

des Konkursbeamten als Konkursverwalters mit Bezug auf die Prozesse der Konkursmasse anwendbar erklärt (vgl. US 33 I Nr. 21 Erw. 1 ff. S. 146 f.). Allein die Stellung des Staatsanwaltes im Strafprozeß ist nicht die eines Parteivertreters, wie ihn diese Praxis im Auge hat. Wohl steht der Staatsanwalt nach dem Anklageprinzip dem Angeklagten formell als Gegenpartei gegenüber, materiell aber hat er nicht in einseitiger Weise, unter Geltendmachung nur der den Angeklagten belastenden Momente, die Strafverfolgung zu betreiben, sondern als staatlicher Funktionär der Strafgerichtsbarkeit neben dem Richter für die der gesamten Aktenlage angemessene und in diesem Sinne objektiv gerechte Anwendung der staatlichen Strafbestimmungen einzutreten. Es kann daher nicht gesagt werden, daß die Betätigung als Staatsanwalt begrifflich notwendigerweise eine Voreingenommenheit gegenüber dem Angeklagten erzeuge, welche die zur späteren Ausübung des Richteramtes in der gleichen Sache erforderliche Unbefangenheit des betreffenden Funktionärs schlechterdings ausschließe. Der hier gegebene Fall unterscheidet sich vom erwähnten Falle des Konkursbeamten als Konkursverwalters nicht nur dadurch, daß der Konkursverwalter private Vermögensinteressen zu vertreten hat, während dem Staatsanwalt die Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen obliegt, sondern namentlich auch darin, daß dort der Konkursbeamte gleichzeitig die Funktionen des Richters und des Parteivertreters ausüben wollte, während hier die Stellungen des angefochtenen Beamten als Bezirksprokurator und als Richter zeitlich nicht neben-, sondern hintereinander liegen. Ein in der gleichen Sache zunächst als Vertreter der Staatsanwaltschaft und sodann als urteilender Richter tätiger Beamter befindet sich in ähnlicher Lage, wie nach dem Inquisitionsprinzip der Richter überhaupt, der in gleicher Person zuerst die Untersuchung durchführen und hierauf zu erkennen hat. Diese Doppelfunktion von Gerichtsbeamten, die sich in gewissem Umfang tatsächlich noch in verschiedenen Kantonen erhalten hat (vgl. z. B. gerade Art. 79 des bernischen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden, vom 31. Januar 1909, wonach dem Gerichtspräsidenten ordentlicherweise die Einrichtungen des Untersuchungsrichters obliegen), kann aber nicht etwa als bundesverfassungswidrig bezeichnet werden. Denn die Bundesverfassung enthält über

die Organisation der Strafrechtspflege in den Kantonen keine Vorschriften; sie postuliert und gewährleistet hierfür insbesondere keineswegs die reine Durchführung des Anklageprinzips im Gegensatz zum Inquisitionsprinzip. Folglich verstößt auch die sukzessive Ausübung staatsanwaltschaftlicher und richterlicher Funktionen in der gleichen Strafsache nicht zum vornherein gegen die in Rede stehenden Verfassungsgrundsätze.

Endlich kann auch von einer Verkenntung des verfassungsmäßigen Verbotes der Kumulation einer Stelle der administrativen mit einer solchen der richterlichen Gewalt (Art. 11 Ziffer 1 bern. StW) durch den angefochtenen Entscheid schon deswegen nicht die Rede sein, weil die Staatsanwaltschaft nach dem bernischen Staatsrecht unzweifelhaft nicht zu den administrativen sondern auch zu den Gerichtsbehörden zählt (vgl. Art. 84 ff. des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden), abgesehen davon, daß jenes Verbot offenbar nur die gleichzeitige Bekleidung der als unvereinbar erklärten beiden Beamtenstellen im Auge hat; —

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

VII. Derogatorische Kraft des eidgenössischen Rechts. — Force dérogatoire du droit fédéral.

16. Urteil vom 6. März 1912 in Sachen Maignon & Cie. gegen Lathi & Jingg.

Die Vorschrift des § 72 bern. ZPO, wonach die Versäumnis der Reformdiligenzien als Abstand vom Prozess betrachtet wird, verstößt nicht gegen das OR, selbst wenn damit eine anspruchvernichtende oder -begründende Wirkung verbunden sein sollte.

