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: Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht

Autor: Eichenberger, Kurt

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896158

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.12.2025

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

Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozeßrechts nach geltendem Verfassungsrecht

Gutachten
am 9. Februar 1967 erstattet dem Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins

von KURT EICHENBERGER
Professor an der Universität Basel

Es werden folgende Fragen aufgeworfen:

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 art. 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?

Ich beehre mich, Ihnen nachstehend meine Auffassungen in folgender Gliederung vorzulegen:

A. Zuständigkeiten des Bundesgesetzgebers im Bereiche des Zivilprozeßrechts im allgemeinen
I. Die Kompetenzabgrenzung im geschriebenen Verfassungsrecht, in der Staatspraxis und in der Doktrin . . . 469
1. Der Text 469
2. Die Staatspraxis 470
3. Die Doktrin 471

II. Zur Situation der Auslegungslehre im Gebiete des Verfassungsrechts 474
III. Die Deutung des Art. 64 Abs. 3 BV bzw. einer stillschweigenden Verfassungsnorm über eine Bundeszuständigkeit und ihre Abgrenzung 480
1. Eine extreme Ausschöpfung des Wortlauts 480
2. Die Beifügung «wie bis anhin» 481
3. Die «in-dubio»-Auslegung 483
4. Die Grenzziehung in abstrakten Umschreibungen . . 484
5. Richtungweisende Kriterien für die Grenzziehung . . 491
6. Der Verweis auf die konkrete Festlegung 495
IV. Die Ausschöpfung des Art. 114 BV 496
1. Die Einwirkungen kraft der Letztinstanzlichkeit des Bundesgerichts 496
2. Wechselwirkungen 497
V. Bundesrechtliche Gesetzgebungszuständigkeiten aus den Art. 58, 59 und 61 BV 498
1. Allgemeines 498
2. Die Anrufung der Art. 59 und 61 BV 500
3. Die Entfaltung und Aktivierung des Art. 58 BV . . . 503
VI. Der Generalvorbehalt des aktualisierten Interesses des Bundes 505

B. Zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Anpassung der kantonalen Zivilprozeßordnungen an das Bundeszivilrecht
I. Die Ausgangslage 506
1. Die Leitnormen des Bundes 506
2. Die praktische Aufgabe 507
II. Bemerkungen zum Gesetzesentwurf 508
1. Gerichtsstandsbestimmungen (Art. 2–11) 508
2. Zu andern Titeln des Entwurfs 511

A.

Zuständigkeiten des Bundesgesetzgebers im Bereiche des Zivilprozeßrechts im allgemeinen

In erster Linie wird die abstrakte Frage gestellt, welches gemäß der geltenden Verfassung die Zuständigkeiten des Bundesgesetzgebers im Bereiche des Zivilprozeßrechts seien. Die Frage richtet sich nicht darauf, was die Kompetenz des Bundes zum Erlaß zivilprozessualer Bestimmungen da ausmache, wo er durch eigene Gerichte Zivilgerichtsbarkeit ausübt (Art. 110 und 114 BV). Vielmehr ist die Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen dem Bund und den Kantonen angesichts des Art. 64 Abs. 3 BV, allenfalls auch der Art. 58, 59 und 61 BV, aufgeworfen. Ob allerdings Art. 114 BV und seine Ausführungsgesetzgebung eine gewisse Bedeutung auch für Inhalt und Umfang des Art. 64 Abs. 3 BV erlangen können, wird noch zu erörtern sein. Alle diese Fragen sind im vorliegenden Zusammenhang für den Gesetzgeber gestellt, der zivilprozessuales Bundesrecht erlassen möchte, nicht aber für den Richter, der Verfassungs- oder ausführendes Gesetzesrecht im Hinblick auf die Kompetenzabgrenzung auszulegen hat. Jene Eingrenzung erlaubt im folgenden eine vereinfachende Erörterung, die bei richterlichen Auslegungen teilweise der Differenzierung bedürftig wäre.

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

1. Der Text[1]

Da die Bundesverfassung von 1848 dem Bund keine Zuständigkeit zum Erlaß von materiellem Zivilrecht gab, bestand kein Anlaß, zu bestimmen, wer das Zivilprozeßrecht ordnen und handhaben sollte. Mit der Bundesverfassung von

[1] Zusammenfassend: Walther Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931, S. 582f.

1874 erlangte der Bund die Kompetenz, in begrenztem Umfang Zivilrecht zu setzen (Art. 64 Abs. 1). Zugleich wurde festgelegt: «Die Rechtsprechung selbst verbleibt den Kantonen, mit Vorbehalt der dem Bundesgerichte eingeräumten Kompetenzen» (Art. 64 Abs. 2). Die Erweiterungen der Bundeskompetenzen durch Verfassungsänderungen von 1887 und 1905 (Erfindungsschutz) betrafen nur die materiell-rechtlichen Belange (Abs. 1 des Art. 64). Als jedoch die Verfassungsrevision von 1898 dem Bund die Gesetzgebung auf dem ganzen Gebiet des Zivilrechts übertrug (Art. 64, rev. Abs. 2 BV), wurde die Bestimmung hinsichtlich der Rechtspflege neu gefaßt (neuer Abs. 3 des Art. 64): «Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie bis anhin, den Kantonen». Seit 1898 ist Art. 64 Abs. 3 BV unverändert geblieben. Gegenstand der heutigen Auslegung ist Absatz 3 in der revidierten Fassung.

2. Die Staatspraxis

Trotz den beiden Normierungen von 1874 und 1898 hat der Bund in seiner Gesetzgebung Bestimmungen zivilprozessualer und gerichtsorganisatorischer Natur aufgestellt, die auf das kantonale Zivilprozeßrecht einwirken, indem sie es festlegen, ergänzen oder verdrängen. Übersichten bieten SCHURTER/FRITZSCHE und GULDENER[2]. Die betreffenden Erlasse stammen zu einem kleineren Teil aus der Zeit zwischen 1874 und 1898, zum größeren Teil aus dem 20. Jahrhundert[3]. Neben die Gesetzgebung traten richterliche Akte

---

[2] SCHURTER/FRITZSCHE, Das Zivilprozeßrecht der Schweiz, I, Zürich 1924, S. 421 ff., 475 ff.; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Zürich 1958, S. 57 ff.; JOSEPH VOYAME, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR 80, 1961, II, S. 67 ff., S. 76 ff.

[3] Ein Gesetz mit zivilprozessualem Gehalt stammt aus der Zeit vor 1874: BG betreffend den Gerichtsstand für Zivilklagen, welche von dem Bunde oder gegen denselben angehoben werden, vom

des Bundes mit prozessualen Einwirkungen auf die Kantone[4]. Die Praxis hat die Befugnis des Bundes, dergestalt auf den kantonalen Ordnungsbereich überzugreifen, ohne große Bedenken bejaht. Zweifel machten sich jeweilen bloß bei der Frage nach dem Umfang der Bundesregelung geltend. Der Grundsatz selbst, daß der Bund prozessuale Bestimmungen zulasten der Kantone aufstellen dürfe, blieb praktisch unangefochten[5].

3. Die Doktrin

a) Die Staatspraxis fand Unterstützung in einer einhelligen Doktrin. Ihre Begründungen sind recht gleichförmig, vornehmlich durch folgende Argumente: Im Interesse der Verwirklichung des materiellen Bundesrechts sei der Bund genötigt, zivilprozessuale Vorschriften aufzustellen. Materielles Recht (des Bundes) und Zivilprozeßrecht (der Kantone) müßten ein harmonisches Ganzes bilden, was den Bund verhalte, für die Konkordanz zu sorgen. Wenn schon materielles Bundesrecht aufgerichtet werde, müsse es einheitlich und gleichmäßig angewendet werden. Soweit dafür

---

20. November 1850 (BS *3*, 649ff.). Der Mangel an geschriebener Verfassungsgrundlage wurde durch den Ingreß überbrückt: «Die Bundesversammlung ... in der Absicht, die Kompetenz der Gerichte bei Zivilklagen für und gegen den Bund zu bestimmen ... beschließt», was die Konstruktion einer *implied power praeter constitutionem normatam* nahelegt.

[4] Vgl. Joseph Voyame, a.a.O., S. 90ff.

[5] Zum Beispiel beim Erlaß des ZGB: vgl. die Nachweise bei Max Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht, ZSR 80, 1961, II, S. 6 Anm. 10. Vgl. auch Max Kummer, Berner Kommentar, Einleitungsband, N 48 zu Art. 8 ZGB: «Vereinheitlichung des materiellen Rechts erfordert auch Einheitlichkeit seiner Anwendung, weswegen der Bundesgesetzgeber mancherorts eingreift, wo unzweifelbar Verfahrensrecht vorliegt (z. B. Gerichtsstandsbestimmungen) und weswegen ja auch die Praxis vieles, was systematisch nicht oder nicht eindeutig dem materiellen Recht angehört, dem Bundesprivatrecht zuteilt (z. B. ... materielle Rechtskraft; ... Klageanhebung; ... prozessuale Behandlung der Verrechnung usw.)».

einheitliches Zivilprozeßrecht maßgebend sei, habe der Bund es sicherzustellen. Dem Bürger dürften keine Nachteile daraus erwachsen, daß eine Vielheit von Prozeßordnungen für die Verwirklichung des einen materiellen Rechts eingesetzt seien. Die Einwirkungen des Bundes entsprängen einmal daraus, daß er durch eine eigene Gerichtsbarkeit über die Durchsetzung des materiellen Bundesrechts wache und hiefür bereits in bestimmten Punkten auf vorausgehende kantonale Verfahren Einfluß nehmen müsse; ungeachtet dieser Sonderheit seien die kantonalen Verfahren durch Bundesrecht an entscheidenden Stellen zu lenken.

b) Mit dieser vornehmlich aus dem Zusammenhang der Gesamtrechtsordnung, der Gleichförmigkeit und der Rechtssicherheit (Rechtskonstanz und Rechtsgewißheit) hergeleiteten Notwendigkeit wird die Einwirkung auf die Kantone rechtspolitisch gerechtfertigt, aber im Sinne der Rechtsquellenlehre noch nicht eo ipso begründet. Der Rechtsgrund im geltenden Recht wird denn vornehmlich teils in einer selbständigen oder unselbständigen stillschweigenden Bundeskompetenz (implied power) erblickt[6], teils durch Verfassungsinterpretation unmittelbar aus Art. 64 BV entnommen[7]. Dabei wird meistens in dem Sinne argumentiert, daß der Bund die ihm notwendig erscheinenden prozessualen Normen als Bundesprivatrecht erlasse, als ob es materielle Normen wären, was aber angesichts der wirklichen Natur der Normen bloß «Bundesprivatrecht im formellen Sinne» abgebe. Indessen ließe sich ohne diese Künstelei die

---

[6] Weitgehend als selbständige: Marcel Bridel, Précis de droit constitutionnel et public suisse, I, Lausanne 1965, S. 163; als unselbständige, im Schluß von dem im geschriebenen Recht gesetzten Zweck auf das zugehörige Mittel: Z. Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 79; K. P. Froesch, Ausdrückliche und stillschweigende Kompetenzverteilung im Bundesstaat, Diss. Zürich 1955, S. 271 ff.

[7] Walther Burckhardt, Kommentar, S. 589; Hans Georg Lüchinger, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 1954, S. 133.

rechtliche Begründung unmittelbar auch in Art. 64 Abs. 3 BV suchen, indem angenommen würde, Absatz 3 gebe gemäß dem Wortlaut vorerst den Kantonen Zuständigkeiten im Prozeßbereich, limitiere diese aber auch gleichzeitig und gewähre für den «restlichen Bereich» dem Bund die erforderlichen Befugnisse für prozessuale Bestimmungen. Absatz 3 wäre so sachliche Kompetenznorm für Kantone und Bund und gleichzeitig auch Abgrenzungsnorm für die beiden Zuständigkeiten der beiden Gemeinwesen. Soweit der Bund im Hinblick auf sein Rechtsmittelrecht auf das kantonale Prozeßrecht einwirkt, muß die verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 114, teilweise noch in Art. 110 BV gesucht werden. Schließlich könnten auch heute schon Art. 58, 59 und 61 BV als Kompetenznormen bundesrechtlicher Regelung verstanden werden, obwohl dies selten geschieht.

c) In einer Einmütigkeit, die angesichts der verschiedenartigen Auffassungen in bezug auf Staat, Verfassung, Auslegung und Norm erstaunen mag, wird dem Bund in Praxis und Doktrin die Kompetenz zugesprochen, mit zivilprozessualen Einwirkungen auf die Kantone aufzuwarten. Von diesen interessieren im vorliegenden Zusammenhang, wo es um die Klärung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes geht, diejenigen, die vom Gesetzgeber ausgehen; soweit sie dem Richterrecht entspringen, können sie weitgehend außer acht bleiben. Indessen erstreckt sich jene Einmütigkeit bloß auf die – allerdings kapitalen – Fragen, ob überhaupt eingewirkt werden dürfe und ob die rechtliche Grundlage in der normativen Verfassung dafür gegeben sei. Hingegen ist offen – nicht infolge widersprechender Auffassungen, sondern mangels bisheriger Aktualität –, wie weit diese Befugnis des Bundes gehe, welchen Umfang sie habe.

