

Die Rechtsmittel nach baselstädtischem Zivilprozessrecht

Autor(en): **Goetzinger, F.**

Objektyp: **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): **49 (1930)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896402>

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.

Die Rechtsmittel nach baselstädtischem Zivilprozessrecht.

Von Prof. F. GOETZINGER,
Appellationsgerichtspräsident, Basel.

Allgemeines.

In seiner Abhandlung über die Nichtigkeitsbeschwerde (Zeitschr. f. Schweizer. Recht, n. F. Bd. 15) und in seinem Zivilprozess der Schweiz (S. 150 ff.) hat Andreas Heusler die Grundlinien der Rechtsmittellehre in sehr einfacher und klarer Weise gezeichnet:

„Wer ein Urteil als unrichtig ansieht, will ein richtiges erlangen. Er ergreift ohne Besinnen die Appellation als einzig dazu führendes Rechtsmittel. Wer dagegen ein Erkenntnis aus der Welt schaffen will, wird ebenso sicher die Nichtigkeitsklage wählen; und für den auf Wiederherstellung des Prozesses wegen neuer Gestaltung des Aktenbestandes Ausgehenden bleibt kein anderer Weg als Nachsuchung der Restitution“. Demnach unterscheidet er die drei Rechtsmittel nach Grund und Zweck:

1. Die Berufung oder Appellation, gerichtet auf Ersetzung des angefochtenen Urteils durch ein besseres. Das Urteil wird wegen Unrichtigkeit in der sachlichen Beurteilung des Streitfalles (der causa in iudicium deducta) angefochten.

2. Die Nichtigkeitsbeschwerde, gerichtet auf Vernichtung des angefochtenen Urteils. Das Verfahren soll an einem Verstoss gegen eine Prozessvoraussetzung leiden, sei es das Fehlen einer in Wirklichkeit vorhandenen Prozessvoraussetzung, sei es das Vorliegen einer in Wirklichkeit nicht vorhandenen:

3. Die Wiederherstellung (restitutio in integrum), gerichtet auf Wiederaufnahme des Prozesses und nochmalige

Untersuchung der Streitfrage. Das Urteil wird weder materiell als ungerecht angefochten, noch formell als nichtig; es soll aber aus zivilrechtlichen Billigkeitsgründen aufgehoben werden.

Auszuscheiden hat also aus dem Begriffe der Rechtsmittel die Disziplinarbeschwerde wegen verweigerter oder verzögerter Justiz, weil sie sich nicht gegen ein Urteil, sondern gegen die Person des Richters wendet, ebenso die Erläuterung und die Berichtigung undeutlicher oder mit Rechnungsfehlern belasteter Erkenntnisse. Die folgerichtige Durchführung dieser Rechtsmittel ist nun aber schon im gemeinen Recht auf Schwierigkeiten gestossen, und wenn man die schweizerischen Prozessordnungen durchgeht, so ist die bewegliche Klage Heuslers über das Durcheinander im Aufbau und in der Anordnung der Rechtsmittel noch heute voll berechtigt. Altes Herkommen, örtliche Gepflogenheiten und Anschauungen, Eigentümlichkeiten in den Gerichtsverfassungen, die Gestaltung der Prozessordnungen und andere praktische Bedürfnisse haben oft ungemein verwickelte Gebilde in den Rechtsmitteln erstehen lassen, deren Handhabung und volles Verständnis nur dem Praktiker an Ort und Stelle gegeben ist.

Dass die Nichtigkeitsbeschwerde auch verwendet wird zu reinen Appellationszwecken, um an sich inappellable Endentscheide von Gerichtspräsidenten bei Verletzung klaren Rechtes, also offenbare Fehlurteile, verbessern zu können, ist eine Erscheinung, der wir schon im gemeinen Recht begegnen. Man begründete dies damit, dass solchen Erkenntnissen der Charakter eines Urteils fehle, gleichwie wenn etwas Unmögliches, Widerspruchsvolles oder Unbestimmtes beurteilt worden wäre, und erblickte darin einen Mangel in der richterlichen Tätigkeit, einen defectus insanabilis, was die Nichtigkeit des Urteils zur Folge hatte. Das galt in gleicher Weise, ob im Urteil von einem dem klaren Gesetze widersprechenden Rechtssatz (*contra jus in tesi clarum*) oder von aktenwidrigen tatsächlichen

Voraussetzungen ausgegangen wurde (Wetzell § 52⁴, 60⁹⁷). So finden wir die Willkürbeschwerde in der Mehrzahl der schweizerischen Prozessordnungen unter dem Titel der Nichtigkeitsbeschwerde (Kassation), obgleich sie inhaltlich sich nicht nur auf Verstösse gegen das Verfahren stützt, sondern gegen den materiellen Inhalt der Entscheidungen richtet, sei es im Punkt der Rechtsanwendung und Auslegung, sei es in der Würdigung erheblicher Tatsachen im weitesten Sinn (Zürich, Prozessordnung 344). Andererseits beschränkt sich das als Appellation oder Berufung überschriebene Rechtsmittel meist keineswegs darauf, eine andere materielle Beurteilung des Klaganspruches zu ermöglichen. Es wird vielmehr auch gewährt bei behaupteten Verstössen gegen die Prozessvoraussetzungen und den Gang des Verfahrens, und zwar nicht nur in Verbindung mit einem Angriff gegen den sachlichen Inhalt des Urteils, sondern auch selbständig, oder es werden geradezu die Nichtigkeitsgründe in die Appellation eingereiht (Solothurn). Daneben hat sich (z. B. in Zürich, Luzern, Schaffhausen) als ordentliches Rechtsmittel der Rekurs eingebürgert, der eine ganze Reihe von innerlich verschiedenartigen Angriffsmitteln zusammenfasst, insbesondere Gerichtsbeschlüsse (im Gegensatz zu Endurteilen) über die ohne Urteil erfolgte Erledigung von Streitsachen, über Vorfragen (Zuständigkeit), über Beweisbeschlüsse und andere prozessleitende Verfügungen.

Die Restitution endlich (auch Revision, offenes Recht, neues Recht, Wiederherstellung genannt) ist die Fortbildung der gemeinrechtlichen „prozessualen Restitution“ oder in integrum restitutio und umfasst im allgemeinen die Aufhebung rechtskräftiger Urteile aus zwei Gründen, einmal auf Grund neuer, seit dem ergangenen Urteil entdeckter, vorher nicht zugänglicher oder nicht aus Fahrlässigkeit verborgen gebliebener Tatsachen und Beweise, und sodann wegen verbrecherischer Einwirkung auf das Urteil. Auch hier finden sich von Kanton zu Kanton mannigfache Verschiedenheiten in der Ausgestaltung.

Sieht man sich in diesem bunten Gewirre von Gesetzen um, so möchte man daran zweifeln, ob es in absehbarer Zukunft möglich sein werde, ein einheitliches Prozessverfahren für die Schweiz aufzubauen, denn gar oft hängt das Verfahren noch zäher mit eingewurzelten Anschauungen zusammen als das materielle Recht. Verhältnismässig einfach stellt sich das System der Rechtsmittel im Kanton Basel-Stadt dar, dem sich mit geringen Abweichungen Baselland anschliesst.

Die Appellation.

I. Die Voraussetzung.

Das ordentliche Rechtsmittel, mit dem der Inhalt eines Urteils angefochten wird, ist die Appellation, wodurch ein nach der Meinung des Appellanten besseres Urteil an Stelle des erlassenen gesetzt werden soll, weil die appellierende Partei entweder in den tatsächlichen Feststellungen oder in der rechtlichen Beurteilung durch das untere Gericht ein Fehlurteil erblickt.

Die Appellation setzt voraus: ein Endurteil einer bestimmten Gerichtsstelle und einen Nachteil, den es dem Appellanten zufügt, von einer bestimmten Geldsumme oder in einem bestimmt gearteten Anspruch.

a) Ein Endurteil, d. h. nicht etwa einen Entscheid, welcher über den Rechtsstreit materiell abspricht, ein Sachurteil, sondern ein Urteil einer Gerichtskammer, welches diesen Prozess erledigt, sei es materiell, sei es aus Prozessgründen. Daher sind Beschlüsse, worin sachlich oder örtlich die Unzuständigkeit erklärt oder eine Klage wegen abgeurteilter oder hängender Sache zurückgewiesen wird, ebenfalls Endurteile und appellabel (ebenso Baselland 217). Ja, auch die Zuständigkeitserklärung als solche unterliegt der Appellation, obschon sie einstweilen nur zur Folge hat, dass der Beklagte sich zur Sache selbst äussern muss. Das Gesetz verfügt dies aber ausdrücklich