A. — Am 2. August 1909 hatte die Rekurrentin der Rekursbeklagten eine Schadenersatzklage im Betrage von 50,000 Fr. aus Agenturvertrag in Aussicht gestellt. In einem darauf stattgefundenen Provokationsverfahren unterzog sich die Rekurrentin dem von der

Rekursbeflagten gestellten Provocationsbegehren, worauf ihr der Richter eine am 25. Januar 1910 ablaufende Frist zur Klage setzte. Die Rekurrentin reichte nun zwar am 25. Januar 1910 eine Klage ein, mit dem Rechtsbegehren:

„1. Die Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, der Klägerin „den zufolge Abrechnung per 30. Juni 1909 schulbigen Betrag „von 522 Fr. 44 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 30. Juni 1909 „zu bezahlen.

„2. Die Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, der Klägerin „Schadenersatz zu leisten. Die Höhe des Schadenersatzes sei gericht- „lich festzusetzen und vom 27. Juli 1909 an zu 5 % verzinslich „zu erklären;“

erklärte dann aber am 9./11. Februar die „Reform über die ganze Klage“. Gemäß § 70 in Verbindung mit § 105 bern. ZPO lief die Frist zur Erfüllung der Reformbiligenzien (Einreichung einer neuen Klage, Bezahlung oder Hinterlegung der Reformkosten) am 26. März 1910 ab.

Am 23. März 1910 reichte die Rekurrentin eine neue Klage ein, mit dem Rechtsbegehren:

„1. Die Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, der Klägerin „den zufolge Abrechnung per 30. Juni 1909 schulbigen Betrag „von 522 Fr. 44 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 30. Juni 1909 „zu bezahlen.

„2. Die Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, der Klägerin „für die ökonomischen Folgen ihres Vertragsbruches Schadenersatz „zu leisten. Die Höhe des Schadenersatzes sei gerichtlich festzusetzen „und vom 27. Juli 1909 an zu 5 % verzinslich zu erklären.

„3. Die Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, der Klägerin „durch Zahlung einer angemessenen Geldsumme Entschädigung und „Genugtuung zu leisten. Die von der Beklagten der Klägerin zu „zahlende Geldsumme sei gerichtlich festzusetzen und vom 27. Juli „1909 an zu 5 % verzinslich zu erklären.“

In der Klagebegründung wurde ausgeführt, daß der der Klägerin von der Beklagten zugefügte Schaden über 50,000 Fr. betrage.

Eine Bezahlung der Kosten der Gegenpartei oder die Hinterlegung eines zu deren Deckung bestimmten Betrages fand dagegen innerhalb der gesetzlichen Frist nicht statt. Ein schriftliches Gesuch um Bestimmung des zu deponierenden Betrages (da die Rekursbe-

klage ihre Kostennote nicht einreichte) wurde von der Rekurrentin erst am 7. April an den Gerichtspräsidenten gestellt, worauf am 9. April die Bestimmung des Betrages durch den Gerichtspräsidenten, am 12. April die Eröffnung der Verfügung des Präsidenten und ebenfalls noch am 12. April die Deponierung des festgesetzten Betrages (100 Fr.) durch die Beklagte erfolgte.