Die Antwort kann durch Interpretation vornehmlich des Art. 64 Abs. 3 BV gesucht werden. Bevor darauf eingegangen wird, ist jedoch noch die Vorfrage zu erörtern, wie Interpretation vorzunehmen sei.

II. Zur Situation der Auslegungslehre im Gebiete des Verfassungsrechts

Es läge logisch und sachlich nahe, sich vorweg auf die Prüfung einzulassen, in welcher Lage sich die Auslegungslehre und insbesondere die Problematik ihrer Methoden im Gebiete des Verfassungsrechts befinden. Denn um eine interpretierende Deutung im Verfassungsrecht als richtig hinnehmen zu können, sollte sie sich darüber ausweisen, daß sie wissenschaftlich einwandfrei gewonnen worden ist, nach üblicher Umschreibung also «methodisch». Über die «Methoden» der Verfassungsinterpretation herrscht jedoch verbreitete Unsicherheit, wohl noch größere als in andern Rechtsgebieten. Also sollte man zuerst hier einigermaßen sicheren Boden schaffen.

Allein, die wissenschaftliche Diskussion erstreckt sich heute vom einen Pol, wo die Frage nach allgemeingültigen Methoden und Prinzipien in der Verfassungsinterpretation als – zumindest gegenwärtig – unbeantwortbar hingestellt wird[8], bis zum andern Pol, wo schlicht und vereinfacht die Rückkehr zu Savignys juristischer Vier-Elemente-Gesetzesauslegung (grammatische, logische, historische und systematische) gefordert wird[9]. Zwischen derartigen Extremlagen eine «geltende» oder «anerkannte» Position auszumachen, wird schwerlich gelingen. Für ein Gutachten muß es denn unter den gegenwärtigen Umständen genügen, drei Hinweise anzubringen.

a) Eine starke, traditional gerichtete Strömung bemüht sich, die Verfassungsinterpretation nach den Methoden der übrigen Rechtsgebiete vorzunehmen und so gut als möglich

---

[8] Eine kluge und eindrückliche Zusammenstellung dieser Sicht mit Gültigkeit fast für das ganze Verfassungsgebiet bei Christian Graf von Pestalozza, Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Staat 2 (1963) S. 425 ff.

[9] Vorab: Ernst Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961, insbes. S. 39 f.

den Weg zu beschreiten, wie er etwa von ARTHUR MEIER-HAYOZ im Berner Kommentar zum ZGB geschildert worden ist[10]. Zwar an SAVIGNY angelehnt, wird hier in einer fortführenden, die neuere Rechtslehre nutzenden Fragestellung nach dem objektiven Sinn der gegebenen Norm geforscht, indem vier bis fünf Elemente (Faktoren) durchlaufen werden: grammatisches, logisch-systematisches, teleologisches, soziologisches und historisches. In welchem Verhältnis diese Teilakte zueinander stehen, wird allgemein offen gelassen und der Abwägung anheimgestellt[11]. Als «Hilfsmittel» sodann dienen Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte, Revisionsentwürfe, Natur der Sache und allgemeine Rechtsgrundsätze. Den objektiven und nicht den subjektiven Sinn einer Norm zu ermitteln, ist auch vorwiegend das Auslegungsziel der Verfassungsgerichte[12]. Dabei sind die theoretisch sehr deutlich aufweisbaren Grenzen zwischen «entstehungszeitlichen» und «geltungszeitlichen» Erfassungen des objektiven Sinns in der praktischen Handhabung oft unscharf und bedürfen in casu keiner weiteren Verfolgung. In einer berühmt gewordenen Entscheidung vom 17. Mai 1960 hat sich das deutsche Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf GUSTAV RADBRUCH zur objektiven Ausrich-

---

[10] ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, N 140 ff. zu Art. 1 ZGB.

[11] ARTHUR MEIER-HAYOZ, N 181 zu Art. 1 ZGB. Für eine begrenzt festgelegte Reihenfolge im «Methodensynkretismus» zumindest des öffentlichen Rechts: HANS J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München und Berlin 1965, S. 127 (mit einer Erweiterung der Faktoren z. B. gegenüber ARTHUR MEIER-HAYOZ oder KARL ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1956, S. 76 ff.). «Die größte Adäquatheit einer Methode ergibt sich aus den Erfordernissen des betreffenden Falles»: CHRISTIAN GRAF VON PESTALOZZA, a.a.O., S. 433.

[12] Vgl. PETER SCHNEIDER, Zur Verfassungsauslegung der staatsrechtlichen Kammer des Schweizerischen Bundesgerichtes, ZBl. 64, 1963, S. 313 ff. Die Hinwendung zu einer subjektiv-historischen Auslegung, die HANS GEORG LÜCHINGER, a.a.O. empfiehlt, ist nicht vorgenommen worden.

tung bekannt und erklärt: «Diesem Auslegungsziel dienen die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung). Um den objektiven Willen des Gesetzgebers zu erfassen, sind alle diese Auslegungsmethoden erlaubt» (BVerGE 11, 130).

Daß mit diesen Methoden für die Verfassungsauslegung Fragwürdigkeiten aufbrechen, ist offensichtlich, und der Freiburger Staatsrechtslehrer Konrad Hesse hat sie kürzlich wieder zusammengestellt[13]. Namentlich fehlt den gegebenen Verfassungsnormen wesensgemäß oft die Entscheidung für einen bestimmten Gehalt und für einen eindeutigen Maßstab; sie können in diesen Fällen nicht Träger eines gegebenen, nun durch «Verstehen» objektiv festzustellenden Sinnes sein. «Verfassungsauslegung» ist – nicht immer, aber doch häufig – nicht interpretative Sinnermittlung, sondern kreative Sinngebung oder spezifische «Konkretisierung»[14], was bedeutet, daß kein real existierendes Auslegungsziel in der Norm vorhanden ist, auf «das hin» ausgelegt werden könnte[15]. Aber auch die einzelnen Faktoren des Auslegungsverfahrens sind von Ungewißheiten und Widersprüchen durchzogen[16]; vor allem ist das heute hervorstechende teleologische («legislativ-politische») Element immer mit dem Risiko verknüpft, daß der (gutgläubige wie der schlaue)

---

[13] Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1967, S. 23 ff.

[14] Darauf hat immer wieder Hans Huber aufmerksam gemacht, z. B. in: Die Verfassungsbeschwerde, Karlsruhe 1954, S. 18 f.; Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in ZBJV 91bis, 1955, S. 107, 109 ff. Vgl. auch Richard Bäumlin, Recht, Staat und Geschichte, Zürich 1961, S. 26 ff., 30 f.

[15] «Woraufhin hat Rechtsauslegung zu geschehen» stellt die Grundfrage juristischer Hermeneutik dar: Peter Schneider, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20, 1963, S. 1, 32.

[16] Vgl. Konrad Hesse, a.a.O., S. 24.

Interpret Zwecke und Werte aus seinen zufälligen Bedürfnissen des Augenblicks heraus der Norm unterschiebt und als ratio legis ausgibt, womit eine Ausrichtung auf den «objektiven» Sinn verfehlt werden kann.

b) Den Mängeln, die den traditional ausgerichteten Methoden anhaften, sucht eine neuere Richtung durch eine «Hinwendung zu sach- und problemgebundener Auslegung» (Konrad Hesse) zu entgehen. In irgendeiner Weise und mehr oder weniger den Denkformen der «modernen» Topik verhaftet, sucht sie problembezogene, vom «Fall» bestimmte «Gesichtspunkte» für die aufgegebene Konkretisierung, und in «Prinzipien der Verfassungsinterpretation» erwartet sie Hilfsmittel, die als Maßstäbe oder Richtpunkte für eine «richtige» Problemlösung zu dienen geeignet sind. Als derartige materiell-rechtliche oder funktionell-rechtliche Prinzipien werden etwa genannt: die Einheit der Verfassung (insbesondere die Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Verfassung), die Harmonisierung oder Konkordanz (als Geltenlassen aller Rechtsgüter in der Verfassungsordnung nach einer Verhältnismäßigkeitsmaxime), die integrierende Wirkung (als Ausrichtung der Auslegung auf die Herstellung und Erhaltung der staatlichen Einheit)[17].

Wie auch immer die Schattierungen dieser erst noch tastenden Bewegungen sich ausnehmen, so ist zur Zeit zweierlei zu bemerken: Einmal sind sowohl die sachrichtige Umkreisung der relevanten Problemlage, als auch die zureichende Auslese und inhaltliche Bestimmung der Prinzi-

---

[17] Zusammenfassend: Konrad Hesse, a.a.O., S. 27 ff., womit insbesondere das fortgeführt und entwickelt wird, was vor allem Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20, 1963, S. 53 ff. in die verfassungswissenschaftliche Diskussion geworfen hat. Zur Topik im Bereich der Rechtswissenschaft u. a. Richard Bäumlin, a.a.O., S. 27 f. Eine beachtliche, differenzierende Weiterführung «reiner» Topik (im Sinne von Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 3. Aufl., 1965) zu einer «topischen Hermeneutik» jetzt durch Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966, insbes. S. 68 ff.

pien in der konkreten Auslegungsaufgabe kritisch und beim heutigen Stand der Diskussion noch wenig gefestigt[18]. Sodann wird eine Brücke zu den «herkömmlichen Auslegungsmethoden» (oben a) dadurch geschlagen, daß diese als Interpretationsgesichtspunkte anerkannt werden[19].

c) Damit dürfte auch das Feld einigermaßen angedeutet sein, innerhalb dessen heute eine Normdeutung versucht werden kann: Man wird sich bei der Verfassungsinterpretation den traditionalen Methoden nicht verschließen, sie aber auch nicht isolieren und verabsolutieren. Gesichtspunkten und Prinzipien jedoch, wie die topische Hermeneutik sie einzubringen sucht, sind nicht nur speziell in den von Arthur Meier-Hayoz so genannten «Hilfsmitteln der Auslegung» teilweise bereits vorhanden, sondern auch in der Auslegungspraxis der Bundesbehörden offensichtlich in Gebrauch. Vor allem trägt die Praxis den Verschiedenheiten der Normstrukturen in der Bundesverfassung, ihrer spezifischen «Systematik» und ihren verschiedenartigen Wertgesichtspunkten doch immer wieder Rechnung. Freilich wird dies in den sinndeutenden Erwägungen meistens nicht oder wenig bewußt gemacht. Darin aber beruht das vorherrschende Anliegen der Auslegungslehre: Möglichst ohne Selbsttäuschungen sich der Voraussetzungen, von denen ausgegangen wird, zu vergewissern, die maßgebenden Gesichtspunkte und richtungweisenden Prinzipien zu ermitteln

---

[18] Bezeichnend etwa die Kritik, welche die von Horst Ehmke, a.a.O., S. 81 ff., genannten Prinzipien und das hierfür geforderte «Vor-Verständnis» gefunden haben bei Gerhard Leibholz und Ernst Friesenhahn (Voten in VVDStRL 20, 1963, S 117 ff. und 121 f.).

[19] Mit einem anscheinend negativen Unterton bei Horst Ehmke (These 2 d, a.a.O., S. 99), der sie «verabsolutierte partielle Interpretationsgesichtspunkte» nennt, mit einer positiven Akzeptation bei Friedrich Müller, a.a.O., S. 74: Die Auslegungsregeln «wirken nicht als formallogisch funktionierende Fremdkörper im Zusammenhang topischer Hermeneutik; vielmehr sind sie ... abkürzende Bezeichnungen für bestimmte Untersuchungsrichtungen, für bestimmte Typen sachlicher Gesichtspunkte».

und zu nennen, die Begrenztheit des eigenen Vermögens und die bloße Annäherung an das Richtige im Resultat einzugestehen. Mit andern Worten: die ratio decidendi ist von der Verschleierung durch angeblich festgefügte und «sichere» Methoden zu befreien, im Für und Wider einer erhellenden Begründung sichtbar und rational nachvollziehbar zu machen. Die Methodik ist vorhanden, und der Forderung methodischer Deutung ist Genüge getan, wenn die erforderlichen Wertungen und Entscheidungsmomente, die jeder Auslegung, insbesondere aber der Verfassungskonkretisierung inhärent sind, offen zutage treten[20]. Mit derartigen Umschreibungen aber steht die Interpretationslehre im Bereiche der Verfassung wieder ungefähr da, wo WALTHER BURCKHARDT sie bereits hingeführt gehabt hat. Er ging immer wieder aus von der Frage, was mit der auszulegenden Norm vernünftigerweise gemeint sein müsse, und die Antwort fand er in Wertungen von vielerlei, als relevant signalisierten Gesichtspunkten mit dem Ziel, aus der Norm das «zu machen, ... was dem Richtigen am nächsten kommt»[21]. Ob und inwieweit dies in concreto jeweilen gelingt, ist in der nachvollziehbaren Argumentation zu suchen. Damit ist auch der Zugang für eine zurückhaltend-kritische «geisteswissenschaftliche Methode» im Sinne vorab von RUDOLF SMEND und seinen Schülern offengelassen, womit – freilich vornehmlich bei den Grundrechten – auf Werte zurückgegriffen wird, die die Verfassungsnorm erfüllen.

