

# Das Zivilprozessrecht in der Zeitschrift für schweizerisches Recht

Autor(en): **Fritzsche, Hans**

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): **71 (1952)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895739>

## **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.

HANS FRITZSCHE

DAS ZIVILPROZESSRECHT IN DER ZEITSCHRIFT  
FÜR SCHWEIZERISCHES RECHT

In der unendlichen Mannigfaltigkeit der stattlichen Bibliothek, die diese Zeitschrift mit ihren 92 Bänden bildet, wird sich jedes Teilgebiet der Rechtswissenschaft irgendwie vertreten finden. Warum wir ihre Bedeutung gerade für das Gebiet des Zivilprozeßrechts darlegen wollen, hat seinen besonderen Grund. Waren doch die Männer, die während 70 Jahren ihren Geist wesentlich bestimmten, die Professoren Johannes Schnell und Andreas Heusler, gleich groß als Männer der Wissenschaft wie als Richter. Sie konnten am Zivilprozeßrecht nicht vorübergehen, weil ihnen täglich vor Augen stand, wie nutzlos alle Verfeinerung des Zivilrechts ist, wenn nicht mit ihr eine aufgeklärte und zweckmäßige Behandlung der prozessualen Fragen Hand in Hand geht. Das Streben nach engster Verbindung mit dem wirklichen Leben des Rechts, von Theorie und Praxis, kommt in Schnells Ausführungen: «Über die Aufgabe dieser Zeitschrift», mit denen er den ersten Band eröffnete, in den Worten zum Ausdruck: «Was ist eigentlich das, was wir Theorie wirklich zu nennen haben? Doch wohl eine Übersicht, eine klare helle Anschauung des Bestehenden in seinem Umfang und Gehalt — ein Ergebnis nicht sowohl weitausgesponnener Nachforschungen, sondern zunächst eines gesunden Blicks, gebildet und geschult in mancherlei erlernten Kenntnissen, vorzüglich geübt aber an dem, was täglich durch unsere Hand geht und unter unsern Augen gelingt oder scheitert —, geschärft, je mehr wir diesen Vorgängen aufmerksam folgen, ihren Zusammenhang prüfen und ihren Grund erkennen. Diese Anschauung ist nun die Sache derer, welche in der Praxis stehen und leben und täglich ihr Selbstwerk prüfen und bewähren oder daran beschämt werden, welche ihre Anschauung darum stets weiter bilden und umgekehrt durch diese einsichtige und beobachtende Arbeit wiederum

ihr Handeln ihrer Aufgabe näher führen. *Für uns gibt es also keine Theorie ohne Praxis und keine Praxis ohne Theorie*, sondern was gewöhnlich Theorie heißt, ist eben etwas anderes, nämlich Abstraktion oder Tradition, und was man gewöhnlich Praxis nennt, das nennen wir Mechanismus. Von diesen Gesichtspunkten aus gehen wir ans Werk. Und wir sprechen es notwendig gleich hier aus, daß diese Theorie, die wir meinen, nicht Genüge findet und zustande kommt in intellektueller Durchbildung, sondern daß ihre Voraussetzung wurzelt in einem tiefen Bedürfnis, das wirkliche und wahrhafte Recht des Gewissens zu treffen, und daß die beständige Beobachtung und Neuprüfung von andern und uns auf dem Richterstuhl oder auf dem Lehrstuhl nur gelingt und eine lebendige und wache Anschauung wird, wo die Unterlage gewissenhafter Gottesfurcht vorhanden ist. Weil uns diese Aufgabe besteht, das Recht anzuschauen, indem wir es üben, und es zu üben, indem wir es anschauen und prüfen, so werden wir weder seine Vergangenheit übersehen dürfen, noch seine Zukunft gleichgültig achten.» (S. 5.)

In ihrem weiteren Verlauf gibt diese Vorrede eine Übersicht über den damaligen Stand der kantonalen Gesetzgebungen im Kriminal- und Zivilrecht. Es ist wohl der erste Versuch einer systematischen Gliederung der damals schon kodifizierten Rechte. Schnell geht dabei von dem Satze aus: «Kein Kantonalrecht ist ohne Eigentümlichkeiten, die der Mühe der Erörterung wert sind, sei es im materiellen oder im prozessualischen Teil, im Zivil- oder im Kriminalrecht.» Vom Zivilprozeßrecht ist dann freilich an dieser Stelle nicht weiter die Rede. Veröffentlichte Übersichten und Versuche einer Gruppenbildung unter den kantonalen Rechten gehören in diesem Rechtsgebiet einer viel späteren Zeit an<sup>1</sup>. Wenn wir die Bedeutung der Zeitschrift für unser Rechtsgebiet richtig erfassen wollen, ist es aber unerläßlich, als Ausgangspunkt die im Jahre 1852 bestehende Lage aus unseren heutigen Kenntnissen rückschließend festzustellen. Es muß bezweifelt werden, ob damals schon jemand wenigstens

<sup>1</sup> Über ältere Übersichten solcher Art siehe SCHURTER und FRITZSCHE, Zivilprozeßrecht der Schweiz, Band II 1 S. 12 und Band II 2 S. 775.

für den eigenen Gebrauch eine Übersicht über die bestehenden Kodifikationen hatte. Vielmehr wird auch für den Zivilprozeß Schnells Satz Geltung gehabt haben: «Nicht nur die Übersicht unserer älteren Rechtsquellen und die Erforschung unserer Rechtsgeschichte, sondern auch die Kenntnis unseres gegenwärtig in der Schweiz gültigen Rechts ist einstweilen für den Einzelnen geradezu eine Unmöglichkeit» (S. 9).

## I

*Der Stand der Gesetzgebung über den Zivilprozeß  
im Jahre 1852*

Im 19. Jahrhundert ist in allen Kantonen das Zivilprozeßrecht aus dem Stadium zufälliger und systemloser Satzungen in dasjenige der Kodifikation übergegangen. Ähnlich wie im Zivilrecht hat sich die Kodifikationsbewegung im wesentlichen von Westen nach Osten entwickelt, beginnend mit dem Code Bellot von Genf (1819) und endigend mit der Zivilprozeßordnung von Appenzell Inner-Rhoden von 1892. Bis zum Jahr 1852 hatte diese Entwicklung den folgenden Stand erreicht<sup>2</sup>:

Schon in der Epoche der *Restauration* (1814—1830) haben sich die Kantone Genf (1819), Tessin (1820), Bern (1821), Waadt (1824) und Wallis (1824) meist sehr umfangreiche Zivilprozeßordnungen gegeben. Schon in dieser Zeit wird sichtbar, wie groß die Gefahr für die Gesetzesredaktoren gewesen ist, ihre Aufgabe ohne nähere Auseinandersetzung mit der eigenen Überlieferung und in Anlehnung an erreichbare Kodifikationen des Auslandes zu lösen.

Freilich bildet hier die erste dieser Kodifikationen, der nach seinem Schöpfer Professor PIERRE-FRANÇOIS BELLOT genannte *Code*, einen besonders verheißungsvollen Anfang. Hatte man doch im *Kanton Genf* in der Zeit der Geltung des französischen

<sup>2</sup> Der Verfasser unterläßt zur folgenden Übersicht über die kantonalen Prozeßordnungen vor 1852 spezielle Nachweisungen. Solche würden sich unschwer ergeben aus SCHURTER und FRITZSCHE Band II 1 und 2.

*Code de procédure civile* von 1806 zur Genüge erfahren, wie wenig diese Regelung sich für die besonderen Verhältnisse des kleinen Stadtstaates eignete. Mit großer Kenntnis dieser besonderen Bedürfnisse und vielfach in bewußter Wiederanknüpfung an das überlieferte Genfer Recht hat BELLOT in mancher Richtung über das französische Recht hinausgeführt. In seinen Motiven, die noch 1877 in vierter Auflage wieder herausgegeben worden sind, hat er seine Gedanken meisterhaft dargelegt und das große Beispiel dafür gegeben, wie alle Neuerungen auch der Überlieferung Rechnung tragen müssen, wenn sie dauerhaft sein sollen<sup>3</sup>.