Am 8. April 1910 hatte inzwischen die Rekursbeflagte die Rekurrentin zur Verhandlung über folgendes Rechtsbegehren vorladen lassen:

„Es sei die unterm 9. 11. Februar 1910 von Seiten der „Firma Alexander Matignon & Cie. in ihrem Rechtsstreite gegen „die Kollektivgesellschaft N. Rütli & Ringg erklärte Reform als Ab- „stand auszuliegen.“

Darauf erließ der Stellvertreter des Gerichtspräsidenten III von Bern am 28. November 1910 folgende Verfügung:

„1. Die unterm 9. 11. Februar 1910 von der Firma Alexandre „Matignon & Cie. in ihrem Rechtsstreite gegen die Kollektivgesell- „schaft N. Rütli & Ringg abgegebene Reformerklärung wird als „Abstand erklärt.

Die Rekurrentin reichte nun einerseits am 8. Dezember 1910 beim Gerichtspräsidenten III von Bern ein auf § 96 Ziff. 3 ZPO gestütztes Restitutionsbegehren, andererseits am 27. Dezember 1910 beim Appellationshof eine Beschwerde gegen die Verfügung des Gerichtspräsidenten vom 28. November 1910 ein.

Das Restitutionsbegehren wurde erstinstanzlich vom Gerichtspräsidenten durch Entscheid vom 22. Februar 1911 und zweitinstanzlich vom Appellationshof durch Entscheid vom 18. Mai 1911 als unbegründet abgewiesen, weil § 96 Ziff. 3 bern. ZPO auf die Versäumnis der Reformbiligenzien nicht anwendbar sei. Dies ergebe sich, führt der Appellationshof aus, zwar nicht schon, wie die bisherige Praxis angenommen habe (vergl. Ztschr. d. bern. Jur.-Vereins 40 S. 159 ff.), aus dem Umstand, daß § 96 Ziff. 1 nur auf richterliche Fristen zutrefte, wohl aber daraus, daß es sich bei § 72 um eine ipso jure eintretende Säumnisfolge handle, während § 91, wie § 97 Abs. 1 Satz 1 zeige, sich nur auf solche Säumnisfolgen beziehe, die erst auf Antrag der Gegenpartei ausgesprochen werden. Zu demselben Schlusse (Unanwendbarkeit des

§ 96 auf die Versäumung der Reformbiliggenzien) führe auch die Erwägung, daß § 96 ausschließlich die Versäumung prozessualischer Fristen und Termine im Auge habe, während es sich bei dessen Anwendung auf den vorliegenden Fall um eine Wiedereinsetzung gegen „materiellrechtliche Folgen“ handeln würde, da ja mit der Versäumung der Reformbiliggenzien die „materiellrechtliche Folge des Verlustes des betreffenden Anspruches“ verbunden sei.

Die gegen die Verfügung des Gerichtspräsidenten vom 28. November 1910 gerichtete Beschwerde wurde, durch Entscheid des Appellationshofes vom 29. Dezember 1910, ebenfalls abgewiesen, weil die Rekurrentin innerhalb der gesetzlichen Frist die ihr gemäß § 70 bern. ZPO obliegenden Reformbiliggenzien in der Tat nicht erfüllt habe.

B. — Sowohl gegen den zweitinstanzlichen Entscheid des Appellationshofes über das Restitutionsgesuch, als auch gegen den Beschwerdeentscheid vom 29. Dezember 1910, hat die Firma Alexandre Matignon & Cie. rechtzeitig und formrichtig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Aufhebung dieser Entscheide. Die Begründung der beiden Rekurse ist aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich.