---

[20] Vgl. auch FRIEDRICH MÜLLER, a.a.O., S. 74: «Eine Jurisprudenz ohne Wertung und Entscheidung wäre weder praktisch noch überhaupt real. Die Forderung nach Objektivität meint nicht das Beseitigen, sondern das Offenlegen erforderlicher Wertungen».

[21] WALTHER BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 276 ff., und in der praktischen Handhabung: fortlaufend im Kommentar. Die Interpretationsprinzipien der «integrierenden Wirkung», der «Einheit der Verfassung», der «praktischen Konkordanz» (Harmonisierung), der «funktionellen Richtigkeit» und selbst der «normativen Kraft der Verfassung» (alles nach Konrad Hesse), sind bei Walther Burckhardt unverkennbar aktualisiert. Ähnliches ließe sich auch bei HANS HUBER nachweisen.

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

Wenn der Bundesgesetzgeber sich streng und isoliert an den Wortlaut des Art. 64 Abs. 3 BV heften und der Beifügung: «wie bis anhin» keine Bedeutung zurechnen wollte, könnte er die Bestimmung so verstehen, daß sie lediglich auf die Funktion, nicht auf die Einrichtung (vorab organisierende und installierende Gesetzgebung) gehe. Den Kantonen verbliebe also, die funktionalisierende Organisation der Gerichte (durch Bestellung der Organwalter, Ausstattung mit sächlichen und finanziellen Mitteln) zu verwirklichen, die gerichtlichen Verfahren tatsächlich abzuwandeln, das Judizieren (Urteilen) faktisch vorzunehmen. Ein solches Verständnis, das in Absatz 3 lediglich Auftrag und Vorbehalt des richterlichen Vollzugs sieht, wäre nicht sinnlos. Es läge gegenteils in einem Zug der Folgerichtigkeit: Wenn schon das materielle Recht mit dem Prozeßrecht so eng verflochten ist, wie die Doktrin annimmt (vgl. oben A/I/3 und unten A/III/4, 5), und wenn jenes Recht durch den Bund erlassen werden darf, so sollte auch dieses konsequenterweise in der Hand des Bundes liegen. Den Kantonen stände dann immer noch das zu, was ihnen in vielen Gebieten des Bundesverwaltungsrechts auch überlassen ist[22]: die faktische Durchführung. Der «funktionale Föderalismus» käme doch noch zum Tragen.

Allein, eine solche Deutung verbietet sich vornehmlich daraus, daß der Bestimmung weder zur Zeit ihrer Entstehung noch im Laufe ihrer Geltung dieser Sinn zugeschrieben worden ist. Gemeint war unbestrittenermaßen auch je die

---

[22] Wobei freilich Verfahren und Verfahrensmaximen eine untergeordnete Rolle spielen und der Bund die kantonalen Verwaltungswege oft sich selbst überlassen kann, auch wo aus der Sache heraus ein Bundesinteresse an sicherer Verfahrensweise besteht.

kantonale Gesetzgebung über Organisation und Verfahren, während das funktionelle Moment im Begriff der Rechtsprechung zum Ausdruck gebracht wird. Daran wurde nie gerüttelt. Auch als große Blöcke neuen Zivilrechts erlassen und in Kraft gesetzt wurden (1907/1911/1912/1936/1937) und die Problematik kantonalen Verfahrensrechts im Bewußtsein stand, wurde keine andere Deutung angestrengt oder eingeleitet. Aber auch in der Zwischenzeit sind keine derartigen Konfliktslagen oder Unzulänglichkeiten beim bisherigen Normverständnis entstanden, daß daraus eine allmähliche Transformation der wegleitenden und den Sinngehalt tragenden Gedanken angenommen werden dürfte. Man kann deshalb nicht sagen, veränderte Normsituationen oder veränderte Verfassungsverständnisse hätten einen Verfassungswandel herbeigeführt, kraft dessen die Norm und die realisierte Verfassung ihren Gehalt verändert hätte.

Es muß offensichtlich dabei bleiben, daß die Kantone gemäß Art. 64 Abs. 3 BV zur eigenständigen Gesetzgebung auf dem Gebiete der Gerichtsorganisation und des Verfahrensrechts befugt sind.

2. Die Beifügung «wie bis anhin»

Daß eine Gesetzgebungsbefugnis der Kantone gemeint ist, läßt sich auch aus der sonderbaren Beifügung «wie bis anhin» («dans la même mesure que par le passé») entnehmen. «Bis anhin», das heißt bis zur Verfassungsrevision von 1898, war den Kantonen jene Gesetzgebung grundsätzlich zugestanden; so sollte es weitergelten. Das ist unbestritten objektiver Normgehalt.

Nun ist aber auch versucht worden, den Umfang kantonaler Zuständigkeit bzw. eidgenössischer Einwirkungen auf die kantonale Prozeßgesetzgebung nach diesem «bis anhin» zu bemessen. a. Bundesrichter Adolf Ziegler hat die Auffassung vertreten, die Beifügung könne «nur historisch genommen werden und (sei) moderneren Auslegungsmethoden nicht zugänglich, die (sie) ins Gegenteil verkehren

könnten». Sie verbiete in der Abgrenzung von Bundes- und kantonalen Kompetenzen im Bereiche des Zivilprozeßrechts, «etwas ganz Anderes, Neues, bis anhin nie Dagewesenes» dem Bunde zuzuweisen, was beispielsweise der Fall wäre, wenn dieser sich des Beweisrechtes bemächtigte[23].

Die Beifügung «wie bis anhin» kann indessen nicht diese einengende Bedeutung haben. Sie legt keine umfangmäßige Bindung des Bundesgesetzgebers fest und bildet keine Fixierung der Ausscheidung bzw. der Grenzziehung auf dem Stand vor und gerade bis 1898. Das erhellt einmal aus den für die Klärung der ungewohnten Wendung mit Grund beigezogenen Materialien. SCHURTER/FRITZSCHE entnehmen daraus, insbesondere aus dem Votum des Berichterstatters im Nationalrat, KURZ, daß «wie bis anhin» den 1898 weggefallenen Vorbehalt der Bundesgerichtsbarkeit (alt Abs. 2) ersetzen, zugleich aber auch aussprechen sollte, daß «die in der damaligen Bundesgesetzgebung bereits vielfach verwirklichte Möglichkeit bundesstaatlicher Eingriffe in die den Kantonen dem Grundsatz nach gewährleistete Autonomie» aufrechterhalten bleiben sollte[24]. Aber auch aus dem Gesamtzusammenhang heraus wäre eine Einengung nicht verständlich. 1898 wurde dem Bund die Türe in das ganze Zivilrecht geöffnet. Waren schon unter den früheren bescheideneren materiell-rechtlichen Zuständigkeiten Einwirkungen nötig und zugelassen, so lag auf der Hand, daß die Bedürfnisse unter dem wesentlich erweiterten und komplexeren neuen Bundesrecht sich mehren, vielleicht aber auch qualitativ sich ändern mochten. Wie schon der historische Gesetzgeber

---

[23] Votum von a. Bundesrichter ADOLF ZIEGLER in ZSR 80, 1961 II, S. 429 ff. Die Entgegnung von JOSEPH VOYAME, ebenda, S. 443.

[24] SCHURTER/FRITZSCHE, a.a.O., S. 421, ferner 475, 480 (insbes. Anm. 693). Beachtlich sind insbesondere die jeden Zweifel über den gewollten Sinn ausschließenden Worte des Berichterstatters KURZ, wonach 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».

dies nicht übersehen hatte, so kann es auch dem objektiven Sinn der Norm nicht fernstehen. Es bleibt zu bedenken, daß eine Verfassung, die zwischen dem materiellen und dem Verfahrensrecht einen Schnitt zu ziehen und die zusammengehörige Ordnung zwei getrennten Gesetzgebungen zu überantworten wagt, um der ihr aufgetragenen Rechtsverwirklichungen willen vernünftigerweise nicht Hindernisse für zusammenfügende und übergreifende Normen konstruieren wird. Insbesondere wäre nicht zu rechtfertigen, nicht zu «anderen, neuen, bisher nicht dagewesenen» Verbindungen übergehen zu dürfen, wenn die weiteren Voraussetzungen (vgl. unten Ziff. 4) vorlägen; denn die einmal zugelassenen Übergriffe könnten sich mit der Zeit als entbehrlich, neue hingegen als erforderlich erweisen. Erzwungene Fixierungen auf einem augenblicklichen Stand würden das Risiko unbegründeter Beengungen der Kantone oder unnötiger Erschwerungen der Rechtsverwirklichung hervorrufen. Wenn deshalb der Verfassungsgeber die zulässigen Einwirkungen wie in der Bundesverfassung nicht nennt oder zumindest in Richtlinien substantiell nicht festlegt, wird er auch Freiheit lassen, je das vorzukehren, was der hier wegleitenden Verfassungsintention entspricht, nämlich die Zivilrechtsordnung verwirklichen zu lassen.

3. Die «in-dubio»-Auslegung

Die Einwirkungen des Bundes von vorneherein auf einem Minimum zu halten, wird von denjenigen Auffassungen gefordert, die eine apriorische Präponderanz der Kantone gegenüber dem Bund entweder unmittelbar aus Art. 3 BV oder aus dem föderativen Prinzip als einer «verfassungsgestaltenden Grundentscheidung»[25] behaupten. Was dieses Minimum bilde, muß freilich auch durch Wertung gewonnen werden, die jedoch in allen «Zweifels»-Lagen zugunsten der Kantone

---

[25] Im Sinne von HANS J. WOLFF, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33 ff.

ausfallen sollen. Diese «in-dubio»-Auslegungen sind scheinbare Interpretationshilfen, scheitern aber in einer unbefangenen Konkretisierung. Darüber hinaus mißachten sie die Grundregel, daß es um die «richtige» Grenzziehung geht, wo Bund und Kantonen je das zuzuscheiden ist, was der Sinn des Regelungsgegenstandes, das Zivilrecht im Gefüge des Verfassungsrechts erheischt. Für ein «dubium» im Sinne einer privilegierenden Präsumption bleibt kein Raum[26].

4. Die Grenzziehung in abstrakten Umschreibungen

Der Bundesgesetzgeber darf – dies mag als unbestrittener Ansatzpunkt nochmals herausgestellt werden – durch eigene Normierungen auf die kantonale Ordnung im Organisations- und Verfahrensrecht einwirken. Im Bilde gesprochen, ist es eine Grenzziehung im Normbereich des Art. 64 Abs. 3 BV, zwischen dem, was den Kantonen zugeschieden ist, und dem, was der Bund sich herausnehmen darf. Hier erhebt sich jedoch die Frage, ob der Bundesgesetzgeber diese Grenze frei festlegen könne oder ob ihn das Verfassungsrecht binde.

