

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 2 (1883)

**Artikel:** Die Vorschriften kantonaler Gesetze über den Beweis der Verträge im Verhältniss zu den Bestimmungen des eidgen. Obligationenrechts über die Gültigkeit der Verträge

**Autor:** Zeerleder, A.

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896693>

### **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:** 07.02.2026

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

# Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins

zu St. Gallen den 3. und 4. September 1883.

---

## Referat

des Herrn Prof. Dr. A. ZEERLEDER in BERN

über

**die Vorschriften kantonaler Gesetze über den Beweis der  
Verträge im Verhältniss zu den Bestimmungen des eidgen.  
Obligationenrechts über die Gültigkeit der Verträge.**

---

### Einleitung.

Art. 9 des Bundesgesetzes über das O.-R., in Kraft seit 1. Januar 1883, lautet:

„Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besondern Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt.

„Ist über Bedeutung und Wirkung einer besondern Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab.“

Der erste Absatz stellt die Formlosigkeit der Verträge als Regel auf; der zweite gibt zunächst eine gesetzliche Interpretation der in späteren Titeln des Gesetzbuchs vorkommenden ausnahmsweisen Formvorschriften bei einzelnen Verträgen. Das Verhältniss des 2. Absatzes zum bisherigen kantonalen Recht ist einfach; er hat absolut aufhebende Wirkung gegenüber solchen Bestimmungen desselben, welche für die in Frage kommenden Verträge blosse Beweiserfordernisse oder keinerlei

Förmlichkeiten verlangten, und stellt eine Bedingung für die Perfektion solcher Geschäfte auf, welche bisher nicht vorhanden war. So war in den vom Code Napoléon beherrschten Gebieten jeder Leibrentenvertrag, jede Bürgschaft, der ganze Inhalt eines Mieth- oder Pachtvertrages, gültig ohne schriftlichen Abschluss; denn der mündliche Abschluss durfte bei geringem Werth auf jede Weise, bei höherem immerhin durch Eideszuschreibung oder durch Zeugen in Verbindung mit aussergerichtlichem schriftlichem Geständniss bewiesen werden; seit dem 1. Januar 1883 abgeschlossene Geschäfte dieser Art sind dagegen, sei es ganz, sei es zum Theil (O.-R. 275, Abs. 2) unverbindlich, sofern die besondern Formvorschriften des gemeinschweizerischen Rechts nicht befolgt worden sind; der Eidesantrag über mündlichen Abschluss müsste in einem solchen Falle zurückgewiesen werden; die Thatsache, dass die Willensübereinstimmung in der vorgeschriebenen Form zur äussern Erscheinung gelangt sei, bildet einen wesentlichen Theil des Fundaments der auf Erfüllung u. s. w. gerichteten Klage; ja das in Rücksicht auf den Vertrag Geleistete würde beim Mangel des Formerfordernisses zurückgefordert werden können (Thöl Hdlsrt Bd. II. Aufl. 5, § 242); das Gesetz erkennt hier nur den durch die Form kundgegebenen Willen als gebunden an.

Ein kantonales Urtheil, welches gestützt auf den nach kantonalen Beweisregeln erhobenen Thatbestand des mündlichen Vertragsabschlusses die Klage zugesprochen, müsste wegen Verletzung des Art. 9, Abs. 2, O.-R., vom Bundesgericht aufgehoben werden, weil jener Thatbestand eines wesentlichen Momentes entbehren würde.

Diese Grundsätze sind einfach und unbestritten.

Den Hauptgegenstand der Erörterung wird daher Absatz 1 des Art. 9 bilden. Es sind Zweifel aufgetaucht über dessen Verhältniss zu den kantonalen Beweisregeln und man hat namentlich die Befürchtung ausgesprochen, dass die Rechtseinheit und Rechtsgleichheit durch denselben nicht in dem erforderlichen Maasse gewährleistet sei.

Wir theilen die Untersuchung in folgende Abschnitte:

- I. Welches ist das Verhältniss des O.-R. zu den kantonalen Beweisvorschriften?

- II. Welche Beweisvorschriften haben die Kantone und wie haben sie deren Verhältniss zum O.-R. aufgefasst?
- III. Wie wird sich dieses Verhältniss in der Praxis gestalten:
  - a) innerhalb der kantonalen Grenzen,
  - b) bei interkantonalen Rechtsgeschäften?
- IV. Wünschbarkeit von Abänderungen?

### § I.

Der 1. Absatz des Art. 9 O.-R. will die kantonalen Beweisvorschriften unberührt lassen und hat gerade deshalb seine jetzige, von allen Entwürfen abweichende Fassung erhalten. Wenn in irgend einem Falle die legislatorischen Vorarbeiten einen sichern Aufschluss über den Sinn einer gesetzlichen Bestimmung geben, so ist es der vorliegende.

Der bundesrätliche Entwurf sagte:

„Verträge bedürfen einer besondern Form zu ihrer Gültigkeit oder zu ihrem Beweise nur, wenn eine solche in dem Gesetze vorgeschrieben ist.“

Hiezu führte die bundesrätliche Botschaft vom 27. November 1879 aus, man wolle prinzipiell alle Bestimmungen der kantonalen Rechte abschaffen, welche entweder in wörtlicher Uebereinstimmung mit dem code civil oder doch in ähnlicher Weise wie das französische Recht den Zeugenbeweis zur Feststellung mündlicher oder stillschweigender Verträge ausschliessen. Man könne sich zur Aufrechthaltung solcher Bestimmungen nicht darauf berufen, dass es sich dabei um prozessrechtliche Bestimmungen handle, zu deren Erlass der Bund nicht kompetent sei; denn die Frage, ob das gemeinrechtliche Prinzip der Formlosigkeit der Verträge oder das umgekehrte (?) französische zu Grunde zu legen sei, schneide so tief in das materielle Obligationenrecht und in das ganze Verkehrsleben ein, dass sie in einem Gesetze über ein einheitliches Obligationen- und Mobiliarverkehrsrecht ohne Rücksicht auf ein solches konstitutionelles Bedenken ihre ganz bestimmte Lösung habe finden müssen. Einen Hauptvorteil des französischen Systems erklärte man dadurch wahren zu wollen, dass der



Beweis der Simulation dem Aussteller eines schriftlichen Schuldbekenntnisses gegenüber dem dritten gutgläubigen Inhaber des letztern nicht verstattet sei (jetz. Art. 16, Abs. 2), und dass man den Beweis mündlicher Nebenabreden bei schriftlichen Verträgen ausschloss (E. Art. 11). Hierdurch glaubte man „bis zu einem gewissen Grade die Gegensätze ausgeglichen“ zu haben. Dieser Anschauungsweise schlossen sich bekanntlich die Räthe nicht an. Der Ständerath zunächst wollte für die Rechtsgeschäfte über mehr als 3000 Fr. den Zeugenbeweis ausschliessen mit Vorbehalt des kaufmännischen und des Marktverkehrs und des Falles, wo die Urkunde verloren gegangen oder durch höhere Gewalt zerstört worden wäre; die nationalrätliche Kommission that in ihrem Berichte die Unzulässigkeit dieses Mittelweges schlagend dar, indem sie bemerkte:

„Wenn man einmal den Zeugenbeweis als gefährlich verpönt, so soll man ihn auch im Handelsverkehr ausschliessen, eine Konsequenz, die freilich der Code Napoléon nicht zu ziehen gewagt hat. Die auch vom St.-R. acceptirte Unterscheidung zwischen den Verträgen des gewöhnlichen Civilrechts und denjenigen des Handels- und Marktverkehrs würde wohl, wie in Frankreich, unzählige Incidente über die Zulässigkeit des Zeugenbeweises hervorrufen, um so mehr, als unserm Entwurfe, der eben Civil- und Handelsrecht nicht, wie der C. Nap. von einander ausscheidet, eine Definition des kaufmännischen Verkehrs fehlt. — Das franz. Recht kennt auch wichtige Ausnahmen von dem Verbote des Zeugenbeweises, welche der St.-R. nicht zulassen zu sollen glaubte, so die Fälle, wo der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist, oder wo es dem Kläger unmöglich war, sich einen solchen zu sichern.“ — Sodann wird auch darauf aufmerksam gemacht, dass sowohl das französische Beweisrecht wie auch dasjenige der deutsch-schweizerischen Kantone auch in Bezug auf den Zeugenbeweis, dessen Erfordernisse und Würdigung, besondere, von einander abweichende Bestimmungen enthalte, so dass vollständige Rechtseinheit auch mit dem ständeräthlichen System nicht zu erzielen wäre. — Daher müsse entweder „die Frage des Beweises und speziell des Zeugenbe-

weises im nothwendigen Zusammenhang mit dem ganzen Beweisrecht der kantonalen Gesetzgebung überlassen bleiben oder dann die Lehre von den Beweismitteln in einem besondern Titel des O.-R. erschöpfend behandelt werden.“ Letzteres könne aber wegen mangelnder Bundeskompetenz nicht geschehen und so bleibe nichts anderes übrig als „die Frage des Beweises aus Art. 9 des Entwurfs gänzlich auszumerzen.“ — Die andere der zuletzt erwähnten Alternativen hätte, fügen wir von einem allgemeineren Gesichtspunkte aus bei, die Buntscheckigkeit nicht beseitigt; denn wir hätten dann in jedem Kanton ein doppeltes System des Beweisrechts im Civilprozess gehabt: das eine für die durch das O.-R. geregelten Rechtsgeschäfte, das andere für die kantonal normirten Rechtsgeschäfte und für die s. g. faits purs et simples. — Der Nationalrath trat dem Antrage seiner Kommission bei, entgegen der Ansicht Brunner's, welcher den bundesräthlichen Text wieder herstellen wollte. Infolge Zustimmung des andern Hauses erhielt unser Gesetz seine jetzige Fassung. Und Niemand zweifelt heute daran, dass die Kantone völlig frei sind, ihre Vorschriften über Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der verschiedenen Beweismittel auf die Rechtsgeschäfte des O.-R. anzuwenden oder beliebig neu zugestalten. Die Kommentatoren sind in diesem Punkte einstimmig. Ebenso die kantonalen Einführungserlasse.

## § II.

### Das Beweisrecht der Kantone und die Einführungsdekrete zum Obligationenrecht. <sup>1)</sup>

#### A. Kantone der deutschen Schweiz.

Zürich hat in einer vorläufigen Zusammenstellung die Formvorschriften für Verträge, soweit sie nicht der kantonalen Gesetzgebung überlassen bleiben, als aufgehoben erklärt und beabsichtigt, auf Grundlage des bezüglichen Verzeichnisses

---

<sup>1)</sup> In Ermangelung von Specialreferaten habe ich mir soweit möglich Einsicht in die kantonalen Prozess- und Civilgesetzbücher verschafft, wobei mir Herr Leo Weber, Adjunkt des eidgen. Justiz-Departements in zuvorkommendster Weise behülflich war. Die Sammlung dieser Behörde ist aber ziemlich lückenhaft.

eine Revision seines P.-G.-B. an die Hand zu nehmen. — Sein Prozess beruht bekanntlich auf vollster Freiheit in Auswahl der Beweismittel; jedoch ist ihm der Schieds- und der Ergänzungseid unbekannt; es findet nur Parteienbefragung statt. Zeugenbeweis insbesondere ist immer zulässig. „In der Würdigung der Beweise ist der Richter lediglich an seine Ueberzeugung gebunden, sofern ihn das Gesetz hierin nicht ausdrücklich beschränkt“ (§ 290 C.-P.-O. von 1878), wie z. B. beim aussergerichtlichen Geständniss, schriftlichen Zeugnissen u. dgl. — Der Gegenbeweis ist unbedingt gestattet.

