

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:	3 (1884)
Artikel:	Das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten : nach Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 [Schluss]
Autor:	Hafner, H.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896720

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: 11.02.2026

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

Das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten

nach Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes betr. die Organisation
der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874.

~~~~~  
(Schluss. S. Seite 152 ff.)

~~~~~  
Von **Dr. H. Hafner**, Bundesrichter.

IV. Vorschläge betreffend Revision des Gesetzes.

Nachdem in den früheren Abschnitten dieser Abhandlung die Bedeutung und Tragweite der bestehenden Gesetzesbestimmungen klar zu legen versucht worden ist, bleibt noch die Frage zu erörtern, ob bezw. inwiefern diese Bestimmungen einer Revision bedürftig seien. Einzelne Lücken sind bereits im Vorhergehenden gelegentlich hervorgehoben und damit Vorschläge zu deren Ausfüllung verbunden worden.*). Unerörtert ist aber bisher die Hauptfrage geblieben, ob das gegenwärtig gegebene Rechtsmittel grundsätzlich festzuhalten sei, oder ob es geboten erscheine, dasselbe aufzugeben und es durch ein wesentlich anders gestaltetes Rechtsmittel, Appellation oder Cassation, zu ersetzen.

Es versteht sich, dass die Beantwortung dieser Frage davon abhängt, ob das bestehende Rechtsmittel sich als ungeeignet erwiesen habe, seinen Zweck, die Einheit des Rechts und der Rechtsprechung herzustellen (Art. 114 B.-V.), zu erreichen, oder ob sich bei der praktischen Handhabung des-

*) Vgl. oben S. 169, 170, 171, 178 ff., 185 unten, 189, 208 N. * u. 219 f.

Zeitschr. für schweizerisches Recht. Neue Folge III.

selben andere Uebelstände geltend gemacht haben, welchen nur durch Aufgabe des bisherigen Rechtsmittels abgeholfen werden kann.

Was nun

I. Die erste Frage betrifft, ob das bestehende Rechtsmittel seine verfassungsmässige Bestimmung nicht erfülle, so habe ich mich

1. bezüglich der Voraussetzungen desselben vor einiger Zeit dahin ausgesprochen*), dass, wenn die Rechtsseinheit eine Wahrheit werden solle, das Gesetz jedenfalls insoweit einer Aenderung bedürfe, als der Streitwerth, durch welchen die Weiterziehung einer Civilstreitigkeit ans Bundesgericht bedingt ist, erheblich herabgesetzt und ein neues Rechtsmittel zur Remedur von Verletzungen des eidg. Rechts, welche die von den kantonalen Behörden ausserhalb des ordentlichen Processes, im sog. summarischen Verfahren, erlassenen Entscheide enthalten könnten, geschaffen werden müsse. In dem Berichte des Bundesgerichtes über seine Geschäftsführung im Jahre 1883**) sind diese beiden Postulate nunmehr ebenfalls aufgestellt und es bedarf

a) das erstere, Herabsetzung des Streitwertes, nach den bisherigen Erfahrungen keiner besondern Rechtfertigung. Bekanntlich haben auch bei den Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins vom 19. Sept. 1882 mehrere Votanten sich des bestimmtesten im gleichen Sinne ausgesprochen.***) Dagegen scheint mir die bestehende Vorschrift, dass derjenige Vermögenswerth, welcher in der letzten kantonalen Instanz noch streitig war, nicht derjenige Betrag, um welchen eine Partei sich durch das letztinstanzliche Urtheil verkürzt glaubt (summa grava-

*) In der Einleitung zu meiner Ausgabe des schweiz. O.-R. S. XXV Ziff. IV.

**) Vgl. Bundesblatt 1884, Bd. II. S. 815 ff.

(***) Insbesondere der Coreferent Prof. A. Martin, ferner Prof. A. v. Orelli, Prof. A. Schneider und Dr. Weibel.

minis), massgebend sein solle, richtig zu sein.*). Darüber, wie hoch der Streitwerth für die Zukunft festzusetzen sei, können die Meinungen auseinandergehen. Man wird dabei nicht ausser Betracht lassen dürfen einerseits die Vermehrung der Kosten, welche die Anrufung einer dritten Instanz nothwendiger Weise verursacht, und anderseits die Mehrbelastung des Bundesgerichtes mit Geschäften, welche natürlich um so grösser wird, je tiefer der Streitwerth herabgesetzt wird. In letzterer Hinsicht ist namentlich von Bedeutung, ob man für alle an das Bundesgericht weiterziehbaren Streitigkeiten das m ü n d l i c h e Verfahren beibehalten oder dasselbe, wenigstens für die minderwichtigen Processe, durch ein s c h r i f t l i c h e s ersetzen und ob man für letztere Processe ein beschränkteres Rechtsmittel, eine Art Nichtigkeitsbeschwerde, zulassen will. Je nachdem diese Fragen, auf welche ich weiter unten noch zurückkommen werde, entschieden werden, dürfte der Streitwerth mehr oder weniger herabgesetzt werden.

b) Das zweite Postulat beschlägt die Voraussetzung des bestehenden Rechtsmittels, wonach die Weiterziehung ans Bundesgericht nur gegen kantonale Haupturtheile stattfindet. Es ist der Begriff des Haupturtheils oben**) dahin festgestellt worden, dass als solches nur zu betrachten sei das den Process materiell-rechtskräftig erledigende Urtheil und daher darunter nicht fallen die das materielle Judizium verweigernden Erkenntnisse. Zu den letztern gehören aber nicht nur diejenigen, welche eine Klage oder eine Appellation aus processualischen Gründen verwerfen, sondern auch die abweisenden oder verurtheilenden Entscheide, welche das streitige Rechtsverhältniss nicht definitiv regeln, sondern mehr nur eine provisorische Entscheidung enthalten, indem sie weder die Verfolgung

*) Anders Speiser a. a. O. These 5. Vgl. dagegen Votum von B.-R. Roguin an der angeführten Versammlung des schweiz. Juristenvereins.

