

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	11 (1864)
<b>Heft:</b>	1
<b>Rubrik:</b>	Verhandlungen der schweizerischen juristischen Gesellschaft : gehalten zu Zürich am 9. September 1862

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 29.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Verhandlungen der schweizerischen juristischen Gesellschaft gehalten zu Zürich am 9. September 1862.

---

## I. Uebersicht der Verhandlungen.

(Von Herrn Oberrichter Dr. A. von Orelli in Zürich.)

Nachdem sich nahezu hundert Juristen aus den Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Schwyz, Glarus, Zug, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, Schaffhausen, St. Gallen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Waadt, Neuenburg und Genf eingefunden hatten, eröffnete der Präsident des Vereins, Herr a. Oberrichter Dr. Fr. v. Wyss die Verhandlungen mit einer Rede, worin einerseits die Aufgabe des schweizerischen Juristen-Vereins sowohl hinsichtlich der Hebung des Juristenstandes als mit Bezug auf Förderung der schweizerischen Rechtsentwicklung beleuchtet, anderseits der Grund angegeben wurde, weshalb das Comité den Civilprozeß zum Gegenstand der diesjährigen Verhandlung gewählt habe.

Nach der vom Präsidium vorgeschlagenen und von der Versammlung genehmigten Tagesordnung erfolgte nun zuerst die Aufnahme von 72 neuen Mitgliedern, wovon 47 auf den Kanton Zürich fallen, die übrigen 25 auf die Kantone Bern (3), Luzern (1), Schwyz (1), Zug (1), Basel-Stadt (7), Schaffhausen (1), St. Gallen (3), Aargau (1), Thurgau (1), Waadt (4) und Genf (2) sich vertheilen. — Herr Staats-schreiber Willi erstattete sodann einen kurzen Bericht über die vom Comité bereits geprüfte und ratifizierte erste Jahresrechnung.

Dieselbe zeigt an Einnahmen Fr. 904. 60

Ausgaben - 485. 65

Saldo auf neue Rechnung Fr. 418. 95

Es folgte hierauf das Referat des Herrn Fürsprecher Gustav König aus Bern über die in den einzelnen Kantonen bestehenden Einrichtungen und Grundsätze mit Bezug auf das civil-processualische Verfahren, speciell mit Bezug

- 1) auf die Art der Behandlung der sog. Bagatellsachen;
- 2) Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Prozesses;
- 3) Art der Beweisbescheide;
- 4) Zeugenbeweis;
- 5) Eid als Beweismittel.

Auf Grundlage der aus 19 Kantonen ihm zugestellten Berichte und Materialien beantwortete der Referent obige Fragen folgendermaßen:

ad 1) In größern Kantonen, wo die Gerichtspräsidentenstellen mit Rechtsgelehrten besetzt werden können und wo eine bedeutende Anzahl von Rechtsstreitigkeiten regelmäßig zur Entscheidung kommen, sind für sog. Bagatellsachen, wenn deren Werth Fr. 100—150 nicht übersteigt, Einzelrichter ohne Appellation, jedoch unter Vorbehalt der Nichtigkeitsklage wegen Verletzung formeller Gesetzesvorschriften, den schwerfälligeren collegialisch organisierten Gerichten vorzuziehen.

ad 2) Als Vorbereitung ist ein schriftliches Vorverfahren (Instruktion) zur Feststellung des Thatbestandes ein wesentliches Erforderniß einer guten Prozeßordnung.

ad 3) Die Beweisbescheide sollen in Rechtskraft übergehen, also appellabel sein.

ad 4) Der Zeugenbeweis ist soweit zuzulassen, als nicht das Civilrecht das Zustandekommen von Rechtsgeschäften an bestimmte Vorschriften knüpft. Die Zeugen sollen öffentlich und in Gegenwart der Parteien abgehört und beeidigt werden. Einen Unterschied von klassischen und nicht klassischen Zeugen soll es nicht geben.

Die fünfte Frage wurde von dem Referenten gar nicht behandelt. Es wird nun zur Diskussion über die erste Frage geschritten.

Der Correferent, Herr Dr. Blumer aus Glarus, eröffnet dieselbe mit einigen allgemeinen Bemerkungen, indem er vorerst dem Comité für die Wahl dieses Themas dankt. „Die größte

Verschiedenheit herrscht in den Civilproceß-Ordnungen 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 Proceß mehr Zweckmäßigkeit-Rücksichten vorherrschen, so hängt hingegen derselbe so sehr mit der Gerichtsorganisation zusammen und diese hinwieder mit den kantonalen und socialen Eigenthümlichkeiten, daß die Einigung sehr schwierig ist. Herr König hat das reichhaltige Material sehr gut gruppirt und es gebührt ihm der aufrichtige Dank des Vereins. Was die erste Frage anbetrifft, so stimme ich mit dem Referenten überein. Es hängt dieß zusammen mit der Gerichts-Organisation der einzelnen Kantone. Die Einzelkompetenz ist nur am Platze, wenn tüchtige Juristen da sind zur Verwendung. Sobald nicht rechtsgelernte Richter da sind, bieten collegialische Gerichte mehr Garantie. Mit Bezug auf die Frage der Appellabilität macht hier Zürich mit seinen Kreisgerichten fast allein eine Ausnahme. Wenn man aber bei Kriminalsachen nur Eine Instanz hat, warum nicht auch bei Bagatellsachen? Ein summarisches Verfahren soll für solche stattfinden, aber dieses selbst hängt wieder davon ab, wie der ordentliche Proceßgang normirt ist. Ob Advokaten zuzulassen seien, hängt davon ab, welche Proceßregeln hier vorgeschrieben sind. Bei einem einfachen Verfahren vor Einzelrichtern sind sie nicht nöthig; aber ein Gewinn ist es nicht, sie hier ganz auszuschließen."

Herr Obergerichtspräsident Ullmer von Zürich: „Wenn man sagt, Bagatellsachen seien minder bedeutende Streitigkeiten, so ist dies nicht zu bemessen nach dem Betrag; man muß allerdings als Grenze einen solchen annehmen, aber das ist eigentlich unrichtig. Sie kommen auch im Sachenrecht vor. Im Kanton Zürich wird man schwerlich dazu kommen, die Appellabilität gänzlich abzuschaffen; eine Einzelinstanz wäre hier allerdings wünschbar.“

Herr Dr. Thurneyssen aus Basel: „Nach der Erfahrung, die ich in Basel gemacht habe, sind die sog. Bagatellsachen sehr erhebliche Processe für die ärmere Klasse, für welche der Entscheid und der Kostenpunkt sehr wichtig ist. Diese Streitig-

keiten sind die zahlreichsten und tief eingreifendsten. Die größte Garantie einer guten Rechtspflege liegt für mich nicht im Instanzenzug, sondern in den Personen. Im Interesse der Justiz sollte man gleich für die erste Instanz tüchtige, gebildete und charakterfeste Richter wählen. Anfänglich war auch ich gegen die Advokaten überhaupt. Eine 12jährige Erfahrung hat mich zu der entgegengesetzten Ansicht gebracht; sie sind eine wahre Wohlthat. Aber bei Bagatellsachen halte ich sie allerdings eher für unnöthig, theils wegen der Versöhnungsversuche, theils wegen der Kosten. Was das gewählte Thema betrifft, so scheint mir, eine schweizerische Juristenversammlung sollte Punkte besprechen, in denen Gemeinsamkeit des Rechts besonders wünschbar und einführbar ist, so die Einrichtungen, bei denen die Nichtkantonsbürger unter der Verschiedenheit der partikulären Gesetzgebung leiden, wie z. B. im Rechtstreit und Concursverfahren."

Herr Professor Temme aus Zürich: „Ich wünsche die Zulassung der Advokaten für Bagatellsachen. Bekanntlich hatte Friedrich der Große eine Abneigung gegen diesen Stand, aber jetzt hat man sie in Preußen auch für kleine Sachen, das Prinzip der Freiheit erheischt ihre unbedingte Zulassung und auch sie befördern oft Vergleiche.“

Herr Professor Leuenberger aus Bern: „Die Aufgabe unsers Vereins ist eine nationale; wir sollten eine einheitliche Civilprozeßordnung anstreben, wenigstens so weit als möglich. Ebenso sollte man dafür Propaganda machen, daß im Strafrecht, im Concurs und Schuldbetreibungsverfahren, im Hypothekarwesen eine Annäherung der einzelnen Kantone erzielt wird. Auch im interkantonalen Civilrecht (Handlungsfähigkeit z. B.) sollte das gleiche Recht im ganzen Vaterland gelten. Der deutsche Juristentag erstrebt das auch, warum nicht noch viel mehr wir Schweizer, die wir in einem Bundesstaat leben? Ich verkenne zwar die Schwierigkeiten nicht, ebensowenig die wirklichen historischen und socialen Eigenthümlichkeiten der einzelnen Kantone. Die Art. 48, 49 und 50 der Bundesverfassung machen einen Anfang, im Weitern bleibt nur der Weg des Concordates offen und der ist nicht ermutigend. Was nun den Civilprozeß be-

trifft, so sollte vor Allem eine Verständigung der Kantone über die Gerichtsstände stattfinden, denn da haben wir bekanntlich beständig Reibungen und Collisionen und daher so viele Recurse an die Bundesversammlung, wodurch die Rechtsicherheit einen gewaltigen Stoß erleidet. Ich möchte daher den Antrag stellen, ob nicht auf dem Concordatswege etwa unter Leitung des Bundesrates eine Vereinbarung unter den Kantonen erzielt werden könnte über die örtlichen Gerichtsstände, je nach Verschiedenheit der Klagen, unbeschadet im Uebrigen der freien Selbstständigkeit der kantonalen Proceßordnungen."

Das Präsidium wünscht, daß die jetzige Diskussion bei dem vorliegenden Gegenstand verbleibe und schlägt vor, die Anträge des Herrn Leuenberger später als Motion zur Verhandlung zu bringen. Da über die erste Frage Niemand mehr das Wort ergreift, so wird zur Diskussion über die zweite geschritten.

Herr Dr. Blumer: „Wenn der Referent sagt, ein schriftliches Vorverfahren sei ein wesentliches Erforderniß einer guten Proceßordnung, so kann ich in dieser Allgemeinheit nicht bestimmen, namentlich sofern unter diesem Verfahren ein eigentlicher Schriftenwechsel verstanden wird. Ich trete entschieden für die Mündlichkeit in die Schranken; die Proceßgesetze sind für das Volk, und die Juristen sind nur die Mandatare des Volks, letzteres aber will Mündlichkeit; das ist das nationale schweizerische Verfahren. Man hat hierüber besonders im Kanton Aargau Erfahrungen gemacht; daran reihe ich meine Wahrnehmung als Mitglied des Bundesgerichtes. Die Absicht des Bundesgesetzes war, die Schriften sollen nur das Thatsächliche enthalten, die Rechtserörterung aber mündlich vorgetragen werden. Man hat dies nicht befolgt. Eine unnöthige Weitschweifigkeit und lange juristische Deductionen kamen in diese Proceßschriften. Sogar Triplik und Quadruplik wird beigefügt. Man hat bei diesem Verfahren zwei Gefahren, einerseits großen Verzug und anderseits bedeutende Kostenvermehrung. Sodann ist es für die Advokaten schwer, durch ihre Plaidoyers den Richter zu belehren, nachdem der letztere bereits aus den Akten eine bestimmte Ansicht sich gebildet hat. Die Vorträge sind da fast überflüssig.

Die Gefahren des rein mündlichen Verfahrens werden wohl vom Referenten etwas übertrieben, namentlich mit der Ueberrumpelung der Richter ist es nicht so bedenklich. Will man aber eine schriftliche Basis, so führe man das sanctgallische Verfahren ein, aber nur nicht einen weitläufigen Schriftenwechsel. Bei Rechnungsstreitigkeiten und in ganz complicirten Fällen mag er gut sein, aber sonst nicht. Ich würde es dann auch (nach der Ansicht des Specialreferenten von Zürich) vom Ermessen des Gerichtspräsidenten abhangen lassen, ob ein solches Vorverfahren eintreten solle oder nicht."

Herr Dr. R. Pfyffer aus Luzern: „Ob in einem Civilprozeß mündliches oder schriftliches Verfahren gelten soll, diese Frage lässt sich nicht einfach mit ja oder nein beantworten. Mit der bernesischen Schriftlichkeit bin ich nicht einverstanden, ich halte dafür, das Faktische soll in Schrift verfaßt sein, die Rechtserörterung gehört dann zur mündlichen Verhandlung vor Gericht. Bis zum Jahr 1836 hatten wir im Kanton Luzern ein rein mündliches Verfahren, das aber ganz miserabel war, weil man den Gerichtsschreibern die Vorträge diktirte, so daß oft ein einziger Prozeß einen ganzen Tag in Anspruch nahm. Wir wollten nicht dahin zurückkehren. Ich glaube, die Schriftlichkeit in einem beschränkten Maße sei ganz zweckmäßig. Das Verfahren, das Herr Blumer anempfiehlt, paßt allenfalls für inappellable Sachen. Es fragt sich aber, wie weit man diese Prozesse ausdehnen will. Dahin würden also alle Bagatellsachen gehören. Im Kanton Luzern hat man hierüber eine andere Auffassung; der Richter erster Instanz kommt gar nicht dazu, über Bagatellsachen zu urtheilen; bis auf den Betrag von 30 Franken entscheiden die Friedensgerichte. Ich glaube, unser jetziges Luzerner Verfahren sei ganz zweckmäßig.“

Herr Professor Rüttimann aus Zürich: „Die Frage ist deshalb sehr schwierig, weil der Richter es nicht durchsetzen kann, daß dem Gesetz streng nachgelebt wird. Was Herr Blumer sagte mit Bezug auf das Bundesgericht, ist sehr wahr. Aber auch das rein mündliche Verfahren, das er vertheidigt, hat seine Schwierigkeiten. Unser Verfahren im Kanton Zürich ist eigentlich auch nicht rein mündlich; denn im Beweisverfahren

werden bei uns auch Proceßschriften eingereicht und schließlich urtheilt doch der Richter auf Grundlage der Akten und Protokolle. Das rein schriftliche Verfahren hat gewiß große Uebelstände. Ich schließe mich daher an, so wenig als möglich Schriftlichkeit zu verlangen, aber eine schriftliche Grundlage im Sinne des Herrn K. Pfyffer scheint auch mir sehr wünschenswerth."

Herr Advokat Gendre aus Freiburg: „Der Kanton Freiburg besitzt seit dem Jahr 1848 ein rein mündliches Verfahren und befindet sich dabei ganz vortrefflich. Vorher hatten wir die Schriftlichkeit. (Der Redner zeichnet in Kürze den jetzigen Proceßgang). Das mündliche Verfahren ist eine Eroberung der Volksthümlichkeit. Wie Herr Blumer huldige auch ich dem Saal, die Rechtspflege ist für das Volk da, und dieses gelangt viel billiger und schneller zu seinem Recht im mündlichen Verfahren. Allein nicht nur dieß. Auch der Anwalt erhält erst so seine wahre Stellung; er ist der wahre Diener des Volkes (*le véritable ministre du peuple*). Und auch der Richter entwickelt nur in diesem Verfahren die wahre Thätigkeit. Er muß aufmerksam sein, er muß sofort urtheilen. Aber es bedarf gebildete und aufgeklärte Richter! Die Mündlichkeit bietet auch den Vortheil, allfällige Irrthümer sofort zu berichtigen. Aus allen diesen Gründen erblicke ich in ihr die beste Garantie einer guten Rechtspflege. Allein gehen wir mutig noch einen Schritt weiter! Auch die Berathung der Richter soll wie beim Bundesgericht öffentlich sein und endlich sollte man auch in Civilsachen die Jury, dieses wahre Volksgericht, einführen. Doch darauf will ich heute nicht eintreten, wohl aber würde ich wünschen, daß eine andere Versammlung diese Frage behandeln würde.“

Herr Professor Cherbulez aus Genf: „Die Behandlung unsres Themas bietet eigenthümliche Schwierigkeiten. Oft versteht man unter dem gleichen Ausdrucke ganz verschiedene Dinge. Die Herren aus der deutschen Schweiz reden immer von mündlichen Vorträgen, aber darin allein besteht nicht das Princip der Mündlichkeit. Ebenso gehört summarisches Verfahren und Einzelrichter nicht in einen Begriff. (Der Redner entwickelt in Kürze den genferischen Proceßgang). Unsere Mündlichkeit besteht in der Vergegenwärtigung des gesammten Materials

(Notre oralité est l'actualité). Wir haben einen lebendigen Prozeß. Der Richter sieht die Parteien, er hört und befragt sie; er wohnt allen Zeugen-Einvernahmen bei; die Urkunden sind bewiesene Thatsachen, die ihm vorliegen. Auf Grundlage aller dieser Eindrücke in ihrem totalen Zusammenhang bildet er sein Urtheil im Gerichtssaal. Ein schriftliches Verfahren aber geht nie im Zusammenhang und außerhalb des Gerichtsaales vor sich. Meine Erfahrungen als Advokat und als Richter haben mir die Vortrefflichkeit unsres Verfahrens bewiesen. Es ist nicht gleichgültig, wie der Richter seine Überzeugung gewinnt, ob aus der lebendigen Verhandlung oder aus todtten Protokollen und langweiligen Prozeßschriften."

Herr Advokat Jules Koch aus Lausanne: „Ich meinerseits spreche mich für ein Juste-milieu zwischen der Mündlichkeit und Schriftlichkeit aus. Nicht alles kann mündlich, nicht alles soll schriftlich behandelt werden. Wenn man zu sehr die Sache beschleunigt, so schadet man der Rechtsicherheit. Der Civilprozeß ist eine wahre Kunst, ein Product der Wissenschaft; er bezweckt, den Richter aufzuklären, ihn in den Stand zu setzen, die bestrittenen Punkte richtig zu würdigen. Nun hängt es aber davon ab, an welche Richter man sich wenden muß. Bei gewandten, erfahrenen und rechtsgelehrten Richtern mag ein mündliches und summarisches Verfahren ganz gut sein, aber ich meine doch bei schwierigen und wichtigen Fällen sei auch da die Schriftlichkeit von Nutzen. Man muß doch zuerst ein Instructioneverfahren haben und ohne Protokolle und Urkunden ist es nachher unmöglich zu urtheilen. Für mich ist also die Art (der Bildungsgrad) der Richter und die Gerichtsorganisation maßgebend. Eine einheitliche Gesetzgebung für die ganze Schweiz halte ich nicht für wünschbar, wohl aber möchte ich, daß man die einzelnen kantonalen Gesetzgebungen gegenseitig kennen würde. Unsere Gesellschaft sollte eine Flora der schweizerischen Gesetze publizieren.“

Herr Fürsprech Breny aus Rapperswil: „Ich kann den Ansichten des Herrn A. Pfyffer nicht beipflichten und muß namentlich betonen, daß wir mit unserm sanctgallischen Verfahren sehr wohl zufrieden sind, und daß das materielle Recht bei uns

so gut geschützt ist, als irgendwo. Letzteres ist überhaupt beim mündlichen Verfahren nicht gefährdet, ich glaube im Gegentheil, es sei dies eher zuweilen beim schriftlichen der Fall; denn nicht alle Richter lesen die Akten."

Hiermit wurde die Diskussion über die zweite Frage geschlossen und da die Zeit schon vorgerückt war und noch mehrere wichtige Geschäfte zur Erledigung gebracht werden mußten, so beschloß man nach dem Antrage des Herrn Präsidenten, nun zur Behandlung der andern Traktanden überzugehen.

Ueber die Frage der Gründung einer eigenen Zeitschrift resp. des Anschlusses an eine bereits bestehende referirt sodann Namens des Comité Professor Drelli. Auf seinen Antrag hin wird sodann dem Vertragsentwurf zwischen der Redaction der Zeitschrift für schweizerisches Recht in Basel und dem Verein, nachdem einige Anträge, das Halten der Zeitschrift für obligatorisch zu erklären, sowie ein häufigeres Erscheinen derselben zu verlangen, in Minderheit geblieben waren, die Genehmigung der Versammlung ertheilt. Dieser Vertrag lautet:

„Der Schweizerische Juristenverein erklärt die bestehende Zeitschrift für schweizerisches Recht als sein Organ und trifft mit der Redaction derselben folgende Vereinbarung:

1) Die Verhandlungen des Vereins und die demselben vorgelegten Referate werden ihrem wesentlichen Inhalt nach in die Zeitschrift aufgenommen.

2) Die Redaction wird sich bemühen, den Wünschen des Vereins hinsichtlich der Auswahl und der Behandlung des Stoffes, der Ausdehnung der verschiedenen Abtheilungen und der gleichmäßigen Berücksichtigung der ganzen Schweiz möglichst Rechnung zu tragen.

3) Der Verein bezeichnet als Vertreter seiner Interessen und Wünsche ein Mitglied, welches in die Redaktion mit aufgenommen wird.

4) Die Zeitschrift soll mindestens im bisherigen Umfang wenigstens in zwei halbjährigen Heften erscheinen.

5) Dagegen verspricht der Verein, nach Kräften dahin zu wirken, daß seine Mitglieder die Zeitschrift halten und daß von denselben regelmäßig die gewünschten Beiträge an Mate-

rialien, Mittheilung von Rechtsfällen u. s. f. der Zeitschrift geliefert werden.

6) Diese Vereinbarung kann auf Ende eines Jahres von der einen oder andern Seite frei gekündet werden."

Die Versammlung ernennt hierauf in Vollziehung von Art. 3 Herrn Professor A. v. Orelli in Zürich in die Redaktion.

Als nächster Versammlungsort werden Bern, Basel und Lausanne in Vorschlag gebracht und Basel mit großer Mehrheit gewählt. Mit Rücksicht hierauf wird zum Präsidenten des Vereins für das folgende Jahr Herr Civilgerichtspräsident und Professor J. Schnell in Basel mit 51 Stimmen ernannt. 36 Stimmen fielen auf Herrn Dr. Burckhardt-Fürstenberger. Ins Comité werden gewählt: Herr Dr. G. Burckhardt-Fürstenberger in Basel; Herr Staatsanwalt Dr. Thurneysen in da; Herr Fürsprecher Gustav König in Bern und Herr Professor Dr. A. E. Cherbuzie in Zürich.

Herr Staatschreiber Dr. Willi aus Luzern stellt hierauf folgende Motion:

"Die juristische Gesellschaft der Schweiz spricht die Zweckmässigkeit und Wünschbarkeit aus, in unserm Vaterlande eine einheitliche Handels- und Wechselgesetzgebung einzuführen. Hiervon hat der Vorstand des Vereins die geeignete Vollziehung zu treffen." Herr Willi begründet diesen Anzug unter Hinweisung auf den Antrag des Herrn Nationalrath Kurti aus St. Gallen im Schooße der Bundesversammlung, und unter Bezugnahme auf das Gutachten des Herrn Prof. Munzinger in Bern über ein schweizerisches Handelsrecht, sowie auf die Abhandlung Orelli's im zehnten Band der Zeitschrift für schweizerisches Recht über das schweizerische Wechsel-Konkordat.

Herr Advokat Gaulis aus Lausanne wünscht, daß der Verein seine Wünsche etwas beschränke. Das ganze Handelsrecht eigne sich nicht für eine einheitliche schweizerische Gesetzgebung. Man solle die Empfehlung reduciren auf Konkordate unter den Kantonen hinsichtlich des Wechselrechts und vielleicht auch hinsichtlich der Haft der Eisenbahnen für ihre Spedition sowie auf das Konkursrecht, überhaupt auf Verhältnisse, wo die Fakta dazu drängen.

Herr Professor Munzinger aus Bern bemerkt dem Vorredner, daß es sich bei dem Entwurfe eines Handelsgesetzes nicht um ein zwingendes Bundesgesetz, sondern um ein Konkordat handle. Man werde dessen Annahme den Kantonen empfehlen. Das Konkursrecht könne man nicht in diesen Entwurf aufnehmen. Er empfiehlt die Zustimmung zur Motion, da man ja damit nicht entscheide, welche Materien in ein Handelsgesetz gehören und welche nicht. Im Wesentlichen sei man aber wohl einer Meinung.

Es wird sodann die Willi'sche Motion einstimmig angenommen. Herr Prof. Leuenberger behält sich vor, seine Motion (s. oben) mit andern Anträgen bei einer nächsten Versammlung zu stellen.

Das Präsidium zeigt noch an, daß folgende Geschenke für die Gesellschaft übersandt worden seien: von Herrn Präsident Massé in Genf seine observations sur la position des questions au jury en matière criminelle; von Herrn Fürsprecher Albert Kurz in Bern die von ihm redigirte Zeitschrift für vaterländisches Recht, N. F. Bd. 1 und 2 (Lieferung 1). Diese Zusendungen werden bestens verданkt und sollen im Archiv aufbewahrt werden.

Hiermit wurden die Verhandlungen geschlossen.

## II. Referat des Herrn Fürsprech Gustav König in Bern.

### T.

Als Thema unsrer heutigen Verhandlungen wurden von dem Vorstand des schweizerischen Juristenvereins folgende Fragen aufgestellt:

Welches sind die in den einzelnen Kantonen bestehenden Einrichtungen und Grundsätze mit Bezug auf folgende Punkte des Civilprocesses:

1. Art und Weise der Behandlung der sog. Bagatellsachen, insbesondere ob Entscheidung durch Einzelrichter oder Kollegialische Untergerichte oder Bezirksgerichte stattfinde und ob Recurs oder Appellation zulässig sei;

2. Mündlichkeit und Schriftlichkeit des ordentlichen Prozesses, insbesondere ob zur Vorbereitung für die regelmässig mündliche Hauptverhandlung ein schriftliches Vorverfahren stattfinde;
3. Art der Beweisbescheide, insbesondere ob dieselben an eine höhere Instanz gezogen werden können und Rechtskraft erlangen oder nicht;
4. Zeugenbeweis, insbesondere ob derselbe unbedingt und unbeschränkt zulässig sei, in welcher Form die Einvernahme stattfinde, und ob nichtklassische Zeugen ganz verworfen oder doch abgehört werden;
5. Der Eid als Beweismittel, insbesondere in welchem Umfange derselbe zugelassen werde?