Daß in der Wirklichkeit der Bundesgesetzgeber sanktionslos frei legiferieren, daß er also mit Verbindlichkeitseffekt «nach Belieben» mit bundesrechtlichen Vorschriften im Gebiete des Zivilprozeßrechts auftreten könnte, weil gemäß Art. 113 Abs. 3 BV seine Erlasse unantastbar sind, ist in jener Frage selbstverständlich außer acht gelassen; in Betracht steht, wie weit er richtigerweise zu Regelungen befugt sei.

a) Die Eigenart der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen in Art. 64 BV, wo weder ein Sachgegenstand noch ein rechtspolitisches Ziel ausdrücklich genannt ist, vielmehr durch den «objektlosen» Begriff Zivilrecht dem Bund eine Legiferierungskompetenz zugeschieden wird, hat

---

[26] Vgl. Z. Giacometti, a.a.O., S. 81. Für eine «in-dubio-pro-Kantone»-Auslegung: Schollenberger, Fleiner, Ruck, Lüchinger; dagegen: Burckhardt, Giacometti, Lampert.

die bekannte Folge, daß der Bundesgesetzgeber in seinem Rechtssetzungsakt uno actu die materielle und die Kompetenzfrage entscheidet, zugleich aber auch sagt, was überhaupt Zivilrecht sei[27]. Daraus ist gelegentlich der Schluß gezogen worden, dem Bund stehe zu, beliebige Rechtssätze zum «Bestandteil des Bundesprivatrechts zu erheben», ohne sich einer Rechtsverletzung schuldig zu machen[28]. Das ist in dieser einseitigen Formulierung nicht zutreffend, jedenfalls da, wo Prozeßrecht in Frage steht. Aus Art. 64 Abs. 3 BV ergibt sich vielmehr, daß den Kantonen Gegenstände des Gerichtsorganisations- und des Verfahrensrechts verbleiben müssen. «Etwas» ist ihnen zu belassen. Es ginge nicht an, unter Berufung auf die Sachzusammenhänge zwischen materiellem und Verfahrensrecht die kantonale Zuständigkeit faktisch zu entleeren. Der Bund hat also keine freie Verfügbarkeit, und zwar eben auch dann nicht, wenn es noch so sinnvoll erschiene, alle oder die meisten prozessualen Regeln von ihm ausgehen zu lassen[29]. Art. 64 Abs. 3 BV gibt den Kantonen eine Art von «Substanzgarantie». Die Bestimmung darf nicht bis zur «Leerformel» ausgelaugt werden[30]. Was den unangreifbaren

---

[27] Vgl. Walther Burckhardt, Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, ZBJV 68, 1932, S. 305 ff.; Hans Huber, Berner Kommentar, Einleitungsband, N 7, 40, 105 ff. zu Art. 6 ZGB.

[28] Vgl. Schurter/Fritzsche, a.a.O., S. 424. Zum sog. Bundeszivilrecht im formellen Sinne als Normen von öffentlich-rechtlicher Struktur, die zur «vernünftigen Vereinheitlichung» des Bundeszivilrechts dem kodifizierten Bundesrecht einverleibt werden (z. B. im Register- und Vormundschaftsrecht) vgl. Hans Huber, a.a.O., N 106 und 107 zu Art. 6 ZGB.

[29] Sei es durch eine Inkorporation der Verfahrensbestimmung im materiellen Bundesrecht, sei es durch selbständige prozessuale Rechtserlasse. Die Form der Einkleidung ist belanglos. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Möglichkeit gemischter Normen hinzuweisen, die materielles und formelles Recht in sich bergen. Vgl. dazu auch Schurter/Fritzsche, a.a.O., S. 477.

[30] Die allgemeine Feststellung von Raetus Mutzner, Bundeszivilrecht und kantonales öffentliches Recht, Diss. Zürich 1939,

Kern ausmacht, was alles unerläßlich dazu gehört, ist hier nicht zu untersuchen; denn es ist unbestritten, den Kantonen, wenn es beim heute geltenden Verfassungsrecht bleibt, eine substantielle Hoheit zur Ordnung des Zivilprozesses anvertraut zu lassen. Das bedeutet, daß die jetzt gestellte Frage sich lediglich auf jenes Grenzband bezieht, das sich zwischen der Zuständigkeit des Bundes zum Erlaß des materiellen Zivilrechts (Art. 64 Abs. 1 und 2 BV) auf der einen Seite und der Zuständigkeit der Kantone zum Gerichtsorganisations- und Verfahrensrecht (Art. 64 Abs. 3 BV) auf der andern Seite erstreckt. Es ist – wieder räumlich und deswegen nicht voll zutreffend gesprochen – darnach gefragt, wieweit das materielle Recht die Fähigkeit habe, die in Art. 64 Abs. 3 BV den Kantonen grundsätzlich zugedachte Zuständigkeit einzuengen, gleichsam in Absatz 3 einzubrechen und ihm interpretatorisch eine Bundeszuständigkeit zu Organisations- und Verfahrensrecht entgegenzusetzen.

b) Dieses Grenzband allgemein abzustecken ist Sache des Verfassungsrechts. Innerhalb des Grenzbands selbst die verschlungene Grenzlinie in concreto auszumachen, ist einer Abklärung überantwortet, an der sich vornehmlich die Vertreter des Privatrechts und des Prozeßrechts zu beteiligen haben; dem Verfassungsrecht ist dann lediglich noch eine «überwachende» Begleitung aufgetragen (dazu unten B/I/1).

c) Bei der Ermittlung jenes Grenzbands wird immer wieder versucht, Abgrenzungskriterien zu übernehmen, die anderwärts bereits angewendet werden: die von öffentlichem und privatem Recht oder alsdann die von materiellem und formellem Recht.

S. 10, 17, müßte etwas abgewandelt speziell für das Prozeßrecht gelten: «BV 64 will, daß in der Schweiz das Zivilrecht des Bundes und das öffentliche Recht der Kantone nebeneinander bestehen». In diesem Zusammenhang und in diesem Sinne dürften denn auch verschiedene Meinungen zu verstehen sein, die für eine «in-dubio-pro-Kantone»-Praxis beim Prozeßrecht eintreten. Vgl. Pierre Cavin, Droit pénal fédéral et Procédure cantonale, ZSR 65, 1946, S. 1a ff.

aa) Da das Zivilprozeßrecht, mit Einschluß des Gerichtsorganisationsrechts, des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Vollstreckungsrecht (so weit es nicht Schuldbetreibungsrecht darstellt), dem öffentlichen Recht zugeschrieben wird, könnte man versucht sein, für die hier gesuchte Abgrenzung auf die Grundsätze und positivrechtlichen Regeln abzustellen, nach denen öffentliches und privates Recht differenziert werden. Indessen wird diese Lösung, insbesondere etwa eine Ausrichtung nach den Regeln, die sich aus Art. 6 ZGB ergeben, fast durchwegs und mit Grund abgelehnt[31]. Das Zivilprozeßrecht ist so spezifisch strukturiert und in einer «dienenden Rolle» so auf das Zivilrecht zugeordnet, daß es ein öffentliches Recht eigener Art darstellt, das gerade den üblichen Abgrenzungsregeln trotzt.

bb) Die Lösung darnach zu finden, daß getrennt wird nach den beiden Rechtsteilen: materielles und formelles Recht, hilft nicht weiter, weil die gesuchte Schnittlinie ja nicht nach dieser Unterscheidung verläuft, sondern innerhalb des formellen Rechts zu ziehen ist. In Frage steht, wieweit der Bund Normen des Prozeßrechts aufzustellen befugt sei und insofern die Kantone mit ihrem formellen Recht einenge. Das wird nicht anders, wenn man konstruiert, mit der Schaffung von Bundesrechtsnormen zivilprozessualen Charakters werde eigentlich doch materielles Bundesrecht erzeugt, nämlich Bundeszivilrecht in einem nur «förmlichen» Sinne (etwas mißverständlich «Bundeszivilrecht im formellen Sinne» geheißen). Denn die Freiheit des Bundesgesetzgebers reicht angesichts des Art. 64 BV nicht so weit, über die vorgefundenen, dem Recht inhärenten Strukturen von Normen einfach hinwegzugehen. Was sich in typologischer Sicht als prozessuale Norm ausnimmt – von der Möglichkeit gemischter Normen und den Schwierigkeiten, gewisse Be-

---

[31] Hans Huber, a.a.O., N 45–51 zu Art. 6 ZGB; Max Kummer, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954, S. 4 f.

stimmungen dem materiellen oder dem Prozeßrecht zuzuschreiben, kann im vorliegenden Zusammenhang abgesehen werden –, ist auch in der Abgrenzungsproblematik von dieser Natur. Ob man dann, wenn einmal kreiert, die betreffenden Normen dogmatisch einem «Bundeszivilrecht im nur förmlichen Sinn» zurechnet, ist wieder eine andere, hier nicht zu verfolgende Frage.

d) Immerhin besteht für die gesuchte Grenzziehung zwischen prozessualem Recht des Bundes und prozessualem Recht der Kantone ein Konnex mit dem materiellen Recht, hier dem Bundesprivatrecht. Das materielle Recht bedarf zu seiner Verwirklichung des Prozeßrechts[32]. Für das Bundesprivatrecht ist das Zivilprozeßrecht (in einem weiten Sinne) zwar nicht logische und faktische Voraussetzung für die Entstehung (Setzung), wohl aber für die tatsächliche Gel-

---

[32] Die Diskussion über die hier aufgeworfene Abgrenzungsfrage wird mitunter erschwert durch Abweichungen in der Terminologie materiellen und formellen Rechts. Walther Burckhardt setzt mitunter einander gleich: Organisations-, Verfahrens- und Verfassungsrecht (z. B. Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Zürich 1948, S. 137), unterscheidet aber in der Sache Recht, das Behörden einrichtet und Kompetenzen schafft bzw. verteilt, und solches, das das Verfahren (Arbeitsweise) regelt. Hans Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln 1948, S. 115, differenziert ausdrücklich zwischen organisatorischen Normen und Verfahrens- oder Prozeßvorschriften. In der Gesetzgebung (OG zum Beispiel) sind organisierende und prozessuale Bestimmungen oft im gleichen Erlaß und gar im gleichen Rechtssatz vorhanden. Vereinfachend empfiehlt sich für den vorliegenden Zusammenhang folgende Ausdrucksweise: Zivilprozeßrecht iwS, erfassend Zivilgerichtsorganisationsrecht einerseits und Verfahrensrecht (Zivilprozeßrecht ieS) andrerseits, wird als formelles Recht dem Bundeszivilrecht als materiellem Recht iwS gegenübergestellt, das einesteils privates Verhaltensrecht und andernteils privates Organisationsrecht enthält. Der Ausdruck «materielles Recht iwS» ist freilich insofern nicht richtig, als privates Organisationsrecht (z. B. im Gesellschaftsrecht) gerade nicht «materielles» Recht iS der Allgemeinen Rechtslehre bildet; allein, die abkürzende Ausdrucksweise mag für die hier interessierenden Darlegungen erlaubt sein.

tung. Und einer Rechtsordnung kommt es darauf an, die tatsächliche Geltung zu erlangen.

Aus derartigen Zusammenhängen zwischen materiellem Privatrecht und Zivilprozeßrecht, auf die bereits hingewiesen worden ist (oben A/I/3), ergeben sich allgemeine Tendenzen der Grenzziehung. Es sind vorwiegend drei Richtungen erkennbar:

aa) Dem Bund legt jene Auffassung Zurückhaltung auf, die Privatrecht und Zivilprozeßrecht als Komplementärordnungen versteht, beide je verselbständigt und das Zivilprozeßrecht in einem gewissen eigenständigen Wert. Diese Auffassung scheint etwa in folgenden Worten Walther Burckhardts zum Ausdruck zu kommen: «Das Verfahren muß doch die Verwirklichung des materiellen Rechts ermöglichen, und das materielle Recht muß so gestaltet werden, daß es sich im Prozeßverfahren verwirklichen läßt». «Das materielle Zivil- und Strafrecht bedarf des Prozeßrechtes zu seiner Verwirklichung, und umgekehrt (!)...» «Wer also einen Teil ordnet, greift der Ordnung des anderen vor. Nicht nur in dem Sinn, daß jeder Teil auf den andern abgestimmt sein muß, sondern auch in dem Sinn, daß, wenn das eine bestehen soll, das andere auch bestehen muß»[33].

bb) In diesen Maßfragen würde dem Bund größte Freiheit gegeben, wenn man eine gelegentliche Ausführung von Georg Leuch verallgemeinerte, als er erklärte: «Das Privatrecht wird gesetzt unter der Voraussetzung seines Schutzes durch Klage. Welches der vorausgesetzte Schutz sei, kann nur der Gesetzgeber des Privatrechts sagen. So wie er ihn vorausgesetzt, hat der Prozeßgesetzgeber ihn zu verwirklichen»[34].

---

[33] Walther Burckhardt, Grundsätzliches über die Abgrenzung, a.a.O., S. 320, 323. In diesem Sinne auch Hans Hinderling in seinem Votum: ZSR 80, 1961, II, S. 433.

[34] Georg Leuch, Ist die allgemeine Feststellungsklage eidgenössischen Rechts im Sinne des Art. 56 OG oder kantonalen Rechts, SJZ 36, 1940, S. 297. – Diese offensichtliche Präponderanz des Bundesgesetzgebers beruht nicht auf seiner Stellung als Gewalt des

cc) Eine Art von Zwischenstellung nehmen die Autoren ein, welche dem materiellen Recht einen Vorrang einräumen, dem Prozeßrecht als einem «sekundären» Recht eine unterstützende Funktion zuscheiden, aber doch noch keine gänzliche Abhängigkeit annehmen. Max Kummer spricht dem Zivilrecht ein «überwiegendes Gewicht» zu, und Hans Huber erwähnt die «dienende Rolle» des Prozeßrechts[35].