Der nun folgende *Codice di procedura civile* des Kantons Tessin von 1820 steht dazu in scharfem Gegensatz. Es war für die seit dem Untergang der alten Eidgenossenschaft neu gebildeten Kantone eine ganz besonders schwere Aufgabe, den Neubau ihres Staates in allen Einzelheiten selbständig aufzurichten, und man kann schon verstehen, daß hier die Lösung öfter in der Übernahme bereiten fremden Gutes erblickt wurde, zumal wenig seelische Bindungen an die nun abgelösten Zustände vorhanden waren. So brachte der *Codice* von 1820 inhaltlich völlig neues Recht, das in erheblichem Umfang die Gerichtsordnung für Westgalizien vom 10. Dezember 1796 benützte, die als *Regolamento generale del processo civile* in den benachbarten österreichischen Landschaften Italiens in Kraft stand. Daneben auch das französische Gesetzbuch. Mit 861 Artikeln (Zwangsvollstreckung ohne Konkursrecht inbegriffen) war es schon äußerlich der Gerichtsverfassung eines kleinen Schweizer Kantons sehr wenig angepaßt. Das Gesetz ist denn auch nach STEFANO FRANCINI «durch die übermäßigen und kostspieligen Förmlichkeiten, welchen es die Parteien unterwirft, fast sofort in übeln Ruf gekommen» und mußte schon 1843 ersetzt werden.

Ein bedeutender Sprung führt zum Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Zivilrechtssachen der *Stadt und Republik Bern* vom 26. März 1821. Sie war vornehmlich das Werk

<sup>3</sup> Über BELLOT siehe RAPPARD, Pierre-François Bellot, in «Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre», Zürich 1945 S. 59.

von LUDWIG SAMUEL SCHNELL, Professor des vaterländischen Rechts und der Geschichte an der Akademie, später der Universität Bern. Er hatte 1810 ein Handbuch des Zivilprozesses erscheinen lassen, unseres Wissens die erste neuzeitliche wissenschaftliche Darstellung eines kantonalen Prozeßrechts. In der Vorrede führte der Verfasser aus: «Den Vorwurf, etwas Unnötiges unternommen zu haben, erwarte ich nicht: denn die vortrefflichen Werke eines GÖNNER, MARTIN, GROLMANN und anderer über den deutschen Prozeß machen eine Schrift nicht unnötig, in welcher die allgemeinen Rechtswahrheiten auf die Gesetze des Kantons Bern angewendet werden.» Es handelt sich für ihn also darum, die im gemeinen deutschen Prozeßrecht entwickelten «allgemeinen Wahrheiten» auf das Berner Recht zu übertragen. Es ist dieselbe Auffassung, die ihm später bei der Redaktion der Zivilprozeßordnung die Feder geführt hat. Der Redaktor hat 1822 die Zivilprozeßordnung «mit erklärenden Anmerkungen» herausgegeben. Es war unseres Wissens der erste Kommentar zu einer kantonalen Prozeßordnung. Darin wird (S. 171) ausgeführt: «Sobald wir eine eigene vollständige Gesetzgebung, ein vaterländisches Recht im wahren Sinne des Wortes, haben werden, fällt die Gewohnheit von selbst dahin, ausländische Gesetze oder Meinungen fremder Rechtsgelehrter, denen unsere Gesetze unbekannt sind, anzuführen, um den Buchstaben eines inländischen Gesetzes näher zu bestimmen: dieser muß notwendig aus dem inländischen Rechtssystem, den übrigen in dem Gesetzbuch enthaltenen Gesetzen und der allenfalls von der kompetenten Behörde bereits gemachten Auslegung desselben, den Motiven der Urteile des Appellationsgerichts oder der Meinung solcher Schriftsteller erklärt werden, die sich die Auslegung des vaterländischen Rechts zum Zweck gemacht haben.» Ergibt sich daraus das sichere Streben, zu eigener Rechtsbildung zu gelangen, so muß doch festgestellt werden, daß in der Prozeßordnung manche Lehren und Mißverständnisse des gemeinen Prozeßrechts Aufnahme gefunden haben, von denen man sich später nur mit größter Mühe befreien konnte. Es mußte denn auch das Gesetzbuch schon 1847 auf

Grund schwerer Klagen über arge Mißstände umgestaltet werden<sup>4</sup>.

Einen ähnlichen Charakter trägt die letzte Prozeßordnung aus dieser Periode, der *Code de procédure civile* für den *Kanton Waadt* vom 11. Dezember 1824. Von ihm berichtet JOHANNES SCHNELL in dem schon erwähnten Aufsatz über die Aufgaben der Zeitschrift beiläufig: «Der *Code civil* des Nachbarkantons Genf war natürlich das Original, dem sich die neue Zivilgesetzgebung von Waadt am nächsten anschmiegte. Männer, die ihre Studien in Frankreich gemacht hatten, sollen ihn entworfen haben, während das Zivilprozeßgesetz deutsche Muster nachahmte, weil seine Redaktoren in Tübingen, der früheren Schule der Waadtländer Juristen, ihre Lehrer gesucht hatten.» (S. 12.) Das Gesetzbuch fällt schon auf durch seine große Breite. Es behandelt in 532 Artikeln die streitige, in weiteren 426 Artikeln die nichtstreitige Gerichtsbarkeit. Bald klagte man über schwer empfundene Mängel. Auch diese Prozeßordnung mußte daher schon 1847 einer tief eingreifenden Änderung unterworfen werden.

Wie sehr die Rechtspflege in der Periode der *Regeneration* (1830—1848) im Vordergrund der politischen Kämpfe stand, ist bekannt. Alle Verfassungen der regenerierten Kantone verkündeten das Prinzip der Gewaltentrennung und führten die Befreiung der Justiz von Eingriffen der gesetzgebenden und verwaltenden Behörden durch. Vornehmlich in Deutschland ausgebildete, von den Grundsätzen der historischen Rechtsschule erfüllte Juristen wandten sich mit Feuereifer der Rechtspflege zu. In den Verfassungen und den ihnen auf dem Fuße folgenden «organischen Gesetzen» wurden rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze verankert (die Öffentlichkeit und Mündlichkeit, die Abschaffung der Peinlichkeit, der Schutz der persönlichen Freiheit gegenüber Verhaftung und Haussuchung und ähnliches). Daß dort, wo nicht schon Kodifikationen bestanden, solche nicht unverzüglich erlassen wurden, wird schon klar,

<sup>4</sup> Über SAMUEL SCHNELL siehe v. ORELLI, *Rechtsschulen und Rechtsliteratur in der Schweiz*, 1879 S. 76.

wenn man sich die große Zahl gesetzgeberischer Arbeiten vergegenwärtigt, die im Anschluß an die neuen Verfassungen zu lösen waren. Es wirkte auch die Einsicht mit, daß solche Höchstleistungen Zeit brauchen, wenn sie ihre hohe Aufgabe richtig erfüllen wollen. Ja selbst ein Zweifel an «dem Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung» wird bei den Schülern SAVIGNYS noch fühlbar. So, wenn der führende Geist der Regeneration des Kantons Zürich, Professor FRIEDRICH LUDWIG KELLER, im Vorwort zum ersten Bande der «Monatschronik der zürcherischen Rechtspflege» 1833 schreibt: «Ganz vorzüglich werden wir uns von der Betrachtung leiten lassen, daß in unserem Lande, wo bei einer höchst mangelhaften Gesetzgebung das Recht noch fast in seinem Urzustande sich befindet, das heißt bloß in der Übung des Volkes lebt und in dem täglichen Verkehre desselben, meist ohne klares Bewußtsein des Einzelnen, sich ausspricht, es doppelt wichtig ist, daß die Grundsätze, welche als Resultat der Beobachtung des Volkslebens in einer wissenschaftlichen Gerichtspraxis Anerkennung und Geltung gefunden haben, zur öffentlichen Kenntnis kommen und geläutert und klar in das Bewußtsein des Volkes zurückfließen. Noch lange wird es währen, bis wir eine ausführliche und detaillierte Zivilgesetzgebung erhalten, *ja noch lange, bis dieselbe auch nur wünschenswert wäre*. Nie aber und nirgends wird der Zeitpunkt eintreten, wo die Gesetzgebung die Wissenschaft abschlosse oder dem Volke die Fortbildung und Aufklärung der in seinem Verkehr lebenden Ideen durch eine erleuchtete Praxis entbehrllich machen würde.» (S. 7.) Das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich ist denn auch erst in den Jahren 1854—1856 in Kraft getreten, eine erste vollständige Zivilprozeßordnung erst 1866. Beiden bedeutsamen Erlassen ist die Verzögerung freilich zugute gekommen.