C. — Der Appellationshof des Kantons Bern und die Rekursbeflagte haben Abweisung beider Rekurse beantragt.

D. — Die einschlägigen Bestimmungen der bernischen Zivilprozessordnung (Revidiertes Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Zivilstreitigkeiten, vom 2. April/3. Brachmonat 1883) lauten:

„§ 146. Die prozeßhindernden Einreden (uneinläßlichen Antwortsgründe) berechtigen den Beklagten zu dem Schlusse auf definitive Befreiung von dem klägerischen Ansprüche, ohne Rücksicht auf dessen ursprüngliche Begründetheit. Dahin gehören folgende Fälle:

- „1. Wenn der durch die Klage verfolgte Anspruch verjährt oder ihr Gegenstand erloschen ist;
- „2. wenn der Streit bereits auf eine für die Parteien verpflichtende Weise rechtskräftig beurteilt ist, und
- „3. wenn es sich aus einer rechtsförmigen Urkunde ergibt, daß der Streit auf eine für die Parteien verbindliche Weise beseitigt worden und nicht etwa aus einer spätern Verhandlung geklagt wird, welche eine neue gültige Verfügung darüber enthält.“

„§ 387. Einem rechtskräftigen Urteil ist, außer den Akten, welchen das Gesetz dieselbe Wirkung beilegt, auch ein vor Gericht erklärter oder mit richterlicher Bewilligung notifizierter Abstand gleich zu achten.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

I. — Den Hauptbeschwerdepunkt der beiden staatsrechtlichen Rekurse bildet die angebliche Mißachtung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts, die von der Rekurrentin darin erblickt wird, daß der kantonale Richter ihre vom eidgenössischen Obligationenrecht beherrschte Forderung auf Grund einer Bestimmung des kantonalen Rechts als erloschen erklärt habe; denn § 72 bern. ZPO enthalte nicht etwa bloß eine „prozessuale Präklusion“, die als solche vom kantonalen Recht ausgesprochen werden könnte, sondern es handle sich dabei um eine „Präklusion besonderer Art“, um eine „Vernichtung des Klagerrechtes und damit des materiellen Anspruches“, gleich wie im Falle der rechtskräftigen Abweisung der Klage.

Was nun in dieser Beziehung zunächst den Entscheid über das Wiedereinsetzungsbegehren betrifft, so enthalten dessen Motive allerdings die Bemerkung, daß mit der Versäumnis der Reformbiliggenzien „die materiellrechtliche Folge des Verlustes des betreffenden Anspruches“ verbunden sei. Allein dieser Satz qualifiziert sich nicht etwa als eine Erläuterung des Dispositivs, das einfach auf Abweisung des Restitutionsgesuchs lautet und durchaus unmißverständlich ist; vielmehr bildet er ein bloßes Glied in der Argumentation, auf Grund deren der Appellationshof zum Resultate gelangt ist, daß im Falle des § 72 bern. ZPO eine Wiedereinsetzung unzulässig sei. Selbst wenn es also richtig wäre, daß mit Rücksicht auf die derogatorische Kraft des Bundesrechts der kantonale Richter nicht befugt sei, einen vom eidgenössischen OR beherrschten Anspruch als infolge Versäumung der Reformbiliggenzien verwirkt zu erklären, so wäre doch in dem vorliegenden Entscheide über das Restitutionsgesuch der Rekurrentin ein Übergriff in das Gebiet des eidgenössischen Rechts aus dem Grunde nicht zu erblicken, weil das Dispositiv jenes Entscheides bloß auf Abweisung des Wiedereinsetzungsbegehrens lautet, durch die Erwägungen aber eine Rechtsverletzung im Sinne des Art. 178 Ziff. 2 OG nicht begangen werden konnte.

Übrigens wollte der Appellationshof selbst in den Motiven seines zweiten Entscheides, dadurch, daß er ausführte, die Versäumung der Reformbiligengien ziehe „materiellrechtliche Folgen nach sich“, bezw. sie sei „mit der materiellrechtlichen Folge des Verlustes des betreffenden Anspruchs verbunden“, wohl kaum die Ansicht aussprechen, daß die Versäumung der Reformbiligengien seitens des Klägers den zivilrechtlichen Untergang des eingeklagten Anspruchs bewirke, sondern es wollte damit offenbar bloß gesagt werden: die Versäumung der Reformbiligengien äußere ihre Wirkungen auch außerhalb des durch sie beendigten Prozesses, und sie falle daher nicht unter den Begriff der Versäumung einer „prozessualischen Frist“, wie dies für die Anwendung des § 96 ZPO nötig wäre.