Bern hat durch ein Gesetz vom 31. Dezember 1882 zunächst die Uebereinstimmung seines C.-G.-B. mit dem eidgen. R. auf dem Gebiet des Sachen-, Obligationen- und Verjährungsrechts hergestellt und die allgemeinen Grundsätze des gemeinschweizerischen Rechts über Schuldverhältnisse auch auf die kantonal bleibenden Verträge anwendbar erklärt. So ist z. B. die Vorschrift, dass zu jedem schriftlichen Vertrag die Unterschrift der Parteien erforderlich sei, auch auf notarielle Urkunden ausgedehnt und das bisherige Handgelübde an den Notar beseitigt worden. Was dagegen das im Jura geltende französische Recht des Code Nap. und C. de comm. betrifft, so wurden deren Beweisgrundsätze unberührt gelassen. Sodann wurde aber durch eine am 3. Juni 1883 vom Volk angenommene revidirte Civilprozessordnung auch auf diesem Gebiete eine volle Durchführung der Prinzipien des O.-R. angestrebt, z. B. die obligatorische Streitverkündung abgeschafft, die Einrede der mehreren Streitgenossen und die Adcitation gestrichen, das Recht der Widerklage mit dem neuen Kompensationsrecht, der Schädigungsprozess mit dem Prinzip der Aversalentschädigung in Einklang gebracht u. s. w.; insbesondere wurden auf dem uns hier interessirenden Gebiete einerseits fast alle Regeln der gesetzl. Beweistheorie, anderseits die Beschränkungen, welchen der Beweis durch Zeugen auf Grund des Code Napoléon in den jurassischen Bezirken bisher unterlag, abgeschafft. Das Beweisrecht ist nunmehr einheitlich vom 1. Januar 1884 hinweg, mit Ausnahme des Urkundenbeweises. Beweismittel sind: Augenschein, Sachverständige, Urkunden, Zeugen, Eideszu-

schiebung, Schlussfolgerungen mit oder ohne Ergänzungseid. Gegenbeweis ist zulässig, die Wahl unter den Beweismitteln frei, doch darf mit der Eideszuschiebung kein anderes Beweismittel konkurrieren. Urkunden müssen alle Merkmale und Förmlichkeiten an sich tragen, welche das Gesetz zu ihrer Gültigkeit im Allgemeinen und für den Beweis des streitigen Rechtes insbesondere fordert. (Hier liegt wohl eine Vermischung von Solennitäts- und Beweisform vor!) Gegen die Richtigkeit des Inhalts öffentlicher Urkunden findet Gegenbeweis statt. Als Zeugen dürfen aus Gründen der nahen Beziehung zur Partei nicht abgehört werden: die Verwandten und Verschwägerten in der geraden Linie, in der Seitenlinie bis zum 2. Grad. Andere Gründe gegen die Glaubwürdigkeit werden vom Richter frei gewürdigt, ebenso das Ergebniss der Zeugenaussagen überhaupt. Die Eideszuschiebung und Rückschiebung findet statt über Handlungen und Wahrnehmungen des Gegners, welche seine Ehre nicht berühren. Die Eidesformel besteht in einer Versicherung auf Ehre und Gewissen, verbunden mit Handschlag an den Richter. Der Eid kann nur auf dem Strafwege „gefälscht“ werden. Der Beweis durch Schlussfolgerungen ist unbeschränkt. Behufs der Ergänzung der richterlichen Ueberzeugung kann ein Erfüllungs- oder Reinigungseid auferlegt werden, welcher auf die „Ueberzeugung“ des Schwörenden gerichtet ist. Im Uebrigen entscheidet das Gericht mit Ausnahme eidlich festgestellter Thatsachen „über den Werth der Beweisführung nach sorgfältiger Prüfung und Gegeneinanderhaltung aller Theile der Beweisführung und aller Umstände des Falles.“

Luzern fügt in seinem Einführungsdekret dem § 530 seines pr. G.-B.

„Ein Vertrag kann mündlich oder schriftlich, mit oder ohne Zeugen errichtet werden. Diese Verschiedenheit der Form macht ausser den im Gesetze bestimmten Fällen in Ansehung ihrer Verbindlichkeit keinen Unterschied“  
folgenden Zusatz bei :

„insoweit es sich um Verträge handelt, deren Regulirung, sei es vollständig, oder nur bezüglich ihrer Form, dem

kantonalen Rechte überlassen bleibt.“ (Immobilienverträge, Hypothekarverträge, Ehe- und Erbverträge, Schenkungen).

Das Luzerner Prozessrecht (vom J. 1851) kennt alle Beweismittel des gemeinen deutschen Prozesses und gestattet unter denselben die freie Auswahl; jedoch findet Eideszuschreibung nur in Ermangelung anderer Beweismittel statt. Zur vollen Glaubwürdigkeit beim Zeugenbeweis ist übereinstimmende Aussage zweier „unverwerflicher“ Zeugen erforderlich; die Glaubwürdigkeit „verdächtiger“ Zeugen wird nach freiem Ermessen gewürdigt. Die Bestimmungen über Beweiskraft der Urkunden entsprechen vollständig den bisherigen bernischen. Insbesondere besitzen öffentliche Urkunden hinsichtlich der Thatsachen, zu deren Beweis sie abgefasst worden, vollen Glauben, ebenso das übereinstimmende Gutachten mehrerer Experten. Vom Indicienbeweis spricht das Gesetz nicht, vom Ergänzungseid nur beim Hausbuch und beim Anerkennungsverfahren betr. Urkunden.

Bei der in Aussicht genommenen Revision der C.-P.-O., welcher ein vom Obergericht ausgearbeiteter Entwurf zu Grunde gelegt werden soll, ist nach Meyer von Schauensee dem Geist des O.-R. keine besondere Rechnung getragen.<sup>1)</sup>

Mit Schwyz betreten wir das Gebiet der Urschweiz, wo sich noch Spuren und Reste ächt germanischer Rechtsbildung vorfinden, die dem nivellirenden Geist der Schule und Scholastik widerstanden haben.<sup>2)</sup> Schwyz hat eine Prozessordnung vom J. 1848, laut welcher die Aussage eines einzigen gesetzlichen Zeugen, welche „in ihrer Glaubwürdigkeit nicht geschwächt“ ist, vollen Beweis macht; der Parteieid ist unbekannt und der Ergänzungseid wird derjenigen Partei auferlegt, „von welcher unter den obwaltenden Umständen die Wahrheit am ehesten zu erwarten“ ist. Den Urkunden wird grosse Bedeutung beigelegt und ein Zeugenbeweis gegen deren Inhalt ausgeschlossen. Diese Bestimmung ist, „soweit

<sup>1)</sup> Ztsch. des bern. Jur.-Ver. Bd. 19, Heft 1, vom März 1883.

<sup>2)</sup> Diese Kantone besitzen meist keine Civilgesetzbücher u. z. Th. sehr lakonische Prozessordnungen.



es sich um ergänzende Nebenbestimmungen handelt,“ durch ausdrückliche Bestimmung der kantonsrätlichen Einführungsverordnung „im Sinne von Art. 11 O.-R. beschränkt“ worden. Letztere „Einschränkung“ des § 182 der C.-P.-O. ist nicht ganz zutreffend, da derselbe eine reine Beweisvorschrift enthält, und einen Gegenbeweis gegen den Inhalt der Urkunde resp. über mündliche Nebenabreden speziell durch Zeugenbeweis ausschliesst, während Art. 11 O.-R. eine Formvorschrift enthält, wonach ein Beweis widersprechender mündlicher Nebenabreden bei Formalverträgen wegen materieller Unerheblichkeit derselben absolut verboten ist.

Uri. C.-P. von 1852 in 90 §§.

Unterwalden ob d. Wald besitzt eine C.-P.-O. von 1869. Kein Parteieneid, wohl aber Ergänzungseid (Ztsch. f. schw. R. Bd. 18). Die sehr eingehende Vollz.-Verordn. zum O.-R. ändert nichts am Prozess (Ztsch. f. schw. R. Bd. 24, S. 435).

Der Landrathsbeschluss von Nidwalden über Einführung des O.-R. vom 22. November 1882 hat keine Bestimmungen über unsere Frage. Dieser Kanton hat über das Beweisrecht nur zerstreute Vorschriften (vgl. Ztsch. f. schweiz. Recht. Bd. 9. G.-geb. S. 155). Es wird zwischen eidlichen und berichtlichen Zeugen unterschieden; das Zeugenverhör unterliegt vielfachen Förmlichkeiten. Der deferirte und referirte Parteien-Eid ist anerkannt.

Glarus besitzt in seinem Landbuch von 1878 eine musterhafte Kodifikation des Civilprozesses aus dem J. 1878, die in Sprache und Inhalt ein ächt volksthümliches Gepräge bewahrt hat. „Kundschaft“, d. h. Zeugenbeweis ist hienach ausgeschlossen gegen „Brief und Siegel“, d. h. gegen öffentliche Urkunden. Verträge die von den betr. Parteien gehörig unterzeichnet sind, haben, wenn deren Inhalt klar und deutlich ist, volle Beweiskraft. Für Kaufverträge über Liegenschaften wird schriftliche Abfassung durch einen Unparteiischen oder Unterzeichnung durch die Parteien und wenigstens einen Zeugen verlangt, damit sie „im Rechten gültig“ seien (Solennitätsform). Der zugeschobene Eid ist auch

hier unbekannt. Nur im äussersten Fall findet eine richterliche Auflegung des „Beweiseides“ statt. „Ein altes Gesetz über Forderungen und Verträge“ (— die Kodifikation des Privatrechts seit 1870 hatte dies Gebiet unberührt gelassen —) verbot „verborgene und heimliche Käufe um Liegendes und Fahrendes, wo ohne Zeugen gemarktet wurde“ und solche „zum Nachtheil der rechtmässigen Erben mit Personen, so an schweren Krankheiten darniederliegen.“ Diese Bestimmung wurde gemäss Landsgemeinde-Memorial pro 1882 als aufgehoben erklärt, soweit sie sich auf Kaufverträge über Mobilien bezieht.

Zug. Die C.-P.-O. von 1863 schliesst sich im Beweisrecht eng, meist wörtlich, an die schwyzerische an. Besondere Formvorschriften über Verträge, die nun unter das eidgen. Recht fallen, scheinen nicht zu bestehen. Das Einf.-Dekr. v. 11. Dez. 1882 enthält nichts Einschlagendes.

Solothurn hat in seiner C.-P.-O. von 1840 freie Beweiswürdigung, wovon nur beim Eid eine Ausnahme gemacht wird; in seinem C.-G.-B. sind keine Vorschriften über den Beweis der Verträge. Das Einf.-Ges. zum O.-R. behält die besondern Formvorschriften für Geschäfte über Immobilienrechte incl. Hypotheken vor und erklärt das Bundesgesetz als ergänzendes Recht hinsichtlich der allgem. Grundsätze, wie Bern.

Basel-Stadt. Das Civilrecht beruht bekanntlich auf der ehrwürdigen Gerichtsordnung von 1719 und dem gemeinen Recht, sowie einer Anzahl von Spezialgesetzen. Verträge bedurften im Allgemeinen keiner besondern Form; doch mussten Bürgschaften in einem öffentlichen Buch eingetragen sein, um gegenüber den Erben volle Wirkung zu behalten. Das Einführungsgesetz zum O.-R. benutzte die Gelegenheit, um amtliche oder notarielle Verschreibung der Kauf- und Tauschverträge über Liegenschaften einzuführen. Das Bürgschaftenprotokoll wurde abgeschafft, und es hat der bezügliche Motivenbericht der Regierung hiezu die Bemerkung gemacht, es sei zum mindesten zweifelhaft, ob die Kantone zur Aufstellung derartiger Institute noch kompetent seien. — Wir denken, die Kantone seien allerdings berechtigt, den Uebergang der Schul-



den auf die Erben zu beschränken, da derselbe eine Folge der Universalsuccession ist und zum Erbrecht gehört.

Ueber das Civilprozessrecht hat Baselstadt ein vortrefflich ausgearbeitetes Gesetz von 1875, welches sich unter anderem dadurch auszeichnet, dass es, im gerechtfertigten Vertrauen auf einen tüchtigen Richterstand, dem Gerichte nicht nur freie Würdigung des Beweisergebnisses anheimstellt, sondern ihm sogar hinsichtlich der Ermittlung der materiellen Wahrheit einen gewissen Spielraum schafft. Das Gericht kann nämlich „bis zum Urtheile erforderlich scheinende Erkundigungen jeder Art von Amtswegen einziehen und in- und ausländische Beamte um Auskunft angehen, nöthigenfalls auch in deren Verwahrung befindliche Aktenstücke und Protokollauszüge sich mittheilen lassen.“ Das Gericht kann den Präsidenten oder einen Ausschuss mit einer nähern Untersuchung der Streitsache beauftragen, die persönliche Abhörung der Parteien vor Gericht beschliessen u. s. w. — Was die Beweismittel anbetrifft, so weiss man auch hier des zugeschobenen Eides zu entrathen und es kommen nur Indicien, Urkunden, Zeugen und gerichtlich auferlegter Eid vor; letzterer wird „je nach Gestalt der Umstände und dem Leumden der betreffenden Person“ dem Kläger oder dem Beklagten auferlegt; übrigens soll gewöhnlich nur ein Handgelübde erstattet werden. Unter den übrigen Beweismitteln haben die Parteien freie Wahl. Privaturkunden gelten als ächt und insofern beweiskräftig, sobald auch nur der im Text aufgenommene Name des Ausstellers von der genannten Person wirklich herrührt. Gegen öffentliche Urkunden ist Gegenbeweis über Unrichtigkeit des Inhalts zulässig. — Das Einf.-Ges. zum O.-R. hatte hier nichts abzuändern.

Ebenso verhält es sich mit Basel-Landschaft, dessen C.-P.-O. von 1867 auf ähnlichen Grundgedanken beruht und den früher missbrauchten Schiedseid abgeschafft hat.

