Zwei zivilprozessualische Streitfragen

Autor(en): **Heusler, Andreas**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **34 (1915)**

PDF erstellt am: **28.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896204

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Zwei zivilprozessualische Streitfragen.

Von Andreas Heusler.

---

1. Sachverständige Richter.

In Urteilen des Basler Zivilgerichtes begegnet man hie und da Sätzen wie etwa: Das Gericht besitzt in seiner Mitte die Faktoren für eine zutreffende, auf fachmännischer Kenntnis beruhende Beurteilung der streitigen Artikel und entnimmt daraus das Resultat usw. Die Meinung ist: Das Gericht hat unter seinen Mitgliedern einen Sachverständigen, der mit voller fachmännischer Kenntnis die im Streite liegende technische, wissenschaftliche usw. Frage zu beantworten imstande ist, und dessen Ansicht daher als massgebend angenommen wird, ohne dass es der Beiziehung eines besonderen Sachverständigen bedarf.

Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens ist keineswegs unbestritten, insonderheit empfinden es viele Anwälte als eine Beeinträchtigung ihres Mitwirkens bei Feststellung des für die Entscheidung relevanten Tatbestandes, eine Beeinträchtigung nach verschiedenen Seiten, einmal darin, dass sie bei der Wahl des Sachverständigen nicht gehört werden, sodann darin, dass ihnen die Möglichkeit entzogen ist, bei der Aufstellung der an den Sachverständigen zu richtenden Fragen mitzuwirken, endlich und hauptsächlich, dass sie keine Gelegenheit erhalten können, sich über die von dem sachverständigen Mitgliede abgegebene Ansicht zu äussern, Irrtümer in derselben namhaft zu machen, Ergänzungen zu beantragen usw. Es bildet das auch ein Hauptargument

gegen die sogen. Fachgerichte. Wir lesen in dem Aufsatze von E. Zürcher über Sachverständige und sachverständige Richter (in der Festgabe der juristischen Fakultät Zürich zur Einweihungsfeier der Universität 1914) S. 20: „Innere Gründe geben dem Gutachten (beigezogener Sachverständiger) gewisse Vorzüge vor dem Spruche des Fachrichters. Das Gutachten wird, bevor das Urteil in Beratung gezogen wird, den Parteien eröffnet und sie können zu demselben Stellung nehmen. Da nun regelmässig wenigstens eine der beiden Parteien die Sache kennt, also in gewissem Masse sachverständig ist, wird eine sachliche Kritik an den Feststellungen und Schlüssen des Gutachtens ausgeübt, die dem Richter eine freie Stellung zum Gutachten wesentlich ermöglicht und jedenfalls noch vorhandene Missverständnisse beseitigen kann. Der vielleicht vorgefassten Ansicht des Fachrichters stehen die Parteien wehrlos gegenüber, weil sie vor dem Urteile nicht zu Tage tritt, und in Folge dieses Mangels an Kritik des sachverständigen Ausspruchs ist auch der beamtete Richter, der mitzuwirken hat, in eine grössere Abhängigkeit versetzt."

Andrerseits fehlt es nicht an Verteidigern der Ansicht, dass man dem Richter, der sich eine fachmännische Beurteilung der in Frage stehenden Punkte zutraut, die Verantwortlichkeit für seinen Entscheid vollständig anheimgeben und ihn nicht noch zur Einholung von Gutachten nötigen könne. E. Zürcher S. 18 hat hiefür einiges namhaft gemacht, allerdings nur aus dem praktischen Gesichtspunkte der Vermeidung von Verschleppung und Verteuerung der Prozesse, was aber nicht massgebend sein kann, wenn die Rechtsprechung darunter Schaden leidet und die Rechte der Parteien verkürzt werden. Eher fällt in Betracht, dass ein Richter, der die fachmännische Kenntnis selber schon hat, sich durch die ihm aufgenötigte Beiziehung von Sachverständigen regelmässig schwer oder gar nicht beeinflussen lassen wird; stimmen sie mit seiner eigenen Ansicht von der Sache überein,

wohl und gut; weichen sie aber davon ab, so hat er das Recht und nach Umständen sogar die Gewissenspflicht, das Ergebnis des Gutachtens abzulehnen und seine eigene Meinung im Urteile durchzusetzen, denn er allein ist für das Urteil verantwortlich und kann sich nicht ein Urteil aufnötigen lassen, das er für ungerecht hält. Daraus würde zu folgern sein, dass man den Grundsatz aufstellt: es liegt in der freien Wahl des Richters, seine eigene Fachkenntnis ausschliesslich walten zu lassen oder (wo er solcher nicht sicher ist) Sachverständige zur Begutachtung zu berufen.

Für eine erspriessliche Prüfung dieser widerstreitenden Ansichten wird es zweckmässig sein, die zwei Fälle auseinander zu halten, wo ein Einzelrichter funktioniert oder ein kollegialisches Gericht, das in seiner Mitte vorkommendenfalls ein sachverständiges Mitglied besitzt. Ich rede zuerst von dem Einzelrichter.

1. Die Pflicht des Richters, in allen Fragen, deren Beantwortung spezifische Fachkenntnis voraussetzt, Sachverständige beizuziehen, findet eine grundsätzliche Verteidigung in dem Argumente, dass solche Fragen ausserhalb der berufsmässigen richterlichen Tätigkeit liegen. So lesen wir bei Wetzell, System des ord. Zivilprozesses, 3. Aufl., S. 528: „Während sich der Richter über seine Rechtskenntnis ausgewiesen haben soll, können andere Sachkenntnisse nicht bei ihm vorausgesetzt, und selbst wenn er sie besitzen sollte, in Ermangelung eines offiziellen Ausweises nicht für ausreichend erachtet werden. Sind daher zur Beurteilung eines streitigen Punktes derartige Kenntnisse notwendig, so muss sich der Richter des Beirates von Personen bedienen, deren Lebensstellung den Besitz der fraglichen Kenntnisse vermuten lässt. Diese Personen erscheinen dann als seine Gehilfen.“

Man wird nicht fehlgehen, wenn man diese Ansicht von der Voraussetzung beherrscht und bedingt annimmt, dass der Richter eben immer und ausnahmslos ein Rechtsgelehrter sei; nur damit rechnet die ganze Argumentation.

Und da spricht ja wohl vieles dafür, dass ein Richter, der in seinen Mussestunden die Liebhaberei chemischer Untersuchungen, landwirtschaftlicher Fragen, medizinischer Probleme betreibt, nicht diese seine doch gewöhnlich dilettantischen Kenntnisse zur Urteilsprechung verwenden soll. Aber sofort etwas anderes ist es, wenn man mit Laienrichtern zu rechnen hat, „deren Lebensstellung den Besitz der fraglichen Kenntnisse vermuten lässt," mit Seidenhändlern für Beurteilung der Qualität von Seide, mit Tierärzten für die Erkenntnis der Krankheit eines Pferdes. Da stimmt es nicht mehr, wenn man im Sinne von Wetzells Ansicht sagen wollte, einem Landwirte, einem Chemiker, einem Tierarzt usw., der bei uns in der Schweiz etwa als Präsident oder Vizepräsident eines Amtsgerichtes Einzelrichterfunktionen auszuüben hat, sei dieses Amt nicht in dem Sinne übertragen, dass er seine beruflichen Kenntnisse zu verwerten habe, sondern dass er seine Rechtskenntnisse zur Geltung bringe; wo diese juristische Tätigkeit zessiere, da zessiere auch sofort sein Richteramt. Denn in Wahrheit ist ein solcher Richter weder als Fachmann in seinem Beruf noch als Rechtsverständiger zu seinem Amt gewählt worden, sondern weil er sich in seiner ganzen Lebensführung, wozu auch sein Berufsleben gehört, schon als verständig und praktisch bewährt und des Zutrauens würdig gemacht hat.