Was erscheint mit Bezug auf diese Punkte nach der Besonderheit schweizerischer Verhältnisse und nach den gemachten Erfahrungen als die wünschbarste und zweckmässigste Einrichtung?

Der Vorstand des Vereins übertrug dem Sprechenden das Referat über diese Fragen und gewann zugleich eine Reihe der tüchtigsten Berichterstatter, auf deren schriftliche Mittheilungen über die Verhältnisse der einzelnen Kantone die vorliegende Arbeit sich basirt. Im Ganzen langten 19 theils sehr ausführliche und sorgfältig ausgearbeitete Berichte ein, betreffend die Kantone Zürich, Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden (ob und nad dem Wald), Glarus, Zug, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, Schaffhausen, Appenzell A.-Rh., St. Gallen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Waadt, Wallis und Genf. Keine Mittheilungen dagegen langten ein von Basel-Land, Appenzell I.-Rh., Tessin und Neuenburg. Der für den Kanton Tessin bezeichnete Berichterstatter hat sich jedoch entschuldigt, wegen Krankheit den Wünschen des Vorstandes nicht nachkommen zu können. Den sämmtlichen Herren Correspondenten statte ich für ihr bereitwilliges Entgegenkommen meinen lebhaftesten Dank ab, und ich bedaure nur, daß Zeit und Raum mir keine umfassendere Benützung dieser theils wirklich ausgezeichneten Arbeiten gestattet haben. Dies war so wenig möglich, daß ich sogar bei Ausarbeitung meines Referates zur Ueberzeugung

kam, daß eine Beschränkung der zu behandelnden Fragen stattfinden müsse, wenn dasselbe nicht alle erlaubten Grenzen überschreiten sollte. Aus diesem Grunde habe ich die fünfte Frage betreffend den Eid als Beweismittel ganz weggelassen; sollte indessen die Zeit ausreichen, so würde die Versammlung in dem Berichte des Herrn Oberrichter Meier von Zürich mehr als hinlänglichen Ersatz finden.

Nach diesen Vorbemerkungen erlauben Sie mir, zur Behandlung der einzelnen Fragen überzugehen.

### Erste Frage.

Art und Weise der sog. Bagatellsachen, insbesondere ob Entscheidung durch Einzelrichter oder kollegialische Untergerichte oder Abtheilungen der Bezirksgerichte stattfinde, und ob Recurs oder Appellation zulässig sei.

Unter Bagatellsachen verstehen wir hier solche Objecte des Civilprocesses, welche ihres geringen Werthes wegen in einem summarischen Verfahren erledigt zu werden pflegen. Die Mehrzahl der Herren Correspondenten hat diesen Begriff ebenfalls festgehalten, während andere auch diejenigen Civilprozeßstreitigkeiten, welche aus anderen Gründen ebenfalls in das summarische Verfahren gewiesen werden, wie provisorische Verfügungen, Streitigkeiten aus dem Vollziehungsverfahren oder bei denen Gefahr im Verzuge ist, Arrestprocesse u. s. w. in den Kreis ihrer Berichte gezogen haben. So interessant nun auch die daherigen Mittheilungen sind, so glaubte ich doch, bei Ausarbeitung meines Generalreferates auf diese Ausdehnung keine Rücksicht nehmen, sondern mich streng an den oben aufgestellten allgemeinen Begriff von Bagatellsachen halten zu sollen. Derselbe ist jedoch ein sehr relativer und die äußersten Grenzen des unbedeutenden Werthes liegen in den einzelnen Kantonen ziemlich weit auseinander.

Zu den einzelnen kantonalen Berichten übergehend, ergiebt sich nun bezüglich der obigen Frage folgendes bunte Gemälde der Schweiz:

Im Allgemeinen stellen die Civilprozeßordnungen beinahe aller Kantone irgend einen Unterschied, auch für die Beurthei-

lung von Civilproceßstreitigkeiten, je nach dem höheren oder geringeren Werthe derselben, besthe nun dieser Unterschied in einer Abweichung von dem gewöhnlichen Verfahren oder wenigstens in dem Abschneiden des Recurses, wenn der Werth des Streitgegenstandes einen gewissen Betrag nicht übersteigt. — Eine Ausnahme bilden nur die Kantone Freiburg und Schaffhausen, welche ohne Rücksicht auf den Werth für alle Civilproceßstreitigkeiten das nämliche Verfahren vorschreiben und die nämlichen Rechtsmittel gestatten. — In Betreff der urtheilenden Behörden, des Verfahrens und der Competenzen herrscht dagegen eine Mannigfaltigkeit, welche mit der deutschen Einheit zu wetteifern vermag.

Die urtheilenden Behörden sind entweder Einzelrichter, Friedensrichter oder Gerichtspräsidenten, oder kollegialisch organisirte Gerichte, Kreisgerichte, Bezirksgerichte, Amtsgerichte. Je nach dem Werth des Streitgegenstandes finden wir auch in den nämlichen Kantonen Einzelrichter und kollegialische Gerichte mit der Beurtheilung von Bagatellsachen betraut.

Nur Einzelrichter haben die Kantone Basel, Waadt und Genf; nur kollegialisch organisirte Gerichte die Kantone Zürich, Luzern, Uri, Schwyz, Ob- und Nidwalden, Glarus, Schaffhausen, St. Gallen, Thurgau. Einzelrichter und kollegialische Gerichte endlich Bern, Solothurn, Graubündten, Aargau und Wallis.

In Betreff der Competenzen constatiren wir folgende Verschiedenheiten der einzelnen Kantone:

Als Einzelrichter haben die Friedensrichter von Genf und Waadt eine Competenz von je Fr. 150, der Civilgerichtspräsident von Basel eine solche von Fr. 25 a. W., welche jedoch auf Fr. 100 erhöht werden soll.

In Kantonen mit nur kollegialisch organisirten Gerichten finden wir folgende Competenzen:

In Obwalden urtheilt das Siebengericht mit einer Competenz von Fr. 35, in Nidwalden ein Vermittlungsgericht, wenn der Werth Fr. 28. 57 nicht übersteigt, das Siebengericht dagegen in Streitsachen von höherem Werth bis auf 50 Gulden. In Zug entscheidet ein Friedensgericht über Streitsachen, deren

Werth Fr. 32 a. W. nicht übersteigt, in St. Gallen das Untergericht mit einer endlichen Competenz bis auf Fr. 85. In Schaffhausen entscheidet erinstanzlich das Bezirksgericht in allen Civilstreitigkeiten ohne Rücksicht auf den Werth, ebenso in Glarus das Civilgericht bis zu einem Werth von Fr. 120; in Schwyz das Kreisgericht mit einer Competenz bis auf Fr. 60. In Uri urtheilt ein Bezirksamann mit zwei Beisitzern in allen persönlichen Civilrechtsstreitigkeiten im Werth von nicht mehr als Fr. 16, und in Luzern beträgt die Competenz der aus drei Mitgliedern bestehenden Friedensgerichte Fr. 30, im Kanton Thurgau diejenige der aus drei Mitgliedern bestehenden bezirksgerichtlichen Commissionen Fr. 60. In Zürich endlich entscheidet das Kreisgericht als erste und das Bezirksgericht als zweite Instanz, wenn der Werth des Streitgegenstandes Fr. 233  $\frac{1}{3}$  nicht übersteigt.

In den Kantonen Bern, Solothurn, Graubünden, Aargau und Wallis urtheilen, wie bereits erwähnt, je nach dem Werthe des Streitgegenstandes, Einzelrichter oder kollegialisch besetzte Gerichte mit folgenden Abstufungen in den Competenzen:

In Bern und Solothurn bestehen Friedensrichter, Gerichtspräsidenten und Amtsgerichte. Die Competenzen der ersten betragen im Kanton Bern Fr. 34. 78, im Kanton Solothurn Fr. 12; diejenigen der Gerichtspräsidenten dagegen in Bern Fr. 145, in Solothurn Fr. 45; diejenigen der Amtsgerichte endlich in Bern Fr. 289, in Solothurn Fr. 150.

Im Kanton Aargau hat der Friedensrichter eine endliche Competenz von Fr. 40 und das Bezirksgericht eine solche von Fr. 200.

In Graubünden steht dem Vermittler eine endliche Competenz zu bis auf Fr. 20, den kreisgerichtlichen Ausschüssen eine solche bis auf Fr. 50 (excl.) und den Kreisgerichten selbst eine solche von Fr. 200 excl. In Wallis endlich entscheidet ein juge de commune mit einer Competenz von Fr. 30 und das erinstanzliche Gericht mit einer solchen von Fr. 200.

Das Verfahren ist in der Regel, wenigstens vor Friedensrichtern und Gerichtspräsidenten, ein sehr summarisches, öffentliches und mündliches, höchstens mit schriftlicher Vorladung.

Vor den Amtsgerichten dagegen ist das Verfahren, wenigstens wie sich dasselbe im Kanton Bern ausgebildet hat, nur im Gesetzbuche einfach und summarisch, in der Praxis dagegen nähert es sich zum Verwechseln dem ordentlichen Verfahren. Den gesetzlichen Vorschriften zufolge beginnt ein Prozeß, bei welchem das amtsgerichtliche Verfahren zur Anwendung kommt, nach fruchtlos abgelaufenem Sühneverversuch mit einer Parteiladung vor Amtsgericht. Vor diesem Tribunal soll kein schriftliches Vorverfahren stattfinden, sondern bloß mündliche Auseinandersetzung des der streitigen Rechtsfrage zu Grunde liegenden tatsächlichen Verhältnisses, wovon der Gerichtsschreiber das Wesentliche in die Feder fassen soll. In der Praxis aber wird das ganze tatsächliche Material mit Anführung aller Beweismittel artikelweise dem Aktuar von den Anwälten zu Protokoll dictirt und erst nach Beendigung dieses schriftlichen Vorverfahrens, welches jedoch die Rechtsvermutung für sich hat, ein mündliches zu sein, werden die Akten mit Inbegriff des in der Regel von den Parteien selbst verhafteten Beweisentscheides, dem Gerichte vorgelegt. Dasselbe urtheilt sodann nach stattgefunder Beweisführung und Anhörung der mündlichen Vorträge der Parteien.

Bestimmte Beschwerden über bestehende Einrichtungen werden erhoben in den Kantonen Zürich, St. Gallen und Waadt.

Im Kanton Zürich bestehen keine Einzelrichter mit endlicher Competenz, weil die Verfassung zwei Instanzen vorschreibt. In Streitsachen von geringem Werth urtheilt daher in erster Instanz das Kreisgericht und in oberer das Bezirksgericht. Bei dem ersten sind keine Advokaten zulässig, und wir schreiben es wenigstens theilweise diesem Verbote zu, daß die Praxis dahin gedrängt wurde, in oberer Instanz eine vollständige Veränderung der Akten zuzulassen. Die Verhandlungen der ersten Instanz werden nämlich so wenig berücksichtigt, daß in oberer Instanz neue Behauptungen und neue Beweisanbietungen vorgetragen werden können. Geschieht dies, so hat das Bezirksgericht die Wahl, das Urteil des Kreisgerichtes aufzuheben und die Akten an dasselbe zur Vervollständigung zurückzuweisen, oder aber das erstinstanzliche Urteil bestehen zu lassen und die Vervollständigung selbst vorzunehmen. In der Regel geschieht

das letztere. Dadurch sinkt aber, nach dem Urtheile des Herrn Correspondenten von Zürich, das erinstanzliche Verfahren zu einem bloßen Schattenspiel hinunter, und es urtheilt die zweite Instanz auf Grundlage völlig veränderter Aktenlage in Wirklichkeit als erste und einzige Instanz.

Die Unzweckmäßigkeit der bestehenden Einrichtungen ist allgemein anerkannt und man wünscht, mit Hülfe einer Verfassungsänderung die Geschäfte der bisherigen Kreisgerichte einer Abtheilung des Bezirksgerichtes, bestehend aus einem Vorstand und zwei Mitgliedern, zur endlichen Beurtheilung zuzuweisen.

In St. Gallen gelangen alle Streitigkeiten zuerst vor das Vermittleramt, und wenn kein Vergleich zu Stande kommt, an das Untergericht, bestehend aus fünf Personen, von wo, wenn der Werth des Streitobjektes Fr. 85 übersteigt, Appellation an das Bezirksgericht gestattet ist.

Auch hier herrscht über das Unzweckmäßige dieses Systems bei Juristen und Beamten kein Zweifel, und das Bedürfniß für Einführung eines besonderen summarischen Verfahrens für Streitigkeiten zwischen Herrschaften und Dienstboten, Arbeitgebern und Arbeitern, Wirthen und Gästen u. s. w. scheint allgemein gefühlt zu werden. In Folge dessen wurde, nach mehreren verunglückten Versuchen, der Art. 65 in die Verfassung aufgenommen, folgenden Inhalts: „Der Gesetzgebung bleibt auch vorbehalten, für Entscheidung unbedeutender Streitfälle, sowie für Abwandlung von geringen Vergehen und Polizeiübertretungen andere Behörden, Ausschüsse von solchen oder einzelne Beamten in den Gemeinden oder Bezirken zu bezeichnen.“ Durch die Annahme dieses Verfassungsartikels ist nun wenigstens die Möglichkeit gegeben, dem gefühlten Bedürfniß in angemessener Weise abzuhelfen.

Im Kanton Waadt endlich scheint man allgemein darüber einverstanden zu sein, daß die einem in Regel nicht rechtsgelehrten Friedensrichter eingeräumte Competenz von Fr. 150 zu bedeutend sei, da die Rechtsprechung dieser Beamten der Natur der Sache gemäß nicht die nöthige Garantie darbiete. Ueber die vorzunehmenden Reformen dagegen walten verschiedene Ansichten ob. Während die einen die Competenz erniedrigen und

auf Fr. 40—50 beschränken, daß plus dagegen bis auf Fr. 150 in die Hände des Bezirksgerichtes oder dessen Präsidenten legen wollen, glauben dagegen Andere, in der Erelichterung der Cassationen oder Gestattung der Appellationen die gewünschte Abhülfe zu finden. Wir werden unten auf die Vorschläge zurückkommen.

In Betreff der Weiterziehung von Urtheilen in Sachen von geringem Werth ist die schweizerische Gesetzgebung beinahe einstimmig. Überall, wo hiefür ein besonderes Verfahren vorgeschrieben ist, bezweckt dasselbe eine möglichst rasche, wenig kostspielige und endliche Entscheidung. Wegen materieller Unrichtigkeit des Urtheils wird daher in den meisten Kantonen eine Appellation nicht gestattet, sondern nur die Richtigkeitsklage wegen formeller Verlezung des Gesetzes, oder auch nach dem Beispiel des französischen Rechtes wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes. Das letztere ist namentlich der Fall im Kanton Waadt, wo das Urteil eines Friedensrichters auf dem Wege der Cassation angegriffen werden kann, wenn eine Partei glaubt, es seien formelle Vorschriften, deren Nichtbeobachtung für das Urteil von wesentlichem Einfluß gewesen ist, verlezt, oder es sei das Gesetz unrichtig angewendet worden.

Im Kanton Schwyz war früher gegen Urtheile des Kreisgerichtes in Streitigkeiten im Werth von nicht mehr als Fr. 50 kein Rechtsmittel zulässig. Nachdem aber diese Gerichte sich durch verkehrte Rechtsprechung um allen Credit gebracht hatten und der Volkswitz sie nur noch das jüngste Gericht nannte, wurde im Jahr 1857 die Weitersziehung an die Justizkommision eingeführt, zu deren Begründung die Verlezung einer Prozeßform gehört, welche von nachtheiligem Einfluß auf das Urteil oder den Bescheid des Kreisgerichtes gewesen ist.

Unbedingt zulässig ist dagegen die Appellation in Zürich, Freiburg und Schaffhausen. Im letzteren Kanton sind jedoch die Kosten so unbedeutend, daß daraus keine erheblichen Inconvenienzen entstehen. Der Herr Correspondent bemerkt nämlich, daß ein Prozeß, welcher vor jeder Instanz nur einen Vorstand erfordere, mit Einschluß der Gerichtsgebühren und der Taggelder an die obliegende Partei im Ganzen nicht mehr

als Fr. 30 koste. Sollen wir nach dieser kurzen Berichterstattung zur Beantwortung der Frage übergehen, was mit Bezug auf diesen Punkt nach der Besonderheit schweizerischer Verhältnisse und nach den gemachten Erfahrungen als die wünschenswertheste und zweckmässigste Einrichtung erscheine, so sind wir ganz der Ansicht des Herrn Dr. Blumer, daß es nicht möglich zu sein scheint, diese Frage auf eine für alle Kantone gültige Weise zu beantworten, weil bei der Verschiedenartigkeit der Verhältnisse, der hergebrachten Begriffe und Gewohnheiten für den einen Kanton ein Proceßgesetz sich eignen kann, welches für den anderen durchaus unpassend wäre. Es kann daher nur im Allgemeinen auf das Wünschenswerthe oder wenigstens relativ Zweckmässige hingewiesen werden.

Die Zweckmässigkeit, ja Nothwendigkeit eines besonderen Bagatellverfahrens kann nicht wohl in Abrede gestellt werden. In den meisten Kantonen besteht auch bereits ein solches, und wo dieß noch nicht oder nicht hinlänglich der Fall ist, fühlt man das Bedürfniß seiner Einführung. Zwar kann ein Civilproceß, dessen Objekt nur einen sehr geringen Werth repräsentirt, einen ebenso sorgfältigen Beweis und ebenso großen juristischen Scharfsinn von Seiten der Richter und Advokaten erfordern, als ein Streitobjekt von einigen Tausend Franken, und es ist daher nicht der geringe Werth allein, welcher zur Einführung eines besonderen Verfahrens drängt, sondern weit mehr das Bedürfniß eines möglichst raschen und möglichst wohlfeilen Proceßganges. Die Streitigkeiten, welche man Bagatellsachen zu nennen pflegt, röhren in der Regel von Geschäften des täglichen Verkehrs her und sind ihrer großen Mehrzahl nach sehr einfach, wobei jedoch ausnahmsweise Schwierigkeiten zugegeben werden. Ferner sind es sehr oft Streitigkeiten, die rasch entschieden werden müssen, wenn die Entscheidung überhaupt einen Werth haben soll. Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Dienstboten, Vermiether und Miether, Wirth und Gast, zwischen Schelter und Gescholtenem u. s. w. erheischen eine rasche Lösung, wenn der Zweck des Processe überhaupt erreicht werden soll. Endlich würden bei einem länger andauernden Proceß in den meisten Kantonen die Proceßkosten

leicht den Werth des Streitgegenstandes in solchem Maße übersteigen, daß eine nicht wohlhabende Partei es vorziehen müßte, von vorn herein auf die Rechtsverfolgung zu verzichten. Die Rücksicht daher auf die Nothwendigkeit eines raschen und wohlfeilen Entscheides und auf die regelmässige Einfachheit der zu entscheidenden Fragen, welche einen solchen ermöglicht, lassen die Einführung eines sog. Bagatellverfahrens als wünschbar und nothwendig erscheinen. Zu der Besonderheit dieses Verfahrens gehört aber mit Nothwendigkeit der Ausschluß der Appellation wegen materieller Unrichtigkeit des Urtheils, wogegen die Nichtigkeitsklage wegen Nichtbeobachtung gesetzlicher Vorschriften oder Beschwerden, wegen Gestattung rechtswidriger oder Verweigerung gesetzlicher Rechtshülfe nicht ausgeschlossen werden darf. Eine andere Consequenz, welche in vielen Kantonen ebenfalls gezogen wird, können wir dagegen nicht als berechtigt anerkennen, nämlich den Ausschluß der Advokaten.

Advokaten sind besser im Stande, mit möglichst geringem Aufwand von Worten dem Richter die Hauptpunkte, worauf es bei Entscheidung eines Rechtsfalles ankommt, klar zu machen, als die rechtsunkundigen Parteien, deren von der Hauptsache ab schwefendes Geschwätz nur zu oft die Verzweiflung des Richters ist. Ist der Letztere selbst Rechtsgelehrter, so kann er sich allenfalls durch geeignete Fragen das nöthige Licht verschaffen, ist er dies aber nicht, und kann ihm auch die Partei selbst das gesetzliche und factische Material, worauf er sein Urtheil basiren muß, nicht an die Hand geben, so liegt die Gefahr eines unrichtigen Entscheides nahe. Wenn ferner die nämliche Gerichtsbehörde am gleichen Termin eine bedeutende Anzahl von Geschäften zu erledigen hat, wie dies z. B. in Bern immer der Fall ist, so muß sie in Benützung ihrer Zeit etwas knauserig zu Werke gehen, und der Sprechende war deshalb oft genug Zeuge davon, daß der Richter die Parteien dringend aufforderte, nicht ohne Anwälte zu erscheinen. Allein nicht nur im Interesse der rechtsuchenden Partei und des Richters, sondern auch im Interesse der Verbreitung von Rechtskenntnissen in weiteren Kreisen sollte die Beziehung von Advokaten nicht verboten werden. Erstinstanzliche Gerichte bestehen immer größtentheils,

oft sogar ausschließlich, aus Nichtjuristen, welchen gar oft die Möglichkeit abgeht, sich über die Grundsätze des Rechts, welches sie anzuwenden berufen sind, auch nur einigermaßen zu unterrichten. Für sie sind daher Vorträge wissenschaftlich gebildeter Advokaten von hohem Werth. Sie lernen aus denselben nicht nur die richtige Interpretation des Gesetzes, sondern auch die Anschauungsweise der höheren Gerichte resp. der Praxis kennen, und es ist daher durchaus nicht zu billigen, wenn diese einzige Quelle der Belehrung und Anregung ohne Noth verstopt wird. Zwei Beispiele dienen zur Bestätigung unserer Ansicht.

Der Referent des Kantons Schaffhausen hebt mit Nachdruck hervor, daß sehr häufig Anwälte aus den benachbarten Kantonen vor den Schranken der schaffhauserischen Gerichte erscheinen und durch ihre logischen Vorträge wesentlich zur Ausbildung und Verbesserung des Justizwesens beitragen. Wenn in einem Kanton der Wirksamkeit der Advokaten ein so schmeichelhaftes Zeugniß ertheilt wird, so glauben wir auch, nicht zu irren, wenn wir den auffallenden Mißkredit, in welchen im Kanton Zürich die Kreisgerichte gefallen sind, großenteils der unmotivirten Fernehaltung unserer zürcherischen Collegen zuschreiben.

Die Rücksicht auf die Kosten endlich fällt ganz dahin, wenn, wie im Kanton Bern, für Bagatellsachen, welche vom Friedensrichter oder Gerichtspräsidenten zu entscheiden sind, bestimmte Kostenmaxime von vornherein gesetzlich bestimmt sind und daher nicht überschritten werden dürfen.

Wir haben endlich noch die Frage zu beantworten, ob für Bagatellsachen Einzelrichter oder kollegialisch organisierte Gerichte zweckmäßig und wünschbar seien. Leider hängt aber die Beantwortung gerade dieser Frage zu vollständig von den Verhältnissen der einzelnen Kantone ab, als daß von dem Bedürfnisse des einen auf dasjenige des anderen geschlossen werden dürfte. Im Allgemeinen und ohne Rücksicht auf besondere Verhältnisse wird man eher geneigt sein, einem kollegialisch organisierten Gerichte den Vorzug zu geben vor einem einzelnen Richter, allein Lauf geht zu weit, wenn er im Staatswörterbuch behauptet, eine wahre Rechtspflege sei nur da denkbar, wo ein

jedes Gericht mit mehreren Richtern besetzt sei, welche als eine Gesamtheit nach der Mehrheit der Stimmen entscheiden. Liegt auch in der Prüfung eines Rechtsgeschäftes durch eine Mehrzahl von Richtern einige Garantie, so darf doch von der Quantität der Urtheilenden nicht unbedingt auf die höhere Qualität des Urtheils geschlossen werden. Ein Gericht von fünf tüchtigen, rechtsgelernten Richtern verdient allerdings mehr Vertrauen als die Entscheidung eines einzelnen Richters; allein wie sind unsere erinstanzlichen Gerichte besetzt? Selten, um nicht zu sagen nie, mit Juristen, sondern in der Regel mit anderweitig beschäftigten Bürgern und Landleuten, welchen jede juristische Bildung abgeht, und einem Präsidenten, von welchem in vielen Kantonen ebenfalls keine Rechtskenntnisse verlangt werden. Wo dies aber der Fall ist, wie im Kanton Bern, da ist der Präsident auch die Seele des Gerichtes, und selten werden die Geschäfte gegen seine Ansicht entschieden. Wenn daher ein Kanton eine hinreichende Anzahl juristisch gebildeter Angehöriger besitzt, um aus ihnen seine Gerichtspräsidenten zu bestellen, so wird er kaum Bedenken tragen dürfen, denselben eine Competenz von Fr. 100—150 einzuräumen. Überall, wo dieses System eingeführt ist, lassen sich die Urtheile dieser Beamten den Entscheiden kollegialischer Gerichte wohl an die Seite stellen.

