

prennent non seulement le droit de recouvrer la créance, mais encore le droit de recours contre le cédant pour la non-existence de la créance (art. 171 CO).

Que ce soient les droits directs contre A. S. résultant du crédit consenti à ce dernier par la BES ou le droit de recours contre lui résultant de sa cession de créance, les uns ou les autres ont passé à la demanderesse par suite du paiement effectué et de la subrogation. Il n'y a aucune raison pour ne pas autoriser la demanderesse à faire valoir ses droits directement contre le défendeur.

### III. PROZESSRECHT

#### PROCÉDURE

#### 64. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Oktober 1937 i. S. W. gegen Sch.

Zulässigkeit der Berufung; Begriff des Haupturteils, Art. 58 OG. Kein solches ist das Adhäsionsurteil des Solothurnischen Schwurgerichts.

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Beklagte W. wurde vom Schwurgericht Solothurn adhäsionsweise zur Bezahlung einer Entschädigungs- und Genugtuungssumme von Fr. 1500.— an den Zivilkläger Sch. verurteilt, der Fr. 5000.— verlangt hatte.

Auf die Berufung des Beklagten tritt das Bundesgericht nicht ein, mit den folgenden

#### *Erwägungen:*

1. — Nach Art. 58 OG ist die Berufung an das Bundesgericht nur zulässig gegen letztinstanzliche kantonale Haupturteile. Es ist daher zu prüfen, ob das Urteil des

Solothurner Schwurgerichts hinsichtlich des Zivilpunktes den Anforderungen des Art. 58 OG genügt.

2. — Die Zulässigkeit und die Behandlung einer Zivilklage im Adhäsionsprozess wird in §§ 94/6 der Solothurner Strafprozessordnung allgemein geregelt. Die Rechtsmittel gegen schwurgerichtliche Urteile sind in den §§ 330 ff. umschrieben. In strafrechtlicher Beziehung sind die Kassation und die Wiederaufnahme der Untersuchung vorgesehen. Im Abschnitt über die Kassation erfährt nun der Weiterzug des Zivilpunktes eine besondere Regelung:

#### § 331.

« Der Verletzte und der Angeklagte können bezüglich des Zivilpunktes wegen mangelhafter oder unrichtiger Anwendung des Zivilgesetzes Rekurs an das Obergericht ergreifen.

Der Rekurs ist innert acht Tagen, von der Eröffnung des Urteils an gerechnet, einzureichen.

Das Obergericht kann von sich aus die Sache erledigen oder dieselbe auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verweisen. »

Eine gleiche Rekursmöglichkeit bezüglich des Zivilpunktes besteht gegenüber Strafurteilen der Friedensrichter, Amtsgerichtspräsidenten und Amtsgerichte, laut § 422 StrPO.

3. — Es erhebt sich die Frage, ob dieser Rekurs ans Obergericht gemäss § 331 StrPO ein ordentliches Rechtsmittel, also einen Teil des ordentlichen Instanzenzuges nach Solothurner Prozessrecht darstellt. Wenn ja, ist das Schwurgerichtsurteil bezüglich des Adhäsionsurteils kein letztinstanzliches kantonales Urteil, die Berufung daher nach Art. 58 OG unzulässig.

Literatur und Judikatur scheinen freilich auf den ersten Blick in der Umschreibung des Begriffes eines letztinstanzlichen kantonalen Haupturteils im Sinne von Art. 58 OG nicht einheitlich zu sein.

Nach WEISS, Berufung S. 31 wäre die Bestimmung des

Begriffes der «letzten Instanz» «zunächst, und im allgemeinen, Sache der kantonalen Gerichtsorganisation». WEISS scheint aber immerhin der funktionellen Kompetenz einer obern kantonalen Instanz entscheidendes Gewicht beizumessen. Man könnte indessen auch die Auffassung vertreten, der Begriff des letztinstanzlichen Haupturteils im Sinne von Art. 58 OG sei ein Begriff des Bundesrechtes. Von dieser Anschauung scheint die Praxis wie die ältere Literatur zum Organisationsgesetz stillschweigend auszugehen. Sie stellt nämlich darauf ab, ob gegenüber einem Urteil noch ein ordentliches oder bloss ein ausserordentliches kantonales Rechtsmittel zur Verfügung stehe.