Der Entscheid über das Wiedereinsetzungsbegehren der Rekurrentin qualifiziert sich somit unter keinen Umständen als ein Übergriß in das Gebiet des eidgenössischen Rechts.

5. — Insofern der Vorwurf der Mißachtung der derogatorischen Kraft des eidgenössischen Rechts gegenüber dem ersten Entscheide (demjenigen vom 29. Dezember 1910) erhoben wird, ist allerdings das Dispositiv, welches die Reformerklärung der Rekurrentin „als Abstand erklärt“, durch die Motive zu ergänzen. Erst aus diesen ergibt sich nämlich, daß ein Abstand im Sinne des § 72 bern. ZPO, d. h. ein „förmlicher Abstand von der Streitfrage“ angenommen wurde. Damit hat der kantonale Richter festgestellt, daß der Abstand von der Instanz, wie er ja von Anfang an in der Reformerklärung enthalten war, und wie er vom bernischen Prozeßrecht eben nur im Fall der Reformerklärung und unter der Resolutivbedingung der Erfüllung der Reformbiligengien anerkannt wird — sich nachträglich und mit Wirkung ex tunc in einen Abstand von der Klage, d. h. in einen definitiven Verzicht auf die gerichtliche Geltendmachung des der Klage zu Grunde gelegenen Anspruchs umgewandelt habe, — ein Verzicht, der zu Gunsten der Beklagten und zu Ungunsten der Klägerin dieselben Wirkungen erzeuge, wie ein die Klage abweisendes rechtskräftiges Urteil. Würde also, wie die Rekurrentin annimmt, die Wirkung des klageabweisenden Urteils nach bernischem Prozeßrecht dahin gehen, daß der rechtskräftig abgewiesene Anspruch, falls er in Wirklichkeit doch bestand, untergeht, so müßte in der Tat in

dem angefochtenen Entscheide die Feststellung gefunden werden, daß der von der Rekurrentin gegen die Rekursbeklagte geltend gemachte Schadenersatzanspruch aus prozeßrechtlichen Gründen erloschen sei.

Nun enthält aber die bernische Zivilprozeßordnung keinen Satz, wonach die rechtskräftige Abweisung einer Klage — und also auch der ihr gleichzustellende Prozeßabstand — den eingeklagten Anspruch, sofern er vor dem Prozeß existierte, vernichten würde, sondern sie gibt bloß (in § 146 Ziff. 2) dem Beklagten für den Fall einer nochmaligen Einklagung jenes Anspruchs eine Einrede: die Einrede der abgeurteilten Sache. Das bernische Prozeßrecht hat hier, soviel aus dem Gesetzestext ersichtlich ist (vergl. auch Blumenstein in Ztschr. des bern. Juristenvereins 38 S. 449 ff.) unter den verschiedenen, in der Literatur vertretenen Auffassungen über das Wesen der sogenannten materiellen Rechtskraft diejenige sich zu eigen gemacht, nach welcher die Wirkung des rechtskräftigen Urteils, wenigstens im Falle der Abweisung einer Klage, lediglich deklaratorischer und dispositiver Natur ist: deklaratorischer Natur insofern, als das Urteil den eingeklagten Anspruch, falls er in Wirklichkeit doch bestanden haben sollte, nicht vernichtet — dispositiver Natur insofern, als es seine Wirkungen nur dann äußert, wenn der Beklagte sich (durch Erhebung einer Einrede) ausdrücklich darauf beruft. Allerdings hat der Appellationshof, wie bereits konstatiert wurde (vergl. oben Erwägung 4) in seinem Entscheid über das Wiedereinsetzungsbegehren der Rekurrentin erklärt, die Nichterfüllung der Reformbiligengien ziehe „materiellrechtliche Folgen“, d. h. den „Verlust des betreffenden Anspruchs“ nach sich — wozu die Rekurrentin bemerkt: durch den Wiedereinsetzungsentscheid vom 18. Mai 1911 erhalte die frühere, gegen den Entscheid vom 29. Dezember 1910 gerichtete Beschwerde „ihre ganz besondere Bestätigung“. Allein wenn, wie dargetan, jener Ausspruch über die „materiellrechtlichen Folgen“ der Versäumung der Reformbiligengien, weil er nur in den Motiven enthalten ist, schon an sich, als Bestandteil des Entscheides vom 18. Mai 1911, keinen Rekursgrund zu bilden vermag (vergl. ebenfalls oben Erwägung 4), so ist er a fortiori nicht geeignet, den gegen einen früheren Entscheid des Appellationshofes gerichteten Rekurs zu begründen; dies ganz abgesehen davon, daß die im zweiten Entscheid enthaltene Bemerkung über die „materiellrechtlichen Folgen“ der Versäumung der Reformbiligengien,

