

Besprechungen

Kummer, Dr. Max (Prof.) / Walder, Dr. Hans Ulrich (Prof.): Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener. XII, 391 S. (Zürich 1973. Schultheß Polygraphischer Verlag.) Leinen Fr. 85.—.

Schon durch ihre Mannigfaltigkeit bildet diese schöne Festschrift eine treffliche Anerkennung des fruchtbaren Wirkens von Max Guldener, der als Ordinarius für Zivilprozeßrecht und Präsident des Kassationsgerichts des Kantons Zürich Lehre und Praxis gleichermaßen gedient hat: Achtzehn Autoren haben sich zusammengefunden, «die gleichsam stellvertretend handeln für eine große Juristengemeinde im In- und Ausland». Der Band enthält nicht nur Aufsätze in allen drei Landessprachen, sondern auch je einen Beitrag in Spanisch und Englisch. Vielfältig wie die Gruppe der Beiträger sind auch die bearbeiteten The-

Literatur

men: Neben rechtssystematischen stehen rechtspolitische Abhandlungen, neben solchen zum Verfahrensrecht solche zum materiellen Recht und nicht nur innerstaatliche, sondern auch internationale Rechtsprobleme kommen zur Sprache.

Mit der vom Geehrten entscheidend vorbereiteten künftigen zürcherischen Zivilprozeßordnung befaßt sich der Beitrag von *Georg Meßmer* über «Tendenzen in der Totalrevision des Zürcher Zivilprozeßrechts». Am Anfang steht die Feststellung, daß die «ruhige Entwicklung der zürcherischen Prozeßgesetze . . . auch mit der vorliegenden Totalrevision nicht unterbrochen» wird, daß im Vordergrund der Revisionsbemühungen «das Bestreben, der gerichtlichen Praxis Rechnung zu tragen», stand. Entlastungen der Gerichte sind bezweckt durch eine Verkleinerung der Kollegialgerichte sowie die Möglichkeit des Verzichts

auf die schriftliche Urteilsbegründung, letzteres eine Neuerung, die vor allem bei Konventionsscheidungen zu begrüßen ist. Durch eine begrenzte Zulassung der Klageänderung und größere Freiheit in der Beweiserhebung soll das Verfahren flexibler gestaltet werden. Der neue Gesetzestext wird erheblich kürzer ausfallen, namentlich deswegen, weil durchwegs auf die Wiederholung von Bundesrecht verzichtet wird.

Ebenfalls schon vom künftigen Zürcher Recht geht *Felix Wiget* aus bei der Behandlung von «Fragen der Verfahrensgestaltung vor Gelegenheitsschiedsgerichten nach zürcherischem Zivilprozeßrecht». Wiget untersucht namentlich, welche Schranken der autonomen Gestaltung des Schiedsverfahrens durch die Parteien und das Gericht gesetzt sind. Bindend sind etwa die Grundsätze des rechtlichen Gehörs, der Gleichbehandlung und der Maxime *ne eat iudex ultra petita partium*. Schranken ergeben sich weiter aus dem Persönlichkeitsschutz und der öffentlichen Ordnung.

Jean François Poudret überprüft, wie weit die «sanction de l'autorité de la chose jugée en matière de divorce» geht. Der Autor folgt der überwiegenden Lehrmeinung, wonach die materielle Rechtskraft ein Institut des Prozeßrechts und nicht des materiellen Rechts ist. Die in ZGB 158 Ziff. 1 statuierte Offizialmaxime verlangt nicht, daß der Richter die materielle Rechtskraft von Amtes wegen zu beachten hat. Vielmehr sind die Kantone frei vorzusehen, daß auch im Scheidungsprozeß die materielle Rechtskraft früherer Entscheidungen nur berücksichtigt wird, wenn sich der Beklagte darauf beruft.

Hans Ulrich Walder setzt sich kritisch mit der «Berücksichtigung des Bankgeheimnisses im Zivilprozeß» auseinander. In seiner revidierten Fassung behält Bankengesetz 47 bei der Regelung des Bankgeheimnisses die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vor. Dieser Vorbehalt kantonalen Rechts ist unter anderem deshalb unglücklich, weil die kantonalen Zivilprozeßordnungen sehr verschiedene Lösungen enthalten: Im einen Kanton ist der Bankier berechtigt, das Zeugnis zu verweigern, im andern kann er von seiner grundsätzlich bestehenden Zeugnispflicht entbunden werden, im dritten ist er generell verpflichtet, Zeugnis abzulegen. Nach Walder sollte in der ganzen Schweiz eine einheitliche Ordnung gelten. Sinnvoll wäre es, «eine vom jeweiligen Prozeß unabhängige eidgenössische Instanz... mit dem Entscheid darüber zu betrauen, ob... eine Entbindung vom Bankgeheimnis stattzufinden habe».