Die C.-P.-O. von Schaffhausen war dem Ref. nicht zugänglich. Sie datirt von 1869 und ist dem damaligen Gesetz von Zürich nachgebildet. Doch enthält sie nach der Inhaltsangabe in Ztschr. f. schw. R. Bd. 18 Bestimmungen über

den Eid und über Häufung von Beweismitteln. Das Einführungsdekret zum O.-R. befasst sich nur mit Aufhebung von Bestimmungen des pr. G.-B. und der Wechselordnung. Ersteres ist bekanntlich nach dem Züricher Muster gearbeitet.

Die C.-P.-O. von Ausser-Rhoden vom J. 1859 befreusst sich ausserordentlicher Kürze; denn sie umfasst nur 73 Artikel.

Noch viel summarischer geht Appenzell I.-Rh. in seiner Gerichtsordnung von 1873 zu Werke. Das ganze Gesetz, welches auch den Prozessgang in Civil- und Strafsachen regelt, ist in dreizehn Artikeln enthalten. Ueber das Beweisrecht besteht indess eine besondere Verordnung vom J. 1874. Sie handelt vom Beweis durch öffentliche Urkunden, welchen voller Glaube beizulegen ist, durch Zeugen und Sachverständige. Die Würdigung dieser Beweismittel steht dem Richter zu, welcher um so freier gestellt ist, als bekanntlich „eine Vertretung durch berufsmässige Fürsprecher unstatthaft“ ist. (Ztsch. f. schw. R. Bd. 19.)

Die Einführungsverordnungen der beiden Appenzell be- fassen sich nur mit Handelsregister und Wechselrecht.

St. Gallen ist wieder ein Kanton mit ausführlichem, auf gemeinrechtlicher Grundlage ruhendem Prozessgesetz vom J. 1850. Die Beweisgrundsätze sind: Oeffentl. Urkunden machen vollen Beweis gegen Jedermann, Privaturkunden, wenn „in gesetzlicher Form oder bei Abgang bindender Vorschriften in sonst glaubhafter Form“ ausgestellt, desgleichen gegen den Aussteller, seine Rechtsnachfolger und Vertretenen; nur in Betreff des Datums ist Gegenbeweis zulässig. Uebereinstimmende Aussagen zweier unverwerflichen Zengen machen vollen Beweis, diejenige eines einzelnen in Sachen die letztinstanzlich vor Untergericht gehören (bis auf 40 fl.), vollen, sonst halben Beweis; der Verwerflichkeitsgründe gibt es 19; das Expertengutachten ist absolut bindend. Gegenbeweis „gegen einen einmal geleisteten vollkommenen Beweis“ ist „nicht weiter zulässig.“ — Eine ganz eigenthümliche Behandlung ist dem „Parteieid“ zu Theil geworden. Er ist entweder Erfül-

lungs- oder Entlastungseid; ersterer wird vom Beweisführer auf seinen Antrag, letzterer vom Gegner in Folge Zuschiebung geleistet; beides findet nur nach Leistung eines halben Beweises durch den Beweisführer statt. Im ersten Falle ist die Wahrheit zu beschwören, im letztern kann de ignorantia geschworen werden.

Die Einführungsverord. z. O.-R. enthält nichts hier Einschlägiges.

Graubünden. C.-P.-O. von 1871. Einf. Verordn. z. O.-R. nur administrativen Inhalts. — Die Grundlagen des Beweisrechts sind: freie Beweiswürdigung, wovon bloss öffentliche Urkunden und Eid eine Ausnahme machen. Keine Form-erfordernisse betr. Privaturkunden. Der Zeugenbeweis wird nur beschränkt in Hinsicht der Qualifikation der Zeugen; hier gibt es ziemlich viele Verwerfungsgründe, z. B. gegen Verwandte bis zum 3. Grade nach kanonischer Zählung und deren Ehegatten. Der Eid wird zugeschoben; über die Zulässigkeit und Nothwendigkeit der Ableistung entscheidet aber das Gericht; ausserdem findet gerichtliche Parteibefragung statt.

Aargau. Die C.-P.-O. von 1851 lehnt sich im Beweisrecht in Allem an die gemeinrechtlichen Grundsätze an. Die Wahl unter den Beweismitteln ist frei; nur darf mit dem Haupteid kein anderes cumulirt werden. Der Haupteid selbst ist in allen Streitigkeiten und über alle Thatsachen zulässig, welche nicht den Verlust der Ehre nach sich ziehen. Doch darf der Schwörende das Nichterinnern behaupten und die Relation ist nicht zulässig über Thatsachen, welche einzig die Handlung des Delaten sind. Die Zeugen sind entweder unzulässig oder verwerflich oder vollkommen glaubwürdig. Verdächtigkeitsgründe finden nicht statt; es können Seitenverwandte bis zum Grad von Geschwisterkindern, Dienstboten des Beweisführers verworfen werden. Vollen Beweis macht die Aussage zweier zulässiger, nicht verwerflicher Zeugen. Wie sich damit die Vorschrift reimt, dass eine beschworene Zeugenaussage nur auf dem Untersuchungswege entkräftet werden kann, ist unklar. — Hinsichtlich des Urkundenbeweises finden wir auch hier die Verwechslung der Beweiskraft von Urkunden über

Rechtsgeschäfte mit deren Perfektion: Die Urkunde soll nur beweiskräftig sein, wenn sie mit allen gesetzl. Förmlichkeiten versehen ist. (Das solenne Rechtsgeschäft ist gar nicht zu Stande gekommen, wenn die Urkunde nicht „rechtsförmig ist“, und kann aus diesem Grunde für den Richter nicht in Betracht fallen.) Für Privaturkunden ist nur die Aechtheit der Unterschrift gefordert, welche durch ein von zwei Zeugen beglaubigtes Handzeichen ersetzt wird. Die Einrede des nicht empfangenen Geldes gegen eine Privatschuldverschreibung ist hier eingereiht und ihre Dauer auf ein Jahr beschränkt. Diese Bestimmung wird neben O.-R. 70 ff. (Bereicherungsklage auf Herausgabe des Schuldscheins wegen nicht verwirklichten Grundes, nicht wie Vogt, Anleitung S. 216, meinte, wegen Irrthums oder Betruges) nicht mehr viel zu bedeuten haben. Die Ersetzung zufällig verlornen Urkunden durch andere Beweismittel ist ausdrücklich gestattet. Diese Bestimmung ist wohl nur auf den Beweis solenner Rechtsgeschäfte zu beziehen, da Niemand gezwungen werden kann, eine Urkunde zum Beweis vorzulegen, wenn er andere Beweismittel zu verwenden vorzieht. Der Erfüllungseid gilt nur zur Ergänzung eines Zeugenbeweises aus eigener Wahrnehmung des Schwörenden und kann nur dem Beweisführer zuerkannt werden, der einen bezüglichen Antrag von Anfang gestellt haben muss. Ueber die Bedeutung der Indizien und die Würdigung des Beweisergebnisses im Ganzen findet sich keine Bestimmung. Der direkte Gegenbeweis ist ausgeschlossen.

Was die Einführung des O.-R. anbetrifft, so haben die Aargauer Behörden von dem Erlass irgend einer authentischen Kundgebung abstrahirt und lediglich ein gehaltvolles Buch von Fürspr. Haberstick „Beiträge zur Orientirung u. s. w.“, 450 Seiten stark, mit ihrer Unterstützung unter das Volk ausgeben lassen: Der Verf. kommt in Bezug auf unsere Frage zu dem Resultate, es werde eine Rechtsunsicherheit infolge der Verschiedenheit der kantonalen Beweisrechte fortbestehen, welche erst mit der Centralisation des gesammten Civil- und Prozessrechts ihr Ende finden könne. Er hält die kantonalen Vorschriften über öffentl. Beurkundung — notarielle Verträge —

für fortbestehend, so dass also die Parteien nicht zu unterschreiben brauchen und jeder Vertrag in dieser Form gültig abgeschlossen werden kann.

Mit Thurgau schliesst die Reihe der Kantone deutscher Sprache. Sein Prozess von 1867 (Ztsch. für schw. R. XVII) scheint auf ziemlich freien Grundlagen zu beruhen. Er kennt den Schiedseid und Erfüllungseid in Sachen über 200 Fr., in kleinern ein blosses Handgelübde. Ersterer ist aber, wie in den meisten Kantonen, seit 1874 überhaupt nicht mehr wesentlich vom letztern verschieden, da die religiösen Formen abgeschafft sind.

Trotz seiner romanischen Sprache und Kultur ist hier anzureihen: Tessin. Sein codice civile revidirt mit Rücksicht auf das O.-R. am 15. Nov. 1882 enthält keinerlei beweisrechtliche Bestimmungen (sonst steht er in manchen Punkten in grellem Widerspruch mit eidgenössischem Recht; z. B. hält er die dauernde separazione personale von Ehegatten aufrecht neben der Scheidung, bringt selbständige Bestimmungen über bedingte und betagte Schuldverhältnisse, Subrogation und Compensation, gesetzliche Zinsen). Diese stehen im Cod. di proc. civ. von 1843 und schliessen sich im Ganzen ans deutsche Recht an: Oeffentliche Urkunden geniessen vollen Glauben, Privaturkunden bedürfen nur der Unterschrift, welche durch Kreuz oder Hausmarke mit Beglaubigung von einem Notar oder 2 Zeugen ersetzt wird; verlorene oder unleserlich gewordene Urkunden werden durch andere B. M. ersetzt. Zeugenbeweis gegen Urkunden ist verboten. Vollen Beweis machen 2 klassische Zeugen. Sonstige Zeugenaussagen würdigt der Richter. Viele gesetzl. Verdächtigkeitsgründe. Vollen Beweis macht das Gutachten von 3 Experten, Haupteid findet statt in jedem Stadium des Verfahrens über Thatsachen, die dem Gegner zu Wissen sind. Rückschiebung und Gewissensvertretung sind ebenfalls bekannt. Der Ergänzungseid wird auferlegt je nach den persönlichen Eigenschaften der Parteien. Indicienbeweis ist da zulässig, wo Zeugenbeweis.

Wir können sonach in den deutschschweizerischen Pro-



zessrechten hinsichtlich der Beweisvorschriften 2 Hauptgruppen unterscheiden:

- a) Solche mit im Ganzen freier Beweiswürdigung ohne Haupteid: Zürich, Schwyz, Obwalden, Glarus, Zug, Baselstadt, Baselland, Appenzell I.-Rh. (?)

Besondere Begünstigung des Urkundenbeweises bei: Schwyz, Glarus.

Freie Beweiswürdigung mit Beibehaltung des Haupteides (der dann den Richter bindet): Bern, Graubünden, Solothurn.

- b) Solche mit im Ganzen dem gemeinen Recht folgender Beweistheorie: Luzern, Aargau, St. Gallen (Prozessordnungen aus den 40ger und 50ger Jahren).

B. Die romanischen Kantone mit Ausnahme von Tessin haben ihre Civilgesetzbücher nach dem Vorbild des Code Napoléon gestaltet und denselben die Lehre vom Beweis der Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit dem Obligationenrechte einverleibt. Freilich hat jeder derselben wieder diese oder jene Modifikation am Text und Inhalt des Mutterrechtes vorgenommen und ihm so einen goût de terroir, einen besondern Erdgeschmack verliehen, wie Hr. Carrard einmal treffend bemerkt hat. Am nächsten steht dem Urtext Genf, mehr Abweichungen haben Waadt, Neuenburg, Freiburg, Wallis. Der Berner Jura nimmt von 1884 an eine Mittelstellung ein.

Die Einführungsverordnungen der obgenannten Kantone lassen die Beweislehre ihrer C. G. BB. unberührt.

Waadt sagt: Jusqu'à la promulgation d'un nouveau code civil, les autres dispositions de la seconde partie du livre III du code civil du 15 juin 1821 sont maintenues en ce qui concerne les preuves, les droits immobiliers etc.

Neuenburg nimmt die das Beweisrecht enthaltenden Art. 1067—1118 seines code civ. lediglich von seiner Abrogationsklausel aus, obschon es im übrigen viele Artikel des G.-B. umredigirt und das O.-R. auf die kantonalen Verträge anwendbar erklärt.

Wallis in dem grossrätlich genehmigten Leitfaden über die durch eidgen. Gesetze in seinem code civil (von 1854) hervorgebrachten Veränderungen erklärt als fortgeltend das kant. Recht in Bezug auf „les preuves“.

Freiburg und Genf haben keine Einf.-Verordnung.

Wir müssen die Hauptgrundsätze des Napoleonischen G.-B. darstellen und daran jeweilen die Abänderungen der Kantone reihen: <sup>1)</sup>

#### I. Das Beweisrecht des Cod. Nap. überhaupt.

Die Bestimmungen des 6. Kapitels vom dritten Buch des Code mit seinen 54 Artikeln beziehen sich anerkanntermaassen auf den Beweis von Thatsachen überhaupt, nicht bloss von Obligationen und Zahlungen, wie die Ueberschrift lautet. Das ergibt sich namentlich aus den Vorschriften über die Vermuthungen <sup>2)</sup>, die Geständnisse und den Eid, sowie aus der Zulassung des Zeugenbeweises bei Quasikontrakten und Delikten (Art. 1348), wo es sich ja meist um Thatsachen zufälliger Natur handelt, im Gegensatz zu Willenserklärungen.