(§ 220/221), von der Erwägung aus, dass es unökonomisch wäre, den ganzen Prozess abzuwandeln auf die Gefahr hin, dass das Verfahren hinterher ungültig erklärt wird. Andere Kantone haben hierüber verschieden verfügt. So gibt z. B. Zürich gegen Kompetenz- und Inkompetenzbeschlüsse den Rekurs als ordentliches Rechtsmittel, ausserdem aber gegen das endgültige Sachurteil die Nichtigkeitsbeschwerde (Kassation) hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage (§ 334 und 344). Bern gewährt die Appellation nur dann, wenn das Verfahren durch den anzufechtenden Entscheid vorläufig seinen Abschluss gefunden hat, also bei Unzuständigkeitserklärung (Kommentar Leuch zu § 335). Diese Verweisung aller Zuständigkeitsfragen auf den Appellationsweg hat höhere Kosten und ein weniger einfaches Verfahren zur Folge und ist um so weniger gerechtfertigt, als der billigere und raschere Weg der Beschwerde für die Kompetenzentscheide der anderen Gerichtsstellen (mündliches Verfahren des Einzelrichters, Dreiergerichts, gewerblichen Schiedsgerichts) vorgesehen ist und diese Beschwerden von der gleichen Kammer des Appellationsgerichts beurteilt werden wie die Appellation. Als Kompetenzentscheid wird nach der Praxis (Amtliche Sammlung des Appellationsgerichts, Bd. 3, S. 229) auch die Entscheidung über die Einrede aus einer Schiedsgerichtsklausel aufgefasst (vgl. hiezu Bundesgericht A. S. 41² 537). Ob das Urteil bedingt, d. h. mit der Bedingung, dass sein Inhalt von der Erfüllung einer Beweispflicht abhängig gemacht ist, oder unbedingt erlassen ist, macht für die Weiterziehung nichts aus. In Frage kommt als Bedingung sozusagen nur der Eid, den die Basler Prozessordnung noch als Beweismittel kennt, allerdings praktisch fast nur in Vaterschaftssachen und immer nur als richterlichen Ergänzung- oder Reinigungseid. In der Praxis wird der feierliche Eid stets durch Auferlegung eines Handgelübdes an Eidesstatt ersetzt. Mit dem Eintritt der Bedingung wird das Urteil ipso iure zum unbedingten, ohne dass es zuvor, wie etwa in der deutschen Zivilprozessordnung,

noch einer richterlichen Feststellung bedarf (Läuterungsurteil). Dasselbe gilt für Baselland.

Den Gegensatz zum Endurteil bildet das Zwischenurteil („Beschlüsse, welche nur die Beweisführung oder sonstige Aufklärung der Sache betreffen oder den Gang des Prozesses regeln“, § 221). Gegen sie ist die Appellation ausgeschlossen. Dass ihr Inhalt bei der Appellation gegen das Endurteil angegriffen werden kann, wie das Gesetz in der Mehrzahl der Kantone noch ausdrücklich sagt, ist selbstverständlich. Denn wenn die obere Instanz auch die tatsächlichen Feststellungen der unteren ändern kann, so müssen auch Beschlüsse des Gerichtes und Instruktionsverfügungen durch das obere Gericht beseitigt oder ersetzt werden können. Die schon ergangenen Beweiserhebungen werden nicht rückgängig gemacht, aber ihr Ergebnis nicht verwertet oder das Beweisverfahren erweitert.

Dagegen sind keine Endurteile die Kontumazurteile (anders Bern 398). Denn hiegegen gewährt das Gesetz wieder ein besonderes Wiedereinsetzungsverfahren.

b) Aber nicht jedes Endurteil unterliegt der Appellation, sondern es muss vom „Zivilgericht“, d. h. einer Zivilgerichtskammer (oder von einer Expropriationskommission) erlassen sein, was grundsätzlich gleichbedeutend ist mit dem schriftlichen Verfahren. Denn das Verfahren vor den Kammern des Zivilgerichts (im Gegensatz zum „Dreiergericht“, das aus drei Mitgliedern besteht, und dem Einzelrichter) beruht auf Schriftsätzen, und auch in der Expropriationskommission sind die Anträge schriftlich einzureichen. Was nicht Zivilsache ist, scheidet ganz aus, da Ansprüche aus öffentlichem und Verwaltungsrecht einen andern Instanzenweg gehen, von der Verwaltung an das Verwaltungsgericht.

c) Eine Partei kann nur appellieren, „insofern der Nachteil, der sie durch das Urteil betroffen hat, Zinsen und Kosten uneingerechnet, mehr als Fr. 500.— beträgt oder der Streit Rechte an Grund und Boden oder andere Ansprüche, die keinen bestimmten Geldwert haben,

oder solche Leistungen oder Verpflichtungen zum Gegenstande hat, welche durch ihre wiederkehrende Natur den appellablen Betrag erreichen“. Das Basler Recht steht also, soviel mir bekannt als einziger Kanton, auf dem gemeinrechtlichen Standpunkt der sog. *summa gravaminis*, im Gegensatz zu der sonst fast überall herrschenden, auch für die Berufung an das Bundesgericht geltenden französischen Auffassung, wonach für die Appellabilität der Wert des dem Unterrichter vorgelegenen Streitgegenstands entscheidet, und zum deutsch-italienischen System, das mit bestimmten Ausnahmen alle Entscheide für appellabel erklärt. Massgebend ist nicht der Unterschied zwischen den Parteianträgen vor erster Instanz, sei es bei Einreichung der Klage, sei es bei der Urteilsfällung, sondern der Unterschied zwischen dem Vorentscheid und den bisherigen Parteianträgen. Das gilt gleich für Urteile zur Hauptsache wie für Prozessurteile. Ist die eine Partei vor erster Instanz ganz unterlegen oder hat sie vollständig gesiegt, so deckt sich die gemeinrechtliche mit der zweiten Auffassung. Wird aber den Parteianträgen nur zum Teil entsprochen, so hängt die Weiterziehung ab von dem Plus, das die eine oder andere Partei nicht hat erreichen können und nun von der zweiten Instanz zu erlangen hofft. Die Motive zur jüngsten Novelle des Prozessgesetzes erklären, dass dieses System, „mag es auch nicht mehr Mode sein, das einzig richtige scheint. Wir sind bei ihm gut gefahren und an dasselbe gewöhnt, haben also keinen Anlass, von ihm abzuweichen“.

Seine Rechtfertigung findet dieses System in den gleichen Erwägungen wie im alten und gemeinen Prozessrecht. Weil es über die Kräfte des Reichskammergerichts ging, alle einlaufenden Appellationen gründlich und rasch zu bearbeiten und auch der Kalumnieneid nicht Macht genug hatte, um trölerische Appellationen zu verhindern, wurde die Appellation nur noch gewährt in „nicht erwachsenen Sachen“ (Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses § 54^{2a}). Es wurde eine Erwachsenenheits-

summe gefordert (ein Ausdruck, der sich auch heute noch in der Lehre der deutschen Zivilprozesse findet), d. h. das Vorhandensein der Appellation wurde nach dem Werte der „Beschwer“ (summa gravaminis) bemessen, um die sich der Appellant dadurch verkürzt glaubte, dass so wie geschehen, geurteilt worden ist. Daher werden rechtskräftig und sind der Appellation entzogen schon wegen Fehlens der Appellationssumme alle Entscheide der Einzelrichter und des Dreiergerichts, weil ihre Spruchkompetenz nicht über 500 Franken geht, aber auch alle Kammerurteile, soweit sie hinter den Anträgen einer Partei um die summa gravaminis zurückbleiben. Z. B. 1000 sind eingeklagt und bestritten, 600 zugesprochen: nur der Beklagte kann appellieren. Der reine Zweckmässigkeitsgedanke einer Ökonomie in der Rechtspflege durch Beschränkung der Appellation auf Sachen von einiger Wichtigkeit entspricht dem Grundsatz, dass überhaupt die Gerichtsstellen abgestuft werden nach der Grösse des Streitgegenstandes und seiner Bedeutung für die Parteien. Dem Einzelrichter wird nur die niedere Rechtssprechung anvertraut, die grösseren Rechtshändel dagegen werden dem Kollegialgericht vorbehalten. Wird die Appellation zugelassen gegen alle Urteile einer unteren Instanz schlechthin oder unter Beschränkung auf den vor der untern Instanz streitigen Betrag, wird also das Tor der Weiterziehung weit geöffnet ohne Rücksicht auf das Schicksal der Parteianträge vor der untern Instanz, so wird unter Umständen der ganze Prozess an die zweite Instanz hinübergezogen nur für einen verhältnismässig kleinen Rest eines entgegen den Parteianträgen nicht zugesprochenen oder nicht abgewiesenen grösseren Anspruchs. Denn nicht auf diesen Rest kommt es an, sondern darauf, was die Parteien vor der Vorinstanz verlangt haben. Nach dem Basler System ist dies ausgeschlossen. Ebenso wie ein unteres Gericht endgültig bis zu einem gewissen Streitwert urteilen kann, so soll sein Entscheid auch dann endgültig sein, wenn von einem grösseren Betrag nur noch

ein diesen Streitwert nicht übersteigender Mehrbetrag als bestritten übrigbleibt. Die deutsche Zivilprozessordnung steht auf dem gleichen Boden; nur ist die Berufungssumme veränderlich gestaltet (§ 511 a). „Berufungskläger kann nur sein, wer durch das anzufechtende Urteil beschwert ist.“ „In vermögensrechtlichen Streitigkeiten aber muss die Beschwer, der sog. Beschwerdegegenstand, eine gewisse Summe übersteigen.“ „Der Wert des Beschwerdegegenstandes ist der Wert dessen, womit das Urteil hinter der erstinstanzlichen Rechtsbehauptung des Berufungsklägers zurückgeblieben ist“ (Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, § 140, II, 3, § 141, II, 2, 2 b).