Dazu kommt: Bei Würdigung des von den Parteien dem Richter unterbreiteten Tatbestandes ist oft die Grenze zwischen einer jedem verständigen Menschen zuzutrauenden Sachkenntnis und einer Fachkenntnis schwer zu ziehen; wo soll da der Richter aufhören, selber urteilen zu dürfen? Wir hatten einmal vor Gericht den Fall, dass der Käufer einer Partie Wollwaren die Sendung refüsierte, weil die Farbe dem Muster nicht entspreche, und die Befragung von Sachverständigen (Händlern in dieser Branche) darüber verlangte, weil nur solche die feinen Nüancierungen dieser Farbe erkennen könnten. Das Gericht lehnte diesen Antrag ab und traute sich selbst

die nötige Erkenntnisfähigkeit zu. In einem andern Falle, wo es sich um die Fehlerhaftigkeit eines Kochherdes handelte, konnte sich der Beklagte nicht dabei beruhigen, dass der Richter sich selbst durch Augenschein bei dem Kochen von dem tadellosen Funktionieren des Herdes überzeugte.

Und schliesslich ist der Richter nicht nur zur Anwendung seiner Rechtskenntnisse da, sonst müsste eine Ziviljury aufgestellt werden, die ihm alle Prüfung des Tatsächlichen abnimmt. Weil das — glücklicherweise — nicht der Fall ist, kann auch der Richter nicht der Aufgabe enthoben sein, das Tatsächliche auf seinen Wert oder Unwert zu prüfen nach seinem besten Wissen und zu beurteilen, soweit seine Kenntnis reicht, und erst, wo diese Kenntnis versagt, tritt als Notbehelf die Beiziehung von Sachverständigen ein, aber es ist eben ein Notbehelf.

Daher üben die Sachverständigen auch eine richterliche Funktion aus. Sie sind keine Beweismittel, wie man immer noch sonderbarerweise annimmt. Indem man in äusserster Anspannung des Begriffs der Verhandlungsmaxime dem Richter verbot, alle eigene private Kenntnis zu benutzen, und ihn darauf verwies, alles tatsächlich Zweifelhafte dem Beweise der Parteien zu unterwerfen, wurde auch die fachmännische Ermittlung streitiger Zustände dem Parteibeweise unterstellt mit allen daraus folgenden Rechten der Parteien bezüglich der Anfechtung und der Kritik der gegnerischen Beweisführung, und das selbsttätige Eingreifen des Richters erschien als eine Parteilichkeit und als eine Gesetzesverletzung. Dabei übersieht man, dass die Funktion des Sachverständigen eine von der des Zeugen grundsätzlich verschiedene, anders geartete ist. Der Sachverständige ist Gehilfe des Richters, um das von den Parteien beigebrachte Material zu würdigen und zu beurteilen, also gerade um etwas zu tun, was zur richterlichen Funktion gehört, und es kann den Parteien nicht zustehen, für diese ihrer Natur nach richterliche Tätigkeit den Richter zu eliminieren und durch

jemand anders zu ersetzen, solange der Richter selber sich die Fähigkeit zu dieser Beurteilung zutraut.

Es ist wohl auch nicht richtig, wenn man sagt, dass durch die vom Richter ohne Beiziehung von Sachverständigen ausgeübte Tätigkeit in Erkenntnis der wahren Sachlage den Parteien die Möglichkeit genommen sei, hiezu mitzuwirken und ihre Anschauung geltend zu machen. Wie sie in dem Falle, wo der Richter zu der Berufung von Sachverständigen greift, die Fragen, die nach ihrer Meinung an dieselben zu stellen sind, eingeben können, so steht es ihnen auch zu, schon in den Parteischriften oder Parteivorträgen alle die Punkte, die sie als wesentlich und berücksichtigenswert für die fachmännische Beurteilung ansehen, namhaft zu machen und deren sorgfältige Erwägung dem Richter ans Herz zu legen. Ein gewissenhafter Richter wird solche wohlbegründete Begehren der Partei in ernstliche Erwägung ziehen und auch wenn er selber fachmännisch urteilt, prüfen und berücksichtigen. Wenn er es aber nicht tut und leichtfertig darüber hinweggeht, so liegt der Fehler nicht darin, dass er über sein Amt hinausgreift, sondern darin, dass er ein ungetreuer Verwalter seines Amtes ist und die Prozesse oberflächlich erledigt.

Ein Vorteil, den die Parteien im Falle der Berufung von Sachverständigen haben, geht ihnen allerdings verloren, wenn der Richter selber als Sachverständiger urteilt: der Vorteil, auf Mängel des von den Sachverständigen abgegebenen Gutachtens noch aufmerksam machen und Ergänzungen, Erläuterungen usw. desselben noch beantragen zu können, bevor der Richter auf Grund des Gutachtens sein definitives Urteil fällt. Hat der Sachverständige etwas übersehen, so hat die Partei, der ja das Gutachten mitgeteilt wird, Gelegenheit, auf Verbesserung des Mangels anzutragen; übersieht aber der Richter, der selber fachmännisch urteilt, einen wichtigen Punkt, so ist der Partei jede Möglichkeit entzogen, den Mangel zu relevieren, und sie muss das mangelhafte Urteil

über sich ergehen lassen. Gewiss! aber das ist ja nichts unserm Falle Eigentümliches und nur bei fachmännischer Prüfung Vorkommendes, sondern in jedem Prozesse ohne Ausnahme droht der Partei die Gefahr, dass der Richter etwas für den Entscheid Relevantes übersieht und so zu einem ungerechten Urteile gelangt. Und doch fällt es niemanden ein, zu verlangen, dass der Richter vor Fällung seines Urteils den Parteien auseinandersetze, wie er den Tatbestand auffasse, wie er das von ihnen beigebrachte Material einschätze und verstehe. So ist auch dann, wenn der Richter die nötige Fachkenntnis hat, ihm nicht zuzumuten, dass er seine Würdigung und Beurteilung der Sache noch der Kritik der Parteien unterwerfe. Anders aber verhält es sich eben, wo der Richter durch Berufung von Sachverständigen selbst seine Unkenntnis erklärt, da soll er sich der Mitwirkung der Parteien zur Instruktion der Sachverständigen und zur Ermittlung der überzeugenden Kraft ihres Gutachtens bedienen.

Aus solchen Erwägungen möchte ich zu dem Resultate gelangen, dass der Einzelrichter, der kraft seiner Fachkenntnisse eine fachmännische Entscheidung zu treffen sich zutraut und die Verantwortlichkeit dafür auf sich nehmen zu können glaubt, der Berufung von Sachverständigen sich entschlagen darf. Den Parteien bleibt in solchem Falle das Recht, den Richter zu rekusieren, wenn ein Rekusationsgrund vorliegt, z. B. der Richter ihnen als Konkurrent verdächtig ist. Auch wird ihnen die Befugnis nicht abzusprechen sein, die Befragung von Sachverständigen zu fordern, wenn sie mit plausibeln Gründen die Befähigung des Richters zu genügender Beurteilung der in Frage stehenden Spezialität beanstanden.

2. Wie aber verhält es sich nun, wenn in einem Kollegialgerichte ein Fachmann sitzt, die andern Mitglieder aber der spezifischen fachmännischen Kenntnisse zur Beurteilung des Falles entbehren? Hier kann allerdings in günstigem Falle das Urteil des fachmännischen Mitgliedes so wohlerwogen, so allseitig durchdacht und so überzeugend

sein, dass die andern Mitglieder kein Bedenken tragen, es auch zu dem ihrigen zu machen und die Verantwortung für den darauf gestützten definitiven Entscheid vollständig auf sich zu nehmen. Und es gibt solche Fälle, wo es in der Tat fast wie eine Komödie herauskäme, wenn das Gericht noch besondere Sachverständige berufen würde, in der festen Überzeugung, dass sie gegen das Urteil seines fachmännischen Mitgliedes nicht aufkommen können. Aber andrerseits liegt die Gefahr vor, dass die nichtsachverständigen Richter sich einem unzulänglichen, unvollständigen, gegenteilige Meinungen nicht genügend abwägenden Urteil ohne weiteres anschliessen, teils aus kollegialischer Rücksicht und Gebundenheit gegenüber dem Kollegen, dem sie durch die Beiziehung eines Sachverständigen nicht ein Misstrauen bezeigen wollen, teils aus dem Bestreben, die Sache nicht unnötig auf die lange Bank zu schieben, sondern beförderlich zu erledigen. Der fachmännische Richter gewinnt dadurch eine ihm nicht gebührende Macht, er wird da leicht zum Einzelrichter, dessen Autorität sich die andern blindlings unterwerfen. Das Gesetz fordert aber von jedem Mitgliede eines Kollegialgerichts volle Verantwortlichkeit für sein Votum, sie soll nicht de facto dem Fachmann delegiert werden. Die Übernahme dieser Verantwortlichkeit wird dem Richter eben durch die Mitwirkung der Parteien bei der Beurteilung des Sachverständigengutachtens erleichtert, sie können auf Mängel desselben, auf Missverständnisse usf. aufmerksam machen und so dem Richter ein Urteil über die Zuverlässigkeit des Befundes ermöglichen, über die er ohne diese Parteimitwirkung leicht im Ungewissen bleibt.