Liegt daher in besonderen Verhältnissen kein Grund, den kollegialisch eingerichteten Untergerichten gegenüber den Einz尔richtern eine gesteigerte Bedeutung zuzugestehen, so scheint uns für die äusseren Kantone wenigstens ein Moment, entschieden für Einz尔richter zu sprechen. Die Zahl der Processe steigt im gleichen Verhältniss, wie der Werth des Streitgegenstandes abnimmt. Die Processe in Sachen von geringem Werth bilden daher bei weitem die Mehrzahl sämmtlicher Processe. Da nun die erinstanzlichen Gerichte nur eine beschränkte Anzahl von Sitzungen halten, so muß nothwendig eine schädliche Proceßverzögerung eintreten, wenn ihnen die Entscheidung auch in Bagatellsachen obliegen sollte. Allein auch eine Vertheurung der Processe müßte erfolgen; denn der Proceßgang vor einem kollegialisch besetzten Gericht ist in der Regel kostbarer als der

vor einem Einzelrichter. Der Kanton Waadt, welchem es an tüchtigen Juristen nicht fehlt, würde es daher kaum zu bereuen haben, wenn er die Competenz, welche den Friedensrichtern abgenommen werden soll, auf die Gerichtspräsidenten und nicht auf die Amtsgerichte übertragen würde. Auch der Kanton Zürich könnte ohne Schwierigkeit seine Gerichtspräsidentenstellen mit Juristen besetzen, denen die Beurtheilung sog. Bagatellprocesse mit vollem Vertrauen in die Hand gelegt werden kann, so daß wir die Nothwendigkeit, dieselben einem Ausschusse des Bezirksgerichtes zu überlassen, nicht einzusehen vermögen.

In Umfassung des Vorgetragenen beantworten wir daher die erste der gestellten Fragen folgendermaßen:

In größeren Kantonen, wo die Gerichtspräsidentenstellen mit Rechtsgelehrten besetzt werden können, und wo eine bedeutende Anzahl von Rechtsstreitigkeiten regelmäßig zur Entscheidung kommen, sind für sog. Bagatellsachen, wenn deren Werth Fr. 100—150 nicht übersteigt, Einzelrichter, ohne Appealation und nur unter Vorbehalt der Nichtigkeitsklage wegen Verlegung formeller Gesetzesvorschriften, den schwerfälligeren, kollegialisch organisierten Gerichten vorzuziehen.

### Zweite Frage.

Mündlichkeit oder Schriftlichkeit des ordentlichen Processes, insbesondere ob zur Vorbereitung für die regelmäßig mündliche Hauptverhandlung ein schriftliches Vorverfahren stattfinde.

In Betreff dieser Frage erhalten wir aus den einzelnen Kantonen folgende abweichende Antworten:

Rein mündliches Verfahren ohne Schriftlichkeit gilt als Regel in den Kantonen Zürich, Solothurn, Basel-Stadt, Appenzell a.-Rh., St. Gallen, Aargau, Waadt, Wallis und Genf.

Hinsichtlich besonderer Erfahrungen ergiebt sich aus den Berichten der einzelnen Kantone Folgendes:

In Schwyz, Zug, Schaffhausen und Graubünden wird die Wünschbarkeit eines schriftlichen Vorverfahrens lebhaft empfunden und mit Nachdruck hervorgehoben. In Basel, wo auf schriftliche Klage und Antwort sofort mündliche Replik und Duplik folgt, wurde der Mangel eines umfassenderen schriftlichen

Vorverfahrens nur deshalb weniger fühlbar, weil neben der Anhörung der Anwälte auch die Parteien selbst von Amts wegen einvernommen werden können, wodurch es möglich wird, den Thatbestand in bestimmtester Weise festzustellen. In St. Gallen wurde das frühere mündliche Verfahren durch ein schriftliches Vorverfahren ersetzt, und allgemein wird die Zweckmäßigkeit der Änderung anerkannt. Der Herr Referent hebt auch ausdrücklich hervor, daß die Processe seither solider geführt werden und die Anwälte selbst ihr Vertrauen mehr auf gründliche Arbeit als auf Beredsamkeit und Ueberrumpelung des Gegners setzen. In Bern endlich konnte die für das amtsgerichtliche Verfahren vorgeschriebene Mündlichkeit sich gegen die widerstreitende Praxis nicht halten. An die Stelle der früheren, angeblich „geistlödtenden“, in Wirklichkeit aber ziemlich „geist-anstrengenden“ Dictaturen zu Protokoll, sollte nach der Absicht des Gesetzgebers die protokollarische Verhandlungsform treten, d. h. es sollte der Aktuar den Inhalt der mündlichen Vorträge selbstständig zu Protokoll nehmen; allein noch zur Stunde ziehen alle Anwälte es vor, die thatsächliche Grundlage ihrer Rechteserörterungen dem Aktuar in die Feder zu dictiren. In Betreff der kleinen Kantone endlich entnehmen wir dem Referate des zugerschen Berichterstatters folgende Bemerkung: „Als wünschbarste und zweckmäßigste Einrichtung für schweizerische Verhältnisse, sagt derselbe, erscheint mir eine passende Verbindung des schriftlichen Vorverfahrens und des mündlichen Hauptverfahrens, entweder in der Weise, wie es im Kanton Luzern eingeführt oder noch besser in der kürzeren Weise, wie die Mittheilung der Beweismittel im Kanton St. Gallen geregelt ist. Ein solches Verfahren kann ohne Schwierigkeit überall in der Schweiz, namentlich auch in der Innerschweiz, durchgeführt werden, während z. B. ein Instruktionsverfahren durch den Richtspräsidenten geführt, wie es die Kantone Bern, Solothurn und Aargau haben, in den kleinen Kantonen an der Unmöglichkeit, Präsidenten zu erhalten, die ihre ganze Zeit dem Richteramte widmen können, scheitern müßte, und während auch ein mündliches Verfahren, wo die Proceßinstruktion und die Beweis- und Schlußverhandlungen in besonderen Terminen statt-

finden, z. B. Zürich und Thurgau, an allzugroßer Weitläufigkeit zu leiden scheint."

Dagegen müßte es auffallen, daß der Referent des Kantons Zürich zwar im Allgemeinen die Vortheile eines schriftlichen Vorverfahrens anerkennt, für seinen Kanton jedoch die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit seiner Einführung bestreitet.

Diese Erfahrungen und Wünsche sprechen entscheidend für die Zweckmäßigkeit eines schriftlichen Vorverfahrens. Zwar zeigt sich nirgends eine Sehnsucht nach dem früher üblichen, rein schriftlichen und geheimen Proceßverfahren, allein selbst die eifrigsten Verfechter der Mündlichkeit, wie Prof. Plank, geben zu, daß der Gebrauch der Schrift nicht ausgeschlossen werden könne, und es sich daher nur darum handle, in welchem Umgange dieselbe zu benutzen, und welche Bedeutung ihr einzuräumen sei. Ueber diese Frage mögen Sie mir noch einige Bemerkungen gestatten.

Jedes richterliche Urtheil ist ein kategorischer Schluß, bestehend in der Subsumtion einer Thatsache oder einer Reihe Thatsachen unter einem Rechtssatz. Der Rechtssatz ist das feststehende, bestimmte Allgemeine, die Thatsache dagegen das bestrittene, durch Beweis festzustellende Besondere. Die genaue und unwiderrufliche Fixirung der Thatsachen muß dem Urtheil vorangehen, und es fragt sich, auf welche Weise sie am besten und genauesten zu Stande komme. Bei dem rein mündlichen Verfahren werden die Thatsachen, auf welche die gegenseitigen Ansprüche sich basiren, dem Gerichte mündlich vorgetragen und vom Gerichtsschreiber zu Protokoll genommen. Bei der Wichtigkeit aber, welche die Feststellung der Thatsachen, namentlich für das oberinstanzliche Verfahren hat, bietet diese Protokollirung zu wenig Garantieen dar. Vorerst erfordert diese Thätigkeit einen äußerst intelligenten und gewandten Gerichtsschreiber, der im Stande ist, sogleich zu unterscheiden, welche Thatsachen wesentlich sind und welche nicht. Allein auch bei dem gewandtesten Gerichtsschreiber wird die Anerkennung des Protokolles bei auch nur einigermaßen verwickelten Proceszen, nicht ohne Schwierigkeit und Zeitversäumnis abgehen. Das Gericht kann nicht vorgehen, bis das Protokoll gefertigt und anerkannt ist, und

muß daher, wenigstens in den Fällen, welche einer Weiterziehung fähig sind, das Urtheil aussetzen, bis die Anerkennung stattgefunden hat.

Beim schriftlichen Vorverfahren dagegen wird das ganze thatsächliche Material von den Anwälten entweder durch Schriftenwechsel oder durch Dictatur zu Protokoll unter Leitung eines Instruktionsrichters aktenkundig gemacht, und dem Gerichte erst dann vorgelegt, wenn es vollständig gesammelt und durch die stattgefundene Beweisführung gesichtet ist. Dadurch wird der Thatbestand von den Parteien selbst genauer und vollständiger festgestellt, als es durch einen Gerichtsschreiber nach Anhörung eines mündlichen Vortrages geschehen könnte. Es ist ferner auch für das Gericht weniger zeitraubend und weniger ermüdend, wenn die Fixirung des Thatbestandes sowie die ganze Beweisführung nicht in seiner Anwesenheit zu geschehen braucht. Es genügt, wenn die Akten vor dem Urtheil circuliren oder wenn die Anwälte unter Hinweisung auf die Procedur mit wenig Worten den festgestellten Thatbestand wiederholen. Der mündliche Vortrag ist alsdann ausschließlich der Rechtserörterung gewidmet. Wir halten diese Trennung der Thatsfrage und der Rechtsfrage für nothwendig, wenigstens für zweckmäßig, und anerkennen auch die dahерigen Consequenzen, namentlich also die Aktenmäßigkeit. Nur diejenigen Thatsachen können und sollen bei der Urtheilsfällung berücksichtigt werden, welche im schriftlichen Vorverfahren aktenkundig gemacht wurden, und wir können der Ansicht Blank's, daß der Schwerpunkt des ganzen Verfahrens in die mündliche Verhandlung zu verlegen sei, nicht beitreten. Dieser berühmte Processualist verlangt nämlich in seiner Beurtheilung des neuesten bayerischen Entwurfes, daß Grundlage des Urtheils nicht bloß das werden dürfe, was zuvor schriftlich den Akten einverlebt sei, sondern das, was in der mündlichen Verhandlung vor Gericht verhandelt werde, einerlei ob es vorher schriftlich vorgelegt sei oder nicht. Der Gebrauch der Schrift müsse sich daher darauf beschränken, 1) die mündliche Verhandlung vorzubereiten, ohne ihr ausschließliche Grenzen zu setzen, und 2) das Andenken des Verhandelten so weit aufzubewahren, als es für die spätere Benützung, zumal

im Fortgang des Verfahrens, erforderlich sei (krit. Vierteljahrsschrift IV, p. 239). Wir begreifen nicht, wie sich ein solches Verfahren mit Erfolg praktisch durchführen ließe, ohne daß immer wieder doppelte Arbeit gemacht wird. Dieses Durcheinandermischen von schriftlichem und mündlichem Verfahren zur Feststellung des Thatbestandes könnte nur verwirren, ohne den mindesten Vortheil zu bringen. Nach diesen Grundsätzen könnten noch im mündlichen Hauptverfahren, mithin nach stattgefunder Beweisführung und verhängtem Urkenschluß, noch neue Thatsachen angebracht und in Folge dessen auch zum Beweise aufgegeben werden, ein Verfahren, welches kein Praktiker als angemessen anerkennen wird. Wenn es allgemein als zweckmäßig angesehen wird, für die Feststellung des Thatbestandes ein sog. Instruktionsverfahren einzuführen, die Rechtserörterung dagegen der mündlichen Hauptverhandlung zu reserviren, so darf auch in der letztern keine Thatsache mehr Berücksichtigung finden, welche nicht in dem Instruktionsverfahren bereits actenkundig gemacht worden ist.

Nach diesen Bemerkungen beantworten wir die zweite Frage in Uebereinstimmung mit den meisten Kantonen dahin, daß zur Vorbereitung ein schriftliches Vorverfahren (Instruktion) zu Feststellung des Thatbestandes ein wesentliches Erforderniß einer guten Prozeßordnung ist.

### Dritte Frage.

Art der Beweisentscheide, insbesondere ob dieselben an eine an eine höhere Instanz gezogen werden können und Rechtskraft erlangen oder nicht.

Es scheint uns bei Beantwortung dieser Frage zwecklos, die Gesetzgebungen aller Kantone zu durchgehen, da die oft geringen Abweichungen nicht gerade Stoff zu tieferem Nachdenken bieten. Wir begnügen uns daher, die Gesetzgebung derjenigen Kantone zu erwähnen, deren Kenntniß bei Auffassung eines neuen Civilprozeßgesetzbuches von Nutzen ist.

1. Das genferische Prozeßgesetz kennt keinen Beweisentscheid, wie ihn z. B. das bernische Gesetz vorschreibt, sondern es gestattet dem Richter durch sog. *ordonnances préparatoires*

die ganze Beweisführung oder einen Theil derselben anzuordnen, und sogar den Parteid aufzulegen. Dadurch wird jedoch das erstinstanzliche Gericht nicht gebunden, und es kann, wenn ein Beweismittel das erwartete Resultat nicht zu Tage gefördert hat, immer noch ein anderes zugelassen werden. Die unparteiische Auffsuchung der objektiven Wahrheit wird als die einzige Aufgabe des Richters betrachtet. Eine Folge hievon ist die Nichtgestattung der Appellation gegen eine angeordnete Beweisführung. Eine Ausnahme wird nur dann zugelassen, wenn ein Beweis entgegen einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift gestattet wurde. Bei der oberinstanzlichen Beurtheilung kann der Appellhof nicht nur, gestützt auf das ihm vorliegende Material, das erstinstanzliche Urtheil bestätigen oder abändern, sondern es steht ihm sogar frei, nach eigenem Ermessen eine neue Beweisführung anzuordnen, deren Leitung jedoch nicht mehr dem erstinstanzlichen Richter obliegt.

Wir sind nicht im Stande, über die Zweckmäßigkeit dieses Systemes ein Urtheil zu fällen und müssen uns daher mit der Anführung begnügen, daß der genferische Referent, Herr Professor Lefort, dasselbe als vollkommen bewährt und zweckmäßig empfiehlt. Eine unzweckmäßige und schädliche Bestimmung wird dessenungeachtet auch von ihm als solche anerkannt und muß hervorgehoben werden. Der erstinstanzliche Richter hat das Recht, wie alle Beweisführungen anzuordnen, so auch den Eid aufzulegen, ohne daß dagegen Appellation zulässig wäre. Da nun ausnahmsweise beim Eid der Richter erster Instanz durch seine ordonnance préparatoire gebunden wird, so ist es möglich, daß der oberinstanzliche Richter einen Entscheid aussäßen muß, welcher mit dem in erster Instanz abgeleisteten Eid im Widerspruch steht.

2. Im Kanton Solothurn werden die Beweisinterlocute von dem Amtsgerichtspräsidenten erlassen und können nicht abgesondert weiter gezogen werden; dagegen können die Parteien sich das Recht wahren, dieselben mit den Processen zugleich zur Beurtheilung des Amtsgerichts und Obergerichts zu bringen. Die Beweisdecrete werden unmittelbar nach dem Schluß des schriftlichen Parteiverfahrens erlassen, wobei der Richter an keine

theoretische Vorschrift gebunden ist, sondern auf dem Boden der Geschworenen steht. Als Leitsfaden bestimmt indessen der § 220 folgendes: „Die Beweisführung wird nur dann gestattet, wenn die Thatsachen, welche bewiesen werden wollen, genau bestimmt und erheblich sind und eines Beweises bedürfen, und wenn die angetragenen Beweismittel selbst geeignet und zulässig, d. h. nicht untersagt sind oder von den Parteien mit Grund ausgestellt werden.“ Wird ein angebotener Beweis nicht angenommen, so ist die dahерige Verfügung zu motiviren und sogleich zu eröffnen. Fühlt eine Partei sich dadurch benachtheiligt, so kann sie sofort die Erklärung zu Protokoll geben, daß sie in dieser Beziehung ihre Rechte vorbehalte. Durch einen solchen Rechtsvorbehalt wird jedoch keine Verzögerung herbeigeführt. Die Beweisführung, soweit sie gestattet ist, geht vor sich und der Prozeß gelangt zur Beurtheilung vor Amtsgericht. Dort kann die Partei ihren Rechtsvorbehalt wieder aufgreifen und im mündlichen Vortrage zu begründen suchen. Das Gericht bestätigt sodann die bestrittene Verfügung oder ändert sie ab, in welch letzterem Falle der Prozeß im Sinne der abgeänderten Verfügung vervollständigt wird. Gegen Verfügungen des Amtsgerichtes können die Parteien wieder Rechtsvorbehälte zu Protokoll geben, und für den Fall einer Appellation des Haupturtheiles, vor Obergericht geltend machen.

Das Institut der Rechtsvorbehälte gewährt die Vortheile einer Appellation ohne den Nachtheil eines Incidenturtheiles, und scheint sich im Kanton Solothurn als praktisch und angemessen bewährt zu haben.

3. Im Kanton Zürich ist dagegen ein Verfahren üblich, welches an erheblichen Mängeln leidet. Gemäß der Eventualmaxime haben die Parteien in der Hauptverhandlung alle, auch die eventuellen Begehren, Klagegründe und Einreden, thatfächliche Behauptungen und Bestreitungen vorzutragen, und es wird nur ein Beweisbescheid erlassen, worin für alle, auch die eventuellen Behauptungen, die nicht zugestanden oder bereits erwiesen sind, und welche nach der Ansicht des Richters in erster Linie oder eventuell für irgend eine zur Entscheidung gelangende Frage erheblich scheinen, der Beweis aufgelegt wird. Dieser

Beweisentscheid kann nicht weiter gezogen werden, sondern es müssen sich die Parteien die Durchführung des Beweisverfahrens gemäß demselben gefallen lassen. Die Beweisentscheide haben keine Rechtskraft und können daher noch im Laufe des Prozesses von dem erinstanzlichen Richter selbst abgeändert werden, wenn er sich von ihrer Unrichtigkeit zu überzeugen vermag. Dieses Recht geht sogar bis zu vollständiger Sistirung und Abbrechung des Beweises. Wird nämlich im Laufe des Beweisverfahrens eine Behauptung bewiesen, welche der Richter für entscheidend hält, so kann er wenigstens dann, wenn für die weiteren, eventuell erheblichen und zum Beweise verstellten Behauptungen ein weitläufiges und kostspieliges Beweisverfahren in Aussicht steht, dieses abbrechen und das Urtheil fällen, den Parteien Wahrung ihrer Rechte auf dem Wege der Appellation überlassend.

<sup>1</sup> Zwischenurtheile, welche appellirt werden können, müssen nach gesetzlicher Vorschrift dann erlassen werden, wenn sie von einer Partei über die Frage verlangt werden, ob Zeugen, welche die Gegenpartei angerufen hat, einzuhören seien; im übrigen aber schreibt das Gesetz vor: „es sollen besondere Urtheile über Vor- und Zwischenfragen, soviel als es die Natur der vorliegenden Rechtsache und das Interesse der Parteien nur immer erlaubt, vermieden werden.“ Dieser Anweisung gemäß werden denn auch wirklich Zwischenurtheile über andere Fragen als den Zeugenbeweis nur selten gefällt, z. B. wenn es sich frägt, ob die beantragte Erhebung einer Expertise, die vielleicht mit bedeutenden Kosten verbunden wäre, nöthig sei, oder ob eine ein weiteres, voraussichtlich sehr kostbares und weitläufiges Beweisverfahren abschneidende Einrede, z. B. der Verjährung, der mangelnden legitimatio ad causam, unbegründet sei, wofür nämlich die erste Instanz solche Fragen in einem ein weiteres Verfahren bedingenden Sinne entscheiden zu müssen glaubt.

Die Erlassung solcher appellablen Zwischenurtheile wird jedoch im Kanton Zürich als ein Uebelstand betrachtet wegen der damit verbundenen Prozessverzögerung, und man scheint über ihre Beseitigung einverstanden zu sein.

4. Der Kanton Aargau ferner liefert uns zur Beantwortung unserer Frage folgendes Material:

Nach dem Schluß des schriftlichen Vorverfahrens werden die Akten beim Bezirksgerichte in Circulation gesetzt; dasselbe bezeichnet sodann, wenn nöthig, die Beweissäze beider Parteien und die Beweismittel, welche von den Parteien angerufen und vom Gerichte zugelassen wurden. Gegen dieses Beweisurtheil ist Appellation zulässig; dessenungeachtet enthält dasselbe kein eventuelles Erkenntniß, resp. die Bedingungen, unter welchen der Richter einer Partei ein obsiegliches Urtheil verspricht. Vielmehr bleibt dem Richter vorbehalten, am Schluß des Beweisverfahrens die Ergebnisse der Beweisführung mit den übrigen procedürlichen Thatsachen in Erwägung zu ziehen und seinen Entscheid auf das Gesamtergebniß der Verhandlung zu gründen. Nichts desto weniger erlangen auch diese Beweisurtheile in mehrfacher Hinsicht Rechtskraft. Dieselben entscheiden nämlich über die Beweislast, die Erheblichkeit und Zulässigkeit der Beweise. In zweifelhaften Fällen endlich wird der Rechtskraft des Beweisurtheiles noch die weitere Bedeutung beigelegt, daß sie als gültiger Entscheid über eine Beweisfrage angesehen wird, z. B. wenn streitig ist, ob ein Zusatz bei einem Geständniß bloß als Modification einer Verneinung oder als selbstständige Schutzbehauptung erscheine, so wird der Entscheid über die Beweislast auch für das Haupturtheil maßgebend.

5. Der Kanton Bern vertritt in Betreff der Beweisentscheid eine strengere Richtung als die bisher genannten Kantone. Sobald das thatächliche Streitverhältniß festgesetzt ist, schließt der Gerichtspräsident das Hauptverfahren und frägt die Parteien an, ob sie einen Beweisentscheid für nothwendig erachten oder nicht. Im ersten, regelmäßigen Falle wird der Beweisentscheid vom Richter oder von den Parteien festgestellt und soll enthalten:

1. die zu entscheidenden Streitsfragen;
2. die Thatsachen, welche als zugestanden zu betrachten sind;
3. die Thatsachen, welche von jeder Partei bewiesen werden sollen;
4. die für jede zum Beweise ausgesetzte Thatsache zugelassenen Beweismittel, womit der Entscheid über allfällige Einreden gegen angerufene Beweismittel zu verbinden

ist, — nicht aber über dilatorische oder peremtorische Einreden, worüber erst beim Haupturtheile zu entscheiden ist, — und

5. die Thatsachen, über welche wegen Unerheblichkeit der Beweis abgeschlagen wird. Der Entscheid über Beweiseinreden soll in Urheilsform erlassen und motivirt werden.

Gegen den Beweisentscheid des Richters kann in folgenden Fällen Appellation stattfinden:

1. wenn Thatsachen als zugestanden bezeichnet werden, welche die appellirende Partei bestritten zu haben glaubt;
2. wegen unrichtiger Feststellung der Beweislast;
3. in Betreff des Entscheides über die Einreden gegen angerufene Beweismittel, und
4. wenn der Richter Thatsachen, die der Appellant für wesentlich ansieht, unberücksichtigt gelassen hat.

Gleichzeitig mit der Appellationserklärung hat der Appellant auch die Punkte zu bezeichnen, in welchen er sich verletzt glaubt, dagegen ist in oberer Instanz eine mündliche Partieverhandlung nur dann gestattet:

- a. wenn über die Beweislast Streit besteht,
- b. wenn mit dem Beweisentscheide ein Urtheil über eine oder mehrere Beweiseinreden verbunden ist.

Wegen irriger Bezeichnung der Streitfragen und wegen Gestattung des Beweises über unwesentliche Thatsachen findet dagegen kein selbstständiges Rechtsmittel statt, jedoch soll, wenn der Beweisentscheid auf Grund anderer Beschwerden, die zur Weiterziehung berechtigen, vor Appellationsinstanz gelangt, das Gericht alle Beschwerdepunkte prüfen und allfällige unrichtige Verfügungen abändern. In Betreff der Rechtskraft enthält die bernische Civilprozeßordnung in § 177 ff. folgende Bestimmung: „Durch die Unterlassung der Appellation wird der Beweisentscheid in den Punkten, in Betreff welcher dieses Rechtsmittel zulässig ist, rechtskräftig. In Folge dessen gelten die in dem Beweisentscheide als zugestanden bezeichneten Thatsachen als rechtlich wahr, die Beweislast wird dadurch endlich festgestellt, und es darf auch ordentlicher Weise in der Folge kein Beweis-

mittel angefochten werden, welches durch den richterlichen Ent-  
scheid als zulässig erklärt worden ist."

Trotz dieser Bestimmung kann auch nach bernischem Recht dem Beweisinterlocut nicht die Bedeutung eines bedingten Endurtheiles beigelegt werden, dessen Rechtskraft zur Folge hat, daß nur der Beweis sämtlicher zum Beweis ausgehobener Thatsachen der beweispflichtigen Partei den Sieg zu verschaffen im Stande sei. Denn nicht nur geht die Auflage des Beweises irrelevanter Thatsachen nicht in Rechtskraft über, sondern es ist dem Gerichte auch aufgegeben, bei der Fällung des Endurtheils „alle Umstände des Falles“ gegen einander zu halten. Der Beweisentscheid soll vielmehr ein bloßes Zwischenurteil sein, mit dem Zweck, durch die Leitung der Beweisführung, namentlich durch Feststellung der Beweislast und Entscheid über die Beweiseinreden, das Endurtheil vorzubereiten. Dabei geht der Richter aber allerdings von der Voraussetzung aus, die von ihm zum Beweis ausgehobenen Thatsachen seien wesentlich, und aus diesem Grunde übt in praxi der Beweisentscheid einen bedeutenden Einfluß aus auf das Endurtheil.