**) S. 166 ff., S. 171.

des Anspruches seitens des Abgewiesenen mittelst der ordentlichen Klage, noch die Rückforderung der kraft derselben vom Verurtheilten gezwungen geleisteten Zahlung ausschliessen.*.) Solcher Natur sind (wenigstens nach der zürch. Gesetzgebung) die im summarischen Verfahren erlassenen Entscheide, bei welchen eine erschöpfende Kognition über das materielle Recht des Klägers nicht stattfindet, indem dem Beklagten die Geltendmachung aller materiell begründeten Vertheidigungsmittel nicht gestattet, sondern theilweise entzogen ist.**)

Bezüglich der Frage nun, ob für solche, nicht als Haupturtheile im Sinne des Gesetzes zu betrachtenden, Entscheide ein neues Rechtsmittel zu schaffen sei, ist folgendes zu bemerken:

Es ist m. E. zu unterscheiden zwischen dem Wechselprocesse und der Wechselexecution einerseits und den übrigen besondern, summarischen, Proceduren (Besitzprocess, Schuldbetreibungsverfahren), soweit solche in den Kantonen vorkommen, anderseits. Während gegen die in den letztern Proceduren erlassenen Entscheide die Weiterziehung nicht unbedingt, sondern nur insofern zugelassen werden sollte, als dieselben zu einer (vorläufigen) Verurtheilung des Beklagten geführt haben, in allen übrigen Fällen dagegen — mag die Abweisung wegen Mangels der Voraussetzungen des summarischen Verfahrens, wegen processualischer oder materieller Illiquidität des geltend gemachten Anspruchs, wegen erhobener Einreden des Angesprochenen u. s. w. erfolgt sein — das Rechtsmittel zu versagen wäre, verhält es sich bezüglich des Wechselprocesses resp. der Wechselexecution anders, indem hier wesentlich die Vorschriften des

*) S. oben S. 171; ferner Schneider und Fick, Kommentar zum schweiz. O.-R. (2. Aufl.) S. 95 Anmerk. 2 zu Art. 72.

**) Vgl. Gesetz betr. die zürch. Rechtspflege §§ 553, 563 ff., u. 577 ff. u. zürch. Schuldbetr.-Ges. vom 29. Octbr. 1871 §§ 156—159 und oben S. 171 N. *.

Wechselrechtes in Betracht kommen. Zwar sind bekanntlich die Kantone nicht gezwungen, für Ansprüche aus Wechseln ein besonderes Prozess- oder Executionsverfahren einzuführen, sondern sie können dieselben in's ordentliche Verfahren verweisen, bzw. die allgemeinen Bestimmungen über Zwangsvollstreckung (Execution) auf dieselben zur Anwendung bringen. Allein wenn die Kantone, wie dies wohl in den meisten der Fall ist, von ihrer Befugniss, besondere Vorschriften über Wechselprocess oder Wechselexecution aufzustellen, Gebrauch machen, so greifen vielfach die Bestimmungen des Wechselrechts, also bündesrechtliche Vorschriften, ein. Einmal in der Richtung, dass der Wechselprocess und die Wechselexecution nicht eröffnet werden dürfen für Ansprüche aus Wechseln gegen solche Personen, welche nicht im Handelsregister eingetragen sind, sowie für Ansprüche aus andern Urkunden als solchen, welche das Wort „Wechsel“ oder „Check“ enthalten. (Art. 720 Abs. 2 und Art. 842 O.-R.) Sodann aber entscheidet das materielle Wechselrecht die Frage, ob eine Wechselforderung, d. h. ein wechselrechtlicher oder wechselmässiger Anspruch*), welcher sich zur Verfolgung in dem ausserordentlichen Verfahren eignet, vorliege; ob ein urkundlicher Beweis auf dem Wechsel selbst oder durch Protest zur Begründung des Wechselanspruchs erforderlich sei; welche Einreden dem Wechselschuldner gegen die Wechselforderung zustehen u. s. w. Bekanntlich spricht die Wechselordnung auch an zwei Stellen die Zulässigkeit des Wechselprocesses und der Wechselexecution, nämlich für die Wechselsicherstellungsklage, ausdrücklich aus**) und liegt die Bedeutung des Wechsels nicht bloss in der materiellen, sondern wesentlich auch in der processualen Wechselstreng e.

*) Vgl. Art. 742 Abs. 1 u. 2, 768, 769, 808, 827 (836); 745 u. 748, 722, 823, 825 (830) O.-R. u. s. w. Im Gegensatze zu den civilrechtlichen Ansprüchen, welche aus einem Wechselgeschäfte entstehen können, vgl. Art. 742 Abs. 3, 813, 785 Abs. 3 (?) 789 (?) O.-R. u. s. w.

**) Art. 745 u. 748 (827 Z. 5) O.-R.

Es erscheint daher allerdings geboten, dass ein neues Rechtsmittel (einfache Beschwerde) — mit kurzen Fristen und schriftlichem*) Verfahren — geschaffen werde, mittelst dessen die Aufhebung des im besondern Wechselverfahren von den kantonalen Behörden (Gerichten oder Administrativbehörden**) erlassenen Entscheide, mögen dieselben auf Abweisung der Wechselklage oder auf Verurtheilung des Beklagten gehen, wegen Verletzung wechselrechtlicher Bestimmungen verlangt werden kann. Denn wenn auch dem im Wechselprocesse abgewiesenen Kläger die ordentliche Klage vorbehalten bleibt, so darf eben nicht übersehen werden, dass durch die rechtswidrige Verweisung in's ordentliche Verfahren die Erfüllung der Funktion des Wechsels wesentlich vereitelt wird und dem Wechselgläubiger unter Umständen ein sehr erheblicher Nachtheil entstehen kann. Umgekehrt erfordert aber das materielle Recht, dass auch dem Beklagten das Recht eingeräumt werde, gegen verurtheilende Erkenntnisse, durch welche wechselrechtliche Bestimmungen verletzt werden, den Schutz des Bundesgerichtes anzurufen. Gegen muthwillige Bestreitungen und Verschleppungen schützt ja Art. 812 O.-R. — Natürlich könnte das Rechtsmittel nicht Platz greifen, wenn das abweisende oder verurtheilende Erkenntniss lediglich auf Gründen des kantonalen Processes (Versäumung einer Frist und dgl.) beruht, und dürfte ferner dem bundesgerichtlichen Entscheide ebensowenig wie dem kantonalen m-

*) Entsprechend der in den Kantonen vorgeschriebenen Schriftlichkeit; vgl. Ges. betr. zürch. Rechtspflege §§ 684 und 693.