Daraus möchte man nun folgern, es solle der sachverständige Befund des fachmännischen Richters schriftlich den Parteien zur Vernehmlassung mitgeteilt werden, damit die andern Richter zu dessen Beurteilung allseitig instruiert werden und nicht nur als Nachbeter ihres fachmännischen Kollegen, sondern selbständig auf Grund eigener Abwägung des Für und Wider entscheiden können.

Aber das muss des Bestimmtesten abgelehnt werden; es geht nicht an, dass der Richter solchergestalt der Kritik der Parteien ausgesetzt wird, er muss Autorität sein und bleiben in allen seinen amtlichen Funktionen, solange sie mit dem Gesetze im Einklange sind.

Sollen wir nun den absoluten Satz aufstellen, dass Kollegialgerichte in keinem Falle sich mit dem Urteile eines sachverständigen Richters über eine technische Frage begnügen dürfen, sondern immer Sachverständige beizuziehen haben? Ich möchte nicht so weit gehen. Die Fälle sind zu zahlreich, wo das wirklich ein überflüssiges, Zeit und Kosten unnötigerweise verschlingendes Verfahren wäre, weil bei ihnen die Beantwortung der technischen Frage ausserordentlich einfach ist und für den Fachmann auf der Hand liegt. Vollends gilt das für die Fälle, wo mehrere Richter, die vielleicht sogar die Mehrheit im Gericht bilden, ein fachmännisches Urteil abzugeben imstande sind. Wenn diese unter sich uneins sind, so wird allerdings die Beiziehung von Sachverständigen ausserhalb des Gerichts unter Mitwirkung der Parteien angemessen sein und von einem Gerichte kaum unterlassen werden. Wo sie aber einig sind, wird sich auch das Gericht bei ihrem Befund beruhigen dürfen. Da lese ich z. B. in der Vierteljahrsschrift für Aargauische Rechtsprechung, hrsg. von dem Obergericht des Kt. Aargau, XIV S. 11 f., dass der Beklagte, der wegen Stauung des Wassers in einem von ihm angelegten Graben, wodurch die Wiesen der Kläger überschwemmt und mit einer Eisschicht bedeckt worden waren, auf Schadenersatz belangt worden war, weil die Eisbildung den Graswuchs beeinträchtigt habe, was er bestritt. Das Bezirksgericht hiess die Klage gut, weil drei Mitglieder als sachverständig nach Vornahme eines Augenscheins diese Schädigung angenommen hatten. Der Beklagte erhob hiegegen Beschwerde bei dem Obergericht „wegen offenbarer Verletzung des Gesetzes oder gesetzlichen Verfahrens“ (ZPO § 337 a) und von diesem abgewiesen, den staatsrechtlichen

Rekurs an das Bundesgericht, das aber ebenfalls erkannte: „Da drei Mitglieder des Bezirksgerichtes die Fachkenntnisse besitzen, die zur Schätzung des Schadens erforderlich waren, so liegt darin keine Rechtsverweigerung, dass die Ernennung besonderer Sachverständiger unterlassen wurde. . . . Sachverständige sind nicht beizuziehen, soweit der Richter selbst die zur Erkenntnis der Tatsachen nötige Sachkunde besitzt (Aarg. ZPO § 203 Abs. 2).“[1])

Anders aber dürfte sich die Sache gestalten, wo es sich um komplizierte, nicht tagtäglich vorkommende, auch ganz besondere, dem Durchschnittsfachmann nicht geläufige Fragen handelt; da sollte auch bei Vorhandensein eines Fachmannes im Gericht eine Beiziehung von Sachverständigen nicht unterlassen werden. Dazu führt schon eine rechtspolitische Erwägung: eine gesunde Rechtspflege beruht auf dem Vertrauen des Volkes zu den Gerichten; es darf nicht die Meinung aufkommen, dass den Parteien ihr Recht verkümmert werde durch Beschränkung ihrer prozessualischen Rechte, hier: ihrer Teilnahme an der Aufklärung des Sachverhaltes. Geben sich die Richter in einer schwierigen und verwickelten technischen Frage schlechthin in die Hand eines fachmännischen Kollegen, so verfallen sie, vielleicht unberechtigterweise, dem Verdachte, aus kollegialischer Konnivenz und Schüchternheit den Parteien nicht gerecht geworden zu sein. Man sage nicht, diese kollegialische Nachgiebigkeit sei nicht zu befürchten, wie sich ja auch die Richter gegenseitig durchaus nicht genieren, ihre abweichenden Meinungen bei der Urteilsfällung geltend zu machen und dem Kollegen entschieden zu widersprechen. Da liegt eben die Sache anders: Für die rechtliche Beurteilung sind alle Richter gleichwertig, jeder kann sagen, seine Meinung sei so gut wie die der andern, und er kann sie

---

[1]) Dieser § 203 Abs. 2 lautet: Der Richter soll darauf (auf die Zuziehung von Sachverständigen) nur erkennen, wenn er nicht selbst in der Lage ist, die Beweispunkte zu beurteilen.

begründen, wie der Gegner die seine, es ist ein Streit mit gleichen Waffen. Nicht so bei fachmännischen Fragen: Der nicht sachverständige Richter hat keine eigene Meinung und das macht ihn gegenüber dem fachmännischen Kollegen wehrlos, er kann ihn nicht mit Gegenargumenten widerlegen, sondern ist darauf beschränkt, seine Ansicht in Zweifel zu ziehen. Das tut er aber nicht gerne, er scheut sich, ihm zu sagen: Deine Meinung genügt mir nicht, ich beantrage eine Expertise. Nun wird ja ein verständig und billig denkender Richter sich nicht darauf versteifen, in zweifelhaften Fällen durch sein Machtwort die andern Richter zu beherrschen und die Parteibetätigung zu eliminieren, sondern selber zur Berufung von Sachverständigen raten. Immerhin aber scheint es mir empfehlenswert, dass im Gesetz der Grundsatz aufgestellt werde, das Gericht habe nicht nur auf wohlbegründeten Antrag einer Partei, sondern schon von Amtswegen in Fällen, die eine über das Gewöhnliche hinausgehende Begutachtung erfordern, Sachverständige zu berufen und dadurch auch den Parteien eine Mitwirkung zu ermöglichen. Damit stärkt man auch, wo das nötig sein sollte, den nichtfachmännischen Richtern den Rücken gegen etwa vorhandene Autoritätsgelüste fachmännischer Kollegen.

---

2. Zur Frage von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

Dass nur das Dispositiv eines Urteils, nicht auch dessen Motive in Rechtskraft erwachsen können, also nur der Inhalt des Dispositives die res iudicata schaffe und die exceptio rei iudicatae begründe, und auch die Berufung sich nur gegen das Dispositiv, insofern in diesem eine Beschwernis des Appellanten liegt, nicht aber gegen die Motive richten könne, ist ein neuerdings mehr und mehr angenommener, auch in der schweizerischen Recht-

sprechung verbreiteter Satz. An der Spitze steht das Bundesgericht, das sich in seiner neuesten Praxis auch zu diesem Satze bekehrt hat, nachdem es in seiner ersten Zeit anders geurteilt hatte. Im Jahre 1875 (Entsch. I S. 218) hatte es noch gesagt:

„Es ist nach den dem Urteile beigefügten Entscheidungsgründen, welche bekanntlich dazu dienen, den Sinn des Dispositivs festzustellen und, soweit sie mit dem Dispositiv in einem logischen Zusammenhange stehen, mittelbar allerdings auch der Rechtskraft fähig sind, vollständig klar, dass das Dispositiv deshalb so, wie dasselbe lautet, gefasst worden ist, um der Ansicht des Bezirksgerichts . . . . Ausdruck zu geben."

