der Bundesgesetzgeber Privatrecht (Zivilrecht) aufstellte, sich also zu einer Privatrechtsordnung entschloß, dann liegt darin ... gleichzeitig die Forderung, jede Rechtsbehauptung bei hinreichendem Interesse zum Urteil zuzulassen.» (KUMMER, Klagerecht und Rechtskraft S. 20.),

«Die Rechtsprechung besteht in der autoritativen Anwendung der abstrakten Rechtsnormen auf den konkreten Einzelfall.» (GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 26.)

«In den meisten Fällen werden die privatrechtlichen Rechte und Pflichten freiwillig geachtet oder erfüllt. Wo dies aber nicht geschieht – sei es infolge Rechtsverletzung, die der Verantwortliche nicht gutmachen will, sei es durch Bestreitung eines Anspruches oder durch Weigerung der Erfüllung eines unbestrittenen Anspruches und ähnliches –, muß es Mittel und Wege geben, um den Streit in bindender Weise beizulegen durch Ermittlung des der Privatrechtsordnung entsprechenden Rechtes.» (MATTI, Zivilprozeßrecht, in: Handelshochschule, S. 1020.)

«Die rechtsprechende Behörde wendet das Recht an, um das bestrittene Rechtsverhältnis festzustellen, und deshalb muß diese Anordnung (wenn die letzte Instanz gesprochen hat) unabänderlich sein, da sonst ihr Zweck vereitelt wäre, das Bestrittene unbestreitbar

zu machen. Das ist die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidungen.» (W. BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft 2. A. S. 75.)

Die autoritative Anwendung des materiellen Rechtes geschieht durch den von der zuständigen Behörde in gesetzlichem Verfahren ausgefallten Endentscheid, der die streitig gewesenen Rechtsbeziehungen der Parteien auf eine hinfort maßgebliche, grundsätzlich nicht mehr in Frage zu stellende Weise festlegt. Diese Wirkung – materielle Rechtskraft – kommt dem Endentscheide zu, wenn er die hierfür geltenden formellen Voraussetzungen erfüllt, also formelle Rechtskraft erlangt hat:

«Ce n'est qu'au moment où la sentence est définitive, c'est-à-dire où elle entre en force que l'on peut dire: le litige est tranché, res judicata est, et la décision fait autorité.» (O. PIGUET, L'exception de chose jugée ... thèse Lausanne 1956 p. 20.)

Der Entwurf faßt deshalb zuerst den formellen Abschluß des Prozesses – durch einen nicht oder nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel weiterziehbaren Endentscheid – ins Auge, also die formelle Rechtskraft (Art. 68 und 69), und sodann die maßgebliche Wirkung eines solchen Entscheides hinsichtlich seines Inhalts, die materielle Rechtskraft (Art. 70 bis 72). Dazu treten Bestimmungen über die aus besondern Gründen zuzulassende Neuurteilung einer rechtskräftig entschiedenen Sache (Revision, Art. 73). Den Schluß des Titels VI bildet eine Vorschrift über den Zeitpunkt, in dem die Urteilssurrogate (Klagerückzug, Klageanerkennung, gerichtlicher Vergleich) formelle Rechtskraft erlangen sollen (Art. 74).

Die Bestimmungen dieses Titels knüpfen an den Begriff des Endentscheides an. Sie tun dies teils ausdrücklich (siehe den einleitenden Art. 68 Abs. 1, ferner Art. 69 Abs. 1, Art. 71, Art. 73 Abs. 3), teils stillschweigend; denn die Ausdrücke «Entscheid» und «Urteil» in den Artikeln 68 Abs. 2, 70, 72 und 73 Abs. 1 und 4 sind nach dem Zusammenhang, in dem sie stehen, gleichbedeutend. Dieser Begriff, wie ihn namentlich auch Art. 48 OG verwendet, ist in gewissen Be-

ziehungen weiter als derjenige des Sach- oder Haupturteils. Er ist den Voraussetzungen der materiellen Rechtskraft besser angepaßt, indem er außer den Urteilen über den streitigen Anspruch selbst auch solche umfaßt, die eine Klagevoraussetzung (z.B. die Einhaltung der Klagefrist, die Aktiv- oder Passivlegitimation) verneinen oder eine die gerichtliche Geltendmachung des streitigen Anspruchs endgültig ausschließende Einrede (z.B. Verjährung) gutheißen. Es handelt sich dabei, nach ihrer Stellung im äußern Gang des Verfahrens, in manchen Fällen um Vor- oder Zwischenentscheide, welche die betreffende Vorfrage vorausnehmen. Lautet der Entscheid aber auf Verneinung einer Klagevoraussetzung oder auf Bejahung eines Klageausschlußgrundes, so nimmt er zugleich den Charakter eines Endentscheides an, wie er bei Anwendung des Art.48 OG in folgender Weise umschrieben wurde:

«Endentscheid im Sinne der zitierten Bestimmung ist jeder Entscheid, durch den entweder über den materiellen Anspruch geurteilt oder dessen Beurteilung aus einem Grunde abgelehnt wird, der endgültig verbietet, daß der gleiche Anspruch zwischen den gleichen Parteien nochmals geltend gemacht werde (vgl. BGE 72 II 75, 74 II 178, 77 II 281, 78 II 297, 84 II 229 und 398, 86 II 123).» (BGE 93 II 390 Erw.2.)

Ein Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 5. Dezember 1968 umschreibt die «*décision finale au sens de l'art.48 al.1 OJ*» wie folgt:

«tout jugement qui met fin au procès, soit qu'il tranche le fond, soit que, sans l'aborder parce qu'une condition de procédure n'est pas remplie, il ne permette plus à l'intéressé d'exercer son action»,

was in Erbteilungsstreitigkeiten zutrifft,

- «lorsque la juridiction cantonale décide
- si un immeuble qui appartenait au défunt doit être compris comme tel dans le partage (c'est-à-dire attribué à un lot);
 - ou s'il doit être vendu (RO 81 II 182);
 - si un immeuble compris dans la succession sera partagé en nature entre les héritiers ou vendu aux enchères;
 - si l'immeuble compris dans la succession à partager doit être vendu en bloc aux enchères publiques ou s'il doit être divisé en parts de copropriété constituées en propriété par étages»;

ebenso bei Entscheidungen über die Verschiebung der Erbteilung nach Art. 621^{bis} ZGB (BGE 84 II 78).

Kein Endentscheid ist dagegen die Rückweisung einer Klage wegen eines «verbesserlichen» Formfehlers, wobei der Kläger nicht gehindert ist, die Klage in verbesserter Form nochmals einzureichen. Gleich verhält es sich mit der «péremption d'instance», wie sie z. B. der neue CPC des Kantons Waadt in Art. 125 Abs. 4 für den Fall vorsieht, daß die Fortsetzung eines Prozesses nicht verlangt wird, nachdem seit Ablauf der Einstellungsdauer mehr als sechs Monate verstrichen sind. Dies hat nur den Hinfall der Rechtshängigkeit zur Folge und schließt somit eine neue Klage nicht aus (sofern nicht das Klagerecht befristet und die Frist inzwischen abgelaufen ist).

Aus der Literatur vgl. namentlich: BIRCHMEIER, Bundesrechtspflege, Bem. 1 b und c zu Art. 48; S. GIOVANOLI, Probleme der Berufung an das Bundesgericht, ZbJV 90/1954 S. 40 ff., insbesondere S. 53 ff.; A. WURZBURGER, Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral, thèse Lausanne 1964, S. 178 ff.).

2. Formelle Rechtskraft

Wie allgemein anerkannt ist, tritt ein Entscheid formell in Rechtskraft

- wenn kein ordentliches (eben die Rechtskraft hemmendes) Rechtsmittel zu seiner Anfechtung besteht;
- wenn das bestehende ordentliche Rechtsmittel nicht binnen der dafür zur Verfügung stehenden Frist benutzt wird;
- wenn die durch das Urteil beschwerte Partei ausdrücklich auf Einlegung dieses Rechtsmittels verzichtet;
- wenn das Rechtsmittel eingelegt, aber vor der oberinstanzlichen Entscheidung zurückgezogen wird.

Die Frage, ob und welche ordentlichen Rechtsmittel gegen den Endentscheid eines kantonalen Gerichtes bestehen, ist in erster Linie vom kantonalen Prozeßrecht zu regeln. In das kantonale Rechtsmittelsystem will auch der

vorliegende Entwurf nicht eingreifen. Nur das zur Anrufung des Bundesgerichts gegebene ordentliche Rechtsmittel der Berufung ist in seinen Voraussetzungen wie auch bezüglich der Einlegungsform und -frist bundesrechtlich geordnet (Art. 43 ff. OG). Die Anrufung des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes, das Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur aus dem Gebiet der Sozialversicherung zu beurteilen hat und kein Zivilgericht ist (vgl. GULDENER, Schweiz.ZPR 2. A., S. 56 Anm. 1), fällt hier außer Betracht.

Vom kantonalen Recht ist auch die spezielle Frage beherrscht, ob gegenüber Säumnisurteilen (auch Versäumnis- oder Kontumazialurteile genannt) außer oder statt der Weiterziehung an eine obere kantonale Instanz (Appellation, Berufung) ein besonderes, mit aufschiebender Wirkung ausgestattetes Rechtsmittel zur nochmaligen Unterbreitung der Streitsache an das Gericht, das bereits geurteilt hat, gegeben sei (vgl. die Wiedereinsetzung, *le relief*, nach Art. 279 ff. der freiburgischen ZPO und nach Art. 309 ff. des neuen waadtländischen CPC, ferner die Wiederherstellung, Purgation, nach Art. 143 ff. der Bündner ZPO). DESCHENAU/CATELLA, *La nouvelle procédure civile fribourgeoise* p. 183 rem. 1, bezeichnen dieses Rechtsmittel unter Hinweis auf die Gerichtspraxis als «un recours ordinaire par voie de rétractation, qui suspend l'exécution du jugement contumacial et saisit le tribunal appelé à statuer à nouveau sur l'affaire».

Der vorliegende Entwurf beschränkt sich darauf, den Zeitpunkt des Eintrittes der formellen Rechtskraft, auch wo diese auf kantonalem Prozeßrecht beruht, klar und einfach zu bestimmen. Er lehnt sich dabei an die wohldurchdachte Ordnung des Gesetzes über die Bundesrechtspflege an.

Art. 68 Abs. 1 betrifft den Fall, daß kein ordentliches Rechtsmittel gegeben ist. In diesem Fall tritt die Rechtskraft nach den einen kantonalen Gesetzen sogleich mit der Ausfällung, nach den andern erst mit der mündlichen oder schriftlichen Eröffnung des Urteils ein (vgl. GULDENER,

SchwZPR 2.A. S.327). Der Entwurf wählt jene erste, dem Art.38 OG entsprechende Lösung.

Weiterziehbare Entscheide sollen nach Art. 68 Abs. 2 bei unbenutztem Ablauf der Weiterziehungsfrist unmittelbar mit dem Fristablauf (nicht erst mit dessen Feststellung durch das Gericht oder durch den Gerichtsschreiber) rechtskräftig werden. So ist es für Entscheide, die der Berufung an das Bundesgericht unterliegen, in Art.54 Abs.2 OG festgelegt. Bei ausdrücklichem Verzicht auf Weiterziehung, wie er allenfalls sogleich nach der Urteilseröffnung erfolgt, soll die Rechtskraft unmittelbar durch die Verzichtserklärung herbeigeführt werden.

Dementsprechend bewirkt der Rückzug des Rechtsmittels nach Art. 68 Abs. 3 den Eintritt der Rechtskraft sogleich, nicht erst mit der gerichtlichen Protokollierung.

Schon hier sei auf die abweichende Regelung hingewiesen, welche der Entwurf in Art. 74 den Urteilssurrogaten zuteil werden läßt.

Durch diese in Art. 68 Abs. 2 und 3 getroffene Regelung verpönt der Entwurf anderseits eine (in einzelnen Kantonen anerkannte) Rückdatierung des Rechtskrafteintrittes auf den Tag der Ausfällung oder Verkündung des weiterziehbaren Entscheides. Von einer solchen dem wirklichen Prozeßverlauf widersprechenden Fiktion – die Rechtskraft konnte in Wahrheit erst mit jenem Fristablauf, mit dem Verzicht oder Rückzug eintreten, bis dahin war sie durch das noch offenstehende ordentliche Rechtsmittel gehemmt – ist füglich abzusehen. Denn nicht nur handelt es sich um eine künstliche Rechtskonstruktion, sondern in manchen Fällen verlangt auch das materielle Recht die Beachtung des wahren, nicht zurückdatierten Rechtskrafteintrittes. So wird die Ehe, wenn während noch hängiger Scheidungsklage der eine Gatte stirbt, durch Tod aufgelöst, und die Scheidungsklage wird somit gegenstandslos, auch wenn die Scheidung in erster Instanz ausgesprochen wurde, jedoch die Weiterziehung noch offensteht oder hängig ist: Es ist in diesem Falle dem überlebenden Ehegatten ver-

wehrt, durch nachträglichen Verzicht auf das Rechtsmittel oder durch dessen Rückzug das Scheidungsurteil rechtskräftig werden zu lassen (BGE 51 II 539 ff., 76 II 250, 91 II 85; LEUCH, bernZPO, zu Art. 334 N 2; HINDERLING, Das schweizerische Ehescheidungsrecht 3. A. S. 231; GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 327/28 mit Anm. 108). Kraft materiellen Rechts beginnt sodann die Frist für die fortdauernde Ehelichkeitsvermutung (Art. 252 ZGB) bei gerichtlicher Auflösung der Ehe erst mit dem Ablauf der Weiterziehungsfrist oder mit dem Rückzug des Rechtsmittels zu laufen. Das muß für den kantonalen Instanzenzug ebenso gelten wie für die Berufung an das Bundesgericht (GULDENER a.a.O. und Referat, ZSR 1961 II S. 29; HEGNAUER, zu Art. 252 ZGB N 19).

Zu bemerken ist, daß der Urteilsinhalt vom Zeitpunkt des Rechtskrafteintrittes unabhängig ist (vgl. GOETZINGER, Die Rechtskraft von Zivilurteilen nach Rückzug der Appellation, ZSR 1946 S. 177 ff.).

Mit dem Fall der teilweisen Weiterziehung befaßt sich Art. 69 des Entwurfs. Nach dessen Abs. 1 sollen die von der Weiterziehung nicht betroffenen Teile des Entscheides in Rechtskraft erwachsen, und zwar sobald die beschränkte Weiterziehungserklärung vorliegt; denn darin liegt ein stillschweigender Verzicht auf Weiterziehung der übrigen Teile enthalten (der übrigens mitunter ausdrücklich beigelegt wird). Nach einzelnen kantonalen Prozeßrechten soll der nicht weitergezogene Teil eines Entscheides, obwohl er nicht der oberinstanzlichen Prüfung unterliegt, dennoch nicht für sich allein rechtskräftig werden, was als eine zwiespältige Lösung erscheint. In der Tat soll es den Parteien, die ja auf Weiterziehung gänzlich verzichten können, freistehen, den Entscheid nur teilweise weiterzuziehen und im übrigen mit voller Wirkung, also mit der Folge eines entsprechenden Rechtskrafteintrittes, auf Weiterziehung zu verzichten. (Vgl. im übrigen zur Frage der «Teilrechtskraft» HINDERLING, Das schweizerische Ehescheidungsrecht 3. A. S. 231/32.)

Natürlich ist in allen Fällen auf die allenfalls noch mögliche Anschlußappellation zu achten. Soweit und solange sie dem Appellaten offensteht, tritt die Rechtskraft der ihn beschwerenden Teile des Entscheides nicht ein (so denn auch ausdrücklich Art.54 Abs.2 OG).