wie ebenfalls bereits konstatiert wurde (Erwägung 4 am Schluß), wohl kaum die Bedeutung haben sollte, die ihr von der Rekurrentin beigemessen wird.

Liegt demnach ein verbindlicher Ausspruch des bernischen Richters, daß die von der Rekurrentin zum Gegenstand des Prozesses gemachte Forderung erloschen sei, nicht vor, so kann von einem Eingriff in das Gebiet des eidgenössischen Obligationenrechts — im Sinne der Ausführungen der Rekurrentin — nicht gesprochen werden.

6. — Wollte indessen auch angenommen werden, es komme nach bernischem Prozeßrecht dem die Klage abweisenden, rechtskräftigen Urteil und infolgedessen auch dem Prozeßabstand, sowie der ihm gleichgestellten Versäumung der Reformbilanzen, eine materiellrechtliche, anspruchvernichtende Wirkung zu, wogegen in Forderungsprozessen das kondemnatorische Urteil einen Novationsgrund bilden, das unrichtige kondemnatorische Urteil aber einen materiellen Rechtsanspruch erzeugen würde (vergl. für das Herrschaftsgebiet der deutschen ZPD z. B. Wagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, sowie Kleinfeller, Lehrbuch S. 241, im Gegensatz zu Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, und Lehrbuch I § 9 sub II 1; vergl. ferner BGE 16 S. 768 oben), — oder wollte überhaupt, sobald es sich um den staatsrechtlichen Grundsatz der derogatorischen Kraft des eidgenössischen Rechts handelt, die ganze Unterscheidung zwischen der nur *ope exceptionis* wirkenden und der anspruchvernichtenden Rechtskraft des abweisenden Urteils als allzu subtil fallen gelassen werden, — so könnte doch in der Anwendung des § 72 bern. ZPD, wie sie im vorliegenden Falle stattgefunden hat, kein Übergriff in das Gebiet des eidgenössischen OR erblickt werden. Daraus, daß das OR in seinem bisherigen Text unter dem Titel „Erlöschen der Obligationen“ einen ausdrücklichen Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts nur hinsichtlich des Erlöschens von Forderungen wegen unterlassener Anmeldung bei öffentlichen Auskündungen enthielt (Art. 161), kann nicht etwa *argumento a contrario* geschlossen werden, daß der Bundesgesetzgeber die prozessualen Wirkungen des kantonalen Rechts als unzulässig betrachtet habe: denn, während es sich bei dem Erlöschen von Ansprüchen infolge Nichtanmeldung bei öffentlichen Auskündungen um eine mehr oder weniger zivilrechtliche Materie handelt — die denn auch nun-

mehr im Schweiz. ZGB geregelt worden ist, so daß die Bestimmung des Art. alt 161 fallen gelassen werden konnte — ergab und ergibt sich noch heute die Befugnis der Kantone zur Ordnung des Prozeßrechts ohne weiteres aus der Nichtregelung dieser Materie seitens des Bundes, sowie aus Art. 64 Abs. 3 BB, der bestimmt, daß (vorbehältlich der dem Bundesgericht eingeräumten Befugnisse) „das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung“ „den Kantonen verbleiben“.