**) Wie z. B. im Canton Aargau; vgl. Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts Bd. II. S. 3 Nr. 2. Wenn bei der Besprechung dieses Rechtsfalls in einem öffentlichen Blatte gesagt worden ist, dass das Bundesgericht „in einige Aufregung darüber gerathen sei, dass ihm die Hände so sehr gebunden seien“, so hat der Verfasser diess von einer solchen Aufregung nicht nur nichts bemerkt, sondern ist sich bestens bewusst, dass sämtliche Mitglieder des Bundesgerichts (wie noch viele andere Juristen) längst darüber im Klaren waren, dass die bestehenden Rechtsmittel für solche Fälle nicht ausreichen. Vgl. meine Ausgabe des schweiz. O.-R. a. a. O.

terielle Rechtskraft zukommen, sondern müsste, je nachdem vom Bundesgericht auf Abweisung oder Verurtheilung erkannt wird, dem Kläger die ordentliche Klage, dem Beklagten die Rückforderungsklage in gleicher Weise vorbehalten bleiben, wie wenn die Sache nicht an's Bundesgericht weiter gezogen worden wäre.

Was dagegen die anderen summarischen Proceduren (Schuldbetreibungsverfahren, Besitzprozess) betrifft, so dürfte es, wie bereits bemerkt, genügen, nur die Anfechtung der verurtheilenden Erkenntnisse wegen Verletzung des eidgenössischen Rechts beim Bundesgericht zuzulassen. Gegen solche Entscheide sollte aber m. E. die Anrufung des Bundesgerichtes gestattet werden. Denn, wenn auch dem verurtheilten Beklagten die Rückforderungsklage im Falle ungerechter, auf Unkenntniß des objectiven Rechts beruhender, Verurtheilung zusteht, so ist doch klar, dass er als Rückforderungskläger in einer wesentlich ungünstigeren Position sich befindet, als wenn die im summarischen Verfahren gegen ihn angestrengte Klage abgewiesen worden wäre*). Gegen trölerische Weiterziehungen solcher kantonalen Entscheide kann ja leicht dadurch Abhülfe geschaffen werden, dass einerseits die Rekursfrist sehr kurz bemessen und anderseits die Hemmung der Execution von einer diesfälligen Verfügung des Bundesgerichtes resp. des Bundesgerichtspräsidenten abhängig gemacht wird**). Dagegen scheinen mir genügende Gründe nicht vorhanden zu sein, um die Anrufung des Bundesgerichtes auch gegen abweisende Entscheide zu gestatten; denn einerseits kann in dem Ausspruche, dass ein Anspruch

*) Und zwar sowohl, wenn er zur Herausgabe einer Sache, als auch wenn er zur Bezahlung einer Geldsumme verpflichtet worden ist. Vgl. Ullmer, Comment. zum zürch. priv. Gesetzb., Supplementband S. 391 Nr. 3241 Erw. 3.

**) So hemmt z. B. im Canton Zürich der gegen eine Rechtsöffnungsverfügung des Bezirksgerichtspräsidenten ergriffene Rekurs den Rechtstrieb nicht ohne Weiteres, sondern bedarf es hiezu einer Verfügung der Rekurskammer des Obergerichts. Vgl. zürch. Gesetz betr. die Rechtspflege § 694.

sich zur Geltendmachung resp. Durchführung im summarischen Verfahren nicht eigne (und hierauf beschränkt sich die Bedeutung solcher Entscheide in allen Fällen, mögen die Gründe derselben lauten wie immer), wohl nur eine Verletzung processualer Rechte des Klägers, nicht aber eine solche des materiellen Privatrechts liegen, und anderseits wird dadurch die rechtliche Position des Klägers in keiner Weise verschlechtert. Aehnliche zwingende Gründe, wie solche bezüglich der Wechselloforderungen für eine unbedingte Gestattung der Anrufung des Bundesgerichtes bestehen, sind hier nicht vorhanden.

Endlich wäre dieses Rechtsmittel dann noch auszudehnen auf kantonale Entscheide bezüglich Amortisation von Wechseln und Inhaberpapieren und andere Fälle der streitigen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, wofür das eidg. Recht massgebend, das bestehende Rechtsmittel aber nicht zulässig ist.

2. Anbelangend den Inhalt des Rechtsmittels, so glaube ich oben*) dargethan zu haben, dass dasselbe vollkommen genügt, um die Einheit des Rechts und der Rechtsprechung im Gebiete des gemeinsamen eidg. Privatrechts herzustellen. Dass zur Erfüllung dieses Zweckes die Ausdehnung der Competenz des Bundesgerichtes auf die Beurtheilung der Thatfragen nicht erforderlich ist, bedarf m. E. keiner weiteren Begründung. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Trennung der Thatfragen von den Rechtsfragen sich als unmöglich erwiese; dem ist aber keineswegs so. Vielmehr dürfte es als ein Gewinn für die Jurisprudenz zu erachten sein, wenn der oberste Richter verhalten wird, im einzelnen Falle möglichst scharf zu untersuchen, was als Rechts- und was als Thatfrage zu betrachten sei. Ebensowenig kann wohl, aus konstitutionellen Gründen, davon die Rede sein, das Rechtsmittel auch auf das kantonale Recht, materielles und Prozess-Recht, auszudehnen, zumal es allerdings möglich sein dürfte, die nach kantonalem und die nach eidg. Rechte zu

*) S. 192—213, bes. S. 199 ff.

entscheidenden Fragen auseinanderzuhalten*). Wo aber gewisse Begriffe und Fragen auf der Grenze von Privatrecht und Prozessrecht liegen, bezw. beiden Gebieten angehören, und im einzelnen Falle eine scharfe Scheidung nicht möglich sein sollte, da versteht sich von selbst, dass das Bundesgericht an dem Entscheide über die aus dem materiellen Rechte hervorgehenden Fragen dadurch nicht gehindert werden kann, dass es implicite auch über Fragen des Prozessrechtes erkennen muss. Es sind denn auch in dieser Richtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bisher keine Schwierigkeiten erwachsen.