Art. 69 Abs. 2 stellt zugleich den Zeitpunkt des Rechtskrafteintrittes in folgender Weise klar: Bei mündlicher Weiterziehung ist (natürlicherweise) die Erklärung vor dem zuständigen Beamten maßgebend. Bei schriftlicher Weiterziehung soll – gemäß einem immer mehr im kantonalen wie auch im eidgenössischen Verfahrensrecht zur Geltung gekommenen Grundsatz – die Postaufgabe Regel machen (vgl. GULDENER, Schweiz.ZPR 2.A. S.215, und speziell zu Art.32 Abs.3 OG: BGE 84 II 197 ff. Erw.4).

Unter der Postaufgabe ist die Übergabe an die schweizerische Post zu verstehen. Bei Aufgabe an eine ausländische Poststelle wird die Eingabe im Zeitpunkt wirksam, in dem die Sendung von der schweizerischen Post zur Weiterbeförderung in Empfang genommen wird (BGE 92 II 213).

Dieser Art. 69 Abs. 2 ergänzt nicht bloß den vorausgehenden Abs. 1, sondern hat allgemeine Bedeutung. Die darin ausgesprochenen Regeln gelten auch für die in Art.68 Abs.2 und 3 erwähnten Prozeßhandlungen des Verzichts auf Weiterziehung und des Rückzugs des Rechtsmittels.

3. Materielle Rechtskraft

Der formell rechtskräftige, den Prozeß abschließende Endentscheid setzt an die Stelle der streitig gewesenen eine hinfert für die Parteien und ihre Rechtsnachfolger feststehende Rechtslage: Er schafft materielle Rechtskraft, die sich nach zwei Richtungen hin äußert:

– in positivem Sinne dahin, daß der Gegenstand des Streites nach Bestand, Art und Umfang festgelegt, allenfalls als nichtbestehend erklärt wird, was die Grundlage für weitere Maßnahmen des staatlichen Schutzes bilden kann

(Besitzesschutz, Registereintrag, Zwangsvollstreckung) (Art. 70);

– in negativem Sinne dahin, daß die obsiegende Partei sich grundsätzlich einer Neuurteilung der nämlichen Sache widersetzen, also die herkömmlicherweise so genannte *exceptio rei judicatae* (exception de chose jugée, Einrede der beurteilten Sache) erheben kann (Art. 71).

Diese Unterscheidung entspricht der allgemeinen Lehre von der materiellen Rechtskraft. Vgl. *Nuovo digesto italiano*, Band XI, s. v. *regiudicata civile*, S. 295 Ziff. 3 (ETTORE CASATI):

«Dalla cosa giudicata discendono ... due effetti: l'uno, *sostanziale e positivo*, tendente mediante l'*actio judicati* a mettere in esecuzione il comando contenuto nella sentenza; l'altro *processuale e negativo*, diretto ad impedire mediante l'*exceptio rei judicatae* la riproposizione dell'azione per ottenere il riconoscimento del bene negato, o il disconoscimento del bene riconosciuto, ed a precludere tutte le questioni proposte o proponibili intorno a questo riconoscimento o disconoscimento di un bene.»

Daß ein Rechtsverhältnis oder ein Anspruch, wenn streitig, durch Entscheid der zuständigen Behörde als bestehend oder nichtbestehend erklärt und im ersten Fall auch in seinem Inhalte maßgeblich bestimmt werden kann, bildet, wie in den einleitenden Bemerkungen zu diesem Titel ausgeführt, einen Grundpfeiler der Privatrechtsordnung. Es wäre daher zweifellos gerechtfertigt gewesen, diese Regel in die Einleitung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10) aufzunehmen, in der Meinung, sie gelte – ebenso wie andere Bestimmungen dieser Einleitung, namentlich Art. 2 – für den ganzen Bereich des Bundeszivilrechtes. Ja es handelt sich um einen Grundsatz, der für die ganze Privatrechtsordnung gelten muß. Materielle Rechtskraft kommt einem formell rechtskräftigen Zivilurteil der Natur der Sache nach zu, gleichgültig ob es auf der Anwendung eidgenössischen, kantonalen oder ausländischen Rechtes beruht. Dies war denn auch für die Anwendung von Art. 61 der Bundesverfassung von jeher anerkannt (vgl. FLEINER, Schwei-

zerisches Bundesstaatsrecht, 1923, S.454). Die Bundesverfassung will also die materielle Rechtskraft jedes in einem Zivilrechtsstreit (vom zuständigen Richter in gesetzlichem Verfahren, unter Gewährung des rechtlichen Gehörs usw.) gefällten Endentscheides zur Geltung bringen. Die Artikel 70–72 des Entwurfes sind dementsprechend ebenfalls dahin zu verstehen, daß sie für alle in einem Zivilrechtsstreit ergangenen Endentscheide gelten sollen. Der Entwurf erhebt damit die diesen Endentscheiden zukommende materielle Rechtskraft über den das interkantonale Verhältnis betreffenden Art.61 BV hinaus allgemein zum bundesrechtlichen Prinzip.

Im Unterschied dazu unterstellt Art. 73 Abs. 1 des Entwurfes, was schon hier bemerkt sei, der Revision wegen «neuer Tatsachen oder Beweismittel» nur solche Endentscheide, die auf Bundeszivilrecht beruhen. Allerdings wäre es zu wünschen, daß auch Urteile, die nach kantonalem oder ausländischem Recht ergangen sind, solcher (in den kantonalen Gesetzen zum Teil nur in beschränktem Maße zugelassener) Revision zugänglich gemacht werden. Der Entwurf hält sich jedoch an die der Bundesgesetzgebung durch Art.64 BV gezogenen Schranken. Danach ist es grundsätzlich Sache des kantonalen Rechtes, die Rechtsmittel (außer denjenigen, welche auf Anrufung des Bundesgerichts gehen) zu ordnen. Nur bei Entscheidungen über Bundeszivilrecht ist es ein Gebot der Rechtsgleichheit, daß nachträglich entdeckte Mängel der tatbeständlichen Urteilsgrundlage in einheitlicher Weise berücksichtigt werden sollen.

a) Der Umfang der materiellen Rechtskraft

aa) in objektivem Sinne

Wenn Art.70 sich darauf beschränkt, den subjektiven Umfang der Rechtskraft zu umschreiben, so geht er davon aus, der objektive Umfang sei natürlicherweise durch den Gegenstand des Entscheides bestimmt. Es ist denn auch von alters her anerkannt, daß die Rechtskraftwirkung des

Urteils sich auf den beurteilten Anspruch, das beurteilte Rechtsverhältnis beziehen (und beschränken) muß. Dabei hat zur Identifizierung in gewissen Fällen auch noch der (tatsächliche oder rechtliche) Klagegrund zu dienen. Dies wird in Art. 1351 des französischen Code civil in folgender Weise ausgedrückt:

«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 fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.»

Demgegenüber spricht § 322 der deutschen Zivilprozeßordnung nur von dem durch die Klage oder Widerklage erhobenen «Anspruch». Es besteht jedoch Einigkeit darüber, daß zur eindeutigen Bestimmung des Urteilsinhaltes in manchen Fällen der Klagegrund mitzuberücksichtigen ist:

«Die Rechtskraft besagt demnach, daß der Kläger den geltend gemachten zivilrechtlichen Anspruch aus diesem Sachverhalt habe oder nicht habe, d.h. den konkreten Anspruch mit dem Entstehungsgrunde, der Entstehungszeit oder der Fälligkeit, wie er vom Kläger erhoben und vom Gericht festgestellt ist und in der ihm vom Gericht gegebenen rechtlichen Einordnung ...» (ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen ZPR 7. A. S. 721.)

Siehe auch STEIN/JONAS/SCHÖNKE, Kommentar, zu § 322 DZPO Bem. V, Gegenstand der Rechtskraft:

«1. ... Ein Anspruch auf Zahlung oder eine Pflicht zur Herausgabe einer Sache ist ohne Angabe des Rechtsgrundes, namentlich im Falle der Abweisung, mehrdeutig und unbestimmt; erst durch die Hinzufügung, daß die Zahlung aus einem bestimmten Mietvertrag, die Herausgabe auf Grund von Kauf, Leihe oder Eigentum geschuldet werde, wird die Rechtsfolge tauglicher Gegenstand der Rechtskraft...»

Die Bedeutung des Rechtsgrundes, aus dem der streitige Anspruch hergeleitet wird (causa) – wobei man je nach der Art des Anspruches mehr Gewicht auf den tatsächlichen Vorgang oder Zustand oder aber auf den Rechtssatz («Rechtsgrund» im eigentlichen Sinne) zu legen pflegt – ist von alters her anerkannt; vgl. O. PIGUET, L'exception de

chose jugée S.61 mit Zitaten aus dem römischen Recht, insbesondere

D.44, 2, 12–14 (Paulus): «Cum quaeritur haec exceptio noceat necne, inspiciendum est an idem corpus sit; quantitas eadem, idem jus; et eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quae nisi omnia concurrunt, alia res est.»

Es gibt aber auch Klagen, deren wesentlicher Gegenstand und demgemäß auch deren Identität durch das Rechtsbegehren allein bestimmt wird: Klagen um ein materiellrechtlich individualisiertes Recht (vgl. KUMMER, Klage-recht und Rechtskraft S.72ff.; GULDENER, SchwZPR 2.A. S.167). Das wirkt sich auf die objektiven Grenzen der Rechtskraft dahin aus, daß das Urteil die Frage nach dem Bestand des streitigen Rechtes oder Rechtsverhältnisses schlechthin beantwortet (KUMMER, a.a.O. S.73). Der vorliegende Entwurf überläßt es (nach dem Vorbild anderer Gesetzgebungen) der Lehre und der Rechtsprechung, derartige Unterscheidungen zu treffen und im Einzelfalle die entsprechenden Folgerungen zu ziehen.

Er läßt ferner die Frage offen, ob nur der Urteilsspruch (das Erkenntnis, das Dispositiv, die Urteilsformel) Rechtskraft schaffe, oder ob die Entscheidungsgründe an der Rechtskraft teilhaben. Grundsätzlich kommt nur dem Urteilsspruche Rechtskraft zu, während von Rechtskraft der tatbeständlichen Feststellungen oder der rechtlichen Erwägungen nicht die Rede sein kann. Gegenstand der Entscheidung, welche Rechtskraft schaffen soll, ist eben nur das (allenfalls durch die Causa näher bestimmte) Rechtsbegehren. Eine Folge davon ist es, daß ein früheres Urteil, das dieselbe Rechtsfrage nur in den Erwägungen behandelt, einer neuen und selbständigen Beurteilung dieser Frage nicht entgegensteht (BGE 56 II 208 mit Hinweis auf die ständige Rechtsprechung). Dies ist auch in der Lehre anerkannt:

«Die Bindung des spätern Richters bezieht sich nur auf die in der Urteilsform (Dispositiv) festgestellte Rechtsfolge – d.h. auf das zuerkannte oder aberkannte subjektive Recht im Falle einer Lei-

stungs- oder Feststellungsklage und auf den Ausspruch der Rechtsänderung im Falle der Gutheißung einer Gestaltungsklage.» (GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 304 mit Anm. 24.)

Indessen gibt der Urteilsspruch in vielen Fällen den Inhalt der Entscheidung nicht vollständig wieder. Alsdann ist man darauf angewiesen, wesentliche Teile der Entscheidung der ihr beigegebenen Begründung zu entnehmen. Namentlich ist bei Urteilen auf Geldzahlung wesentlich, auf welchem Rechtsgrunde die Schuldpflicht beruht: ob es sich um einen Kaufpreis handle, und für welche Kaufsache, oder um einen Mietzins, und für welches Objekt und für welche Mietperiode, oder um Schadenersatz, und wofür und aus welchem Grunde, usw. (vgl. KUMMER, a.a.O., Rechtskraft der Urteilsgründe, S. 113 ff.; A. HEUSLER, Zur Frage der Rechtskraft der Entscheidungsgründe, ZSR NF 34/1915 S. 113 ff., und Der Zivilprozeß der Schweiz, S. 172–174; GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 304 und Supplement II S. 64–66; BGE 38 II 580, 56 II 208, 71 II 283, 78 I 107, 81 I 8, 84 II 140). Es handelt sich um ein vieldiskutiertes Problem, das sich nicht leicht durch eine Gesetzesvorschrift in gedrängter Form und dennoch auf eine genügend geschmeidige Art festlegen läßt. Erwähnt sei noch folgende Stelle aus der *Encyclopédie* DALLOZ, Droit civil, s. v. Chose jugée no 80:

«Si les motifs d'un jugement ne peuvent avoir l'effet de la chose jugée, rien ne s'oppose cependant à ce que l'on puisse s'aider des motifs pour interpréter le dispositif et déterminer le sens et la portée de la chose jugée par celui-ci...

(n° 81) A plus forte raison, l'autorité de la chose jugée s'attache aux motifs lorsqu'ils sont inséparables du dispositif ou, pour employer le langage de la jurisprudence, lorsqu'ils en constituent le soutien nécessaire.»

Eine Frage, die ebenfalls nicht durch eine starre Gesetznorm beantwortet werden soll, geht dahin, ob sich die Rechtskraft auch auf die dem Entscheid zugrunde liegende Beurteilung von Einreden erstrecke. Dies wird im allgemeinen verneint, sofern die Einrede nicht in Gestalt eines selbständigen Feststellungs- (Widerklage-) begehrens auftritt (vgl. LUTZ, Das Zivilrechtspflegegesetz des Kantons

St. Gallen 2. A. 1967, zu Art. 191 Bem. 3 Abs. 2; ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen ZPR 7. A. S. 723). Unter Umständen ist aber die Beurteilung einer Vorfrage auch beim Fehlen eines selbständigen Begehrens als rechtskräftige Entscheidung zu verstehen (vgl. GULDENER, SchwZPR Supplement II S. 64ff.). Das ist eine Frage der Auslegung des Urteils im einzelnen Falle.

Eine Sonderstellung nimmt die Verrechnungseinrede ein. Wird die an sich als begründet befundene Klage wegen Verrechnung mit einer ebenfalls als begründet befundenen Forderung des Beklagten abgewiesen, so ist die Verrechnung vollzogen, und es gehen beide Forderungen kraft materiellen Rechtes unter. Dies folgt im einzelnen Fall aus der die Klageabweisung in solchem Sinn erläuternden Urteilsbegründung. Wird dagegen die Klageforderung schon an und für sich als unbegründet befunden und die Klage deshalb ohne Prüfung der Verrechnungseinrede abgewiesen, so ist die nur einredeweise geltend gemachte Gegenforderung nicht Gegenstand der Entscheidung. So verhält es sich auch dann, wenn das Recht zur Verrechnung als solches, ohne Prüfung der Begründetheit der betreffenden Forderung, verneint wird. Zweifel über die Tragweite des Urteils können sich aber erheben, wenn die eingeklagte Forderung als begründet, die zur Verrechnung gestellte Gegenforderung als unbegründet befunden und die Klage daher unter Abweisung der Verrechnungseinrede zugesprochen wird. Bedeutet die Abweisung dieser Einrede unter solchen Umständen eine rechtskräftige Aberkennung der zur Verrechnung gestellten Forderung? Der Bundeszivilprozeß läßt diese Wirkung in Art. 71 Abs. 2 bis zur Höhe des zur Verrechnung gestellten Betrages eintreten (siehe dazu die Botschaft, BBl 1947 I S. 1018); ebenso § 322 Abs. 2 der deutschen ZPO. Der vorliegende Entwurf stellt keine dahingehende Regel auf. In der Tat verlangt das materielle Recht eine solche Ausdehnung der Rechtskraft nicht. Die Verrechnungseinrede soll, wenn abgewiesen, füglich wie eine gewöhnliche Einrede¹² der Rechtskraft des Urteils entzogen bleiben, sofern ihr nicht

nach dem kantonalen Prozeßrecht die Eigenschaft einer selbständigen Widerklage zuzuschreiben ist (deren Abweisung alsdann der guten Ordnung halber in der Urteilsformel auszusprechen ist; vgl. über die Wünschbarkeit einer genauen Fassung des Urteilsspruches HEUSLER, *Der Zivilprozeß der Schweiz*, S.172 ff.).