Wir schließen diese Uebersicht mit

#### 6. dem Rechte des Kantons Luzern.

Das luzernische Civilprozeßverfahren kennt keine Beweisinterlocute. Das Gesetz bestimmt: „Jede Partei hat diejenigen widersprochenen Thatsachen zu beweisen, auf die sich ihre Behauptungen gründen.“ Allein der Richter überläßt die Bezeichnung dieser Thatsachen den Parteien, welche selbst zu ermessen haben, was sie beweisen wollen.

Jedoch kann das Gericht von Amts wegen oder auf Verlangen der Gegenpartei einen anerbotenen Beweis verwerfen, wenn es findet, derselbe sei von keinem Einfluß auf den Entscheid. Ein Erkenntniß auf Verwerfung eines Beweises kann nicht abgesondert weiter gezogen, dagegen aber nach erfolgtem Urtheil Cassation anbegeht werden, welche erfolgt, wenn das Obergericht findet, der Beweis hätte zugelassen werden sollen. Das Erkenntniß auf Zulassung eines Beweises kann dagegen von der Gegenpartei in appellablen Prozessen abgesondert vor die obere Instanz gebracht werden.

Aus diesen Mittheilungen geht hervor, daß nur im Kanton Bern ein eigentlicher Beweisentscheid erlassen wird, und wir stehen nicht an, diesem Systeme den Vorzug zu geben.

Durch den Beweisentscheid wird das schriftliche Verfahren abgeschlossen und das Beweisverfahren eingeleitet. Das Beweisthema — *thema probandum* — und die Beweislast — *onus probandi* — werden dadurch endlich festgestellt und über die Zulässigkeit oder Verwerflichkeit von Beweismitteln definitiv entschieden. Dadurch wird die in der Hauptache urtheilende Behörde in Stand gesetzt, ihr Urtheil auf eine durchaus sichere, bestimmte und unabänderliche Grundlage zu basiren. Alles Thatsächliche ist vollkommen ermittelt und dem Richter liegt nur noch die rein juristische Operation der Subsumtion des besonderen Falles unter das allgemeine Gesetz ob. Es ist deshalb nothwendig, daß der Beweisentscheid, wenigstens so weit es das Beweisthema, die Beweislast und den Entscheid über die Zulässigkeit von Beweismitteln anbelangt, in Rechtskraft übergehe. Damit ist aber auch die Nothwendigkeit der Appellabilität der Beweisentscheide, so weit es diese drei Punkte anbelangt, anerkannt, und damit auch die Möglichkeit von Prozeßverzögerungen. Allein dieser Nebelstand ist vorerst nicht bedeutend, weil Appellationen über den Beweisentscheid zu den Seltenheiten gehören, und sodann kommt er in anderer Form auch in denjenigen Kantonen vor, welche keine Appellation gegen den Beweisentscheid gestatten. Wenn nach genferischem Recht noch in oberer Instanz eine neue Beweisführung von Amts wegen angeordnet werden kann, oder nach solothurnischem Recht über die Zulässigkeit einer Beweisführung erst im Endurtheil entschieden wird, und dieselbe noch nachträglich vorgenommen werden muß, oder wenn nach luzernischem Recht die Nichtgestattung eines Beweises Grund zur Cassation des Endurtheiles bildet, so finden wir hierin weit größere Nebelstände und die Möglichkeit weit bedeutenderer Prozeßverzögerungen, als dieß im Kanton Bern der Fall ist. Der Nachtheil, welcher allenfalls durch die Möglichkeit der Appellation entstehen kann, wird reichlich aufgewogen durch den Vortheil, welchen Richtern und Parteien ein vollkommen feststehender Thatbestand gewährt, und bei den

bernischen Rechtsgelehrten herrscht denn auch über die Zweckmäßigkeit dieses Verfahrens keine abweichende Meinung.

#### Vierte Frage.

Zeugenbeweis, ob derselbe unbedingt und unbeschränkt zugässig sei, in welcher Form die Einvernahme stattfinde, und ob nichtklassische Zeugen ganz verworfen oder doch abgehört werden.

Bei Behandlung dieser Frage müssen wir vorerst einem Irrthum begegnen, welcher sich in einige Referate eingeschlichen hat. Die meisten Civilgesetzgebungen verlangen für das Zustandekommen gewisser Rechtsgeschäfte, wie Käufe, Bürgschaften von einem bestimmten Betrage, Pfandverschreibungen, Schuldverpflichtungen mit Vorrecht, Testamenten u. s. w. den Gebrauch der Schrift. Ist diese nicht zur Anwendung gekommen, so ist auch das Rechtsgeschäft selbst nicht zur Perfection gelangt und kann deshalb durch kein anderes Beweismittel, also auch nicht durch Eid oder Zeugen bewiesen werden. Diese Beschränkungen des Zeugenbeweises gehören aber nicht dem Civilproceß an, sondern dem Civilrecht und werden deshalb hier nicht berücksichtigt. Hier kann nur von denjenigen Beschränkungen die Rede sein, durch welche für den Nachweis eines wirklich zu Stande gekommenen und zur Vollständigkeit gelangten Rechtsgeschäftes der Beweis durch Zeugen ausgeschlossen wird.

In dieser Hinsicht stoßen wir nun auf eine Verschiedenheit in der deutschen und der französischen Schweiz, welche um so mehr Beachtung verdient, als in neuerer Zeit die französische Ansicht auch in deutsche Gesetzgebungen Eingang gefunden hat.

In den Kantonen Freiburg, Waadt, Wallis und Genf ist der Zeugenbeweis in Civilsachen, im Gegensatz zu Handels- sachen, ausgeschlossen bei Rechtsgeschäften, deren Gegenstand einen gewissen Werth übersteigt. Dieser Werth beträgt in Waadt Fr. 1200, in Wallis Fr. 300, in Genf Fr. 150 und in Freiburg bei Darlehen Fr. 200.

Dabei wird jedoch eine Ausnahme gemacht: 1. Wenn ein theilweiser schriftlicher Beweis erbracht ist, d. h. wenn eine schriftliche und vom Schuldner herrührende Urkunde vorliegt,

welche die vom Kläger behauptete Thatsache wahrscheinlich macht — commencement de preuve par écrit — und — wenigstens in Waadt, Wallis und Genf — 2. wenn der Gläubiger sich in der Unmöglichkeit befand, sich einen schriftlichen Beweis seiner Forderung zu verschaffen, wie bei Quasikontrakten, Quasidelikten, Zufällen und höherer Gewalt.

Im Besonderen kommen aber in den einzelnen Kantonen noch folgende Beschränkungen vor, die sich aber theilweise nur auf den Gegenbeweis beziehen:

Im Kanton Waadt darf gegen den Inhalt einer Urkunde kein Zeugenbeweis geführt werden. Diese Bestimmung ist aber nicht anwendbar, wenn es sich nur um den Beweis handelt, daß die Urkunde abgeändert oder nur zum Scheine verfaßt wurde, oder wenn deren Erklärung in Frage liegt.

In gleicher Weise läßt das Gesetz von Uri gegen den Inhalt einer öffentlichen oder Privaturkunde keinen Zeugenbeweis zu, ausgenommen wenn

1. in der Urkunde selbst Andeutung, daß nähere oder anderweitige Bestimmungen künftiger Vereinbarung überlassen bleiben, enthalten ist;
2. wenn nachgewiesen werden kann, daß eine spätere, die betreffende Abweichung enthaltende Urkunde vorhanden gewesen, aber verloren gegangen ist, oder
3. wenn die Urkunde selbst mit Bezug auf den Streitgegenstand dunkel, zweideutig oder sich selbst widersprechend ist, und es sich bloß darum handelt, durch den Aussteller über seine wahre Meinung sich Aufschluß geben zu lassen.

Bei Verträgen um Liegenschaften darf nur dann ein Zeugenbeweis stattfinden, wenn eine Schriftstelle undeutlich, d. h. verschiedener Auslegung fähig ist.

In Zug und Wallis gilt ebenfalls die Bestimmung, daß gegen den Inhalt einer Urkunde kein Zeugenbeweis statthaft ist, nach dem Grundsatz: contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur.

Als allgemein angenommen mag dagegen wohl die Beschränkung gelten, daß mit dem Eid kein anderes Beweismittel

cumulirt und gegen denselben auch kein anderes angeführt werden darf, mithin auch keine Zeugen. Im Uebrigen und mit Ausnahme der angeführten Beschränkungen ist der Zeugenbeweis überall zugelassen. Große Mannigfaltigkeit herrscht in den verschiedenen Kantonen in Beziehung auf die Abhörung klassischer und nichtklassischer Zeugen. Unter klassischen verstehen wir solche, gegen welche ein Unfähigkeitsgrund oder Verwerflichkeitsgrund entweder nicht besteht oder entweder gar nicht oder nicht mit Erfolg geltend gemacht worden ist; nichtklassische dagegen sind alle diejenigen, welche nicht die Eigenschaft eines vollgültigen Zeugen haben.

Den Unterschied selbst verwerfen die Kantone Zürich, Uri, Glarus, Freiburg, Aargau, St. Gallen, Thurgau, Graubünden und Genf, und es werden daher in diesen Kantonen nur die klassischen Zeugen abgehört. Eine Ausnahme gestatten Freiburg und Genf im Scheidungsprozeß. — In den Kantonen Solothurn, Waadt und Wallis dagegen werden alle Zeugen abgehört, gleichviel, ob sie unfähig oder verwerflich oder verdächtig sind. In den beiden ersten Kantonen deshalb, weil der Richter nur an seine Ueberzeugung gewiesen und deshalb berechtigt ist, die Aussagen der Zeugen zu wägen, nicht aber sie zu zählen; in Wallis dagegen, weil dort die Einreden gegen Zeugen erst nach der Abhörung gemacht werden.

Neben den klassischen anerkennen endlich die Kantone Bern, Luzern, Nidwalden, Zug, Basel und Schaffhausen auch nichtklassische, verdächtige Zeugen, Berichtzeugen, Kundschafsten. Zu den letzten gehören im Kanton Zug unhöflicher Weise auch die Frauen. Die nichtklassischen Zeugen werden in einzelnen Kantonen nicht beeidigt oder nicht in Gelübd aufgenommen, und in allen kann oder muß — wie im Kanton Bern — der Richter ihren Aussagen weniger Gewicht beilegen als den vollgültigen klassischen.

In Betreff der Abhörungsform gilt mit Ausnahme der Kantone Luzern, Uri und Graubünden der Grundsatz, daß die Zeugen öffentlich, in Gegenwart der Parteien durch den Gerichtspräsidenten oder den Referenten oder auch vor versammeltem Gericht abgehört werden, wobei den Parteien das Recht zuge-

standen wird, Erläuterungsfragen zu stellen. Mit Rücksicht auf die Beeidigung endlich kommen die verschiedensten Systeme zur Anwendung: Beeidigung vor der Abhörung oder nach derselben, von Amtes wegen, nach Ermessen des Gerichtes oder auf Verlangen einer Partei. Die karg zugemessene Zeit verbietet uns jedoch, hierauf näher einzutreten, um so mehr, als zwei Fragen unsere Aufmerksamkeit noch besonders in Anspruch nehmen.

Wir haben bereits darauf hingewiesen, daß das System der Beschränkung des Zeugenbeweises nach dem Muster des französischen Rechtes nicht nur in einzelnen Kantonen der französischen Schweiz, sondern auch in Bayern Eingang gefunden hat, und wir können daher eine, wenn gleich nur oberflächliche Prüfung dieser Frage nicht umgehen.

Nach Art. 370 f. des Entwurfes einer Civilprozeßordnung für das Königreich Bayern sollen Rechtsgeschäfte, welche die Entstehung oder Tilgung einer Verbindlichkeit im Betrage von mehr als 150 Gulden begründen, fortan nicht durch Zeugen, sondern nur durch Urkunden, Eid oder gerichtliches Geständniß erwiesen werden können. Ausnahmen treten ein: wenn es dem Beweisführer unmöglich war, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen; wenn wenigstens ein an sich nicht vollkommen genügender schriftlicher Beweis beigebracht werden kann; wenn die Urkunde ohne Verschulden des Beweisführers verloren gegangen; endlich bei gewissen von der Regel ausgenommenen Rechtsgeschäften, zumal bei allen Handelsgeschäften.

Diese Beschränkung empfehlen die Motive hauptsächlich aus zwei Gründen: vorerst um die Processe zu beschleunigen, und sodann um die Rechtsverhältnisse sicher zu stellen. Der letztere Grund ist der gewichtigere und einziger erhebliche, und es lohnt sich daher auch der Mühe, die einschlägigen Bemerkungen unserer Referenten anzuführen.

Herr Prof. Schnell in Basel sagt über die Unsicherheit des Zeugenbeweises: „Der Zeugenbeweis ist unbeschränkt zugelassen, selbst öffentlichen Urkunden gegenüber ist er gesetzlich nicht unzulässig, obwohl völlig ungebräuchlich. Ueberhaupt ist bei der verhältnismäßigen Kleinheit des Gerichtssprengels, bei welchem

die Personen der Zeugen immer noch einer gewissen Notorietät anheimfallen, die Gerichtsbehörde in der Auswahl vorgeschlagener Zeugen, selbst wo keine Recusation von Seiten des Gegners vorliegt, ziemlich scharf, und wo immer das Thema probandum zur Ausschließung verwendet werden kann, als unerheblich, da werden Zeugenabhörungen gerne vermieden. Auch kann ich aus meiner nun 20jährigen richterlichen Erfahrung bezeugen, daß der Zeugenbeweis einer der allerunsichersten ist und regelmäßig die Zeugen, die am meisten wissen, am wenigsten sagen, und die am wenigsten und unsichersten wissen, am meisten sagen; daß auch Leute, welche zuverlässig beobachtet, immer seltener werden. Wenn darum das Gericht schon wählerisch ist in der Zulassung von Zeugen, so ist es dies noch viel mehr in dem Schluß aus ihren Aussagen."

Insbesondere über die Bestimmung des französischen Rechtes dagegen spricht sich Herr Prof. Lefort aus Genf in folgender Weise aus:

„Une pareille disposition comme toutes celles qui se traduisent en un chiffre, renferme un élément arbitraire et peut pour les cas qui se rapprochent de la limite fixée amener de singuliers résultats. On comprend qu'il y ait, sur ce point, une très-grande variété dans les législations et que les traditions, les habitudes, la condition intellectuelle et morale de chaque société doivent être prises en considération. Tout ce que l'on peut dire c'est qu'en général les personnes suivant les tribunaux genevois sont plutôt frappées des inconvenients que la preuve testimoniale peut offrir et qu'ils envisagent comme salutaire la règle posée par la loi française.“

Wir geben nun gerne und aus eigener Erfahrung die Mangelhaftigkeit des Zeugenbeweises zu; denn es giebt je länger je weniger Personen, welche die Gewohnheit haben, scharf und genau zu beobachten, und daher über Verhandlungen Dritter mit solcher Genauigkeit zu deponiren im Stande sind, daß der Richter daraus die Überzeugung eines abgeschlossenen Rechts geschäfts schließen kann; ferner kann es keinem Praktiker entgangen sein, welche Rolle bei ungebildeten Leuten die Phantasie spielt, und wie geneigt sie stets sind, als wirkliche Thatstache

anzunehmen, was sich ihnen nur in Folge von Schlussfolgerungen als wahrscheinlich darstellt. Wenn wir daher auch dem Urkundenbeweis den Vorzug geben vor dem Zeugenbeweis, so liegt doch darin noch kein Grund, der Ansicht des bayerischen Entwurfes beizustimmen.

Es erscheint uns durchaus nicht gerechtfertigt, für das Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes einen bestimmten Beweis zu verlangen oder einen solchen zu verworfen, wenn für den Vertragsabschluß selbst keinerlei Form vorgeschrieben ist. Es ist namentlich unzulässig, für die Existenz eines Rechtsgeschäftes einen schriftlichen Beweis zu verlangen, während nach Civilrecht eine bloß mündliche Verabredung für dessen Zustandekommen hinreicht. Der angeführte Grund der größeren Rechtsicherheit mag daher in der Civilgesetzgebung seine Berücksichtigung finden, im Civilprozeß dagegen erscheint er nicht als zureichend. Es steht jedem Contrahenten frei, auf den Abschluß eines Rechtsgeschäftes die größtmögliche Sorgfalt zu verwenden und sich mit allen Garantien zu umgeben, welche er für nothwendig erachtet. Diese Forderung aber durch gesetzliche Vorschrift zur absoluten Nothwendigkeit für Alle zu machen, ist ein nicht gerechtfertigter Akt staatlicher Bevormundung.

Endlich erlauben wir uns noch einige kurze Bemerkungen über die verschiedenen Kategorien von Zeugen. Die Unterscheidung in klassische und nichtklassische ist in der Natur der Sache begründet, und es herrscht auch hierüber keine Meinungsverschiedenheit. In Betreff der Berücksichtigung nichtklassischer Zeugen dagegen gehen die Gesetzgebungen auseinander. In einzelnen Kantonen werden dieselben geradezu verworfen und gar nicht zugelassen, in anderen dagegen die weitere Unterscheidung angenommen von verwerflichen und bloß verdächtigen Zeugen.

Ein wirklich verworfener Zeuge ist einem unfähigen gleich zu achten; ein bloß verdächtiger dagegen wird zwar abgehört, allein es wird ihm nur eine beschränkte Glaubwürdigkeit beigemessen, sei es wegen der Unrüchtigkeit seines Lebenswandels, seiner verminderten Ehrenfähigkeit oder wegen seiner Beziehungen zu dem Beweisführer. Diese Unterscheidung hat da einen

Sinn, wo ein verdächtiger Zeuge nur als Auskunftsperson, Kundshaft, Berichtzeuge einvernommen, aber nicht beeidigt wird, und dessen Aussagen der Richter zwar berücksichtigen kann, nicht aber berücksichtigen muß, wo er also nicht gezwungen ist, einem klassischen Zeugen, dessen Aussagen ihm aber unglaublich vorkommen, mehr Glauben beizumessen als der glaubwürdigsten Aussage eines verdächtigen Zeugen. Mit anderen Worten: es mag diese Unterscheidung ohne Nachtheil überall da zur Anwendung kommen, wo die Zeugenaussagen nicht gezählt, sondern gewogen werden, und wo ein verdächtiger Zeuge entweder nicht beeidigt oder aber durch die Beeidigung den vollgültigen Zeugen gleichgestellt wird. Im Kanton Bern dagegen ist der Richter an eine strenge Beweistheorie gebunden und verpflichtet, die Zeugenaussagen zu zählen, nicht aber berechtigt, sie zu wägen. Es ist ganz natürlich, daß gegen die Glaubwürdigkeit naher Verwandter, Dienstboten u. s. w. Zweifel obwalten können, und daß der Gegner des Beweisführers zu der Annahme berechtigt ist, dieselben werden lieber gegen ihn als für ihn zeugen. Dieser Zweifel an der Aufrichtigkeit eines Zeugen berechtigt ihn daher, seine Beeidigung zu verlangen. Wenn nun aber, wie im Kanton Bern, ein verdächtiger Zeuge selbst durch seine Beeidigung kein vollgültiger wird, und er mithin selbst durch seinen Eid die gesetzliche Präsumtion gegen seine Glaubwürdigkeit nicht zu beseitigen vermag, so widerstreitet dies, wenn nicht dem Recht, so doch der Moral.

Wir beantworten daher die gestellte Frage dahin: Der Zeugenbeweis ist infofern zuzulassen, als nicht das Civilrecht das Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes an die Beobachtung einer bestimmten Form knüpft. Die Zeugen sind öffentlich, in Gegenwart der Parteien abzuhören und den letzteren das Recht einzuräumen, Erläuterungsfragen zu stellen und die Beeidigung zu verlangen. Dagegen wollen wir nicht entscheiden, ob es zweckmäßig sei, nur vollkommen klassische Zeugen abzuhören, die nichtklassischen dagegen zu verwiesen, wohl aber halten wir einen Unterschied zwischen beeidigten Zeugen für verwerflich.

Hiermit schließen wir unser Referat und wünschen, daß der von kantonalen Referenten mit großem Fleiße gesammelte Stoff

noch sorgfältiger und gründlicher bearbeitet werden möge, als es durch den Vortragenden möglich war.

---

### III. Auszüge aus den Spezialreferaten.

#### a. Zürich.

Referent Herr Oberrichter Meyer.

#### I.

Es wird Auskunft gewünscht über die Behandlung der Bagatellsachen, insbesondere ob die Entscheidung durch Einzelrichter oder kollegialische Untergerichte oder die Bezirksgerichte stattfinde und ob Recurs oder Appellation zulässig sei.

Es ist hier zu unterscheiden zwischen dem summarischen und dem ordentlichen Verfahren, und da wohl mehr als die Hälfte sämmtlicher Civilstreitigkeiten im summarischen Wege Erledigung findet, so mag zuerst unser summarisches Verfahren besprochen werden. Dasselbe zerfällt in den Executivprozeß für Forderungen, die einfach oder alternativ auf eine Geldleistung gerichtet sind, und in das Befehlsverfahren. Im Executivprozeß sowohl als im Befehlsverfahren verfügt ohne Rücksicht auf den Streitwerth erinstanzlich der Bezirksgerichtspräsident als Einzelrichter und im Falle eines Recurses zweitinstanzlich das Obergericht.

Der Executivprozeß für Geldforderungen (oder solche Forderungen, die wenigstens alternativ auf einen Geldbetrag gerichtet sind) ist durch das Rechtstriebgesetz geregelt. Die Execution beginnt ohne vorherige richterliche Cognition — mit Ausnahme der Wechselloforderungen — durch den Vollziehungsbeamten auf einfaches Begehren des angeblichen Gläubigers.

Weigert der angebliche Schuldner die Zahlung aus irgend welchem Grunde, so muß er binnen vierzehn Tagen beim Bezirksgerichtspräsidenten Hemmung der Execution (Rechtsvorschlag) unter Anführung des Weigerungsgrundes begehen. Ist der Weigerungsgrund offenbar unstichhaltig, so soll der Gerichtspräsident das Begehren abweisen, ist aber die Execution gehemmt

worden, so soll auf Begehren des Gläubigers in folgenden Fällen deren Fortsetzung verfügt (Rechtsöffnung ertheilt) werden:

1. wenn die Forderung durch gerichtliches Erkenntniß, gerichtliche Anerkennung oder gerichtlichen Vergleich festgestellt ist, die Einsprachegründe aber vor diesem gerichtlichen Akte entstanden und dem Schuldner bekannt waren, oder zwar der Schuldner sich auf nachher entstandene oder entdeckte Einsprachegründe beruft, jedoch es ihm nicht möglich ist, ohne weiteres Beweisverfahren, also durch Urkunde, Zugeständniß des Gläubigers oder notorische Thatsachen die Richtigkeit der Einsprachegründe zu erweisen oder mindestens bis zur Wahrscheinlichkeit darzuthun;

2. wenn die Forderung durch öffentliche Urkunde hergestellt, dem Schuldner aber nicht möglich ist, ohne weiteres Beweisverfahren die Richtigkeit seiner Einsprachegründe zu erweisen oder wenigstens bis zur Wahrscheinlichkeit darzuthun;

3. wenn die Forderung durch Privaturkunde hergestellt ist, der Schuldner aber Einsprachegründe bringt, die auch im Falle ihrer thatsächlichen Richtigkeit als unzureichend sich darstellen, oder zwar Einsprachegründe bringt, die im Falle ihrer tatsächlichen Richtigkeit erheblich wären, jedoch nicht im Stande ist, dafür zureichende und unverdächtige Beweismittel, z. B. zulässige Zeugen zu bezeichnen;

4. wenn die Forderung zwar nur durch das Geständniß des Schuldners hergestellt ist, die von diesem vorgebrachten Einsprachegründe aber sich sofort als unzureichend darstellen.

Auf Wechselsforderungen finden diese Bestimmungen nur insofern Anwendung, als sie dem Wechselrechte nicht entgegenstehen, welches bekanntlich manche Einreden überhaupt ausschließt und jedenfalls nur solche zuläßt, die sofort liquid gemacht werden können.

Der freie Spielraum, der durch diese Bestimmungen dem Gerichtspräsidenten vergönnt wird, und das formlose Verfahren, welches er beobachtet, bewirkt, daß, ungeachtet ein Beweisverfahren, also namentlich Zeugen- und Expertenbeweis, im Executivprozeß nicht stattfindet, dennoch in demselben eine Masse Schuldstreitigkeiten erledigt werden kann und daß in den mei-

sten Fällen der Gläubiger wenigstens den Versuch macht, auf diesem summarischen Wege zum Ziele zu gelangen.

Der Gläubiger kann sein Begehren mündlich oder schriftlich stellen, und es steht ihm frei, der Vernehmung des Schuldners beizuwohnen. Über die Verhandlung wird kein Protokoll geführt, sondern der Gerichtspräsident macht sich nur Notizen, so weit er deren zur Unterstützung seines Gedächtnisses bedarf, giebt dagegen in seinem Entscheide eine kurze, aber genaue Darstellung des Sachverhaltes, d. h. des Inhalts der Urkunden und der Parteierklärungen, auf die sein Entcheid sich gründet. Dadurch ist er in den Stand gesetzt, die Parteien, namentlich den Schuldner, nach allen Richtungen über den Sachverhalt zu befragen, und häufig dem Gläubiger auch dann ganz oder theilweise zum Rechte zu verhelfen, wenn ihm kein unmittelbarer Urkundenbeweis oder überhaupt keine Urkunde zu Gebote steht, der Schuldner aber theilweise Zugeständnisse machen muß und bei Begründung seiner Einreden sich in Widersprüche verswickelt oder überführt werden kann, daß die von ihm angebotenen Beweise nichts taugen.