Paul Schwartz («Zur Bedeutung von Treu und Glauben im Prozeß- und Betreibungsverfahren nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung») zeigt auf, wie sich das Gebot von Treu und Glauben in einer langen Entwicklung auch im Verfahrensrecht durchsetzte, obwohl «bis vor nicht sehr langer Zeit die Meinung galt, die Berufung auf Verfahrensvorschriften könne nie rechtsmißbräuchlich sein». Heute bekennt sich Lehre und Praxis offen zur Berücksichtigung von Treu und Glauben auch im Prozeß, was der Autor anhand von illustrativen Beispielen aufzeigt.

Rolando Forni behandelt das Revisionsverfahren vor Bundesgericht gemäß Art. 136 ff. des revidierten Organisationsgesetzes («*Svista manifesta, fatti nuovi e prove nuove nella procedura di revisione davanti al Tribunale federale*»). Die Revisionsgründe — schwere Verfahrensmängel, Entdecken neuer erheblicher Tatsachen oder Auffinden entscheidender Beweismittel — werden umfassend erläutert, so daß der Aufsatz einen eigentlichen Kommentar zu diesen Bestimmungen abgibt.

Ein Reihe von Beiträgen betreffen Fragen des internationalen Rechts, so die «Bemerkungen zum verfahrensrechtlichen ordre public» von *Fritz Baur*. Auf die Anerkennung eines verfahrensrechtlichen ordre public kann nicht verzichtet werden, doch ergeben sich bei der ordre public-Prüfung von Verfahrens-

verstößen Probleme. Fest steht, «daß nicht jede Divergenz zwischen inländischem und ausländischem Verfahrensrecht die Anwendung der ordre public-Klausel rechtfertigt». Vielmehr sollen nur die vom Standpunkt des einheimischen Verfahrensrechts als unverzichtbar anzusehenden Grundsätze des Prozeßrechts berücksichtigt werden.

Mit den Wirkungen ausländischer Prozeßhandlungen und Urteile befaßt sich *István Szászy* («Recognition of the Legal Effects of Foreign Civil Procedure»). Szászy setzt sich für eine liberale Anerkennungspolitik nicht nur für rechtskräftige Urteile, sondern auch im Zeitraum vor und während der Rechtshängigkeit ein. Der Aufsatz gibt zugleich einen guten Überblick über die gegenwärtige Rechtslage.

Eine wichtige Einzelfrage aus dem gleichen Problemkreis behandelt *Horst Kaufmann*: «Die Anerkennung von Entscheidungen über die Gestaltung der Elternrechte bei Ehescheidung aufgrund des Haager Minderjährigenschutzübereinkommens im wechselseitigen Verhältnis zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland.» Das kürzlich in Kraft getretene neue Haager Übereinkommen hat zahlreiche, aber nicht alle der bisher bestehenden erheblichen Anerkennungsschwierigkeiten aus dem Weg geräumt, Schwierigkeiten, die sich aus den großen Unterschieden in den Verfahrensrechten Deutschlands und der Schweiz ergeben.

Von besonderer Aktualität ist die Studie von *Dietrich Schindler*: «Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen der europäischen Menschenrechtsorgane.» Mit dem Vollzug der Europäischen Menschenrechtskonvention sind drei Organe beauftragt, die Europäische Kommission für Menschenrechte, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das Ministerkomitee des Europarates. Die beiden letzteren sind kompetent, Verletzungen der Konvention verbindlich festzustellen. Schindler untersucht insbesondere, wie innerstaatlich die Konsequenzen zu ziehen sind, wenn festgestellt wird, daß ein Gesetz, ein Verwaltungsakt oder ein Urteil der Konvention widersprechen, wobei sich das letzte Problem als besonders delikater erweist.

Victor Fairén Guillén behandelt Grundprinzipien der spanischen Gerichtsverfassung wie auch der Beziehungen der verschiedenen Staatsorgane («*Algunos conceptos y principios fundamentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial Española del 1870 vigente*»). Die Grundlagen des spanischen Rechts (richterliche Unabhängigkeit, garantiert durch Nichtabsetzbarkeit und zugleich vor Mißbrauch geschützt durch Verantwortlichkeitsbestimmungen sowie durch die Garantien für ein geordnetes Verfahren) hätten sich bewährt, und eine Revision habe nur die Aufgabe, eine Anpassung an neue Erfordernisse der Gegenwart zu bringen.