Nach alldem wird die objektive Seite der Rechtskraft nach altbewährter in Verbindung mit neuer Lehre je nach dem Gegenstand des Streites näher zu bestimmen sein. Art. 70 des Entwurfs knüpft stillschweigend an den zentralen Begriff des Entscheidungsgegenstandes an (*«chose jugée ... fondée sur la même cause»* laut dem bereits angeführten Art.1351 CCfr; vgl. auch F.LENT, *Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand*, *Zeitschrift für Zivilprozeß* 72/1959 S.63 ff.). Es empfiehlt sich, die verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten dieses Begriffes nicht durch eine gesetzliche Vorschrift einzuengen.

bb) Den subjektiven Umfang der Rechtskraft

bestimmt Art. 70 nach einem schon im römischen Recht anerkannten und im modernen Zivilprozeß allgemein angewendeten Grundsatz in der Weise, daß dem Endentscheid Rechtskraft zukomme

- für alle Personen, die als Parteien am Verfahren beteiligt waren
- und für die Nachfolger in das beurteilte Recht oder in die beurteilte Pflicht.

a) Unter den Parteien sind hiebei zunächst nur die in dieser Eigenschaft auftretenden Personen zu verstehen: als Kläger (und allenfalls Widerbeklagte) sowie als Beklagte (und allenfalls Widerkläger). Die sog. Nebenparteien sind nicht Parteien im wahren Sinne des Wortes, sondern «am Rechtsstreit beteiligte Dritte» (siehe die Überschrift des Titels II und den Text des Art.25, der die Parteien, Intervenienten und Streitberufenen als drei verschiedene Gattungen von Teilnehmern am Prozesse anführt).

Gewiß werden auch Intervenienten und Streit-

berufene durch den Ausgang des Streites in ihren eigenen Interessen betroffen, und sie müssen den Entscheid je nach den Umständen in gewissem Sinne gelten lassen, auch soweit sich daraus nachteilige Folgen für sie selbst ergeben. Nach Art. 27 Abs. 1 des Entwurfs muß ja ein rechtliches Interesse am Obsiegen der einen Partei den Grund zur Intervention bilden. Es ist aber eine aus materiellrechtlichen Gesichtspunkten zu lösende Frage, welche Wirkung der Streitausgang für den Intervenienten oder den Streitberufenen (also für den zur Intervention aufgeforderten und dieser Aufforderung nachkommenden oder aber sie nicht befolgenden Dritten) haben soll. Ob diese Wirkung als eine den Dritten betreffende «Rechtskraftwirkung» zu bezeichnen sei, ist umstritten (vgl. K. HOFMANN, Über das Wesen und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, der auf S. 146 die Ansicht äußert, die «Interventionswirkung» habe mit der Rechtskraftwirkung nichts gemein; vgl. auch ROSENBERG, Lehrbuch des ZPR 7. A. S. 201, der namentlich auf die dem Intervenienten – falls er nicht in der Lage war, einzuschreiten – zustehende Einrede der mangelhaften Prozeßführung, *exceptio male gesti processus*, hinweist: eine nicht gegen die Rechtskraft, wohl aber gegen die «Interventionswirkung» gegebene Einrede). Freilich fassen manche Prozeßgesetze – und ihnen folgend auch Art. 27 Abs. 3 des vorliegenden Entwurfes – besondere (nicht näher bezeichnete) Fälle ins Auge, in denen «das Urteil kraft materiellen Rechts unmittelbar auch für die Rechtsbeziehungen des Intervenienten zur gegnerischen Partei wirksam sein wird». In derartigen Fällen mag füglich von der Ausdehnung der Rechtskraft auf Dritte gesprochen werden. Indessen ist umstritten, welche Rechtsverhältnisse, an denen Dritte beteiligt sind, in solcher Weise durch den Entscheid betroffen werden (siehe einerseits LEUCH, zu Art. 147 der bernZPO, andererseits GULDENER, Über die Herkunft des schweizerischen ZPR S. 44/45 Anm. 167). – Welches die mittelbare Wirkung des Urteils in den andern Fällen von Intervention und bei allfälliger Streitverkündung sein soll, muß ebenfalls

auf Grund des Zivilrechts bestimmt werden. Die Zivilgesetze enthalten darüber allerdings nur lückenhafte Regelungen (vgl. GULDENER, SchwZPR 2.A. S.276 ff., besonders 284, und Supplement II S.58–60; BGE 90 I 120). Doch ist es nicht Aufgabe des vorliegenden Entwurfes, das Rechtssystem auf diesem Gebiete auszubauen.

β) Bisweilen tritt als Partei (in eigenem Namen) eine Person auf, die nicht identisch ist mit der am streitigen Rechtsverhältnis beteiligten Partei, für und gegen welche der Entscheid Rechtskraftwirkung haben soll. Das trifft zu, wenn jemand kraft Amtes oder kraft Auftrages besonderer Art als Partei in fremder Sache – *ès-qualité* – zu handeln hat. In dieser Stellung befindet sich namentlich, wer als amtlicher Erbschaftsverwalter (Art.554 ZGB), als amtlicher Erbenvertreter (Art.602 Abs.3 ZGB) oder als Willensvollstrecker (Art.517/18 ZGB) einen Nachlaß oder eine Erbengemeinschaft im Prozesse vertritt. Man spricht hiebei von einem (nicht mit der Legitimation zur Sache übereinstimmenden) Prozeßführungsrecht (MATTI, ZPR, in Handelshochschule S.1062/63) oder auch von Prozeßstandschaft (GULDENER, SchwZPR 2.A. S.176 ff.; JÖRG BEINERT, Die Prozeßstandschaft im schweizerischen Recht, Basel 1963; BAUMBACH/LAUTERBACH, Komm. zur deutschen ZPO, Grundzüge zu § 50 Ziff.4). Wer in solcher Stellung in eigenem Namen Prozeß führt, sollte die materiellrechtlich beteiligte, von der Rechtskraft des Entscheides betroffene Partei (allenfalls, wie in Sachen eines Nachlasses, ein Sondervermögen) schon in der Parteienanschrift kenntlich machen, um darüber keine unrichtigen Vorstellungen aufkommen zu lassen. – Der Konkursmasse kommt eine selbständige Parteistellung zu (vgl. JAEGER, zu Art.240 SchKG N 5). – Andererseits soll der Ehemann, der nach Art.168 Abs.2 ZGB im Rechtsstreit mit Dritten über das eingebrachte Gut die Ehefrau zu vertreten hat, nicht in eigenem Namen handeln; als Partei ist vielmehr die Ehefrau zu betrachten und das Urteil auf ihren Namen zu fällen (BGE 51 II 272, 85 II 511, 89 II 79 ff.).

γ) Bei einem während der Rechtshängigkeit eintretenden Parteiwechsel (siehe die Artikel 29–31 des Entwurfs) ist das Urteil auf die neue Partei auszufallen und schafft Rechtskraft für und gegen sie. Das gilt um so mehr beim Prozeßeintritt wegen Gesamtnachfolge (Art. 31 Abs. 3 des Entwurfes). Eine eigentümliche Rechtslage entsteht, wenn der Parteiwechsel unterbleibt, obwohl der Streitgegenstand (Recht oder Pflicht) während hängigen Prozessen Hand gewechselt hat, sei es, daß das kantonale Prozeßrecht den Parteiwechsel gar nicht zuläßt, oder daß es ihn an Bedingungen knüpft, die der Nachfolger nicht erfüllen kann oder will, oder daß der Erwerber es von vornherein ablehnt, in den (allenfalls nicht in seinem Sinn geführten) Prozeß einzutreten. Grundsätzlich ist es Sache des kantonalen Prozeßrechtes, das den Parteiwechsel beherrscht, zu bestimmen, ob unter solchen Umständen der Prozeß nicht weiterzuführen, sondern die Klage ohne Prüfung des streitigen Anspruchs wegen Hinfalles der Aktiv- oder Passivlegitimation abzuweisen sei, oder ob der Prozeß unter den ursprünglichen Parteien weitergehe und das Urteil auf sie auszufallen sei. Es ist umstritten, ob das Urteil in diesem Falle auch für und gegen den Erwerber des Streitgegenstandes Rechtskraft schaffe (vgl. einerseits GULDENER, SchwZPR 2.A. S. 331 Ziff. IV, anderseits LEUCH, Komm. zur bernZPO, zu Art. 41 N 1 Abs. 1 und zu Art. 192 N 11 c). Eine einheitliche Lösung drängt sich für eine bestimmte Art von Streitigkeiten, nämlich für den Streit um eine Forderung auf. Bei solchen Prozessen ist es der Entschließung des Zessionars anheimzugeben, einer Weiterführung des Prozesses zu widersprechen, so daß die Klage wegen Wegfalles der Sachlegitimation des Zedenten abzuweisen ist, oder aber selber mit dessen Zustimmung an seine Stelle in den Prozeß einzutreten oder endlich dem Zedenten die Fortsetzung des Prozesses in eigenem Namen zu gestatten, dies natürlich ebenfalls mit Rechtskraftwirkung des künftigen Urteils auch für ihn selbst (Art. 29 des Entwurfes; siehe die Bemerkungen dazu).

δ) Grundsätzlich sind an den rechtskräftigen Endentscheid nicht nur die Parteien, sondern auch deren Rechtsnachfolger gebunden, d.h. die Personen, die nach Eintritt der Rechtskraft in das durch den Entscheid nach Bestand, Art und Umfang festgelegte Rechtsverhältnis eintreten. Dies wird in den einen kantonalen Prozeßgesetzen ausdrücklich bestimmt (so in § 104 der Zürcher ZPO: «zwischen den nämlichen Parteien und ihren Rechtsnachfolgern»), während andere nur die Parteien nennen (so, dem Art.1351 des französischen Code civil folgend, Art.475 Abs.2 des neuen Waadtländer Gesetzes; ebenso, vom früheren Gesetz abweichend, das neue Freiburger Gesetz von 1953 in Art.276 Abs.1, in der Meinung, diese Frage sei der Gesetzesauslegung vorbehalten; s. DESCHENAUX/CASTELLA S.182). Indessen ist die Ausdehnung der Rechtskraft auf die Rechtsnachfolger allgemein in der Schweiz anerkannt (vgl. BRUMANN, Die Rechtskraft nach schweizerischem ZPR, Diss. Zürich 1928 S.126 ff.; PIGUET, a.a.O. S.69; siehe auch Encyclopédie DALLOZ, Droit civil I s.v. Chose jugée no 98 ff.). Dies gilt in erster Linie für die Gesamtnachfolger (*ayants cause à titre universel*), und dabei vorweg für die Erben, die gar nicht als Dritte zu betrachten sind, sondern in Vermögenssachen die Person des Erblassers fortsetzen (Art.560 ZGB). Die Genfer Loi de procédure civile von 1920 umschreibt zwar die *autorité de chose jugée* in Art.301 nach dem Vorbild des französischen Code civil, sagt aber anderseits in Art.112 sehr genau:

«Les jugements n'ont d'effet qu'entre ceux qui y ont été parties, leurs héritiers ou ayants droit.

Il ne nuisent ni ne profitent aux tiers.»

Auch der italienische Codice civile von 1942 nennt die Erben ausdrücklich neben den Rechtsnachfolgern im engeren Sinne:

(Art.2909) (Cosa giudicata) «L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.»

Die Haftung für Schulden des Erblassers ist beschränkt bei der Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar (Art. 589 ff. ZGB). Bei der Übernahme eines Vermögens oder Geschäftes mit Aktiven und Passiven gehen die zum betreffenden Vermögen oder Geschäft gehörenden Schulden gesamthaft auf den Erwerber über (Art. 181 Abs. 1 OR); doch bleiben einschränkende Klauseln des Übernahmevertrages vorbehalten, soweit sie in der Anzeige an die Gläubiger kundgetan wurden (BGE 60 II 104; BECKER, zu Art. 181 OR N 4, OSER/SCHÖNENBERGER N 15).

Was die Rechtsstellung der Sondernachfolger betrifft (*ayants cause à titre particulier*: acheteur, cessionnaire, donataire: Encyclopédie DALLOZ a.a.O. no. 99), so ist zu beachten, daß mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes nicht schon an und für sich die Übernahme einer vom Veräußerer in bezug auf diesen Gegenstand gegenüber einem Dritten eingegangenen Verpflichtung verbunden ist. Sodann ist der sachenrechtliche Schutz des gutgläubigen Erwerbers zu beachten (vgl. Art. 933 ff. ZGB betreffend bewegliche Sachen, Wertpapiere und Geld, Art. 973 ZGB betreffend Grundstücke). Danach kann einem Dritten, der nach Eintritt der Rechtskraft in gutem Glauben das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht übertragen erhält, ein gegenüber dem Vorgänger ergangenes Urteil nicht entgegengehalten werden (vgl. GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 308/309, insbesondere N 37). Der Entwurf trägt diesen im Zivilrecht begründeten Vorbehalt Rechnung, indem er die materielle Rechtskraft in Art. 70 präzisierend nur auf den «Nachfolger in das beurteilte Recht oder in die beurteilte Pflicht» ausdehnt.

In gewissen Fällen muß die durch Endentscheid ausgesprochene Feststellung oder Gestaltung eines Rechtsverhältnisses gegenüber jedermann (*erga omnes*) wirksam sein. Diese – nicht eigentlich der Rechtskraft zuzuschreibende – Urteilswirkung ergibt sich aus dem materiellen Recht und sei hier nur angemerkt (vgl. HOFMANN, Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft S. 3 ff.; KUMMER,

Klagerecht und materielle Rechtskraft S. 143 ff.; GULDENER, Die Wirkung von Urteilen über den Personenstand gegenüber Dritten, ZSR 1950 S. 325 ff.).

Vollends ist hier nur nebenbei auf die Tatbestands-, Reflex- oder Nebenwirkungen des Zivilurteils hinzuweisen (worüber vgl. HOFMANN a.a.O. S. 6 ff. Ziff. IV, KUMMER, Klagerecht S. 142/43, LEUCH N 11 c zu Art. 192 der bernZPO; VOYAME, Referat, ZSR 1961 II S. 101 und 175 mit Anm. 497 und 498; CARNELUTTI, Istituzioni del nuovo processo civile italiano 1951 I S. 84: «l'efficacia che non il giudizio ma la sua pronunzia possa avere come fatto giuridico»).

b) Die negative Seite der Rechtskraft,

also der Ausschluß der nochmaligen Beurteilung der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache (exceptio rei judicatae, exception de chose jugée, Einrede der abgeurteilten Sache), bildet den Gegenstand des Art. 71 des Entwurfes. Sie ist das Spiegelbild der positiven Rechtskraftwirkung und reicht in objektiver wie auch in subjektiver Hinsicht ebenso weit wie diese.