In den Kantonen *Thurgau* und *Glarus* sind immerhin in sofortigem Anschluß an die neuen Verfassungen vollständige Zivilprozeßordnungen erlassen worden. Das thurgauische Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 11. April 1832 enthielt in seinem zweiten Teil die Bürgerliche Prozeßordnung,



deren Redaktoren das Ziel verfolgten: «dem schlichten Bürger bei einigermaßen gesundem Verstand soviel zu geben, daß er sich ohne fremde Beihilfe für den eigenen Hausgebrauch zurechtzufinden wisse, den so häufigen Umtrieben bei Prozessen zu steuern, endlosen Aufzögerungen zu begegnen und der absichtlichen Trölerei nach Möglichkeit Schranken zu setzen, überhaupt aber dem Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen einen einfacheren Gang zu weisen». Trotz einiger Anleihen bei andern Rechten haben die Redaktoren doch die einheimische Tradition keineswegs preisgegeben.

Gleichzeitig mit der Verfassung vom 2. Oktober 1836 ist im Kanton Glarus eine neue Zivilprozeßordnung vom 9. Juli 1837 in Kraft gesetzt worden. Ohne direkten Zusammenhang mit der Verfassungsrevision sind die Vorarbeiten schon früher begonnen worden. Die 1833 bestellte Kommission ist bei Ausarbeitung ihres Entwurfs «ihrem Hauptgrundsatz treu geblieben: ihren Vorschlag möglichst genau den bestehenden Gesetzen und Gerichtsgebräuchen anzupassen, nur da, wo sich in der Erfahrung offenbare Lücken zeigten, dieselben zu ergänzen, da wo Mißbräuche sich ergaben, denselben möglichst entgegenzuwirken, da wo Mangel an Bestimmtheit vorlag, die Ungewißheit zu entfernen und an ihre Stelle einfache und klare Vorschrift treten zu lassen». Und gegen den Vorwurf zu großen Umfangs — das Gesetz enthält 305 Artikel — wehrt sich die Kommission mit dem Hinweis darauf, «daß hier zum erstenmal unsere komplizierte Gerichtsordnung und die verschiedenen zum Teil eigentümlichen Gerichtsübungen in ein geschlossenes Ganzes zusammengestellt sich finden». Das Gesetz gibt einen trefflichen Einblick in das alte Recht der Landsgemeindedemokratien. Es kommt ihm dadurch ein besonderes Interesse zu<sup>5</sup>.

Es folgt die umfängliche Zivilprozeßordnung des *Kantons Aargau* vom 6. Juni 1838 (519 Paragraphen). Die großrätliche Kommission führte über die Vorlage aus: «Im ganzen Entwurf hat die Kommission wenig Neues oder Selbsterfundenes ent-

<sup>5</sup> Eine eingehendere Arbeit über diese CPO soll demnächst im Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus erscheinen.

deckt; das Ganze stellt sich als eine Kompilation aus unsern Organisationsgesetzen, dann der österreichischen Allgemeinen Gerichtsordnung, der Gerichtsordnung des Großherzogtums Baden und des Kantons Bern dar. Die Kommission wird bei den einzelnen Artikeln nachweisen, woher sie entnommen sind.» Man darf dabei freilich nicht außer acht lassen, daß es eine besonders schwierige Aufgabe war, mit eigenen Mitteln eine für die bis vor kurzem historisch getrennten drei Landesteile zweckmäßige Ordnung zu schaffen.

Selbständige Wege ging dagegen die Prozeßordnung in Zivil- und Administrativsachen für den *Kanton Solothurn* vom 1. April 1840. Sie ist das Werk des hervorragenden Juristen JOHANN BAPTIST REINERT, des späteren Redaktors des solothurnischen Zivilgesetzbuchs. Im Unterschied zurebenbesprochenen Gesetzgebung bestand hier die Möglichkeit der Anknüpfung an eine geschlossene selbständige Rechtsentwicklung<sup>6</sup>.

Auch in den vierziger Jahren nahm die Kodifikationsbewegung ihren raschen Fortgang. Am 26. November 1844 wurde die Gerichts- und Prozeßordnung für den Kanton *Basel-Landschaft* erlassen. Es folgten die Prozeßordnungen der Kantone *Schwyz* (18. Februar 1848), *Basel-Stadt* (17. Weinmonat 1848), *Freiburg* (12. Oktober 1849), *Luzern* (22. Weinmonat 1850) und *St. Gallen* (6. März 1850). Außerdem sind mehrere der bereits erwähnten Kodifikationen in diesen Jahren wieder umgestaltet worden. Es würde zu weit führen, wenn auch diese Erlasse stichwortartig beleuchtet werden sollten. Bestimmt gilt von mehreren von ihnen ANDREAS HEUSLERS Satz: «Man hat hie und da den Eindruck, daß der Redaktor sein auf einer deutschen Universität geschriebenes Kollegienheft seiner Arbeit zugrunde gelegt habe, und manche nicht nachahmenswerte Auswüchse des gemeinen Prozeßrechts sind allzu vertrauensvoll mit aufgenommen worden<sup>7</sup>.»

6 BERTA LAETT, Der Zivilprozeß des J. B. Reinert für den Kanton Solothurn von 1839, Zürcher Diss. 1937. PETER WALLISER, J. B. Reinert und das solothurnische Zivilgesetzbuch von 1841—1847, Olten 1948.

7 ANDREAS HEUSLER, Der Zivilprozeß der Schweiz, Mannheim 1923 S. 41.

Mit der Schaffung des Bundesstaates von 1848 tritt auch die Bundesgesetzgebung auf den Plan. Unmittelbar vor der Gründung der Zeitschrift sind das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 5. Juni 1849 und dasjenige über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850 erlassen worden. Der raschen Feder von J. J. RÜTTIMANN entflohen, ist das Gesetz ohne parlamentarische Beratung zunächst provisorisch für zwei Jahre in Kraft gesetzt worden. Es hat sich als eines der langlebigsten Bundesgesetze erwiesen und ist erst am 1. Juli 1943 durch die heutige Bundeszivilprozeßordnung abgelöst worden. Die Prozeßordnung war auf die besonderen Verhältnisse des noch nicht ständigen Bundesgerichts zugeschnitten und hat keinen wesentlichen Einfluß auf die Gestaltung der kantonalen Rechte ausgeübt<sup>8</sup>.

Aus unserer Übersicht ergeben sich die nachfolgenden Feststellungen:

Verglichen mit dem Zivilrecht, ist die Kodifikation der kantonalen Prozeßgesetze weiter gediehen. Immerhin fehlten 1852 noch wichtige Kantone, in denen daher besondere Schwierigkeiten zur Ermittlung des geltenden Rechts fortbestanden. Innerhalb der Kodifikationen treten außerordentliche Verschiedenheiten in Erscheinung, die beweisen, daß von Kanton zu Kanton ein heute unvorstellbar geringer Kontakt bestand, zumal bis dahin ausgleichende wissenschaftliche Bestrebungen fast völlig fehlten<sup>9</sup>. Deutlich tritt aber auch die Gefahr in Erscheinung, der die kantonalen Gesetzgeber ausgesetzt waren: eigene Überlieferungen unbesehen preiszugeben und ohne Rücksicht auf Besonderheiten der eigenen Gerichtsverfassung fremde Rechtseinrichtungen zu übernehmen.