Zum Recurse an das Obergericht gehen Verweigerung des Rechtsvorschlages oder Ertheilung der Rechtsöffnung und gegen Abweisung eines Rechtsöffnungsbegehrens ist gesetzliche Frist von vierzehn Tagen gegeben. Der Recurs an sich hat keine aufschließende Kraft, sondern es liegt im Ermessen des Obergerichtes, im Falle der Einreichung eines Recurses gegen einen erstinstanzlichen Bescheid, welcher Fortsetzung der Execution verfügt, diese bis nach Erledigung des Recurses zu hemmen oder ihr mittlerweile den Fortgang zu lassen. Die Einreichung des Recurses muß schriftlich geschehen, und es wird derselbe in der Regel der Gegenpartei zur Beantwortung binnen kurzer Frist mitgetheilt; doppelter Schriftenwechsel findet nicht statt, so daß die Parteien zu sofortiger Beilegung der in ihrem Besitz befindlichen Urkunden und erschöpfender Darstellung des Sachverhaltes gezwungen sind; ergiebt sich schon aus der Recursschrift die Unstichhaltigkeit des Recurses, so entscheidet das Obergericht auch ohne vorherige Mittheilung an die Gegenpartei.

Eine Recht schaffende Wirkung in dem Sinne, in welchem

sie rechtskräftigen Urtheilen zukommt, haben die im Executivproceß erlassenen Recurssbescheide und die nicht recurrirten erstinstanzlichen Bescheide nicht. Es steht daher dem Gläubiger frei, seine Forderung im gewöhnlichen Rechtswege geltend zu machen, nachdem er im Executivprocesse durch die erste oder, wenn er recurrirt hat, wozu er aber nicht genöthigt ist, durch die zweite Instanz abgewiesen worden ist. Ebenso folgt aus dem angeführten Gaze, daß der im Executivproceß zur Zahlung angehaltene Schuldner nicht gehindert ist, im ordentlichen Rechtswege eine Rückforderung wegen bezahlter Nichtschuld zu stellen, wenn er glaubt, mit Unrecht zur Zahlung angehalten worden zu sein. Freilich hat diese Folgerung sehr wenig praktischen Werth, da die Execution nach Erlaß des Recurssbescheides oder des nicht recurrirten erstinstanzlichen Bescheides bis zur Zahlung unaufhaltsam fortgeht und nicht einmal Hinterlegung des geforderten Baarbetrages zulässig wäre. Es ist mir auch kein Fall bekannt, wo eine solche Rückforderungsklage gestellt worden wäre.

Die zweite Art des summarischen Verfahrens ist das Befehlsverfahren. Abgesehen von speciellen Vorschriften für Bau- und Wasserrechtsstreitigkeiten lautet die einzige dießfalls bestehende Gesetzesbestimmung: „Dem Präsidenten des Bezirksgerichtes steht die Ertheilung von Befehlen und Verboten über privatrechtliche Gegenstände zu. Ueber seine dießfälligen Verfügungen geht der Recurs unmittelbar an das Obergericht.“

Auf Grund dieser Bestimmung hat sich das Befehlsverfahren in folgender Weise ausgebildet: es findet statt:

1. wo es sich um vorsorgliche Verfügungen handelt, also namentlich zu Sicherung eines angeblich bestehenden und vorläufig bescheinigten dinglichen Rechtes oder der auf irgend eine Leistung gerichteten Forderung, auch wenn sie noch nicht fällig ist, so weit nämlich Gesetze und Staatsverträge außerordentliche Sicherheitsmaßregeln in einem solchen Falle gestatten. Wenn indessen die vorsorgliche Verfügung in einem Arreste (Beschlagnahme von Vermögensstücken zur Sicherung einer Forderung) oder in einer Sequestration (Beschlagnahme einer Sache, mit Bezug auf welche das Eigenthum oder ein anderes dingliches

Recht streitig oder welche der Gegenstand der streitigen Forderung ist) besteht, so ist gemäß ausdrücklicher Gesetzesbestimmung nicht der Bezirksgerichtspräsident als Einzelrichter, sondern das Bezirksgericht die erinstanzliche Behörde, wenn auch sehr häufig um der Dringlichkeit der Sache willen dessen Präsident im Namen und vorbehältlich der Genehmigung des Gerichtes verfügt. Ferner versteht es sich von selbst und ist durch die Praxis eingeführt, daß, wenn ein Proceß bereits eingeleitet ist, eine nöthig werdende vorsorgliche Verfügung durch das Gericht selbst oder den in seinem Namen und vorbehältlich seiner Genehmigung handelnden Präsidenten erlassen wird;

2. wo es sich um Erhaltung des gegenwärtigen Besitzstandes oder Wiederherstellung eines längere Zeit vorhanden gewesenen und ohne Einwilligung des Besitzers abgeänderten Besitzstandes handelt. Auch hier verfügt indessen das Gericht, wenn erst nach Einleitung des Proceses der Besitzstand bedroht wird oder abgeändert worden ist;

3. Zu schneller Handhabung klaren Rechtes, wo — abgesehen vom bisherigen Besitzstande — das vom Ansprecher behauptete Recht selbst erwiesen ist, sei es durch Anerkennung des Angesprochenen, durch eine das Recht unmittelbar feststellende Urkunde oder durch Thatsachen, die notorisch, zugestanden oder urkundlich erwiesen sind und bei deren Vorhandensein das behauptete Recht aus Gesetz oder feststehenden Rechtsgrundzügen sich von selbst ergiebt, Alles unter der Voraussetzung, daß der Angesprochene nicht erhebliche Einreden stellt und je nach Umständen bescheinigt. Welchen Rechten durch Befehl oder Verbot Nachachtung verschafft werden kann, ist gesetzlich nicht bestimmt, und das Befehlsverfahren findet daher auf Rechte mannigfacher Art Anwendung, so bald nur eine Execution möglich ist, also namentlich auf Schutz bestehender Rechte an Liegenschaften, z. B. durch Beseitigung von der Ausübung einer Dienstbarkeit entgegengestellten Hindernissen, auf Austreibung des Pächters oder Miethers nach Ablauf der Pacht- oder Miethzeit, auch auf versprochene Bestellung noch nicht bestehender Rechte an Liegenschaften, z. B. eines Pfandrechtes, ferner auf Schutz bestehender Rechte an beweglichen Sachen, wenn z. B. der Eigenthümer

deren Zurückgabe vom geständigen Besitzer verlangt und der Rechtsgrund des Besitzes beim bisherigen Besitzer weggesunken ist, auch auf jede Art von Forderungen, wenn sie auf eine erzwingbare Leistung gerichtet sind, wie z. B. auf Uebergabe der gekauften Sache von Seite des Verkäufers, der sie geständiger oder erwiesener Maßen besitzt, an den Käufer.

Das Verfahren stimmt im Allgemeinen mit dem beim Executivprozeß für Geldforderungen beobachteten überein. Nur besteht hier einerseits (abgesehen vom Verfahren bei Bau- und Wasserrechtsstreitigkeiten) keine gesetzliche Recursfrist, anderseits keine gesetzliche Bestimmung hinsichtlich Beibringung oder Bezeichnung von Beweis- und Gegenbeweismitteln. Je nach Umständen wird der Gerichtspräsident selbst eine Frist zum Recurse ansetzen und, wenn dies nicht geschieht, der Angesprochene aber die Execution sich hat gefallen lassen oder mit Ergreifung des Recurses ungebührlich zögert, die Recursinstanz annehmen, er habe sich die Verfügung einstweilen, vorbehältlich der Unhebung einer ordentlichen Civilklage, so weit eine solche noch gedenkbar ist, gefallen lassen und daher auf den Recurs nicht mehr einzutreten. Hinsichtlich der Würdigung der Einreden ist der Gerichtspräsident noch mehr als beim Executivprozeß auf Takt und vernünftiges Ermessen angewiesen. Einvernehmen von Zeugen ist auch hier unzulässig, dagegen ein Augenschein durch den Gerichtspräsidenten oder einen von ihm beauftragten Gemeindammann und auch Erhebung eines Expertenbefundes nicht ausgeschlossen, vorausgesetzt, daß Gefahr im Verzug oder die Sache nicht verwickelt ist. In besonders dringenden Fällen wird der Gerichtspräsident auch ohne vorherige Anhörung der Gegenpartei verfügen.

Was nun das ordentliche Verfahren betrifft, so gibt es für dasselbe keine Einzelrichter und kann jede Civilstreitigkeit durch Appellation an eine zweite Instanz gebracht werden.

Bei Streitigkeiten, welche zwar zu den civilen gehören, aber sich nicht auf Vermögensrechte beziehen, also in Pasterschafts-, Verlöbnis- und Ehesachen, bei Klagen auf Bevormundung wegen Verschwendung und auf Entziehung väterlicher Vormundschaft, ist das Bezirksgericht erste, das Obergericht

zweite Instanz. Das Nämliche ist ausnahmsweise ohne Rücksicht auf den Streitwerth der Fall bei gewissen Arten von Streitigkeiten über Vermögensrechte, nämlich bei den Konkurspendenzen, den Arrestproceszen, den Streitigkeiten über Entschädigung für Abtretung von Privatrechten, den Steuerproceszen, den Klagen aus Wucher, bei gewissen in Folge einer Grundprotokollbereinigung entstehenden Streitigkeiten, endlich bei Streitigkeiten über den von der kantonalen Brandversicherungsanstalt zu vergütenden Brandschaden. Die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes als erster Instanz für alle Concurspendenzen und Arrestprocesse erklärt sich daraus, daß die Verhandlung der Konkurse überhaupt und die Bewilligung von Arresten dem Bezirksgerichte zusteht; bei den übrigen angeführten Streitigkeiten, welche ohne Rücksicht auf den Streitwerth dem Bezirksgerichte als erster Instanz zugewiesen sind, wurde der Gesetzgeber zur Ausscheidung derselben aus der Competenz eines Untergerichtes und zur Ermöglichung der Weiterziehung an das Obergericht offenbar durch die Rücksicht bestimmt, daß hier theils Fragen des öffentlichen Rechtes, theils überhaupt Fälle zur Sprache kommen, deren sorgfältige und grundsätzliche Behandlung im öffentlichen Interesse liegt.

Sämmtliche übrige Civilprocesse gelangen bei einem Streitwerth von mehr als  $233\frac{1}{3}$  Franken (100 Zürcher Gulden) an das Bezirksgericht als erste und an das Obergericht als Appellationsinstanz, bei einem Streitwerth von  $233\frac{1}{3}$  Franken oder weniger an das Kreisgericht als erste und an das Bezirksgericht als Appellationsinstanz. Anstände über die Größe des Streitwertes und die davon abhängige Competenzfrage werden dem Processe vorgängig in summarischer Weise durch das Bezirksgericht oder im Falle eines Recurses durch das Obergericht besiegelt. Das Proceszverfahren in den erinstanzlich vor Kreisgericht gelangenden Fällen unterscheidet sich vom Verfahren in den in erster Instanz an das Bezirksgericht gehörenden Proceszen nur in Folgendem:

1. Vor Kreisgericht ist die Vertretung der Parteien durch Advokaten unzulässig; nur eine gewisse Entfernung des Wohnortes einer Partei vom Sitz des Kreisgerichts berechtigt diese,

sich eines Anwaltes zu bedienen; macht sie von dieser Besugniß Gebrauch, so darf auch die Gegenpartei einen Anwalt gebrauchen. Vor Bezirksgericht als zweiter Instanz ist die Vertretung durch Anwälte ohne Beschränkung zulässig.

2. Das Kreisgericht erläßt keine Zwischenurtheile, soll dagegen immerhin über Fragen, die beim Bezirksgerichte als erster Instanz den Erlaß eines Zwischenurtheils zur Folge hatten, durch motivirten Beschluß entscheiden. Da indessen gegen diesen Beschluß kein weiterziehendes Rechtsmittel gestattet ist, so hat derselbe wenig Bedeutung.

3. Das Obergericht als Appellationsinstanz urtheilt niemals auf Grundlage eines Thatbestandes, der nicht schon vor erster Instanz vorgelegen hat, sondern weist nöthigenfalls die Akten unter gleichzeitiger Aufhebung des von der ersten Instanz erlassenen Urtheils an diese zur Vervollständigung und Erlaß eines neuen Urtheils zurück, selbstverständlich in der Meinung, daß die erste Instanz bei Erlaß des neuen Urtheils in der Würdigung des neuen Aktenstoffes völlig frei ist. Eine solche Rückweisung behufs Vervollständigung kann aber in der Regel nur stattfinden, wenn die Behauptungen, welche dem Obergerichte erheblich scheinen, schon vor erster Instanz gestellt und dafür Beweis anerboten, das Beweisanerbieten aber von der ersten Instanz nicht berücksichtigt worden ist, und eine Ausnahme von dieser Regel, also eine Berücksichtigung von neuen Behauptungen und Beweisanerbieten und daherige Rückweisung der Akten ans Bezirksgericht, ist nur in dem wohl äußerst seltenen Falle zulässig, wo die Thatsache, welche die Partei behauptet, erst nach Erlaß des erinstanzlichen Urtheils eingetreten ist oder wo die Partei den Nachweis leistet, daß vorher ihr die Thatsache selbst oder die Möglichkeit eines Beweises derselben nicht habe bekannt sein können. Vor Bezirksgericht als Appellationsinstanz dagegen können die Parteien, ohne einer Entschuldigung zu bedürfen, neue Behauptungen und Beweisanerbieten vorbringen, und, wenn dies geschieht, hat das Bezirksgericht die Wahl, das Urtheil des Kreisgerichtes aufzuheben und die Akten an dasselbe zur Vervollständigung zurückzuweisen oder das erinstanzliche Urtheil als solches bestehen zu lassen und die Vervoll-

ständigung selbst vorzunehmen, welches Letztere im Interesse der Parteien durchweg geschieht. So kommt es, daß in einem Prozesse, dessen Gegenstand ein einigermaßen ausführliches Beweisverfahren erfordert, das erstinstanzliche Verfahren zu einem bloßen Schattenspiel wird und die zweite Instanz (das Bezirksgericht) oft auf Grund einer völlig veränderten Aktenlage, in der That also als erste und einzige Instanz, urtheilt.

Ueber die Abschaffung der Kreisgerichte ist man allseitig einverstanden. Bei Einführung derselben, die man übrigens nicht den Juristen zu verdanken hat, glaubte man ein volksthümliches Institut zu schaffen, wo Streitigkeiten einfacher Landsleute durch Männer aus ihrer Mitte nach Billigkeit und angeborem einfachem Rechts Sinn geschlichtet würden. Die patriarchalischen Zustände haben aber in dem betriebsamen Kanton Zürich längst der Theilung der Arbeit und der Ausbildung für den besondern Beruf Platz gemacht, und so kann man sich denken, wie die Handhabung der Rechtspflege durch Gerichte, in die sich beschäftigte und befähigte Leute nicht gern wählen lassen und die ein paar Male im Jahr Sitzung halten, beschaffen ist, namentlich in Fällen, wo Erlaß eines Beweisdekretes, Erörterung über Erheblichkeit oder Unerheblichkeit von Beweisanerbieten u. s. f. nöthig wird.

Am zweckmäßigsten dürfte sein, die Geschäfte der Kreisgerichte einer Abtheilung der Bezirksgerichte, zwei Richtern und einem Vorstande, zuzuweisen, in der Meinung, daß die Urtheile inappellabel wären. Dazu bedürfte es freilich einer Änderung der Staatsverfassung, welche vorschreibt, jede Rechtssache solle vor zwei Instanzen gebracht werden können, eine Vorschrift übrigens, die, wie bereits gezeigt worden, beim Instanzenzuge zwischen Kreis- und Bezirksgericht oft bedeutungslos wird.

## II.

Es wird ferner gefragt, ob das Verfahren im ordentlichen Prozesse mündlich oder schriftlich sei oder wenigstens durch ein schriftliches Vorverfahren eingeleitet werde.

Unser Verfahren ist mündlich ohne Vorverfahren. Der Kläger reicht die Weisung des Friedensrichters, die nichts als

die Bezeichnung seines Rechtsbegehrens, nicht einmal die Bezeichnung des Klagegrundes, enthalten soll, dem Gerichtspräsidenten ein, welcher sofort für die mündliche Hauptverhandlung Tagfahrt ansetzt und einen Referenten bezeichnet. Dieser ist berechtigt, vor der Hauptverhandlung die Parteien gleichzeitig vor sich zu bescheiden und von ihnen über den Gegenstand des Streites und die wesentlichen Behauptungen, Einreden und Beweismittel, auf die sie sich zu berufen gedenken, zu seiner Vorbereitung sich Aufschluß zu verschaffen, auch einen Vergleich zu versuchen. Die Erklärungen der Parteien in dieser Referentaudienz sind für dieselben unverbindlich und es wird darüber kein Protokoll geführt. Die übrigen Gerichtsmitglieder sind vor der Hauptverhandlung über die Sache in keiner Weise unterrichtet.

Für die Vollständigkeit der Hauptverhandlung und die dadurch bedingte Möglichkeit, auf Grundlage derselben in der Regel das Urtheil oder einen erschöpfenden Beweisbescheid zu erlassen, ist durch die Vorschrift gesorgt, daß — besondere Entschuldigungsgründe vorbehalten — mit allen bis zum Schlusse der vier Vorträge (Klage, Antwort, Replik und Duplik) nicht vorgebrachten Klagegründen und Einreden, tatsächlichen Behauptungen und Bestreitungen die Parteien ausgeschlossen sind.

Auch das Beweisverfahren geschieht mündlich. Nur ist in der Regel die zerstörliche Frist, binnen welcher gemäß dem Beweisbescheide die Parteien die Beweismittel, so weit es nicht schon bei der Hauptverhandlung geschehen ist (was so weit möglich bei Vermeidung von Ordnungsstrafe geschehen soll), einzureichen oder, wenn die Beschaffenheit der Beweismittel (wie bei Zeugenbeweis u. s. f.) es nicht gestattet, genau zu bezeichnen haben, eine festbestimmte von so und so viel Tagen, nicht etwa eine relative, z. B. bis zur Beweisverhandlung selbst laufende; wo aber eine festbestimmte Frist angesezt ist, hat selbstverständlich die Beweisantretung der Parteien schriftlich zu geschehn; diese Beweisschriften sollen sich aber so wie die gleichfalls binnen Frist einzureichenden Beweiseinwendungsschriften jeder Rechtserörterung enthalten und' sich erstere auf Bezeichnung der Beweissäze und Beweismittel, letztere auf Bezeichnung der Ein-

wendungen beschränken. Die weitere Ausführung ist Sache der mündlichen Beweisverhandlung.

Unter vier vor Bezirksgericht als erster Instanz zur Verhandlung kommenden Proceszen mag ungefähr in einem der Fall eintreten, daß nach Anhörung der vier Parteivorträge das Gericht sich nicht getraut, je nach Umständen das Urtheil oder den Beweisbescheid zu erlassen, sondern vorerst lediglich das Protokoll fertigen läßt, sei es wegen Weitschichtigkeit des factischen Stoffes, wegen Schwierigkeit der Subsumtion desselben unter das Gesetz und die geltenden Rechtsgrundsätze, oder wegen Zweifels über den Sinn von verschiedener Auslegung fähiger Urkunden, und in einem von zehn Fällen, z. B. in einer weitläufigen Rechnungsstreitigkeit, enthält der Klagevortrag eine solche Menge von Zahlen oder andern Einzelheiten, daß der Beklagte mit Recht erklärt, sich nicht sofort darauf einlassen zu können, und daher Ansehung einer neuen Tagfahrt zur Antwort, Replik und Duplik nöthig und auch diese zweite Tagfahrt weder mit einem Beweisbescheide noch mit einem Urtheile schließen wird.

Durch ein schriftliches Vorverfahren, bei welchem der Kläger in einer Klageschrift den thatfächlichen Klagegrund und seine Rechtsbegehren anzubringen, der Beklagte in der Antwortschrift über theilweise oder gänzliche Anerkennung oder Nichtanerkennung der Rechtsbegehren und der thatfächlichen Behauptungen des Klägers sich bestimmt zu erklären, seine sämmtlichen Einreden und von denjenigen des Klägers abweichenden thatfächlichen Behauptungen vorzubringen, beide Parteien die in ihrem Besitz befindlichen Beweisurkunden und, wenn es sich um einen Rechnungsstreit handelt, einen Contocorrent beizulegen, im Uebrigen jeder Rechtserörterung sich zu enthalten hätten, würde den bezeichneten Uebelständen in vielen Fällen abgeholfen, zuweilen das Hauptverfahren ganz abgeschnitten, wenn z. B. die Klage wegen Incompetenz des Gerichtes oder zur Zeit oder angebrachter Maßen, wie im Falle mangelnder Sachlegitimation auf Seite einer der Parteien, nicht Statt fände oder sich selbst unter Voraussetzung der Richtigkeit der thatfächlichen Behauptungen des Klägers als unbegründet erweisen würde; in ein-

zellen solcher Fälle bedürfte es zu einstweiliger oder gänzlicher Abweisung des Klägers nicht einmal der Einziehung einer Antwortsschrift.

Dennoch kann ich mich von der Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Einführung eines solchen schriftlichen Vorverfahrens noch nicht überzeugen. Vorerst bilden die Processe, in welchen die oben bezeichneten Uebelstände eintreten, die kleine Minderzahl, und in denjenigen Fällen, in welchen sie nicht eintreten, wo also die Hauptverhandlung in einer Sitzung beendigt wird und sofort das Urtheil oder der Beweisbescheid erlassen werden kann, wäre ein Vorverfahren überflüssig, zumal einerseits von Zeitersparniß nur dann die Rede sein könnte, wenn das Hauptverfahren ganz abgeschnitten würde, anderseits die Anwälte für ihre schriftliche Arbeit ungefähr so viel den Parteien berechnen würden als für eine mündliche Verhandlung und die Gerichtskosten bei uns sehr geringfügig sind. Dazu kommt, daß in manchen Fällen, namentlich in Rechnungsstreitigkeiten, der Zweck des Vorverfahrens nicht erreicht würde; ein umfangreicher Contocorrent z. B. wäre entweder nicht verständlich oder dessen schriftliche Erklärung würde so umfangreich, daß von einem bloßen Vorverfahren nicht mehr die Rede wäre. Ferner müßte der Richter, was er zuerst gelesen hat, wieder mündlich anhören; denn den Anwälten wäre kaum möglich, ihre Verträge stets so einzurichten, daß sie auf das schriftlich Vorhandene bloß verweisen und daran anknüpfen könnten, und, wenn der Richter nach dem Schluß der Hauptverhandlung nicht in der Lage wäre, ein Urtheil oder einen Beweisbescheid zu erlassen, so läge ihm zwar ein fürzeres Gerichtsprotokoll vor, indem der Gerichtsschreiber bei dessen Ausarbeitung den Inhalt der schriftlichen Eingaben nicht wiederholen würde; er hätte aber statt einer zusammenhängenden Darstellung und Ausführung ein zerstücktes Material vor sich.

### III.

Hinsichtlich der Art der Beweisbescheide, insbesondere der Frage, ob dieselben an eine höhere Instanz gezogen werden können und Rechtskraft erlangen, ist zu bemerken:

Gemäß der Eventualmaxime haben die Parteien in der Hauptverhandlung alle, auch die eventuellen Begehren, Klagegründe und Einreden, tatsächlichen Behauptungen und Bestreitungen vorzutragen, und es wird nur ein Beweisbescheid erlassen, worin für alle, auch die eventuellen Behauptungen, die nicht zugestanden oder bereits erwiesen sind, und welche nach der Ansicht des Richters in erster Linie oder eventuell für irgend eine zur Entscheidung gelangende Frage erheblich scheinen, der Beweis aufgelegt wird. Mit dem Auflegen des Beweises ist stets die Offenhaltung des Gegenbeweises verbunden und die Frist zu Antretung des Erstern bezieht sich auch auf die Antritung des Letztern. Der Beweisbescheid kann nicht weiter gezogen werden; die Parteien müssen sich die Durchführung des Beweisverfahrens gemäß demselben gefallen lassen. Hält eine Partei eine Beweisauflage für überflüssig oder unerheblich, so mag sie die Beweisantritung auf ihre Gefahr unterlassen; hat sie für eine ihr erheblich scheinende Behauptung den Beweis angeboten und wird ihr derselbe nicht abgenommen, so mag sie, nachdem das Urtheil erlassen und in Folge der Appellation die Sache an zweite Instanz gelangt ist, bei der Appellationsbegründung auf Aufhebung des erstinstanzlichen Urtheils und Rückweisung an die erste Instanz behufs Abnahme des angebotenen Beweises antragen. Weil gegen die Beweisbescheide kein Rechtsmittel zulässig ist, haben sie keine Rechtskraft und können im Laufe des Proesses vom erstinstanzlichen Richter selbst abgeändert werden, wenn er sich von ihrer Unrichtigkeit überzeugen sollte, allerdings ein seltener Fall.