In Forderungsstreitigkeiten um Geldansprüche berechnet sich der „Nachteil“ einfach durch Vergleichung der Urteilssumme mit dem vor erster Instanz gestellten Antrag des Appellanten, so wie er am Schluss des Verfahrens gelautet und dem untern Gerichte vorgelegen ist. Streiten die Parteien um geldwerte Ansprüche, so wird diese Differenz geschätzt. Bei wiederkehrender Leistung, insbesondere also bei Alimenten im Scheidungs- und Vaterschaftsprozess, muss der kapitalisierte Betrag ermittelt werden. Eine Praxis hierüber besteht nicht, da solche Leistungen sozusagen stets eine appellable Kapitalsumme ergeben. Man würde aber bei Renten während eines bestimmten Zeitraumes z. B. bei einem Kinde die Gesamtsumme feststellen ohne Rücksicht auf die Möglichkeit vorherigen Todes des Berechtigten, oder aber, bei unbestimmter Dauer, eine Wahrscheinlichkeitsrechnung anstellen¹⁾. Ausnahmslos der Appellation unterworfen sind aber Rechte an Grund und Boden oder „andere Ansprüche, die keinen bestimmten Geldwert haben“.

¹⁾ Unterstützungsansprüche unter Verwandten und Refundationsansprüche öffentlicher Behörden werden auf dem verwaltungsgerichtlichen Wege entschieden und gehen vom Regierungsrat an das Verwaltungsgericht, obschon sie rein zivilrechtlicher Natur sind (Basler Einführungsgesetz zum ZGB¹ § 69).

Rechte an Grundstücken sind schätzbar, haben also einen bestimmten oder wenigstens bestimmbaren Geldwert, gerade so gut wie Ansprüche auf Lieferung von Sachen oder andere Leistungen; sie sind aber stets appellabel, auch wenn ihr Vermögenswert noch so klein ist, eine, soviel ich sehe, ziemlich singuläre und sonderbare Auffassung. Im allgemeinen, auch bei der bundesgerichtlichen Berufung, werden Rechte an Grund und Boden geschätzt und daraus die Berufungssumme festgestellt. Andere Ansprüche, die keinen bestimmten Geldwert haben, liegen zunächst im Personen-, Familien- und Firmenrecht, soweit sie nicht vermögensrechtlicher Natur sind; dann aber auch Feststellungsurteile über Interessen, die nicht ohne weiteres in Geld zu schätzen sind (bei Vertragsmängeln, Kündigungen etc.). So kann z. B., wenn der Vermieter den Mieter wegen Gefahr eines üblen Rufes der Mietsache sofort hinausweisen will, der Streitwert viel höher sein als der Mietzins für die vertraglich noch weiterlaufende Mietdauer (Basler Verwaltungsbericht 1891, S. 88). Besonders aber gehören hierher Gestaltungsurteile in anderen als familienrechtlichen Verhältnissen (Ausschliessung eines Gesellschafters, Vereinsmitgliedes und dergl.). Der gleiche Grundsatz muss aber auch gelten für betreibungs- und konkursrechtliche Feststellungsfragen, wo der Streitwert durch die bundesgerichtliche Praxis festgelegt ist. Der Nachteil, durch den der Appellant im Urteil beschwert ist, braucht sich nicht zu decken mit dem Vorteil, den der Appellant aus dem Urteil zieht. Eine Servitut kann für den Eigentümer des herrschenden Grundstücks einen grösseren Wert besitzen, als die Befreiung davon für den Eigentümer des dienenden Grundstückes bedeutet, und umgekehrt.

Entscheidend für die Beurteilung der Beschwerde ist ferner nur das, was in der Verurteilung, Feststellung oder Gestaltung liegt, wie sie das Endurteil zum Ausdruck bringt, nicht die Feststellung und Erwägung in der Begründung des Urteils, m. a. W. eine Appellation gegen

die Motive ist ausgeschlossen, auch anschlussweise. Das entspricht der heute geltenden, auch vom Bundesgericht vertretenen Auffassung (BG 41² 383) und wurde vom Appellationsgericht schon 1907 trotz der bekannten Kritik Heuslers (Zeitschr. f. Schweizer. Recht 34, 115) ausgesprochen und seither festgehalten. Darum muss aber auch auf die Fassung des Dispositivs grosse Sorgfalt gelegt werden; denn sehr oft entspringen aus einem undeutlichen Erkenntnis Zweifel und Irrtümer über die Tragweite des Urteils darüber, über welche Punkte unter den Parteien Recht geschaffen werden soll und gegen welche daher die Appellation statthaft ist. Namentlich müssen die Parteien klar erkennen können, ob über ihre Rechtsverhältnisse abgesprochen, ob eine Klage endgültig aus dem Rechte gewiesen, oder ob eine nochmalige Klage nötig ist.

Bei Widerklagen werden die gravamina nicht zusammengezählt, sondern jede Klage unterliegt gesondert der Appellation (entsprechend Bundesrechtspflege Art. 60²), wenn der erforderliche Nachteil vorliegt²). Das Gesetz enthält darüber nichts, ebensowenig über die Frage, wie es sich verhält, wenn Klage und Widerklage einander ausschliessen, also auf die gleiche causa zurückgehen und nur für eine von ihnen die Berufungssumme gegeben ist (Fälle bei Weiss, Berufung, S. 65). Schliessen sie sich aus, folgt also aus der Abweisung der Klage von selbst schon die Gutheissung der Widerklage und umgekehrt, so findet keine Doppelrechnung statt; das ergibt die Natur der Sache ohne gesetzliche Vorschrift. Damit ist auch die Frage gelöst, welcher Streitwert vorliege, wenn der Kläger in seinem Antrag eine Gegenforderung des Beklagten von seiner eigenen vollen Forderung abzieht und nur für den Rest Verurteilung verlangt. Das Appellationsgericht hat zwar in einem Entscheide vom Jahre 1879 dahin entschieden, der Streitwert sei gleich der ursprünglichen Forderung. Das würde auch für die Frage

²) Anders Zürich Gerichtsverfassung § 22.

der Appellationssumme gelten. Den gleichen Standpunkt nehmen ein die österreichische Zivilprozessordnung, Wach, Zivilprozess I 374, Kohler u. a. Diese Auffassung hat sich aber als unhaltbar erwiesen. Streitwert und Nachteil beruhen lediglich in der eingeklagten Summe. Nicht deswegen, wie etwa gelehrt wird, weil die Verrechnung zurückbezogen wird auf den Zeitpunkt, in dem die beiden Forderungen sich verrechenbar gegenübergestanden sind³⁾. Denn wenn die teilweise Tilgung durch Verrechnung auch erst auf den Tag der Verrechnungserklärung angenommen wird, also spätestens den der Klagerhebung, so bleibt eben für diesen Zeitpunkt nur die Restforderung bestehen. Die zutreffende Begründung scheint mir aus prozessualen Erwägungen hervorzugehen. Der Kläger fordert vom Beklagten die Bezahlung des Restbetrages, der sich nach Abzug der Gegenforderung des Beklagten ergibt. Hierüber muss das Urteil ergehen und nicht über mehr. Der Kläger verlangt nicht Feststellung seiner früheren vollen Forderung als selbständigen Entscheidungspunkt, sondern nur als Präjudizialpunkt. Beträgt die anfängliche Forderung 5000.— und wird davon infolge Selbstverrechnung nur ein Rest von 200.— eingeklagt, so beschränkt sich das Interesse beider Parteien darauf, ob der Beklagte dem Kläger 200.— zu leisten hat. Nach diesem Interesse werden die Parteien ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel einrichten. Es wäre in hohem Grade unökonomisch, wollte man angesichts des kleinen Restbetrages den Instanzenzug nach Massgabe der ganzen Forderung eröffnen. Allerdings muss der Richter Bestand und Höhe der ganzen Forderung prüfen, aber nicht anders, als wenn er die Erbenqualität einer Partei, das Zurechtbestehen eines Vertrages, das Grundeigentum bei Verletzung einer Servitut zunächst feststellen muss. Es verhält sich damit gleich wie bei der Einklagung von Zinsen oder eines Teil-

³⁾ OR 124² und B.G.B. 389, dazu Hellwig, System § 48 b II 1.

betrages eines Kapitals. Das Interesse im Einzelfall erschöpft sich in der Leistung der Zinsen oder des Kapitalteiles. Will der Beklagte über das ganze Rechtsverhältnis Gewissheit haben, so steht ihm die negative Feststellungsklage als Widerklage zu. Über die vom Kläger verrechnete eigene Schuld wird nicht entschieden, weil sie nicht im Streite ist. Hat sich der Kläger bei dieser Verrechnung geirrt, weil die Gegenforderung nicht bestand oder schon verrechnet war oder aus einem anderen Grunde, so kann er die Differenz später noch geltend machen, wenn er seinen Irrtum nachweist, gleichwie wenn er eine sonstige Tilgung irrtümlich angenommen hätte.

Kein Nachteil ist es, wenn eine Scheidungspartei im Urteil als schuldiger Teil erklärt wird. Denn diese Erklärung ist nicht Bestandteil des Dispositivs oder soll es jedenfalls nicht sein (Urteil des App.Ger. V 31, entsprechend Bundesgericht Bd. 47² 248).

Zeitlich ist der Nachteil, von dem eine Prozesspartei muss betroffen sein, um appellieren zu können, zu berechnen auf den Tag der Appellation. Vermindert er sich später durch Vergleich, Anerkennung, Zahlung, Verjährung usw., so dass der Rest unter die *summa appellabilis* sinkt, so fällt auch die Appellation dahin. Das ergibt sich aus Sinn und Bedeutung des Gesetzes, dass nur die Kürzung der Anträge des Appellanten, wie sie das angefochtene Urteil bringt, einen Appellationsgrund bilden kann, nicht die Differenz zwischen den Parteianträgen. Die Folge davon ist, dass wenn nur die Kosten streitig bleiben, die Hauptsache aber beigelegt ist, alsdann diejenige Instanz über die Kosten abspricht, welche nach ihrer Höhe zuständig ist, also allenfalls eine untere Gerichtsstelle (App.Ger. I, 275 von 1911).