<sup>8</sup> Näheres über Geschichte und System der Bundesprozeßordnung vom 22. November 1850 siehe SCHURTER und FRITZSCHE I S. 353 f.

<sup>9</sup> Wohl bestanden damals schon einige juristische Zeitschriften. So die «Monatschronik der zürcherischen Rechtspflege» (1833—1840), die «Beiträge zur Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege (seit 1841), die Berner «Zeitschrift für Vaterländisches Recht» (seit 1837), das «Journal de jurisprudence et des tribunaux vaudois» (seit 1843).

Aber sie alle verfolgten rein praktische Ziele, und sie beschränkten sich, wie das meist schon im Titel in Erscheinung tritt, auf einen einzelnen Kanton.

Es war die von den Redaktoren klar erkannte und mit Beharrlichkeit verfolgte Aufgabe der Zeitschrift, über die Kantongrenzen hinweg das schweizerische Recht in seiner Geschichte und Gegenwart zu erkennen und seine Fortbildung in schweizerischem Geist zu fördern. Wie man diese Aufgabe löste, soll nun am Beispiel des Zivilprozessrechts dargelegt werden.

## II

### *Der Zivilprozeß in der Alten Folge der Zeitschrift*

(Bände I–XXII, 1852–1882)

Der schweizerische Charakter der Zeitschrift tritt in der Zusammensetzung der Herausgeber wenigstens insofern in Erscheinung, als neben dem Basler SCHNELL<sup>10</sup> drei Zürcher erscheinen. Alle drei waren lebhaft interessiert an der Erforschung der Geschichte des heimatlichen Rechts. Alle drei standen wie SCHNELL mitten im praktischen Rechtsleben. Seine Ausführungen über Theorie und Praxis werden ihre besondere Billigung gefunden haben.

Von ihnen ist in der Zeitschrift in jenem Zeitraum Professor FRIEDRICH VON WYSS neben SCHNELL mit besonders wichtigen Arbeiten hervorgetreten, von denen viele dem Zivilprozeßrecht zugewandt waren oder es doch mitbetrafen. Er spielte für die Zeitschrift, und diese für ihn, eine so bedeutende Rolle, daß wir uns mit ihm etwas näher befassen wollen.

Geboren am 6. November 1818 als Sohn des Bürgermeisters DAVID VON WYSS des Jüngern (1763—1839), begann er im Frühjahr 1837 an der Universität Zürich bei J. C. BLUNTSCHLI mit den Pandekten. Ein Jahr später zog er mit seinem Halbbruder GEORG VON WYSS, dem bekannten Historiker, an die Universität Berlin, wo er unter anderen bei SAVIGNY hörte. Im Frühjahr 1839 siedelten die beiden nach Bonn über. Von seinen Lehrern nennt er aus jener Zeit den Prozessualisten v. BETHMANN-HOLLWEG mit besonderer Dankbarkeit. Die beiden folgenden

<sup>10</sup> Über J. SCHNELL siehe ANDREAS HEUSLER am Eingang zu Band 9 der Neuen Folge.

Semester setzte er seine Studien in Zürich fort, wo er insbesondere bei F. L. KELLER römisches Recht und Zürcher Privatrecht hörte. Mit J. C. BLUNTSCHLI ergaben sich nahe persönliche Beziehungen, während solche für den Angehörigen des konservativen alten Zürich zu F. L. KELLER, Haupt der Radikalen, nicht möglich waren. Immerhin hatte auch v. WYSS Zutritt zu KELLERS berühmter Bibliothek und berichtet darüber in seinen biographischen Aufzeichnungen: «Bei der damaligen politischen Spannung erregte es immer ein seltsames Gefühl, in dieser Bibliothek wie in einer Löwenhöhle sich zu befinden.» Nachdem VON WYSS zwei weitere Semester in Heidelberg verbracht hatte, trat er als Gerichtsschreiber des Bezirksgerichts Zürich in den Staatsdienst ein (1842—1844). Immer mehr von der wissenschaftlichen Arbeit angezogen, habilitierte er sich 1845 an der Universität. 1849 wurde er zum außerordentlichen Professor ernannt. Er wandte sich nun, zumal nach dem Weggang von BLUNTSCHLI, immer stärker der deutschen Rechtsgeschichte zu. Eine Unterbrechung brachte seine Wahl zum Mitgliede des Obergerichts, dem er vollamtlich von 1862—1871 angehörte. Dann kehrte er wieder zur akademischen Lehrtätigkeit zurück, jetzt als Ordinarius. Im Jahre 1875 aber zwang den 52jährigen eine schwere Krankheit zum gänzlichen Verzicht auf jede Berufstätigkeit. Indessen erholte er sich wieder, und er lebte nun als Privatgelehrter auf seinem Landgut «im Letten», damals noch außerhalb der Stadt. Dort ist er im höchsten Alter am 29. November 1907 gestorben<sup>11</sup>.

11 Über FRIEDRICH V. WYSS vor allem LEO V. WYSS, Erinnerungen aus dem Leben von Dr. Fr. v. W., Zürcher Taschenbuch für 1912 und 1913. Dort auch abgedruckt eine Würdigung seiner rechtsgeschichtlichen Arbeiten durch Prof. ULRICH STUTZ. In Band 27 der Neuen Folge ein warmer Nekrolog von ANDREAS HEUSLER.

Es mag dem Schreibenden gestattet sein, hier eine persönliche Erinnerung einzuflechten. Eingeführt durch seinen Enkel, meinen längst verstorbenen Schulfreund HANS V. WYSS, bin ich des öfters im Hause des verehrten Patriarchen ein- und ausgegangen. Ich bewahre einen Brief des 87jährigen auf, den er mir auf die Zusendung meiner Dissertation hin geschrieben hat. Freundlich und eingehend geht er auf die Arbeit ein, die ihm doch als recht schülerhaft erscheinen mußte. Mit Bewegung lese ich die letzten Sätze: «Mich wird freuen, wenn die Lust für rechtsgeschichtliche Arbeiten bei Ihnen nun geweckt ist und Sie der wissenschaft-

Die Gründung der Zeitschrift fällt in die erste Periode seiner akademischen Lehrtätigkeit. Er hat allerhand Enttäuschungen erlebt. Der allmächtige ALFRED ESCHER behandelte seinen ehemaligen Zofinger-Freund und jetzigen politischen Gegner nicht gut. Die Gründung der Zeitschrift mit ihren Aufgaben und Möglichkeiten war ihm daher besonders willkommen. Er berichtet darüber in seinen Aufzeichnungen: «Viele Jahre hindurch wurde nun diese Zeitschrift das Zentrum, auf das sich meine literarische Tätigkeit fast ausschließlich bezog. Ich war froh, und es war mir wohlthätig, Auforderung, Anlaß und Anregung zu produktiver und im Druck ans Tageslicht tretender Arbeit zu erhalten.»

Die beiden andern Zürcher traten in der Zeitschrift mit eigenen Arbeiten weniger hervor. FRIEDRICH SALOMON OTT (1813—1871) stand VON WYSS aus der Zeit ihrer gemeinsamen Tätigkeit am Bezirksgericht nahe. Er gab die Rechtsquellen der Kantone Thurgau (Band 1) und Zürich (Band 3 und 4) heraus. Er wurde 1856 zum Regierungsrat gewählt und im Zusammenhang mit diesem Berufswechsel hat seine aktive Mitwirkung an der Zeitschrift aufgehört. JOHANN DAVID RAHN, geboren 1811, Bezirksgerichtsschreiber, Staatsanwalt, Bezirksrichter, steuerte in Band 2 einen Aufsatz über «Die freiwillige Pfandverschreibung» bei. Leider wurde RAHN schon 1853 in jungen Jahren vom Tode dahingerafft<sup>12</sup>.