Obwohl aus diesen unterscheidbaren Tendenzen gewisse Nuancen bei der konkreten Abgrenzung herausgeholt werden können (vgl. unten A/III/5/b), ergibt sich in der allgemein-begrifflichen Fassung eine weitgehende Übereinstimmung. Walther Burckhardt will dem Bund das an prozessualen Bestimmungen zugestehen, «was seiner zivilrechtlichen Ordnung unentbehrlich ist»[36]. Max Kummer faßt dahin zusammen, daß das Bundesrecht das zu regeln habe, was es «zur ordnungsgemäßen Verwirklichung des Zivilrechts als unerläßlich erachtet»[37]. Vom Kriterium der «Notwendigkeit» läßt sich auch Joseph Voyame leiten[38].

Man kann sich denn ohne Bedenken auf die allgemeine Umschreibung festlegen: Dem Bund wird für den Erlaß zivilprozessualer Regelungen so weit Raum gewährt, als es für die Verwirklichung des Bundesprivatrechts notwendig ist. Verfassungsrecht-

---

Bundes, sondern seiner Kompetenz, primäres Recht zu setzen. In dieser Richtung weist die Wert- und Sachlogik, die Walther Burckhardt, Kommentar, S. 589, erwähnt: Der Gedankengang der Konnexe Privatrecht und Zivilprozeßrecht führe «folgerichtig auf eine vollständige Durchführung der einmal begonnenen Vereinheitlichung des Rechts...».

[35] Max Kummer, a.a.O., S. 5; Hans Huber, a.a.O., N 48 und 51 zu Art. 6 ZGB.

[36] Walther Burckhardt, Kommentar, S. 589.

[37] Max Kummer, a.a.O., S. 10. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 59 f.: die «nötigen Mittel» zur Verfügung stellen. Vgl. ferner etwa Hans Georg Lüchinger, a.a.O., S. 133: «unerläßlich»; Klaus Peter Froesch, a.a.O., S. 274: «notwendig».

[38] Joseph Voyame, a.a.O., S. 74 ff.

lich fußt dieser Satz in der Norm des Art. 64 BV in ihrer Gesamtheit, aus der dem Bund die umfassende Kompetenz als Recht und Pflicht erwächst, für die Realisation des Privatrechts besorgt zu sein.

5. Richtungweisende Kriterien für die Grenzziehung

Den unbestimmten Normbegriff «Notwendigkeit» zum maßgebenden Abgrenzungsbegriff zu erheben, bedeutet nicht, daß das Verfassungsrecht damit dem Bundesgesetzgeber praktisch doch freie Bahn für eine dezisionistische Grenzziehung gewähre. Schon vor der konkreten Ausmarchung im einzelnen Abgrenzungsfall ergeben sich gewisse allgemeine Anhaltspunkte:

a) Durch den Begriff der Notwendigkeit, wie er im schweizerischen Kompetenzrecht immer wieder gebraucht werden muß und dabei nicht etwa an die primäre Wortbedeutung der «Not» geknüpft ist, ist einmal festgelegt, was Hans Hinderling in Übereinstimmung mit Joseph Voyame hervorgehoben hat: «Auf alle Fälle kann ... eine ideale Anpassung des Prozeßrechts an das Privatrecht nicht verlangt werden. Bloße Mängel (sc. kantonaler Ordnungen), die die Durchsetzung des Privatrechts nicht vereiteln, müssen in Kauf genommen werden»[39]. Nicht alles, was für das Bundesprivatrecht «idealerweise», d.h. nach logischer und sachlicher Konsequenz prozessual einheitlich zu ordnen wäre, kann durch die «Notwendigkeit» gedeckt sein; denn der «ideale» Zug ginge letztlich auf die vollständige Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts. Der Begriff der Notwendigkeit bedeutet deswegen auch weniger als «rechtstechnische» Zweckmäßigkeit, als «Prozeßökonomie», als «leichte Übersichtlichkeit», als «Optimalisierung des Rechtsweges». Im Begriff der Notwendigkeit kommt irgendwie die Ausrichtung auf das Vernünftige und Maßvolle zum Durchbruch: Es ist nicht bloß das Minimum, daß es «nur

[39] Hans Hinderling, a.a.O., S. 433.

gerade noch geht», aber auch noch nicht das Maximum, daß es schlechthin ohne Bemühungen und Unzulänglichkeiten geht. Der Gesetzgeber hat eine «erträgliche», vernünftige, ausgewogene Mittellage zu suchen.

b) Die ausgewogene Mittellage wird dadurch bestimmt, wie das Verhältnis von materiellem und Prozeßrecht verstanden wird. Dieses Verständnis wird durchaus in den Fluß der Zeit gestellt, wenn man, wie richtig, auf eine objektive Deutung von Verfassungsnormen ausgerichtet ist. Das heißt: Der gegebenen Verfassungsnorm[40] kann in ihrem objektiven Sinn nicht die Fähigkeit und der Wille zugrundeliegen, ein einmal vorhandenes Verständnis jener Beziehung ein- für allemal festzunageln. Die maßgebende Norm, deren Sinngehalt freilich durchaus auch der Tradition verpflichtet ist und nicht etwa wilden Ausschlägen einer schwankenden Rechtstheorie folgen könnte oder dürfte, ist der Möglichkeit wandelbarer Verständnisse geöffnet, genau so, wie auch die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht nach der positivrechtlichen Ordnung geltungszeitlichen Deutungen zugänglich ist[41].

Das Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht hat sich während der Geltungsdauer des hier relevanten Verfassungsrechts keineswegs grundlegend gewandelt. Es dürften nur differente Tendenzen, von denen bereits die Rede war (oben A/III/4/d), bemerkbar geworden sein, und dies mehr wohl in der Praxis als in der Rechtstheorie. In den Ausführungen von Walther Burckhardt in seinem Berner Vortrag von 1932 scheint der komplementäre Charakter der beiden Rechtsgebiete derart betont zu sein, als ob das Prozeßrecht eine Art eigenständigen Pols darstellte, der um

---

[40] Werde sie nun durch Interpretation unmittelbar aus Art. 64 Abs. 3 BV gewonnen oder finde sie sich als *implied power* im Konkretisierungsakt dessen, der die Bundeszuständigkeit handhabt.

[41] Vgl. dazu Hans Huber, a.a.O., z.B. N 153ff. zu Art. 6 ZGB.

seiner selbst willen Beachtung erheische[42]. Indessen kann es sich nur um eine relative Eigenständigkeit handeln; die Begegnung von materiellem und Prozeßrecht findet lediglich insoweit «horizontal» oder «gleichwertig» statt, als das Prozeßrecht besondere Strukturen aufweist (Norm- und Institutsstrukturen) und kraft der Sachlogik in gewisse festgelegte Bahnen gedrängt ist, über die man nicht hinwegkommt. An der spezifischen Struktur des Prozeßrechts läuft auch der materielle Gesetzgeber auf. Aber abgesehen davon, bildet das Prozeßrecht keinen gleichwertigen Pol, der dem materiellen Recht ebenbürtig zur Seite träte. Sowohl rechtsmaterial als auch rechtstechnisch wird man die dienende oder sekundäre Rolle des Prozeßrechts anerkennen müssen, was bedeutet, daß das materielle Recht eine dirigierende Kraft auf die Gestaltung des Prozeßrechts auszuüben hat[43]. Allerdings ist diese Herrschaft des materiellen Rechts über das Prozeßrecht angesichts des Art. 64 BV nicht in der rigorosen Weise bestimmbar, wie sie von Georg Leuch[44] abgekürzt ausgesprochen worden zu sein scheint. Der Zivilgesetzgeber kann nicht die reine Sach- und Zweckbezogenheit regieren lassen, wie es möglich wäre, wenn materielles und Prozeßrecht vom gleichen Gemeinwesen zu erlassen wären. Vielmehr steigt aus dem bundesstaatlichen Gefüge eine Hemmung für den materiellen Bundesgesetzgeber auf: Er muß sich jene Zurückhaltung auferle-

---

[42] Das bleibt indessen zweifelhaft. Walther Burckhardt hat doch dort wohl mehr exemplifizierend die notwendigen Rücksichtnahmen zweier Gesetzgebungshoheiten betont, als das Verhältnis von materiellem und Prozeßrecht ausgeleuchtet. Zudem kommt auch da durchaus zum Ausdruck, was er sonst immer wieder betont hat: der sachlich-ethische Vorrang des materiellen Rechts.

[43] Auf die heute auch in der Rechtspraxis unverkennbar hervortretende Dominanz des materiellen Rechts und die Abhängigkeit des Prozeßrechts wird u.a. hingewiesen von Hans Huber, a.a.O., N 51 zu Art. 6 ZGB, und Hans Hinderling, a.a.O., S. 436.

[44] Vgl. Anm. 34.

gen, dank der die kantonale Zuständigkeit Substanz behält. Das heißt nicht, doch wieder einer «In-dubio-pro-Kantone-Auslegung» das Wort zu reden, sondern es bedeutet, Unvollkommenheiten so weit in Kauf zu nehmen, als deswegen die Rechtsverwirklichung nicht beeinträchtigt wird.

c) Die genannten Festlegungen sind immer noch hochgradig abstrakt. Ein Versuch, dem Gesetzgeber von der Verfassungsebene aus gewisse Richtlinien mit konkreterem Gehalt mitzugeben, kann damit gemacht werden, daß Grundsätze oder Postulate aus der Relation materielles Recht – Prozeßrecht entwickelt werden. Max Kummer hat einen derartigen Versuch unternommen[45]. Nach ihm konkretisieren vier Postulate die gegebene Verfassungsordnung:

1. Die Notwendigkeit der Rechtsverwirklichung zwingt zur prozessualen Ordnung, welche dem Bundesrecht die Geltung sicherstellt.

2. Die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung verbietet selbstherrliche Regelungen der Kantone, die eine einheitliche Rechtsverwirklichung in Frage stellen.

3. Die Folgerichtigkeit der Anwendung soll ermöglichen, daß sich das Urteil sinnvoll in die Privatrechtsordnung einfügt.

4. Die Zweckmäßigkeit der Rechtsanwendung wird in dem Sinne angestrebt, daß auf «vernünftige» Weise der Verfahrensgang geordnet wird und daß die prozessuale Regelung die Rechtsverwirklichung nicht «unerträglich erschwert».

Diese richtungweisenden Grundsätze können ohne Bedenken übernommen werden, zumal dann, wenn die Differenzierungen beachtet werden, mit denen der Autor seine Postulate erläutert.

---

[45] Max Kummer, a.a.O., S. 6 ff., und die anschließende «Anwendung» der Prinzipien namentlich für das Klagerecht (vgl. insbesondere S. 55 ff.).

6. Der Verweis auf die konkrete Festlegung

Mit derartigen Umschreibungen ist das Verfassungsrecht meines Erachtens am Ende dessen, was es in Art. 64 BV bzw. in einer stillschweigenden Kompetenzbestimmung bisher substantiell festgelegt hat. Eine neue Sichtung der bundesrechtlichen Kompetenz ist es nicht. Diese besagt, daß die Verfassungsnorm es dem Gesetzgeber in die Hand gibt, in der konkreten Rechtssetzung nach Maßgabe der erörterten Notwendigkeit zu bestimmen, welche zivilprozessualen Regelungen durch den Bund zu erlassen seien. Die Verfassung nimmt damit in Kauf, qua Recht gelten zu lassen, was der Bundesgesetzgeber innerhalb des eröffneten Gestaltungsraums beibringt. Mehr an Anweisungen über die Grenzziehung aus dem Verfassungsrecht – jedenfalls in allgemeiner Fassung – herausholen zu wollen, ist unergiebig: Man würde nur das entnehmen, was der Interpret zuvor hineingelegt hat. Es wäre deswegen auch unrichtig, die bis jetzt vom Bundesgesetzgeber getroffenen Regelungen zivilprozessualer Art als abschließende, die Verfassung fixierende Deutungen verstehen zu wollen und etwa aus einer Analyse und Typisierung der im ZGB, im OR oder in Spezialgesetzen vorhandenen Bestimmungen zu schließen, gerade dies und so viel könne von Verfassungs wegen an Prozeßrecht vom Bundesgesetzgeber geordnet werden. Jene Legiferierungen bedeuten in grundsätzlicher Sicht keine Ausschöpfung der verfassungsmäßigen Zuständigkeit und keine Stabilisierung bei einem einmal gewonnenen Stand. Als Verfassungskonkretisierungen durch den Bundesgesetzgeber mögen sie für künftige Fälle Hinweise, Interpretationshilfen, richtungsweisende Exemplifikationen sein; das Verfassungsrecht selbst haben sie nicht in eine normierte Verfestigung gebracht. So bleibt es künftigen Ordnungen immer wieder aufgegeben, in den konkreten Regelungen nach dem Maß jener «Notwendigkeit» zu suchen.