Daraus, daß bei Erlaß der Beweisdecrete die Eventualmaxime streng festgehalten wird, folgt indessen nicht, daß sie auch bei Abnahme des Beweises unter allen Umständen streng durchgeführt werden müsse. Wird im Laufe des Beweisverfahrens eine Behauptung erwiesen, welche der Richter für entscheidend hält, so wird er wenigstens dann, wenn für die weitere, eventuell erheblichen und zum Beweise verstellten Behauptungen ein weitläufiges und kostspieliges Beweisverfahren in Aussicht stände, dieses abbrechen und das Urtheil fällen, den Parteien Wahrung ihrer Rechte im Wege der Appellation überlassend.

Die Beweisbescheide werden nicht motivirt; ihre Rechtserfüllung geschieht mittelbar oder unmittelbar in der Begründung des Urtheils oder des Zwischenurtheils, wenn ein solches erlassen wird.

Ein Zwischenurteil, welches stets appellabel ist, kann nicht nur, sondern muß nach gesetzlicher Vorschrift erlassen werden, wenn ein solches von einer Partei über die Frage verlangt wird, ob Zeugen, welche die Gegenpartei benannt hat, einzuhören vernehmen seien. Das Dispositiv eines solchen Zwischenurtheils geht daher immer dahin, es seien gewisse Zeugen abzuhören oder nicht abzuhören, während die durch dasselbe zu würdigenden Gründe, weshalb sich eine Partei der Einvernahme sämtlicher oder einzelner der von der Gegenpartei benannten Zeugen widersezt, zweifacher Art sein können, indem entweder bloß die Fähigkeit einzelner Zeugen zu Ablegung von Zeugniß oder die Erheblichkeit einzelner Beweissätze bestritten, d. h. überhaupt das Wegfallen von Zeugeneinvernahme betreffend solche Beweissätze begeht wird, von denen behauptet wird, sie beziehen sich auf Behauptungen, die dem Beweisbescheide fremd oder auch im Falle ihrer Erhärtung zu Leistung des nach dem Beweisbescheide aufgelegten Beweises nicht geeignet seien. Es versteht sich von selbst, daß die erste Instanz in einem Falle, wo sie sämtliche angefochtene Beweissätze für unerheblich hält, sofort das Endurteil erläßt und ihre Ansicht über die Unerheblichkeit der Beweissätze in den Entscheidungsgründen niederlegt, so daß die zweite Instanz, wenn sie die Ansicht der ersten theilt, in den Stand gesetzt ist, gleichfalls das Endurteil zu fällen, während sie im entgegengesetzten Falle ein Zwischenurteil fällt und die Achten an die erste Instanz zurückgehen. Eben so versteht sich, daß das Gericht, wenn es gestellte Beweissätze für unerheblich hält, darüber keine Zeugen einvernimmt, auch wenn die Gegenpartei die Beweissätze nicht angefochten hat.

Während bei Streit über Erheblichkeit von Zeugenbeweissätzen oder Zulässigkeit benannter Zeugen der Erlaß eines Zwischenurtheils auf Begehren der beteiligten Partei unerlässlich ist, schreibt das Gesetz vor, „es sollen im übrigen besondere Urtheile über Vor- und Zwischenfragen, so viel als es die Na-

tur der vorliegenden Rechtsache und das Interesse der Parteien nur immer erlaube, vermieden werden," überläßt also bei andern Vor- oder Zwischenfragen den Erlaß eines Zwischenurtheils dem Ermessen des Richters, jedoch mit der Anweisung, von der diesfälligen Befugniß so wenig als thunlich Gebrauch zu machen, und es geschieht dieß in der That auch nur in seltenen Fällen, z. B. wenn es sich fragt, ob die beantragte Erhebung einer Expertise, die mit enormen Kosten verbunden wäre, nöthig sei, oder ob eine ein weiteres, voraussichtlich sehr kostbares und weitläufiges Beweisverfahren abscheidende Einrede, z. B. der Verjährung, der mangelnden Sachrechtfertigung, unbegründet sei, wosfern nämlich die erste Instanz solche Fragen in einem ein weiteres Verfahren bedingenden Sinne unterscheiden zu müssen glaubt.

Der Erlaß eines appellablen Zwischenurtheils bringt große Verzögerung in den Prozeß, und es wird hin und wieder vorkommen, daß eine Partei Erheblichkeit von Beweissägen und Zulässigkeit von Zeugen nur deshalb bestreitet, weil sie an Hinausschiebung der Erledigung des Prozesses ein Interesse hat, welches die Zahlung einer Prozeßentschädigung und unbedeutender Gerichtskosten überwiegt. Man ist auch bei uns allgemein über Beseitigung der Zwischenurtheile einverstanden. Nur dürfte es zweckmäßig sein, der ersten Instanz für Ausnahmsfälle, wie die bereits bezeichneten, Erlaß eines Zwischenurtheils freizustellen.

#### IV.

Die vierte Frage bezieht sich auf die Zulässigkeit von Zeugen und die Art ihrer Einvernahme.

In gewöhnlichen Civilprozessen kann eine als Zeuge angerufene Person von der Gegenpartei wegen Verwandtschaft mit dem Producenten, offensbarer Feindschaft mit dem Producten, Beteiligung am Ausgange des Prozesses, Parteinahme für den Producenten, persönlicher Abhängigkeit von demselben, wegen Verlusten des Aktivbürgerrechtes durch Falliment, staatliche Verbormundung, Almosengenössigkeit oder gerichtliche Strafe, wegen schlechten Rufes u. s. f. abgelehnt werden und es unterbleibt

die Einvernahme, wenn die Ausstellungen vom Producenten zugegeben oder durch das zu erlassende Zwischenurtheil als begründet erklärt werden.

In Vaterschaftsproessen dagegen werden über diejenigen Behauptungen, welche der Richter für erheblich hält, alle benannten Zeugen einvernommen, und in denjenigen Proessen, bei denen richterliche Mitwirkung zu Erhebung des Beweises vorgeschrieben ist, nämlich bei Klagen auf Ehescheidung, auf Bevormundung wegen Verschwendung, auf Entzug der väterlichen Vormundschaft, Unterstützung armer Verwandten und bei Privatklagen wegen Wuchers, hat der Richter völlig freie Hand. Selbstverständlich ist der Richter in allen diesen Proessen auch frei in Würdigung der Glaubwürdigkeit der Zeugen und der von den Parteien darüber vorgebrachten Bemerkungen, und, was hier noch nachgeholt werden muß, werden in den Vaterschafts- und den übrigen bezeichneten Proessen nicht nur betreffend die Fähigkeit der Zeugen, sondern auch betreffend die Erheblichkeit der Beweissäze keine Zwischenurtheile gefällt.

Man ist wohl allgemein darüber einverstanden, daß alle die Zulässigkeit von Zeugen beschränkenden Gesetzesbestimmungen aufgehoben und auch bei gewöhnlichen Civilproessen ins Gewissen des Richters gelegt werden sollte, welche der benannten Zeugen er einvernehmen wolle, vorbehältlich freier Würdigung ihrer Aussagen und der dießfalligen Ausstellungen der Parteien.

Während sonst das Beweisverfahren von dem damit beauftragten und zu Unsetzung zerstörlicher Fristen ermächtigten Referenten geleitet wird, besteht die lästige Vorschrift, daß in der Regel die Zeugen vor Gericht einvernommen werden sollen. Dieß soll der Einvernahme mehr Würde verleihen. Ich vermag aber nicht einzusehen, weshalb ein mit Ernst und Gewissenhaftigkeit verfahrender Referent auf den Zeugen weniger Eindruck machen sollte als der von sich langweilenden oder mit fremdartigen Dingen sich beschäftigenden Richtern umgebene Gerichtsvorstand. Von der Regel ausgenommen sind die Einvernahmen auf der im Streite liegenden Localität und die Einvernahmen in den Vaterschafts- und denjenigen Proessen, bei denen richterliche Mitwirkung zu Erhebung des Beweises vor-

geschrieben ist. Hier geschieht die Einvernahme durch den Referenten.

Die Einvernahme geschieht durch den Präsidenten (oder Referenten) in freier, nicht an formulirte Fragartikel gebundener Weise. Hat der Präsident die ihm passend scheinenden Fragen gestellt, so können die Parteien weitere Fragen beantragen, über deren Zulässigkeit das richterliche Ermessen entscheidet.

Vor der Abhörung werden die Zeugen zu gewissenhafter Angabe der Wahrheit ermahnt, und zwar mit dem Zusaye, daß sie in den Fall kommen könnten, ihre Aussage eidlich erhärten zu müssen. Eine 150 Jahre alte Gesetzesbestimmung legt es nämlich in das Ermessen des Richters, den Zeugen nach der Einvernahme zu vereiden, wenn es sich um eine Sache von hoher Wichtigkeit handelt und eine Partei die Vereidung begiebt. Diese Gesetzesbestimmung kann nicht als absolet bezeichnet werden; aber es ist kein Fall bekannt, wo sie zur Anwendung gekommen wäre.

### b. Lucern.

Ref. Dr. Nationalrath Dr. Cas. Pfyffer.

#### 1. Art und Weise der Behandlung der sogenannten Bagatellsachen.

Die Bagatellsachen werden vor Friedensgerichten behandelt und beurtheilt. Einzelrichter giebt es im Kanton Luzern keine, ausgenommen, daß alle Streitigkeiten um Ehre und Gut (Vaterschaftsklagen und Konkursprozesse ausgenommen) allvorderst vor den Friedensrichter, jedoch einzig zum Veruche eines Vergleichs, gebracht werden müssen.

Die Friedensgerichte bestehen aus drei Mitgliedern, nemlich: dem Friedensrichter und zwei Beisitzern.

Der Friedensrichter oder ein anderes Mitglied des Friedensgerichts soll das Protokoll führen.

Der Kanton mit seinen 132,000 Einwohnern ist in Gerichtsbezirke (neunzehn an der Zahl) und jeder Gerichtsbezirk

in Friedensrichterkreise eingetheilt. Der eine Gerichtsbezirk schließt mehr, der andere weniger Friedensrichterkreise in sich. Im Ganzen giebt es der letztern nicht weniger als sieben und achtzig. (Der Kanton zählt 109 politische oder Einwohnergemeinden.)

Alle Streitigkeiten, welche den Betrag von 30 neuen Franken (früher 20 alte Franken) nicht übersteigen, entscheiden die Friedensgerichte erst- und leßtinstanzlich.

Gegen die Urtheile der Friedensgerichte giebt es kein anderes Rechtsmittel, als dasjenige der Cassation und zwar durch das Obergericht. Cassation findet statt wegen wesentlicher Formfehler und wenn gegen den klaren, unzweideutigen Buchstaben des Gesetzes (*contra jus in thesi*) ist geurtheilt worden. Auch eine Revision, welche ebenfalls durch das Obergericht auszusprechen wäre, läßt sich denken wegen neu aufgefunder Beweismittel.

Die Parteiverhandlung vor den Friedensgerichten soll mündlich, so summarisch als möglich sein, und nur die Rechtsbegehrungen der Parteien zu Protokoll genommen werden.

Die Präsidenten der Bezirksgerichte haben die Friedensgerichte hinsichtlich der ordentlichen Besorgung ihrer Obliegenheiten zu beaufsichtigen.

## 2. Mündlichkeit und Schriftlichkeit des ordentlichen Prozesses.

Es muß, unter Beilegung des von dem Friedensrichter ausgestellten Abzeßscheins, dem Präsidenten des Bezirksgerichts eine schriftliche Klage eingereicht werden.

Die schriftliche Klage soll lediglich enthalten:

- a) Das Faktum, wegen welchem geklagt wird, kurz, und nur mit Vorbringung wesentlicher Thatsachen.
- b) Den Rechtsschluß mit einfacher Hinweisung auf das Gesetz, die Uebung, das natürliche Recht, welches in Anspruch genommen wird.

Jede weitere, rechtliche Deduktion hat wegzubleiben und ist im mündlichen Vortrage bei Erscheinung der Parteien vor Gericht anzubringen.

Der Gerichtspräsidenttheilt die Klage dem Beklagten mit und fordert ihn auf, binnen 14 Tagen seine Antwort schriftlich einzureichen. Leistet der Beklagte nicht Folge, so tritt Ord-nungsbüße ein, und die Aufforderung wird auf abermalige 14 Tage unter Kontumaz-Androhung wiederholt. Leistet der Beklagte wieder nicht Folge, so wird nur noch der Kläger an-gehört und auf dessen Verlangen ein Kontumaz-Urtheil erlassen.

Die Antwort ist eine einlässliche oder eine nichteinlässliche.

In der nichteinlässlichen Antwort werden die peremto-rischen und dilatorischen Einreden, welche geltend gemacht wer-den wollen, vorgebracht.

Die einlässliche Antwort muß folgendermaßen beschaffen sein:

Ueber die der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen muß der Beklagte bestimmt und deutlich eintreten. Er kann die Thatsachen, die er nicht für eingestanden gelassen will, ver-neinen, oder wenn er behauptet, dieselben nicht zu wissen, Be-weis dafür verlangen. Geschieht weder das eine, noch das an-dere, so werden die betreffenden Thatsachen als eingestanden angenommen.

In der Antwort sind auch jene Thatsachen anzuführen, die zu theilweiser oder gänzlicher Abweisung der Klage geeignet sind.

Hingegen sind alle rechtlichen Deduktionen und Ausfüh-ruungen auch in der Antwort untersagt und dem mündlichen Vortrage vorbehalten.

Die eingelangte, schriftliche Antwort wird dem Kläger durch den Gerichtspräsidenten mitgetheilt und dem Kläger über-lassen, ob er sich bei der Antwort beruhigen, oder eine Vor-ladung vor Gericht begehrn will.

In der Regel geschieht das letztere, und die Parteien er-scheinen nunmehr vor dem Gericht.

Der Kläger eröffnet seine dem Beklagten bereits schriftlich mitgetheilte Klage und der Beklagte seine Antwort.

Das Gesetz ist darauf berechnet, daß höchstens mit einer Entgegnung des Klägers das schriftliche Verfahren beendigt sein sollte.

Wenn nämlich die in einer Klage angebrachten Thatsachen

nicht streitig sind, sondern nur die aus denselben gezogene Folgerung, so bedarf es keines weitern schriftlichen Verfahrens, sondern die Parteien mögen die Sache in mündlicher Rede und Widerrede erörtern, und sodann folgt das Urtheil. Diese Fälle sind aber höchst selten.

Wenn die in der Klage angebrachten Thatsachen ganz oder zum Theil streitig sind, so sollte laut dem Gesetz zur Beweisverhandlung geschritten werden.

Wenn der Beklagte in der Antwort neue in der Klage nicht enthaltene Thatsachen, die zur Abweisung der Klage dienen sollen, angebracht, so steht dem Kläger hinsichtlich dieser neuen Thatsache eine Entgegnung zu, und damit sollte das schriftliche Verfahren beendigt sein. Deshalb schreibt das Gesetz auch nicht vor, daß vor Erscheinung vor Gericht die Entgegnung dem Beklagten mitgetheilt werden soll.

In der Praxis hat sich nun aber die Sache folgendermaßen gestaltet:

Nachdem die Antwort dem Kläger ist mitgetheilt worden, und letzterer eine Vorladung vor Gericht erlassen hat, erscheint er am festgesetzten Tage mit einer Replik in der Tasche. — Sind dann Klage, Antwort und Replik eröffnet, so fordert der Beklagte in den meisten Fällen Mittheilung der Replik und Vertragung, um eine Duplik beizubringen. Die Gerichte haben sich angewöhnt, solchem Begehren zu entsprechen.

Unter diesen Umständen wäre es viel zweckmäßiger, zu verfügen, daß, wenn der Kläger auf die Antwort entgegnet (replizirt), er solche Entgegnung mit der Vorladung dem Beklagten zustellen soll, wo dann von dem letztern eine allfällige Duplik am Tage der Erscheinung vor Gericht mitgebracht und sogleich zur Beweisverhandlung geschritten werden könnte.

Das Gesetz kennt sodann neben dem ordentlichen Verfahren ein Dringlichkeitsverfahren, gemäß welchem ohne Schriftenwechsel, nach der Erscheinung vor dem Friedensrichter, sogleich vor Gericht geladen werden kann und dann bloß mündlich zwischen den Parteien verhandelt wird.

### 3. Beweisbescheide.

Nach dem luzernerischen Civilprozeßverfahren giebt es keine eigentlichen Beweis-Interlokute.

Das Gesetz bestimmt: „Jede Partei hat diejenigen widersprochenen Thatsachen zu beweisen, auf die sich ihre Behauptungen gründen.“ Allein der Richter bezeichnet diese Thatsachen nicht, sondern die Parteien haben zu ermessen, was sie zu beweisen für nöthig finden.

Jedoch kann und soll das Gericht von Amtswegen oder auf Verlangen der Gegenpartei einen anerbotenen Beweis verwirfen, wenn es findet, daß derselbe keinen Einfluß auf die Entscheidung der Sache haben könne.

Die Erkanntniß auf Verwerfung eines Beweises kann abgesondert nicht weiters gezogen werden, sondern nach erfolgtem Urtheil kann Cassation angehört werden, welche erfolgt, wenn das Obergericht findet, der Beweis hätte zugelassen werden sollen.

Die Erkanntniß auf Zulassung eines Beweises kann von der Gegenpartei in appellablen Prozessen abgesondert refurirt werden.

Betreffend den Zeitpunkt der Beweisleistung, so bestimmt das Gesetz, es habe der Kläger für die in der Antwort von dem Gegner bestrittenen Thatsachen bei dem ersten Vorstande vor Gericht seine Beweise vorzulegen. Der Beklagte, wenn er in den Fall kommt, seinerseits Beweis zu leisten, muß dieses ebenfalls, nachdem ihm eine Schutzbehauptung ist bestritten worden, bei der nächsten Erscheinung vor Gericht den Beweis erbringen.

### 4. Zeugen-Beweis.

Nach dem bürgerlichen Gesetzbuche müssen einige Rechtsgeschäfte schriftlich abgesetzt werden, wo dann ein Zeugenbeweis nicht stattfindet, ausgenommen, wenn Zeugen, welche eine Urkunde unterzeichneten, abgehört werden.

Die Rechtsgeschäfte, bei welchen die schriftliche Form erfordert wird, sind:

1. Alle leßtwilligen Verordnungen.
  2. Käufe um Liegenschaften.
  3. Pacht- und Miethverträge, bei welchen der Jahreszins 100 Franken a. W. übersteigt.
  4. Bürgschaften, welche 100 Franken a. W. übersteigen.
  5. Schenkungen, welche nicht sogleich vollzogen werden.
- Hinsichtlich der Ablegung des Zeugnisses giebt es vier Arten von Personen.

1. Durchaus unzulässige und schon von Amts wegen zu verwerfende Zeugen, die gar nicht abgehört werden. Dahn gehören Kriminalirte, Falliten, Personen unter sechzehn Jahren u. s. w.
2. Verwerfliche Zeugen, welche auf den Antrag des Producten verworfen werden und nicht abzu hören sind. Dahn gehören nahe Verwandte und Verschwägerte, bei der Sache unmittelbar Interessirte u. s. w.
3. Verdächtige Zeugen, deren Abhörung zwar statt findet, deren Aussagen aber der Richter nach den Umständen unbeachtet lassen kann. Dahn gehören feindliches und sehr freundshaftliches Verhältniß, mittelbar Interessirte u. s. w.
4. Klassische Zeugen, welche über alle Einwendungen erhaben sind.

Zwei klassische Zeugen des einen oder andern Geschlechts bilden einen vollen Beweis. Früher waren Weibspersonen nicht zeugenfähig, sondern wurden nur berichtsweise einvernommen.

Die Aussage eines einzelnen Zeugen begründet für sich allein keinen vollen Beweis. Treten jedoch zu der Aussage eines einzigen unverwerflichen Zeugen noch andere erhebliche Beweisgründe, so kann der Richter nach Ermessen die betreffende Thatsache als erwiesen annehmen.

Die Fragstücke an die Zeugen („Ansinnen“) müssen der Gegenpartei wenigstens drei Tage vor der Abhörung schriftlich zugestellt werden.

Die Abhörung der Zeugen erfolgt in Abwesenheit der Parteien und des Publikums. — Ein Zeuge nach dem Andern wird einberufen, und von dem Präsidenten über die eingereichten

Fragstücke abgehört. Nach der Abhörung sämmtlicher Zeugen werden die Parteien wieder einberufen und ihnen die Zeugen-Aussagen eröffnet, worauf noch Erläuterungsfragen gestellt werden können. Die Beeidigung erfolgt nach der Abhörung, wenn die eine oder andere Partei es begeht.

Uns würde die Methode zweckmässiger erscheinen, nach welcher die Zeugen in Gegenwart der Parteien abgehört werden. Die Aussagen der Zeugen würden richtiger und klarer niedergeschrieben werden, indem die Parteien, wenn eine Frage von dem Richter oder den Zeugen unrichtig aufgefaßt werden sollte, eine Berichtigung könnten eintreten lassen.

Ferner würden eine Menge nachfolgender Fragen von den Parteien fallen gelassen, je nachdem eine vorhergehende beantwortet wurde.

### c. Zug.

Referent Dr. Fürsprech Elsener.

#### 1. Bagatellsachen.

Laut Verfassung und Organisationsbestimmungen für die Friedensgerichte entscheiden die Friedensgerichte — deren in jeder Gemeinde eines besteht und die aus dem Friedensrichter und zwei Beisitzern zusammengesetzt und von den in der Gemeinde niedergelassenen Gemeinde-, Kantons- und Schweizerbürgern gewählt sind — erst- und letztinstanzlich über Streitigkeiten, die den Betrag von Fr. 32 a. W. nicht übersteigen. Was diesen Betrag übersteigt oder sich nicht in einer bestimmten Summe ausdrücken lässt, wird vom Kantonsgericht (auch wieder je nach dem Betrag erst- oder letztinstanzlich) beurtheilt. Das Procedere vor Friedensgericht ist das gleiche wie vor Kantonsgericht; bei Streitigkeiten unter Fr. 16 a. W. dürfen jedoch laut Verordnung keine Advokaten zugezogen werden.

Eine Appellation oder ein eigentlicher Rekurs gegen die Urtheile des Friedensgerichts findet nicht statt. — Zwar unterstellt die bezügliche Geschäftsordnung die Friedensgerichte der „Aufsicht zunächst des Kantonsgerichts“ und sind „Klagen betreffend diezfällige Amtsführung an dessen Präsidenten schrift-

lich einzugeben.“ Allein die eigentlichen Gründe, die zu dieser Klagstellung berechtigen, sind nicht angegeben und dieselben daher um so ungewisser, als auch in der bisherigen Praxis dieselben aus Mangel an Anlaß nicht durchgebildet worden sind. Meiner Ansicht nach würde einer solchen Klage nur bei nachgewiesener Rechtsverweigerung oder Verzögerung, bei Kompetenzüberschreitungen und gröblicher Verlezung der allgemeinen Prozeßgrundätze durch eine kantonsgerichtliche Weisung an das Friedensgericht Folge gegeben — daher von einem eigentlichen Rekurs um so weniger die Rede sein kann, als dieses Rechtsmittel überhaupt in unserm Civilprocesse kaum dem Namen nach bekannt, geschweige durchgebildet ist, weil in Folge unseres summarischen Verfahrens sich der Zweck auf dem Appellationswege leichter erreichen läßt.

„Als wünschbarste und zweckmäßigste Einrichtung in dieser Beziehung würde ich vom allgemeinen Standpunkte aus zwar die Beurtheilung der Bagatellsachen durch eine Einzelperson betrachten, mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit der Gegenstände und daherige wünschbare Zeit- und Kostenersparniß, sowie mit Rücksicht darauf, daß Eine einzige verantwortliche Person sich in der Regel mit mehr Ernst eine bezügliche Geschäftstüchtigkeit zu erwerben suchen und gewiß auch erlangen würde. — Auch das sog. Misstrauen des Volkes gegen Einzelkompetenz würde mich — weil bloße Einbildung — nicht davon zurückschrecken. — Indessen dürfte diese Einrichtung für die kleinlichen Verhältnisse mancher Kantone und so auch des unsrigen deswegen mehr Nachtheile als Vortheile bieten, weil es wohl meist schwer, wo nicht unmöglich wäre, Leute zu finden, die mit der Kenntniß durchweg die Unabhängigkeit des Urtheils verbinden und Mut und selbstständige Lebensstellung genug besitzen würden, um sich für eine solche Stellung gebrauchen zu lassen. Es paßt daher diese Einrichtung wohl nur für Kantone, die einen berufsmäßigen Beamtenstand ertragen können und nöthig haben.

Unbedingt aber dürfen die Streitanstände in Dienstbotenverhältnissen in den Städten einer Einzelperson (Polizeiamt?) zu unterstellen sein.

## 2. Mündlichkeit des Verfahrens.

Unser Verfahren macht sich durchweg mündlich, ohne schriftliche Vorbereitung für die Hauptverhandlung. — Es bedarf bloß der Eingabe des friedensrichterlichen Weisungsscheines durch den Kläger, worin die zu entscheidende Rechtsfrage angegeben und die alsdann dem Beklagten in der Citation zur Kenntniß gebracht wird. — Hauptverfahren, Beweisverhandlung und Urtheil folgen alsdann in der Regel in einem Termink, wenn nicht Vor- und Zwischenentscheide, die alle selbstständig weiter gezogen werden können, mit Ausnahme des Entscheides über die Abhörung eines angestrittenen Zeugen, mehrere Verhandlungen nöthig machen.