Wenden wir uns nun dem Inhalt der ersten 22 Bände zu, so fällt in dieser ersten Periode ein gewisses Übergewicht der lichen Laufbahn sich zuwenden wollten. Kann ich Ihnen dabei irgend behilflich sein, so thue ich es gern. Freilich spüre ich mein hohes Alter sehr und eigene frühere Arbeiten habe ich oft ganz vergessen, so daß wenn etwa der Anlaß kommt, sie wieder anzusehen, sie mir wie etwas neues vorkommen.» (Vom 4. Juli 1905.)

<sup>12</sup> J. DAVID RAHN veröffentlichte in Band 11 der «Monatschronik der zürcherischen Rechtspflege» 1838 einen Aufsatz: «Über die Kollision gleichzeitiger Gesetze im Zivilrecht mit Bezug auf das zürcherische Recht». Es ist die erste in der deutschen Schweiz erschienene Arbeit über Internationalprivatrecht. Er zitiert Savignys Vorlesungen, wonach bei Obligationen sowohl für die Form als den Inhalt die Gesetze des Orts, wo der Vertrag geschlossen wurde, maßgebend sein sollen. (Im Gegensatz zu der im 8. Bande des Systems des römischen Rechts, 1849, entwickelten Auffassung: siehe GUTZVILLER, Der Einfluß Savignys auf

rechtshistorischen Arbeiten auf. Doch wurde darob die Pflege des geltenden Rechts nicht vergessen.

Schon von Anfang an setzte *die Übersicht über den Gang der Gesetzgebung* in Bund und Kantonen ein. Die Sisyphus-Arbeit, die namentlich SCHNELL und HEUSLER damit geleistet haben, ist nicht hoch genug anzuschlagen und wohl geeignet, uns selbst zur Geduld zu führen, wenn wir vor ähnliche, an sich wenig interessante Arbeiten kommen. Der Schreibende hat während der Arbeit an dem mehrfach erwähnten Werk selbst erfahren, wie unendlich wertvoll diese Übersichten gewesen sind. Seit 1852 gab es diesen Ariadnefaden durch das Labyrinth der Gesetzgebungen. Im Zivilprozeßrecht wuchsen sich die Berichte aus der Feder SCHNELLS und namentlich HEUSLERS regelmäßig zu kritischen Besprechungen aus, an denen nie vorübergegangen wurde. Es bereitet dem Verfasser eine Freude, daß sich so im Jubiläumsjahr die Gelegenheit bietet, seinen besonderen Dank dafür auszusprechen.

Das besondere Interesse am lebenden Recht tritt sodann durch die Schaffung der besonderen Abteilung *Rechtspflege* in Erscheinung. «Da wir von dem Rechte eines Landes nur eine sehr mangelhafte Kenntnis erlangen, wenn wir es nicht in seiner Wirksamkeit anschauen, so gehört es zu unserer wesentlichen und ursprünglichen Absicht, auch die *Ausübung* des Rechts in den verschiedenen Kantonen kennen zu lernen.» (Band 1 S. 16.) Es sollen teils Urteile kantonaler Gerichte in voller Ausfertigung, teils «allgemeinere Grundsätze, die in Urteilen niedergelegt die Entwicklung des IPR, 1923, S. 23.) RAHN glaubte das schweizerische Heimatrecht auf das germanische System der persönlichen Rechte zurückführen zu können. In Band 2 AF schrieb FRIEDRICH v. WYSS: «Über die Kollision verschiedener Privatrechte nach schweizerischen Rechtsansichten.» Er widerlegt die eben erwähnte Ableitung Rahns aus den mittelalterlichen schweizerischen Quellen. In der Frage der Vertragsobligationen entscheidet er unter Berufung auf Savignys inzwischen erschienenenes «System» zugunsten des Erfüllungsortes. Sehr merkwürdig und seiner Zeit weit vorsehend ist der Satz: «Allerdings gehört die Kollisionslehre nicht dem Privatrecht selbst, sondern, ähnlich wie die verwandte Lehre von den Gerichtsständen, dem öffentlichen Rechte an, und es ist auch richtig, daß politische Konvenienz auf die detaillierte Gestaltung diesfälliger gesetzlicher Bestimmungen oft mit Einfluß übt; aber dies hindert nicht, daß die fraglichen Grundsätze nicht wahres Recht seien.» (S. 37.)

sind und sich vielleicht in andern als Präjudizialsätze wiederholen», mitgeteilt werden. Selbst an die Justizstatistik wagt sich die Zeitschrift heran (siehe die bemerkenswerten Ausführungen Schnells in Band 1 S. 17). Freilich haben sich da bald unüberwindliche Hindernisse eingestellt, und man ist denn auch nicht überrascht, daß dieser Abschnitt bald weggefallen ist.

Aber auch sonst war diese Abteilung wohl von Anfang an ein Sorgenkind. Schon in Band 3 S. 105 finden sich Bitten um vermehrte Berichte aus den Kantonen. Besonders auffallend ist für jene Zeit der Satz: «Sowohl bei Civil- als Criminalfällen, namentlich aber bei den letzteren, geht das Trachten der Redaktion dahin, sie so zu geben, daß sie zur Bearbeitung bei praktischen Übungen benützt werden können<sup>13</sup>». Und auch ein weiterer Satz sei für unseren Zusammenhang herausgehoben: «Fälle, in denen Prozeßrechtliches die Hauptfrage bilden würde, sowohl aus dem Criminal- als dem Civilgebiet, wären uns sehr willkommen.»

Die Abteilung «Rechtspflege» ist in der Folge mehrfach umgestaltet worden. Im Hinblick auf die Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts ist mit Band 1 der Neuen Folge (1882) die Wiedergabe kantonaler Urteile auf die vom Bundesrecht nicht berührten Rechtsgebiete des Zivil-

<sup>13</sup> Schon Fr. L. KELLER hat an der Zürcher Hochschule Übungen im Zivilprozeßrecht abgehalten und darin immer wieder Nachfolger gefunden. Die eigene praktische Erfahrung, über die so viele der Dozenten verfügten, mußte ihnen diese schwere Aufgabe erleichtern. Sie haben damit die sprichwörtliche Dürre der Materie belebt und die in ihr liegenden Ausbildungswerte freigemacht (SJZ 29 S. 323). Damit stimmt überein, was HEUSLER (Band 9 NF S. 7) über die Lehrweise von J. SCHNELL berichtet: «Seine Lehrtätigkeit an der Universität bewegte sich nicht in der akademischen Schablone hergebrachter Doktrin, er ging in der Disposition seiner Fächer seine eigenen Wege, von seinen praktischen Erfahrungen aus begann seine Argumentation, und von ihnen aus gelangte er zu einem systematischen Abschluß. Die jungen Anfänger, die zu ihm ins Kolleg kamen, hatten es nicht immer ganz leicht, in seinem Gedankengang den leitenden Faden festzuhalten; wer aber ein gutes Collegienheft hatte, erkannte auch nach vollendeten Studien, wie treffliche Dienste es ihm für seine berufliche Praxis leistete.» In dieser Linie liegt durchaus, daß er mit Hilfe der Zeitschrift auch Erfahrungen aus andern Kantonen seinem Unterricht dienstbar machen wollte.



rechts beschränkt worden. In ihrem Artikel: «Über die Aufgabe der Zeitschrift» (a. a. O. S. 14) wiederholt die Redaktion — damals bestehend aus den Professoren HEUSLER, E. HUBER und P. SPEISER — die Bitte um Mitteilung interessanter Fälle aus der Praxis. «Wohl besteht die löbliche Sitte, daß in den Rechenschaftsberichten der Obergerichte mancher Kantone wichtigere grundsätzliche Entscheidungen mitgeteilt werden, welche wir benützen können und gerne benützen werden. Aber im ganzen würden wir vorziehen, den tatsächlichen Bestand der Rechtsfälle etwas einläßlicher aufzuführen zu können, als es in jenen Berichten der Regel nach geschieht. Denn doch erst aus den tatsächlichen Verumständungen des Falls erkennt man die Tragweite des im Urteil aufgestellten Rechtssatzes... Es hat doch nur dann ein Interesse zu erfahren, daß ein Gericht den und den Rechtssatz ausgesprochen hat, wenn man an den Tatsachen prüfen kann, ob er durch dieselben gerechtfertigt war... Wörtlicher Abdruck der oft weitschweifigen Urteile kann immerhin vermieden werden.» (S. 15.)