Die Prozessordnung erwähnt schliesslich auch noch als Vorbehalt „die bundesgesetzlich angeordneten Appellationsfälle“, also insbesondere die Berufungen gegen Konkursbeschlüsse, Rechtsvorschläge in der Wechselbetreibung, Entscheide im Nachlassverfahren. Hier fällt

selbstverständlich überall das Erfordernis eines Nachtheiles ausser Betracht.

d) Legitimiert zur Appellation sind zunächst der ganz oder teilweise unterlegene Kläger oder Beklagte, also die sog. Hauptparteien, ausserdem aber auch die Nebenparteien, Streitberufener und Intervenient. Das Basler Recht geht in diesem Punkte nicht so weit wie das gemeine, wonach jede am Ausgang des Prozesses überhaupt interessierte Person, mochte sie in erster Instanz interveniert haben oder nicht, zur Appellation zugelassen war (Wetzell § 54⁶), sondern steht auf dem Standpunkt, den auch die Organisation der Bundesrechtspflege einnimmt: die Appellation der Nebenparteien hängt davon ab, ob sie bisher am Prozesse teilgenommen haben (Art. 66) und ausserdem, ob ihnen nach kantonalem Gesetz „Parteirechte“ zukommen⁴). Solche Parteirechte, welche ein selbständiges, von den Hauptparteien unabhängiges Recht auf Antragstellung, auf Behauptungen und Beweisanträge sichern, erteilt die Basler Prozessordnung den Nebenparteien. Der Streitberufene kann sich auf aussergerichtliche Beratungen des Streitverkündigers beschränken, also auf eigene prozessuale Rechte verzichten, oder „neben und gleich demselben schriftlich und mündlich seine Sache führen oder geradezu dessen Vertretung übernehmen“ (§ 22), und in appellablen Fällen von sich aus Appellation ergreifen, auch wenn über seine Regresspflicht nicht entschieden ist (§ 25). Der Intervenient, d. h. eine dritte Person, „die zwar einer Partei nicht regresspflichtig ist, aber an deren Sieg ein eigenes Interesse nachweisen kann“, ist zur Teilnahme und damit zur Appellation legitimiert (§ 26). Die Streitfrage, ob die Parteien vor Anhebung oder während des Prozesses auf die Appellation verzichten können, ist nicht gelöst, hat sich auch in der Praxis noch nie gestellt.

⁴) Die Berner Hauptintervention Ziv. Prozess Art. 40 ist in die Basler Prozessordnung nicht aufgenommen.

e) Anschlussappellation. Sie steht jedem Appellanten offen, ohne dass er einen „Nachteil“ von über 500 Franken erlitten hat, und auch bloss für die Kosten des Prozesses, sogar wenn ihm nicht der Ersatz seiner eigenen Anwaltskosten zugebilligt worden ist. Auch das ist gemeinen Rechtes (Wetzell § 56⁷¹). Hat eine Partei die Appellationsfrist verstreichen lassen, so ist sie von einer selbständigen Appellation unter allen Umständen ausgeschlossen. Sie kann aber den Anschluss erklären bis zum „Aktenschluss“, d. h. bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das vollständige Protokoll erster Instanz mit allen Akten den Parteien zur allfälligen Berichtigung oder Ergänzung vorgelegt wird, alsdann die Akten geschlossen und dem Appellationsgerichte übermittelt werden. Wird die Appellation nachträglich zurückgezogen, so fällt die Anschlussappellation von selbst dahin (§ 232), gleichgültig in welchem Zeitpunkt der Rückzug stattfindet, also bis vor der Urteileröffnung⁵). Dasselbe muss aber auch gelten, wenn die erklärte Appellation vom *judex a quo* nicht bewilligt wird oder hinterher die zweite Instanz wegen Fehlens der Appellationssumme auf die Appellation nicht eintritt (ähnlich Bundesrechtspflege Art. 70²). Eine eventuelle Appellation, wie sie einige schweizerische Prozessrechte haben (Zürich § 333, Anm. 1 bei Sträuli; Bern § 340, Anm. 3 bei Leuch), also eine Hauptappellation, deren Gültigkeit abhängig gemacht wird von der Hauptappellation der Gegenpartei, kennt Basel nicht. Die Partei soll wissen, was sie will. Sie kann die Appellation ergreifen und jederzeit wieder zurückziehen, wenn der Gegner sich beim Urteil beruhigt. Auch kann es sich füglich fragen, was zu geschehen hat, wenn beide Parteien eventuell appellieren. Da der ins Recht gerufene Dritte von sich aus, neben oder ohne die Hauptpartei zur Appellation legitimiert ist, selbst wenn über seine Regresspflicht nicht im gleichen Verfahren entschieden worden ist, so

⁵) Anders z. B. Zürich; Sträuli, Kommentar zu § 333 der P.O. Anm. 3.

ist auch Anschluss der Gegenpartei gegenüber dieser Hauptappellation statthaft. Dasselbe gilt für den Intervenienten (§ 26).

Die Anschlussappellation ist nicht beschränkt auf den Gegenstand der Appellation (wie z. B. Thurgau, ZPO 239). Wird nur gegen die Höhe eines Schadenersatzes appelliert, so kann der Appellant dennoch weiter ausholen und durch Anschluss auch die grundsätzliche Schadenshaftung weiterziehen.

II. Wirkung der Appellation.

a) Suspensiveffekt. „Die Appellation hindert den Eintritt der Rechtskraft und den Vollzug des Urteils“ (§ 222¹), besitzt also den sog. Suspensiveffekt. Damit ist die formelle und materielle Rechtskraft hinausgeschoben. Einerseits ist bei Leistungsurteilen die Vollstreckung gegen den Beklagten verschlossen und bei Gestaltungsurteilen die Rechtsänderung noch nicht vollzogen. Andererseits kann bei allen Urteilen die Einrede der abgeurteilten Sache noch nicht erhoben, eine urteilsmässige Feststellung unter den Parteien prozessual noch nicht verwendet werden. Zeitlich tritt Suspensiveffekt selbstverständlich nicht erst ein mit der Anmeldung der Appellation, sondern schon von der Verkündung des Urteils an und ohne Rücksicht darauf, ob die Appellation rechtzeitig (innert zehn Tagen nach der Urteilsöffnung) und formrichtig (schriftlich) beim *judex a quo* erfolgt ist. Erst wenn die Unterinstanz die Appellation verweigert hat, „hat die Exekution des Urteils ihren Fortgang bis zu allfälliger Einstellung durch das Appellationsgericht oder dessen Präsidenten“, was nicht nur den „Fortgang“, sondern den Vollzug überhaupt umfasst. Hat das untere Gericht die Verweigerung ausgesprochen, so kann sich der Appellant an die obere Instanz mit einer Beschwerde wenden, und diese wird endgültig über die Appellation Beschluss fassen. Inzwischen geht die Vollstreckung weiter, sofern eben nicht die obere Instanz sie sistiert hat. Diese Regelung hat zwar

zu keinen fühlbaren Unzukömmlichkeiten geführt, ist aber nicht praktisch, weil Eintritt und Hemmung der Rechtskraft nacheinander eintreten können. Es wäre richtiger, die Rechtskraft nicht eintreten zu lassen, bis endgültig über die Zulässigkeit der Appellation entschieden ist. Inhaltlich hindert die Appellation die Rechtskraft für das ganze Urteil, nicht etwa nur für den angefochtenen Teil. Denn der Appellant kann bei der Anmeldung der Appellation überhaupt sich nicht auf einzelne Teile der Entscheidung beschränken. Erst aus seinen Anträgen vor zweiter Instanz lässt sich ersehen, was er angreift. In den weitaus meisten Fällen werden auch nicht einzelne Teile, sondern das Dispositiv im ganzen gerügt. Übrigens hat auch die Erklärung des Appellanten, dass er es bei einem Teil des Urteils bewenden lasse, nicht die Rechtskraft für diesen Teil zur Folge und kann auch nicht eine Anerkennung im Prozess bedeuten, auf Grund deren die Rechtsöffnung verlangt werden könnte. Deshalb hat auch der Appellant kein Interesse, sich auf gewisse Punkte zu beschränken und sich damit dem Vollzug für das übrige auszusetzen. Wird eine Appellation endgültig verweigert oder nachträglich zurückgezogen, so ist das Urteil ex tunc rechtskräftig. Die Rechtskraft wird zurückbezogen auf die Tat der Urteilseröffnung⁶⁾. Das steht nicht im Gesetz, ergibt sich aber aus der prozessualen Rechtslage von selbst und ist nicht streitig. Besonders für die Gestaltungsklagen im Familienrecht ist diese Rückbeziehung wichtig.

b) Devolutiveffekt. Man versteht darunter den prozessualen Vorgang, der die Streitsache durch die Appellation an den höheren Richter zur neuen Entscheidung übergibt, aber auch das grössere oder kleinere Mass von Freiheit, die dieser gegenüber dem angefochtenen Spruch besitzt.