Die Bestimmungen des 6. Kapitels beziehen sich auf die Beweislast, welche dem materiellen Recht angehört, auf die Zulässigkeit der verschiedenen Beweismittel und auf die Beweiskraft derselben. Das Verfahren der Beweisführung dagegen ist dem code de procédure civile überlassen.

Die Bestimmungen des 6. Kapitels haben endlich nicht die Solennität der Rechtsgeschäfte, d. h. die Bedingungen der Perfektion oder Gültigkeit derselben im Auge, sondern die Bedingungen ihrer gerichtlichen Geltendmachung. Dies ist, trotz mancher irreleitenden Ungenauigkeiten in der Redaction der Gesetzestexte, welche auf Begriffsverwirrung bei den Redaktoren zurückgeführt werden, die Auffassung der berufensten Kenner des franz. Rechts, wie Zachariä, Aubry und Rau, Laurent, Toullier. Insbesondere bedürfen die Verträge des fr. R. in der Regel keiner besondern Form zu ihrer Gültigkeit; die Willenserklärungen der Parteien können „sowohl

<sup>1)</sup> Wo ein Kanton nicht angeführt ist, folgt er dem Code Nap.

<sup>2)</sup> Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu art. 1349.



ausdrücklich — durch Worte oder Zeichen, und im erstern Falle mündlich oder schriftlich —, als stillschweigend d. i. durch Handlungen . . . ., geschehen.“<sup>1)</sup> Nur für wenige Verträge, von denen keiner unter das schweizerische O.-R. fällt, sind Solennitätsformen aufgestellt. Soweit stimmt das franz. Recht mit dem neuern römischen resp. gemeinen deutschen mehr überein als selbst das O.-R. und ist durchaus verschieden von dem System des preussischen allgemeinen Landrechts, nach welchem kein Vertrag gültig ist ohne schriftliche Abfassung, wenn das Objekt desselben den Werth von 100 Thlr. übersteigt.<sup>2)</sup>

Als Beweismittel sind anerkannt: schriftliche Urkunden, Zeugen, Vermuthungen, Geständniss, Parteieneid und gerichtlich auferlegter Eid.

Freiburg lässt die Vermuthungen weg, fügt dagegen Grenzzeichen, Augenschein und Sachverständige hinzu; es verbietet die Cumulation der Eideszuschreibung mit dem Zeugenbeweis, gestattet aber nachträglichen Gebrauch derselben, wenn der Zeugenbeweis misslungen (C. de pr. civ. 289).

Neuenburg (C. pr. c. 295) untersagt ebenfalls den Gebrauch des Eides neben andern Beweismitteln.

II. Der Beweis mittelst Urkunden ist mit grosser Aengstlichkeit normirt. Die Urkunden müssen, um als solche beweiskräftig zu sein, eine Menge Requisite besitzen, welche dem deutschen und deutsch-schweizerischen Rechte unbekannt sind. Dies bezieht sich besonders auf Privaturkunden, bei

---

<sup>1)</sup> Zachariä ed. Puchelt § 343.

<sup>2)</sup> Vgl. namentlich Laurent Principes XIX Nr. 98 ff.: „Autres sont les conditions requises pour la validité du fait juridique, de la convention; autres sont les conditions requises pour la validité de l'écrit qui sert de preuve littérale. Il peut donc arriver que l'écrit soit nul, bien que le fait juridique soit valable; la nullité de l'acte n'exerce en général aucune influence sur la validité du fait juridique etc. — Les conventions existent indépendamment des actes qui les contiennent; elles existent même nécessairement avant les actes qui ne sont faits que pour en rendre la preuve plus facile et plus durable (Toullier).“

welchen letzteres in der Regel nur die eigenhändige Unterschrift des Verpflichteten fordert.

Waadt (974—976) stellt an die Spitze der Lehre vom Urkundenbeweis einige sehr strenge Vorschriften im Sinne der Beschränkung des Gegenbeweises. Es wird der Gegenbeweis gegen den Inhalt einer Urkunde nur zugelassen durch Urkunden; Zeugen und Eideszuschreibung sind ausgeschlossen, während die französische Praxis und Doktrin beide zulassen (Zeugen bei Anfang eines schriftlichen Beweises, Laurent Principes Nr. 164, 165); ja der Beweis der Simulation wird den Parteien und ihren Erben gar nicht gestattet, eine Vorschrift, die mit O. R. 16 und mit dem ganzen Sinn und Geist dieses G.-B. so wenig im Einklang steht, wie mit der französischen Doktrin — eine Vorschrift des materiellen Rechts — oder Unrechts.<sup>1)</sup>

Die Grundsätze des Code Nap. im Einzelnen sind:

- a) Die öffentlichen Urkunden unterliegen den durch das Gesetz vom 25. ventôse an XI. vorgeschriebenen Förmlichkeiten. Dasselbe gilt noch im Berner Jura; in den andern Rechtsgebieten der romanischen Schweiz werden die Notariatsordnungen maassgebend sein. Die öffentliche Urkunde geniesst, wenn formell untadelhaft, eine Vermuthung für ihre Aechtheit und vollen Glauben hinsichtlich der vom Aussteller als innerhalb seines Geschäftskreises vorgenommen resp. wahrgenommen bekundeten Handlungen, Thatfachen, Erklärungen.

Freiburg hat nähere Vorschriften über die Fähigkeit der instrumentirenden Personen und der Solennitäts-Zeugen. Freiburg, Waadt und Neuenburg haben die Art. 1320 — betr. Glaubwürdigkeit der öffentlichen Urkunden, ins-

---

<sup>1)</sup> Wenn z. B. A. dem B. aus Gefälligkeit eine Schuldverpflichtung ausstellt, um sie bei einem Kreditinstitut zu hinterlegen, so soll ein wirklicher Darlehnsvertrag angenommen werden, den B. ohne Widerrede einklagen kann!?

besondere hinsichtlich des Verhältnisses von énonciation und disposition, und 1321 — betr. contre — lettres weggelassen. Die Unrichtigkeit jener Unterscheidung ist von der Doctrin anerkannt; letztere Bestimmung ist wohl als selbstverständlich betrachtet worden.

b) Privaturkunden.

1. Form. Code Nap. fordert:

- α) Unterschrift aller Betheiligten; darunter werden aber nur die Verpflichteten verstanden (Laurent l. c. Nr. 110 vgl. 202, Zach.-Puchelt IV § 752); sie kann durch ein Handzeichen nicht ersetzt werden (Arg. Art. 1318).
- β) bei Urkunden, die zum Beweis synallagmatischer (zweiseitiger) Verträge dienen sollen, die Ausfertigung sovieler Exemplare, als Personen mit besondern Interessen betheiligt sind und die Erwähnung des Umstandes der mehrfachen Ausfertigung in jedem Exemplar;
- γ) bei Urkunden, die zum Beweis eines Summen- oder Quantitäts-Versprechens dienen sollen, muss auch der Kontext vom Verpflichteten geschrieben oder der Unterschrift ein eigenhändiger Zusatz „Gut“ oder „Genehmigt für“ nebst ausgeschriebenener Summen- oder Quantitätsangabe beigelegt sein. Letztere Vorschrift gilt nicht für Verpflichtungen gewisser Klassen von Leuten, bei welchen mangelhafte Schreibkunde vorausgesetzt wird (obschon sie gerade eines grössern Schutzes gegen Uebervorthellung bedürften) und von Kaufleuten, wobei streitig ist, ob die Ausnahme sich nur auf Verpflichtungen aus Handelsgeschäften oder auch auf andere bezieht. Zu bemerken ist, dass bei Wechseln, bei Anlehensobligationen, wohl überhaupt bei Werthpapieren, die in Masse ausgegeben werden, diese Formvorschrift nicht zur Anwendung kommt.

Mangel dieser Förmlichkeiten entzieht der Urkunde die Beweiskraft; er wird aber gedeckt durch Erfüllung, d. h. das trotz der Formwidrigkeit der Urkunde Geleistete kann nicht zurückgefordert werden. Der Erfüllung steht gerichtliches Geständniss gleich, also wohl auch die Unterlassung, eine Einrede zu erheben.

Ob der Briefwechsel die einheitliche Urkunde mit mehrfacher Ausfertigung bei zweiseitigen Verträgen ersetzt, ist bestritten. (Dass das O.-R. ihn als Perfektionsform genügen lässt, ändert hieran nichts.) Die Praxis bejaht die Frage (Zach.-Puchelt VI, § 752, Note 14).<sup>1)</sup>

2. Beweiskraft. Die ächte resp. anerkannte und formrichtige Privaturkunde macht vollen Beweis unter den Parteien und ihren Rechtsnachfolgern, ja nach der herrschenden Meinung auch gegenüber Dritten, hinsichtlich der Thatsache, dass die fraglichen Erklärungen wirklich abgegeben worden seien. Gegenbeweis hinsichtlich der Wahrheit (*sincérité*) der Erklärungen ist aber zulässig mit den gesetzlichen Beweismitteln, d. h. ordentlicherweise mittelst Urkunden und Eid. Nur hinsichtlich des Datums besteht keine Vermuthung für die Richtigkeit gegenüber Dritten, so dass hier die Beweislast sich umkehrt. — Durch Einregistrirung, Tod des Verpflichteten u. s. w. erhält die Privaturkunde ein sicheres Datum auch gegenüber Dritten.

Freiburg hat folgende Verschärfungen der Formvorschriften:

---

<sup>1)</sup> Der Art. 1325, welcher die mehrfache Ausfertigung verlangt, ist der französischen Doktrin ein Dorn im Auge. Toullier n'aime pas l'art. 1325 et Merlin le déteste. Troplong erklärt ihn für eine erreur législative (Laurent l. c. Nr. 224). — In Art. 109 c. com. ist übrigens die Korrespondenz ausdrücklich als zulässiges Beweismittel erwähnt neben Privaturkunden, Zeugen u. s. w. — Daraus könnte für Verträge des Civilrechts die Negative gefolgert werden.

- a) die Ausnahmen von der Vorschrift 1, γ oben sind gestrichen;
- b) bei allen Privaturkunden muss das Datum, die Verpflichtungs-Summe und der allfällige Zinsfuss mit Worten geschrieben sein!

Waadt hat den verhassten Art. 1325 (mehrfache Ausfertigung) gestrichen.

Neuenburg erklärt die mehrfache Ausfertigung nicht für erforderlich, wenn der Akt einer bestimmt bezeichneten dritten Person übergeben und dies im Akt erwähnt ist (C. civ. 1076).

Im Berner Jura bleiben die Requisite der Beweiskraft von Urkunden auch in Zukunft bestehen, während das sonstige Beweisrecht nun einheitlich wird im Sinne der freien Wahl der Beweismittel, trotz heftiger Gegenwehr eines Theils der dortigen Juristen.

### III. Beweis durch Zeugen. <sup>1)</sup>

1) Zulässigkeit. Die französische Gesetzgebung ist bekanntlich seit Jahrhunderten bestrebt gewesen, den Zeugenbeweis einzuschränken. Als Grund wurde früher angegeben die Gefährlichkeit desselben, jetzt seine Unsicherheit und die Wünschbarkeit, dass die Verträge schriftlich abgeschlossen werden. Die Vorschriften dieser Art sind *juris publici*; Verzicht der Parteien werden nicht berücksichtigt. Sie gelten auch für die im Strafverfahren erhobenen Civilansprüche. Unsere westschweizerischen Kantone haben diesen Gedanken aufgenommen, in der Ausführung jedoch gemildert.

Die Grundsätze des Code Nap. sind:

- a) Ueber Rechtsgeschäfte gewisser Art und gewissen Werthes darf ein Zeugenbeweis nicht geführt werden. Dies sind:

α) von den im schweizerischen O.-R. normirten Ver-

---

<sup>1)</sup> Die Lehre von der Beweiskraft der Hausbücher, der Kerbhölzer und der Abschriften ist rein prozessualisch und berührt die vorwürfige Frage nicht. Die Frage der Beweiskraft und der Formrequisite der Handelsbücher ist unzweifelhaft kantonalen Rechts.

trägen der Mieth- und Pachtvertrag, sofern noch keine Vollziehung desselben stattgefunden <sup>1)</sup> (Art. 1715);

- β) alle „solennen“ Verträge, wie Ehekontrakt, Hypothek, Schenkungsvertrag. Hier wird angenommen, dass die Solennitätsform zugleich Beweis-erforderniss sei. Beim Wechsel und den andern Werthpapieren ist dies sicher;
- γ) alle Rechtsgeschäfte über einen möglichen Werth von mehr als 150 Fr. Da jedes verzinsliche Darlehn mit Hinzurechnung ausstehender Zinse auf diesen Betrag ansteigen kann, so sollte (nach Laurent) ein Darlehnsvertrag mit Zinsversprechen stets schriftlich abgefasst werden.