Freilich bleibt dann zu bestimmen, was als ordentliches Rechtsmittel anzusprechen sei. Es werden dafür in der Hauptsache 2 Merkmale verlangt: Suspensivwirkung und Devolutiveffekt eines Rechtsmittels.

So wird z. B. in BGE 51 III S. 193 Erw. 1 einem kantonalen Rechtsmittel (Rekurs an den Regierungsrat nach st. gallischem Recht) der Charakter eines ordentlichen Rechtsmittels deswegen abgesprochen, weil das in Frage stehende Rechtsmittel die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides in keiner Weise hemme (Suspensiveffekt).

Andererseits wird in BGE 56 II S. 372 Erw. 2 einem Urteil des Neuenburger Polizeigerichtes hinsichtlich des Zivilpunktes der Charakter eines letztinstanzlichen kantonalen Urteils zuerkannt mit der Begründung, dieses Urteil «ne peut pas faire l'objet, d'après le droit cantonal, d'un recours ordinaire, assimilable au recours en réforme, mais seulement d'un recours en cassation. On est donc bien en présence d'un jugement au fond rendu en dernière instance cantonale, art. 58 OJF.» Dieses Urteil weist mit diesen Ausführungen auf das Moment der materiellen Überprüfung durch die höhere Instanz hin.

Noch klarer wird dieses Moment in BGE 39 II S. 153 (Urteilkopf) und S. 156 hervorgehoben. Dort wird als unzulässig bezeichnet eine Berufung gegen ein Urteil,

«das durch ein ordentliches, zu einer inhaltlichen Nachprüfung führendes kantonales Rechtsmittel anfechtbar gewesen wäre». Und es wird ausgeführt, dass das in Frage stehende Rechtsmittel eines Rekurses an das Obergericht (Zürich) «im Gegensatz zur kantonalen Kassationsbeschwerde, ein ordentliches Rechtsmittel bildet und zu einer inhaltlichen Nachprüfung des angefochtenen Beschlusses, namentlich auch hinsichtlich der richtigen Anwendung eidgenössischen Rechtes führt».

Damit wird auf den Devolutiveffekt eines Rechtsmittels hingewiesen, d. h. auf den Umstand, dass die Einlegung des Rechtsmittels Recht und Pflicht zur Überprüfung und Entscheidung des Rechtsstreites (in den Grenzen der Anfechtung) auf den obern Richter überträgt (GAUPP-STEIN-JONAS Ziv. Proz. Bd. 2 S. 8; ähnlich im wesentlichen auch STRÄULI, Kommentar betr. das zürcherische Rechtspflegengesetz Bd. 2 S. 224 Ziff. I). Ein Rechtsmittel, das bloss eine formelle Überprüfung gestattet, also eine Aufhebung oder Abänderung des Urteils aus formellen Gründen bewirkt, die materielle Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Urteils aber unberührt lässt (wie z. B. meistens die Kassationsbeschwerde), hat den Charakter eines ausserordentlichen Rechtsmittels (vgl. REICHEL, Kommentar zum OG Art. 77 N. 2); die Eigenschaft des letztinstanzlichen kantonalen Haupturteils kommt einem solchen Urteil nicht zu. Eine ähnliche Auffassung vertritt HAFNER, Das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Zivilstreitigkeiten, Zeitschr. f. schweiz. Recht, NF 3, 1884, S. 172: «Als letzte kantonale Instanz... ist diejenige anzusehen, über welcher kein oberer kantonaler Richter steht, bei welchem deren Erkenntnisse mittelst eines ordentlichen, mit Suspensiveffekt versehenen Rechtsmittels angefochten werden können. Diese Gerichte sind durchgehends die kantonalen Gerichte zweiter Instanz (Obergerichte, Kantonsgerichte, Appellationsgerichte)».