So sehr dies Verfahren den Vorzug der Kürze für sich hat in einfachen und leidenschaftslosen Processen, so empfindliche Schattenseiten zeigt es in Streitigkeiten, wo die Beweisführung verwickelt oder wo gehässige Schikane die Sache durch allerlei Zwischenbegehren in die Länge zu ziehen bestrebt ist, ohne daß der Richter die Macht zur Hemmung innert juristischer Schranken besitzt. In allen Fällen klebt ihm der Nachtheil an, daß die Prozeßinstruktion und die rechtliche Erörterung des Falles größtentheils dem Stegreife überlassen bleibt, was das günstigste Feld ebnnet für hohle und langfädige Zungenfertigkeit der Anwälte, wobei natürlich der Zeitaufwand im umgekehrten Verhältniß zur Gründlichkeit des gewonnenen Resultates steht.

„Als wünschbarste und zweckmäßigste Einrichtung für schweizerische Verhältnisse“ erschien mir aber eine passende Verbindung des schriftlichen Vorverfahrens und des mündlichen Hauptverfahrens, — entweder in der Weise, wie es im Kanton Luzern eingeführt, oder noch besser in der kürzern Weise, wie die Beweismittelmittheilung im Kanton St. Gallen geregelt ist. Ein solches Verfahren kann ohne Schwierigkeit überall in der Schweiz, namentlich auch in der Innerschweiz durchgeführt werden, — während z. B. ein Instruktionsverfahren durch den Gerichtspräsidenten geführt, wie es die Kantone Bern, Solothurn, Aargau haben, in den kleinen Kanto-

nen an der Unmöglichkeit, Präsidenten zu erhalten, die ihre ganze Zeit dem Richteramte widmen können, scheitern müste und während auch ein mündliches Verfahren, wo die Prozeßinstruktion und die Beweis- und Schlußverhandlung in besondern Terminen stattfinden (z. B. Zürich und Thurgau), an allzugroßer Weitläufigkeit zu leiden scheint.

### 3. Zeugenabhörung.

Was die Form der Zeugenabhörung betrifft, so werden die Zeugen im Abstande der übrigen öffentlich vor ganzem Gericht und zwar nach Gutfinden der Parteien während des Plaidoyers abgehört. Der Gerichtspräsident fordert sie unter Eideserinnerung zur wahrheitsgetreuen Angabe auf und die Anwälte nehmen sie sodann in's Kreuzverhör. Die Aussagen werden sofort ins Protocoll genommen und den Zeugen vorgelesen zur Bestätigung und Berichtigung. Beeidigung muß vor der Entlassung begeht werden, was jedoch höchst selten geschieht und von dem Gerichte nur dann gestattet wird, wenn der Zeuge das einzige Beweismittel bildet. — Kann ein Zeuge nicht vor Gericht erscheinen, so müssen die Ansinnen schriftlich eingegeben werden und der Zeuge wird sodann in Abwesenheit der Parteien durch den Präsidenten und Gerichtsschreiber auf der Kanzlei oder in seiner Wohnung einvernommen, das bezügliche Protokoll unter Siegel gelegt (fragt man warum? — so heißt es: „es ist immer so gewesen!“) und erst bei der Gerichtsverhandlung eröffnet.

Die Zeugenabhörung durch die Parteien erscheint nun ebenfalls nicht als eine „wünschbare und zweckmäßige Einrichtung“, vielmehr ist die Abhörung durch den Präsidenten vorzuziehen. Bevor jedoch das Instruktionsverfahren derart geregelt ist, daß der Richter vor der Beweisführung die Prozeßlage kennt, ist es nicht anders möglich.

---

### d. Solothurn.

Nef. Hr. ADR. Krutter.

Die zweite Frage betrifft die Mündlichkeit oder Schriftlichkeit des ordentlichen Prozesses, die dritte, welche ich

zur Vermeidung von Wiederholungen mit dieser zugleich behandle, die Art der Beweisentscheid.

Das solothurnische Prozeßverfahren bezweckt möglichste Vereinfachung des Prozeßgangs mit thunlichster Beseitigung des Aufwandes an Zeit und Kosten.

Vorladung des Gegners vor den Friedensrichter ist für den Kläger (einzelne im Gesetz spezifizierte Fälle ausgenommen) unerlässliche Vorbedingung der Prozeßanhebung. — Die Aufgabe des Friedensrichters ist jedoch rein die des Vermittlers. Mislingt der Vermittlungsversuch, oder bleibt der vorgeladene Bevilkte aus, so stellt der Friedensrichter darüber eine Bescheinigung aus, auf welche gestützt der Kläger beim Amtsgerichtspräsidenten die Klagbewilligung auswirkt. — Constanter Erfahrung zeigt, daß über die Hälfte, in manchen Jahrgängen beinahe drei Fünftel der Händel vor den Friedensrichtern freundlich verglichen werden. Zu diesem günstigen Resultate trägt ohne Zweifel nicht wenig bei die gesetzliche Bestimmung, daß die Staatskasse ein Honorar für jeden Vergleich bezahlt. Bekanntlich scheitern Vergleiche häufig weniger an der Schwierigkeit, die Parteien über den Streitpunkt zu einer billigen Vereinbarung zu bringen, als an dem Kostenpunkt, der gerne als Ehrenpunkt aufgefaßt wird. — Die vermittelnde Thätigkeit der Friedensrichter fand durchgängig Anerkennung. Dagegen wurde von Zeit zu Zeit die Abneigung mancher dieser Beamten in Streitigkeiten ihrer Competenz Urtheile zu fällen gerügt.

Mit der gedachten friedensrichterlichen Bescheinigung erwirkt der Kläger inner 30 Tagen vom Präsidenten die Vorladung. Mit dieser beginnt das schriftliche Verfahren. Sie enthält zugleich das Klaglibell, das der Präsident auszufertigen hat. Davon ist ausgeschlossen jede Rechtserörterung und jedes Citat. Dagegen ist das Rechtsbegehren genau zu präzisieren, sowie die Thatsachen, welche dasselbe unterstützen. Zu jeder einzelnen Thatsache (Beweis-Satz) ist das spezielle Beweismittel anzuführen, womit sie erhärtet werden soll. — Diese Vorschrift, die alle vagen Behauptungen ausschließt und die Parteien auf solche Behauptungen beschränkt, für die sie Belege zu haben glauben, ist geeignet den Parteien von Anfang an ihre gegen-

seitige Stellung und die Prozeßlage klar zu machen. Nimmt man hinzu, daß der Amtsgerichtspräsident durch einwirkende Thätigkeit bei Ausfertigung der Klage ebenfalls einen tiefen Einblick in den Handel gewonnen, so wird man nicht erstaunt sein, daß bei den Präsidenten (denen das Gesetz den Vermittlungsversuch beim ersten Vorstande der Parteien zur Pflicht macht) verhältnismäßig nicht weniger Vergleiche zu Stande kommen, als bei den Friedensrichtern, d. h. in mehr als der Hälfte der anhängigen Fälle.

Bei der ersten Erscheinung vor Amtsgerichtspräsidenten soll die Antwort zu Protokoll gegeben und die Verhandlungen überhaupt zum Schluß geführt werden. — Termine sollen nicht ohne Nothwendigkeit bewilligt werden.

Alle Einreden, die allfällig gemacht werden wollen, sind miteinander anzugeben. Der Präsident verfügt, ob sie getrennt von der Hauptfrage, oder mit derselben zu gleicher Zeit zu verhandeln seien. Es ist dieses Verfügungsrecht ein wirksames Mittel in der Hand des Präsidenten, mutwillige Zögerungsversuche zu vereiteln. — Wird abgesonderte Verhandlung verfügt, so bleibt selbstverständlich die Verhandlung der Hauptfrage sistiert bis nach Beurtheilung der Einrede. Bei entgegengesetzter Verfügung wird nach der Einrede unmittelbar die Antwort zu Protokoll gegeben und Einreden, Antwort und weitere Verhandlungen werden im gleichen Sinn protokolliert wie die Klage, nämlich Rechtsbegehren, Beweissäße sammt Angabe der Beweismittel, und etwaige formelle Ausstellungsgründe von Zeugen oder Urkunden, und nicht zu vergessen — die Zugeständnisse der Parteien zu den gegnerischen Beweissäßen.

In folgerichtiger Entwicklung des Grundsatzes, daß jeder Litigant seine Behauptungen zu beweisen habe, was er allerdings auch durch das Zugeständniß der Gegenpartei kann, betrachtet unsre Prozeßordnung jedes Anbringen als unerwiesen und widersprochen, so lange es nicht belegt, beziehungsweise zugestanden ist. Die Regel: „Qui tacet, consentire videtur“ hat keine Geltung. Indessen räumt § 90 jeder Partei die Befugniß ein, vom Gegner bestimmte Erklärung über ihre Beweissäße zu verlangen, und die Weigerung, solche Erklärung

zu geben, wird als Geständniß angesehen, die Versicherung des Nichtkennens der betreffenden Thatsachen dagegen als Verneinung.

Unmittelbar nach dem Schluße der Parteiverhandlungen erläßt der Amtsgerichtspräsident die Beweisdecrete.

Hier ist vorab zu erinnern, daß der Richter (außer in Fällen des Parteien-Gedes) bei der Würdigung des Beweises durch keine theoretische Vorschrift gebunden ist, sondern durchaus auf dem Boden des Geschworenen steht.

„Er hat,“ sagt § 223, „nach sorgfältiger Untersuchung und Gegeneinanderhaltung aller Theile der Beweisführung und aller Umstände des Falles zu entscheiden und zu erwägen, ob er von der behaupteten Thatsache überzeugt sei oder nicht, und ob er sie nach dem ordentlichen Gange menschlicher Dinge als gelöst anschehe.“

Ich habe durch die Anführung dieses §, der sich auf die Prüfung der stattgefundenen Beweisführung bezieht, eigentlich vorgegriffen. Indessen wird die darin aufgestellte Regel häufig schon auf den Erlaß des Beweisdecretes von Einfluß sein. Als Leitfaden für die Verfügungen des Richters gilt § 220: „Die Beweisführung wird nur dann gestattet, wann die Thatsachen, welche bewiesen werden wollen, genau bestimmt und erheblich sind und eines Beweises bedürfen, und wann die angetragenen Beweismittel selbst geeignet und zulässig d. h. nicht untersagt sind oder von den Parteien mit Grund ausgestellt werden.“

Wenn der Präsident die Beweisführung zu einem Beweissache nicht gestattet, so soll er diese Verfügung motivieren. Die Verfügungen werden den Parteien sogleich eröffnet, und die Partei, die sich durch eine Verfügung benachtheilt glaubt, kann sofort die Erklärung zu Protokoll geben, daß sie in dieser Beziehung ihre Rechte vorbehalte.

Durch solchen Rechtsvorbehalt wird keine Verzögerung herbeigeführt. Die Beweisführung, so weit sie gestattet ist, geht vor sich und der Prozeß gelangt zur Beurtheilung an das Amtsgericht. Dort erst greift die Partei ihren Rechtsvorbehalt wieder auf und sucht ihn in mündlichem Vortrage zu begründen. Das Gericht prüft die bestrittene Verfügung, be-

stätigt sie oder ändert sie ab. Im ersten Falle wird sofort die Hauptfrage plaidiert und beurtheilt, im zweiten wird zuerst der Prozeß im Sinne der abgeänderten Verfügung vervollständigt. Gegen Verfügung des Amtsgerichts können die Parteien wieder Rechtsvorbehalte zu Protokoll geben, die sie, im Fall daß das Haupturtheil appelliert wird, vor Obergericht geltend machen.

Das Obergericht hat an der Interpretation festgehalten, daß in der Gestaltung eines Beweises (sofern nicht die formelle Zulässigkeit ausgestellter Beweismittel in Frage kommt) keine rechtliche Benachtheiligung des Gegners des Beweisführers liegen könne, folglich dem letztern kein Rechtsvorbehalt gegen daherrige Verfügung gestattet sei. Durch den Rechtsvorbehalt würde die Partei in der That keinen Vortheil erreichen. Sezen wir den Fall, der Präsident bewilligt dem Kläger A die Beweisführung zum Beweissatz X durch den Zeugen Y oder die Urkunde Z. Verantworter B findet den Beweissatz X unerheblich oder die Beweismittel Y und Z ungeeignet den Beweis zu leisten und macht einen Rechtsvorbehalt gegen die Verfügung. Was ist die Folge? Findet das Amtsgericht X wirklich unerheblich, so wird es eben beim Entscheide des Prozesses diesem Beweissatz kein Gewicht beilegen. Sind Y und Z ihrer Natur nach wirklich ungeeignet den Satz zu beweisen, so braucht sich B auch nicht darum zu bekümmern, ob sie gegen ihn ins Feld geführt werden. Hat er dagegen Gründe, die formale Zulässigkeit des Zeugen anzufechten, dann bringt er seine Ausstellungsgründe in einen Beweissatz (W). Wird diesem Beweissatz die Beweisführung verweigert, so kann er darüber Rechtsvorbehalt stellen, und wenn es ihm gelingt beim Gericht Abänderung der Verfügung und folglich Unzulässigkeitserklärung des Zeugen Y zu erwirken, so ist damit das Beweismittel zu Beweissatz X beseitigt, und derselbe bleibt als unerwiesene Behauptung ohne Einfluß auf den Entscheid.

Ich habe oben gesagt, daß ungeachtet des Rechtsvorbehalts gegen eine Verfügung im übrigen die Beweisführung ihren Fortgang habe. Diese Angabe bedarf einiger Erläuterung. Urkunden werden mit der Aufstellung des Beweissatzes, wozu

sie gehören, zugleich eingelegt, also vor dem Beweisdecret, durch welches sie als Prozeßbeleg anerkannt oder wieder aus dem Aktenheft entfernt werden. Zeugen sollen vor dem Amtsgericht abgehört werden. Sie werden also auf den gleichen Tag vor dasselbe geladen, an welchem sowohl Verfugungen als Hauptsache behandelt werden. Sind der Zeugen zu viele, so hört sie der Präsident ab und dem Gericht wird nur das Zeugenprotokoll vorgelegt. Die als Ausnahme gestattete Abhörung durch den Präsidenten ist freilich in der Praxis fast zur Regel geworden. Selbstverständlich findet hier das Verhör statt, bevor das Amtsgericht über die Verfugungen entscheidet.

In kurzer Fassung würde demnach die Antwort auf die gestellten Fragen lauten:

Die solothurnische Prozeßordnung fordert schriftliche Einleitung unter beständiger Leitung des Amtsgerichtspräsidenten, beschränkt aber dieselbe auf Angabe der behaupteten Thatsachen und Beweismittel. Die Verhandlung vor dem urtheilenden Richter ist mündlich.

Beweisdecrete des Amtsgerichtspräsidenten können nicht abgesondert weiter gezogen werden; dagegen können die Parteien sich das Recht wahren, dieselben mit dem Prozeß zugleich zur Beurtheilung des Amtsgerichts und Obergerichts zu bringen.

---

### e. Appenzell a. Rh.

Nef. Hr. O.G.-Präsident Zellweger.

#### 1. Art und Weise der Behandlung der sogenannten Bagatellsachen &c.

Das Wort Bagatellsachen ist in unserem Gerichtswesen ein unbekanntes Wort. Um jede Kleinigkeit kann von unsrer Einwohnern ein Prozeß angehoben und durch alle drei Instanzen durchgeführt werden. Unser Gesetz kennt keine Werthbestimmung für die verschiedenen Instanzen, weil dem Armen ein kleiner Werth oft wichtiger ist, als dem Reichen ein großer, und jeder Bürger sein Recht bei Gericht ohne Gebühr suchen kann und darf. Praxis ist es indessen, daß wirkliche Bagatellsachen, wenn immer möglich, von den den Prozeß einleitenden Beam-

ten — den Hauptleuten der Gemeinden — oder von den ersten Instanzen vermittelt oder schiedsrichterlich entschieden werden.

2. Mündlichkeit und Schriftlichkeit der ordentlichen Prozesse &c.

Mündliches und schriftliches Verfahren ist in unserem Gerichtsverfahren vielfach miteinander verbunden und es steht jedem frei, seine Klage oder Verantwortung mündlich vorzutragen oder eine hiefür abgefaßte Schrift zu verlesen oder einzugeben und zu den Akten zu legen. Zur Vorbereitung für die Hauptverhandlung hat, zwar nicht immer, aber doch meistens bei einer zu entscheidenden Streitfrage von irgend welcher Bedeutung, ein schriftliches Vorverfahren statt, indem das Gericht eine Kommission ernennt, die die Parteien anhört, die vorhandenen Akten und Belege prüft und zu Handen des Gerichtes ein schriftliches Gutachten und einen Entwurf zu einem Urtheil bringt. Dabei geschieht es oft, daß Mehrheits- und Minoritäts-Gutachten dem Gerichte vorgelegt werden.

f. St. Gallen.

Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Prozesses.

1. Das Verfahren vor den Gerichten im Et. St. Gallen ist nach Vorschrift des Art. 97 des Civilprozesses „summarisch, mündlich, öffentlich.“

2. Diesem Verfahren vor Gericht geht aber ein schriftliches Vorverfahren voraus.

- a. Dieses Vorverfahren beschränkt sich jedoch auf die appellablen Fälle, also auf Fälle, deren Streitgegenstand Fr. 85 übersteigt.
- b. Dieses Vorverfahren umfaßt die Aufführung der Rechtsfrage, Verzeichniß der Urkunden und Zeugen, sammt den Deffnungen auf letztere, in Rechnungsstreitigkeiten Beilage einer spezifizierten Rechnung, Aufführung aller fälliger Commissions-, Augenscheins-, Expertenbegehren, Eidesanträge und Delationen, sammt Angaben von Vorfragen.

- c. Die Pflicht solcher schriftlichen Eingaben dehnt sich auf Kläger und Beklagten aus.
- d. Wer das frühere, völlig freie Verfahren kennt und es nun mit dem gegenwärtigen vergleichen kann, muß dem letztern resp. dem schriftlichen Vorverfahren entschieden den Vortheil einräumen. Eine Anzahl Vorfragen, Rückweisungen, Einstellungen unterbleiben, die Prozesse nehmen einen solidern Gang, und hie und da tritt die Wirkung ein, daß auch Prozesse gänzlich wegfallen. Letztere Wirkung ist jedoch nicht in dem Maße vorhanden, als man ursprünglich glaubte; jedoch entschieden in größerem Maße, als es beim früheren Verfahren der Fall war. Für die Anwälte selbst hat es die Folge, die Prozesse von Anfang zu studiren und mehr Vertrauen auf eine gründliche Rechtsdarstellung, als auf Beredsamkeit und Neberrumplung des Gegners und formelle Gewandtheit zu haben.

### Zeugeneinvernahme.

Im Gegensatz zum jetzigen öffentlichen Verfahren geschah die Einvernahme der Zeugen früher einfach von und vor dem Gericht mit Ausschluß des Publikums und der Parteien, und die Stimmen sind jetzt noch sehr darüber getheilt, welches Verfahren den Vorzug verdiene. Die Gegner des neuern Verfahrens stützen sich namentlich darauf, daß diese Offentlichkeit und diese Kreuzfragen sehr viel dazu beitragen, die Zeugen beschämmt, verwirrt und verlegen zu machen und Neuherungen und Depositionen hervorzulocken, die nicht im Sinne des Zeugen, und nicht in der Wahrheit liegen. Wirklich scheinen mehrere Erlebnisse für diese Ansicht zu sprechen, — bei richtiger Abwägung aller Verhältnisse wird sich doch der Schluß ergeben, daß das jetzige Verfahren die Natürlichkeit, die Geschichte, den republikanischen Geist und die Güte der Controlle für sich hat und das Richtigste und Zweckmäßige ist, wenn eine Bedingung eintrifft, diejenige nämlich, daß ein tüchtiger Präsident an der Spitze des Gerichtes und der Zeugenverhandlungen steht, der:

- a. die Offnungen und nachträglichen Fragen klar und lo-

gisch in ihre einfachen Sätze aufzulösen versteht. Häufig sind dieselben allzu lang, zu viele Dinge umfassend, häufig umfassen sie selbst Widersprüche, sodass das einfache „Ja oder Nein“ eine Unmöglichkeit oder Unwahrheit ist. Das Präsidium muss die Bildung und die Geisteskräfte besitzen, einer zufälligen oder planmässigen Verwirrung vorzubeugen. Der Fall kam wirklich vor, dass eine Confusion durch die Beweissätze des Anwalts und die Unfähigkeit des Präsidenten herbeigeführt, einen objektiv falschen Eid schwur und eine Criminaleinleitung veranlaßte.

- b. Das Präsidium muss die Fähigkeit und Gewandtheit besitzen, weiter als die eingereichten Deffnungen zu gehen, die mangelhaften Sätze und Begriffe zu ergänzen und auszuführen. Ohne ein solches Verfahren wären vor zwei Jahren vor einem hiesigen Gerichte zwei objective Meineide von zwei ganz rechtschaffenen Personen geschworen worden.
- c. Das Präsidium muss mit der Sprache und Auffassungsweise im Lebensverhältniss und Kreise der Zeugen ebenfalls bekannt sein und zu denselben herabsteigen können. Unter einem früheren Präsidium des Kantongerichtes, das im österreichischen Dialekte sprach, war jede Zeugeneinvernahme eine Marterscene und es kamen wirklich Depositionen ganz falsch an das Protokoll und wurden nachträglich im Abstande der Partheien von andern Mitgliedern korrigiert.
- d. Eine solche Tüchtigkeit sollte aber ein Präsidium auch besitzen, wenn die Zeugen nur vom Gerichte allein vernommen würden; — und so reduziert sich die ganze Frage über das Zeugenverfahren hauptsächlich auf die dasselbe leitende Persönlichkeit.

---

g. Aargau.

Nef. Hr. Bundesrichter Jäger.

1.

Der Friedensrichter hat zu entscheiden in allen Streitigkeiten, bei welchen der Streitgegenstand den Werth von Fr. 40

nicht übersteigt. — Früher war die Kompetenz des Friedensrichters nur Fr. 16 a. V.; das Bestreben, für Bagatellsachen ein möglichst einfaches und mit wenig Kosten verbundenes Verfahren zu erzielen, bewirkte bei der letzten Revision des Gesetzes eine Erhöhung und dieses Bestreben würde noch weiter führen, wenn man nicht allzustarke Abneigung hätte, eine größere Kompetenz in die Hände von Einzelrichtern zu legen.

Das Verfahren vor dem Friedensrichter ist von formalen Vorschriften möglichst entbunden, so daß dasselbe leicht gehabt werden kann. Die Parteien müssen in der Regel persönlich erscheinen, sie verhandeln mündlich; das Urtheil ist ein endgültiges, nur wegen offensichtlicher Form- oder Gesetzesverletzung kann ein Kassationsgesuch beim Bezirksgericht eingelegt werden.

Übersteigt der Werth des Streitgegenstandes den Betrag von Fr. 40, so giebt der Friedensrichter dem Kläger eine Verweisung an das Bezirksgericht, vor welchem dann je nach der Größe des Streitgegenstandes ein verschiedenes Verfahren eintritt.

Streitsachen über Fr. 200 entscheidet das Bezirksgericht in erster Instanz, sie sind aber appellabel und werden im ordentlichen Processe verhandelt.

Streitsachen unter Fr. 200 werden noch als Bagatellsachen angesehen, und liegen in der endlichen Urheilsbefugniß des Bezirksgerichts, auch hier mit dem Vorbehalt, daß wegen offensichtlicher Form- oder Gesetzesverletzung die Kassation des Urtheils beim Obergericht verlangt werden kann.

Der Proces wird von dem Gerichtspräsidenten instruiert, die Parteien sollen ihre Anbringen mündlich zu Protokoll geben und dann werden die Akten dem Bezirksgerichte zum Entscheide vorgelegt, ohne Vorstand der Parteien. Anwälte sind von der Verhandlung ausgeschlossen.

So einfach dieses Verfahren scheint, so hat es sich doch nicht als zweckmäßig bewährt, hauptsächlich deswegen, weil hier nicht wie vor dem Friedensrichter möglichste Freiheit der formalen Geschäftsbearbeitung gegeben ist, sondern die Parteien in dieser Beziehung an die Vorschriften des gewöhnlichen Verfahrens gebunden sind. Diese Vorschriften, so zweckmäßig sie für ein durch Anwälte geleitetes Verfahren sein mögen, sind

für den gewöhnlichen Bürger zu künstlich; der Pflicht, alle thatfächlichen Grundlagen der Klage und der Vertheidigung gleichzeitig vorzutragen und zugleich die erforderlichen Beweise zu benennen, kann nur der Jurist genügend nachkommen, weil nur er zum Vorauß zu erwägen vermag, was zur Klagbegründung oder Vertheidigung nöthig ist. — Um nun die Parteien vor Schaden zu bewahren, sollen sie von dem Gerichtspräsidenten auf die vorgeschriebenen Erfordernisse aufmerksam gemacht werden. Will er dieser Pflicht ganz nachkommen, so muß er Anwalt beider Parteien werden. — Das ist an sich schwierig, es ist gleichzeitig eine zu starke Versuchung der menschlichen Schwäche; jedermann ist einverstanden, daß das Verfahren nicht tauge.

Der Grundgedanke, daß Streitigkeiten von geringem Be lange mit möglichster Ersparniß von Zeit und Kosten erledigt werden, ist ganz richtig, aber dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn eine durchaus einfache, patriarchalische Prozeßform besteht; — vorerst allgemeine Erörterung der faktischen Verhältnisse ohne bindende Form für Klage und Vertheidigung, dann erst Bestimmung der Beweissätze und Benennung der Beweismittel, ähnlich wie vor dem Friedensrichter, so nur kann ein Verfahren mit Ausschluß der Anwälte gebilligt werden.