Freilich hätte trotzdem das OR, ebenso wie es in andern Grenzgebieten zwischen Privat- und Prozeßrecht durch Aufstellung positiver Vorschriften in prozeßrechtliche Materien eingegriffen hat, sehr wohl auch die Frage entscheiden können, ob bei Ansprüchen, die im übrigen vom eidgenössischen Recht beherrscht werden, das rechtskräftige Urteil konstitutive oder nur deklaratorische, absolute oder nur dispositive Wirkung habe; allein, wenn diese Fragen im OR nicht entschieden wurden, so ist — eben mit Rücksicht auf jene verfassungsmäßige Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen — anzunehmen, ihre Lösung habe dem kantonalen Prozeßrecht überlassen werden wollen. Tatsächlich ist es denn auch gewiß naheliegend, daß derartige Fragen in der Zivilprozeßgesetzgebung ihre Erledigung finden. Das Prozeßrecht hat nicht nur zur Aufgabe, die Voraussetzungen, unter denen ein Urteil zu Stande kommen kann, und das Verfahren, auf Grund dessen es gefällt werden soll, zu regeln, sondern es hat auch zu bestimmen, welches die Wirkungen des „rechtskräftigen“ Urteils sein sollen, da ja sonst der Zweck des Prozesses, nämlich der wirksame Schutz der obsiegenden Partei gegenüber den Präventionen oder gegenüber der Renitenz der Gegenpartei, nicht erreicht würde. Gleich wie nun aber aus diesem Grunde dem Prozeßgesetzgeber anheimgestellt ist, Vorschriften darüber zu erlassen, in welcher Weise der unterlegene Beklagte zur Befriedigung des obsiegenden Klägers anzuhalten sei (Zwangsvollstreckung), so muß es ihm auch gestattet sein, Bestimmungen darüber aufzustellen, in welcher Weise der obsiegende Beklagte gegen die fortgesetzten Präventionen des unterlegenen Klägers zu schützen sei. Insbesondere muß es dem Prozeßrecht überlassen bleiben, ob es diesen Zweck dadurch erreichen will, daß es dem obsiegenden Beklagten eine „prozeßhindernde Einrede“ gewährt (wie z. B. gerade die bernische ZPD in § 146), oder aber