Dagegen lässt sich aus einem andern Grunde die Frage ernstlich aufwerfen, ob das Rechtsmittel unverändert beibehalten, oder nicht an dessen Stelle, bezw. neben demselben — für geringfügigere Streitigkeiten — als neues Rechtsmittel eine Art N i c h t i g k e i t s b e s c h w e r d e zu setzen sei. Wie nämlich bereits hervorgehoben worden ist, erscheint eine Herabsetzung des Streitwerthes, von dessen Höhe die Weiterziehung an's Bundesgericht bedingt ist, zur Herstellung einer einheitlichen Rechtsprechung unbedingt nothwendig. Dabei muss aber, wie ebenfalls bereits oben bemerkt worden ist, darauf Bedacht genommen werden einerseits dass das Bundesgericht nicht allzusehr belastet wird, und anderseits dass die Kosten durch Schaffung einer dritten Instanz für unbedeutendere Streitfälle nicht über Gebühr anwachsen. Dies könnte dadurch vermieden werden, dass das mündliche Verfahren durch ein s c h r i f t l i c h e s ersetzt und das Rechtsmittel in der Weise beschränkt würde, dass die wirksame Einlegung desselben durch die genaue Angabe der Beschwerdepunkte bedingt wäre, so dass das Bundesgericht nur insoweit auf eine Ueberprüfung des kantonalen Entscheides einzutreten hätte, als bestimmte Angriffe

*) So ist ja auch das deutsche Reichsgericht zur Nachprüfung der an dasselbe gezogenen Urtheile nur insoweit competent, als die Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltung sich über den Bezirk des Berufungsgerichtes hinaus erstreckt, vorliegt (§ 511 u. 525 der D. C.-P.-O.).

gegen denselben erhoben worden sind, m. a. W. der Entscheid des Bundesgerichts sich nur auf die von der Partei ausdrücklich gerügten Verletzungen von materiellen Rechtsvorschriften zu erstrecken, alle von den Parteien nicht ausdrücklich gestellten Rechtsfragen dagegen ausser Betracht gelassen werden müssten und daher die freie Beurtheilung des Thatbestandes — abweichend von dem bestehenden Rechtsmittel*) — der Regel nach ausgeschlossen wäre. Entgegen dem französischen Rechte wäre aber nicht das reine Cassationsprincip anzunehmen, sondern hätte — zur Vermeidung unnützer Kosten und Umttriebe — das Bundesgericht selbst in der Sache zu erkennen, sofern dieselbe sich als spruchreif darstellt, eine Rückweisung an die kantonalen Gerichte also nur dann einzutreten, wenn der Urtheilsfällung noch eine Aktenvervollständigung durch weitere Beweiserhebung vorangehen muss. Die Rückweisung der Sache an das gleiche Gericht, welches das vernichtete Urtheil erlassen hatte, unterliegt nicht dem mindesten Bedenken; bekanntlich wird in solcher Weise in mehreren ostschweizerischen Cantonen und in Deutschland**) verfahren, ohne dass sich bis jetzt daraus irgend welche Nachtheile für die Rechtsprechung ergeben hätten. Je nachdem das Rechtsmittel mit Suspensiveffect ausgestattet würde oder nicht, wäre die Frist für die Einlegung desselben kürzer oder länger zu bemessen.

Dass bei solcher Gestaltung des Rechtsmittels den Parteien, insbesondere denen, welche entfernt vom Sitze des Bundesgerichtes wohnen, in erheblichem Masse Kosten erspart und im Ferneren das Bundesgericht in die Lage versetzt würde, eine weit grössere Zahl von Geschäften zu erledigen, liegt ausser Zweifel, zumal in der Regel ein einfacher Schriftenwechsel genügen und nur ausnahmsweise ein doppelter angeordnet resp. zugelassen werden dürfte.

*) Siehe oben S. 200 f.

**) Vgl. Deutsche C.-P.-O. § 528 und zürch. Ges. betreffend die Rechtspflege §§ 677 u. 712.

Vollkommen klar ist auch, dass ein solches Rechtsmittel ganz wohl neben dem bisherigen bestehen und daher letzteres — mit freier Beurtheilung des Thatbestandes und mündlichem Verfahren — für wichtigere Streitigkeiten, bei einem Streitwerthe z. B. von über 5000 Fr., ohne irgendwelche Inconvenienzen belassen werden könnte.

Immerhin will mir aber scheinen, dass auch das bestehende Rechtsmittel insofern geändert werden sollte, dass das Bundesgericht nur, wenn die Sache sofort zur Endentscheidung reif ist, selbst das Urtheil ausfällen, in allen Fällen dagegen, in welchen das Bundesgericht eine Aktenvervollständigung für nothwendig erachtet, die Sache an das kantonale Gericht, welches das aufgehobene Urtheil erlassen hatte, zurückweisen sollte. Zwar scheint mir keinem begründeten Zweifel unterliegen zu können, dass auch unter der Herrschaft des gegenwärtigen Gesetzes eine solche Rückweisung in gewissen Fällen stattfinden muss. Wenn nämlich ein Anspruch auf mehrere selbständige Klagfundamente gestützt, bezw. durch mehrere selbständige civilrechtliche Einreden bekämpft wird, so kann es vorkommen, dass die kantonalen Gerichte die Verhandlung auf diejenigen Angriffs- resp. Vertheidigungsmittel beschränken, welche ihrer Ansicht nach, die Richtigkeit der zu Grunde liegenden Thatsachen vorausgesetzt, für Gutheissung oder Abweisung der Klage durchschlagend sind und daher die sofortige Erlassung des Endurtheils ermöglichen; denn bekanntermassen sind die Gerichte weder berechtigt noch verpflichtet, das Urtheil in einer ihrer Ansicht nach spruchreifen Sache aus dem Grunde auszusetzen, weil noch andere Angriffs- oder Vertheidigungsmittel vorgebracht worden sind, welche die Gutheissung oder Abweisung der Klage noch aus anderen Gesichtspunkten rechtfertigen könnten, über die aber ohne ein weiteres Verfahren nicht entschieden werden kann. Wird nun in einem solchen Falle die Rechtsauffassung der kantonalen Gerichte vom Bundesgerichte nicht gebilligt, z. B. die vom Beklagten vorgesetzte und vom kantonalen Richter gutgeheissene Einrede der Verjährung

verworfen, so muss zweifellos dann, wenn über die anderen Klagefundamente oder Einreden vor den kantonalen Gerichten noch nicht einmal verhandelt worden ist, die Rückweisung der Sache an diese Gerichte erfolgen. Denn über jene Streitmittel liegt nicht nur kein Urtheil des kantonalen Richters vor, sondern es hat die Feststellung des Thatbestandes, d. h. die Sammlung des Prozessstoffes, welche den kantonalen Gerichten und nicht dem Bundesgerichte zu kommt, noch gar nicht stattgefunden. In keinem Falle ist, wie sowohl aus dem Wesen des Rechtsmittels als dem klaren Wortlaut des Art. 30 Org.-Ges. hervorgeht, das Bundesgericht zur Vervollständigung der Angriffs- und Vertheidigungshandlungen (Klagebegründung, Vertheidigung, Repliken, Duplikten) befugt, sondern es haben dieselben ausschliesslich vor den kantonalen Gerichten stattzufinden.