Dagegen jetzt heisst es:

(Entsch. XXX² S. 306) „Zum Ergreifen des Rechtsmittels der Berufung hatte der Beklagte durchaus keine Veranlassung, da ja der Kläger abgewiesen worden ist, und die Berufung, die sich nur gegen ein Motiv des vorinstanzlichen Urteils hätte richten können, wäre überdies gar nicht zulässig gewesen, da nach allgemeinen Prozessgrundsätzen nur gegen das in Rechtskraft übergehende Dispositiv unter der Voraussetzung, dass der Beschwerdeführer dadurch einen Nachteil erleidet, ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, welcher Rechtsgrundsatz sich übrigens auch aus Art. 67 Abs. 2 OG ergibt".

(Das. S. 459) „Anschlussberufungsbegehren I richtet sich nicht gegen ein Dispositiv, sondern gegen Motive, und ist schon aus diesem Grunde unzulässig, da eine Berufung gegen Motive, wie das Bundesgericht schon mehrfach ausgesprochen hat, unstatthaft ist. Im Dispositiv hat der Beklagte obgesiegt, der gegen ihn erhobene Anspruch ist abgewiesen worden, und die Motive, durch die er sich beschwert fühlt, sind allerdings präjudiziell für die in das besondere Verfahren gewiesenen Fragen; allein das genügt zu einer Anfechtung auf dem Wege der Berufung nicht, da eben

der eingeklagte Anspruch abgewiesen, der Beklagte somit durch das einzig rechtskräftige Dispositiv des angefochtenen Urteils nicht beschwert ist."

Auch in kantonaler Gerichtspraxis wird dieser Satz als unverbrüchliches Dogma aufgestellt, für Aargau bezeugt es G. Keller, die neue Zivilprozessordnung f. d. K. Aargau, 2. Aufl. S. 197 Anm. 8 zu § 141. Von kantonalen Gesetzgebungen ist mir nur die Zürcher ZPO von 1913 gegenwärtig, deren § 104 lautet:

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

Sieht man näher zu, so ist mit diesem Satze von der Beschränkung der Rechtskraft auf das Dispositiv gar nichts gewonnen, er gibt keine Lösung der Frage, was in iudicium deduziert und welche Rechtsfrage unter den Parteien entschieden worden ist, man muss erst ermitteln, worüber das Dispositiv entschieden hat, und dazu muss man eben die Motive zu Hilfe nehmen. Es ist so, wie es das Bundesgericht im Jahre 1875 ganz richtig gesagt hat: Die Motive dienen dazu, den Sinn des Dispositivs festzustellen. Da klagt einer aus Kaufvertrag wegen Nichthaltung desselben auf Bezahlung einer Entschädigung von 5000 Fr. Das Urteil lautet: Kläger wird mit seiner Klage abgewiesen. Womit ist er abgewiesen? Ist die Abweisung erfolgt auf Grund der vom Richter festgestellten Tatsache, dass kein Kaufvertrag zu Stande gekommen sei, in welchem Falle dem nachher auf Haltung des Kaufs und Abnahme der Ware klagenden Verkäufer die exceptio rei iudicatae entgegenstehen müsste? Oder ist sie erfolgt auf Grund der Erwägung, dass ein Schaden nicht vorliege und der Kläger auf Erfüllung des Kaufs klagen möge? Oder ist sie erfolgt auf Grund der Kompensationseinrede des Beklagten? Das alles und damit die Tragweite der Rechtskraft des Dispositivs muss man ersichtlichermassen aus

dem übrigen Inhalt des Urteils, vorab den Entscheidungsgründen ermitteln.

Was das Bundesgericht unter den „allgemeinen Prozessgrundsätzen" versteht, nach denen nur das Dispositiv in Rechtskraft übergehen kann, ist mir nicht klar. Gerade der § 322 der deutschen ZPO, auf den man sich gern beruft, ist ein deutlicher Beweis dafür, dass mit diesem Satze nichts gewonnen ist. Er lautet:

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

Sehr richtig! Aber welche Ansprüche in Klage und Klagebeantwortung prinzipaliter und eventuell erhoben und zu richterlichem Entscheide gebracht worden sind, erfährt man eben aus dem Dispositiv nicht. Und wie wenig „allgemeine" (gemeint sind wohl allgemein anerkannte) Grundsätze bestehen, lehrt uns die deutsche Jurisprudenz nur allzu deutlich, denn sie bietet sowohl in der Doktrin als in der Praxis das Bild vollendeter Hilflosigkeit.

Wenn wir sehen, wie seit Savigny bis auf den heutigen Tag immer wieder gegen „die verkehrte Fragestellung der Rechtskraft der Entscheidungsgründe" protestiert wird, so kann von „allgemeinen" Grundsätzen nicht gesprochen werden. Ich erinnere nur an Windscheid, Pandekten, § 130 Note 19, namentlich aber an Regelsberger, dessen durchschlagendes Urteil (Pandekten, S. 707 sub E) hier angeführt sein soll:

> „In der Lehre vom objektiven Umfange der Rechtskraft hat die Frage eine ungebührliche Rolle gespielt, ob die Entscheidungsgründe in Rechtskraft übergehen. Die Frage selbst ist verkehrt. Die Unterscheidung von Urteilsspruch (Tenor) und Urteilsgründen beruht auf einer äusserlichen Einrichtung der Urteilsfertigung, wobei bald mehr bald weniger in den Tenor aufgenommen wird. Davon kann der materielle Begriff der Rechtskraft nicht abhängen."

Die Rechtskraft des Urteils bestimmt sich einzig und allein „nach dem Inhalt des an den Richter gestellten Entscheidungsbegehrens", wie Regelsberger S. 703 formuliert, das will sagen: Der Rechtssatz, der von den Parteien zur Entscheidung gestellt worden ist und daher vom Richter auch hat entschieden werden müssen, wird so, wie er vom Richter entschieden worden ist, rechtskräftig, mag der Entscheid in den Entscheidungsgründen oder im Dispositiv enthalten sein. Denn das Urteil ist ein einheitliches Ganzes und die rein äusserliche Trennung in Motive und Dispositiv hat auf den materiellen Inhalt keinen Einfluss.

Wird aber die Frage auf diesen Boden gestellt, so sehen wir uns sofort bei der Anwendung dieses Satzes in der Praxis den grössten Schwierigkeiten gegenüber: In einer Menge von Fällen ist eben „der Inhalt des an den Richter gestellten Entscheidungsbegehrens", weil im Dispositiv nicht zu klarem Ausdruck gelangt, zweifelhaft und muss durch eine sorgfältige Untersuchung erst ermittelt werden, damit der Umfang der Rechtskraft eines Urteils festgestellt werden kann.

Das wollen wir an der Hand von einigen Urteilen, die mir in meiner Gerichtspraxis vorgekommen sind, näher betrachten.

J. Dürselen hatte mit J. Völklin einen Vertrag abgeschlossen, wodurch er 1. dem Völklin sein Haus in der Äschenvorstadt vermietete und 2. seine pharmazeutischen Waren verkaufte und sich verpflichtete, ihm durch Handel mit solchen keine Konkurrenz zu machen, bei Konventionalstrafe von 10,000 Fr. Nach einiger Zeit kaufte Völklin ein eigenes Haus in einem entfernteren Quartier und verlegte sein Geschäft, eine Apotheke, dorthin, und Dürselen betrieb in seinem Hause nunmehr ein Drogueriegeschäft. In der Folge glaubte sich Völklin darüber beschweren zu können, dass Dürselen pharmazeutische Waren verkaufe, und klagte die Konventionalstrafe von 10,000 Fr. gegen ihn ein. Dürselen trug auf Abweisung

der Klage an, auf Grund folgender Einwendungen: 1. prinzipaliter, das Konkurrenzverbot sei überhaupt nicht mehr in Kraft, weil sinn- und zwecklos geworden durch den Wegzug des Klägers in ein anderes Quartier mit anderm Kundenkreise; die Klage sei also schon darum abzuweisen; 2. eventuell, für den Fall der Anerkennung des Fortbestandes des Konkurrenzverbots: es seien blos einige wenige geringfügige Fälle von Abgabe pharmazeutischer Artikel vorgekommen, mehr aus entschuldbarem Irrtum als aus böser Absicht oder Fahrlässigkeit, die darum nicht geeignet seien, den Verfall der Konventionalstrafe herbeizuführen.