Freiburg schränkt dieses Princip ein auf Gelddarlehn von mehr als Fr. 200 Kapital (Art. 2227 c. civ.). Dagegen sorgt dieses Gesetz für Herstellung schriftlicher Beweismittel dadurch, dass bei formlosen einseitigen Verträgen die berechtigte, bei formlosen zweiseitigen jede Partei von der andern die Ausstellung einer Urkunde auf Kosten des Verpflichteten verlangen kann (Art. 1149). Diese Vorschrift ist offenbar aufgehoben durch O.-R.; es ist eine Nebenverpflichtung aus obligatorischen Verhältnissen, welche nicht in das System des schweizerischen Gesetzbuchs passt und nicht unter die den Kantonen überlassenen Gebiete fällt. Schriftlichkeit als Solennitätsform ist vorgeschrieben bei Societät für einen Gegenstand von mehr als Fr. 2000, ferner bei allen Bürgschaften. Auch dies fällt als Kant. Rt. weg, obschon kein Einführungsgesetz erlassen ist. Waadt untersagt den Zeugenbeweis nur bei Verträgen (conventions), also nur bei Rechtsgeschäften, welche Obligationen begründen oder verändern, nicht aber bei Erfüllungsgeschäften, welche L. 800 alte Währung übersteigen. Betreffend Gegenbeweis siehe oben sub II.

---

<sup>1)</sup> Laurent l. c. Nr. 437. Bern hat im Einf.-Ges. diese Beweisvorschrift für den Jura gestrichen.



Wallis (C. G. B. v. 1854, Art. 1213, bisher ganz mit C. Nap. übereinstimmend) setzt: Verträge über Fr. 300. — können nicht durch Zeugen bewiesen werden.

Neuenburg fixirt die Grenze für alle Rechtsgeschäfte auf Fr. 1000.

Genf hat durch Gesetz vom 21. Okt. 1874 den Betrag von Fr. 200 an die Stelle desjenigen von Fr. 150 gesetzt.

- b) Ein Gegenbeweis hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit einer schriftlichen Urkunde über ein Rechtsgeschäft (insbesondere betreffend „mündliche Nebenabreden“) darf nicht durch Zeugen unternommen werden. — In der Anwendung sind die Folgen dieses Grundsatzes überaus bestritten. Durch die Bestimmung in O.-R. 11 ist derselbe modificirt (siehe unten).

Freiburg hat diesen Grundsatz in Art. 290 C. proc. civ. (vgl. jedoch die Ausnahme hienach).

Waadt lässt ihn bei Seite.

c) Ausnahmen.

- α) In den Fällen a) und b) ist direkter Beweis resp. Gegenbeweis durch Zeugen im Sinne der Ergänzung gestattet, wenn der Beweis- resp. Gegenbeweisführer den Anfang eines schriftlichen Beweises, d. h. ein von der Gegenpartei herrührendes Schriftstück, eine Aufzeichnung irgend welcher Art vorlegt, welche den Erfordernissen einer Beweisurkunde nicht genügt, und welche die behauptete Thatsache (resp. ihr Gegenteil — dass der eingeklagte Vertrag nicht so abgeschlossen worden, wie der zum Hauptbeweis produzierte Act ausweist) wahrscheinlich macht. Die Beurtheilung der Frage, ob Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden oder nicht, ist dem freien Ermessen der Gerichte überlassen, d. h. sie kann nicht vor den Kassations-Hof gebracht werden. Man weiss,



welch ausgedehnten Gebrauch die französischen Gerichte von diesem *beneficium* im Interesse des materiellen Rechts zu machen wissen. Geht ja die Praxis so weit, die in einer *ad hoc* angehobenen Criminaluntersuchung vom Gegner abgegebenen Erklärungen als *commencements de p. p. é.* anzuerkennen.<sup>1)</sup> Dass die im *interrogatoire sur faits et articles* (Parteibefragung im Civilprocess) abgegebenen Erklärungen, ja selbst die Verweigerung einer Erklärung, — ferner alle Schriftstücke, die sich der Gegner prozessualisch zu eigen macht, auf die er sich beruft, zur Ergänzung durch Zeugenbeweis genügen, ist unbestritten.

Freiburg (2221) statuirt die nämliche Ausnahme vom Verbot des Zeugenbeweises über Gelddarlehn von mehr als Fr. 200, ohne die Erfordernisse des „Anfangs schriftlichen Beweises“ zu präcisiren.

Neuenburg (1096) streicht das Erforderniss der Urheberschaft des Gegners; weitergehend als die französische Praxis ist hier zum Anfang eines schriftlichen Beweises genügend „jede geschriebene Urkunde, welche die behauptete Thatsache wahrscheinlich macht,“ also auch eigene Aufzeichnungen des Beweisführers.

β) Der Zeugenbeweis ist ohne Weiteres gestattet, wenn es dem Beweis- resp. Gegenbeweisführer nach Lage der Dinge unmöglich war, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen. Dieser Satz findet namentlich Anwendung bei Obligationen aus quasi Contracten, Delikten und Quasidelikten (unter letztern versteht das französische Recht die fahrlässigen Beschädigungen, unter *délits* nur die absichtlichen; die Quasidelikte der gemeinrechtlichen Theorie werden unter die Lehre von der *responsabilité* gezogen; für die Frage der Beweismittel gehören letztere Fälle zu den Quasi-

---

<sup>1)</sup> Laurent l. c., vgl. E. Vogt, Ztschr. d. Bern. Jur. Ver. V. 240.

delikten); ferner da, wo eine Partei ein Rechtsgeschäft wegen Zwangs- oder Betrugs anfigt. In vielen Fällen reicht diese Ausnahme praktisch nicht aus, namentlich bei den Vertrauensmissbräuchen der verschiedensten Art; z. B. der Aussteller eines Blanketts hätte — so wird eingewendet — sich einen Revers über die verabredete Art der Ausfüllung geben lassen, der Deponent über die stattgefundene Hinterlegung, der Mandant über den Auftrag eine Urkunde verlangen können, — eine vollständige Verkennung der thatsächlichen Lebensverhältnisse! — Zum Nachweis der Simulation genügen Zeugen, wenn dieselbe in fraudem legis vorgenommen worden.

Freiburg gestattet in C. proc. civ. 290 den Zeugenbeweis „über Thatsachen, welche die Erwirkung einer Fälschung, eines Betruges, eines Irrthums, einer Simulation, der Handlungsunfähigkeit und der andern Nichtigkeits- oder Restitutionsgründe bezwecken.“ Diese Bestimmung ist eine zweckmässige Erweiterung des Art. 1348 C. Nap. —

- γ) Der Zeugenbeweis ist gestattet, wenn der Beweisführer die zum Zweck des Beweises aufgenommene Urkunde ohne eigene Schuld nicht mehr vorzulegen im Stande ist.<sup>1)</sup> Die Herausgabe der Privatschuldurkunde an den Verpflichteten hebt die Verpflichtung auf (1282). Kann hingegen der Gläubiger die Thatsache des zufälligen Verlusts des Aktes nicht erweisen, so darf er sich nicht auf Zeugen berufen für den Inhalt desselben.

Freiburg berücksichtigt diese Ausnahme nicht. Sonach kann dort ein Darlehn über Fr. 200 niemals bloß durch Zeugen bewiesen werden. Dagegen begründet die Auslieferung der Schuldschrift nur eine Vermuthung für die Befreiung des Schuldners (1322).

<sup>1)</sup> Das Erforderniss der „höhern Gewalt“ in Art. 1348 wird nicht streng gehandhabt (Laurent l. c. Nr. 572).

- 8) Der Zeugenbeweis kann endlich zugelassen werden über alle Thatsachen, welche Handelsgeschäfte betreffen, nach Ermessen des Handelsgerichts.

Die Handelsgesetze von Freiburg und Neuenburg enthalten ohne Zweifel ähnliche Bestimmungen wie der französische C. com.; letzterer gilt in Genf und dem Berner Jura; für diesen sind die besondern Beweisvorschriften aufgehoben, soweit es die Gesellschaftsverträge betrifft; beibehalten dagegen Art. 109 über den Beweis der Kaufgeschäfte.

## 2) Beweiskraft.

Die Würdigung der Zeugenaussagen ist dem freien Ermessen des Richters überlassen; an die Zweizahl ist er nicht gebunden. Dagegen sind gewisse Personen auf Antrag des Gegners verwerfliche Zeugen. Dies bezieht sich namentlich auf Verwandte, in der Seitenlinie bis zu Kindern von Geschwisterkindern und deren Ehegatten (83 C. pr. civ.). —

Freiburg (C. civ. 2213) schliesst die Verwandten und Verschwägerten nur bis zum 3. Grad der Seitenlinie aus und gestattet den Parteien, Verdächtigkeitsgründe in unbeschränkter Zahl geltend zu machen. Ueber die Beweiskraft der Zeugenaussagen keine Bestimmung. Es gilt der allgemeine Satz des Art. 296 C. pr. civ.: freie Würdigung der beigebrachten Beweise und der gesammten Umstände des Falles.

Waadt überlässt die Würdigung des Zeugenbeweises der richterlichen Ueberzeugung, und es sind die diesbezüglichen Feststellungen der ersten Instanz für das Obergericht bindend. Daher viele Streitigkeiten über die Frage der Zulässigkeit des Zeugenbeweises (Art. 282, 440 C. pr. civ. von 1869).

Neuenburg (C. pr. c. v. 1879, Art. 202) weist den Richter an, zu entscheiden „nach seinem Gewissen, mit Rücksicht auf die Gesammtheit der Verhandlungen und nach aufmerksamer Prüfung der Beweisergebnisse.“ Verwerflich sind die Verwandten und Verschwägerten der Parteien bis zum

4. Grad der Seitenlinie. Dienstboten, bürgerlich Ehrlose können ohne Beeidigung einvernommen werden.

#### IV. Beweis durch Eideszuschiebung.

Die Eideszuschiebung findet statt über jede Thatsache, von welcher der Gegner persönliche Kenntniss haben soll, in jedem Stadium des Prozesses, auch nach Misslingen eines anderweitigen Beweises, sowie namentlich wo Zeugenbeweis unzulässig. Sie kann auch angewendet werden als Gegenbeweismittel, z. B. gegen Urkunden oder Zeugenaussagen. Der Parteieid hat wesentlich Vergleichsnatur. — Es bleibt daher bei der durch Eid festgestellten Thatsache, selbst wenn die eidliche Aussage im Strafprozess „gefälscht“, d. h. als unwahr erkannt worden. Dadurch wird das Prinzip der Beschränkung des Zeugenbeweises gewahrt.<sup>1)</sup> Die Rückschiebung findet statt, wenn die zum Eid verstellte Thatsache dem Deferenten bekannt ist. — Das Beweismittel kommt praktisch selten zur Anwendung. —

Freiburg ersetzt den Eid durch eine Versicherung an Eidesstatt, wenn der Streitwerth weniger als Fr. 20 beträgt, gestattet ihn auch über Handlungen des Auktors, Bevollmächtigten u. s. w. „oder eines Dritten“ (2192 C. civ.). Die gemeinrechtliche Gewissensvertretung ist hier zugelassen; die Rückschiebung dagegen ausgeschlossen, wenn die Thatsache nur dem Delaten bekannt. Ueber das Verhältniss zu andern Beweismitteln siehe oben unter I. Der Richter kann eine Partei, die sich in Widersprüche verwickelt, oder wenn sich Anzeichen de dol ou de mauvaise foi zeigen, des Eides unwürdig erklären, und es gilt dann der Beweissatz als zugestanden (C. pr. c. 326).

Waadt beschränkt dieses Beweismittel auf Sachen über L. 20 a. W., ferner auf Thatsachen, welche für den Schwörenden nicht strafrechtliche Folgen haben können. Der

---

<sup>1)</sup> Im Berner Jura kann nach „Fälschung“ des Eides durch Strafurtheil eine Revision des Civilprocesses verlangt werden, daher oft der Zeugenbeweis auf einem Umwege zur Anwendung gebracht wurde.

Gegenbeweis ist zulässig, wenn der Meineid strafrechtlich konstatirt worden.

Neuenburg (C. p. c.) nimmt alle Thatfachen aus, welche der Ehre des Schwörenden nachtheilig sein könnten.