Dagegen steht dem Bundesgerichte allerdings die Vervollständigung des Beweises unter gewissen Voraussetzungen*) zu. Es könnte sich nun auch hier fragen, ob nicht ein Unterschied zu machen sei zwischen den Fällen, wo zwar über sämmtliche geltend gemachte selbständige Streitmittel verhandelt, dagegen über einzelne derselben desshalb der angetragene Beweis nicht erhoben worden ist, weil das kantonale Gericht eines der übrigen Streitmittel als durchschlagend erachtet hat, und solchen Fällen, wo nur über einzelne zum Thatbestande eines speziellen selbständigen Klagefundamentes oder einer Einrede gehörige Thatsachen eine Beweiserhebung desshalb vor dem kant. Richter nicht stattgefunden hat, weil er jene Thatsache übersehen oder irrthümlicher Weise für irrelevant hielt. Allein es mag diese Frage, um den mir zu Gebote stehenden Raum nicht zu überschreiten, dahingestellt bleiben. Für den oben erwähnten Vorschlag, dass in allen Fällen, wo die Vervollständigung des Beweises sich als nothwendig herausstellt, Rückweisung an die kantonalen Gerichte

*) Siehe oben S. 201 ff.

erfolgen und in diesem Sinne eine Änderung des Gesetzes vorgenommen werden sollte, spricht m. E. ganz entscheidend, dass für solche Aktenvervollständigungen selbstverständlich das kantonale Prozessgesetz massgebend sein muss, mit dessen Inhalt und Handhabung der kantonale Richter, namentlich soweit es nicht auf der freien, sondern auf der gesetzlichen Beweistheorie beruht (durch Beweisregeln gewisse Beweise oder Beweismittel ausschliesst, oder die Beweiskraft der einzelnen Beweisgründe bindend normirt), offenbar vertrauter ist als der eidgenössische; dass in der Regel — wenigstens soweit eidg. Recht zur Anwendung kommt — nach durchgeföhrter Vervollständigung nur noch das Beweisergebniss zu würdigen ist, also Thatfragen zu entscheiden sind, — indem natürlich der kantonale Richter an die dem Rückweisungsentscheid zu Grunde liegende rechtliche Beurtheilung der Streitsache durch das Bundesgericht zu binden wäre — die Beurtheilung der Thatfragen aber gerade dem kantonalen Richter zukommt und derselbe auch, da er die Beweise erhoben, insbesondere die Zeugen abgehört hat und sein Prozessrecht massgebend ist, am allerhesten sich in der Lage befindet, jene Fragen richtig zu beantworten; dass beim gegenwärtigen Verfahren der kantonale Richter, trotzdem er die Aktenvervollständigung nach seinem kantonalen Rechte vorzunehmen hat, die im Laufe des Beweisverfahrens zu entscheidenden prozessualischen Fragen doch nicht von sich aus erledigen kann, sondern sich an das Bundesgericht wenden muss, weil der Prozess bei diesem anhängig bleibt, was offenbar ebenso unzweckmäßig als principwidrig ist; und dass endlich die Parteien oft ein sehr erhebliches Interesse daran haben, über das Resultat der Beweisaufnahme noch angehört zu werden, woran bei dem gegenwärtigen Verfahren mit Rücksicht sowohl auf die durch einen zweiten Vorstand vor Bundesgericht bewirkte bedeutende Vermehrung der Kosten als auf die Geschäftslast des Bundesgerichtes nicht gedacht werden kann. Dass gegen das neue Urteil der kantonalen Gerichte neuerdings die Weiterziehung an's Bundesgericht erklärt würde,

ist zwar natürlich möglich, aber desshalb nicht zu befürchten, weil bereits aus dem Rückweisungsentscheide zu entnehmen ist, wie das Bundesgericht die Sache — soweit eidg. Recht zur Anwendung kommt — rechtlich beurtheilt, der kantonale Richter an diese Beurtheilung gebunden und nicht anzunehmen ist, dass er gegen diese Vorschrift verstossen werde.

II. Als Uebelstände, welchen bei einer Revision des Gesetzes abgeholfen werden sollte, sind bisher namentlich bezeichnet worden

1. dass die Thatfragen der Beurtheilung des Bundesgerichtes entzogen seien und
2. die Mangelhaftigkeit des von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestandes.

Hiezu ist zu bemerken:

ad. 1. Es ist bereits mehrfach hervorgehoben worden, dass der in der Bundes-Verfassung (Art. 114) klar ausgesprochene Zweck des Rechtsmittels Herstellung einer einheitlichen Rechtsanwendung ist, dass diesem Zwecke genügt wird, wenn der Beurtheilung des Bundesgerichtes die nach eidg. Rechte zu entscheidenden Rechtsfragen übertragen werden und dass die Trennung der Rechts- und Thatfragen keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bietet. Für die Befriedigung der materiellen Gerechtigkeit ist das Bundesgericht als dritte Instanz nicht aufgestellt worden; dazu wären die in den Kantonen bestehenden Gerichte als genügend erachtet worden. Nur im Interesse der Einheit der Rechtsprechung auf dem Gebiete des gemeinsamen eidg. Privatrechts wollte vom Bund eine dritte Instanz geschaffen werden und ist dieselbe auch in der That errichtet worden. Die gleiche Sorge hat bekanntlich auch in unsren grossen Nachbarstaaten dazu geführt, zwei Rechtsmittel zu schaffen, beziehungsweise über das Appellationsgericht noch eine dritte Instanz zu stellen, welche auf die Prüfung der Rechtsfragen beschränkt, also an die thatsächlichen Annahmen der unteren Instanz gebunden ist. Allerdings befinden sich die obersten Gerichtshöfe dieser Staaten insoweit in der Lage, auch die Thatfrageentschei-