1. Nur die Entscheidung wird auf den übergeordneten Richter überwältzt, nicht die Vollstreckung. Diese bleibt,

⁶⁾ Nicht der Ausfällung des Urteils, wie z. B. Bern 334.

wenigstens zunächst, dem unteren Richter vorbehalten überall, wo nicht die Eintreibung einer Geldsumme, sondern die Realexekution in Frage steht. Ergeben sich Schwierigkeiten über diese, so entscheidet der Richter, welcher das Urteil erlassen hat (§ 255), d. h. über Einreden der Tilgung seit Erlass des erst- oder zweitinstanzlichen Urteils oder bei sonstigen Anständen über Art und Umfang der Vollstreckung ist nach rechtskräftiger Entscheidung des Appellationsgerichts nur dieses zuständig. Dagegen verbleiben die vorsorglichen Massregeln zur Ordnung der Besitzverhältnisse, der einstweilen festzusetzenden Unterhaltsbeiträge, der Kinderzuteilung, des Besuchsrechts usw. stets beim Richter erster Instanz.

2. Materiell gelten für die Devolution allgemeine Rechtsgrundsätze. Das Urteil zweiter Instanz darf nie hinter die Anträge der Parteien, die sie vor Appellationsgericht stellen, zurückgehen, d. h. kein Urteil darf in pejus des Appellanten reformiert werden. Selbstverständlich kann die zweite Instanz nicht weiter gehen, als was noch streitig ist. Sie darf nicht eine Prozessabweisung oder eine Abweisung zur Zeit in eine materielle Abweisung des Klaganspruches umwandeln. Ist nur Feststellung streitig, so darf nicht auf Leistung verurteilt werden usw.⁷⁾

Der zweiten Instanz wird der gesamte Prozesstoff, Prozessschriften und Beilagen, Expertengutachten, Protokolle u. a. übergeben. Auf Grund dieses Aktenmaterials entscheidet sie vollständig frei, in iure et facto. Auch Verfahrensmängel, Prozessvoraussetzungen können angefochten werden. Die zweite Instanz kann die von der ersten erhobenen Beweise anders würdigen und die tat-

⁷⁾ Eine Ausnahme findet sich in dem eigentümlich ausgestalteten Expropriationsverfahren bei Anlegung und Korrektur von Strassen. Hier kann das Appellationsgericht „auch andere Punkte als die, gegen welche appelliert worden ist, abändern“ (§ 31¹ des Strassengesetzes), im Interesse einer einheitlichen, für sämtliche Anwänder einer Strassenstrecke verbindlichen Festsetzung der Höhe der Beiträge.

sächlichen Feststellungen abändern, ergänzen oder einschränken. Rechtlich steht ihr frei, aus anderen Gesichtspunkten den Entscheid zu treffen, einzelne Einreden herauszugreifen und hieraus zu urteilen, ohne auf die übrigen Vorbringen der Parteien einzutreten. Namentlich ist sie nicht verpflichtet — und darauf wird mit Recht Gewicht gelegt — den Parteien auf jede von ihnen vorgebrachte Begründung zu antworten. Das Urteil ist nicht ein Gutachten, das den Parteien die Auffassung des Gerichts über sämtliche bestrittenen Punkte kundgibt, sondern soll selbständig aufgebaut sein, aufgebaut auf den nach der Urteilsfindung dem Gerichte für den Entscheid als erheblich in Betracht kommenden Tatsachen und rechtlichen Erwägungen. Wo das Gericht selbst eine zur Entscheidung führende Erwägung für sehr diskutabel hält, wo „Grenzfälle“ vorliegen oder auch etwa wo der einen Partei aus ernstlichen prozessualen oder materiellen Interessen daran gelegen ist, die Meinung des Gerichtes auch in andern Fragen zu erfahren, wird es geneigt sein, über das Mass des Notwendigen hinauszugehen. Allein davon abgesehen soll sich der Richter, nach der herrschenden Auffassung in der Praxis, nicht weiter binden, als der Entscheid es erfordert, und sich nicht ohne Not über Fragen aussprechen, die er offen lassen kann und die sich in andern Fällen wieder unter ganz andern tatsächlichen Umständen präsentieren können.

Der der ersten Instanz vorgelegene Prozesstoff kann aber im Gegensatz zur bundesgerichtlichen Berufung, bei der neue Behauptungen und Beweise ausgeschlossen sind, erweitert werden, sei es dass Prozessschriften, die die erste Instanz zurückgewiesen hat, zugelassen oder von ihr abgelehnte Beweisanträge berücksichtigt werden, sei es, dass die Parteien mit neuen Behauptungen oder Beweisanträgen vor zweiter Instanz aufrücken.

a) Die prozessleitenden Verfügungen der ersten Instanz über die Zulassung oder Zurückweisung von Eingaben unterliegen der Überprüfung durch die zweite Instanz.

So nach der Praxis, obschon das Gesetz hierüber nichts bestimmt. Nach der in der Basler Prozessordnung herrschenden *Eventualmaxime* darf der Präsident der ersten Instanz solche *nova* nur zulassen, wenn die Partei „vorher dazu keine Veranlassung hatte oder sonst dafür triftige Gründe vorliegen“, ähnlich wie auch eine Klagänderung nur bei triftigen Gründen statthaft ist (§ 79/81). Beruhigt sich die abgewiesene Partei nicht bei dieser Verfügung, so entscheidet die Gerichtskammer in der mündlichen Verhandlung. Gegen eine abermalige Abweichung ist die Beschwerde an die obere Instanz gegeben, aber nur gegen das Endurteil (§ 82a). Zweierlei geht daraus hervor. Einmal die Strenge der *Eventualmaxime*. Sie beherrscht grundsätzlich den Basler Zivilprozess, der auch in diesem grundlegenden Punkte auf dem gemeinen Prozess beruht und, was eng damit zusammenhängt, auf der Schriftlichkeit des Verfahrens bis zur mündlichen Verhandlung. Die Strenge wird aber bedeutend gemildert durch das Fragerecht des Richters, die Zulassung nachträglicher Eingaben bei triftigen Gründen und das für genauere Substanziierung des Tatsachenmaterials und der Beweise bestimmte Vorverfahren, so dass also gesetzlich der Rahmen für eine erhebliche Abschwächung der *Eventualmaxime* durchaus gegeben ist. Nur hängt der Gebrauch dieser Ventile wesentlich ab von der Hand des prozessleitenden Richters, welche je nach der Einstellung des einzelnen verschieden tätig sein kann. Als lästig wird die *Eventualmaxime* hauptsächlich da empfunden, wo der Kläger sich genötigt sieht, ein Rechtsverhältnis mit dem Gegner in seinem vollständigen Zusammenhang darzustellen, weil er nicht weiss, was von seinen Klagbehauptungen bestritten wird und nicht Gefahr laufen will, mit einer späteren Ergänzung abgewiesen zu werden, weil das zum Klagfundament gehöre. Auch da kann durch eine vernünftige, den Umständen billig Rechnung tragende Anwendung der mildernden Ausnahmen geholfen werden; aber die Hilfe hängt vielfach vom Ermessen des Präsidenten

und der Gerichtskammer ab. Immerhin ist es doch bemerkenswert, dass vor kurzer Zeit ein aus Anwaltskreisen hervorgegangener Vorstoss zu grundsätzlicher Einschränkung der Eventualmaxime im Sande verlaufen ist, nachdem die Beteiligten selbst die Gefahr einer Verschleppung nicht übersehen hatten und die Vorzüge des bisherigen Systems nicht preisgeben wollten. Damit ist selbstverständlich das Urteil über die Berechtigung der Eventualmaxime nicht gesprochen. Noch bezeichnender für ihre Einschätzung ist es, dass die Parteien von der ihnen bei der Teilrevision der Prozessordnung gewährten Nichtigkeitsbeschwerde wegen verweigerter Zulassung nachträglicher Eingaben sozusagen keinen Gebrauch gemacht haben.

Der zweite Punkt, der sich aus der oben dargestellten Stellung der Appellationsinstanz ergibt, ist ihre vollständige Freiheit in der Überprüfung der Zulassung des Prozesstoffes. Abgesehen von der erwähnten Nichtigkeitsbeschwerde ist sie frei, erstinstanzlich zurückgewiesene Eingaben dem Prozesstoff einzuverleiben. Tut sie dies, so weist sie allfällig dadurch bedingte neue Beweisaufnahmen oder Untersuchungen nicht an die erste Instanz zurück, sondern nimmt sie selber vor (§ 238).

b) Neue, der ersten Instanz nicht vorgelegte Tatsachen und Beweismittel kann die zweite Instanz nur zulassen, wenn sie den Parteien erst seit dem angefochtenen Urteil bekannt geworden sind oder wenn sie „vorher keinen Anlass zu deren Vorbringen gehabt hat“ (§ 237). Auch hier liegt eine Wirkung der Eventualmaxime vor. Die meisten schweizerischen Prozessordnungen gehen hierin weiter und lassen nova unbeschränkt zu, eventuell mit Ordnungsbussen wegen Verspätung. Dass eine Partei tatsächliche Vorgänge und Beweismittel, die ihr während des erstinstanzlichen Verfahrens überhaupt nicht bekannt waren, noch in zweiter Instanz vorbringen kann, ist klar und dadurch gerechtfertigt, dass die Appellation eine Weiterführung („Weiterziehen“) des Prozesses ist, nicht nur eine

Überprüfung der rechtlichen Entscheidung. Gerade darin besteht die Devolution. Tatsachen oder Beweismittel, zu deren Vorbringen vorher kein Anlass war, obschon sie der Partei schon im bisherigen Verfahren bekannt waren, sind in der Praxis nicht häufig. Das Vorbringen kann veranlasst werden durch das Beweisergebnis vor erster Instanz oder durch das Urteil selbst, das einen von den Parteien nicht beachteten neuen rechtlichen Gesichtspunkt enthält, den es nun zu widerlegen gilt. Die Praxis besonders der zweiten Instanz der letzten Jahre hat immer mehr die Neigung, die Türe für nova möglichst weit zu öffnen und Entscheidungen aus formalen Erwägungen der Verspätung und der Versäumnis zu verhüten. Alle neuen Anträge sind der Gegenpartei zur Vernehmlassung zu überweisen und werden, wenn sie zulässig, d. h. nicht verspätet oder erheblich sind, entweder zur Beurteilung an die erste Instanz zurückgewiesen oder von der zweiten selbst behandelt, obgleich damit den Parteien eine Instanz verloren geht.