V. Indirekter Beweis (Beweis durch Schlussfolgerungen).

Unter *présomptions* versteht der Code Nap. sowohl die gewöhnlich sogenannten Rechtsvermuthungen (absolute und relative — erstere den Beweis ausschliessend, letztere die Beweislast umkehrend), als auch die richterliche Thätigkeit, kraft welcher eine Schlussfolgerung aus einer feststehenden Thatfache auf die zu beweisende gezogen wird. Nur letztere Thätigkeit, die sich auf die Erfahrungen des Lebens und des täglichen Verkehrs stützt, kann überhaupt zu der Lehre von den Beweismitteln gerechnet werden, insofern es sich für den Richter darum handelt, ob er im konkreten Fall von dieser Erkenntnisquelle Gebrauch machen dürfe oder nicht. Das französische Civilgesetz verbietet ihm dies in allen Fällen, wo der Zeugenbeweis ausgeschlossen ist. Die Beschränkungen des Zeugenbeweises gelten m. a. W. in ganz gleicher Weise und mit den nämlichen Ausnahmen auch für den Indizienbeweis im Civilprozess. Neben diesem wichtigen Satz kommt der Vorschrift, dass der Richter nur gewichtige, bestimmte und übereinstimmende Indizien berücksichtigen soll, geringe Bedeutung zu: es gilt hier freies richterliches Ermessen.

Freiburg spricht vom Indicienbeweis gar nicht; er muss also auch zulässig sein gegen die Schuldurkunde für mehr als Fr. 200.

Waadt hat den bezüglichen Art. 1353 C. Nap. weggelassen und scheint den Indizienbeweis freizugeben.

VI. Den Ergänzungseid kennt der Code Nap. ganz nach deutschrechtlicher Art, vermischt aber damit den Würdigungseid des gemeinen Rechts.

Freiburg beschränkt ihn auf gewisse, gesetzlich bestimmte Fälle, z. B. zu Hausbüchern.

Waadt kennt den richterlich auferlegten Eid ebenfalls nur als Bestärkungsmittel zu Inscriptionen in Haus- und Handlungsbüchern.

Wallis hat die Eigenthümlichkeit, dass der Ergänzungseid ausgeschlossen wird, „wenn der Kläger mehr als Fr. 150 verlangt,“ mit Vorbehalt der Fälle, wo Zeugenbeweis ausnahmsweise (nach Art. 1348 C. Nap. = 1219 C. civ. Val.) zulässig ist.

### § III.

Die Grundsätze des eidg. O.-R. über Form der Verträge sind folgende:

- I. Die Formlosigkeit ist Regel, das Formerforderniss Ausnahme.
- II. Die Form ist Solennitäts-, nicht Beweisform. (Der Frachtbrief bildet keine Ausnahme, sondern dessen Ausstellung und Annahme entzieht dem Versender bloß die Befugniß zum Rücktritt, Art. 453; auch sonst ist für den Vorbehalt in Art. 9 „ist über Bedeutung und Wirkung einer vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt“, kein Anwendungsfall gefunden worden.) Beide Funktionen sind vereint bei den htzt. sogenannten Werthpapieren, d. h. Urkunden, deren Besitz resp. Vorweisung zu der Verwerthung, insbesondere zu der Ausübung des darin verbrieften Rechtes erforderlich ist.<sup>1)</sup> Dahin gehören: Inhaberpapiere, der Wechsel und die übrigen Ordrepapiere, Rectapapiere mit Präsentationsklausel.
- III. Die Form ist entweder erforderlich zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts unter den Parteien, oder — ausnahmsweise — nur zur Wirksamkeit gegenüber Dritten (Art. 184 Cession; — über den Sinn ist Streit).

---

<sup>1)</sup> Vgl. H. Brunner in Endemann's Hdb. d. Hdsrts. II, 147.



## IV. Die Form ist entweder:

öffentliche Beurkundung (selten) oder einfache Schriftlichkeit, ohne oder mit Vorschreibung des Inhalts, oder

Eintragung ins Handelsregister (ausnahmsweise, um Nichtkaufleute der kaufmännischen Normen theilhaftig zu machen).

## V. Abänderungen von Verträgen, die der Schriftform unterliegen, bedürfen derselben Form, wenn es sich nicht um „ergänzende Nebenbestimmungen“ oder Verzichte handelt (Art. 11, vgl. 140).

## VI. Die einfache Schriftform ist erfüllt mit der Unterzeichnung Seitens des oder der Verpflichteten. Die Willenserklärungen der Parteien müssen nicht in einer einheitlichen Urkunde zusammengefasst sein; daher genügen Briefe, Originaldepeschen. — Die Unterschrift wird ersetzt durch ein beglaubigtes Handzeichen (Art. 12, 13).

---

Die Anwendung dieser Vorschriften innerhalb der Kantone deutschen Rechts leidet keine Schwierigkeit. Am wenigsten bei denjenigen mit freier Beweiswürdigung. Hier darf der Richter den Beweis jedes nicht solennen Rechtsgeschäfts als erbracht annehmen, sobald er die Ueberzeugung erlangt hat, dass die Willensübereinstimmung vorhanden und in irgend einer Weise zu Tage getreten sei. So kann z. B. ein Kauf über Mobilien in jedem Betrag durch eine blosse Notiz des Verkäufers in seinem Taschenkalender hergestellt sein, wenn dies zwischen Parteien Uebung war; der Bestätigungsbrief eines Bankiers genügt zur Herstellung des bedeutendsten Auftrags, wenn der Empfänger stillschweigt, u. s. w. — Wo die Gesetze „Rechtsförmigkeit“ der Beweisurkunden fordern, ist dies als ein Hinweis auf das materielle Recht aufzufassen; sie wollen im Grunde nur soviel sagen: wird ein Rechtsgeschäft behauptet, welches einer gesetzlichen Formvorschrift unterliegt, und wird zum Beweise desselben eine Ur-



kunde vorgelegt, so darf der Richter dasselbe nicht als zu Stande gekommen betrachten, mithin die Urkunde nicht berücksichtigen, sofern sie nicht die gesetzlichen Förmlichkeiten an sich trägt. — Hier finden wir also eine materiellrechtliche Bestimmung in den Prozessgesetzen, während umgekehrt beim französischen System prozessuale Vorschriften ins Civilgesetzbuch aufgenommen sind. — Aber selbst bei solennen Rechtsgeschäften braucht die Urkunde gar nicht einmal vorzuliegen; es genügt der Beweis, dass sie irgend einmal existirt, dass der Wille der Parteien sich in der vorgeschriebenen Form geäußert hat, und dieser Beweis kann in jeder Weise erbracht werden. Auf den Grund, wesshalb die Urkunde nicht vorgelegt wird, kommt nichts an.<sup>1)</sup> So wird z. B. ein Gläubiger, der einen Bürgschein (O.-R. 491) aus Versehen vernichtet hat, die Bürgschaft gleichwohl einklagen und die Ausstellung desselben durch Zeugen, welche denselben gesehen, durch Indicien aus dem Verhalten des Bürgen u. s. w. beweisen können. Wo in kantonalen Gesetzen der Gegenbeweis gegen Urkunden, namentlich instrumenta publica, ausgeschlossen ist, steht dies zwar im Widerspruch mit Sinn und Geist des O.-R., welcher überall auf möglichst freie Würdigung aller Umstände des Falles hinzielt, ist aber durch dessen Buchstaben nicht beseitigt. Namentlich ist zu unterscheiden zwischen dem Einwand unrichtiger Beurkundung der Parteierklärungen einerseits und dem Einwand der Simulation andererseits; letzterer gehört dem materiellen Recht an: das Gewollte ist zwar nicht zum Ausdruck gekommen, aber es ist dies in Folge Uebereinkunft der Parteien geschehen; es soll daher zwischen Parteien das Gewollte dennoch gelten nach Art. 16 O.-R.. ersterer kann rein prozessual aufgefasst werden: was eine einzelne Partei in Abweichung von der Urkunde gewollt, resp; erklärt zu haben behauptet, soll nicht berücksichtigt werden, ist nicht beweisbar. Dort liegt ein ganz anderes Rechtsgeschäft vor, hier möglicherweise eine Modifikation des vorgeschriebenen Rechtsgeschäfts, und jede Partei konnte dafür sorgen, dass die Verschreibung vollständig und richtig sei. —

<sup>1)</sup> Vgl. Dernburg preuss. Pr. R. I. § 100.

Die meisten deutschen Kantone sprechen nicht ausdrücklich von der Beweiskraft der Privaturkunden gegenüber Dritten; nach richtiger Ansicht (vgl. z. B. Basel) sollten dieselben bloss als Indicien gelten, jedenfalls sollte in Betreff des Datums der Beweis der Richtigkeit besonders gefordert werden. Dies wird namentlich wichtig bei mehrfachen Cessionen derselben Forderung (O.-R. 186). — Wo eine kantonale P.-O. ein blosses Handzeichen oder ein durch Private beglaubigtes Handzeichen als genügend erklärt, kann diese Erleichterung fortbestehen:

- a) Bei den Verträgen des kantonalen Rechts;
- b) bei den formlosen Verträgen des O.-R., sofern die Schrift nur zum Beweis des schon geschlossenen Vertrags aufgenommen, nicht aber Schriftlichkeit als Perfektionsform vorbehalten war (O.-R. 14).

---

In den westschweizer. Kantonen können Konflikte zwischen eidgenössischem und partikulärem Recht leichter entstehen. Wir müssen von dem theoretisch richtigen und von den ersten, ältern und neuern Vertretern der franz. Wissenschaft anerkannten Satz ausgehen, dass das Kapitel des c. civ. „von den Beweisen“ eben nur Sätze des formellen, nicht des materiellen Rechts enthält. — Rechtsgeschäfte sind Thatfachen, Handlungen, welche sich in der Zeit und im Raume vollziehen, wie alle Thatfachen. Rechtsgeschäfte müssen, wie andere Thatfachen dem Richter zur Anschauung im Geiste gebracht, zur „Ueberzeugung“ gemacht werden, damit er sie als wahr annehmen darf. Das formelle Privatrecht, bzw. das Civil-Processrecht ist es nun, welches die Regeln aufstellt, nach welchen der Richter seine Ueberzeugung zu schöpfen hat. Viele Rechtsgeschäfte können wirklich abgeschlossen und gültig sein, ohne dass es äusserer Umstände wegen möglich ist, sie dem Richter glaubhaft zu machen. Diese äusseren Umstände können natürliche oder gesetzliche sein, und im letztern Fall kann es vorkommen, dass der Richter „als Mensch“ vom Bestehen eines Rechtsgeschäfts vollständig überzeugt ist, ohne dasselbe „als Richter“ anerkennen zu dürfen. Da heisst es freilich oft:

„Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage,“  
was überhaupt gewöhnlich dann eintritt, wenn der Staat sich zum Regierer des geschäftlichen Verkehrs und seiner Bedürfnisse aufwirft.

Was war die kanonische Beweistheorie, was ist das Kapitel des Code „des Preuves“ anderes als eine solche Regiererei! — Solche Regiererei ist aber den Schweizer Kantonen nach dem in § I Gesagten vom Bund gestattet und zugelassen. Die Bundesversammlung hat gewusst, dass es nach wie vor viele konkrete Vertragsverhältnisse in der Schweiz, namentlich der romanischen geben werde, welche wegen der strengen Beweisvorschriften nur einen problematischen Werth für den Berechtigten besitzen, und sie hat es so gewollt.

Gehen wir die einzelnen Gruppen durch:

1. In Betreff der öffentlichen Beurkundung bleiben die kantonalen Rechte in Kraft. Nach diesen regelt sich die Frage nach der Fähigkeit und den Amtsbefugnissen der öffentlichen Urkundsperson, nach den Formen, gemäss welcher sie bei der Instrumentirung vorgehen soll. Es handelt sich um Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit, in welche der Bund nicht eingegriffen hat. Das Bundesgericht wird also z. B. die Frage ob das Handzeichen eines Analphabeten nach Art. 13 O.-R. gültig beglaubigt sei, nach dem Recht des Ausstellungsortes zu beurtheilen haben. Aber ebenso wird letzteres Recht zur Anwendung kommen, wenn eine notariell abgefasste Darlehnsurkunde über mehr als Fr. 3000 in Betracht kommt, wo die solenne Form nur des Beweises wegen gewählt wurde. Die Beweiskraft der Urkunde wird nach der kantonalen Notariatsordnung zu prüfen sein.<sup>1)</sup>

Damit hängt die Frage des Gegenbeweises zusammen. Wir werden dieselbe bei den Privaturkunden behandeln. Die Rechtsgrundsätze des code civil sind für beide Arten genau die nämlichen.