dung ihrer Nachprüfung zu unterwerfen, als sie dieselbe wegen Mängeln des Verfahrens, die auf jene Entscheidung eingewirkt haben, aufheben können. Denn da in jenen Staaten auch das Prozessrecht einheitlich ist, so kann das Rechtsmittel auch darauf gestützt werden, dass die Entscheidung der untern Instanz auf einer Verletzung prozessrechtlicher Vorschriften, insbesondere derjenigen über das Beweisverfahren, beruhe. Hievon kann bei uns keine Rede sein. Denn wir haben in der Schweiz nicht eine einheitliche Prozessgesetzgebung, sondern 25 verschiedene Prozessrechte, deren genaue Kenntniss theilweise sehr schwierig zu erlangen ist, indem entweder die vorhandenen positiven Vorschriften äusserst dürftig sind (z. B. in Appenzell I.-Rh.) oder doch ein systematisch geordnetes Prozessgesetz mangelt. Auch will mir scheinen, dass die Bundesverfassung (Art. 3, 64 Abs. 2 und Art. 114) einer Ausdehnung des Rechtsmittels auf das kantonale Prozessrecht entgegenstehe. Gegen die Zulassung der Revision der thatsächlichen Feststellungen*) der kantonalen Gerichte durch das Bundesgericht sprechen aber m. E. noch folgende Momente. Einerseits ist nicht einzusehen, warum der kantonale Richter die Thatfragen nicht ebensogut oder — namentlich wenn es sich um die Würdigung von Zeugenaussagen, oder des Ergebnisses eines Augenscheins handelt — vielfach besser entscheiden können, als das Bundesgericht. Er steht den thatsächlichen Verhältnissen näher und hat darum eine bessere und richtigere Einsicht in dieselben**). Auch können Thatsachen am Sitze des kantonalen Gerichts offenkundig sein, welche es am Sitze des Bundesgerichts nicht sind. Der an sich gewiss richtige, durch die Erfahrung vielfach bestätigte Satz, dass der Richter denjenigen, über deren Sache er urtheilt, nicht

*) Soweit für diese Feststellung nicht eidg. Recht massgebend ist; vgl. oben S. 198 f.

**) So auch Stooss in der Ztschft. des bern. Juristenvereins Bd. XIX S. 431 unten. E. Müller, zur bernischen Verfassungsrevision, S. 21. Vgl. auch die Einleitung zu meiner Ausgabe des schweiz. O.-R. S. XXV f.

ferne genug stehen kann, findet auf die Entscheidung der Thatfragen keine Anwendung. Zu der Befürchtung, dass die kantonalen Gerichte bei Entscheidung der Thatfragen dafür sorgen werden, dass das Bundesgericht auch bei abweichen- der rechtlicher Beurtheilung das kantonale Urtheil nicht aufheben könne, ist m. E. entschieden kein Grund vorhanden. Kein kantonales Gericht steht m. E. auf einer so niedrigen Stufe, dass es sich eine solche schmähliche, pflichtvergessene Handlungsweise zu Schulden kommen liesse. Dazu kommt, dass, wie bereits oben hervorgehoben worden, die Civilprozesse einiger Kantone nicht auf der freien, sondern auf der gesetzlichen Beweistheorie beruhen und die kantonalen Gerichte mit der Handhabung dieser Beweisregeln offenbar besser vertraut sind. Endlich aber, und das scheint mir ein schwerwiegender Grund für die Erhaltung des bisherigen Systems zu sein, ist nach einzelnen kantonalen Prozessgesetzen, z. B. demjenigen von Waadt, schon die kantonale Oberinstanz an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen untern Instanz wenigstens insoweit gebunden, als es sich um die tatsächliche Würdigung von Zeugenaussagen handelt. Und nun kann doch — weil mit einem vernünftigen Rechtsmittelsystem im offenbarsten Widerspruche stehend — keine Rede davon sein, die Nachprüfung der dritten Instanz auf diejenigen Elemente des Urtheils auszudehnen, deren Ueberprüfung schon der zweiten Instanz entzogen ist; sondern es muss sich das Bundesgesetz den kantonalen Prozessgesetzen, an denen nun einmal vom Bund nichts geändert werden kann, anpassen. Dabei versteht sich aber von selbst, dass das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes für die ganze Schweiz gleichgestaltet werden muss, und so kann m. E. nur die Frage ernstlich erwogen werden, ob nicht bezüglich des aus Urkunden bestehenden Materials eine Ausnahme zu machen und dem Bundesgerichte die Prüfung dieses Materials auch bezüglich der Thatfragen zu überweisen.

sei*). Für die Bejahung dieser Frage lässt sich offenbar Vieles anführen. Immerhin ist zu beachten, dass auch für die Beweiskraft der Urkunden der Regel nach das kantonale Recht massgebend ist.

ad. 2. Um die Klagen über Mangelhaftigkeit des Thatbestandes richtig zu würdigen, ist selbstverständlich vor Allem erforderlich zu wissen, was das Gesetz in Art. 30 unter „Thatbestand“ begreift. Ich habe mich schon oben (S. 193 ff.) hierüber ausgesprochen und dort hervorgehoben, dass sich die Ansicht geltend mache, als ob unter dem „festgestellten Thatbestand“, welchen nach jener Gesetzesbestimmung das Bundesgericht seinem Urtheile zu Grunde zu legen hat, nicht der gesammte von den kantonalen Gerichten nach Massgabe ihrer Gesetzgebung gesammelte und beurkundete Prozessstoff, sondern nur die im Urtheil, in einem sog. factischen Theil derselben, enthaltenen thatsächlichen Feststellungen zu verstehen seien. Zu dieser Auffassung ist man gelangt, indem man die Vorschriften der deutschen Civilprozessordnung, in welcher der „Thatbestand“ bekanntlich ein, in § 284 ausdrücklich festgestellter **), mehrfach wiederkehrender technischer Ausdruck ist, unrichtiger Weise zur Auslegung der bundesgesetzlichen Bestimmung herbeizog, dabei aber, beiläufig bemerkt, übersah, dass nach der deutschen C.-P.-O. die thatsächliche Würdigung des Streitmaterials resp. des Beweisergebnisses nicht zum sog. Thatbestand gehört. Es ist bekannt und bedarf daher keines weiteren Nachweises, dass der Ausdruck „Thatbestand“ keineswegs nur in der Bedeutung gebraucht wird, den ihm die angeführte Bestimmung der deutschen Civilprozessordnung beilegt. Nicht bloss im Strafrecht und Civilrecht kommt der Ausdruck auch vor, sondern er ist in der That längst ein prozessualischer und hat man darunter, soweit nicht

*) Vgl. oben S. 198.