Grundsätzlich stellt der Endentscheid eine Rechtslage fest, wie sie in einem bestimmten Zeitpunkte besteht. Die kantonalen Gesetze weisen in dieser Hinsicht verschiedene Lösungen auf. Nach den einen ist und bleibt der bei Eintritt der Rechtshängigkeit, also im Anfangsstadium des Prozesses, bestehende Sachverhalt maßgebend, fallen also später eingetretene Tatsachen für das Urteil außer Betracht. Andere Gesetze bekennen sich zur entgegengesetzten Lösung, wonach alle erheblichen Veränderungen der Sachlage bis zum Urteil zu berücksichtigen sind. Eine dritte Gruppe bilden diejenigen Gesetze, welche tatbeständliche Vorbringen nur bis zu einem bestimmten zwischen Prozeßbeginn und -ende liegenden Verfahrensabschnitt berücksichtigen und das Urteil auf den in diesem Zeitpunkt gegebenen Sachverhalt stützen (vgl. Näheres bei GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 312 ff. Anm. 46). Beigefügt

sei, daß nach der neuen ZPO des Kantons Solothurn von 1966, § 143, neue Behauptungen und Beweismittel bis zu den Parteivorträgen in der Hauptverhandlung vorgebracht werden können. Der neue CPC des Kantons Waadt von 1966 läßt tatsächliche Vorbringen in der Regel nur während des Schriftenwechsels zu, ausnahmsweise aber noch in der audience préliminaire (Art. 274 und 279).

Im allgemeinen kann ein erst seit dem für das Urteil maßgeblichen Zeitpunkt eingetretener Sachverhalt die Grundlage einer neuen Klage bilden. Es handelt sich dann eben nicht mehr um denselben Streitgegenstand. Ein durch das Urteil abgewiesener Anspruch mag denn auch seit jenem Zeitpunkt entstanden sein, und ebenso kann ein durch das Urteil geschützter Anspruch seither untergegangen sein.

In bestimmten Fällen (Ersatz für zukünftige, allfällig bleibende Folgen einer Körperverletzung) soll sich jedoch das Urteil nach den Bestimmungen des materiellen Rechtes auf eine Prognose stützen und die zu erbringenden Leistungen ein für allemal, unabänderlich, festsetzen (vgl. GULDENER, SchwZPR 2.A. S.314). Nur wenn das Urteil einen – befristeten – Berichtigungsvorbehalt ausspricht, kann alsdann noch eine Abänderungsklage erhoben werden (vgl. Art. 46 Abs. 2 OR und die entsprechenden Vorschriften der Haftpflichtgesetze).

Gewissermaßen das Gegenstück dazu bilden die von Gesetzes wegen unter die *clausula rebus sic stantibus* fallenden Entscheidungen. Sie sollen von vornherein nur für solange gelten, als der für sie maßgebliche Sachverhalt im wesentlichen gleich bleibt. Dazu gehört unter anderem die Gestaltung der Elternrechte bei Scheidung der Ehe (Art. 156 ZGB). Eine später eintretende Änderung der Verhältnisse rechtfertigt neue gerichtliche Anordnungen (Art. 157 ZGB). Diese gelten gewöhnlich von der Einreichung des Änderungsbegehrens an (BGE 90 II 357/58). Vgl. auch Art. 153 Abs. 2 und Art. 320 ZGB sowie die allgemeine Vorschrift des § 323 der deutschen ZPO über die Änderung von Urteilen über «künftig fällig werdende wiederkehrende Leistungen».

Die hier angeführten und andere im materiellen Recht wurzelnde Erscheinungsformen der materiellen Rechtskraft beherrschen auch deren negative Seite, die Einrede der abgeurteilten Sache. Art. 71 des Entwurfes beschränkt sich darauf,

a) diese Einrede, so wie sie im einzelnen Falle nach der materiellen Rechtslage gegeben ist, für kantonale Urteile allgemein kraft Bundesrechtes anzuerkennen, und

β) zu bestimmen, ob und wieweit die rechtskräftige Entscheidung in einem neuen Rechtsstreite von Amtes wegen oder nur auf Antrag des Beklagten zu beachten sei.

ad α): Die Anerkennung der Einrede der abgeurteilten Sache kraft Bundesrechtes

Daß dem Beklagten gestützt auf die rechtskräftige Endentscheidung eine solche Einrede zusteht – als negative Wirkung der Rechtskraft – ist allgemein anerkannt. Und daß dies für das ganze Gebiet der Schweiz gelten muß (für kantonale ebenso wie für eidgenössische Zivilurteile), ist in einer bestimmten Hinsicht durch die Bundesverfassung festgelegt: Der schon erwähnte Art. 61 BV verlangt, daß die rechtskräftigen Zivilurteile, die in einem Kanton gefällt sind, in der ganzen Schweiz sollen vollzogen werden können. Und zwar verlangt diese Verfassungsvorschrift nach ihrem Sinn und Gehalt, daß die in andern Kantonen ergangenen Zivilurteile auch sonst beachtet werden, so eben auch in bezug auf die Einrede der abgeurteilten Sache (BGE 87 I 61 ff., 88 I 163 Erw. 2; J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse* n. 868: «exécution ou reconnaissance»). Dieser verfassungsrechtliche Schutz entfällt nach der Rechtsprechung zu Art. 61 BV nur dann, wenn das Gericht, welches das Urteil fällte, unzuständig war (und auch nicht etwa durch Prorogation oder Einlassung zuständig wurde), ferner wenn der Beklagte nicht gehörig vorgeladen wurde (und infolgedessen außerstande war, sich zu verteidigen), sowie wenn er nicht gesetzlich vertreten war (was Art. 81 Abs. 2 SchKG für die Rechtsöffnung ausdrücklich vorbe-

hält). Von solchen Mängeln abgesehen, ist aber die Einrede der abgeurteilten Sache im interkantonalen Verhältnis verfassungsrechtlich geschützt.

Daß ferner jeder Kanton für die rechtskräftigen Zivilurteile seiner eigenen Gerichte die Vollziehung und somit auch die Einrede der abgeurteilten Sache gewährt, setzt Art. 61 BV stillschweigend voraus. Art. 81 Abs. 1 SchKG ergänzt das Bundesrecht ausdrücklich in diesem Sinne hinsichtlich der Urteile auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung.

Rechtskräftige Zivilurteile des Bundes sollen die Kantone ebenso wie die Urteile ihrer eigenen Gerichte vollziehen (Art. 39 OG und Art. 81 Abs. 1 SchKG).

Was endlich die Urteile ausländischer Gerichte betrifft, so sind in erster Linie die Staatsverträge maßgebend. Im übrigen sind in bestimmten Fällen ausländische Entscheidungen kraft bundesgesetzlicher Vorschrift in der Schweiz anzuerkennen und zu vollziehen (vgl. namentlich Art. 7 g und 7 i, 8, 28 und 32 NAG). Soweit der Bund hierüber nichts vorschreibt, sind die Kantone frei, die dafür geltenden Grundsätze aufzustellen, was in verschiedener Weise geschehen ist (vgl. GULDENER, Das internationale und interkantonale ZPR der Schweiz S. 93 ff.; LEUCH, Bem. zu Art. 401 der bernZPO).

Der vorliegende Entwurf läßt diesen Fragenkreis unberührt. Immerhin hat Art. 71 seinem Zweck entsprechend einen weiten Anwendungsbereich. Diese Vorschrift läßt sich gleichermaßen auf kantonale, eidgenössische und ausländische Zivilurteile anwenden, vorausgesetzt daß das Urteil im Einzelfalle in der Schweiz und insbesondere im Kanton des zweiten Rechtsstreites anzuerkennen ist. Dabei spielt es für die Anwendung des Art. 71 keine Rolle, ob die Pflicht zur Anerkennung auf eidgenössischem Verfassungs- oder Gesetzesrecht, auf Völkerrecht oder auf kantonalem Recht beruht. Die Anerkennung ist je nach ihrer Rechtsgrundlage schlechthin geboten oder an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Diese schließen aber (abgesehen von den Schranken des

ordre public gegenüber ausländischen Urteilen) keine materielle Überprüfung der geltend gemachten Entscheidung in sich.

In diesem weiten Anwendungsfeld des vorgesehenen Art. 71 liegt die Bedeutung der Aufstellung einer solchen bundesgesetzlichen Vorschrift für die zukünftige schweizerische Rechtsprechung.

Derzeit besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit, vor allem aber ein ungenügender Rechtsschutz auf diesem für die Verwirklichung der Privatrechtsordnung doch so wichtigen Gebiet. Art. 61 BV gilt nur für die interkantonalen Beziehungen. Im übrigen fehlt eine allgemeine bundesgesetzliche Vorschrift über die Einrede der abgeurteilten Sache. Nur wenn sich das rechtskräftige Urteil auf Bundeszivilrecht stützt, ist die – für die Einrede der abgeurteilten Sache entscheidende – Identität der Streitsache (in objektiver und subjektiver Hinsicht) vom Bundeszivilrecht beherrscht. Nur in solchen Fällen kann somit ein kantonales Urteil über die in Frage stehende Einrede Bundeszivilrecht verletzen. Nach der Rechtsprechung ergibt sich eine weitere Einschränkung für die Überprüfung eines solchen Urteils durch das Bundesgericht als Berufungsinstanz (Art. 43 ff. OG) aus folgender Überlegung: Die Abweisung der Einrede der abgeurteilten Sache verletzt das Bundeszivilrecht nicht, denn dieses verbietet nicht die nochmalige Beurteilung eines bereits rechtskräftig entschiedenen Streitfalles. Dagegen kann die Gutheißung der Einrede gegen Bundeszivilrecht verstoßen, dann nämlich, wenn die Identität der Streitsache zu Unrecht bejaht wurde: In diesem Falle ginge der Kläger des Rechtes verlustig, einen in Wahrheit durch das frühere Urteil nicht erledigten Anspruch gerichtlich beurteilen zu lassen. So etwa BGE 88 I 164 Erw. 3:

«Aus dem Bundesprivatrecht folgt zwar nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, daß in einem Prozeß über einen bundesrechtlichen Anspruch ein früheres Urteil nur dann als verbindlich anerkannt werden darf, wenn dieser Prozeß und das frühere Urteil

die gleichen Parteien und den gleichen Streitgegenstand betreffen. Dagegen hindert das Bundesrecht (von Art. 61 BV abgesehen) den kantonalen Richter nicht, einen bundesrechtlichen Anspruch, der bereits Gegenstand eines rechtskräftigen Urteils bildet, in einem Verfahren zwischen den gleichen Parteien neuerdings zu beurteilen. Mit der Berufung kann daher nur geltend gemacht werden, die Einrede der abgeurteilten Sache sei zu Unrecht geschützt worden; daß sie ... zu Unrecht verworfen worden sei, kann dagegen nur mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt werden (BGE 75 II 290 und 78 II 401 ff. sowie die dort erwähnten früheren Urteile, BGE 81 II 146/47, 83 II 267, 85 II 59).»

Ein nicht veröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 10. März 1966 faßt dies unter Hinweis auf jenes Präjudiz zusammen wie folgt:

«L'exception de chose jugée relève en principe du droit cantonal. Dans un recours en réforme, le plaideur est admis seulement à se plaindre de l'*admission* – prétendument erronée – de l'exception de chose jugée;

en revanche, le *rejet* ne peut être attaqué que par la voie du recours de droit public.»

Mehrere Autoren nehmen freilich einen andern Standpunkt ein. Sie halten dafür, als Bundesrechtsverletzung habe nicht nur die ungerechtfertigte Guttheißung der in Frage stehenden Einrede zu gelten (also die ungerechtfertigte Ablehnung eines bei fehlender Identität der Streitsachen gegebenen neuen Klagerechts). Vielmehr verletzt nach ihrer Ansicht auch die ungerechtfertigte Abweisung jener Einrede (bei bestehender Identität der Streitsachen) das materielle Recht, unter dessen Schutz der durch rechtskräftigen Endentscheid festgestellte Rechtszustand steht (vgl. KUMMER, Klagerecht und materielle Rechtskraft S. 63 und 98; GULDENER, Referat, ZSR 1961 II S. 17 und 27; VOYAME, Referat, ebenda S. 172). Das Bundesgericht hat sich eine neue Prüfung dieser umstrittenen Frage vorbehalten, jedoch bisher keine Veranlassung dazu gehabt (vgl. ein Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. Dezember 1968). Übrigens vermöchte eine Praxisänderung im Sinne der erwähnten Lehrmeinungen der *exceptio rei judicatae* die ihr gebührende

Geltung noch immer nicht zu verschaffen. Dazu bedarf es einer bundesgesetzlichen Vorschrift, wie sie der vorliegende Art.71 enthält. Denn beim Fehlen einer solchen Vorschrift bejahen auch jene Autoren – sofern nicht Art.61 BV Platz greift – eine bundesrechtliche Grundlage der *exceptio rei judicatae* nur bei Entscheiden, die auf der Anwendung von Bundeszivilrecht beruhen. Dem Grundgedanken des Art.61 BV entsprechend soll aber die verbindliche Kraft der Zivilurteile anerkannt werden, gleichgültig ob sie auf eidgenössischem, kantonalem oder ausländischem Recht beruhen.

«La sécurité du droit et la paix sociale impliquent des décisions judiciaires définitives et irrévocables»,

sagt PIGUET a.a.O. S.13 mit Recht in einem für die ganze Privatrechtsordnung geltenden Sinne. Der vorliegende Entwurf unternimmt es nun, den in Art.61 BV nur für das interkantonale Verhältnis verwirklichten Grundsatz zur allgemeinen bundesrechtlichen Norm zu erheben. Die Befugnis des Bundesgesetzgebers zur Aufstellung einer solchen Vorschrift, die im Einklang mit dem vorausgehenden Art.70 steht, beruht auf der Anerkennung der Privatrechtsordnung überhaupt, wie sie nicht nur in Art.61, sondern auch in den Artikeln 4, 58 und 59 BV ihren Ausdruck findet. Dem Gesetzgeber stehen Möglichkeiten neuer Rechtsschöpfung offen, die dem Richter versagt sind. Es sei hier auf das vom Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins eingeholte Gutachten von K.EICHENBERGER hingewiesen. Dort ist im Abschnitt A, V, Bundesrechtliche Gesetzgebungszuständigkeiten aus den Artikeln 58, 59 und 61 BV, Ziff. 2 am Ende, S. 502/503, ausgeführt:

«... (Art.59 und 61 BV) ... der Bundesgesetzgeber dürfte mit Fug in Erwägung ziehen, den beiden Bestimmungen auch innerkantonale Bedeutung zuzumessen. Die anerkannten Möglichkeiten objektiver Normeninterpretation, von denen gesprochen worden ist, ließen sich vom Bundesgesetzgeber in dieser Frage noch eher ausnutzen als vom Bundesgericht, das für eine das historische Moment zerschlagende Praxisänderung nur mühevoll die tragenden Ansätze finden dürfte.»

ad β): Beachtung der Rechtskraft von Amtes wegen oder nur auf Parteiantrag?

Die materiell rechtskräftige Entscheidung bildet den Abschluß eines gerichtlichen Verfahrens; ihrem Inhalte nach legt sie fest, was zwischen den Parteien hinsichtlich des Streitgegenstandes rechtens sein soll. Dementsprechend sind die Ansichten über das Wesen der materiellen Rechtskraft geteilt (wie denn auch die einen Rechtsordnungen sie im Zivilgesetz, die andern in der Zivilprozeßordnung eingereiht haben). Indessen erübrigt es sich, hier auf die zwei Hauptgruppen der Rechtskrafttheorien (die materiellrechtliche und die prozessuale) einzugehen (vgl. darüber GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 325/26; PIGUET, a.a.O. S. 23 ff.). Der vorliegende Entwurf stellt sich in Art. 71 jedenfalls in einem Punkt auf den Boden der prozessualen Theorie: Über eine bereits rechtskräftig entschiedene Sache soll der Richter nicht nochmals – inhaltlich gleich – entscheiden, sondern die neue (identische) Klage von der Hand weisen. Das entspricht der natürlichen Überlegung, daß, was rechtskräftig entschieden ist, nicht nochmals beurteilt werden soll (gemäß dem Rechtsspruchwort «ne bis in idem» und der Anwendung des Art. 61 BV in der hier in Frage stehenden negativen Beziehung: «Auch im andern Kanton darf nicht noch einmal über die gleiche Sache abgeurteilt werden»; vgl. W. BURCKHARDT, Kommentar zur Bundesverfassung, 3. A. S. 577 sub lit. c).