dadurch, daß es jeden spätern Richter anweist, das Eintreten auf eine nochmalige, denselben Zweck verfolgende Klage von Amtes wegen abzulehnen (so Basel-Stadt in § 58 Ziff. 3 und § 60 ZPO), oder endlich dadurch, daß es den gerichtlich abgesprochenen Anspruch geradezu als erloschen erklärt. Allerdings ist es — von den sogenannten konstitutiven (z. B. Ehescheidungs-) Urteilen abgesehen — nicht der Zweck des Prozesses, eine Änderung im Bestande materieller Rechte herbeizuführen; allein da stets mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß ein Urteil, sei es infolge schlechter Prozeßführung, sei es infolge Versagens eines Beweismittels, sei es endlich infolge Irrtums des Richters, mit dem materiellen Recht in Widerspruch gerät, und da im Interesse der Rechtssicherheit sogar das unrichtige Urteil, wenn es durch kein ordentliches Rechtsmittel mehr angefochten werden kann, und solange es durch kein außerordentliches Rechtsmittel beseitigt ist, respektiert werden muß, so qualifiziert sich der Satz, daß durch ein materiell unrichtiges Urteil nichtbestehende Ansprüche geschaffen und bestehende vernichtet werden können, — während ja sonst in Forderungsprozessen jedes unrichtige Urteil entweder eine Naturalobligation zurücklassen, oder aber einen Putativanspruch erzeugen würde — lediglich als die äußerste und letzte Konsequenz aus dem Grundsatz *ne bis in idem*. Ist es aber, wie bereits konstatiert wurde, Sache des Prozeßrechts, zu bestimmen, auf welche Weise dem rechtskräftigen Urteil Nachachtung zu verschaffen sei, insbesondere einerseits: auf welche Weise ein kondemnatorisches Urteil zu vollstrecken sei, anderseits: ob ein absolutorisches Urteil von Amtes wegen oder nur auf Antrag des Beklagten zu berücksichtigen sei, ob dessen Nichtberücksichtigung für das zweite Urteil einen Nichtigkeitsgrund bilde u. s. w., — so muß es dem Prozeßrecht auch anheimgestellt bleiben, jene äußerste und letzte Konsequenz aus dem Prinzip der Autorität der abgeurteilten Sache zu ziehen, d. h. dem materiell unrichtigen Urteil und also auch dem Prozeßabstand, sowie allen denjenigen prozessualen Handlungen und Unterlassungen, die diesem gleichgestellt werden anspruchserzeugende bezw. anspruchvernichtende Wirkung beizulegen.

7. — Hiemit stehen nicht etwa im Widerspruch diejenigen Urteile des Bundesgerichts, in denen der Entscheid über die Voraussetzungen der *exceptio rei judicatæ* als dem materiellen Recht

angehörig bezeichnet wurde (vergl. BGE 16 S. 549 f. E. 3, S. 768 unten, 30 II S. 543, 31 II S. 165 E. 5, 34 II S. 626). Jene Urteile handelten nicht von der Einwirkung des frühern Prozesses auf den in diesem frühern Prozesse streitig gewesenen Anspruch; vielmehr wurde diese Einwirkung als bekannt vorausgesetzt und nur untersucht, ob der im zweiten Prozeß streitige Anspruch mit jenem frühern, bereits abgeurteilten identisch sei. Diese letztere Frage aber konnte durch die Regeln, unter denen der erste Prozeß gestanden hatte, von vornherein nicht präjudiziert sein, da ja jener erste Prozeß sich nur auf den damals streitigen Anspruch bezogen hatte, während nunmehr auch die rechtliche Natur des zweiten Anspruchs zu untersuchen war. Außerdem ist klar, daß bei der Beantwortung der Frage nach der Identität eines Anspruches mit einem früher abgeurteilten u. u. die Interessen von Personen im Spiele sein können, welche sich am frühern Verfahren nicht beteiligt hatten (z. B. ZeSSIONARE, Mitschuldner, insbesondere Bürgen, Kollektivgesellschaften u. s. w.). Ob und inwieweit aber das Resultat des Prozesses, außer für die Prozeßparteien, noch für andere Personen verbindlich sei, ist selbstverständlich keine prozeßrechtliche Frage, sondern eine solche des materiellen Rechts.

Im vorliegenden Falle handelt es sich nun nicht um die Vergleichung eines streitigen Anspruchs mit einem bereits abgeurteilten bezw. um den Einfluß eines Urteils auf die Rechtsverhältnisse von Drittpersonen, sondern einfach um die Einwirkung einer prozessualen Unterlassung auf den ins Recht gezogenen Anspruch als solchen. Hierüber aber hat nach dem Gesagten das Prozeßrecht zu bestimmen, und es kann daher in dem angefochtenen Entscheide ein Übergriff in das Gebiet des eidgenössischen Obligationenrechts selbst dann nicht erblickt werden, wenn angenommen wird, nach § 72 bern. ZPO habe die Versäumung der Reformdiligenzen geradezu anspruchsbegründende, bezw. anspruchvernichtende Wirkung.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Beide Rekurse werden abgewiesen.