**) Diese Gesetzesbestimmung lautet: „Das Urtheil enthält . . . 3) eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstands auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand)“.

positive Gesetzesvorschriften denselben anders feststellten*), verstanden das gesammte Ergebniss des Prozessverfahrens, den gesammten Prozessstoff, oder, wie ich mich oben ausgedrückt habe, das gesammte Verhandlungsmaterial mit Inbegriff der rein thatsächlichen Würdigung desselben, insbesondere des Beweisergebnisses, ohne alle Rücksicht auf die Form der Beurkundung desselben. In diesem Sinne ist der Ausdruck „Thatbestand“ längst in Gesetzen, Urtheilen und in der Literatur gebraucht worden, und hat man z. B. von freier oder beschränkter Beurtheilung des Thatbestandes durch den oberen Richter gesprochen oder den letzteren an den von den unteren Instanzen festgestellten Thatbestand gebunden erklärt. Und in dieser und keiner anderen Bedeutung ist der Ausdruck in Art. 30 leg. cit. gebraucht. Weder der Wortlaut des Gesetzes noch seine Entstehungsgeschichte **) weisen darauf hin, dass der Ausdruck im Sinne der, bekanntlich erst 5 Jahre später in Kraft getretenen, deutschen C.-P.-O. zu verstehen sei, noch kann gesagt werden, dass diese Bedeutung des „Thatbestandes“ mit Rücksicht auf die kantonalen Prozessgesetze eingebener gewesen sei. Wohl aber ist (auch abgesehen von dem bereits signalisierten Uebersehen) unschwer nachzuweisen, dass die Gründe, welche den deutschen Gesetzgeber zur Erlassung der erwähnten Vorschrift veranlassten, bei uns nicht zu treffen, sondern im Gegentheil alle Umstände zu der oben vertheidigten Auffassung zwingen.

*) Wie diejenigen von Hannover, Württemberg und jetzt des deutschen Reichs.

**) Eine Erläuterung resp. Feststellung des Ausdrückes „Thatbestand“ wurde weder in der Botschaft des Bundesrates noch in den Verhandlungen der Räthe für nothwendig gehalten, sondern der Sinn desselben so sehr als ein gegebener erachtet, dass gar Niemand daran gedacht zu haben scheint, hierüber Aufschluss zu geben resp. zu verlangen. Das wäre nun aber zweifellos nicht der Fall gewesen, wenn die Absicht obgewaltet hätte, den cantonalen Gerichten die neue, zeitraubende und schwierige Aufgabe der Aufstellung eines sog. Thatbestandes im Sinne der deutschen C.-P.-O. zu überbinden.

Bekanntlich hat die deutsche C. P. O. mit den partikularen Civilprozessgesetzen das schriftliche Verfahren beseitigt und den Prozess auf das Princip der Mündlichkeit basirt. Selbstverständlich musste aber eine Fixirung der mündlichen Vorträge stattfinden, einerseits um für die Beurtheilung der Rechtsmittelinstanz eine Grundlage zu gewinnen und anderseits um den Umfang der materiellen Rechtskraft des zu erlassenden Urtheils festzustellen. Hiezu standen zwei Formen zu Gebote, einerseits die vollständige Protokollirung der Parteivorträge und anderseits die nun gewählte Form des sog. Thabestandes des Urtheils, d. h. eine gedrängte das Streitmateriale sichtende und zusammenfassende Darstellung desselben durch den Richter aus dem Gedächtnisse resp. auf Grund der während der Vorträge gemachten Aufzeichnungen. In der Schweiz bestehen die kantonalen Prozessgesetze fort; das Bundesgesetz hat an den Bestimmungen derselben betreffend die Beurkundung des Prozessstoffs weder etwas ändern wollen*) noch können, da das Prozessrecht nicht in die Kompetenz der Bundesgesetzgebung fällt. Nun beruht ein Theil der kantonalen Prozessgesetze bekanntermassen, wie z. B. auch der eidg. Civilprozess, auf dem Princip der Schriftlichkeit. Danach bilden die Parteischriften die Grundlage der Beurtheilung; Prozessinhalt und Akteninhalt decken sich; als vorgebracht und verhandelt gilt nur das in den Parteischriften und, namentlich bezüglich der Beweiserhebungen, in Sitzungsprotokollen niedergelegte Material. Aus den Parteischriften, bzw. aus den Protokollen ist ausschliesslich zu

*) Wie aus den Materialien des Gesetzes zur vollen Evidenz hervorgeht. Nur soweit in den Cantonen eine Beurkundung des Prozessstoffs bisher ganz oder theilweise (z. B. bezüglich der Zeugenaussagen) nicht stattgefunden hat, ist für die Gerichte, infolge der Errichtung des Bundesgerichts als Oberinstanz in Civilsachen, zweifellos die Pflicht erwachsen, eine solche Beurkundung, welche der rechtlichen Beurtheilung des Bundesgerichts als Basis dienen kann, vorzunehmen. Siehe hierüber weiter unten S. 510.

entnehmen, welche Anträge die Parteien gestellt und was sie in factischer und rechtlicher Hinsicht zu deren Begründung vorgetragen haben, welche Thatsachen behauptet, anerkannt oder bestritten, welche Einreden gestellt, welche Beweise angegraten worden sind u. s. w.