Zum letztenmal erscheint der Abschnitt «Rechtspflege» im Band 19 der Neuen Folge. Den Bänden 20 bis 28 wurde als Sonderbeilage die «Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts» beigegeben. Seither ist, offenbar im Hinblick auf die große Zahl der anderweitig erscheinenden Entscheidungen, auf diesen besonderen Teil verzichtet worden.

Auch in den «*Abhandlungen*» der ersten Bände spielt der Zivilprozeß eine beträchtliche Rolle, der wir uns nun zuwenden.

Den Anfang machte wiederum FRIEDRICH VON WYSS mit seiner Arbeit: «In welchem Sinne ist eine Reform des zürcherischen Zivilprozesses wünschenswert?» (Band 4, 1855 S. 47). Noch hatte, wie man sich erinnert, der Kanton Zürich keine ausführliche Zivilprozeßordnung. Das im Jahr 1831 erlassene «Organische Gesetz über das Gerichtswesen im Allgemeinen und die bürgerliche Rechtspflege insbesondere» blieb im wesentlichen bei den Fragen der Gerichtsorganisation stehen. Aber auf dem Wege der Praxis, vor allem durch den Einfluß FRIEDRICH LUDWIG KELLERS in seiner doppelten Eigenschaft als Präsident des

Obergerichts und als akademischer Lehrer an der neu gegründeten Universität, war doch eine eigentliche Justizreform durchgeführt worden. An die Stelle eines patriarchalischen Verfahrens war die wissenschaftliche Rechtspflege getreten. «Es war die verstandesscharfe und zugleich praktisch gewandte Persönlichkeit der hervorragenden Glieder der für Zürich neuen Juristenschule, vor allem KELLERS, welche durch die Praxis das System ins Leben setzte und die Leute zu dem Glauben zu bringen wußte, nur in diesem System könne Verstand gefunden werden» (v. WYSS a. a. O. S. 53). Insbesondere hatte KELLER im ersten Band seiner «Monatschronik» den Unterschied zwischen dem Zivil- und dem Strafverfahren dargelegt und die Bedeutung der «Verhandlungsmaxime» herausgearbeitet. Durch seine Vorlesungen über Zürcher Zivilprozeßrecht, die von Hand zu Hand gingen, und durch seine unermüdliche Tätigkeit zur Ausbildung und Hebung des Anwaltsstandes, hatte sich eine tiefe Wandlung angebahnt<sup>14</sup>. Aber diese Neuerungen, insbesondere eine rigorose und mißverständliche Durchführung der Verhandlungsmaxime, stießen schon in den dreißiger Jahren auf heftige Opposition im Volk. Man kämpfte gegen «das Juristenregiment» und gegen den «Formalismus». Solche Klagen verstummten auch nicht nach dem Weggang KELLERS und nach der Abschwächung der politischen Leidenschaften und persönlichen Kämpfe. In einem 1855 erschienenen Vortrag hatte auch J. J. RÜTTIMANN, ein Schüler und politischer Freund Kellers, ihre Berechtigung anerkannt. Und nun ging FRIEDRICH VON WYSS «aus dem unmittelbaren Eindrücke der Praxis» heraus an die Prüfung der behaupteten Mißstände und machte eine Reihe von Vorschlägen zu deren Behebung. Beides im einzelnen zu verfolgen, bietet heute noch bedeutendes Interesse. Denn mit der Bekämpfung der Auswüchse der Verhandlungsmaxime ist ein Thema angeschlagen worden, das sich fast in allen Kantonen wiederholt und bis in unsere Zeit hinein immer wieder die Gesetzgeber beschäftigt hat. In diesem Aufsatz sind auch die

<sup>14</sup> Über KELLERS Tätigkeit eingehend SCHURTER und FRITZSCHE Band II I S. 128f.

Mittel zur Abhilfe, vor allem die Verstärkung der richterlichen Prozeßleitung und der Kampf gegen die Prozeßlüge, klar aufgezeigt<sup>15</sup>.

Und nun setzt es den Vorzug der neuen Zeitschrift in helles Licht, wenn im gleichen Band J. SCHNELL in seinem Aufsatz: «Was kann der neue Civilprozeß beim alten lernen?» den Faden weiter spinnt. «Die Erörterungen über Gebrechen des Zürcher Zivilprozesses erwecken wieder eine Empfindung, die in der Schweiz bei der Betrachtung mancher Einrichtungen sich jedem Aufmerksamen aufdrängt: wie gut es wäre, sich einzelne Vorzüge und Mängel abzusehen, jene, um sie nachzuahmen, diese, um nicht auch darein zu fallen. Dieses Absehen müsste aber ein Solches in Wirklichkeit sein. Abhandlungen können als Einleitung dienen, aber auf Ort und Stelle anschauen, prüfen, sich in die Lage setzen, nachfragen, Bedenken vorlegen, vergleichen, — handelt es sich um Prozeßrecht, den Sitzungen beiwohnen und, wenn es möglich ist, auch der Richterdiskussion, das allein kann zum Ziele führen. Ungeachtet mancher Ausstellungen an dem zürcherischen Civilprozeß darf man überzeugt sein, daß wir Kinder der übrigen Schweiz dort sehr Vieles lernen könnten, und da in Basel ein Rechtsgang besteht, der Vieles besitzt, das in jenen Bemerkungen als wünschenswert für Zürich bezeichnet wird, so wird auch Zürich umgekehrt gerne prüfen, was es da bewährt finden könnte. Es wird vielleicht auffallen zu vernehmen, daß die Einrichtungen in Basel gerade an dem Mangel leiden, worüber in Zürich wegen des Übermaßes geklagt wird.» (S. 85.)

Man kann nur bedauern, daß dieses ideale Zwiegespräch später nicht allzu oft verwirklicht worden ist. Gewinnt man doch nicht selten den Eindruck, daß es gewissen Gesetzgebern leichter gefallen ist, eine Neuerung aus dem Ausland einzuführen, als in andern Kantonen nachzusehen, ob sich nicht dort schon Lösungen finden, die hätten übertragen und fortgebildet werden können.

<sup>15</sup> Näheres über die Gestaltung der Zürcher Praxis vor Erlaß des Rechtspflegegesetzes bei SCHURTER und FRITZSCHE Band II 2 S. 2f.

Wegen ihres engen Zusammenhangs mit dem Zivilprozeß sind zwei Abhandlungen anzuführen, die in Band 8 (1858) erschienen sind. FRIEDRICH VON WYSS behandelt da «Die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten». Es wird namentlich das Verfahren mit Zahlungsbefehl (Rechtsbot) bis in seine Anfänge verfolgt. Der Aufsatz enthält aber auch eine Übersicht über das damals geltende Recht, das heute schon völlig der Vergessenheit anheimgefallen und an anderer Stelle kaum gesammelt zu finden ist.

Eine Art Fortsetzung bildet der im selben Band enthaltene Aufsatz von ANDREAS HEUSLER: «Die Bildung des Konkursprozesses nach schweizerischen Rechten». Heusler hatte 1856 seine lateinisch geschriebene Berliner Dissertation aus dem römischen Recht erscheinen lassen. Zwei Jahre später folgte diese erste selbständige Arbeit<sup>16</sup>. Er hat damit auch stofflich ein Rechtsgebiet betreten, das ihn später in seinen wissenschaftlichen und gesetzgeberischen Arbeiten oft und viel beschäftigt hat.