Damit ist jedoch der Frage nicht vorgegriffen, ob die bereits ergangene rechtskräftige Entscheidung von Amtes wegen oder nur auf Parteiantrag zu beachten sei. Es bleibt zu prüfen, ob die rechtskräftige Entscheidung ein absolutes Prozeßhindernis (eine negative Prozeßvoraussetzung) darstellen oder eine bloße Einrede begründen soll.

In den kantonalen Zivilprozeßrechten finden sich beide Lösungen vertreten (vgl. M. BRUMANN, Rechtskraft S. 94 ff.; GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 322/23). Erwähnt seien einerseits Zürich ZPO § 106:

«Die Berücksichtigung eines rechtskräftigen Entscheides erfolgt nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag einer Partei, die sich auf ihn beruft.»;

anderseits Bern ZPO Art.192:

«Zu den Prozeßvoraussetzungen gehören alle Einwände, welche eine Partei ... daraus ableiten kann, daß die gleiche Streitsache schon rechtshängig oder bereits beurteilt ist.»

Und zwar legt der vorausgehende Art.191 fest, daß das Gericht alle Prozeßvoraussetzungen (mit Ausnahme der Kostenversicherung) von Amtes wegen zu prüfen hat.

Von den Nachbarstaaten der Schweiz nehmen Frankreich und Italien eine einfache Einrede an:

«La jurisprudence ne voit cependant dans l'autorité de la chose jugée qu'une règle d'intérêt privé: en conséquence, ni le juge ni le ministère public ne peuvent soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée; la partie intéressée peut renoncer à la chose jugée, de même qu'on peut renoncer à la prescription acquise» (RENÉ MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile* 2^e éd. 1949 n° 577).

«Secondo il principio pacificamente accolto, la cosa giudicata formatasi in un altro processo deve essere eccepita dalla parte, essa cioè dà vita ad una eccezione in senso proprio» (SALVATORE SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile* 1959/62 II/2 S.30).

Nach § 411 Abs.2 der österreichischen ZPO ist dagegen die Rechtskraft des Urteils von Amtes wegen zu berücksichtigen, und dieser Grundsatz ist auch im Anwendungsgebiet der deutschen ZPO, welche darüber keine Bestimmung enthält, vorherrschend geworden (vgl. ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen ZPR* 7.A. S.713).

Diese Lehre von der «absoluten» (nicht bloß auf Parteienantrag zu berücksichtigenden) Rechtskraft hat auch in der Schweiz Anhänger gefunden (vgl. BRUMANN a.a.O. S.70; PIGUET a.a.O. S.53).

Der vorliegende Entwurf bekennt sich indessen in Art. 71 dem Grundsatz nach zur Lehre von der «dispositiven» (bloß auf Parteienantrag zu berücksichtigenden) Rechtskraft, aus folgenden Gründen: Dem materiellen Recht wird in aller

Regel – die davon auszunehmenden Ehesachen werden besonders zu würdigen sein – durch Zuerkennung einer Einrede der abgeurteilten Sache Genüge getan (was denn auch beide Referenten der Zentenartagung von 1961 hervorheben: GULDENER ZSR 1961 II S.26 Anm.60; VOYAME daselbst S.175). Sodann ist nicht zuzugeben, daß es sich mit der Rechtsnatur des gerichtlichen Entscheides als eines staatlichen Aktes nicht vertrage, die gleiche Streitsache ein zweites Mal zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. Der Beklagte, der im ersten Prozeß obgesiegt hat, unterläßt es in den weitaus meisten Fällen nicht, sich einer neuen Klage mit der in Frage stehenden Einrede zu widersetzen. Tut er es nicht, so hat er dafür gewöhnlich Gründe, welche berücksichtigt zu werden verdienen. Dem Richter ist es übrigens, wenn er von der rechtskräftigen Entscheidung Kenntnis erhält, erlaubt, die Parteien darüber zu befragen, warum sie die gleiche Streitsache nochmals zu gerichtlichem Austrage bringen wollen. Ergibt sich dabei, daß sie sich weiterhin an das schon ergangene Urteil zu halten gedenken und den zweiten Prozeß gar nicht dazu führen, um ein für sie maßgebliches Urteil zu erwirken, so ermangelt die zweite Klage des rechtlichen Interesses und kann natürlich aus diesem Grunde von der Hand gewiesen werden. Wünschen die Parteien aber eine neue Entscheidung herbeizuführen, die alsdann maßgeblich sein soll – etwa einfach deshalb, weil der Beklagte des zweiten Prozesses dem Kläger (es mag dies der Beklagte des ersten Prozesses sein) Gelegenheit bieten will, im ersten Prozeß Versäumtes nachzuholen –, so ist nicht einzusehen, welches höhere staatliche Interesse diesem Vorhaben entgegenstünde. In manchen Fällen mag übrigens die Pflicht zur Anerkennung oder die Vollstreckbarkeit des zuvor ergangenen Entscheides (aus einem andern Kanton oder aus dem Ausland) ungewiß sein, und die Parteien mögen es vorziehen, dies dahingestellt sein zu lassen und einen neuen Entscheid zu erwirken, der zweifellos Recht schaffen wird. Sodann kann mitunter die Geltendmachung des frühern Urteils Schwierigkeiten bereiten, weil über seine inhaltliche

Tragweite (die objektive Ausdehnung der Rechtskraft) Zweifel obwalten, die sich auch nicht auf dem Wege der Erläuterung beheben lassen. Außerdem gibt es Fälle, in denen ein schutzwürdiges Interesse die Wiederholung einer rechtskräftig beurteilten Klage aus besondern Gründen rechtfertigt (worüber vgl. GULDENER, Schweiz.ZPR 2.A., S.303 Anm.19a).

Endlich stützt sich die vom Entwurf in Art. 71 aufgestellte Regel auf eine staatsrechtliche Erwägung: Da das materielle Recht die Berücksichtigung der Rechtskraft von Amtes wegen in der Regel nicht verlangt, wäre es nicht gerechtfertigt, eine dahingehende bundesrechtliche Vorschrift aufzustellen, die auch in den Kantonen zu befolgen wäre, welche bisher mit der Gewährung einer Einrede ausgekommen sind. Viel eher dürfen die Kantone, welche die schon ergangene rechtskräftige Entscheidung als «absolutes» Prozeßhindernis (somit das Nichtbestehen einer solchen Entscheidung als Prozeßvoraussetzung) betrachten, in Zukunft auf die Gewährung der einfachen «Einrede» verwiesen werden. Bei deren Unterbleiben ist der Richter ja stets berechtigt zu prüfen, ob sich die neue Klage auf ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse zu stützen vermag. Daß dies entscheidend sein muß, kommt auch in der neuen ZPO des Kantons Solothurn von 1966 zum Ausdruck. Zwar zählt dieses Gesetz das Nichtbestehen einer bereits ergangenen rechtskräftigen Entscheidung zu den Prozeßvoraussetzungen. Doch geschieht dies in § 55 Abs.2 in folgender Weise:

«Zu den Prozeßvoraussetzungen gehören insbesondere:

...

e) das Bestehen eines Rechtsschutzinteresses, wie das Fehlen der Rechtshängigkeit oder der rechtskräftigen Beurteilung des gleichen Streitgegenstandes.»

Freilich geht diese Bestimmung davon aus, beim Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides über die gleiche Sache fehle es stets an einem Rechtsschutzinteresse für die neue Klage. Wie soeben ausgeführt, trifft dies jedoch nicht zu.

Die Einrede der abgeurteilten Sache gilt als still-

schweigend erhoben, wenn der Beklagte die neue Klage gar nicht beantwortet. Ein solches Verhalten ist dahin zu deuten, der Beklagte wolle von einer nochmaligen Beurteilung derselben Streitsache nichts wissen. In der Tat äußert sich die Rechtskraft des ergangenen Urteils darin, daß der Obsiegende sich nicht durch eine neue Klage betreffend denselben Streitgegenstand behelligen zu lassen braucht. Ein im zweiten Prozeß ergehendes Säumnisurteil vermöchte daher vor dem rechtskräftigen Entscheid des ersten Prozesses nicht zu bestehen und dessen Vollziehung oder sonstige Anerkennung nicht zu hindern. Bleibt die zweite Klage unbeantwortet, so soll daher der Richter, um die Ausfällung eines unwirksamen zweiten Urteils zu vermeiden, die zweite Klage unter Hinweis auf die bereits erfolgte rechtskräftige Entscheidung von der Hand weisen, gleich als ob der Beklagte die Einrede der abgeurteilten Sache ausdrücklich erhoben hätte. So bestimmt es Art. 71 *in fine*.

Gleich ist es zu halten, wenn die zweite Klage dem Beklagten wegen unbekannten Aufenthaltes nicht zugestellt werden konnte. In diesem Falle läßt sich zwar nicht von «beredtem Schweigen» des Beklagten sprechen. Der zu dessen Gunsten ergangene Endentscheid, der für die Parteien «Rechtskraft geschaffen» hat, bleibt jedoch bestehen und läßt sich nicht durch ein Versäumnisurteil im zweiten Prozeß außer Kraft setzen. Jede Art der Geltendmachung des Versäumnisurteils müßte an der Einrede der abgeurteilten Sache scheitern.

Nach Art. 71 hat der Richter ferner in Ehesachen beim Bestehen eines rechtskräftigen Endentscheides die Klage von Amtes wegen von der Hand zu weisen. Diese Vorschrift hat namentlich Ehescheidungsprozesse im Auge. Sie will einem Postulat gerecht werden, das aus Richterkreisen stammt und auch in der Rechtslehre verfochten wird.

Ist ein die Scheidungsklage abweisendes Urteil in einem späteren Scheidungsprozeß der gleichen Parteien von Amtes wegen als maßgeblich zu berücksichtigen, soweit der damals bereits beurteilte Sachverhalt in Frage steht?

Dies wird von mehreren Autoren nicht nur als sachlich gerechtfertigt bezeichnet, sondern aus dem Zivilrecht als bereits geltende bundesrechtliche Norm hergeleitet (so namentlich W. BÜHLER, Das Ehescheidungsverfahren, Referat für den schweizerischen Juristentag 1955, ZSR 1955 S. 427a/428a, unter Hinweis auf M. KUMMER, Klagerecht und materielle Rechtskraft S. 65). Eine andere Ansicht äußerte an jenem Juristentage G. LEUCH (ZSR 1955 S. 669a ff.), und gegen eine materiellrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung der Rechtskraft des frühern Urteils von Amtes wegen spricht sich auch M. GULDENER aus (Die Wirkung von Urteilen über den Personenstand gegenüber Dritten, ZSR 1950 S. 326 mit Anm. 8, und Referate, ZSR 1961 II S. 26 Anm. 60).

Ob das geltende Bundeszivilrecht, namentlich Art. 158 ZGB, die Annahme einer solchen Pflicht des Richters zu rechtfertigen vermag, ist fraglich. Das kann jedoch offen bleiben. Jedenfalls ist der Bundesgesetzgeber befugt, die in Art. 158 ZGB vorgesehenen bundesrechtlichen Eingriffe in das Ehescheidungsverfahren durch eine dahingehende Vorschrift zu ergänzen. Und dazu besteht gewiß eine hinreichende Veranlassung, da eine solche Verfahrensregel dazu dient, das materielle Recht in sinnvoller Weise anzuwenden.

Zu beachten ist allerdings, daß dem die Scheidungsklage abweisenden Urteil der Natur der Sache nach nur eine gegenständlich beschränkte Rechtskraft zukommt. Ein solches Urteil versagt dem klagenden Ehegatten den Anspruch auf Scheidung nicht ein- für allemal, sondern bloß auf Grund der Tatsachen, wie sie im Prozesse festgestellt wurden. Seit dem Urteil können sich Dinge ereignet haben, welche nunmehr einen Anspruch auf Scheidung begründen, sei es für sich allein, sei es im Zusammenhang mit früheren Vorkommnissen (ganz abgesehen davon, daß dem andern Ehegatten ein eigener Scheidungsanspruch zustehen kann, den er im früheren Prozesse nicht durch Widerklage geltend machen wollte oder auch erst seither erworben hat). Die schweizerische Rechtsprechung läßt es sogar zu, daß scheidungsbe gründende Tatsachen, die zwar schon im früheren Prozesse

hätten geltend gemacht werden können, jedoch damals (zur Schonung des Gegners) verschwiegen wurden, nun im spätern Prozesse vorgebracht werden (BGE 85 II 57 ff., 88 I 165 Erw.3 Abs.2; HINDERLING, Das schweizerische Ehescheidungsrecht 3. A. S. 226 ff.).

Ein die Scheidungsklage abweisendes Urteil darf aber im neuen Prozesse nicht einfach unbeachtet bleiben. Die rechtskräftige Entscheidung ist mit ihrer tatbeständlichen Grundlage zu berücksichtigen und hat den Ausgangspunkt für die neue Entscheidung zu bilden. Werden wesentliche andere Tatsachen im neuen Prozesse nicht vorgebracht, so handelt es sich um eine Wiederholung der früheren Klage. Die neue Klage ist alsdann als schon rechtskräftig beurteilt von der Hand zu weisen. Aber auch wenn wesentliche neue Tatsachen zu beurteilen sind (seit dem ersten Prozeß eingetretene oder jedenfalls in jenem Verfahren noch nicht vorgebrachte), so sind sie im Zusammenhang mit jener rechtskräftigen Entscheidung zu würdigen:

«Anderseits steht ebenso sicher fest, daß mit einer zweiten Klage nicht einfach die Richtigkeit des ersten Urteils angefochten werden kann, weil es auf einer ungenügenden Tatbestandsfeststellung oder fehlerhafter Beweismwürdigung oder unrichtiger Rechtsanwendung beruhe. Die zweite Klage darf auch nicht auf eine Korrektur des früheren Urteils hinauslaufen, die auf dem Wege der Revision geltend gemacht werden müßte.» (W. BÜHLER a.a.O. S. 431a.)

Insbesondere ist zu vermeiden, daß es zum Ausspruch einer unbegründeten Scheidung kommt, weil die Parteien allenfalls seit dem früheren Urteil beide scheidungswillig geworden sind und nun dem Richter jenes Urteil mit den ihm zugrunde liegenden tatbeständlichen und rechtlichen Grundlagen vorenthalten möchten. Das Gericht des zweiten Prozesses soll die dem früheren Urteil zukommende Rechtskraft nicht nur auf Antrag einer Partei (Einrede der abgeurteilten Sache), sondern von Amtes wegen berücksichtigen und jenes Urteil (allenfalls mit den zugehörigen Akten) in jedem Falle beiziehen.

Die in diesem Sinn vorgeschlagene Regelung

des Art. 71 wird den Art. 158 ZGB ebenso nützlich ergänzen wie der bereits besprochene Art. 67, wonach in Familienrechtssachen (also in erster Linie eben in Ehesachen) das Parteiverhör von Amtes wegen stattfinden soll.