III. Die Entscheidung!

Nach dem Vorausgegangenen kann die Entscheidung des Appellationsgerichts lauten auf:

- a) Nichteintreten, also auf Prozessabweisung;
- b) Rückweisung zur neuen Sachentscheidung oder, wenn die zweite Instanz ihre Zuständigkeit zur ersten bejaht, Ansetzung einer neuen Antwortfrist an den Beklagten;
- c) in der Sache selbst Bestätigung oder Aufhebung des Urteils und neue Entscheidung.

Prozessentscheidungen sind selten. Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, welche nachträglich erfüllt werden kann, liegt also z. B. ein Mangel in der Vollmacht oder in der Kostenhinterlegung vor, der erst in der zweiten Instanz entdeckt worden ist, so wird das Gericht die Verbesserung verlangen und nur dann, wenn dem Mangel

nicht abgeholfen wird, auf Nichteintreten erkennen. Handelt es sich aber um einen dauernden Mangel, ist also etwa der Kläger nicht prozess- oder rechtsfähig (ein Minderjähriger hat ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters geklagt; einem klagenden Verein fehlt die Rechtspersönlichkeit), so wird auf die Sache nicht eingetreten. Die Prozessabweisung schliesst eine neue Klage auf verbesserter Grundlage nicht aus.

Mit der Sachentscheidung tritt die Rechtskraft ein, soweit nicht die bundesgerichtliche Berufung erklärt wird. Deren Erklärung hindert die Rechtskraft auch dann, wenn die Berufung formell nicht zulässig ist, auf so lange, bis das Bundesgericht die Unstatthaftigkeit ausgesprochen hat. Wird nur über einen Teil des Klaganspruches entschieden und der Rest ad separatum verwiesen, so erwächst dieser Teil in Rechtskraft. Ist das Urteil bedingt erlassen, d. h. ein alternatives Urteil gesprochen mit zwei Dispositiven, dem einen für den Fall der Erfüllung und dem zweiten für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung, so beginnt die Rechtskraft da, wo die bundesgerichtliche Berufung nicht gegeben ist, nicht schon mit der Urteilsverkündung, sondern erst mit der Erfüllung der Bedingung. Tritt diese nicht ein, wird also beispielsweise das einer Partei auferlegte Handgelübde nicht geleistet, so erhält das Urteil die Rechtskraft erst mit der Ablehnung des Handgelübdes. Denn es handelt sich um eine Beweisergänzung, und bevor der Beweis ergänzt ist oder mangels Ergänzung als misslungen gilt, ist das Schicksal der Klage ungewiss.

Das Gesetz kennt aber für alle Urteile eine vorläufige Vollstreckung, von der freilich fast kein Gebrauch gemacht wird (§ 224). In Wechselsachen und in sonstigen Fällen, wo der Aufschub des Vollzuges des erstinstanzlichen Urteils der siegenden Partei sehr grosse Nachteile zufügen würde, kann das Zivilgericht auf Antrag die einstweilige Vollziehung oder angemessene Sicherheitsmassregeln trotz der Appellation anordnen, wenn für all-

fällige dem Gegner daraus entstehende Nachteile Sicherheit geleistet wird. Die Bestimmung beschleunigt also nur die Vollziehung erstinstanzlicher Urteile gegenüber eingelegter Appellation, nicht aber etwa diejenige zweitinstanzlicher Urteile gegenüber der bundesgerichtlichen Berufung (was übrigens auch nicht zulässig wäre; vgl. Weiss, Berufung, S. 111, 113). Bundesrechtlich ist gegen die vorläufige Vollstreckung nichts einzuwenden. Nur ist sie beschränkt auf den Wechselprozess im ordentlichen Verfahren und nicht anwendbar auf das Betreibungsverfahren. Darum ist bei Abweisung des Rechtsvorschlages gegen eine Wechselbetreibung für eine vorläufige Vollstreckung, die ja nur in der Anrufung des Konkurses bestehen könnte, kein Raum.

IV. Das Appellationsverfahren

ist in den Hauptzügen folgendes. Die Appellation wird innert zehn Tagen seit der Verkündung des motivierten Urteils beim Richter erster Instanz angemeldet, von ihm geprüft auf ihre gesetzliche Zulässigkeit und bewilligt oder, wenn er gesetzliche Anstände findet, dem urteilenden Gericht zur Bewilligung oder Verweigerung vorgelegt. Gegen die Verweigerung kann sich der Appellant beim Appellationsgericht beschweren, so dass also im Streitfalle der *judex ad quem* die Appellation bewilligt. Darauf erfolgt der Aktenschluss, d. h. eine Verhandlung vor einem Beamten der Gerichtsschreiberei, bei welchem die Parteien gegen die Vollständigkeit der Akten und die Richtigkeit des Protokolles Einsprache erheben und sofortige Ergänzung und Berichtigung verlangen können. Ist das geschehen, so werden die Akten geschlossen. Sie werden aber der zweiten Instanz erst übergeben, wenn gleichzeitig durch den Appellanten die ihm im Urteil auferlegten Kosten, auch die Prozessentschädigung an die Gegenpartei, erlegt und nötigenfalls Kautions für die Kosten zweiter Instanz geleistet ist. Auch ein Gesuch um Kostenerlass

für die zweite Instanz muss beim Aktenschluss gestellt werden. Kommt der Kostenpunkt bis zum Aktenschluss nicht in Ordnung, so fällt die Appellation dahin, sie wird „desert“ erklärt, ebenso wenn nach Verweigerung des Kostenerlasses und daheriger Einforderung der Kautions diese nicht geleistet wird. In den auf den Aktenschluss folgenden zehn Tagen hat der Appellant die Anträge, die er vor zweiter Instanz stellen will, bei dieser einzureichen, wiederum unter Androhung des Dahinfallens der Appellation. Ein Begründungszwang besteht nicht. Der Appellant kann, muss aber nicht seine Anträge begründen, der Appellat darauf antworten. Wesentlich ist, wie übrigens auch nach der Novelle von 1924 zur deutschen Zivilprozessordnung (§ 519), dass genau gesagt wird, wie weit das Urteil angefochten wird. Eine Begründung dieses Antrages ist bei der Revision der baslerischen Prozessordnung vom Jahre 1924 aus Anwaltskreisen verlangt und gewährt worden, in der Meinung allerdings, dass die Begründung nur entweder nova oder wenigstens neue rechtliche Gesichtspunkte enthalten dürfe, welche bisher nicht diskutiert worden, vielleicht erst in dem angefochtenen Urteil aufgetaucht sind. Die Praxis hat aber gezeigt, dass in den meisten Fällen vom Appellanten lediglich das schon in den Prozessschriften und in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte wiederholt wird, wodurch eine unnötige Vielschreiberei entsteht und der Gegner ebenfalls zu einer überflüssigen Eingabe gereizt wird, während doch alles das zur zweitinstanzlichen Verhandlung gehört. Was hier von der Appellation gesagt ist, gilt auch von der Anschlussappellation.

Das Appellationsgericht urteilt auf Grund der Aktenzirkulation und der mündlichen Verhandlung. Erscheint der Appellant nicht zur Verhandlung, so wird die Appellation desert erklärt und das angefochtene Urteil erhält Rechtskraft. Bleibt der Appellat aus, so wird ohne ihn verhandelt und das Urteil gesprochen.

V. Rückzug der Appellation.

Die Appellation kann in jedem Stadium des Prozesses ohne zeitliche Beschränkung zurückgezogen werden, von ihrer Anmeldung bis zur Eröffnung des zweitinstanzlichen Urteils, also selbst nachdem eine Beratung vor Appellationsgericht schon stattgefunden hat oder wenn die Sache zur zweiten Beratung oder zur Anordnung von Beweisaufnahmen durch die zweite Instanz ausgestellt worden ist (App.Ger. Bd. III, 181). Das hat da, wo die Beratung öffentlich vor sich geht, unter Umständen zur Folge, dass der Appellant die Möglichkeit erhält, die voraussichtliche Gutheissung einer Anschlussappellation zu vereiteln. Das ist aber eine Folge der Unselbständigkeit des Anschlusses. Mit dem Rückzug der Appellation erwächst das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft auf den Zeitpunkt seiner Eröffnung. Gleichzeitig fällt ein allfälliger Anschluss dahin.

Die Beschwerde.