Damit ist schließlich der Kern der ganzen Problematik berührt: Der Bund und sein Gesetzgeber übernehmen vor

allem durch Art. 64 BV von Verfassungs wegen eine staatsrechtliche Verantwortung für die Realisation des materiellen Privatrechts. Die Verfassung nimmt sie ihnen nicht durch präzise Ermächtigungsnormen und begrifflich klar umrissene Ziel- oder gar Sachnormen ab. Die Verantwortung wird vielmehr neu aktualisiert, sobald Privatrecht zur Geltung, d.h. zur Verwirklichung gebracht werden soll. Daß dies gelinge, muß der Gesetzgeber immer wieder neu besorgt sein.

IV. Die Ausschöpfung des Art. 114 BV

1. Die Einwirkungen kraft der Letztinstanzlichkeit des Bundesgerichts

Zur Sicherstellung der einheitlichen Rechtsanwendung im Gebiete des Zivilrechts kann der Bund gemäß Art. 114 BV und ungeachtet des Art. 110 BV das Bundesgericht einsetzen[46]. Daß er dafür seinem Gericht selbst eine prozessuale Ordnung zur Verfügung stellen muß, ist selbstverständlich und berührt den vorliegenden Zusammenhang nicht. Hingegen ist folgender Gedankengang beachtlich: Wenn der Bund seine Urteile «richtig» ausfällen will, nämlich so, daß sich sein objektives Recht darin realisiert, so muß er auch die Fähigkeit haben, Hinderungen zu beseitigen, die ihm aus «fremden» prozessualen Regelungen entgegenstehen. Der Bund darf deshalb die Befugnis beanspruchen, auf die zivilprozessuale Ordnung der vorgeschalteten Kantone in dem Maß einzuwirken, als es zur Sicherstellung seiner eigenen richtigen Rechtsprechung als nötig er-

---

[46] Art. 114 BV lautet: «Es bleibt der Bundesgesetzgebung überlassen, außer den in den Artikeln 110, 112 und 113 bezeichneten Gegenständen auch noch andere Fälle in die Kompetenz des Bundesgerichtes zu legen, insbesondere die Befugnisse festzustellen, welche ihm nach Erlassung der im Artikel 64 vorgesehenen eidgenössischen Gesetze behufs einheitlicher Anwendung derselben zu übertragen sind.» Vgl. Walther Burckhardt, Kommentar, S. 792f., 591.

scheint. Es kann dem Bund um des Rechts sowie seiner Stellung und Autorität willen nicht zugemutet werden, auf Grundlagen zu urteilen, die zufolge prozessualer Regeln kein sach- und rechtsrichtiges Urteil mehr zulassen. Die natürliche Dependenz des oberen (späteren) Richters von Handlungen des unteren (früheren) Richters erfordert und begründet Einwirkungen auf die erstinstanzlichen Verfahren.

Diese Einwirkungen sind im bundesstaatlichen Gefüge und bei der grundsätzlichen Teilung der Gesetzgebungshoheiten für materielles und Prozeßrecht wiederum grundsätzlich gleich zu bemessen, wie es für die Ordnung des Art. 64 Abs. 3 BV erörtert worden ist (oben A/III)[47]. Indessen ist diese Einwirkung aus Art. 114 BV der Begründung wie dem Umfang nach nicht voll identisch mit der gemäß Art. 64 BV; Art. 114 BV bekommt für die Möglichkeiten zivilprozessualer Einwirkungen des Bundes eine gewisse eigenständige Bedeutung, weil mit der Letztinstanzlichkeit des Rechtsschutzes gleichsam noch eine «organisatorische Verantwortlichkeit» des Bundes eingerichtet wird; die verbleibenden Konnexe mit Art. 64 BV freilich sind nicht zu übersehen.

2. Wechselwirkungen

Art. 114 BV gibt dem Bund nur gerade so viel Möglichkeiten, als er für seine eigene Rechtsprechung benötigt. Wenn er beispielsweise die Nutzung oder den Effekt seiner Rechtsmittel beschränkt, etwa durch hohe Streitwerte, durch Bindungen an Tatsachenfeststellungen des vorderen Richters, durch hohe Gebühren usw., so kann er aus seiner Zurückhaltung nicht ableiten, daß er um so eher auf kantonales Prozeßrecht zugreifen dürfte. Er kann seine Letzt-

---

[47] Äußerst zurückhaltend: W. Birchmeier, Handbuch des OG, Zürich 1950, S. 182: «Art. 51 ... verlangt ..., daß die Kantone sich gewissen als absolut notwendig erachteten Anforderungen unterziehen». Zum notwendigen Durchgreifen infolge der Letztinstanzlichkeit vgl. auch Max Kummer, a.a.O., S. 104; derselbe, Berner Kommentar, Einleitungsband, N 11 zu Art. 8 ZGB.

instanzlichkeit gemäß Art. 114 BV nicht unmittelbar zur verfassungsrechtlichen Grundlage nehmen, um seine begrenzte Kontrollfunktion sozusagen auszugleichen durch zivilprozessuale Leitnormen für die faktisch endgültig judizierenden Kantone. Hingegen stärkt sich bei einer derartigen Zurückhaltung die Tragkraft des Art. 64 BV. Wenn der Bund die Rechtsverwirklichung nur begrenzt oder punktuell durch eigene Gerichtsbarkeit sichert, so kann sich eine erhöhte Dirigierung des kantonalen Prozeßrechts wieder aus Art. 64 BV begründen lassen, weil es ja gilt, die Realisation des Bundesrechts zu gewährleisten.

Wenn rechtspolitisch in Erwägung gezogen wird, den Bestand zivilprozessualer Vorschriften des Bundes gegenüber den Kantonen auszuweiten, wird sich dreierlei empfehlen: Erstens wäre zu prüfen, ob nicht bereits die heutige Regelung der zivilrechtlichen Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht vermehrte Einwirkungen auf die Kantone unter dem Maßstab der «Notwendigkeit» erheischte oder zuließe. Zweitens läge eine Modifikation der zivilrechtlichen Rechtsmittel des Bundes im Bereich des Möglichen, woraus sich eine Ausweitung bundesrechtlicher Einwirkungen auf die Kantone ergeben dürfte. Drittens endlich wäre bei konkreten Abgrenzungen zu berücksichtigen, daß Art. 64 BV unter Umständen seinen Einwirkungskreis zu weiten imstande ist, wenn Letztinstanzlichkeiten des Bundes im Sinne des Art. 114 BV fehlen.

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

1. Allgemeines

a) Es wird die Frage aufgeworfen, ob dem Bund aus den Art. 58, 59 Abs. 1 und 61 BV Zuständigkeiten zukämen, um zivilprozessuale Bestimmungen (wiederum und immer noch in einem weiten Sinne, d. h. mit Einschluß gerichtsorganisatorischer Bestimmungen) aufzustellen. Die drei Verfas-

sungsbestimmungen[47a] werden in der Rechtspraxis des Bundes fast durchgängig als «verfassungsmäßige Rechte des Bürgers» im Sinne des Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV sowie Art. 84 Abs. 1 OG realisiert, der Bund sorgt durch den Verfassungsrichter für die Durchsetzung[48]. Daß dergestalt die richterliche Gewalt im Spiele ist, schließt jedoch den Gesetzgeber nicht aus, da es sich um keine Freiheitsrechte im klassischen Sinne handelt, sondern um eine Art institutioneller Garantien teils aus rechtsstaatlichen (Art. 58), teils aus bundesstaatlichen (Art. 59 und 61) Begründungszusammenhängen, denen von Natur aus die gesetzgeberische Ausgestaltung mindestens so nahe liegt wie die richterliche. Die drei Artikel sind auch nicht einfache Kollisionsnormen, sondern – in unterschiedlicher Weise allerdings – sichtlich Kompetenznormen des Bundes, aus der Sachzuständigkeiten fließen können. Wenn denn der Bund in den drei Artikeln Kompetenzen zugeschieden erhalten hat, nämlich auch seinerseits für die Beachtung der betreffenden Rechtsgedanken zu sorgen, so obliegt es ihm, zu beurteilen, wie er ihnen gerecht werden könne. Das Verfassungsrecht hat ihn nicht darauf beschränkt, in einer bestimmten und einzigen Funktion seine Obliegenheit wahrzunehmen. Selbst in Fällen, wo die Verfassung ausdrücklich den Gesetzgeber in Aktion ruft, kann unter Umständen an seiner Stelle

---

[47a] Art. 58 Abs. 1 BV: «Niemand darf seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen, und es dürfen daher keine Ausnahmegerichte eingeführt werden». – Art. 59 Abs. 1 BV: «Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muß für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen außer dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden.» – Art. 61 BV: «Die rechtskräftigen Zivilurteile, die in einem Kanton gefällt sind, sollen in der ganzen Schweiz vollzogen werden können.»

[48] Vgl. Walther Burckhardt, Kommentar, S. 531 ff., 538 ff., 571 ff.; Antoine Favre, Droit constitutionnel suisse, Fribourg 1966, S. 396 ff., 399 ff.

der Richter eintreten[49]. Wie weit derartige Substitutionen zulässig sind, kann hier auf sich beruhen bleiben. Im Verhältnis Bund-Kanton-Bürger jedenfalls ist hinsichtlich der drei erwähnten Artikel einzig relevant, daß sie verwirklicht werden, auch da, wo sie sich kompetentiell an den Bund richten. Wenn der Bund, handelnd durch seine Verfassungsorgane, es für opportun erachtet, neben dem Verfassungsrichter, der hier schwerlich entbehrt werden könnte, auch noch durch Gesetzgebung den drei Artikeln Geltung zu verschaffen, so ist dies vor dem Verfassungsrecht grundsätzlich zulässig. Die drei Bestimmungen müssen als fähig betrachtet werden, im Rahmen ihrer inhaltlichen Tragkraft eine Bundesgesetzgebung zu stützen.

b) Man könnte sich vielleicht fragen, ob Art. 4 BV nicht unmittelbar und selbständig Rechtsgrundlage und – gemäß den vom Bundesgericht entwickelten Maximen rechtsstaatlicher Verfahren – Inhaltsausrichtung für zivilprozessuale Normen des Bundesgesetzgebers sein könnte. Diese Ausweitung stößt auf Bedenken, die vorweg daraus entspringen, daß der Gleichheitssatz uneingeschränkt ein Verhalten bestimmendes Grundrecht darstellt, daß er die inhaltliche Gestaltung von Gesetzgebungen durchdringt, jedoch keine Kompetenznorm für eidgenössische Rechtssetzungstätigkeit darstellt. Die Gedanken des Art. 4 BV kommen u. a. durch die Mediatisierung der Art. 58, 59 und 61 BV, vor allem aber auch selbst durch Art. 64 BV zum Tragen.

2. Die Anrufung der Art. 59 und 61 BV

a) Folgt man den vorstehenden Ausführungen, so bestehen keine Bedenken, ebenfalls dem Bundesgesetzgeber zuzugestehen, Normen zu erlassen, die Art. 59 und 61 BV im Hinblick auf die Verwirklichung des Privatrechts konkreti-

---

[49] Eingehend: Hans Huber, Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht als Richterrecht, Festschrift für Irene Blumenstein, Bern 1966, S. 43 ff.

sieren. Die Verbindlichkeit bleibt für die Kantone die gleiche, ob Gesetzgeber oder Bundesrichter über die Innehaltung wachen. Es spricht in beiden Fällen der Bund durch kompetente Organe autoritativ und zwingend aus, was den Gehalt der betreffenden Normen ausmacht.