Das Zivilgericht widmete in seinem Urteil der ersten Einwendung eine lange Erörterung, die den Fortbestand des Konkurrenzverbotes vertrat und mit dem Satze schloss: „Beklagter ist daher mit seiner ersten Einrede, das Konkurrenzverbot sei mit Endigung der Miete dahingefallen, abzuweisen.“ Dagegen erklärte es die zweite Einrede für begründet und erliess auf Grund dieser Motive das Dispositiv:

Kläger ist mit seiner Klage abgewiesen. Die Kosten des Prozesses usw.

Gegen dieses Urteil ergriff Dürselen die Appellation: Er sei durch die Abweisung seines prinzipalen Rechtsbegehrens beschwert und könne dieselbe nicht in Rechtskraft erwachsen lassen, weil er, solange es bei diesem Urteile bleibe, sein Drogueriegeschäft nicht wieder in eine Apotheke verwandeln könne.

Das Zivilgericht bewilligte aber die Appellation nicht, „da für die Frage der Appellabilität eines Urteils nur dessen Dispositiv in Betracht kommt und durch dieses der Appellant gegenüber seinem in der Klagebeantwortung gestellten Antrag auf Abweisung der Klage nicht benachteiligt ist.“

Eine Beschwerde Dürselens gegen diesen Bescheid wurde vom Appellationsgericht als unbegründet erklärt: „Nach der gemeinrechtlichen Doktrin können nur solche

in den Rechtsgründen enthaltenen Feststellungen Anspruch auf Rechtskraft haben, welche notwendige Elemente des Urteils bilden. Eine solche Feststellung liegt aber hier nicht vor. Der Entscheid über die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes ist ein nebensächlicher und unwesentlicher, welcher zum Hauptentscheide, nämlich zur Abweisung der Klage, keineswegs notwendig war. Es hätte in den Rechtsgründen ebensogut heissen können: Zur Abweisung der Klage genüge die Tatsache der Geringfügigkeit der Fälle angeblicher vertragswidriger Handlungen, wobei es dahingestellt bleiben könne, wie der Vertrag überhaupt auszulegen sei und ob das Konkurrenzverbot noch zu Recht bestehe. Derartige in den Rechtsgründen enthaltene nebensächliche und unwesentliche Feststellungen haben aber keinen Anspruch auf Rechtskraft und können daher nicht den Gegenstand einer selbständigen Appellation bilden."

Man sieht, Zivilgericht und Appellationsgericht stehen, trotzdem sie zu gleichem Endresultate gelangen, auf zwei grundverschiedenen Standpunkten; das Zivilgericht auf dem rein formellen von der Rechtskraft des Dispositivs und nur dieses, wobei man aber nur fragen kann, ob nicht in dem Passus des zivilgerichtlichen Urteils: Beklagter ist daher mit seiner ersten Einrede, das Konkurrenzverbot sei mit Endigung der Miete dahingefallen, abzuweisen," nicht ein Dispositiv in bester Form ausgesprochen ist. Das Appellationsgericht dagegen erkennt gemäss der von Savigny begründeten Theorie die Möglichkeit einer Rechtskraft der Entscheidungsgründe an, nämlich soweit sie notwendige Elemente des Urteils bilden. Jedoch der Entscheid über die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes sei kein solches notwendiges Element, weil er zur Abweisung der Klage nicht erforderlich gewesen sei, vielmehr es genügt hätte, wenn der Richter diese Frage offen gelassen und blos wegen der Geringfügigkeit der Zuwiderhandlungen abgewiesen hätte. Dieser Grund hält aber nicht Stich.

Einmal hat sich das Zivilgericht eben nicht damit begnügt, die Frage der Fortdauer des Konkurrenzverbotes offen zu lassen, etwa mit der beliebten Formel: Es kann dahingestellt bleiben, ob das Konkurrenzverbot noch besteht, da auch bei Annahme des Fortbestandes der Kläger doch abzuweisen ist. Vielmehr hat es die Fortdauer des Verbots ausdrücklich anerkannt und die Einwendung des Beklagten dagegen formell abgewiesen. Sodann ist noch die Frage, ob solche „Offenhaltung" hier statthaft gewesen wäre. Es ist freilich ein bei den Gerichten vielfach beliebtes Auskunftsmittel, sich um prinzipielle Entscheide, die zu erlassen man sich scheut, herumzudrücken, wenn aus andern Gründen schon das gleiche Resultat erreicht werden kann. Das mag allenfalls angehen, wo der prinzipielle Entscheid keinen präjudiziellen Wert für das zwischen den Parteien geltende Rechtsverhältnis hätte und durch den sekundär geltend gemachten und vom Gerichte angenommenen Grund auch der prinzipale erledigt ist. Ich erinnere mich eines Falles, wo eine Versicherungsgesellschaft dem seine Unfallentschädigung einklagenden Versicherten die Einrede entgegenhielt, er habe sein Klagrecht verwirkt, weil er binnen der in den Versicherungsbedingungen aufgestellten Frist von einem Jahre die Klage nicht erhoben habe. Der Versicherte bestritt die Rechtsbeständigkeit dieser Bedingung, weil nach Art. 148 OR (alt) die gesetzlichen Verjährungsfristen nicht durch Vertrag abgeändert werden können, übrigens sei die rechtliche Geltendmachung seines Anspruchs noch am letzten Tage der Jahresfrist erfolgt. Die Gesellschaft bestritt beides, ersteres damit, dass es sich nicht um eine Verjährungsfrist, sondern um eine sogen. Rechtsverwirkungsfrist handle. Das Bundesgericht erklärte, die Frage, ob diese Vertragsbedingung eine unzulässige Abkürzung der Verjährungsfrist enthalte oder eine zulässige zeitliche Beschränkung des Forderungsrechtes, brauche nicht entschieden zu werden, da der Versicherte noch innerhalb der Jahresfrist seinen An-

spruch gerichtlich geltend gemacht habe (Entsch. 32², S. 656). Dieses Offenlassen der prinzipiellen Frage ist hier nicht zu beanstanden, denn der Versicherte hatte kein Interesse daran, darüber einen Entscheid zu erhalten, da er schliesslich durch das Urteil alles bekam, was er verlangt hatte. Aber in unserm Konkurrenzfalle liegt die Sache doch anders. Die Frage, ob das Konkurrenzverbot immer noch zu Recht bestehe, wird dadurch nicht gegenstandslos und daher aus der Welt geschafft, dass das Gericht dermalen keine Übertretung annimmt und darum den Kläger abweist; der Beklagte bleibt daher immer noch im Ungewissen, ob er fernerhin haftbar sei oder nicht. Da fragt es sich: Hat der Beklagte durch seine Prinzipaleinwendung diesen Punkt dergestalt zur richterlichen Entscheidung gestellt und stellen können, dass der Richter verpflichtet war, darüber ein klares und unumwundenes Urteil abzugeben, und sich dieser Pflicht nicht durch Offenlassen der Frage entziehen konnte? Und wenn das Gericht sich dem Entscheide über diese Frage nicht entzogen hat (wie in casu geschehen), ist damit nicht eine res iudicata darüber geschaffen?

Das Appellationsgericht hat in der Tat wenige Jahre später in einem sehr ähnlichen Falle diese Frage bejaht. Der Fall war der:

J. Hiller, der im äussern St. Albanquartier eine Holzhandlung betrieb, nahm den B. Maise zum Gesellschafter an und vereinbarte mit ihm, dass, wenn ein Gesellschafter austrete und der andere das Geschäft auf alleinige Rechnung übernehmen sollte, der austretende innerhalb zweier Jahre kein ähnliches Geschäft in diesem Quartier betreiben dürfe. Dieser Fall trat nach kurzer Zeit ein: Maise schied aus, Hiller fand ihn mit 2000 Fr. ab und übernahm das Geschäft mit Aktiven und Passiven wieder allein. Maise aber begann nun in nächster Nähe des Quartiers einen eigenen Holzhandel und machte dem Hiller eine Konkurrenz in seinem Absatzgebiete. Sofort klagte letzterer wegen Übertretung des Konkurrenz-

verbots eine Entschädigung von 2000 Fr. ein. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage 1. grundsätzlich, weil Hiller ihn (den Beklagten) durch schlechte Behandlung zum Austritt genötigt habe und dadurch auch das Konkurrenzverbot hinfällig geworden sei; 2. eventuell, weil sein neues Geschäft sich ausserhalb des Quartiers befinde und somit das Konkurrenzverbot, auch dessen Fortbestand angenommen, nicht übertreten sei. Das Zivilgericht entschied, die Einwendung 1 des Beklagten sei als unbegründet zurückzuweisen, ebenso die Einwendung 2, aber die Übertretung des Verbotes habe einen so kleinen Schaden des Klägers bewirkt, dass die klägerische Forderung von 2000 Fr. auf blos 200 Fr. zu reduzieren sei. Das Dispositiv lautete:

Beklagter wird zur Zahlung von 200 Fr. an den Kläger verurteilt.