Zu Art. 72

Art. 71 gibt die *exceptio rei judicatae* gegenüber einer spätern Klage, die das bereits rechtskräftig Beurteilte wiederum zum eigentlichen Streitgegenstand machen will. Die Einrede muß aber auch dann gewährt werden, wenn das in jenem frühern Prozeß Beurteilte in einem spätern Prozeß nur den Gegenstand einer Vorfrage bildet, sich also nun «als bedingendes Rechtsverhältnis für die nunmehr streitige Rechtsfolge» darstellt (KUMMER, Klagerecht und materielle Rechtskraft S. 63). In solchen Fällen braucht natürlich über die betreffende Vorfrage keine besondere Entscheidung auf Nichteintreten gefällt zu werden. Der Richter hat einfach, wenn sich die Einrede als begründet erweist, den über diesen Streitpunkt ergangenen Endentscheid seinem eigenen Urteil als ein feststehendes Element zugrunde zu legen (vgl. GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A. S. 322/23 mit Anm. 79).

Zu Art. 73 Abs. 1

Bereits in der Übersicht zu diesem Titel wurde bemerkt, daß als Schranke der materiellen Rechtskraft gegenüber Endentscheiden, die auf der Anwendung von Bundeszivilrecht beruhen, um der unabweislich notwendigen Rechtsgleichheit willen im ganzen Gebiete der Schweiz das Rechtsmittel der Revision wegen neuer Tatsachen und Beweismittel einheitlich zu gewähren ist.

Die großzügige Gewährung dieses Rechtsmittels entspricht den das Verfahrensrecht durchziehenden modernen Strömungen. Wird die tatbeständliche Grundlage eines rechtskräftigen Entscheides erschüttert durch neu entdeckte oder verfügbar gewordene Beweismittel oder durch neu in Erfahrung gebrachte Tatsachen, so soll der durch jenen

Entscheid benachteiligten Partei gestattet werden, dessen Revision zu verlangen. In diesem Sinne haben sich bereits mehrere kantonale Zivilprozeßordnungen und ebenfalls das Bundesprozeßrecht entwickelt (man vergleiche Art. 192 Ziff. 2 des Bundeszivilprozesses vom 22. November 1850 mit Art. 137 lit. b des geltenden OG vom 16. Dezember 1943). Der vorliegende Art. 73 Abs. 1 übernimmt diese Vorschrift des OG. Es ist in der Tat wünschbar, die in Streitigkeiten betreffend Bundeszivilrecht in Rechtskraft erwachsenen kantonalen Endentscheide nach gleichen Grundsätzen wie die Urteile des Bundesgerichts der Revision zu unterstellen.

Den weitem, in Art. 137 lit. a OG vorgesehenen Revisionsgrund der deliktischen Einwirkung auf den Entscheid berücksichtigt Art. 73 Abs. 1 des Entwurfs ebenfalls. Er sieht aber darin nur einen Spezialfall des Revisionsgrundes der *nova reperta* und fügt ihn daher mit der Wendung «insbesondere wenn...» an. Mit dieser nicht abschließenden Art der Umschreibung wird außerdem ermöglicht, auch bloß fahrlässige und daher nicht strafbare Begehungen als Revisionsgründe zu berücksichtigen, handle es sich nun um die Beweisaussage einer Partei oder um ein falsches Zeugnis, um ein falsches Gutachten oder um eine falsche Übersetzung (was die Artikel 306 und 307 des Strafgesetzbuches nicht unter Strafe stellen).

Art. 73 Abs. 2

behält es ganz allgemein, also auch gegenüber Entscheiden, die auf der Anwendung von Bundeszivilrecht beruhen, dem kantonalen Recht vor, zu bestimmen, inwieweit eine Verletzung kantonaler Verfahrensvorschriften einen Revisionsgrund bilden soll.

Art. 73 Abs. 3

bietet eine Lösung der umstrittenen und in den Prozeßgesetzen verschieden beantworteten Frage, ob auch Entscheide, die nicht auf gerichtlicher Beurteilung des Sachverhaltes, sondern auf einem Klageanerkennnis, einem

Klagerückzug oder einem gerichtlichen Vergleiche beruhen, der Revision unterliegen sollen. (Unter dem Klagerückzug ist hiebei ein eigentlicher Abstand von der Klage, also ein Verzicht auf den eingeklagten Anspruch, zu verstehen. Dies im Gegensatz zur unpräjudizierlichen Rücknahme der Klage, wie sie manche Prozeßordnungen wenigstens im Anfangsstadium des Prozesses und im übrigen allenfalls bei Zustimmung des Gegners gestatten.)

Diese Urteilssurrogate haben Doppelcharakter. Einerseits hat man es mit Prozeßhandlungen zu tun, die eben auf Beendigung des Rechtsstreites ohne gerichtlichen Sachentscheid gerichtet sind. Andererseits handelt es sich um privatrechtliche Willenserklärungen darüber, was hinfort rechtens sein soll. Derartige Erklärungen können, wie wenn sie außerhalb eines Rechtsstreites abgegeben werden, mit Mängeln behaftet sein, die ihre Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit begründen (Art. 19 bis 21, sowie Art. 23 ff. OR).

Der Revisionsgrund der neuen Tatsachen und Beweismittel eignet sich nicht zur Geltendmachung solcher Mängel von Parteierklärungen. Der Rechtsstreit wird ja bei diesen Urteilssurrogaten nicht auf Grund richterlicher Tatbestandsfeststellung erledigt. Deshalb wird im allgemeinen angenommen, die benachteiligte Partei sei darauf angewiesen, die Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit durch Klage oder Einrede geltend zu machen (vgl. LEUCH, zu Art. 367 der bernZPO N2 und zu Art. 397 N5 und 6). Der Bundeszivilprozeß enthält ebenfalls keine besondere Bestimmung über die Anfechtung solcher Prozeßhandlungen und der darauf beruhenden Prozeßerledigung. Art. 73 Abs. 4 beschränkt sich auf folgende Vorschrift:

«Gerichtlicher Vergleich und Abstand sind wie das Urteil vollstreckbar.»

Die Botschaft zum Entwurf des BZP (BBl 1947 I S. 1019) führt dazu aus:

«Durch Abs. 4 des Art. 73 wird dem gerichtlichen Vergleich und dem Abstand Vollstreckbarkeit zuerkannt. Damit wird die Frage, ob und inwieweit gerichtlicher Vergleich und Abstand materielle

Rechtskraft haben, nicht präjudiziert. Dies wird der Rechtsprechung erlauben, dem gerichtlichen Vergleich und Abstand – soweit sie Mängeln des Vertragsrechts ausgesetzt sind (BGE 60 II 56) – die materielle Rechtskraft zu versagen, sie zugleich als prozessuales und ziviles Rechtsgeschäft anzusehen und in letzterer Eigenschaft der Anfechtung durch Klage oder Einrede zu unterstellen.»

Der vorliegende Entwurf unternimmt es, diesen Rechtszustand zu verbessern. Er läßt das Rechtsmittel der Revision auch bei den in Frage stehenden Urteilssurrogaten Platz greifen und trägt dabei den Besonderheiten dieser Prozeßbeendigung Rechnung. Sonst bliebe das Urteilssurrogat ungeachtet der geltend gemachten Mängel vollstreckbar, solange die Parteierklärung nicht als ungültig oder unverbindlich erklärt ist. Vgl. BGE 80 I 389 Erw.3:

«... transaction judiciaire... Certes, celle-ci a une nature contractuelle, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral (RO 56 I 224, 60 II 58 et 83...). Elle peut donc être attaquée pour vice du consentement en vertu des art. 23 et suiv. CO et elle manque, dans cette mesure, de l'autorité de la chose jugée. Mais cela ne change rien à son caractère exécutoire, qu'elle conserve tant qu'elle n'est pas annulée pour erreur, dol ou crainte fondée...»

(dazu LEUCH, zu Art. 397 bernZPO S. 387 oben).

Es erscheint als gerechtfertigt, diese zwiespältige Rechtslage zu beseitigen. Der benachteiligten Partei, welche sich auf privatrechtliche Mängel der in Frage stehenden Prozeßhandlungen beruft, soll das Rechtsmittel der Revision zur Verfügung stehen und zwar in dem Sinne, daß die privatrechtlichen Anfechtungsgründe (Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit) als Revisionsgründe anerkannt werden. Diese auch in der Literatur verfochtene Lösung (vgl. GULDENER, SchwZPR 2. A. S. 293 Ziff. 10 und S. 324) empfiehlt sich jedenfalls *de lege ferenda* und wird in Art. 73 Abs. 3 des vorliegenden Entwurfes ausdrücklich festgelegt. Die Revision soll aber auch in diesen Fällen an die Frist des Abs. 5 daselbst gebunden sein, so daß die Angelegenheit nicht zu lange in der Schwebe bleibt. Natürlich kann nach Einreichung des Revisionsgesuches die Vollstreckbarkeit des Ur-

teilssurrogates sogleich durch gerichtliche Verfügung aufgeschoben werden.

Zu Art. 73 Abs. 4

Gegenüber Urteilen, welche die Scheidung oder die Ungültigkeit einer Ehe aussprechen, soll die Revision nicht mehr zulässig sein, wenn einer der Ehegatten stirbt oder sich wiederverheiratet.

Im ersten Fall könnte die Ehe nicht wieder zustande kommen, und es ist nicht zuzulassen, ihre Wiederherstellung bloß um erbrechtlicher Rücksichten willen zu fingieren (s. BGE 93 II 153 ff., Erw. 3–5).

Im zweiten Fall ergäbe sich für den inzwischen wiederverheirateten Ehegatten bei erfolgreicher Revision des Urteils eine Doppelehe und damit ein Grund zur Ungültigerklärung der zweiten Ehe. Es geht nicht an, der nach gerichtlicher Auflösung der frühern Ehe eingegangenen Ehe auf diese Weise die rechtliche Grundlage zu entziehen.

Das in Frage stehende Revisionshindernis betrifft indessen nur die Ehescheidung oder Eheungültigkeit als solche. Nichts steht entgegen, eine Revision des Entscheides über die Nebenfolgen der Scheidung aus den gewöhnlichen Gründen des Art. 73 Abs. 1 des Entwurfes zu verlangen. Und zwar auch dann, wenn diese Nebenfolgen durch eine gerichtlich genehmigte Vereinbarung gemäß Art. 158 Ziff. 5 ZGB geregelt worden sind. Denn diese Genehmigung beruht auf einer sachlichen Prüfung des Vereinbarungsinhaltes und hat somit den Charakter eines Sachurteils (vgl. HINDERLING, Das schweiz. Ehescheidungsrecht 3. A. S. 184 ff.). Eine Frage für sich ist es, ob ein der Scheidungskonvention anhaftender, bei der gerichtlichen Genehmigung verborgen gebliebener Willensmangel gleichfalls einen Grund zur Revision bilden kann (vgl. HINDERLING a.a.O. S. 187 N 17).

Art. 73 Abs. 5

befristet das Revisionsgesuch nach dem Vorbild des Art. 141 Abs. 1 lit. b OG.

Den Schluß des Titels VI bildet

Art. 74,

der bestimmt, von welchem Zeitpunkt an die Urteilssurrogate wirksam sind.

Es kommen hierfür verschiedene Zeitpunkte in Betracht. Unter privatrechtlichem Gesichtspunkt könnte ein Klageanerkennnis oder ein Klagerückzug schon bei der Mitteilung an die Gegenpartei wirksam werden, ein gerichtlicher Vergleich (ebenso wie ein außergerichtlicher) bei seinem Abschluß. Zur Prozeßbeendigung ist aber die Mitteilung an das Gericht (brieflich oder mündlich, allenfalls mit Protokollierung und Unterzeichnung) erforderlich. Somit kann die prozessuale Wirksamkeit nicht früher eintreten. Dazu kommt nun aber die Notwendigkeit einer gewissen Überprüfung durch das Gericht. Freilich erübrigt sich ein gerichtliches Sachurteil infolge der die Angelegenheit außer Streit setzenden Parteierklärungen. (Und es hat nach der in der Schweiz vorherrschenden Auffassung auch nicht etwa eine förmliche gerichtliche Klageabweisung «auf Grund des Verzichts» oder eine Klagegutheißung «dem Anerkenntnis gemäß» stattzufinden, wie es die §§ 306 und 307 der deutschen ZPO und die §§ 394 und 395 der österreichischen ZPO vorschreiben.) Das Gericht hat jedoch über die Einhaltung der für solche Prozeßhandlungen der Parteien geltenden Form zu wachen und auch zu prüfen, ob diese Erklärungen von einer dazu berechtigten Person ausgehen (so, ob die allenfalls nach Art. 421 Ziff. 8 ZGB erforderliche Zustimmung der Vormundschaftsbehörde oder die z. B. nach Art. 85 der bernischen ZPO erforderliche Spezialvollmacht des Anwaltes vorliegt). Ferner hat das Gericht für die Behebung allfälliger Unklarheiten und Widersprüche zu sorgen und die Prozeßerledigung abzulehnen, wenn sich das Klageanerkennnis oder der gerichtliche Vergleich auf einen der Verfügung der Beteiligten nach materiellem Recht entzogenen Gegenstand bezieht. All dies rechtfertigt es, die Urteilssurrogate erst von dem Zeitpunkt an wirksam werden zu lassen, in dem der Richter den Prozeß als dadurch erledigt erklärt.

Die Form dieser Schlußerklärung ist vom kantonalen

Recht beherrscht. Vgl. etwa Zürich § 104 Abs.2, St.Gallen Art.301, Solothurn 1966 § 215, Waadt 1966 Art.158 Abs.1 und Art.161 Abs.2.

Titel VII: Von den vorsorglichen Verfügungen

Zur Herbeiführung der Rechtsgewißheit durch rechtskräftige Entscheidung (Titel VI) müssen bisweilen andere Maßnahmen des staatlichen Schutzes treten: einerseits die staatliche Mithilfe zur Vollstreckung der Urteile (worüber siehe den nachfolgenden Titel VIII), anderseits ein rasches Eingreifen staatlicher Organe zur Abwendung von Gefahren durch vorsorgliche Maßnahmen (was den Gegenstand des vorliegenden Titels VII bildet).

Eines solchen Eingreifens bedarf es namentlich zur Sicherung streitiger Ansprüche vor oder während der Streitfähigkeit:

«In den meisten geltenden Zivilprozeßgesetzen sind prozessuale Mittel vorgesehen, die der Rechtssicherung dienen, bevor ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist. Diese Rechtsbehelfe werden als «einstweilige Verfügung», «provisorische Verfügung», «vorläufige Maßnahme», «Befehl» oder ähnlich bezeichnet. In der Regel bezwecken sie den Schutz eines bedrohten Besitzstandes, die Abwendung eines drohenden Schadens oder die Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustandes bzw. die Sicherung des Streitgegenstandes während der Rechtshängigkeit. Derartige Rechtsschutzinstitute sind notwendig, weil der Berechtigte ohne eine vorläufige Sicherung seine gefährdeten Ansprüche im zeitraubenden ordentlichen Verfahren vielfach nicht mehr durchsetzen könnte.» (H.SORMANI, Die einstweilige Verfügung in der Zivilprozeßordnung des Kantons Luzern, Diss. Bern 1947, S.7.)

Die vorsorgliche Verfügung dient aber auch der Verwirklichung eines an sich unbestrittenen, jedoch vom Gegner nicht respektierten Besitzschutzanspruches (man denke an die Räumung eines Mietobjektes nach Ablauf der Mietdauer). Auch in andern Fällen genügt dieser Rechtsbehelf oftmals zur Herbeiführung des Rechtsfriedens, so daß es gar

nicht zum Rechtsstreite kommt (vgl. LEUCH, zu Art. 326 der bernZPO, N 3 S. 299/300 oben).