Die zwei Verfassungsbestimmungen bilden für den Bundesgesetzgeber, der durch zivilprozessuale Normen kantonales Recht ersetzen oder lenken möchte, zugleich Schranken. Der Bundesgesetzgeber kann zum Beispiel den Wohnsitzgerichtsstand nicht aufgeben und durch den vielleicht bequemeren Gerichtsstand der gelegenen Sache auch bei «persönlichen Ansprachen» ersetzen. Im Verhältnis der Normen zueinander bedeutet dies, daß Art. 64 BV mit seiner Forderung, das Bundesprivatrecht zu verwirklichen, Art. 59 oder 61 nicht wegdrängen dürfte. Jene Bestimmung, obwohl als Wert und Ziel zentral gegenüber einer Art von instrumentalen Satellitennormen (Art. 58, 59, 61, 114 BV), hat sich zurechtzufinden mit hergebrachten Justizgrundsätzen der Bundesverfassung. Umgekehrt dürfen diese Justizgrundsätze für ihre Deutung durchaus ihren Dienst für die Rechtsverwirklichung nach Art. 64 BV anrufen und ausnutzen; sie haben nur eine relative Selbständigkeit und schöpfen heute ihre materiale Bestimmungskraft – außer aus Werten der Rechtssicherheit – vornehmlich aus Art. 64 BV.

b) Indessen stellt sich die interessante Frage, ob der Inhalt der Art. 59 und 61 BV, wie ihn die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts ermittelt hat, für den Bundesgesetzgeber, der sich zur Legiferierung entschlösse, verbindlich wäre. Man ist versucht, die Frage allgemein zu stellen: Muß der Bundesgesetzgeber auf eine vorausgegangene Bundesgerichtspraxis, in der Verfassungsrecht interpretiert worden ist, zwingend Bedacht nehmen oder darf er zu neuer und eigner Deutung ansetzen? Die Frage wird sich jedoch nicht allgemeingültig beantworten lassen. Ungeachtet des Problems, wieweit Richterrecht mit allseitiger Verbindlichkeit geschaffen werden könne – was hier beiseite gelassen werden muß –, wird die Inhaltsbestimmung vor allem eines Frei-

heitsrechts durch die konstante und konsequente Bundesgerichtspraxis den nachfolgenden Bundesgesetzgeber stärker binden als die Auslegung einer Norm, die den institutionellen Garantien oder gar organisatorisch-verfahrensrechtlichen Grundlagen angehört. Dies folgt nicht nur aus der relativen Wertneutralität von organisatorisch-verfahrensrechtlichen Regelungen, sondern auch aus ihrem Zuschnitt auf die Zweckmäßigkeit, der sie als Instrumentalnormen für höherwertige Ziele (z.B. eben Rechtsverwirklichung) genügen müssen. Sie brauchen um der Rechtssicherheit willen eine gewisse Stabilität, sind im übrigen aber geöffnet auf die Entwicklung hin. Wenn schon Art.64 BV keine abschließende Fixierung vornehmen kann, um so weniger können so ganz von prozessualem Gehalt durchwaltete Normen wie Art.59 und 61 BV eine Verfestigung durch die Gerichtspraxis erlangen. Der Bundesgesetzgeber müßte in freier Beurteilung ermessen dürfen, welchen Gehalt er im Hinblick auf sein Vorhaben, zivilprozessuale Normen zur Sicherstellung der Rechtsverwirklichung zu erlassen, Art.59 und 61 BV zulegt.

Derartiges folgt aus der prinzipiellen Erörterung. Daß im konkreten Fall auch der Bundesgesetzgeber sich keinesfalls weit von der Bundesgerichtspraxis entfernen wird, ergibt sich aus den betreffenden Normen selbst: Wortlaut, Zuordnung und Zweck werden schwerlich viel mehr und viel abweichendere Gedanken einbringen können, als die Rechtsprechung des Bundesgerichts es bisher zu tun vermocht hat. Zudem wird auch der Bundesgesetzgeber wegen der erwähnten Rechtssicherheit nicht ohne besonderen Anlaß vom tradierten Verständnis abweichen. Aber – wiederum grundsätzlich gesprochen – der Bundesgesetzgeber dürfte mit Fug in Erwägung ziehen, den beiden Bestimmungen auch innerkantonale Bedeutung zuzumessen. Die anerkannten Möglichkeiten objektiver Norminterpretation, von denen gesprochen worden ist (A/II), ließen sich vom Bundesgesetzgeber in dieser Frage noch eher ausnutzen als vom Bundesgericht, das für eine das historische Moment zerschla-

gende Praxisänderung nur mühevoll die tragenden Ansätze finden dürfte[50].

3. Die Entfaltung und Aktivierung des Art. 58 BV

Die in Art. 58 Abs. 1 BV entscheidenden Begriffe «verfassungsmäßiger Richter» und «Ausnahmegerichte» sind der Auslegung durch den Bund anheimgestellt. Das Bundesgericht hat dem Individuum grundrechtlichen Anspruch auf den rechtssatzmäßig als zuständig ausgewiesenen Richter und die Urteilsfällung durch ein richtig besetztes Gericht zuerkannt[51]. In zwei neusten Entscheidungen deutet das Bundesgericht Ansätze für eine ausgreifende Entfaltung des Art. 58 Abs. 1 BV an. Es garantiert hier expressis verbis den «unabhängigen Richter» und deutet Möglichkeiten an, dem Bund die Befugnis zuzuerkennen, die den Richter bezeichnenden Qualitäten frei zu prüfen und zumindest mittelbar zu bestimmen[52]. Wer aber die Unabhängigkeit des Richters

---

[50] Vgl. zum Beispiel BGE 92 I 203, wo augenfällig wird, wie sehr das Bundesgericht an hergebrachten Deutungen festhalten muß. Zur abkapselnden Fixierung auf der interkantonalen Bedeutung des Art. 59 BV vgl. SCHURTER/FRITZSCHE, a.a.O., S. 438. Die Möglichkeiten und damit die Ergebnisse der Verfassungsinterpretation sind – so absurd es klingt – unter Umständen verschieden danach, wer zur Konkretisierung antritt.

[51] GIACOMETTI, a.a.O., S. 867; JEAN GRAVEN, La garantie du juge naturel et l'exclusion des tribunaux d'exception, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Zürich 1948, S. 209 ff.

[52] BGE 91 I 399 ff.; 92 I 271. Damit könnte die bisherige Zurückhaltung in der Ausschöpfung des Art. 58 BV, die von der Literatur offenbar mehr registrierend als zustimmend wiedergegeben wird (vgl. WALTHER BURCKHARDT, Kommentar, S. 532 ff.; ANTOINE FAVRE, a.a.O., S. 397) und die in BGE 83 I 85 nochmals bestätigt wurde (Art. 58 Abs. 1 BV «verlangt weder eine bestimmte Gerichtsorganisation noch ein bestimmtes Verfahren») allmählich überwunden werden. Jedenfalls ist durch die neusten Urteile eine Möglichkeit geöffnet. Indessen: dem Bundesgesetzgeber könnte es nicht verwehrt sein, seinerseits mehr aus Art. 58 BV herauszuholen, als das Bundesgericht bisher Anlaß gehabt hat. Die Konkurrenz unter den konkretisierenden Interpretatoren ist hier noch möglich.

bewertet und sicherstellt, wird unvermeidlich wesentliche Teile des Gerichtsorganisationsrechts, dann aber auch Verfahrensbestimmungen beeinflussen, soweit diese geeignet sind, die richterliche Unabhängigkeit zu beeinträchtigen oder zu stützen[53]. Gerichtsorganisationsrecht und Verfahrensrecht werden mitgeprägt durch die Aufrichtung und Behütung des unabhängigen Richters. Doch braucht die Unabhängigkeit neben der Zuständigkeit nicht das einzige Konstitutivelement des «verfassungsmäßigen Richters»[54] zu bilden, es sei denn, man vereinige im Begriff der richterlichen Unabhängigkeit alle relevanten Faktoren einer Richterschaft, die sach- und rechtsrichtig zu urteilen imstande ist. So oder anders: In Art. 58 Abs. 1 BV bergen sich weitreichende Gehalte, die bis jetzt in der grundrechtlichen Spruchpraxis noch wenig konkretisiert und aktualisiert worden sind.

Eine Entfaltung braucht sich nicht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu beschränken. Art. 58 enthält, deutlicher noch als die Art. 59 und 61 BV, im institutionellen und kompetentiellen Aspekt einen Zug zur rechtssetzenden Ausgestaltung auch durch den Bund. Für bundesgesetzliche Regelungen kann er verfassungsrechtliche Grundlage bieten.

Wenn der Bund gestützt auf Art. 58 BV auf die Gerichtsorganisation und zufolge des Sachzusammenhangs auch auf das Verfahrensrecht der Kantone einwirkte, so läge der vordergründige Zweck darin, daß die zureichenden Qualitäten des Richters garantiert werden sollten. Aber dahinter stände eine tiefere Motivation, die ausschnittsweise den Konnex mit der Realisation des Bundesprivatrechts herstellte. Der

---

[53] Kurt Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, S. 32 ff., 215, 245.

[54] Vgl. Eduard Kern, Der gesetzliche Richter, Berlin 1927; Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, I, 2. Aufl., Göttingen 1964, N 560 b ff.

Richter ist um seiner Funktion willen eingesetzt, und die Funktion wird getätigt, um zum rechtsverwirklichenden und richtigen Urteil zu gelangen. Der Richter ist nicht «für sich» da. Wenn denn der Bund den Reichtum des Art. 58 BV auszuschöpfen begänne, so geschähe es im Hinblick auf die Rechtsverwirklichungen, die er behütet, also auch und vor allem um der materiellen Privatrechtsordnung willen. Art. 64 BV bietet so Anlaß, aber wohl auch wieder Schranke, um Art. 58 BV im Bereiche des Privatrechts zu aktualisieren und zu entfalten. In diesem Sinne muß der Bund als befugt gelten, die Sicherstellung des «verfassungsmäßigen Richters» in den Dienst seiner Obsorge für die Verwirklichung des materiellen Privatrechts zu stellen. Art. 58 BV erlaubt ihm, auf dem Wege der Gesetzgebung Normen prozessualer Art zu erlassen. Wegleitender Begriff, um den Umfang bundesgesetzlicher Betätigung zu bestimmen, ist wiederum der der Notwendigkeit mitsamt den ausgliedernden Grundsätzen im Sinne von Max Kummer: Der Dienst am Privatrecht bestimmt den Grad der Ausschöpfung des Art. 58 BV.

VI. Der Generalvorbehalt des aktualisierten Interesses des Bundes

Alle Möglichkeiten des Bundes, auf die Kantone im Bereiche des Zivilprozeßrechts einzuwirken, sind unter den Vorbehalt eines aktualisierten Interesses des Bundes zu stellen. Das heißt, daß sich das, was sich als «notwendig» auszuweisen vermag, nicht in einer vollends abstrakten, rein präventiven und konstruierten Sichtung darbieten sollte. Die Gefährdungen der Rechtsverwirklichung, die durch prozessuale Bundesnormen abgewendet werden möchten, sollten sich nach normalen Umständen und nach allgemeinen Erfahrungen als realisierbar darbieten, und die Vorkehren, die zur Sicherstellung des materiellen Bundesrechts ergriffen werden, sollten Situationen begegnen, die nach dem gewöhn-

lichen Lauf der Dinge mehr oder weniger erwartet werden müssen. Es ist keineswegs gefordert, daß sich bereits Mißstände hätten ergeben müssen, die nun hinterher zu beheben und künftig auszuschalten wären, und es muß auch keine hochgradige Gefährdung abgewartet werden. Aber es soll eine Einwirkung sozusagen auf Vorrat, eine Ausbreitung der bundesrechtlichen Potenzen für jeden Fall, die Kompetenznutzung bis zum Rande der denkbaren Lagen unterbleiben. Denn begnügte man sich nicht auch in dieser Hinsicht mit einer «vernünftigen» und maßvollen Mittellage, die auch gewisse Unzukömmlichkeiten hinnähme, strebte man durch den Zwang der Konsequenz einem Perfektionismus zu, an dessen Ende wieder die Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts stände. Das geltende Recht aber will, wie mehrfach gesehen, den Dualismus der Gesetzgebungen. Schwerfälligkeit und entfernte Möglichkeiten von Perturbationen sind in Kauf genommen. Das Interesse des um die Rechtsverwirklichung besorgten Bundes, der sein Recht durch prozessuale Bestimmungen zu schützen sucht, muß den Grad der Aktualität erlangt haben, wobei man diesen unbestimmten, aber doch Schranken setzenden Begriff freilich jeweilen auch wieder durch Wertungen noch zu deuten hat.

B.

Zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Anpassung der kantonalen Zivilprozeßordnungen an das Bundeszivilrecht

I. Die Ausgangslage

1. Die Leitnormen des Bundes

Stimmt man den vorstehenden Ausführungen zu, so wird man dem Bundesgesetzgeber von Verfassungs wegen die Möglichkeit einräumen, durch eigene Normierungen auf das

Zivilprozeßrecht der Kantone in dem Maß einzuwirken, als eine aktualisierte Notwendigkeit besteht, um dem Bundesprivatrecht die Realisation sicherzustellen. Diese Rechtsverwirklichung schließt in sich die einheitliche, folgerichtige und zweckmäßige Rechtsanwendung durch einen unabhängigen Richter. Dadurch, daß der Bundesgesetzgeber sachliche Normgehalte beibringt, das heißt zivilprozessuale Bundesnormen auf jenes Ziel hin kreiert, grenzt er uno actu Bundes- und kantonale Zuständigkeiten ab. Im Sachentscheid über die Bundesnorm liegt auch die Kompetenzabgrenzung. Im übrigen können die bundesrechtlichen Einwirkungen darin bestehen, daß sie kantonales Recht verdrängen, ergänzen oder inhaltlich bestimmen.