I. Die Voraussetzungen der Beschwerde.

Nach dem geltenden Gesetz gibt es vier Beschwerdegründe (§ 242):

1. Wesentliche Verfahrensmängel mit Rechtsnachteil für den Beschwerden, gegen alle, auch appellable Urteile;
2. Willkür bei nichtappellablen Urteilen;
3. unrichtige Entscheidung in Vollstreckungssachen, soweit keine Appellation gegeben ist;
4. unrichtige Entscheidung in Zuständigkeits- und Gerichtsstandsvorfragen, soweit eine Appellation gegeben ist. Dazu ist noch folgendes zu bemerken:

ad 1. Hier liegen die typischen Voraussetzungen der Nichtigkeitsbeschwerde vor.

a) Förmliche Verweigerung des rechtlichen Gehörs in den verschiedensten Arten, im äusseren Gang des Verfahrens, durch Rückweisung von Prozessschriften, von

Klagänderungen, durch Beschränkung der Verhandlung auf ein gewisses Mass oder auf bestimmte Punkte, durch Überschreiten der Parteianträge (*ne eat iudex ultra petita partium*), Unvollständigkeit des Urteils, weil über einzelne Anträge nicht entschieden worden ist (z. B. Zins oder Kosten), Ablehnung einzelner Beweisanträge oder Beweismittel u. a. m.

b) Fehlen von Prozessvoraussetzungen auf Seiten der Parteien, die der Richter angeblich hätte erkennen und dementsprechend ergänzen oder dann auf Prozessabweisung erkennen müssen; oder umgekehrt irrtümliche Annahme des Vorhandenseins von Prozessvoraussetzungen. Dazu sollte vor allem die Zuständigkeit für den Beklagten in örtlicher Beziehung gehören, die aber, wie schon erwähnt, in appellablen Fällen anders geordnet ist. Endlich die Rechts- und Prozessfähigkeit, die Bevollmächtigung, Kostenleistung usw.

c) Verletzungen der Gerichtsverfassungen in der Frage der Gerichtsbarkeit, der Gerichtsbesetzung und dergl.

Bei alledem steht nicht die materielle Richtigkeit eines Urteils in Frage, sondern die formelle Grundlage und Durchführung des Verfahrens. Es ist nicht einmal nötig, dass das Gesetz ausdrücklich die Gültigkeit des Prozesses davon abhängig macht. Das ergibt sich schon aus Wesen und Zweck der gesetzlichen Vorschriften. Die Einrede der *res judicata* und der *Litispandez* sind im Basler Prozess als Voraussetzungen für die Gültigkeit des Verfahrens aufgeführt, vor deren Beurteilung durch das Gericht der Beklagte sich nicht auf die Sache selbst einzulassen braucht (§ 58). Er kann es aber im gleichen Schriftsatz tun. Im ersteren Falle wendet er die Rechtskraft eines früher ergangenen Urteils ein, im zweiten die bereits an einem Gericht erfolgte Einklagung des gleichen Anspruches und Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses unter den gleichen Parteien. In beiden Fällen soll ein Doppelurteil in der gleichen Sache vermieden, also dem Gerichte die Befugnis zur sachlichen Behandlung der Streitsache

abgesprochen werden, ohne dass auf sie selbst eingetreten wird. Die Einreihung dieser beiden Punkte unter die Prozessvoraussetzungen ist daher wohlbegründet⁸⁾.

Die Beschwerde ist allgemein gegeben gegen „Endurteile“. Auch wenn diese appellabel sind, läuft neben der Appellation das Beschwerderecht, wenn gleichzeitig ein Beschwerdegrund vorliegt (§ 82a). Das ist eine Neuerung der letzten Novelle von 1924. Vorher mussten Beschwerdepunkte wegen Formfehlern im Verfahren in appellablen Fällen durch die Appellation geltend gemacht werden, was zur Folge hatte, dass die unterliegende Partei sowohl das Verfahren als solches anfechten, als auch gleichzeitig schon den Kampf um die materielle Richtigkeit des Urteils durchführen und dabei namentlich zuerst sämtliche ihr auferlegten Kosten erster Instanz deponieren musste, also auch wenn zunächst die Gültigkeit des Entscheides in Frage stand. Diese Härte ist nun beseitigt, und zwar sind beide Rechtsmittel so miteinander verbunden, dass wenn die Beschwerde abgewiesen, also die Gültigkeit des Urteils anerkannt ist, alsdann die Appellationsfrist neu zu laufen beginnt. Die Erhebung der Beschwerde nötigt nicht zur Kostenhinterlegung. Die scheinbare Einfachheit der Verbindung zweier Gesichtspunkte in einem Verfahren hat also aus Gründen der Billigkeit und Zweckmässigkeit einer Zweispurigkeit des Verfahrens weichen müssen. Es hat sich allerdings auch hier herausgestellt, dass das praktische Bedürfnis nach dieser Neuerung sehr klein war, denn die Beschwerden gegen appellable Urteile sind eine grosse Seltenheit. Im übrigen versteht die Praxis unter Endurteilen nicht nur die Sachentscheidungen, sondern in möglichster Ausdehnung der Beschwerdemöglichkeit auch alle nach kontradiktorischer Verhandlung erlassenen Verfügungen, Prozesskostenentscheide, Verweigerung des Kostenerlasses, Moderation von Kosten-

⁸⁾ Dazu Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes § 97 III 1. Ähnlich Bern, Zivilprozess 191/192.

rechnungen, Verfügungen vorsorglicher Art, Besitzeinweisung und Besitzwiederherstellung, Verbote gegen vertragswidriges oder deliktisches Verhalten u. a., soweit es sich nicht um prozessleitende Verfügungen innerhalb eines Prozessverfahrens, sondern um solche ausserhalb eines Prozesses handelt.

Endlich setzt die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verfahrensmängel voraus, dass der Beschwerdeführer durch das Urteil einen „Rechtsnachteil“ erlitten habe, „da sonst kein praktischer Grund dazu vorliegt“, bemerkt Heusler im Bericht an die gesetzgebende Behörde zum Entwurf. Gewiss mit Recht. Wo sich mit Sicherheit sagen lässt, dass auch bei vollständiger Einhaltung der Verfahrensvorschriften die Partei keinen anderen materiellen Entscheid hätte erwarten dürfen, hat die Beschwerde keinen Sinn. Höchstens als Dienstbeschwerde kann sie von der Aufsichtsbehörde verwertet werden. Der Rechtsnachteil muss in einer tatsächlichen oder möglichen Verschlechterung des Prozessergebnisses bestehen. Das wird immer dann der Fall sein, wenn der äussere Gang des Verfahrens gestört oder in den Prozessvoraussetzungen ein Fehler begangen worden ist. Wie aber, wenn eine Partei sich dadurch beschwert fühlt, dass sie mit einem nachträglichen Vorbringen nicht mehr gehört worden ist, sei es wegen Verspätung, sei es deswegen, weil der Richter das Vorbringen für unerheblich für den Entscheid erachtet, wo also Ermessensfragen zu lösen sind? Da wird im ersten Falle die Beschwerdeinstanz die Ermessensentscheidung des unteren Gerichtes überprüfen und im zweiten den Streit selbst materiell untersuchen müssen, so dass also hier im Grunde wiederum eine appellatorische Tätigkeit ausgeübt wird.

ad 2. Die sog. Willkürbeschwerde hat zuerst die Praxis des Appellationsgerichts eingeführt (Entscheidungen Bd. 3, 156), und sie ist dann mit der Novelle im Jahre 1924 in das Gesetz aufgenommen worden. Der Zweck war, in Fällen von offensichtlichen Fehlurteilen, bei Verstoss

gegen klares Recht den davon Betroffenen nicht zum staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht zu nötigen, sondern die Möglichkeit zu gewähren, den Fehler zu Hause reparieren zu lassen. Gesetzlich gestützt wurde sie darauf, dass eine materiell willkürliche Entscheidung einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleichkomme, also einen Mangel im Verfahren bedeute. Später wurde sie als selbständige Willkürbeschwerde neu geschaffen. Vom prozessualen Gesichtspunkt aus ist dadurch eine Appellation eingeführt worden, durch die ein Missgriff in der materiellen Beurteilung eines an sich nicht appellablen Urteiles wiedergutmacht werden soll, in dem beschränkten Rahmen der Willkür, d. h. nur wenn sich der angefochtene Entscheid in keiner Weise durch das freie Ermessen des Richters in der rechtlichen Beurteilung und Beweiswürdigung halten lässt⁹⁾. Dass das Rechtsmittel vielfach missbraucht wird, wo von Willkür keine Rede sein kann, ist eine Erfahrung, die wohl allerorts auf diesem Gebiete gemacht wird. Behauptete Verfahrensmängel und vermeintliche materielle Willkür liegen oft sehr nahe beisammen. Die beiden Gesichtspunkte sind mitunter nicht leicht voneinander zu unterscheiden. Wenn der Richter eine Klagbehauptung oder eine Einrede nicht beachtet und sich nicht darüber ausgesprochen hat, liegt dann Verweigerung des rechtlichen Gehörs, also ein Fehler im Gang des Verfahrens, oder eine willkürliche sachliche Entscheidung vor? Man wird sich eher für das zweite entscheiden, wenn man, was richtig zu sein scheint, das Gravamen des Verfahrensmangels auf den äusseren Gang, auf die Formalien des Prozesses und die Prozessvoraussetzungen beschränkt.