Die Kantone haben dieses Sicherungsmittel in verschiedener Weise geregelt. Die betreffenden Vorschriften finden sich zum großen Teil in den Zivilprozeßordnungen vor, daneben aber auch in Einführungsgesetzen zu Bundesgesetzen, namentlich zum ZGB. Die Regelung ist manchenorts unübersichtlich und nicht frei von Widersprüchen. (Vgl. W. ZIEGLER, Die vorsorgliche Maßnahme in der Zivilprozeßgesetzgebung der schweizerischen Kantone, Diss. Zürich 1944, S. 27: «...Aus diesen Gründen ist es oft schwer, die vorsorgliche Maßnahme als ein einheitliches Institut darzustellen, das mit den gleichartigen Instituten anderer Kantone verglichen werden kann.»)

Die Bundesgesetzgebung hat für die Ansprüche auf Geldzahlung und auf Sicherheitsleistung in Geld nicht nur die Zwangsvollstreckung, sondern auch die vorsorgliche Sicherung geregelt. Dazu dient der Rechtsbehelf des Arrestes (Art. 271 ff. SchKG; vgl. über dessen ausschließlichen Charakter BGE 79 II 285, 85 II 196 Erw. 2, 86 II 295 Erw. 2). Dazu kommen sichernde Maßnahmen im Lauf einer Betreibung: provisorische Pfändung (Art. 83 Abs. 2 SchKG), Güterverzeichnis (Art. 57 c, 162–165, 183 SchKG, bei Notstundung Art. 317 e SchKG).

Im übrigen finden sich in Bundesgesetzen keine allgemeinen Regeln über vorsorgliche Verfügungen, wohl aber zahlreiche Vorschriften für einzelne Rechtsgebiete (vgl. die Angaben bei GULDENER, Referat, ZSR 1961 II, S. 52 mit Anm. 123, und bei VOYAME, Referat, ZSR 1961 II, S. 165 mit Anm. 454–459). Die Zulässigkeit solcher Eingriffe des Richters hängt in erster Linie vom Bestehen eines rechtlich geschützten Interesses ab und ist daher wesentlich nach – geschriebenem oder ungeschriebenem – materiellem Rechte zu beurteilen (vgl. GULDENER, Referat a.a.O., S. 52 und Schweiz. ZPR 2. A., S. 382 ff.).

Es erscheint als angezeigt, dieses Sicherungsmittel allgemein durch Bundesgesetz anzuer-

kennen und in den Grundzügen einheitlich zu regeln.

Die Terminologie ist in der kantonalen wie auch in der eidgenössischen Gesetzgebung verschieden (vgl. die bereits erwähnten Ausführungen von H. SORMANI a.a.O., S. 7; ferner insbesondere Art. 9 des Bundesgesetzes vom 30. September 1943, wo das Provisorium als «vorsorgliche Maßnahme» und das Superprovisorium als «einstweilige Verfügung» bezeichnet ist). Der vorliegende Entwurf folgt der Ausdrucksweise des Art. 94 OG und des damit übereinstimmenden elften Titels des BZP. Dies nicht nur, um einer Begriffsverwirrung vorzubeugen, sondern auch aus sachlichen Gründen: Mit den Worten «vorsorgliche Verfügung» wird trefflich auf den Zweck dieses richterlichen Eingriffes hingewiesen. Ebenso sinnvoll heißen die allenfalls sogleich nach Eingang des Gesuches als Vorläufer des Entscheides über die eigentliche Verfügung zu treffenden Maßnahmen «vorläufige».

Zu den einzelnen Bestimmungen dieses Titels (Art. 75–80) ist wenig zu bemerken.

Art. 75 umschreibt in Abs. 1 (gleich wie Art. 79 Abs. 1 BZP) lediglich die Gründe zum Erlaß einer vorsorglichen Verfügung, ohne zugleich die Arten der zulässigen Anordnungen festzulegen. Dem richterlichen Ermessen und Erfindungsgeist steht damit ein weites Spielfeld offen.

Nach Abs. 2 ist es (wie nach Art. 81 Abs. 2 BZP) erforderlich, aber auch genügend, den die Verfügung rechtfertigenden Sachverhalt glaubhaft zu machen.

Abs. 3 anerkennt (wie Art. 79 Abs. 2 BZP) die ausschließliche Geltung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs für die Sicherung von Forderungen, die diesem Gesetz unterliegen.

Nach *Art. 76* (Abs. 1) soll die örtliche Zuständigkeit für die vorsorglichen Verfügungen mit dem Gerichtsstand der Klage übereinstimmen. Da die Kantone die sachliche Zuständigkeit bestimmen, können solche Gesuche vor der

Streithängigkeit an den Richter eines engeren Sprengels gewiesen werden.

Abs. 2 will dem Gesuchsgegner das rechtliche Gehör gewahrt wissen. Bei dringender Gefahr kann indessen sofort (superprovisorisch) das Nötige angeordnet werden.

Art. 77 trägt in ähnlicher Weise wie Art. 82 Abs. 1 BZP dem Umstande Rechnung, daß die vorsorgliche Verfügung gewöhnlich zur Sicherung eines streitigen Anspruches dient. In einem solchen Falle soll der Gesuchsteller nach Abs. 1 nicht zu lange im Genuß der Verfügung bleiben, ohne die Klage hängig zu machen. Es ist ihm daher in der Regel eine Frist zur Klage zu setzen. Bleibt er über diese Frist hinaus untätig, so droht ihm der Widerruf der Verfügung nach Art. 78 Abs. 2. Immerhin darf der Gesuchsgegner auch nach unbenutztem Ablauf der Frist nicht eigenmächtig gegen die Verfügung verstoßen. Der Richter bleibt Herr der Entschliebung.

Dem Gesuchsgegner gebührt nicht nur Schutz vor einer Verzögerung der Klage. Wenn ihm durch die vorsorgliche Verfügung und allenfalls schon durch die vorläufigen Maßnahmen Schaden entstehen kann, sind diese richterlichen Anordnungen von Sicherheitsleistung abhängig zu machen. So auch Art. 82 Abs. 2 BZP entsprechend der Vorschrift des Art. 273 Abs. 1 SchKG.

Art. 78 unterstellt die vorsorgliche Verfügung in Abs. 1 der *clausula rebus sic stantibus*. Sie soll ja gegenwärtigen, wechselnden Bedürfnissen dienen.

Nach Abs. 2 ist sie aufzuheben, wenn sie sich nachträglich als ungerechtfertigt erweist. Ebenso, wenn der Gesuchsteller die zur Klage gesetzte Frist unbenützt verstreichen ließ.

Nach Art. 79 soll, wie nach Art. 273 SchKG bei ungerechtfertigtem Arrest, eine kausale Schadenshaftung des Gesuchstellers Platz greifen, wenn der Anspruch, für den die Maßnahmen bewilligt wurden, nicht zu Recht bestand oder nicht fällig war (Abs. 1).

Dies ist in Art. 84 BZP für die im Bereich des Bundesgerichts (vgl. Art. 80 BZP) getroffenen Anordnungen solcher Art vorgesehen und rechtfertigt sich ebenso im Bereich der kantonalen Ziviljustiz.

Die Gerichtsstandsnorm des Abs. 2 entspricht derjenigen des Art. 273 Abs. 2 SchKG.

Abs. 3 sorgt wie Art. 84 Abs. 3 BZG dafür, daß die allenfalls bestellte Sicherheit ihrem Zweck der Schadensdeckung erhalten bleibt.

Art. 80 behält die besondern Vorschriften anderer Bundesgesetze über vorsorgliche Verfügungen vor.

Diese für besondere Rechtsgebiete erlassenen Vorschriften – schon bestehende sowohl wie zukünftige – sollen den allgemeinen Regeln, wie sie der vorliegende Titel enthält, vorgehen. Inwieweit sie ihrerseits durch die allgemeinen Regeln ergänzt werden, ist eine Frage der Auslegung.

Titel VIII: Von der Vollstreckung

Um der autoritativen Entscheidung über ein streitig gewesenes Privatrechtsverhältnis Nachachtung zu verschaffen, muß der Berechtigte wenn nötig die staatliche Hilfe zur Vollstreckung des Urteils in Anspruch nehmen können (siehe die einleitenden Bemerkungen des vorausgehenden Titels).

«Ziel des Erkenntnisverfahrens (Zivilprozeß im engeren Sinne) ist es, die Rechtsgewißheit im Einzelfall herzustellen; Ziel des Vollstreckungsverfahrens ist die zwangsweise Verwirklichung des rechtsmäßigen Zustandes.» (GULDENER, Zwangsvollstreckung und Zivilprozeß, ZSR 1955, S. 20.)

Vollstreckungsgesuche sind bei dem vom kantonalen Recht als sachlich zuständig bezeichneten Richter anzubringen. Der vorliegende Entwurf begnügt sich mit der Aufstellung einer Gerichtsstandsvorschrift: Sowohl die Anordnung der Realexekution wie auch die Beurteilung eines Begehrens um Verurteilung zu Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Urteils obliegt nach

Art. 84 Abs. 1 dem Richter des Ortes, an dem das Urteil erging. Natürlich braucht dies nicht ein Richter des Hauptortes des Kantons zu sein, wenn der Rechtsstreit dort in oberer Instanz entschieden wurde. Dem Kanton steht es frei, die Vollstreckung in den Gerichtsbezirk oder -kreis des erstinstanzlichen Gerichtes zu weisen. Und auch wenn der Rechtsstreit vor einem zentralen Gericht des Kantons als einziger Instanz stattfand, kann das kantonale Recht für die Vollstreckung (und allenfalls auch für die Schadenersatzklage) ein nach dem gleichen Gerichtsstandsprinzip zu bestimmendes regionales Gericht als zuständig erklären.

Nach der speziellen Vorschrift von

Art. 84 Abs. 2 ist der Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen Sache aus einleuchtenden praktischen Gründen am *forum rei sitae* zu vollstrecken (gleichgültig ob das Urteil anderswo erging).

Im übrigen enthält dieser Titel VIII einige Vorschriften über die Voraussetzungen und die Art der Vollstreckung.

Art. 81 stellt in Abs. 1 und 2 den Zeitpunkt des Eintritts der Vollstreckbarkeit und deren Umfang klar. Nach Abs. 1 sollen die Urteile in Zivilsachen vollstreckbar sein,

– sobald sie in Rechtskraft erwachsen sind. Es soll also gleich wie für die Forderungen auf Geldzahlung nach SchKG auch bei Leistungsansprüchen anderer Art keine Schonfrist nach der rechtskräftigen Entscheidung Platz greifen (wie sie z.B. die bernische ZPO in Art. 397 Abs. 1 vorsieht);

– und die Vollstreckbarkeit soll im Umfange der rechtskräftigen Gutheißung des Anspruchs gegeben sein, also unter Umständen einstweilen nur für einen von mehreren eingeklagten Ansprüchen, falls jener vorweg beurteilt wurde (vgl. über das Teilurteil GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S. 191 und 306 Anm. 30; W. WÜTHRICH, Teilklage und Teilurteile, Diss. Zürich 1952; P. GOEPFERT, Die Teilklage nach baselstädtischem ZPR, BJM 1958, S. 133 ff., 142 ff.).

Hat der Richter zur Erfüllung eine Frist gesetzt, so ist das Urteil nach Abs. 2 erst nach deren Ablauf vollstreckbar.

Entsprechendes muß gelten bei aufschiebend bedingten Verpflichtungen, was nicht ausdrücklich vorgeschrieben zu werden braucht.

Abs. 3 faßt sodann (wie Art. 74 Abs. 2 vom BZP) den Fall ins Auge, daß die einer Partei auferlegte Leistung von einer Gegenleistung abhängig ist. Der Entwurf präzisiert: «... Zug um Zug ...» und läßt das Leistungsurteil vollstreckbar werden, sobald die Gegenleistung genügend sichergestellt ist. Bei Verpflichtungen zur Leistung «Zug um Zug» besteht ja keine Vorleistungspflicht. Sind die Parteien über die «genügende Sicherheitsleistung» nicht einig, so muß der Richter darüber in einem Nachverfahren entscheiden (das die Kantone frei, allenfalls als summarisches, ausgestalten können; vgl. Art. 397 Abs. 2 der bernischen und Art. 342 der freiburgischen ZPO).

Art. 82 verweist (wie Art. 75 BZP) für die Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung oder auf Sicherheitsleistung in Geld auf den Weg der Schuldbetreibung.

Nach Art. 83 soll die berechtigte Partei nicht gezwungen sein, bei Widerstand des Verpflichteten auf die Realerfüllung zu verzichten und statt dessen Schadenersatz zu verlangen. Sie soll aber befugt sein, dies zu tun, sei es von vornherein oder nach begonnener Vollstreckung, indem sie diese abbricht, oder auch erst nach erfolglosem Abschluß der Vollstreckung. Vorbild dieser Regelung ist Art. 76 Abs. 3 BZP. Der Schadenersatz ist, wenn sich darüber Streit erhebt, mit einer neuen Klage einzufordern, sofern er nicht im Hauptprozeß zum voraus festgesetzt wurde. (Vgl. die Botschaft zum Entwurf des BZP, BBl 1947 I S. 1020.)

Welche Maßnahmen zur Realexekution namentlich etwa geeignet sein können, bestimmt der Entwurf, auch hierin dem BZP (Art. 77 Abs. 2) folgend, in

Art. 85 Abs. 1. Damit wird «der Vollstreckungsbehörde eine gewisse Anleitung gegeben» (wie die Botschaft zum

Entwurf des BZP, a.a.O. S.1021 ausführt). Es besteht aber bei der Wahl der im Einzelfalle zu treffenden Anordnungen ein weites Feld des Ermessens, wobei auch regionale Anschauungen zur Geltung kommen können.

Keiner Erläuterung bedürfen die Absätze 2 und 3 dieses Artikels betreffend Kostenfragen.

Verpflichtungen zu einem Tun oder Unterlassen können in manchen Fällen nur durchgesetzt werden, wenn der Verpflichtete selber das Urteil befolgt. «Hier bleibt die Erfüllung weitgehend vom guten Willen des Verurteilten abhängig, so daß eine Ahndung der Mißachtung des Urteils Platz greifen muß.» (Botschaft zum Entwurf des BZP, Art.76, a.a.O. S.1020.) Die Vollstreckung bedient sich daher, sowohl wenn sie auf Vornahme einer Handlung durch den Verpflichteten geht, wie auch wenn sie Duldungen oder Unterlassungen bewirken soll, des indirekten Zwanges durch Androhung von Strafen. Diese Androhung kann im Urteil selbst enthalten sein oder im Vollstreckungsverfahren nachgeholt werden (MATTI, ZPR, Handelshochschule, S.1143; GULDENER, Schweiz. ZPR 2. A., S.606).

Der Bundeszivilprozeß sieht in Art.76 vor, daß bereits im Urteil von Amtes wegen die Ungehorsamsstrafen des Art.292 des Strafgesetzbuches anzudrohen sind; die Strafverfolgung soll alsdann nach Abs.2 daselbst auf Antrag der berechtigten Partei stattfinden. Der Entwurf trifft in

Art.86 Abs. 1 eine geschmeidigere Regelung. Danach braucht die Strafdrohung nicht schon in das Urteil aufgenommen zu werden, sofern das kantonale Gesetz oder der Gerichtsgebrauch es nicht gebieten. Sodann ist die Androhung der Ungehorsamsstrafen des Art.292 StGB nach dem Entwurfe nicht die ausschließliche Art der Ahndung. Vielmehr soll die kantonale Justiz zwei Arten der Ahndung zu freier Verfügung haben: die vom urteilenden Richter oder vom Vollstreckungsrichter selbst anzudrohende und wenn nötig auch auszufällende Ordnungsbuße und die vom Strafrichter zu verhängende Ungehorsamsstrafe gemäß Art.292 StGB.