Auch hier appellierte der Beklagte, weil im Grundsatz seine Übertretung des Konkurrenzverbotes und seine Haftpflicht auch für die Folgezeit festgestellt und damit res iudicata für weitere Ansprüche geschaffen worden sei. Das Appellationsgericht entschied diesmal über die Zulässigkeit der Appellation folgendermassen:

„In Streit gezogen war die Existenz und Gültigkeit des Konkurrenzverbotes, der Beklagte hat bestritten, dass es überhaupt noch bestehe, und eventuell, dass er es übertreten habe. In beiden Beziehungen hat das Zivilgericht einen formellen Entscheid zu seinen Ungunsten gefällt. Kommt derselbe auch in dem Dispositiv des erstinstanzlichen Urteils nicht zu direktem Ausdruck, so ist er doch faktisch darin enthalten. Tritt daher dieses Urteil in Rechtskraft, so ist ein für allemal die grundsätzliche Haftbarkeit des Beklagten für allen aus seiner Konkurrenz dem Kläger während der nächsten zwei Jahre entstehenden Schaden festgestellt und der Richter ist bei späteren Klagen aus wiederholten Vertragsverletzungen daran gebunden und kann nicht mehr auf den heutigen prinzipiellen

Entscheid zurückkommen und davon abgehen, ohne mit diesem rechtskräftigen Urteil in Widerspruch zu geraten. Somit muss auch die Berechtigung des Beklagten anerkannt werden, gegen das Urteil zu appellieren, weil es für ihn in der Tat ein die heutige (und an sich nicht appellable) Urteilssumme von 200 Fr. weit übersteigendes Präjudiz enthält. Es ist daher die Appellation zuzulassen."

Was ist nun in diesem Gewirre verschiedener Meinungen und Entscheidungen das Richtige? Wir wollen nicht bei der Frage der Appellabilität stehen bleiben, das ist nur die eine Seite; die andere wichtigere ist die: Konnte in diesen Fällen, wenn sich der Kläger (Völklin bezw. Hiller) neuerdings über Zuwiderhandlungen des Beklagten (Dürselen bezw. Maise) gegen das Konkurrenzverbot glaubte beschweren zu können und daher abermals Klage erhob, der letztere die Fortdauer der Existenz des Konkurrenzverbotes wieder von Neuem anfechten und darauf die Abweisung der Klage begründen, oder konnte sich der Kläger in dieser Beziehung auf die res iudicata berufen und diese Streitfrage als durch das frühere Urteil ein für allemal erledigt und den darüber ergangenen Entscheid als in Rechtskraft erwachsen für sich in Anspruch nehmen? Das ist nicht ganz leicht zu entscheiden.

Um einen sicheren Ausgangspunkt zu gewinnen, wollen wir von dem vielberufenen Falle ausgehen, den schon Ulpian in l. 23 pr. D. de exc. rei iud. 44,2 bespricht, wo der Kläger einen Zinsposten einklagt und der Beklagte den Bestand der Kapitalschuld bestreitet und aus diesem Grunde Abweisung der Klage ver- und erlangt. Ulpian sagt:

> Si in iudicio actum sit usuraeque solae petitae sint, non est verendum, ne noceat rei iudicatae exceptio circa sortis petitionem.

Und noch ein analoger Fall sei angeschlossen: (Paulus) l. 17 D. de exc. 44,1:

Si ante viam, deinde fundum Titianum petat, quia et diversa corpora sunt et causae restitutionum dispares, non nocebit exceptio.

Dieser Fall scheint nach dem Vorangehenden so zu liegen: Einer Klage auf Gewährung eines Wegrechtes hat der Beklagte entgegengehalten, der Kläger sei gar nicht Eigentümer des Grundstückes, zu dessen Gunsten das Wegrecht beansprucht werde, und darum sei die Servitutklage abzuweisen.

In beiden Fällen, dort bei der Zinsforderung und hier bei der Servitutklage, ist der klägerische Anspruch bedingt durch die Existenz der Kapitalschuld bezw. des klägerischen Eigentums. Und doch, wenn die Zinsklage wegen Nichtbestehens der Kapitalschuld, die Servitutklage wegen Nichtexistenz des klägerischen Eigentums abgewiesen worden ist, steht dem Kläger die Klage auf das Kapital bezw. auf Eigentumszusprechung noch offen. Es wird das damit begründet: Wo sich die Verteidigung des Beklagten rein in der Abwehr des klägerischen Anspruchs bewegt, da erschöpft sie auch ihre ganze Kraft und Rechtswirkung in der durch das klägerische Rechtsbegehren der richterlichen Entscheidung gezogenen Schranke; nur was der Kläger zu Recht gesetzt hat, steht in Frage, nur darüber kann mit Rechtskraftfolge entschieden werden, der Richter kann dem Kläger nicht ein Mehreres zusprechen als er verlangt hat oder ihm einen weiteren Nachteil als den der Abweisung seines Begehrens auferlegen. Daher muss der Beklagte, wenn er die präjudizielle Frage der Existenz der Kapitalschuld, des Eigentums zur Entscheidung bringen will, selbst angreifend vorgehen und durch eine Feststellungswiderklage diesen Punkt selbst in iudicium deduzieren und zur Entscheidung stellen, über dieses sein selbständiges Recht, wie Regelsberger S. 705 es bezeichnet, einen selbständigen Entscheid provozieren.

Trifft das nun ebenfalls bei jenen Konkurrenzfällen zu? Kann und muss man hier auch so trennen: Schaden-

ersatzforderung = Zinsforderung, Konkurrenzverbot = Kapitalschuld? Also: Nicht das Konkurrenzverbot, sondern nur die Zuwiderhandlung gegen dasselbe und der Schaden daraus ist zur Entscheidung gestellt? Es fällt schwer, das anzunehmen, jedenfalls dann, wenn, wie im Falle Hiller c. Maise, die Verletzung des Konkurrenzverbotes die direkte causa agendi ist, aber auch dann, wenn die Konventionalstrafe eingeklagt wird, denn in beiden Fällen fehlt es doch an der „Selbständigkeit" der eingeklagten Schadenersatzforderung. Man denke sich nur etwa folgende Möglichkeiten: Hiller hat seine Schadenersatzforderung von 2000 Fr. eingeklagt. Maise gibt unumwunden zu, dem Hiller in seinem Quartier ernstliche Konkurrenz gemacht zu haben, aber er sei dazu berechtigt gewesen, weil das Konkurrenzverbot dahingefallen sei, und beantragt daher Abweisung der Klage. Das Gericht erachtet in der Tat das Konkurrenzverbot als erloschen und weist darum die Schadenersatzklage ab. Wer wollte da behaupten, es sei nur über den Schadenersatz, nicht aber über den Bestand des Konkurrenzverbotes entschieden? Oder: Maise hat Abweisung der Klage begehrt prinzipaliter wegen Nichtexistenz des Konkurrenzverbotes, eventuell (nicht etwa wegen Fehlens einer Konkurrenz, die er vielmehr zugibt, sondern) wegen einer ihm zustehenden Gegenforderung, die er auf dem Wege der Kompensation zur Verrechnung bringen wolle. Das Gericht verwirft seine prinzipale Einwendung, weist aber den Kläger auf Grund der Verrechnung seiner Forderung mit der Gegenforderung des Beklagten ab. Nach dem Wortlaute des Dispositives „Die Klage wird abgewiesen" hat der Beklagte den Prozess gewonnen, ist also nicht graviert, kann mithin nicht appellieren, und doch ist er in der Hauptsache unterlegen und hat seine Gegenforderung, wie er glaubt ungerechterweise, verloren. Das ist ein anstössiges, ärgerliches Resultat.