⁹⁾ Ablehnung gestellter Beweisanträge kann auch, wenn sie materiell nicht begründet erscheint und zu einem unrichtigen Urteil führt, doch nur dann Gegenstand einer Beschwerde bilden, wenn eine offenbare Rechtsbeugung oder ein Verfahren vorliegt, das einer Verweigerung des Gehörs gleichkommt, siehe Entsch. d. App.G. Bd. 3, 66. Dazu Leuch, Berner Prozessordnung § 360.

ad 3. Warum derartige Exekutionsurteile eines besonderen Rechtsschutzes teilhaftig geworden sind, ist nicht ohne weiteres klar. Die Gesetzesmotive sagen nur, man könne „nicht wohl“ den Präsidenten oder die Gerichtskammer endgültig über Urteile fremder Gerichte absprechen lassen. Dagegen lässt sich doch die Frage aufwerfen, ob Schiedssprüchen und ausländischen Urteilen ein grösserer Respekt gebühre als den eigenen. Wenn über niedrigere Streitwerte in der Sache selbst ohne Appellation abgesprochen werden kann, so ist nicht einzusehen, warum blosse Vollstreckungsurteile einer Kontrolle durch die Beschwerde bedürftig sind. Eher liesse sich verteidigen, dass in Vollstreckungssachen eine einheitliche Rechtsprechung durch die höhere Instanz ermöglicht werden sollte.

ad 4. Die Zuständigkeitsentscheide, die bejahenden und verneinenden, unterliegen in appellablen Sachen einer selbständigen Appellation und nicht der Beschwerde, unter welche sie als Prozessentscheide eigentlich gehören. Für nicht appellable Fälle dagegen, also auch für Urteile der gewerblichen Schiedsgerichte, ist die Beschwerde gegeben.

II. Das Verfahren.

Das Beschwerdeverfahren geht schriftlich vor sich. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage seit der Mitteilung des angefochtenen Urteils. Die Beschwerdefrist wird, sofern sie sich nicht sofort als unstatthaft herausstellt, der Gegenpartei und je nach Bedürfnis dem unteren Gerichte zur schriftlichen Beantwortung zugestellt. Erweist sie sich von vornherein als aussichtslos, so wird sie ohne weitere Erhebungen behandelt.

III. Die Wirkung der Beschwerde.

Eine unbegründete Beschwerde wird abgewiesen (§ 244), eine begründete hat die Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Folge sowie entweder die Rückweisung

an die erste Instanz oder die Ersetzung durch ein eigenes Urteil der Beschwerdeinstanz. Die Beschwerde hindert die Vollstreckung des angefochtenen Urteils nicht, es sei denn, dass die Beschwerdeinstanz das Gegenteil anordnet. Die Beschwerde ist also entweder Kassation oder Reformation, eine Vermischung, die Heusler selbst in seiner Arbeit über die Nichtigkeitsbeschwerde bedauert. In der Tat erscheint es mit dem Begriff der Nichtigkeitsbeschwerde schwer vereinbar, dass die Beschwerdeinstanz die Entscheidung der Sache an die Hand nimmt, wozu sie im übrigen nach der Gerichtsverfassung gar nicht zuständig wäre. In Bagatellsachen hat dies nicht viel zu bedeuten. Man stelle sich aber einmal vor, dass eine Zivilkammer erster Instanz in einem umfangreichen Prozess von Wichtigkeit eine für den ganzen Streit entscheidende nachträgliche Eingabe als verspätet zurückgewiesen hat. Da kann die zweite Instanz die Eingabe zulassen und das ganze Beweisverfahren vornehmen, so dass den Parteien eine Instanz verloren geht. Der Beschwerderichter wird eben auch hier, wie überall in Zweifelsfällen, je nach der Prozesslage in gerechter Abwägung der Interessen den richtigen Weg suchen müssen.

Die Revision.

Die Stellung der Revision im Basler Zivilprozess entspricht derjenigen der Restitution im gemeinen Recht. Mit der Nichtigkeitsbeschwerde gemeinsam hat sie das Ziel, nämlich die Aufhebung eines Urteils und die Ersetzung durch ein neues. Während aber die Beschwerde sich zeitlich an das Urteil unmittelbar anschliesst und auf dem gleichen Prozesstoffe beruht, beginnt die Revision ihre Wirkungen erst zu entfalten, nachdem die Rechtskraft eingetreten ist und auf Grundlage neuer Tatbestandsmomente. Dabei muss selbstverständlich vermieden werden, die Wirkungen einer zeitlich unbegrenzten oder doch sehr weit ausgesteckten Appellation auf Grund beliebiger

nova in die Restitution einzuschleppen. Daher die Beschränkung auf bestimmte Kategorien von neuen Beweismitteln und auf durch verbrecherische Einmischungen zustande gekommene Urteile. Diese beiden Arten von Restitutionsgründen findet man allenthalben im gemeinen Recht, in den kantonalen Prozessordnungen, im deutschen Zivilprozess. Nur die Auswahl im einzelnen weicht voneinander ab. Die Revision ist ein ausserordentlicher Rechtsbehelf und nur subsidiär verwendbar, also nicht zugänglich, wenn der Erfolg der Revision auf dem Wege der Appellation, der Berufung an das Bundesgericht oder im Beschwerdeverfahren hätte durchgesetzt werden können.

Die baslerische Revision kennt als Revisionsgrund:

1. Die durch ein rechtskräftiges Strafurteil vollzogene Feststellung, dass auf das Zivilurteil durch ein Verbrechen eingewirkt worden ist, entweder Einwirkung auf die Person eines Richters oder im Prozessrechtsverhältnis der Parteien, also namentlich Bestechung eines Richters oder Amtsmissbrauch (nicht disziplinarische Verfehlungen, Aktenunkenntnis, Schlafen während der Verhandlung), sodann Einwirkungen von Verbrechen im Gang des Prozesses durch falsches Zeugnis, falsches Handgelübde, gefälschte oder verfälschte Urkunden u. a. Wie weit allenfalls auch „die Lüge im Prozess“, das bewusste Irreführen des Richters durch eine Partei vermittelt doloser Prozessführung unter die verbrecherische Einwirkung fällt, ist eine Frage für sich und hier nicht zu behandeln. Es ist klar, dass in diesem Falle, wo das ganze Urteil an einem unheilbaren Mangel krankt, für den Aufbau des neuen Urteils die Parteien frei sind, auch neue, seither entstandene Tatsachen und Beweismittel vorzubringen.

2. Die zweite Gruppe von Revisionsgründen reiht sich unter die Nova des Zivilprozesses, ist aber beschränkt auf „entscheidende Urkunden“ (öffentliche und private), welche eine Partei aufgefunden hat, die sie in früheren Prozessen nicht beibringen konnte. Ausgeschlossen sind daher neue Parteibehauptungen tatsächlicher Natur, soweit

sie nicht durch neue Urkunden überhaupt erst ans Tageslicht getreten sind. Ausgeschlossen werden alle unerheblichen Urkunden, die für den Revisionskläger in früheren Verfahren rechtlich nicht in Betracht gekommen wären, und solche, welche die Partei früher hätte beibringen können, die ihr also nicht nur unbekannt waren, sondern die sie auch bei der ihr in der Prozessführung zuzumutenden Sorgfalt nicht hatte entdecken oder ermitteln können¹⁰). Der Erbe hat es nicht in der Hand, eine Urkunde, die er im Nachlass des Erblassers vorfindet, zu einer Revision eines zu Ungunsten des Erblassers ergangenen Urteils zu verwenden, wenn der Erblasser in der Lage gewesen wäre, die Urkunde rechtzeitig vorzulegen. Die Urkunden, die erst errichtet worden sind nach Erlass des Urteils oder doch nach der letzten Prozesshandlung, in der sie hätten produziert werden können, sind nicht zulässig; denn solche hat die Partei nicht nachträglich aufgefunden. Mit diesen Einschränkungen ist der Revision nach dieser Richtung eine sehr enge Grenze gezogen. Praktisch bildet sie denn auch eine grosse Seltenheit im Gerichtsleben. Das Appellationsgericht hatte in einer Zeitspanne von über 20 Jahren im ganzen zwei Revisionen zu behandeln.

Das Revisionsgesuch ist zulässig innerhalb eines Monats nach Kenntnis des Strafurteils oder nachdem die Partei von der neu aufgefundenen Urkunde Gebrauch machen konnte und ist überhaupt ausgeschlossen nach Verlauf von zehn oder fünf Jahren nach Rechtskraft des Zivilurteils. Zuständig ist der Richter, welcher das Urteil erlassen hat, also bei nicht appellierten oder nicht appellabeln Urteilen die erste Instanz, sonst die zweite. Hat das Bundesgericht im Berufungswege in dritter Instanz geurteilt, so ist nur die bundesrechtliche Revision statthaft. Die Gegenpartei ist im Gegensatz zum Revisions-

¹⁰) Vgl. Deutsche Zivilprozessordnung 582 („ohne Verschulden“). Darum auch mit Recht Zürich 351: „Welche der Revisionskläger selbst bei Anwendung des erforderlichen Fleisses nicht rechtzeitig hätte beibringen können.“

kläger vollständig frei in der Verteidigung. Sie kann sich nicht nur durch Gegenbeweise, sondern auch durch neue tatsächliche Behauptungen gegen die Revision wehren. Stellt sich das Gesuch „sofort als unstatthaft dar“, d. h. ist es überhaupt unzulässig, weil kein gesetzlicher Revisionsgrund genannt wird, so erfolgt seine Abweisung ohne weiteres Verfahren. Im andern Falle wird darüber, ob das Gesuch begründet ist, verhandelt nach Einholung einer Vernehmlassung der Gegenpartei. Das neue Urteil wird erlassen vom gleichen Richter, welcher das alte aufhebt, und unterliegt den gleichen Rechtsmitteln wie das frühere Urteil. Suspensivwirkung besitzt das Revisionsgesuch nicht, es sei denn, dass der Revisionsrichter sie anordnet.