Indem der Entwurf auf diese Weise die zwei Mittel des indirekten Zwanges nebeneinander vorsieht, erweitert er das Anwendungsfeld des Art. 292 StGB in einem gewissen Sinne. Denn nach der Rechtsprechung hat diese Strafbestimmung subsidiären Charakter und ist nur dann anzuwenden, wenn der im Einzelfall gegebene Ungehorsamstatbestand durch keine spezielle eidgenössische oder kantonale Vorschrift mit Ordnungs- oder krimineller Strafe bedroht ist (vgl. BGE 90 IV 207 und die dort angeführten früheren Urteile). Indessen sprechen gute Gründe für die Zulassung der einen wie auch der andern Zwangsmaßnahme. Bei einer solchen Regelung gilt Art. 292 StGB nicht ausschließlich, soll aber namentlich bei schweren Widerhandlungen oder nach erfolgloser Verhängung von Ordnungsbußen als wirksameres Zwangsmittel ebenfalls zur Verfügung stehen. Jedenfalls hindert nichts den Bundesgesetzgeber, diese zweckmäßige Lösung zu treffen, die sich im Bereich der kantonalen Ziviljustiz vollauf rechtfertigt.

Die Ordnungsbuße kann nach

Art. 86 Abs. 2 auch in der Weise angedroht und verhängt werden, daß ein bestimmter Betrag für jeden Tag bis zur Erfüllung zu entrichten ist.

Diese Art der Bemessung nach der Dauer des pflichtwidrigen Verhaltens ändert nichts am Rechtscharakter der Ordnungsbuße. Diese fällt dem Staate zu; es handelt sich nicht um eine dem Verletzten zufallende «*astreinte*», wie sie nach dem Vorbild der französischen Gerichtspraxis auch von den Genfer Gerichten gehandhabt wird. Das Bundesgericht hat zwar diese auf kantonalem Verfahrensrecht beruhende Vollzugsmaßnahme als mit dem Bundesrecht vereinbar befunden, sofern sie keine endgültige Verurteilung zum Ersatz eines künftigen, einstweilen nicht sicher feststellbaren Schadens in sich schließt (BGE 43 II 664, wo ausgeführt wird, die französische Rechtsprechung betrachte die *astreinte* als «une simple mesure comminatoire ne privant pas le juge de la faculté de rechercher, au cas où elle serait demeurée sans

effet, si et dans quelle mesure les dommages-intérêts sont encourus»). In einem spätern Urteil wies das Bundesgericht dann aber darauf hin, daß der «astreinte» in zahlreichen französischen Gerichtsentscheiden ein anderer Charakter beigelegt wird: «L'astreinte ... d'après de nombreux jugements, elle apparaît aussi comme définitive et comme une sorte de peine privée, encourue sans autre examen dès qu'il y a contravention», und in diesem Fall verstoße sie gegen das Bundeszivilrecht, insbesondere gegen Art.42 Abs.1 OR (Urteil vom 30.Mai 1944, Erw.11, veröffentlicht in der Semaine judiciaire 1945 S.348/49). Im Kanton Neuenburg wird die «astreinte» denn auch nicht zugelassen (Urteil des Kantonsgerichts vom 6.Dezember 1943, Recueil de jugements du Tribunal cantonal, tome VIII p.517). Vgl. im übrigen den Artikel «Astreintes» in der Encyclopédie DALLOZ, Droit civil 1, wo hauptsächlich drei Gattungen unterschieden werden (1. l'astreinte comminatoire; 2. l'astreinte dommages-intérêts; 3. l'astreinte peine privée) und die Abhandlung von P. KAYSER, L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile, in der Revue trimestrielle de droit civil 1953 S.209 ff., woraus ebenfalls die mannigfaltigen Erscheinungsformen dieser Maßnahme hervorgehen. Es erscheint nicht als angezeigt, eine derartige im größten Teil der Schweiz unbekannte Rechtseinrichtung, soweit sie sich mit dem Zivilrecht in Einklang bringen ließe, dem System der schweizerischen Vollstreckungsmaßnahmen einzufügen.

Der den Titel VIII abschließende

Art.87 legt die Wirkungen eines auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gehenden Entscheides, nach dem Vorbild des Art.78 BZP, in einer auch für die kantonalen Urteile geltenden Weise fest (vgl. Näheres bei M.KUMMER, Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, ZSR 1954 S.163 ff.). In der Tat muß einem Urteil solchen Inhaltes, gleichgültig ob es vom Bundesgericht oder von einem kantonalen Gericht gefällt wird, die gleiche Bedeutung zukommen.

Der Entscheid, der den Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, soll diese Erklärung ersetzen, also den vom Kläger verlangten Rechtserfolg unmittelbar herbeiführen. Natürlich kann dies nur geschehen, wenn der Inhalt der betreffenden Willenserklärung genau angegeben ist, und nicht bei sogenannten «Wissenserklärungen» wie etwa bei einem Dienstzeugnis, das vom Arbeitgeber persönlich auszustellen ist; vgl. GULDENER, Schweiz. ZPR 2.A., S.609 Anm.72, und LEUCH zu Art.407/408 bernZPO Anm.1, a am Ende.

Die erwähnte Wirkung kann nicht unmittelbar eintreten, wenn die Willenserklärung an eine Bedingung geknüpft oder von einer Gegenleistung abhängig ist. Alsdann ist der Eintritt der Bedingung oder der Erbringung der Gegenleistung abzuwarten. Sind die Parteien über das Vorliegen dieser Voraussetzungen uneinig, so ist darüber in einem Nachverfahren gemäß Art.81 Abs.3 zu entscheiden.

Abs. 2 betreffend die gegebenenfalls in das Urteil aufzunehmende Ermächtigung zur Eintragung in das Grundbuch entspricht dem Art.78 Abs.2 BZP.

Insbesondere auch die Zuerkennung von Legalservituten gegen Entschädigung (Notweg, Notbrunnen, Recht auf Überbau: Art.694, 710, 674 Abs.3 ZGB) läßt sich in die Gestalt eines solchen Urteils kleiden. Dieses kann bestimmen, daß die Eintragung erst nach Entrichtung der Entschädigung erfolgen dürfe (P.LIVER, Kommentar, zu Art. 731 ZGB N36 ff.).

Titel IX: Von der Gerichtspolizei

Der diesen Titel bildende

Art.88 erklärt neben den kantonalen Bestimmungen über die Verhängung von Ordnungsbußen bei Verstößen gegen prozeßrechtliche Pflichten (Abs. 1) den Art.292 des Strafgesetzbuches als anwendbar (Abs. 2).

Dies rechtfertigt sich ebenso wie bei der Urteilsvoll-

streckung (Art. 86). Beim Fehlen kantonaler Bestimmungen über Ordnungsstrafen gilt Art. 292 StGB ohnehin. Sieht das kantonale Recht Ordnungsbußen vor, so wird der Richter in der Regel zunächst diese mildere Art der Ahndung wählen. In schweren Fällen, sowie dann, wenn die – allenfalls wiederholte – Verhängung von Ordnungsbußen nicht zum Ziel führt, soll ihm aber das Zwangsmittel der Verzeigung an den Strafrichter (nach vorausgegangener gehöriger Androhung der in Art. 292 StGB vorgesehenen Strafen) nicht verwehrt sein.

Titel X: Vom Rechtshilfeverfahren

Der diesen Titel bildende

Art. 89 betrifft die Rechtshilfe gegenüber ausländischen Gerichten. Sie soll in entgegenkommender Weise gewährt werden, wie bereits in den Bemerkungen zur Gliederung des Entwurfes ausgeführt ist (Abschnitt C 2 Schlußabsatz; vgl. dazu auch GULDENER, Das internationale und interkantonale ZPR der Schweiz S. 21 mit Anm. 23, und LEUCH, bernZPO zu Art. 17 Anm. 3).

E.

Schlußbemerkungen

Es ist noch kurz auf einige Punkte hinzuweisen, die nicht in den vorliegenden Entwurf einbezogen wurden, jedoch mit dessen Inhalt zusammenhängen und ebenfalls die Aufmerksamkeit des Bundesgesetzgebers verdienen.

1. Anrufung des Bundesgerichts in Gerichtsstandsfragen

In den Erläuterungen zum Titel I (Vom Gerichtsstand) wurde hervorgehoben, daß die vorgesehenen Gerichtsstandsbestimmungen auch innerkantonale Geltung haben sollen.

Sie berühren jedoch weder die kantonale Organisation der Gerichte noch die Regelung ihrer sachlichen Zuständigkeit. Eine innerkantonale Wirkung kommt ihnen daher nur zu, wenn im einzelnen Fall nicht eine für das ganze Kantonsgebiet eingesetzte, sondern eine regionale Behörde zuständig ist. Es erscheint nun als wünschbar, die Selbständigkeit der kantonalen Gerichtsbarkeit noch in anderer Hinsicht zur Geltung zu bringen. Bei innerkantonalen Gerichtsstandskonflikten, also wenn der Streit nur darum geht, welche Behörde eines und desselben Kantons örtlich zuständig ist, soll die Zuständigkeitsfrage endgültig im Kanton ausgetragen werden und eine Anrufung des Bundesgerichts nicht zulässig sein.

Eine dahingehende Vorschrift könnte ihren Platz in Art. 49 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege finden. Zu denken ist etwa an die Ergänzung dieses Artikels durch einen Absatz 2 folgenden Inhaltes:

« Ist jedoch allein die örtliche Zuständigkeit innerhalb desselben Kantons streitig, so kann die Zuständigkeitsfrage nicht vor das Bundesgericht gebracht werden. »

In entsprechender Weise wäre auch Art. 68 OG zu ergänzen, etwa durch einen neuen Absatz 3, der lauten könnte:

« Im übrigen ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, wenn allein die örtliche Zuständigkeit innerhalb desselben Kantons streitig ist. »

2. Wissenschaftlicher Abstammungsbeweis

In Vaterschafts- und andern die Abstammung betreffenden Prozessen (vgl. die Zusammenstellung bei C. HEGNAUER, Die Revision der Gesetzgebung über das außereheliche Kindesverhältnis, ZSR 1965 II, S. 120) haben bekanntlich die moderne Vererbungslehre und die darauf gegründeten Untersuchungsmethoden Möglichkeiten des Beweises geschaffen, welche beim Erlaß des Zivilgesetzbuches noch nicht bestanden. Die Rechtsprechung hat zunächst das Blutgrup-

pengutachten in immer zahlreicheren Varianten und in neuester Zeit auch das Ähnlichkeitsgutachten (anthropologisch-erbbiologisches Gutachten, «AEG») als ein von Bundesrechts wegen zuzulassendes Beweismittel anerkannt (vgl. BGE 94 II 75 ff. S.365 hievor; betreffend Vorbehalte und Zweifelsfragen vgl. BGE 71 II 54 ff., 92 II 77 ff.).

Der dahingehende Beweisanspruch läßt sich, solange keine speziellen Vorschriften in das Familienrecht aufgenommen werden (wie sie sich in § 372a der deutschen ZPO und in Art.340 Abs.2 Ziff.3 des französischen Code civil, gemäß Novelle vom 15. Juli 1955, vorfinden), auf Art.8 ZGB stützen. Eine Frage für sich ist es aber, ob eine entsprechende Pflicht der beteiligten Personen, insbesondere Dritter, zur Duldung der Blutentnahme und der für das allfällige AEG erforderlichen körperlichen Untersuchung zu Recht bestehe, und ob gegen widersetzliche Personen Zwangsmittel ergriffen werden können (vgl. BGE 82 I 234, 82 II 435 und 508, 86 II 213, 89 I 98). Nun haben bereits einige Kantone Vorschriften solcher Art aufgestellt (vgl. die Aufzählung bei C. HEGNAUER, a.a.O. S.118 Anm.33: Schaffhausen 1951, Neuenburg 1957, Luzern 1958, Wallis 1958, Basel-Land 1961; dazu sind im Jahre 1966 getreten: Basel-Stadt § 155a, Waadt Art.232 und 233, Solothurn § 193 in Verbindung mit den §§ 185 und 186). Es ist aber kaum damit zu rechnen, daß die übrigen Kantone ihre Gesetzgebung auf diesem Gebiete in den nächsten Jahren ebenfalls ergänzen werden. Abgesehen davon ist auch grundsätzlich eine bundesrechtliche Ordnung erwünscht, da das materielle Recht in den zahlreichen Prozessen solcher Art nach einheitlichen Grundsätzen verwirklicht werden soll. In diesem Sinne haben sich denn auch eindringlich die beiden Referenten der Jahresversammlung von 1965 ausgesprochen (vgl. C. HEGNAUER a.a.O., S.119 und 195, Vorschläge zur Erweiterung des Art. 310 ZGB, und P. LALIVE *ibid.* S.701 und 808, thèse 4).

Der vorliegende Entwurf enthält keine dahingehende Vorschrift, in der Meinung, das Familienrecht des ZGB werde bei der im Gang befindlichen Revision den gegenwärtigen

wissenschaftlichen Beweismöglichkeiten Rechnung tragen. Die mit der Durchberatung und Genehmigung dieses Entwurfes befaßte Kommission (erweiterter Vorstand) des Schweizerischen Juristenvereins möchte jedoch nicht unterlassen, sich für einen solchen Ausbau des Familienrechtes auszusprechen.

Namentlich gilt es, dem mißbräuchlichen Verhalten eines Dritten entgegenzutreten, der im Vaterschaftsprozeß zwar den in die kritische Zeit fallenden Verkehr mit der Kindesmutter zugibt oder dessen überführt ist, sich jedoch der von der Klägerschaft beantragten Abstammungsexpertise entziehen will.

Umstritten ist, welche Zwangsmittel bei Ungehorsam gegenüber solchen Beweisanordnungen zu ergreifen seien. Natürlich sind Verweigerungsgründe zu beachten, wie sie (selten) in erheblichen gesundheitlichen Nachteilen bestehen können (vgl. LALIVE a.a.O., S. 703 N 436). Ob ein zur Verweigerung eines Zeugnisses berechtigter Dritter auch befugt sein soll, die Blutentnahme oder die für das AEG erforderliche körperliche Untersuchung abzulehnen (in diesem Sinne Basel-Stadt § 155 a Abs. 1), ist fraglich. Im übrigen erscheint es als vollauf gerechtfertigt, gegenüber Dritten die in Art. 88 des vorliegenden Entwurfes vorgesehenen Maßnahmen anzuwenden (nicht nur Ordnungsbuße, wie es Art. 233 Abs. 3 des waadtländischen CPC vorsieht, der anderseits in Abs. 2 daselbst die widerspenstige Partei mit Verzeigung nach Art. 292 StGB bedroht). Gegenüber der Partei sind solche Maßnahmen insoweit überflüssig, als der Ungehorsam den Verlust eines Anspruchs oder einer Einrede nach sich zieht, was aber insbesondere in Prozessen auf Anfechtung der Ehelichkeit auf beklagter Seite nicht zutrifft. Einzelne Gesetze (Basel-Stadt § 155 a Abs. 2, Wallis Art. 18 Abs. 3, Luzern § 185^{ter} Abs. 3) sehen die zwangsweise Vorführung an den Experten vor (Luzern spricht geradezu von der zwangsweisen Durchführung der Untersuchung oder Blutentnahme). Indessen erweckt es Bedenken, eine Partei oder einen Dritten in einem Zivilprozeß *manu militari* einer solchen Unter-

suchung zuzuführen und zu unterwerfen (vgl. J.-M. GROSSEN, La protection de la personnalité en droit privé, ZSR 1960 II, S. 66 a/67 a).

Eine bundesrechtliche Lösung ist angesichts der Lücken der kantonalen Gesetzgebungen und der Verschiedenheit der bestehenden kantonalen Vorschriften zu wünschen.