Man will sich wohl damit helfen (und auch im Appellationsgerichte wurde anlässlich des Falles Hiller diese

Meinung geäussert), dass man sagt, der Beklagte müsse in solchen Fällen eine Feststellungswiderklage erheben, um einen der Rechtskraft fähigen Entscheid über die Rechtsbeständigkeit des Konkurrenzverbotes (und so auch der Kapitalschuld usw.) zu ermöglichen. Dafür scheint auch der § 322 der deutschen ZPO zu sprechen: „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.“ Es ist aber nicht recht einzusehen, warum nur der Entscheid über das, was in Klage und Widerklage, nicht aber auch über das, was einredeweise verlangt wird, rechtskräftig werden soll, denn auch einredeweise kann „ein Anspruch erhoben“ werden, wie das z. B. in jenen Konkurrenzverbotfällen der Fall war (Anspruch auf Aberkennung des Konkurrenzverbotes) oder bei der Einrede der Kompensation der Fall ist, in welcher der Anspruch auf Zusprechung der Gegenforderung enthalten ist, wenigstens soweit sie zur Kompensation kommen soll und kann. Es steht doch nicht umsonst in der l. 1 D. de exc. 44,1: Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est, was nicht nur für die römische exceptio im engeren Sinne gilt, sondern in unserm heutigen Prozesse auch für alle Einwendungen des Beklagten, die ein dem Klagbegehren entgegengesetztes Entscheidungsbegehren an den Richter stellen. Und wozu eigentlich diese Umständlichkeit einer förmlichen Widerklage? Sonst gilt doch unbeanstandet der Satz, dass, was mit einer Einrede erreicht werden kann, nicht mit einer Widerklage erstrebt werden muss, dass z. B. der Beklagte eine Gegenforderung nicht widerklagsweise geltend machen muss, wenn er mit deren einredeweisen Vorschützung seinen Zweck schon vollständig erreichen kann.

Das scheint alles dahin zu führen, dem Entscheide über die Prinzipaleinwendung in den Konkurrenzverbotfällen Rechtskraft zuzuerkennen. Aber nun tritt die Schwierigkeit ein, dass das alles, was hier gesagt worden,

auch ebensogut auf die Fälle passt, wo unangezweifeltermassen das Gegenteil gilt, vorab in dem oben herangezogenen typischen Falle der Einklagung der Zinsschuld, der die Einwendung des Nichtbestandes der Kapitalschuld entgegensteht. Es ist auch wahr, Manches, was in scheinbar unwiderleglicher Weise dafür angeführt wird, dass die Rechtskraft eines Urteils, welches die eingeklagte Zinsforderung wegen Nichtexistenz der Kapitalschuld abweist, auf die Zinsschuld beschränkt bleibe, trifft auch auf unsere Konkurrenzfälle zu. Sollte da am Ende gar die Frage erlaubt sein, ob überhaupt noch die Meinung der römischen Autoritäten in unserm Rechte haltbar und gerechtfertigt sei?

Ich lasse hier zunächst auch wieder Regelsberger reden, den ich als einen der feinsinnigsten und feinfühligsten Juristen der guten alten Pandektenzeit hochschätze. Es ist mir tröstlich, dass auch er gegen die Sätze von Paulus und Ulpian und die darauf gebaute allgemeine Meinung ein inneres Widerstreben nicht unterdrücken kann; dass bei einer Zinsklage die Entscheidung über das Dasein der Hauptschuld nicht in Rechtskraft erwächst, findet auch er (S. 707) „auf den ersten Blick befremdend.“ Und was er, sich selbst zur Beruhigung anführt, trifft auch bei unsern obigen Konkurrenzfällen zu; er macht geltend: 1. Das Streitinteresse der Parteien bewege sich lediglich um die Frage, ob der Beklagte den eingeklagten Zinsbetrag schuldig sei, und danach bemessen sie den Aufwand von Kraft in Begründung und Abwehr. 2. Für einen definitiven Entscheid über die Hauptschuld fehle es unter Umständen dem für die Zinsforderung zuständigen Richter an der Kompetenz. Auf unsere Konkurrenzfälle übertragen: Das Streitinteresse der Parteien bewege sich lediglich um die Frage, ob der Beklagte jetzt die eingeklagte Entschädigungssumme schuldig sei, nicht also um künftig etwa aus dem Konkurrenzverbote noch zu gewärtigende weitere Entschädigungen, und: Wenn vor einem Richter, der eine Kompetenz bis auf 500 Fr. Streit-

wert hat, ein Schadenersatz von 300 Fr. eingeklagt worden sei, so könne er nicht über den Fortbestand des Konkurrenzverbotes, das vielleicht auf 5000 und mehr Franken Streitwert einzuschätzen wäre, entscheiden. Diese Gründe sind nun freilich nicht durchschlagend. Was den ersten betrifft, so mag es ja sein, dass die Parteien, solange die jetzt herrschende Ansicht besteht, und sie also wissen, dass es sich in diesem Prozesse doch nur um die Zinsschuld, die eingeklagte Schadenersatzsumme usf. handelt, auf diese auch ihre ganze Kraft einsetzen, sodass das andere darüber vielleicht vernachlässigt wird, aber das wird mit einem Schlage anders, sobald sie wissen, dass es schon jetzt bezüglich der Hauptschuld, des Konkurrenzverbotes usw. bittern Ernst gilt und über sie schon jetzt entschieden wird. Noch mehr aber: es ist mir im höchsten Grade anstössig, dass man so leichthin, als ob es ganz natürlich und in der Ordnung wäre, annimmt, bei Einklagung bloss eines Zinses werde selbstverständlich die Frage der Existenz der Hauptschuld nur oberflächlich behandelt und könne daher nicht zu einer res iudicata werden. Wie in aller Welt kann man über eine Zinspflicht entscheiden, wenn die Hauptschuld noch in Frage steht? Wie kann ein Richter einen Beklagten zur Zahlung eines Zinses verurteilen, ohne dass er über das Bestehen der Kapitalschuld sicher ist? Darum ist es widersinnig und verwerflich, wenn im Prozesse über eine Zinsschuld die Prüfung der Existenz der Kapitalschuld oberflächlich behandelt wird; sie muss so behandelt werden, dass sie definitiv erledigt ist, weil nur dadurch das unentbehrliche Fundament für das Urteil über die Zinsschuld hergestellt wird. Auch der zweite Grund hält nicht Stand. Es kommt ja vielfach vor, dass etwa einer, sagen wir vor dem Einzelrichter (Gerichtspräsidenten) innerhalb seiner Kompetenz eingeklagten Forderung eine diese Kompetenz übersteigende Gegenforderung widerklagsweise entgegengestellt wird; dann weist der Einzelrichter, meines Erachtens richtigerweise, kurzerhand Klage und Widerklage an das für die

letztere kompetente Gericht. Und so müsste es auch in unsern Fällen geschehen. Wenn der Beklagte durch seine Verteidigung die Kapitalschuld, das Konkurrenzverbot usf. zum Hauptpunkte, zum prinzipalen Gegenstande der richterlichen Untersuchung macht, so ist eben der Prozess vom Einzelrichter an das Gericht zu verweisen.

Diese zwei Gründe sind eben keine solchen, die das in Frage stehende Prinzip und Problem berühren, keine grundsätzlichen Argumente, sondern sie betreffen Äusserlichkeiten, die aber überwunden werden müssen und leicht überwunden werden können, wenn es sich um die Durchführung des richtigen Grundsatzes handelt. Wegen solcher Bequemlichkeitsgründe darf man nicht hintansetzen, was die Gerechtigkeit fordert.