## 2. Privaturkunden.

Die besondern Erfordernisse der Glaubwürdigkeit schriftlicher Privaturkunden hinsichtlich ihrer äussern Form, wie sie

<sup>1)</sup> Diese Sätze finden auch Anwendung auf die deutschen Kantone.

die romanischen Kantone meist beibehalten und zum Theil noch verschärft haben, müssen als fortbestehend angesehen werden. Das O.-R. stellt das Minimum fest, welches in Bezug auf Förmlichkeit erfüllt werden muss, damit das solenne Rechtsgeschäft existirt; die Kantone können dem Richter verbieten, sich an diesem Minimum für den Beweis genügen zu lassen. So bildet das notariell beglaubigte Handzeichen in jenen Kantonen keinen Ersatz für die Unterschrift; der Vertrag, durch welchen ein Analphabet verpflichtet werden soll, muss seinem ganzen Inhalt nach notariell abgefasst sein. — Die Richtigkeit dieses Satzes, so absonderlich auch dessen Konsequenzen erscheinen mögen, zeigt sich darin, dass andernfalls Rechtsgeschäfte, die der schriftlichen Abfassung nicht kraft Gesetzes unterliegen und die in concreto nur des Beweises wegen verschrieben worden sind, strengern Förmlichkeiten unterliegen würden, als die kraft eidgen. Rechts solennen Verträge. Man vergleiche z. B. einen Kaufvertrag über ein Paar Pferde und einen Miethvertrag über ein Wohnhaus, wobei die Untermiethe ausgeschlossen wird. Ersterer wäre mit beglaubigtem Handzeichen, ohne mention des doubles, bezw. in einfacher Ausfertigung, im Kanton Genf nicht beweiskräftig, letzterer dagegen wohl, ja es würde auch der Briefwechsel genügen, und doch fordert das O.-R. hier Schriftlichkeit, dort nicht; es würde eine neue Rechtsverschiedenheit innerhalb der Kantone entstehen. Der nicht beweisbare Vertrag ist übrigens nicht wirkungslos, siehe § II, II b hievor.

Wo Solennitäts- und Beweisform Eins sind, wie beim Wechsel u. s. w., cessirt natürlich diese Unterscheidung; das eidgen. Recht wird absolut maassgebend.

Den Gegenbeweis anlangend kommen O.-R. 11 und 16 in Betracht.

Art. 11 <sup>1)</sup> betrachtet mündliche Nebenabreden als unerheblich, wenn der Vertrag kraft Gesetzes der schriftl. Form

---

<sup>1)</sup> „Ist für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben, so gilt diese Vorschrift auch für jede Abänderung desselben, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, welche mit der Urkunde nicht im Widerspruch stehen.“

unterliegt. Dies ist eine absolute Rechtsvermuthung für die Vollständigkeit der schriftlichen Urkunde. Das französische Recht, mit ihm Genf, Neuenburg, Wallis und Freiburg, gestattet den Beweis *outré le contenu aux actes* durch Eideszuschreibung. Hier bricht das strengere Bundesrecht das mildere Kantonalrecht. Es kann z. B. der Bürge nicht eine mündliche Abrede geltend machen, nach welcher der Gläubiger ihm irgend eine Einschränkung der Bürgschaftspflicht gewährt hätte. Andererseits kommen bei nicht-solennen Verträgen die kantonalen Bestimmungen zur Anwendung.

Art. 16 <sup>1)</sup> will den wirklichen Willen der Parteien, wenn derselbe auf ein anderes Rechtsgeschäft als das erklärte gerichtet war, zur Geltung bringen. Das französische Recht gestattet dies auch, erschwert aber den Beweis des gewollten Rechtsgeschäfts, indem es nur Urkunden und Eideszuschreibung, Zeugen bloss bei Anfang eines Schriftbeweises zulässt. Frei ist die Wahl der Beweismittel nur, wenn in der Simulation eine *fraus* liegt, z. B. ein verbotenes Rechtsgeschäft wird unter einem erlaubten versteckt. Diese Bestimmungen bleiben in Kraft, nicht aber die weitergehende des Art. 975 Abs. 2 C. civ. Vaudois. <sup>2)</sup> — Zugeben muss man, dass auch hier, vielleicht mehr als sonstwo, „theoretisches“ und „praktisches“ Civilrecht hart in einander greifen und es nur erfreulich wäre, wenn ersteres den Sieg behielte.

3. Hinsichtlich der Beschränkungen des Zeugenbeweises bei Rechtsgeschäften über einen höhern Werth können wir kurz sein. Dieses Moment hat ja die jetzige Fassung

---

<sup>1)</sup> „Bei der Beurtheilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, welche dieselben, sei es aus Irrthum, sei es in der Absicht gebraucht haben, um die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen (Simulation).“

„Dem gutgläubigen Dritten, welcher ein schriftliches Schuldbekenntniss besitzt, kann der Schuldner nicht die Einrede der Simulation entgegensetzen.“

<sup>2)</sup> Néanmoins la preuve de la simulation de l'acte n'est pas admise en faveur des parties contractantes, ni de leurs héritiers.



des Art. 9 O.-R. hauptsächlich bedingt. Diese Beschränkungen bleiben aufrecht. Ebenso die Ausnahmen. Namentlich werden, wo Handelsgerichte bestehen, diese bei ihrer Jurisdiktion von den ihnen gestatteten Freiheiten nach wie vor Gebrauch machen (vgl. Art. 109 c. com. fr.). Für die Definition der „Kaufleute“ und der „Handelsgeschäfte“ bleiben übrigens die kantonalen Gesetze maassgebend, soweit sie die Kompetenz der Handelsgerichte bestimmen.

4. Ueber den Beweis durch Eideszuschreibung ist nichts zu bemerken; dagegen fordern Bestimmungen des O.-R. wie sie in Art. 137: Der Richter entscheidet — über die Frage ob ein die Kompensation beanspruchender Konkursgläubiger seine Gegenforderung in der Absicht an sich gebracht habe, um die andern Gläubiger zu benachtheiligen, unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen;

Art. 202: Gleiche Bestimmung für den Fall eines betrügerischen *constitutum possessorium*;

Art. 51: Bestimmung des Schadenersatzes wegen unerlaubter Handlungen

stehen, zu der Frage heraus, ob solche nicht mit den Beschränkungen des Indizienbeweises in Kollision kommen. Sie beantwortet sich aber sofort damit, dass dies Fälle sind, wo Zeugen und Indizienbeweis auch nach französischem Recht zulässig, weil der Beweisführer nicht in der Lage war, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen.

---

Streitigkeiten über Zulässigkeit und Beweiskraft einzelner Beweismittel wickeln sich vor den kantonalen Gerichten ab. Beweisdekrete können nach Art. 29 des B.-Ges. über die Bundesrechtspflege nicht vor das Bundesgericht gebracht werden. Das B.-Gericht muss sich ferner an den von dem kantonalen Gericht festgestellten Thatbestand halten, d. h. an die von letzterm erhobenen Beweisergebnisse.<sup>1)</sup> Neue Thatfachen wird es nur dann zum Beweise zulassen dürfen, wenn die an-

---

<sup>1)</sup> Vgl. Prof. Speiser's Referat an den schweizer. Jnristentag vom J. 1882.



gerufenen Beweismittel den Vorschriften der betreffenden Kantonsgesetzgebung gemäss zulässig sind.

Welches kantonale Beweisrecht kommt zur Anwendung, wenn Rechtsgeschäfte aus andern Kantonen zur Beurtheilung gelangen? Sobald die Lehre vom Beweis als eine prozessrechtliche angesehen wird, kann die Frage nicht zweifelhaft sein; das Prozessrecht ist *publici juris*; der Richter jedes Landes ist an die in seinem Lande geltenden Regeln gebunden; die *lex fori* ist maassgebend.

Dass speziell die Vorschriften, welche den Zeugenbeweis beschränken, *publici juris* seien, wird von der französ. Doctrin selbst behauptet; das im Kt. Bern vor Zeugen abgeschlossene Geschäft im Betrage von mehr als Fr. 200 wird also in Genf nicht durch diese Zeugen bewiesen werden können.

Schwieriger wird die Frage bei dem Urkundenbeweis. Die Regel *locus regit actum* ist maassgebend für die Form der öffentlichen Urkunden, weil es sich hier um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. — Hinsichtlich der Privaturkunden ist die Frage äusserst bestritten. Der neuste französische Schriftsteller über dieselbe<sup>1)</sup> will nach dem positiven Recht Frankreichs das heimatliche Recht des Berechtigten — *de la partie la plus exigeante* — entscheiden lassen, weil Art. 3 des *code civil* nur die dahin gehende ältere Theorie reproducirt habe. Er führt aber an, dass die meisten Autoren anderer Ansicht seien und der Regel *locus r. a.* den Vorzug geben, ebenso der Kassationshof, welcher im J. 1856 einen von einem Franzosen in England ausgestellten Schuldschein nach englischem Recht beurtheilte. Vom theoretischen, wissenschaftlichen Standpunkt aus billigt er diese Anschauung, führt jedoch nur Zweckmässigkeitsgründe an. Die Parteien können sich an dem Ort, wo sie sich befinden, nach den hier geltenden Formen erkundigen; ferner werde dadurch den Schwierigkeiten vorgebeugt, welche bei Verschiedenheit der Nationalität der Kontrahenten entstehen können. Er citirt

<sup>1)</sup> Duguit, des conflits des législations relatifs à la forme des actes civils, Paris, 1882.

für seine Ansicht fälschlich Bar, welcher im Gegentheil den Unterschied zwischen solchen Bestimmungen hervorhebt, wonach ein Rechtsgeschäft z. B. überhaupt nicht anders als durch eine in gewissen Formen abgefasste Urkunde bewiesen werden kann und solchen, wo andere Beweismittel in thesi zulässig sind; im ersten Fall sei eine Vorschrift des materiellen Privatrechts in die Form einer Prozessregel eingekleidet (z. B. das englische Recht über Testamentsformen), im zweiten dagegen liege eine von der *lex fori* abhängige Beweisvorschrift vor.<sup>1)</sup> Allerdings erkennt Bar die Eideszuschreibung nicht als Beweismittel an. Bedenkt man aber, wie zahlreiche die Fälle sind, in welchen der Code trotz mangelhafter Form der Urkunde anderweitige Beweismittel zulässt (z. B. der Gläubiger besitzt einen Brief des Schuldners, in welchem er um Stundung bittet oder es bestehen Zinsquittungen u. s. w.), sowie dass die Erfüllung der Obligation die Formmängel der Urkunde deckt, dass die mangelhafte Urkunde durch hinzukommenden Zeugen und Indizienbeweis ergänzt werden kann, — so wird man die Art. 1325 ff. c. civ. doch zu der letzteren Kategorie von Gesetzen rechnen müssen.<sup>2)</sup> Ist nun die den Vorschriften dieser Artikel nicht entsprechende Urkunde selbst vor dem französischen Gerichte nur nicht vollbeweisend, warum soll sie unter der Herrschaft einer freieren Beweistheorie gar nicht beweisen? Denn dass nun das ganze Beweissystem des Code auch für den unter andern Beweisregeln lebenden Richter verbindlich sein soll, wenn ein dort abgeschlossenes Rechtsgeschäft zur Sprache kommt, wird Niemand behaupten. Die Theorie von der Anwendbarkeit der *lex loci actus* auf unsere Frage kommt von der Verwechslung der Förmlichkeit mit der Beweislichkeit. Art. 823 O.-R. stellt sogar für Wechsel — wo Solennitäts- und Beweisform Eins — die Anwendbarkeit des einheimischen Rechts unter gewissen Umständen auf. — Die hier angenommene Ansicht

<sup>1)</sup> v. Bar *internat. Pr.-R.* § 123.

<sup>2)</sup> Laurent. I. c. Nr. 227. *La nullité de l'acte n'entraîne pas la nullité du contrat. Nous avons dit plus haut que Toullier a établi ce principe avec une évidence mathématique. Telle est aussi l'opinion de tous les auteurs. La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens.*

ist auch diejenige unseres Kollegen Meili <sup>1)</sup> und der deutschen Gerichte.

#### § IV.

Der Zustand der Dinge, wie er in Anwendung vorstehender Grundsätze in der Schweiz sich gestaltet, ist ein unerfreulicher. Noch unerfreulicher wäre freilich ein prinziploser Zustand. Auch muss man sich die Nachtheile nicht gar zu grell vorstellen. Im Kt. Bern haben seit bald 70 Jahren französisches und deutsches Recht neben einander gegolten und sind vom obersten Gerichtshof abwechselnd auf die Fälle aus dem einen und dem andern Kantonstheil angewendet worden. Trotzdem ist mir kein wichtigerer Fall von Kollision bekannt geworden. Deutschland hat den umgekehrten Weg wie wir eingeschlagen. In der deutschen Reichs-Civilprozess-Ordnung sind die landesgesetzlichen Beweisvorschriften, worunter bekanntlich auch die im Westen geltenden, aus dem Code Nap. stammenden begriffen wurden, sammt und sonders abgeschafft (incl. der Artikel über die *actes sous seing privé*. <sup>2)</sup>) So leidet man dort einstweilen an der Mannigfaltigkeit der Gültigkeitsrequisite, hier an der Mannigfaltigkeit der Beweisrequisite. Dass letztere schlimmer als erstere, ist zuzugeben; dass aber nun Leute, die in einem Kanton, wo freie Wahl der Beweismittel gilt, sich verpflichtet haben, ihr Domizil in einen Kanton des französischen Rechts verlegen werden, um ihren Verpflichtungen zu entgehen, wie befürchtet worden ist, halte ich nicht für wahrscheinlich. Viel eher könnte es etwa geschehen, dass zahlungsflüchtige Schuldner jene Kantone vorzugsweise deshalb aufsuchen, weil es für *non-commerçants* keinen Konkurs zu befürchten, oder die Folgen des Konkurses besonders leicht sind.