## II.

Bis zum Jahre 1852 hatten wir das schriftliche Verfahren mit Klage, Antwort, Replik und Duplik von großer Ausdehnung, weil diese Schriften nicht nur das Thatfächliche enthielten, sondern auch die Rechtsausführungen. Es fand dann noch eine Schlußverhandlung statt, allein sie war von geringer praktischer Bedeutung, denn alles was der Anwalt zu sagen wußte, führte er dem Richter in seiner schriftlichen Erörterung vor. — Auch die Vorträge vor Obergericht boten deshalb wenig Interesse dar, und das Obergericht selbst gewöhnte sich so sehr daran, sein Urtheil auf die Rechtsschriften zu gründen, daß es allgemein Uebung wurde, die Referate in Urtheilsform vorzulegen zu mehrerer Bequemlichkeit der Kanzlei, welche damit

einer Mühe enthoben wurde und nur dann zu einer geistigen Thätigkeit berufen war, wenn gegen den Antrag des Referenten entschieden wurde.

Das Jahr 1852 brachte eine Veränderung. Im Anschluß an die Bestrebungen der neuern Zeit zu Vereinfachung des Prozeßverfahrens wurde in diesem Jahr eine neue Prozeßordnung eingeführt, welche den Grundsatz der Mündlichkeit und Offenlichkeit feststellt. Der frühere Schriftenwechsel wird zwar beibehalten, aber mit der Beschränkung:

„Klage und Bertheidigung dürfen keine Rechtsausführungen sondern nur Thatfachen, die Anerkennung, Verneinung oder Berichtigung derselben, die Beweisanträge, die einfache Anrufung der Gesetze und Ortsrechte, auf welche die Parteien ihre Begehren stützen, endlich die Schlüsse enthalten.“

(§. 79 der Prozeßordnung).

Das schriftliche Vorverfahren sollte also nur dazu dienen, die faktischen Grundlagen des Prozesses festzustellen und die mündliche Schlußverhandlung vorzubereiten, bei welcher die nöthigen Rechtsausführungen erfolgen.

Das Gesetz sucht die Fristen für das schriftliche Vorverfahren möglichst zu beschränken und da nebenbei auch die Eventualmaxime angenommen ist, so darf das Verfahren in seiner Hauptanlage als ein ganz zweckmäßiges, ja vorzügliches bezeichnet werden.

Leider wird dasselbe durch die Praxis sehr verunstaltet. Alte Gewohnheit und der Umstand, daß die Rechtsschriften nach Seiten bezahlt werden, verleiten die Anwälte dazu, diesen Schriften unnöthige Ausdehnung zu geben, auch Rechtserörterungen in dieselbe aufzunehmen; das letztere wird dadurch noch mehr provocirt, daß viele Richter auf Grundlage des Vorverfahrens ihr Urtheil zum endlichen Abschluß bringen und den mündlichen Vorträgen keine Aufmerksamkeit mehr schenken, selbst das Obergericht kann sich von der zum neuen Gesetz gewiß nicht mehr passenden Gewohnheit nicht lossagen, die Referate in früherer Weise als abgeschlossenes Ganze und in Urtheilsform vorzulegen. Dazu kommt, daß die meisten Gerichtspräsidienten keine Aufmerksamkeit darauf verwenden, daß die Fristen

eingehalten werden, und so haben wir jetzt noch ein Verfahren, das den wohlthätigen Zweck des Gesetzes noch lange nicht erreicht.

### Schlussbetrachtung.

Was erscheint mit Bezug auf diese Punkte nach den gemachten Erfahrungen als die wünschbarste und zweckmässigste Einrichtung?

Ich habe schon unter sehr verschiedenen Gerichtsordnungen in unserm Kantone prakticirt, mit und ohne Beweisurtheil, nach mündlichem und schriftlichem Verfahren, ich darf mit vollster Ueberzeugung sagen, ich halte dasjenige Verfahren für das zweckmässigste, bei welchem die faktischen Grundlagen des Rechtsstreites in einem schriftlichen Vorverfahren niedergelegt werden, mit gleichzeitiger Bezeichnung der Beweismittel.

Durch dieses Verfahren wird den Parteien alle wünschbare Rechtsicherheit geboten, sie können sich über die zur Vertheidigung ihres Rechts dienenden Thatsachen gehörig informiren, die gegnerischen Beweise prüfen, ihre Einwendungen geltend machen, und die Schriftlichkeit bietet hier den Vortheil, daß alles bestimmt festgestellt wird.

Beim mündlichen Verfahren sind vielfache Reklamationen gegen Ungenauigkeit oder Unvollständigkeit des Protokolls nicht zu vermeiden, selbst dann nicht, wo man das dem mündlichen Verfahren widersprechende System des Diktirens gestattet; ohne Beeinträchtigung des materiellen Rechts darf häufig ein Aufschub nicht verweigert werden, um benötigte Information einzuholen, und dieses führt leicht zum Missbrauch, zur Verschleppung, besonders wenn die Prozeßleitung nicht mit Umsicht und Energie gehandhabt wird. — Das wird beim schriftlichen Vorverfahren alles vermieden, und wenn die Prozeßleitung die erforderliche Kompetenz erhält, um die genaue Beachtung der Fristen zu handhaben und alle unzulässigen Abschweifungen im Schriftenwechsel zu verhüten, so kann auch beim schriftlichen Vorverfahren ein sehr rascher Prozeßgang erzielt werden.

Ich habe es als einen Ubelstand bezeichnet, wenn der Richter auf diese Grundlage und ohne Anhörung der Rechtsverteidigung sein Urtheil definitiv feststellt, anderseits ist aber

ebenso sicher, daß ihm die Rechtserörterungen verständlicher werden, wenn er sich zum Voraus mit den thatächlichen Verhältnissen bekannt machen konnte.

Es darf wohl als eine Empfehlung dieses Systems angeführt werden, daß dasselbe auch anderwärts angestrebt wird. Ein Juristenverein in Norddeutschland, welcher sich über die zweckmäßige Prozeßform berieth, kam schließlich zu ungefähr den gleichen Ergebnissen; die gleichen Grundsätze gelten im Verfahren vor dem Bundesgericht, bis jetzt haben sich noch keine wesentlichen Uebelstände gezeigt, und wenn die Streitigkeiten vor Bundesgericht bisweilen etwas langsam abgewickelt werden, trägt jedenfalls die Prozeßform keine Schuld.

Ich halte ferner dafür, es sei zu einem geordneten Prozeßverfahren durchaus unerlässlich, daß nach dem Schluß des Vorverfahrens der Richter durch Urtheil die Beweissätze feststelle und über die Zulässigkeit der Beweismittel entscheide. Darüber wird jetzt wohl niemand mehr im Zweifel sein, verschiedene Ansichten bestehen aber darüber, ob im Beweisinterlocut auch schon die rechtlichen Folgen des Gelingens und Mißlingens der Beweise auszusprechen sei, also ob dasselbe auch ein eventuelles Haupturtheil enthalten soll.

#### *h. Waadt.*

*Nef. Hr. Alt-Appel.-Richter Gottsfrey.*

1. Quelles sont les formes de la procédure civile sommaire? Est-elle confiée à un seul juge ou à plusieurs?

Quelles voies de recours admet-elle?

Nous entendons par là les causes portant sur des objets de petite valeur et qui ne comportent pas de grands frais, hors de proportion avec la somme en litige.

Notre code a placé dans cette catégorie toutes les actions personnelles ou mobilières dont la valeur en capital ne dépasse pas 150 frs.

Ces actions sont dans la compétence d'un seul juge, du Juge de paix du cercle où est le for de l'action. — Quand

l'objet du litige dépasse 20 francs, le Greffier peut être appelé. — En vertu de la procédure spéciale à ces cas, le demandeur fait notifier au défendeur un mandat de comparution, dans lequel, outre l'avis que le juge essaiera préalablement de concilier les parties, il doit y avoir les *conclusions*, soit la formule résumant ce que l'acteur demande.

A la comparution, la conciliation est d'abord tentée et à supposer qu'elle n'ait pas été obtenue et que les questions préliminaires ou autres incidents aient été réglés ou qu'il n'en ait pas été présenté, le demandeur produit, pour toute demande, le mandat de comparution et les titres à l'appui.

Le juge interroge ensuite les parties sur les faits et sur les moyens de la cause. Il peut, ou d'office ou à la demande d'une des parties ordonner des preuves.

Les parties peuvent discuter oralement leurs moyens. Elles ne peuvent se faire assister par des avocats, ni par des procureurs-jurés ou agents d'affaires.

Le juge prononce par un seul jugement sur les faits et sur tous les moyens exceptionnels ou de fond.

Le jugement doit énoncer :

1. les conclusions des parties;
2. les faits admis par le juge;
3. les considérants de droit;

4. le dispositif sur le fond et sur les dépens, dont la somme est réglée immédiatement après le jugement.

Ce jugement est lu aux parties, signé par le juge et transcrit au registre. —

Dans les huit jours dès ce jugement, la partie condamnée peut recourir en cassation, si elle estime, ou que des formalités essentielles, de nature à influer sur le fond de la cause ont été violées, ou que la loi a été faussement appliquée.

L'expérience faite de cette procédure sommaire, dans la compétence d'un seul homme, a donné lieu à des observations bien diverses. D'abord, la difficulté de trouver soixante juges de paix capables, ayant assez l'habitude des affaires et des notions juridiques suffisantes pour trancher des questions qui se présentent aussi difficiles pour une va-

leur de 100 ou 150 frs., que s'il s'agissait d'un capital plus considérable. —

Aussi voit-on souvent de ces juges, au moment où l'instruction de l'affaire est terminée, au lieu de passer immédiatement au jugement, renvoyer à huitaine, pour réfléchir ou même pour aller consulter des avocats ou hommes d'affaires qui leur font une rédaction de sentence, sans avoir entendu les parties, ou qui, peut-être, avaient été consultés par l'une d'elles.

Un autre vice de cette procédure consiste peut-être à exiger une pièce écrite du demandeur, son mandat de comparution, sans exiger que le défendeur produise aussi un écrit, renfermant tout au moins ses conclusions et l'indication de ses principaux moyens. Après une explication, souvent une dispute, verbale, qui a eu lieu à son audience, il est facile au juge d'omettre dans son procès-verbal, un moyen ou un fait principal qui aura été invoqué et d'empêcher ainsi que la Cour de cassation puisse s'en occuper. Il est, même souvent, des parties qui soupçonnent que les faits ont été consignés dans la sentence, de manière à empêcher un recours en cassation.

Ce mode de procéder sera sans doute modifié, mais nous ne saurions prévoir dans quel sens. Les uns voudraient diminuer de beaucoup la valeur des actions à laisser dans la compétence des Juges de paix, en la réduisant, par exemple, à 40 ou 50 frs. et alors porter le surplus jusqu'à 150 frs. ou bien d'abord au tribunal de district, ou bien dans la compétence à donner au président de ce tribunal. Dans ce dernier cas, nous remettrions sans doute encore l'affaire à un seul homme, mais que l'on peut présumer plus capable, puisqu'il n'y a que dix-neuf Presidents de district et qu'en général ils ont une plus grande habitude des affaires juridiques et de la rédaction des sentences.

D'autres voudraient augmenter de beaucoup les facilités des recours en cassation pour toutes ces causes et d'autres encore voudraient soumettre tout à appel, aussi bien au point de vue du fait, qu'à celui du droit.

2. La procédure civile ordinaire est-elle orale ou écrite, publique ou non publique ?

Une procédure écrite est-elle indispensable pour servir de base au jugement définitif ?

Abstraction faite de toute question préliminaire et de tout incident, la procédure ordinaire est la suivante :

Toute action civile doit être précédée d'une citation en conciliation par devant le Juge de paix, qui essaie de concilier les parties. S'il n'y parvient, ce qui est aussi le cas lorsque le défendeur préfère payer l'amende de six francs plutôt que de paraître, le juge déclare au pied du mandat que les parties n'ont pu être conciliées.

Muni de cet *acte de non-conciliation*, le demandeur doit produire, dans les deux mois, sa *demande* par écrit au greffe du tribunal de district.

Cette demande renferme :

- a) l'exposition des faits fondamentaux;
- b) les conclusions;
- c) le bordereau des titres produits ou censés produits.

La demande étant produite, le Président fixe le délai dans lequel le défendeur devra procéder par production de réponse ou autrement. Ce délai est fixé eu égard aux difficultés et aux circonstances de la cause et de la position des parties.

Le défendeur produit aussi au greffe sa pièce écrite intitulée *Réponse*, renfermant ses conclusions, les faits qu'il invoque et l'indication de ses titres.

Après la production de la réponse, ou si le défendeur n'a rien produit dans le délai donné, le Président fixe le jour de *l'audience* et assigne les parties.

Le Tribunal étant assemblé, les parties sont introduites, assistées de leurs avocats. L'audience est publique, à moins qu'il n'y ait des motifs de huis-clos.

Le demandeur d'abord, puis le défendeur font oralement un exposé succinct des faits de la cause et, s'il n'y a pas de contestation à ce sujet, les plaidoiries sur le droit suivent immédiatement, puis le jugement est prononcé.

Mais s'il y a désaccord sur les faits, les parties indiquent ceux qu'elles veulent prouver et le genre de preuve dont elles veulent se servir. S'il y a possibilité, il est procédé immédiatement à l'administration des preuves, sinon le Tribunal ordonne un renvoi. Les preuves, s'il y a lieu, ayant été administrées et les *débats* étant terminés, le Président doit, immédiatement après les plaidoyers, faire un résumé par écrit des faits admis pour vrais par les deux parties. Ce *programme des faits constants* est inscrit au procès-verbal.

Les faits sur lesquels il y a eu preuve entreprise et généralement tous les *faits contestés* donnent lieu à un autre *programme*, celui *des questions à résoudre*.

Après la clôture des débats, la première opération du tribunal, qui procède à huis-clos, doit être de prononcer sur les faits contestés; puis il applique le droit aux faits admis, et accorde ou refuse tout ou partie des conclusions, ce qui constitue le dispositif du jugement.

La sentence rédigée par le Greffier, sous la direction du Président, est approuvée par le Tribunal, puis prononcée en séance publique.

Dans cette procédure dont nous venons de donner l'esquisse, la partie qui, en théorie, paraît la plus naturelle et la plus simple, le programme des faits reconnus et celui des questions à résoudre, est cependant celle qui, en pratique, a présenté le plus d'inconvénients et a donné lieu au plus grand nombre de reproches. Comme le Tribunal de cassation ne peut pas admettre des faits qui n'aient pas été admis par le tribunal inférieur, il est important de consigner au programme tous ceux qui peuvent avoir quelque importance, et souvent les faits évidents, qui vont sans dire, sont les plus dangereux, parce qu'on ne pense pas à les faire constater et qu'ils sont ensuite contestés devant la Cour de cassation. D'un autre côté, les parties font des efforts pour glisser des faits ou des questions innocents en apparence et dont on ne prévoit pas les conséquences que l'on en pourra tirer plus tard. C'est à qui sera le plus habile, le plus adroit, et au

lieu d'être un moyen de faire ressortir la vérité, le programme est souvent un instrument de pièges et de surprises. —

La marche indiquée ci-dessus est celle de la procédure toute simple, lorsqu'elle n'est compliquée par aucune question incidente ou exceptionnelle.

Après la demande produite, le défendeur, au lieu de traiter le fond de la cause, peut avoir une exception à opposer. Dans ce cas, il produit une *demande exceptionnelle*, à laquelle le demandeur doit *répondre*, ce qui donne lieu à un procès exceptionnel, instruit et jugé comme en matière principale.

Il peut aussi y avoir lieu, soit de la part du défendeur, soit de la part du demandeur même, de requérir d'être admis à évoquer en garantie ou à appeler en cause des tiers qu'ils estiment avoir l'obligation de défendre avec eux ou sans eux au procès. Ces questions, comme celles de divisions de causes et autres, donnent lieu à une procédure incidente qui a ses règles particulières.

---

### i. Genf.

Referent Hr. Prof. Lefort.

La procédure ordinaire est-elle orale ou écrite? Une instruction écrite doit-elle précéder la plaidoirie? —

Il suffit de parcourir la loi de procédure ou de paraître un instant dans la salle d'un de nos Tribunaux pour se convaincre que devant tous, la procédure est à la fois écrite et orale, et la réflexion aussi bien que l'expérience montrent que la combinaison de ces deux éléments est indispensable. —

Il y a toujours, antérieurement à la plaidoirie, une rédaction écrite de la demande, soit dans l'exploit d'ajournement, soit dans les *qualités* d'après lesquelles le greffier fait l'appel des causes et qui renferment un exposé sommaire des motifs. —

Il est d'usage qu'en outre, une instruction écrite précède et prépare la plaidoirie. Nous avons vu qu'elle avait lieu

fréquemment même dans les tribunaux d'où le législateur avait cru pouvoir la proscrire. —

Cette instruction très simple dans le plus grand nombre des cas sera plus longue et plus compliquée pour les causes de quelque importance.<sup>1)</sup> — Elle est éminemment utile pour dégager les faits reconnus de ceux qui sont contestés, pour préciser le débat et faciliter la solution.

Cette instruction écrite a ceci en outre de très avantageux, que toutes les *écritures* devant être *échangées* entre les parties, la surprise est impossible, les deux adversaires connaissent d'avance le terrain du combat et les armes employées. —

L'instruction est suivie de la procédure orale sauf les cas éminemment rares prévus par l'article 91.<sup>2)</sup>

La plaidoirie est nécessaire: elle constitue un des éléments oraux et publics de la procédure, mais il est permis de se demander si elle ne serait pas plus utile au juge, en étant précédée et non pas suivie, de la part de celui-ci, de l'examen des pièces et des écritures produites. Cet examen fait au préalable, placerait le Juge de manière à profiter beaucoup mieux de la plaidoirie et de la diriger, par des explications demandées aux avocats, sur les points qui paraissent les plus obscurs. —

C'est de cette manière, semble-t-il, que la procédure écrite et ses développements oraux se combineront le plus fructueusement.

Ce n'est point d'ailleurs dans la plaidoirie seule que git l'oralité de la procédure avec tous les avantages qui en découlent, au point de vue de la publicité et de l'investigation approfondie des affaires contestées.

<sup>1)</sup> Elle comprend en pratique des écritures plus nombreuses que le Titre VI ne le prévoit. —

<sup>2)</sup> ART. 91. Les Juges pourront ordonner le dépôt des pièces, et juger sur leur vu et examen, sans plaidoirie,

Dans les causes chargées de trop de chefs pour être convenablement éclairées à l'audience;

Dans celles où toutes les parties le requerront.

Ce qui distingue essentiellement notre loi c'est le caractère *oral et public des moyens de preuve*. Tour à tour le Juge peut ordonner soit la comparution en personne des parties, pour être interrogées devant le Tribunal, soit une expertise, aboutissant à un rapport oral ou écrit et dans ce dernier cas, à des explications orales que le Juge peut provoquer de la part des experts, — soit l'enquête par témoins, sur laquelle nous avons à revenir — soit la vue des lieux, très utile pour un grand nombre d'affaires et qui se combine elle-même avec une expertise, ou avec une enquête faite sur place. —

Il n'est pas nécessaire, ce nous semble, de démontrer, surtout dans nos cantons, la supériorité d'une procédure essentiellement orale et publique sur une procédure exclusivement écrite et secrète. La première seule offre aux juges le moyen le plus sûr de parvenir à la découverte de la vérité, elle permet aux faits de la cause, dans leurs nuances infinies et leur vraie nature, de se dégager avec précision des prétentions opposées des parties intéressées. Seule, en plaçant et les motifs allégués et les preuves fournies, sous le contrôle incessant de l'opinion publique, elle forme une barrière contre les tentatives de corruption du Tribunal, elle place celui-ci sous une responsabilité morale, constante. Mais nous tenions à constater que ces avantages pouvaient se combiner avec ceux, qu'à d'autres points de vue, présentait aussi, dans une certaine limite, une instruction écrite, que les deux modes, loin de s'exclure s'appuyaient, se complétaient, se fécondaient l'un l'autre. —

---

Des décisions des Tribunaux en matière de preuve. —  
Sont-elles susceptibles d'appel?

Le Titre XII de la Loi de Procédure est conçu en ces termes: —

#### TITRE XII.

*Des ordonnances préparatoires et des procédures probatoires en général.*

ART. 150.

Dans les causes où le fond ne sera pas en état d'être jugé de suite (Art. 101), les Juges pourront ordonner préparatoirement

l'interrogatoire des parties, ou de l'une d'elles (*Tit. XIII.*), leur serment (*Tit. XIV.*), l'audition de témoins (*Tit. XV.*), l'avis d'experts (*Tit. XVI.*), la vue des lieux (*Tit. XVII.*), la vérification d'écritures (*Tit. XVIII.*), ou toute autre opération préliminaire, si ces diverses procédures *probatoires* sont utiles à la découverte de la vérité, et autorisées par la loi.

#### ART. 151.

Les Juges ne seront point liés par les *ordonnances préparatoires*, ni leurs suites, sauf le cas du serment judiciaire déféré à l'une des parties. (*Tit. XIV.*)

#### ART. 152.

Les ordonnances préparatoires seront délibérées, prononcées, rédigées, et expédiées comme les jugements. (*Tit. IX.*)

Toutefois, s'il ne s'est élevé aucun débat sur l'opération ordonnée, la rédaction pourra être réduite à la désignation des parties, et au dispositif. (*Art. 107. nos 1 et 6.*)

#### ART. 153.

Toute ordonnance préparatoire fixera l'audience où l'opération ordonnée devra se faire devant le Tribunal ou lui être rapportée.

#### ART. 154.

Les ordonnances préparatoires ne seront point signifiées si elles ne sont rendues par défaut. (*Tit. XI. Sect. I.*)

#### ART. 155.

Si l'ordonnance préparatoire est rendue par défaut, le défaillant pourra former opposition dans la forme et les délais fixés en la section secondè du titre précédent.

#### ART. 156.

Les diverses procédures probatoires se feront en audience publique, à l'exception des cas où la plaidoirie à huis clos aura été ordonnée, et des actes que la loi autorisera de faire hors de l'audience.

#### ART. 157.

Il sera dressé un procès-verbal *circonstancié*,

De tous les actes de la procédure probatoire qui se feront hors de l'audience;

De ceux qui auront lieu à l'audience dans les causes en premier ressort.<sup>1)</sup>

Il ne sera dressé qu'un procès-verbal *sommaire* dans les autres cas.

---

<sup>1)</sup> Titre V de la loi du 15 Février 1816 sur l'organisation judiciaire.

## ART. 158.

Les parties pourront prendre au greffe communication des procès-verbaux, sans être tenues de les faire expédier, sauf en cas d'appel. (*Tit. xxiii.*)

## ART. 159.

La procédure probatoire terminée, il sera passé à la plaidoirie et au jugement, à la même ou à une prochaine audience, sans nouvelle écriture.

On voit que les ordonnances préparatoires de la Loi genevoise n'ont rien de commun avec les jugements interlocutoires de la loi française qui préjugent le fonds en liant le juge. —

Il y a de grands avantages, et l'expérience à cet égard a pleinement confirmé la théorie à ce que le juge, même après le prononcé d'une ordonnance préparatoire, conserve toute sa liberté d'appréciation. S'il reconnaît qu'il a fait fausse route, que la procédure adoptée en suite de certains indices ou sur la demande formelle d'une des parties n'a pas répondu à l'attente qu'il en avait, il est toujours à temps de recourir à un autre moyen, lequel d'ailleurs a pu lui être suggéré comme utile ou nécessaire par le premier qu'il a employé. La découverte impartiale de la vérité, tel doit être son but unique. —

Une des conséquences les plus importantes de ce caractère des ordonnances préparatoires, c'est qu'on ne saurait sans inconvénients en appeler, antérieurement au jugement du fonds.

C'est ce que décide avec pleine raison suivant nous, l'art. 307 de la Loi de Procédure. Il n'y a appel distinct et préalable que lorsque les ordonnances préparatoires ont admis une espèce de preuve ou d'interdiction dans un cas où la loi l'aurait interdite. —

Dès que le juge de première instance n'est pas lié par une ordonnance préparatoire, un appel sur une portion de la procédure qui peut n'aboutir à aucun résultat ne formerait qu'une entrave et un retard dans la marche du procès: la Cour d'Appel placerait en outre le juge de première instance dans une très mauvaise position en lui enlevant la possibilité

de faire une preuve dont il croit avoir besoin pour éclairer sa conscience. On lui interdit cette preuve et néanmoins il doit juger. Ne pourra-t-on pas en comparant son ordonnance préparatoire et son jugement définitif regarder celui-ci comme du, jusqu'à un certain point, au hasard, tout au moins comme ne reposant point sur un édifice de preuves, envisagé par le juge lui-même comme suffisamment solide. Sa considération pourra en souffrir. —

Dans le système de la loi genevoise, la Cour d'appel a devant les yeux, dans son ensemble, la procédure de première instance: elle suit les diverses étapes de la route et le but atteint. Elle est bien placée, soit pour confirmer soit pour juger à nouveau d'après les éléments qui lui ont été fournis, soit pour substituer aux moyens de preuve adoptés par le premier juge et qui se sont trouvés insuffisants, d'autres moyens de preuve. Mais dans ce dernier cas, les procédures probatoires qu'elle croit préférables, c'est elle-même qui les fait suivre devant elle, elle ne les impose pas au premier juge. —

En recommandant ce système en opposition à celui de la loi française il est permis de se demander si pour le cas de serment judiciaire, où, exceptionnellement (art. 151) l'ordonnance préparatoire lie le juge, on ne devrait point, exceptionnellement aussi, permettre l'appel avant que le serment fut prêté. Il y a de l'inconvénient à prononcer un jugement d'appel dans un sens opposé à la prononciation d'un serment, qui a eu lieu en première instance. —

---