Dass neben dem Suspensiveffekt auch der Devolutiv-effekt eines Rechtsmittels nötig ist, um dem Urteil der

damit angerufenen Instanz den Charakter eines ordentlichen, d. h. letztinstanzlichen Urteils zu verleihen, hat seinen guten Grund. Nur dort, wo eine inhaltliche Nachprüfung eines Urteils nach kantonalem Prozessrecht möglich ist, besteht Veranlassung, das Rechtsmittel der Berufung ans Bundesgericht noch nicht zuzulassen; denn die Berufung bezweckt ja auch eine inhaltliche Nachprüfung eines Urteils, wenn auch unter Bindung des Gerichtes an den von der kantonalen Instanz festgestellten Tatbestand. Die Berufung, welche eine revisio in iure ermöglicht, ist trotz dieser Beschränkung auch ein ordentliches Rechtsmittel. Dass die inhaltliche Nachprüfung durch eine kantonale Gerichtsstanz nach allen Richtungen hin möglich sein müsse, also sowohl bezüglich Feststellung der tatsächlichen Urteilsgrundlagen als auch der rechtlichen Würdigung und Beurteilung (wie REICHEL zu Art. 58 OG dies z. B. als Kennzeichen der Appellation anzunehmen scheint), ist nicht erforderlich. (Es gibt ja kantonale Rechtsmittel schon von der ersten Instanz an das Obergericht, welche nur eine revisio in iure zulassen.) Es muss z. B., ähnlich wie bei der Berufung ans Bundesgericht, genügen, wenn eine von formalen Voraussetzungen unabhängige Überprüfung wegen mangelhafter oder unrichtiger Anwendung des materiellen Rechtes eintritt. Denn solange das der Fall ist, wird im wesentlichen dem Rechtsschutzbedürfnis, der Forderung auf Durchsetzung des materiellen Rechtes Genüge getan. Auf keinen Fall besteht Veranlassung, die Berufung ans Bundesgericht zuzulassen, solange nicht alle derartigen Rechtsmittel des kantonalen Rechts erschöpft sind.

4. — Prüft man nun unter diesem grundsätzlichen Gesichtspunkte den nach § 331 der Solothurner StrPO gegen den Zivilpunkt eines Schwurgerichtsurteils zulässigen Rekurs an das Obergericht wegen mangelhafter oder unrichtiger Anwendung des Zivilgesetzes, so ergibt sich, dass dieser Rekurs ein ordentliches Rechtsmittel darstellt. Zwar ist der Suspensiveffekt dieses Rekurses (der nach

§ 422 auch bezüglich des Zivilpunktes von Strafurteilen des Friedensrichters, des Amtsgerichtspräsidenten und der Amtsgerichte möglich ist) nicht ausdrücklich ausgesprochen, wie dies beim strafrechtlichen Kassationsbegehren geschieht, das im selben Abschnitt, in § 333, geregelt ist. Auf eine diesbezügliche Anfrage hin hat jedoch das Obergericht des Kantons Solothurn mit Zuschrift vom 14. Oktober 1937 den Bescheid erteilt, dass der Rekurs nach § 331 sowohl Suspensiv- wie Devolutiveffekt habe. Diese Auslegung des kantonalen Prozessrechtes ist für das Bundesgericht verbindlich.

Auf die Berufung — und damit auch auf die Anschlussberufung — kann somit nicht eingetreten werden.

**65. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 7 décembre 1937  
dans la cause Perrin contre Spicher & C<sup>ie</sup>.**

*Jours légalement fériés au sens de l'art. 41 al. 3 OJ.* Sont fériés les jours que des prescriptions cantonales, législatives, administratives ou de police déclarent jours de fête officiels, assimilés aux dimanches.

L'usage de fermer les bureaux de l'administration cantonale certains jours de fête populaires ne suffit pas à conférer à ces jours le caractère de jours légalement fériés.

Si le recourant, qui a la faculté, ou bien de déposer son recours directement au greffe du tribunal cantonal, ou bien de le remettre avant l'expiration du délai à un bureau de poste suisse, se voit pour une raison quelconque fermer l'une de ces voies, il est tenu de recourir à la seconde.

A. — Statuant le 16 juin 1937 sur une action en garantie intentée par Auguste Perrin contre la Société en nom collectif Spicher & C<sup>ie</sup>, la Cour d'Appel du Canton de Fribourg a débouté le demandeur. L'arrêt a été notifié au conseil de ce dernier le 24 août 1937, en sorte que le délai de recours en réforme expirait le 13 septembre.

B. — Par acte déposé le 14 septembre au greffe du Tribunal cantonal, le demandeur a recouru en réforme.