---

<sup>1)</sup> Civilprozess von Zürich. Anm. zu § 474, S. 171.

<sup>2)</sup> § 381 R. C.-P.-O. „Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.“

Zum Schluss eine kurze Betrachtung über die Frage, wie die Beseitigung der Uebelstände anzustreben sei. Referent hat nie zu denen gehört, welche von der naiven Anschauung befangen waren, als ob unsere Rechtszustände durch das einheitliche O.-R. ungeheuer gefördert werden würden. Was uns in der Schweiz Noth thut, sind weniger die fein ausgedachten und elegant redigirten Gesetze, als geachtete und fähige, d. h. politisch unabhängige, juristisch gebildete Richter und ein strammer Rechtsgang. — Das O.-R., dessen Verdienste ich durchaus nicht herabsetzen will, wird die Rechtspflege nicht heben, dem Volke „weder kalt noch warm“ machen, vorzugsweise aber ein Uebungsfeld für den Scharfsinn der Advokaten sein. — Eine baldige Bundesrevision im Sinne der vollen Rechtseinheit, welche die Jurisdiktion der Kantone beseitigen resp. nach einem einheitlichen Schema gestalten würde, ist in diesem Jahrzehnt nicht zu erwarten. — Der Juristenverein kann nur wünschen und dazu beitragen, dass das neue Gesetz richtig verstanden und angewendet werde. Die Beseitigung der Buntscheckigkeit im Beweisrecht aber ist Sache der Kantone. Jeder hängt in dieser Beziehung mehr oder weniger an dem Hergebrachten, und wenn auch nicht die Furcht vor Germanisirung, so doch der unbewusste Einfluss der Tradition wird die Hinweisung auf die Unzweckmässigkeit der Beweisbeschränkungen des französischen Rechts wohl nicht zur Geltung kommen lassen. Daher hierüber nur wenige Bemerkungen, die ich Erörterungen anerkannter Vertreter der Wissenschaft und Praxis Deutschlands entnehme.

Planck schrieb im J. 1862 über den damaligen Entwurf einer C.-P.-O. für Bayern <sup>1)</sup> und bekämpfte die dort vorgeschlagenen, dem Code entnommenen Beweisvorschriften. Speziell über die angeblichen Vorzüge des Urkundenbeweises gegenüber dem Zeugenbeweis bemerkte er:

„Wer könnte läugnen, dass in der Gebrechlichkeit menschlichen Gedächtnisses eine Gefahr für die Ermittlung der Wahrheit liege? Die ist allerdings bei der Urkunde nicht vorhanden: sie bleibt unbeweglich und unverändert. Allein

---

<sup>1)</sup> Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 4, S. 260 ff.

dafür gibt sie stets auch nur dieselben Worte, über alles übrige bleibt sie stumm; eine Befragung, ein weiterer Aufschluss ist nicht möglich. Nun entsteht aber der Streit nicht über das, was in der Urkunde steht, sondern über das, was nicht darin steht, was in dieselbe aufzunehmen, näher anzudeuten vergessen wurde. Und so möchte auch hier leicht die Gefahr der Vergesslichkeit des Zeugen aufgewogen werden durch die Gefahr der Vergesslichkeit oder weit häufiger der mangelnden Voraussicht des oder der Urkundenverfasser. Wenn endlich auf die Gefahr hingewiesen wird, dass der gute Wille der Zeugen zur Wahrheit durch Eigennutz und Arglist gefälscht werden könne, so steht dem mindestens mit gleicher Schwere die Gefahr gegenüber, dass die Urkunde nicht bloss nach ihrem Entstehen, sondern zumal bei ihrem Entstehen gefälscht werde. Ja man möchte fast zu glauben geneigt sein, dass die durch das Verbot des Zeugenbeweises bewirkte Formalität des Beweissystems die Gefahr des Missbrauchs nur vergrössere, je sicherer der Bösewicht hinter der schützenden Form sich verstecken kann. Das Papier erröthet nicht. Niemand aber wird es für eine Stärkung der Sicherheit der Rechtsverhältnisse halten, wenn zwar die in der Urkunde niedergelegte Gestalt um jeden Preis aufrecht erhalten wird, diese Gestalt selbst aber dem wahren Willen der Parteien nicht entspricht.“ . . . . . „Schwerlich wird es dem einfachen gesunden Rechtsgefühl einleuchten, dass die Justiz, ohne dass der Grund des Unterschieds klar und gleichsam handgreiflich hervorträte, bald den Aussagen wahrhafter Männer Glauben schenkt, bald diesen Glauben hartnäckig verweigert.“ — Ueber die zur Beweiskraft von Urkunden vom franz. Recht aufgestellten Vorschriften sagt derselbe Schriftsteller: Es seien „Vorschriften, die auf einer Stufe stehen mit den viel getadelten deutschen über den Werth verdächtiger Zeugen. Denn sind sie gleich als Erfahrungsregeln, als Fingerzeige des richterlichen Ermessens meist vortrefflich, so sind sie doch in der Gestalt gesetzlicher Vorschriften als Quelle eines neuen Formalismus vom Standpunkt freier richterlicher Würdigung der Beweisgründe geradezu verwerflich.“



Der V. deutsche Juristentag hat im J. 1864 über die Frage, ob es geboten oder auch nur zweckmässig sei, in dem deutschen Civilprozess die Zulässigkeit des Zeugenbeweises auf Rechtsgeschäfte von verhältnissmässig geringem Betrage zu beschränken und denselben von dem Inhalte einer Urkunde oder zur Ergänzung des Inhaltes oder zur Herstellung von Reden, die vor, während oder nach der Abfassung einer Urkunde vorgefallen sein sollen, auszuschliessen? — auf Grundlage dreier eingehender Gutachten, z. Th. von Praktikern aus dem rheinischen Rechtsgebiet, und nach gründlichen Verhandlungen einer besondern Sektion folgenden Beschluss dieser Sektion übungsgemäss „zur Kenntniss genommen“:

1) Die obige Frage wurde verneint;

2) dagegen erscheint es geboten, dass die Zeugenverhöre, soweit es sich um ein streitiges Rechtsgeschäft handelt, im Civilprozess, mit Beschränkung der Ausnahmen auf die ganz unvermeidlichen, vor dem erkennenden Richter stattfinden.

Aus dem Gutachten des Advokat-Anwalt Dr. Creizenach in Mainz heben wir folgende Stellen hervor:

„Was Alles bei Abfassung von Urkunden nicht in Ordnung zugeht, ist der Kenntnissnahme des Richters entzogen und wie vielerlei ist da platzgreiflich, wodurch dem materiellen Rechte Stösse versetzt und Dinge konstatirt, Verpflichtungen übernommen werden, an die der Kontrahent nicht gedacht hat. . . . Littera scripta manet ist eine Wahrheit, die ebensoviel verhängnissvolles Unheil als Segen in sich schliesst. Wer hat das nicht schon erfahren?“ — gerade die pfffigsten Uebervorthailer seien in der Regel — wie die Gauner mit Reisepässen — mit „Schwarz auf Weiss“ versehen . . . „Aber littera scripta manet und das Richteramt ist dagegen weit ohnmächtiger als selbst gegen die leichtfertigsten und gewissenlosesten Zeugen.“

. . . „Gerade derjenigen Berufsklasse, die am meisten in ihrem Beruf mit Schriftlichem verkehrt (die Kaufleute), der man am meisten Vor- und Umsicht zutrauen darf, und für die man am wenigsten Ueberrumpelung zu fürchten hat, be-



willigt man den (Zeugen- und Indizien-) Beweis, den man dem Landmann abschneidet! Und warum? „Weil Handelsgeschäfte schnell abgeschlossen werden müssen, weil das Lebenselement des Handels prompte Erledigung der Operationen sei“ — so lautet die Phrase! Als ob man im Handel nicht schriftlich am raschesten zum Ziele käme; durch Schlussnotizen, Korrespondenz, Quittungs- und andere Formulare, Frachtbriefe, Konnossements, Polizen u. dgl. —

Man lässt Zeugen vernehmen, unter zehn Fällen neunmal, nicht weil sie den Abschluss des Vertrages, sondern weil sie Umstände bezeugen, die zu Schlüssen über dessen Existenz oder Nichtexistenz berechtigen, je nachdem der Richter kraft seines verständigen Ermessens die eine oder andere Ueberzeugung gewinnt. — So mag es denn auch in Nichthandelssachen gehalten werden!“

Und der bekannte Prozessualist Struckmann äusserte in der Diskussion u. a. folgendes:

„Es handelt sich hier gar nicht so sehr um den Vorzug des Urkundenbeweises vor dem Zeugenbeweise, als vielmehr um den Vorzug der Eideszuschreibung vor dem Zeugenbeweise. Denn nach dem französischen System, wo der Zeugenbeweis beschränkt ist, ist immer noch die Eideszuschreibung zulässig . . . . Ich gebe zu, dass der Zeugenbeweis (in Bezug auf Verträge) häufig unzuverlässig ist, aber ebenso unzuverlässig ist auch die Eideszuschreibung . . . . Ich finde sodann ein Korrektiv gegen die Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises in der freien Beweiswürdigung, namentlich wenn der erkennende Richter die Zeugen selbst anhört.

„Es ist ferner hervorgehoben, dass die Prozesse infolge unbeschränkter Zulassung von Zeugen sich vermehren; dagegen ist zu erwidern, dass wenn zwei Parteien uneins sind, sie in der Regel auch den Prozess anfangen werden, sie mögen sich auf Zeugen berufen dürfen oder nicht.<sup>1)</sup>

„Die Prozessordnung soll immer nur dazu dienen, die materielle Wahrheit finden zu helfen.

---

<sup>1)</sup> Nicht zu reden von den häufigen Incidentalstreitigkeiten über die Frage, ob Zeugen zulässig oder nicht!

Das materielle Recht ist die Hauptsache, und Mittel zur Eruirung derselben dürfen nicht aus bloß prozessualischen Gründen abgeschnitten werden.“ —

Dies ist auch nach meinem Dafürhalten der Zielpunkt, auf welchen die Prozessgesetzgebung hinarbeiten sollte. Dessen Erreichung stösst aber in der Schweiz auf grössere Schwierigkeiten als anderswo, weil es uns an einem ständigen und juristisch gebildeten Richterstande für die erste Instanz fehlt und die Richterwahlen meist von der sogen. Politik beeinflusst werden. Da ist das Verlassen der starren Verhandlungsmaxime und die freie Beweiswürdigung mit nicht zu verkennenden Gefahren verbunden. Dieselben könnten gemildert werden durch Gerichtsverfassungen auf Grundlage folgender Prinzipien:

- a) Die Civilrechtspflege wird grundsätzlich nur von Richtern ausgeübt, welche einen Fähigkeitsausweis infolge wissenschaftlich-praktischer Prüfung erlangt haben.
- b) Die Zahl der bisherigen, viel zu kleinen Gerichtsbezirke ist einer Reduktion zu unterwerfen und in jedem Gerichtsbezirk ein Einzelrichter für endliche Erledigung der Vermögensstreitigkeiten von geringerem Belang (etwa bis auf 200 à 400 Fr.) aufzustellen.
- c) Wichtigere Sachen sind vor Kollegialgerichten von 3 bis 7 Mitgliedern zu verhandeln. In kleinern Kantonen können dieselben zugleich Kantonsgericht sein, in grössern sind Bezirke von circa 50—100 Tausend Einwohnern zu bilden; hier fungirt dann das Kantonsgericht als obere Instanz.
- d) Die Richterwahlen sind durch gemischte Behörden und unter Berücksichtigung des Dienstalters zu treffen.

### **Thesen:**

- I. Die kantonalen Beweisvorschriften bleiben im vollen Umfange bestehen und sind in Appellationsfällen bindend für das Bundesgericht. — Nicht dahin gehören Bestimmungen über die Beweislast, insbesondere über gesetzliche Vermuthungen des materiellen Civilrechts.
- II. In Fällen von Kollision der kantonalen Prozessgesetze entscheidet das Recht des Prozessorts über die Beweisregeln.
- III. Beseitigung der kantonalen Bestimmungen, durch welche die Wahl der Beweismittel beschränkt wird, sowie der gesetzlichen Beweistheorien ist wünschenswerth, letztere jedoch nur sofern Unmittelbarkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht stattfindet.
- IV. Für die Ausübung des Richteramts in Civilsachen sollte ein Fähigkeitsausweis gefordert und die Gerichtsverfassungen sollten im Sinne der oben aufgestellten Postulate gestaltet werden.

**Bern**, den 30. Juni 1883.