Und nun erlebt der Leser mit Band 9 (1864) eine Überraschung. Im Jahr 1861 war in Luzern *der Schweizerische Juristenverein* gegründet worden. Unter dem Vorsitz von Professor FRIEDRICH VON WYSS trat er 1862 in Zürich zu seiner ersten wissenschaftlichen Sitzung zusammen. Der Versammlung wurde ein Vertrag mit der Redaktion der Zeitschrift für schweizerisches Recht in Basel vorgelegt, in welchem diese als das publizistische Organ des Vereines bezeichnet wurde. Mit einigen Unterbrechungen ist diese Verbindung bis heute bestehen geblieben. Es ist nicht zweifelhaft, daß die Zeitschrift dadurch erst recht festen Rückhalt in der schweizerischen Juristenwelt gefunden hat.

Welcher Gegenstand aber schien dem Vorstand wichtig genug, um als erster die wissenschaftliche Arbeit des Vereines zu eröffnen? Er wählte als Diskussionsthema:

«I. Verschiedenheiten der kantonalen Civilprozeßordnungen in Bezug auf das Verfahren im Zusammenhang mit der Gerichtsorganisation;

<sup>16</sup> Siehe das von Prof. EDUARD HIS als Anhang zu seiner schönen Biographie HEUSLERS gedruckte Verzeichnis der Schriften (Zeitschrift NF 41 S. 100).

2. Was erscheint nach den schweizerischen Verhältnissen als das Geeignete und Wünschbare:

- a) friedensrichterlicher Sühnversuch?
- b) welche Behandlung der Bagatellsachen?
- c) schriftliches Vorverfahren?
- d) welche Normierung des Beweisverfahrens und welche Beweismittel?
- e) welche Rechtsmittel u. s. f.?»

Als Referent wirkte Fürsprech GUSTAV KÖNIG von Bern (später Professor), als Korreferent Ständerat Dr. J. J. BLUMER von Glarus. Den Referenten lagen 19 Spezialreferate aus den einzelnen Kantonen vor, die vom Vorstand erbeten worden waren. Beides, das Hauptreferat wie auch diese Einzelberichte und die einzelnen Voten sind in Band 11 abgedruckt. Sie sind heute noch überaus lesenswert. Das Thema war im Zusammenhang mit der Frage der Rechtsvereinheitlichung, die nun die Gemüter immer lebhafter ergriff, gewählt worden. Man gewinnt den Eindruck, daß sich in der Diskussion die Beteiligten erst recht bewußt werden, wie tief die Unterschiede sind und wie es allen an Übersicht über das Vorhandene fehlt. Man spürt es aus den Worten J. J. BLUMERS heraus, der sagte: «Die größte Verschiedenheit herrscht in den Civilprozeßordnungen der einzelnen Kantone, und doch ist gerade hier die Annäherung so wünschbar. Eine Gleichförmigkeit soll angebahnt werden; auch in Deutschland hegt man diesen Wunsch. Aber wenn auch allerdings im Prozeß mehr Zweckmäßigkeitserwägungen vorherrschen, so hängt hingegen derselbe so sehr mit der Gerichtsorganisation zusammen und diese hinwiederum mit den kantonalen und socialen Eigentümlichkeiten, daß die Einigung sehr schwierig ist.» (S. 6.)

Es würde weit über den gesteckten Rahmen hinausführen, wenn hier die Einheitsbestrebungen im Schweizerischen Juristenverein und in der gesamten Öffentlichkeit verfolgt werden wollten. Es genügt an dem Nachweis, wie stark das Zivilprozeßrecht damals die Juristen beschäftigt hat und wie bedeutsam die Zeitschrift für alle diese Fragen geworden ist.

Und nun folgen neuerdings zwei wichtige Arbeiten von HEUSLER. Die Abhandlung: «Die Nichtigkeitsbeschwerde in schweizerischen Zivilprozeßordnungen» (Band 15, 1867) hat eine besondere, das Thema an sich übersteigende Bedeutung. Es ist unseres Wissens die erste wissenschaftliche Arbeit, die es unternimmt, eine Einzelfrage durch alle kantonalen Zivilprozeßordnungen hindurch zu verfolgen und unter ihnen besondere Gruppen zu bilden. Er schreibt: «Da ergibt sich nun, daß die schweizerischen Gesetzgebungen, abgesehen von denjenigen, die gar keine Bestimmung in dieser Beziehung enthalten, wie Glarus, Appenzell A. Rh., Basellandschaft und Andere, oder gar kein klar durchgeführtes Prinzip verfolgen, wie Schwyz, Graubünden, Wallis, Tessin, in zwei Hauptklassen scheiden, von denen die eine auf dem gemeinen deutschen Recht, bisweilen mit starken Hinneigungen zum französischen Recht und zu den neuen deutschen Entwürfen beruht, die andere der Nichtigkeitsbeschwerde nur im Anschluß an die Appellation einen Platz eingeräumt hat. Zu der ersten Gruppe gehören Zürich, Bern, Luzern, Uri, Zug, Freiburg, St. Gallen, Aargau, Waadt, zu der zweiten Solothurn, Baselstadt, Thurgau, Genf.»

Schon in diesem Aufsatz tritt die Auffassung hervor, daß die kantonalen Prozeßordnungen den Künsteleien der deutschen Doktrin nicht haben widerstehen können und zu Unrecht bewährte Auffassungen des gemeinen Prozeßrechts verlassen haben. Und ebenso die Mahnung zur Einfachheit: «denn das kann durch obige Zusammenstellung klar geworden sein: Einfachheit ist nicht mehr die Eigenschaft, die dem schweizerischen Prozeß nachgerühmt werden darf, wenn für ein Rechtsinstitut, das so wenig Anwendung in einer ordentlichen Rechtspflege finden sollte, solcher Aufwand gut befunden wird<sup>17</sup>.»

In Band 21 (1881) steht HEUSLERS bekannter Aufsatz: «Das forum contractus und das schweizerische Bundesrecht». Damit wurde ein Gebiet betreten, das bis zum heutigen Tage unsere Zivilprozessualisten in immer neuen Fragen bedrängt hat: die

<sup>17</sup> Weiteres siehe E. HIS a. a. O. S. 42.

Auseinandersetzung zwischen Bundes- und kantonalem Recht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes schließt im interkantonalen Verkehr Art. 59 BV (die Garantie des Wohnsitzrichters) das *forum contractus* aus. Mit geschichtlichen, aber auch mit dem praktischen Leben entnommenen Argumenten wendet sich HEUSLER gegen diese Auffassung. Wenn ihm auch kein Erfolg beschieden war, so ist doch die Art der Beweisführung noch heute eindrucksvoll. Die Bedeutung der Zeitschrift als Heimat einer rein wissenschaftlichen Diskussion tritt in den Worten HEUSLERS hervor: «Bei meiner Untersuchung habe ich alle politischen Reflexionen ferngehalten, die Frage ist eine juristische und nur von rechtlichen Gesichtspunkten aus richtig zu erörtern und zu lösen. Politische Erwägungen sind hier übel angebracht und verwirren nur die unbefangene Prüfung.» (S.81.) Wo sonst, als eben in der Zeitschrift, hätte eine derartige Arbeit Aufnahme finden können?