Mit ausländischem Recht befaßt sich auch der Beitrag von *Baki Kuru*: «Die Wechselbetreibung im türkischen Recht.» Besonderheiten ergeben sich namentlich daraus, daß nach türkischem Recht ein der Konkursbetreibung unterliegender Schuldner nach der Wahl des Gläubigers entweder auf dem Wege der Pfändung oder auf dem des Konkurses betrieben werden kann.

«Über das Verhältnis zwischen Prozeßhandlung, Rechtsgeschäft, Verwaltungsakt und Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere nach deutschem Recht» schreibt *Chan Lin Tsai*. Untersucht werden die Begriffe dieser Institute, ihre Gemeinsamkeiten und Unterschiede sowie ihr gegenseitiges Verhältnis.

Henri Deschenaux zeigt mit zahlreichen Beispielen die logischen Grundregeln auf, welche der Rechtsanwendung und -fortbildung zugrunde liegen («*Les procédés du raisonnement dans l'interprétation et le complètement de la loi*»). Diese Regeln finden Anwendung unabhängig von der Wahl der Interpretationsmethode und der Auslegungshilfsmittel. Der Versuch, juristische

Logik bewußt zu machen und in Formeln zu fassen, ist ebenso ungewöhnlich wie reizvoll.

Arthur Meier-Hayoz («Der Richter als Gesetzgeber») weist nach, daß sich die in ZGB I vorgesehene säuberliche Trennung der richterlichen Funktionen in Rechtsanwendung und — im Bereich der Gesetzeslücken — in Rechtssetzung in Wirklichkeit nicht vollziehen läßt. «Richterliche Rechtsfindung vollzieht sich auch im Lückenbereich in steter Anlehnung an das Gesetz und unter Mithberücksichtigung gesetzlicher Wertungen. Und umgekehrt ist eine vom Gesetzgeber vorgenommene Rechtssetzung oft erst brauchbar nach erfolgter ergänzender Gebotsbildung durch den Richter.»

Strafprozessualen Themen sind zwei Beiträge gewidmet: Peter Noll befaßt sich mit der «Frage der Vereinheitlichung des Strafprozeßrechts in der Schweiz». Da im Strafverfahren der Deliktort Zuständigkeit und anwendbares Recht bestimmt, nützt «dem Angeschuldigten die Vielfalt und Eigenständigkeit des kantonalen Strafprozeßrechts überhaupt nichts. Weder bekommt er ‚seinen eigenen‘ Richter, noch wird das Verfahrensrecht angewendet, mit dem er am besten vertraut ist». Auch der Einwand, die bestehende kantonale Behördenorganisation widersetze sich einer Vereinheitlichung des Strafprozeßrechts hält nach Noll nicht stand. «Viel tiefer als dies für ein bundes einheitliches Strafprozeßrecht nötig wäre, greifen das eidgenössische Zivilrecht und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht in die kantonale Organisation ein.» Noll plädiert daher überzeugend für die Vereinheitlichung.

In einer sorgfältig dokumentierten Monographie stellt Robert Hauser «Die Nichtigkeitsbeschwerde nach den kantonalen Strafprozeßgesetzen» dar. Aufgezeigt werden nicht nur die Gemeinsamkeiten und Spezialitäten in Ausgestaltung und Funktion, sondern auch das Verhältnis der Nichtigkeitsbeschwerde zur Berufung: Während in einzelnen Kantonen die Nichtigkeitsbeschwerde die Berufung zu verdrängen vermochte, verzichten andere auf die Berufung zugunsten der Nichtigkeitsbeschwerde. In den Kantonen, in welchen Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde nebeneinander stehen, ist das Verhältnis dieser Rechtsmittel sehr unterschiedlich geregelt.

Cyril Hegnauer skizziert die «Grundgedanken des neuen Kindesrechts», wie sie dem Vorentwurf für eine Revision des entsprechenden Abschnitts des ZGB zugrunde liegen. «Hauptziel der Revision des Kindesrechts ist die *Besserstellung des außerehelichen Kindes*.» Entsprechend gibt der Vorentwurf «die überlieferte Unterscheidung von Ehelichkeit und Außerehelichkeit preis und setzt an ihre Stelle den Grundsatz der *Einheit des Kindesverhältnisses*».

Ein brillant geschriebener «Brief an den Jubilar» von Robert Meyer leitet die Festschrift ein, ein Verzeichnis der Veröffentlichungen von Max Guldener, bearbeitet von Hans Heinrich Frey schließt sie ab.

Dank der Fülle der darin behandelten theoretisch interessanten wie praktisch bedeutsamen Fragen bietet die Festschrift Guldener jedem Juristen eine äußerst anregende und informative Lektüre. PD Dr. Peter Forstmoser, Benglen/Zürich