Nicht anders verhält es sich mit andern sogen. Zweckmässigkeitsgründen, etwa: Die Gerichte seien schon genug mit Geschäften überlastet, so dass sie sich darauf beschränken müssten, das Notwendige aufzuarbeiten und sich nicht noch auf die weitschichtige Untersuchung des Bestehens der Kapitalschuld einlassen könnten, wo blos Zinsen verlangt worden seien, usw. Oder: Der Kläger dürfe nicht mit seinem Anspruch auf die lange Bank geschoben und in einen weitläuftigen Prozess impliziert werden, weil es dem Beklagten beliebe, den Prozess auf ein weiteres Feld hinauszuspielen und eine weitschichtige, vom Kläger gar nicht zum Entscheide gestellte Rechtsfrage hereinzuziehen. Aber so verhält es sich doch auch wieder nicht. Wo die Zinsschuld von dem Bestande der Kapitalschuld abhängig ist, muss sich der Richter des Gründlichsten der Aufgabe unterziehen, über den Bestand der Kapitalschuld ein sicheres Urteil zu gewinnen, weil er sonst die obschwebende Zinsklage nicht sicher entscheiden kann; er darf nicht die Frage des Bestandes der Kapitalschuld, auch wenn sie noch so weitschichtig ist, vernachlässigen, auf die Gefahr hin, schon über die Zinsschuld ein ungerechtes Urteil zu fällen. Die längere Dauer des Prozesses kommt hiegegen nicht in Betracht, um so weniger,

als der Beklagte an seinem Rechte auf gründliche Untersuchung seiner Einwendungen und Einreden gegen die Klage sich nichts braucht abmarkten zu lassen. Was gibt es denn da für einen Rechtszustand, wenn heute eine Zinsklage wegen Erloschenseins der Hauptschuld abgewiesen und morgen in einem neuen Prozesse die Hauptschuld dem Kläger zugesprochen wird, oder umgekehrt: heute die Zinsforderung dem Kläger unter Annahme des Bestandes der Kapitalschuld zugesprochen und morgen die Klage auf Zahlung des Kapitals wegen schon längst erfolgter Tilgung der Schuld abgewiesen wird? Oder wenn heute der Beklagte wegen Übertretung des Konkurrenzverbotes zu einer Entschädigung verurteilt und morgen das Konkurrenzverbot als erloschen erklärt wird? Wer fühlt nicht, wie anstössig das ist? Der natürliche gesunde Blick des Laien lacht darüber und verachtet eine solche Rechtsprechung mit vollem Rechte.

Die ganze Frage konzentriert sich schliesslich auf den einen Punkt, ob nur das was der Kläger zu Recht gesetzt hat, mit Rechtskraftfolge entschieden werden könne, alles vom Beklagten zu Recht Gesetzte nur so weit von Wirkung sei, als das klägerische Rechtsbegehren dadurch betroffen werde. Und da wäre meines Erachtens wohl der Erwägung wert, ob nicht alles, was der Beklagte zu Recht gesetzt hat, gleichermassen als in iudicium deduziert zu einer der Rechtskraft fähigen res iudicata gelangen sollte. Dann dürften freilich die Dispositive nicht mehr so oberflächlich abgefasst werden, wie es jetzt regelmässig geschieht, sondern müssten alles zu Recht Gesetzte klar und deutlich entscheiden, dann würde auch der leidige Streit über die Rechtskraft der Entscheidungsgründe einmal aufhören und die Urteile das werden, was sie sein sollten, Entscheidungen, aus deren Dispositiv schon klar ersichtlich ist, was für Rechte jeder Partei zu- und abgesprochen sind. Die genferische Rechtsprechung und Urteilsfassung hat schon einen bemerkenswerten Schritt in dieser Richtung getan; sie prüft und ent-

scheidet die in der Klagbeantwortung enthaltenen prinzipalen und eventuellen Rechtsbegehren, wenn nötig eins nach dem andern; wird schon das prinzipale gebilligt, wohl und gut, so braucht man zu den folgenden nicht weiter zu schreiten; wird aber das prinzipale verworfen, so heisst es nun ausdrücklich im Urteil: le premier moyen d'exception est écarté; damit ist doch eine Sentenz über dieses zu Recht gesetzte Begehren des Beklagten gefällt, von der nicht einzusehen ist, warum sie nicht rechtskräftig werden sollte.

Ich kann mich der Überzeugung nicht verschliessen, dass die heutige Lehre und Praxis bezüglich der Rechtskraft der Urteile in hohem Grade revisionsbedürftig ist in der Richtung, dass alles, was von dem Kläger und von dem Beklagten klage- und einredeweise zu Recht gesetzt worden ist, vom Gerichte auch durch einen der Rechtskraft fähigen Spruch entschieden werden muss.

Zum Schlusse biete ich dem geneigten Leser noch einen artigen Fall aus meiner Praxis zu näherem Nachdenken:

A. Stoltz klagte gegen Adele Hitschler aus einem, ihrem Ehemanne gemachten Darlehen von 80,000 Fr. den Teilbetrag von 2000 Fr. ein. Er begründete seinen Anspruch gegen die Ehefrau mit einer von ihr übernommenen Solidarverpflichtung für das Darlehen und seine dermalige Beschränkung auf 2000 Fr. damit, dass Beklagte gegenwärtig kein grösseres Vermögen besitze, wobei er sich aber vorbehalte, künftighin nach Massgabe günstigerer Vermögensverhältnisse weitere Teilzahlungen einzuklagen. Die Beklagte bestritt in erster Linie ihre Solidarhaftpflicht und beantragte aus diesem Grunde Abweisung der Klage. Eventuell, für den Fall dass diese Bestreitung verworfen und sie zur Zahlung der 2000 Fr. verurteilt werden sollte, erachtete sie den vom Kläger gemachten Vorbehalt für unzulässig, weil die Einklagung blos eines Teils einer Forderung das ganze Klagrecht konsumiere. Das Gericht verwarf die Haupteinwendung

(Nichtexistenz der Solidarhaft) und äusserte sich dann über die Tragweite der Teilklage folgendermassen: „Der Beklagten ist darin beizupflichten, dass eine blos teilweise Einklagung einer Forderung, die füglich ganz hätte eingeklagt werden können, unter Vorbehalt einer späteren Einklagung der Restforderung nicht angeht. Dem Kläger hätte es freigestanden, entweder die Gesamtforderung feststellen und sich wegen Stundung des Restes nur einen Teilbetrag zu sofortiger Zahlung zusprechen zu lassen, oder aber seine Forderung definitiv auf den Teilbetrag zu reduzieren.“ Da ersteres so wenig als das zweite geschehen, sei sein Vorbehalt unwirksam und unannehmbar. Das Dispositiv lautete dann kurzweg: Die Beklagte wird zur Bezahlung von 2000 Fr. samt Zins .... verurteilt.

Das Urteil erwuchs Mangels einer Appellation in Rechtskraft. Später klagte Stoltz einen weitern Teilbetrag ein, und die Beklagte schützte die exceptio rei iudicatae vor; das frühere Urteil habe den Vorbehalt weiterer Teilklagen aberkannt und damit die ganze Schuld als durch die einmalige Klage konsumiert erklärt. Frage: Ist diese Einrede zu schützen oder zu verwerfen?

Und nun denke man sich den Fall so: Das Gericht hätte den Kläger mit seiner Teilklage auf Zahlung von 2000 Fr. abgewiesen, weil es die Solidarhaftung der Ehefrau als nicht begründet erachtete. Hätte der Kläger nachher noch bis auf den Betrag von 78,000 Fr. neue Klagen erheben können? Man wird das verneinen müssen; denn mit der Verneinung der Solidarhaft war rechtskräftig entschieden, dass die Frau überhaupt nicht Schuldnerin sei. Wie aber, wenn dem Kläger auf Grund der Solidarhaft der Ehefrau im ersten Prozesse die 2000 Fr. zugesprochen worden sind, ohne dass die Frage der Zulässigkeit weiterer Teilklagen von den Parteien und vom Gerichte berührt worden ist, und er in der Folge weitere Teilforderungen einklagt, kann dann die Beklagte von neuem ihre Solidarhaft bestreiten und schon darum Abweisung der Klage beantragen, oder kann sich der Kläger

auf res iudicata berufen? Nach meinen obigen Ausführungen würde ich das letztere annehmen, natürlich aber bliebe der Beklagten völlig frei, den neu eingeklagten Teilbetrag aus andern Gründen (Verjährung, Erlass, Nichtempfang usw.) anzufechten.

Man kann an solchen Fällen leicht erkennen, wie fragwürdig die Doktrin in dieser Sache und wie hilflos in Folge dessen die Praxis ist.