Wie weit im zivilprozessualen Einwirkungsbereich die Aufgabe durch den Gesetzgeber, wie weit durch den im Einzelfall judizierenden Richter gelöst werden kann und soll, ist im vorliegenden Zusammenhang belanglos: hier geht es um die Aufstellung von Normen auf dem Weg der Gesetzgebung.

2. Die praktische Aufgabe

Im großen und ganzen gesehen, spricht sich die Verfassung nicht konkreter aus. Sie überläßt es dem Bundesgesetzgeber selbst, auszumachen, was in jenem Sinne «notwendig» ist, und sie wird das Ergebnis, wie mehrfach betont, als richtig hinnehmen. Sie hat lediglich hoch abstrakte Leitnormen aufgerichtet und das weitere in die Verantwortung des Gesetzgebers gestellt. Dieser kann sich bei seiner Legiferierung der verantwortlichen Konkretisierung nicht dadurch entschlagen, daß er auf einen inhaltlich feststehenden Willen der Verfassung verweist: Es besteht gar kein solcher «Wille»; die Verfassung hat einfach Raum geschaffen und Auftrag erteilt.

Der Auftrag, materiell betrachtet, ist dem Zivilrechtler und dem Prozessualisten überbunden (vgl. oben A/III/4/b). Diese beiden haben in Prüfung des Zusammenspiels von materiellem und Prozeßrecht gemeinsam zu suchen, wo und wie weit der Bund einzuwir-

ken habe, um das (verfassungsrechtlich sanktionierte) Ziel der Rechtsverwirklichung zu erreichen. Der Verfassungsrechtler hat gewähren zu lassen und kann bloß an jene Leitnormen erinnern, die als Richtpunkte in der sachlichen Gestaltung gegenwärtig bleiben sollen.

II. Bemerkungen zum Gesetzesentwurf

1. Gerichtsstandsbestimmungen (Art. 2–11)

(Vgl. oben A/V/2)

a) Die geäußerten Zweifel, ob eine innerkantonale Gerichtsstandsregelung von Bundesrechts wegen zulässig wäre (vgl. Protokoll, S. 2f.), scheinen vorab daran aufgebrochen zu sein, daß nach bisheriger Auffassung Art. 59 BV nur die interkantonale Ordnung im Auge hatte. Diese Auslegung leitet sich vornehmlich aus der Tradition ab, und das Bundesgericht selbst wird Mühe haben, ausreichende Voraussetzungen für eine Praxisänderung anzuerkennen. Die objektive Interpretation dieser Verfassungsbestimmung – namentlich durch ein anderes interpretierendes Organ – könnte indessen vorab aus den Gesichtspunkten des Wortlauts, des Systems, des Zwecks und der faktischen Zusammenhänge eine Ausdehnung des Art. 59 meines Erachtens hinlänglich begründen. Da diese Bestimmung ferner auch als Instrumentalnorm für die Zielsetzungen des Art. 64 BV aufzufassen ist und die Rechtsverwirklichung so angelegentlich der einheitlichen Gerichtsstandsregelung ruft, wie in den meisten Voten vom 17. Oktober 1966 dargetan worden ist, könnte eine ausweitende Interpretation des Art. 59 BV zusätzliche Stütze im Sachzusammenhang der Zivilrechtsordnung finden. Die Ausweitung stößt meines Erachtens, die Richtigkeit der Bewertungen durch die Fachkundigen unterstellt, auf geringe Bedenken.

b) Will man die Gerichtsstände schlechthin und abschließend durch Bundesrecht (vgl. S. 2f. des

Protokolls) bestimmen, reicht auch eine Neuinterpretation des Art. 59 BV nicht aus. Die Ableitung müßte hier aus der allgemeineren Forderung der Verwirklichung von Bundesrecht gewonnen werden, also aus der Zielnorm des Art. 64 BV. Dazu können mittelbare, möglicherweise recht tragkräftige Hilfen aus Art. 58 BV und 114 BV kommen. Was in der bisherigen Diskussion über diese breite Fundierung ausgeführt worden ist, läßt freilich noch Zweifel wach, ob die Vereinheitlichung die Schwelle der «Notwendigkeit» überschritten hat. Der Hinweis auf das Strafrecht ist bedeutungsvoll, reicht aber noch nicht aus, weil für dieses die einheitliche Gerichtsstandsordnung unerläßlich sein dürfte. Auch die Praktikabilität einer übersichtlichen und einheitlichen Ordnung ist ein beachtliches, für sich allein jedoch noch kein stützendes Moment, es sei denn, man dürfte zugleich annehmen, die Vereinheitlichung des materiellen Rechts, verbunden mit der wachsenden Ausbreitung unmittelbarer Auswirkungen des Gleichheitssatzes, die Strukturierung der heutigen Wirtschaftsordnung als einer gesamtschweizerischen, die dichte Verflechtung der durch das Privatrecht bestimmten vielfältigen Rechtsbeziehungen über das ganze Landesgebiet und die Effektivität der staatlichen Zivilrechtspflege, die vor einer Flucht in die den verwirrenden Pluralismus kantonaler Gerichtsstandsordnungen umgehende Schiedsgerichtsbarkeit mit allen Gefährdungen richtiger Rechtsverwirklichung bewahrt werden sollte, drängten auf die Bundesregelung.

Ich bin der Auffassung, daß die Vertreter des Zivil- und Prozeßrechts die Argumente, die für die Vereinheitlichung der Gerichtsstandsordnung streiten, noch eingehender und konkreter katalogisieren müssen, bevor ein abschließendes Urteil über die vorausgesetzte Notwendigkeit gefällt werden kann.

c) Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. Protokoll, S. 4) darf daran erinnert werden, daß nach der herrschenden Auffas-

sung Art. 64 Abs. 3 BV die freiwillige Gerichtsbarkeit den Kantonen nicht vorbehält[55]. Der Bund hat freie Hand, das und so viel zu regeln, als ihm beliebt; an die Schranke der «Notwendigkeit» ist er nicht gebunden. Dies gilt auch für die örtliche Zuständigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit[56]. Ich würde dieser Auffassung, die zur Zeit der materiellen Rechtsvereinheitlichung nicht so zwingend war, wie es in der Kommentierung ausgegeben wurde, nicht opponieren.

d) Die Frage der Gerichtsstandsattraktion bei mehreren Beklagten im interkantonalen Verhältnis von Schuldnern im Sinne des Art. 59 BV (vgl. Art. 3 ff. und Protokoll, S. 5 f.) ist bisher als mit dieser Verfassungsbestimmung unvereinbar betrachtet worden. Walther Burckhardt bemerkt jedoch dazu: «Diese Schlußfolgerung ist gewiß logisch, fraglich ist nur, ob die Verfassung eine so rücksichtslose Durchführung ihres Grundsatzes beabsichtigt; meines Erachtens nicht»[57]. Die reichen Argumente, die für den einheitlichen Gerichtsstand bei Sachzusammenhängen sprechen[58], insbesondere das hervorstechende Bedürfnis, widersprechende Urteile zu vermeiden, können nicht nur im innerkantonalen Verhältnis bzw. bei nicht-persönlichen Ansprachen richtig sein, sondern müssen auch und gerade in interkantonalen Beziehungen als zutreffend gewürdigt werden. Ich hätte keine Bedenken, Attraktionen örtlicher Zuständigkeiten von Bundesrechts wegen vorzusehen, sobald die Schuldner in bezug auf einen Streitgegenstand durch das materielle Recht so miteinander verbunden sind, daß sie zur Wahrung einheitlicher Rechtsverwirklichung

---

[55] Vgl. Walther Burckhardt, Kommentar, S. 589.

[56] Max Guldener, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 17 ff., 24 ff.

[57] Walther Burckhardt, Kommentar, S. 559 Anm. 3.

[58] Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S. 91 ff., 267 ff.

auch einheitliche Beurteilung finden müssen. Art. 59 BV sollte hier nicht an seiner instrumentalen Stellung für Art. 64 BV vorbeisehen dürfen, wozu dann freilich auch zur Vermeidung erschwerender Schranken seine innerkantonale Geltung anerkannt werden sollte. Jedenfalls: auch Art. 64 BV wird in seiner leitenden Intention mißachtet, wenn durch das materielle Recht verbundene Parteien in der gleichen Streitsache unterschiedliche Urteile, ja, schon unterschiedliche Verfahren gewärtigen müssen. Auch Art. 114 BV setzt letztlich voraus, daß der Bundesrechtspflege rechtsmateriell verbundene Streitigkeiten nicht durch abweichende Verfahren different fundiert zukommen, da so selbst das bundesgerichtliche Hüteramt an prozessualen Unterschieden der Kantone scheitern könnte. Würde Art. 114 BV aber wegen einer Verengung bundesgerichtlicher Kontrollmöglichkeiten nur mühsam aktualisiert, würde – hier käme die erwähnte Wechselwirkung zum Zug – erst recht Art. 64 BV eine Bundesordnung stützen, die die postulierte Rechtsverwirklichung ermöglichte. In Abwägung der in den betreffenden Normen zum Ausdruck gebrachten Werte könnte man auch sagen, der ohnehin nur als Instrument strukturierte Art. 59 BV dürfe das in Art. 64 BV geforderte «richtige Recht» nicht vereiteln, was aber nahezu und durchaus in einem akuten Grad zu befürchten wäre, wenn im Einzelfall nicht dank einheitlicher Gerichtsstandsregelung auch eine einzige Verfahrensordnung gehandhabt werden dürfte. Ob mittelbar auch aus Art. 58 BV Gesichtspunkte zu gewinnen wären, kann offen bleiben, solange diese Verfassungsbestimmung so wenig ausgelotet ist, wie es heute noch zutrifft.

2. Zu andern Titeln des Entwurfs

Was die weiteren Titel des Entwurfs angeht, ergeben sich teils unmittelbar aus dem Text, teils aus den Voten in der Sitzung vom 17. Oktober 1966, teils aus den Referaten und Verhandlungen des Juristentags von 1961 zureichende Argumente, so daß keine unmittelbaren und alarmierenden Interventionen aus der Sicht des Staats-

rechts als geboten erscheinen. Insbesondere sind auch gewisse Bedenken dadurch entfallen, daß beschlossen worden ist, Art.21 Abs.1 und 2 (Anwaltsrecht) sowie Art.26 des Entwurfs (neue Vorbringen in beschleunigten Verfahren) zu streichen und bei den Art.22–25 neue Fassungen zu suchen. Interessant ist, daß die vorgebrachten Bedenken recht häufig auch die verfassungsrechtlichen Grenzpfähle des abzuschreitenden Grenzbandes berühren. Eine vielleicht etwas mehr zusammenhängende, die bundesrechtliche Regelungsbedürftigkeit aus dem materiell-formellrechtlichen Zusammenspiel ausweisende Erörterung möchte für die Art.16–20 als erwünscht erscheinen. Was die weiteren Titel des Entwurfs angeht, hat das Beweisrecht seit jeher die größte Adhäsion zu bundesrechtlicher Ordnung, wobei nicht nur Art.64, sondern nun auch in erheblichem Maß Art.114 BV ins Blickfeld tritt. Zweifellos wären überdies Möglichkeiten gegeben, in Art.58 BV Stützen zu finden. Die begleitende verfassungsrechtliche Betrachtung kann bei diesem durch die Fachvertreter noch nicht fertig behandelten, wie bei den drei letzten Titeln einmal zuwarten: Es kommt auch hier wesentlich auf die Nachweise und Argumentationen der Vertreter des Zivil- und Prozeßrechts an. Man könnte sich allerdings fragen, ob es geboten sei, gleichsam Rechtssatz für Rechtssatz der Zulässigkeits- und Abgrenzungsprüfung zu unterwerfen, oder ob der Bund nicht ein gewisses «System» an zivilprozessualen Normen als einer (sehr relativen) Ganzheit aufstellen dürfte; denn es gibt auch prozessuale Konnexe, die durch die fraktionierten Kontrollen gestört werden könnten. Ich neige nach dem geltenden Recht doch der ersten Variante zu und halte die – freilich mühsame – Einzelprüfung für richtig.