Der letzte Band der Alten Folge (22, 1882) enthält EUGEN HUBERS Basler Antrittsvorlesung über «Das Kölnische Recht in den zähringischen Städten». Nach Enttäuschungen in seiner Tätigkeit als Privatdozent in Bern und als Chefredaktor der Neuen Zürcher Zeitung<sup>18</sup> hatte EUGEN HUBER 1877 die Wahl als Verhörerichter und Polizeidirektor des Kantons Appenzell Außerrhoden mit Sitz in Trogen angenommen. Und nun kehrte er zur akademischen Lehrtätigkeit zurück, die seine klar erkannte innere Berufung war. So ist es nicht verwunderlich, daß neuerdings das Thema: «Theorie und Praxis» erklingt. Er führte aus: «Durch das Vertrauen der Behörden Basels auf den akademischen Lehrstuhl des schweizerischen Rechts berufen, habe ich rasch und mit Freuden die Gelegenheit ergriffen, um zur Wissenschaft zurückzukehren. Wird auch bei uns dem Juristen der Übertritt von der Praxis zur Wissenschaft nicht schwer gemacht, so besteht gleichwohl kaum bei einer andern wissenschaftlichen Berufsart ein so großer Kontrast zwischen dem Leben und der Theorie wie bei der Rechtspflege. Gegen-

<sup>18</sup> Siehe dazu näheres in MUTZNER'S Biographie Eugen Hubers in Zeitschrift NF Band 43 S. 4.

über der Praxis des Juristen, mit ihrem steten Kampf, ihrem ermüdenden Paktieren zwischen Ideal und Wirklichkeit, ihrer unvermeidlichen Berührung mit den niedrigsten Instinkten des Menschen, erhebt sich die Wissenschaft des Rechts im Vereine der Fakultäten zu einer besonders treu gepflegten und festbegründeten Ideologie, und wer für diesen Unterschied empfänglich ist, der mag ermessen, mit welchen Gedanken ein Jünger der Wissenschaft von der einen zur andern Lebensstellung überschreitet.»<sup>19</sup> (S. 3.) Es lag darin natürlich keine Abkehr vom praktischen Rechtsleben. MUTZNER bezeugt, wie wichtig auch für HUBER die Verbundenheit mit der juristischen Praxis geblieben ist. «Auch dieser Lebensabschnitt (das heißt die Tätigkeit in Trogen) brachte ihm, der mit seiner echten Menschenliebe wie selten einer sich bei allen Bevölkerungskreisen einzuführen verstand, reichen Gewinn: War doch die Vertrautheit mit dem Denken und Fühlen eines arbeitstüchtigen und lebensfrohen Landvolkes für EUGEN HUBER, der das ganze Volksleben nicht nur vom Standpunkte des Beobachters, sondern mit warmer innerer Anteilnahme verfolgte, mehr als nur eine wertvolle Ergänzung des durch seine frühere Tätigkeit gewonnenen Einblicks in das praktische Leben!» (Neue Folge 43 S. 7.)

Wir müssen uns versagen, die Bedeutung der Zeitschrift für das Zivilprozeßrecht in der «Neuen Folge» weiter zu verfolgen. Das kann um so eher geschehen, als die Materie in den letzten Jahrzehnten nicht mehr die zentrale Bedeutung hat, wie sie soeben geschildert worden ist. Heute sind «die beiden Pro-

<sup>19</sup> EUGEN HUBER führte an dieser Stelle weiter aus: «So sehr ich nun aber mein neues Amt in gehobener Stimmung antrete, so aufrichtig muß ich es doch bedauern, dabei nicht Kollege, sondern nur unvollkommener Nachfolger des verdienten Mannes sein zu können, der vor sieben Jahren von dieser selben Stelle aus einen ähnlichen Übertritt von Praxis zur Wissenschaft mit hoher Freude gefeiert und den nun ein unerbittliches Geschick von dem Genusse dieses Glücks und den schönsten Erfolgen — hoffen wir nicht für lange — abgedrängt hat.» HUBER spielte damit an auf den wegen Krankheit zurückgetretenen Professor PAUL FRIEDRICH VON WYSS, den Sohn von Professor FRIEDRICH VON WYSS. Im Gegensatz zum Vater war ihm keine Genesung beschieden. Er ist 1888 in Teneriffa gestorben. Er hatte seit 1876 neben seinem Vater zu den Herausgebern der Zeitschrift gehört. Nun ersetzte ihn EUGEN HUBER 1882 auch in dieser Eigenschaft. Er ist bis zu seinem Lebensende (23. April 1923) der Zeitschrift treu geblieben.



zesse» nicht mehr allein da. Andere Gebiete der Rechtspflege — die Verfassungs- und Verwaltungsjustiz, die internationale Gerichtsbarkeit — sind neben sie getreten und stehen heute im Vordergrund. Innerhalb des Zivilprozesses hat sich seither einiges abgeklärt. Das Problem der Rechtsvereinheitlichung ist zur Zeit nicht aktuell, nachdem der Bund in zahlreichen und praktisch wichtigen Fragen die Grenze zu seinen Gunsten abgesteckt hat<sup>20</sup>. Der Kreis der kantonalen Kodifikationen hat sich geschlossen. Wo sie veralten, wirft die Neuordnung keine großen Wellen. Manchmal gewinnt man den Eindruck, gewisse Gesetzgeber hätten die Auffassung, daß grundsätzlich nur noch Flickarbeit in Frage komme.

Aber die alten Fragen: Theorie und Praxis, Verhandlungsmaxime und richterliche Prozeßleitung, Berufsrichter und Laienrichter und viele andere haben nichts an ihrer Bedeutung eingebüßt. Wichtiger aber als ein Rechtsgebiet an sich sind die Persönlichkeiten, die dahinter stehen, ist der Geist, in dem sie ihr Recht erkannt und geübt haben. Und darum, so hoffen wir, werden die Männer, die in dieser Zeitschrift für die Zivilrechtspflege so viel getan haben, noch heute das dankbare Interesse der schweizerischen Juristen finden. Und so möge dem Verfasser gestattet sein, diesen Gedenkartikel mit einer eigenen Erinnerung zu beschließen.

Als Ende 1920 ANDREAS HEUSLER in seinem 86. Lebensjahr die Redaktion niederlegte, hatte sein Nachfolger, Professor Dr. EDUARD HIS, den schönen Gedanken, die bisherigen und die damals neu eintretenden Mitherausgeber zu einer Zusammenkunft einzuladen, die am 28. November 1920 in Basel stattfand. Es war keine Geschäftssitzung, sondern ein festliches Mittagmahl im schönen Haus der Eltern His. Es war das erste und einzige Mal, daß ich mit HEUSLER zusammenkam. Es war für den vor kurzem mit der Professur Betrauten ein Erlebnis. HEUSLER begrüßte mich mit freundlichen Worten, und dann

<sup>20</sup> Über die derzeitige Lage siehe SCHURTER und FRITZSCHE Band II 2 S. 773 und das schöne systematische Werk von MAX GULDENER, Das schweizerische Zivilprozeßrecht, Zürich 1947 und 1948.

war man sofort mitten im Zivilprozeß. «Nehmen Sie sich in acht vor der deutschen Zivilprozeßordnung. Es ist das schlechteste Gesetz, das jemals in der Welt gemacht worden ist. Man kann sich gar nicht vorstellen, wie man damit wirklich prozessieren kann, es ist zugeschnitten auf Trölerei und Verzögerung durch die Anwälte.» So trat er in Erscheinung als der Mann, dessen geistige Kraft und Temperament voll erhalten waren, der seine Gedanken rücksichtslos zum Ausdruck brachte und es sich leisten konnte, nie ein Blatt vor den Mund zu nehmen. Wie anders als der ebenfalls anwesende verehrte Mann, EUGEN HUBER, dessen zurückhaltende Weisheit und vornehme Güte mir gerade an diesem Tage besonders zum Bewußtsein kam! Der Zufall wollte, daß ich am Tisch zwischen die beiden zu sitzen kam. Die Unterhaltung, die sich bis zur Abfahrt der Abendzüge fortsetzte, war ungemein lebhaft. Scharfe kritische Äußerungen über Menschen und Dinge fielen die Menge. Es gab im Anschluß daran vielerlei zu überdenken. Vor allem jenes Diktum Heuslers hat mich stark beschäftigt, um es auf seinen berechtigten Kern zurückzuführen. Die Warnung ist mir im Ohr geblieben, und sie hat auch ihre Wirkung getan. Aber auch im übrigen ist mir der Tag, den ich der Zeitschrift zu danken habe, in naher Erinnerung geblieben.