Die Rechtsmittelinstanz kann daher aus dem schriftlich zu den Akten gelangten Material, und nur aus diesem entnehmen, ob und in wie weit die Abänderung des angefochtenen Urtheils wegen Unvollständigkeit oder wegen unrichtiger Auffassung oder Beurtheilung des Streitmaterials einzutreten habe, mag das Urtheil ausser dem Tenor und den Entscheidungsgründen noch thatsächliche Notizen, resp. einen sog. factischen Theil (d. h. einen mehr oder weniger erschöpfenden Auszug aus dem Akteninhalte), enthalten oder nicht. Denn nirgends erscheint der sog. factische Theil, auch wo dessen Anfertigung gesetzlich vorgeschrieben ist, als Thatbestand im Sinne der deutschen C. P. O., und zwar aus dem ganz einfachen Grunde, weil neben dem schriftlichen Materiale zu einer Feststellung des Prozessstoffes durch einen sog. Thatbestand nicht nur gar kein Bedürfniss vorhanden ist, sondern offensichtlich das schriftliche Material eine viel sicherere Grundlage für die Beurtheilung namentlich in der Rechtsmittelinstanz bietet*). Es mangelt denn auch der sog. factische Theil aller und jeder Beweiskraft; solche kommt nach allen Richtungen lediglich den Rechtsschriften und Protokollen zu. Nicht zutreffend ist es endlich auch, wenn behauptet wird, dass wegen der tatsächlichen Würdigung des Beweisergebnisses die Anfertigung eines factischen Theils (*species facti*) erforderlich sei; denn, wenn auch die tatsächliche Beweiswürdigung, wie weiter oben ausgeführt worden, zum Thatbestand im Sinne unseres Gesetzes gehört, so ist doch klar, dass dieselbe, d. h. die Beantwortung der Frage, welche von den Parteien vorgebrachten relevanten Thatsachen bewiesen und welche nicht bewiesen seien, nicht nur ebenso gut in dem

*) Vgl. hierüber das schon oben S. 193 f. Gesagte.

Entscheidungsgründen, wie im factischen Theile erfolgen kann, sondern richtiger Weise in die Entscheidungsgründe gehört.

Welche Partei-Behauptungen bestritten und nicht bestritten sind, ergiebt sich aus den Parteischriften und Protokollen. Eine weitere Feststellung durch das Gericht ist durchaus nicht nothwendig, denn selbstverständlich gehört sie nicht zur thatsächlichen Beweiswürdigung, da die Anerkennung, resp. Nichtbestreitung einer Thatsache kein Beweismittel ist, sondern die betr. Thatsache der Beweisbedürftigkeit enthebt.*)

Das soeben Gesagte trifft in vollem Umfange auch bezüglich derjenigen Kantone zu, deren Civilprozessgesetze, ganz oder theilweise, auf dem Princip der Mündlichkeit beruhen, wo aber (wie z. B. in Zürich) über die mündlichen Parteivorträge ein vollständiges Protokoll geführt wird**).

Nun gibt es aber allerdings noch eine dritte Gruppe von Kantonen, nämlich diejenigen (so z. B. Genf, Appenzell u. s. w.) deren Civilprozessgesetze ebenfalls auf dem Princip der Mündlichkeit beruhen, wo aber über die mündlichen Verhandlungen (Parteiverhandlungen, Zeugenvernahmen u. s. w.) kein Sitzungsprotokoll geführt wird. Dass hier vornehmlich Gefahr vorhanden ist, dass die Gerichte den Thatbestand mangelhaft feststellen, liegt auf der Hand. Vor Allem ist nun zu betonen, dass, wenn auch die äusserliche Trennung des Thatbestandes von den Entscheidungsgründen des Urtheils im höchsten Grade wünschbar erscheint, doch die kantonalen Gesetze resp. Gerichte bezüglich der Form der Feststellung des

*) Damit soll natürlich nicht bestritten werden, dass es nicht durchaus zweckmässig und wünschbar sei, dass die cantonalen Gerichte, sei es in einem sog. factischen Theil, sei es im Eingang der Entscheidungsgründe den Prozessstoff kurz rekapituliren, namentlich hervorheben, welche Thatsachen (ausdrücklich oder stillschweigend) anerkannt und welche bestritten worden seien. Vgl. das oben S. 194 Note * Gesagte.

**) Vgl. zürch. Ges. betr. die Rechtspflege §§ 484, 387 und 393.

Thatbestandes freie Hand haben, daher diese Feststellung ganz oder zum Theil in die Entscheidungsgründe verweisen können. Nothwendig zur Gewinnung einer Grundlage für die Beurtheilung des Bundesgerichts ist nur, dass der Thatbestand erschöpfend beurkundet werde, und in dieser Hinsicht wird es nicht ausser Weges sein, wenn hier kurz angegeben wird, was zu einer vollständigen Feststellung des Thatbestandes gehört. Dieselbe soll umfassen:

1. Das gesammte in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Streitverhältniss, d. h. die Anträge der Parteien, die Angriffs- und Vertheidigungsmittel und die sämmtlichen zu deren Begründung angeführten Thatsachen (Klagethatsachen, Einredethatsachen, Replikthatsachen u. s. w.), ohne Rücksicht darauf, ob das Gericht dieselben für erheblich oder unerheblich erachtet, da ja die obere Instanz bezüglich der Relevanz von der Ansicht der untern abweichen, d. h. Thatsachen für entscheidend halten kann, welchen die untere Instanz diese Bedeutung nicht beilegen zu können glaubt. Ferner die Erklärungen der Parteien (Anerkennung, Bestreitung) über die tatsächlichen Behauptungen des Gegners und, soweit es zum Verständniss des tatsächlichen Vorbringens der Parteien nötig erscheint, ist auch der Rechtsstandpunkt derselben kurz zu kennzeichnen.

2. Die Angabe der von den Parteien bezüglich der einzelnen behaupteten (Klage-, Einrede- u. s. w.) Thatsachen angerufenen (Haupt- und Gegen-) Beweismittel.

3. Die Angabe des wesentlichen Inhalts der Aussagen von Zeugen, der Gutachten von Sachverständigen und des Ergebnisses von Augenscheinen, soweit hierüber nicht ein Protokoll oder anderes schriftliches Material besteht.

4. Die Würdigung des Beweisergebnisses in thatächlicher Hinsicht.*)

*) Welche, wie bereits bemerkt, nach der deutschen C.-P.-O. keineswegs zum sog. Thatbestand gehört, sondern nach § 524 ibidem von der Aufgabe des Reichsgerichts ausgeschlossen und richtiger Weise in die Entscheidungsgründe verwiesen ist.

Aus den vorstehenden Ausführungen ist leicht zu erkennen, inwieweit Unvollständigkeiten in der Beurkundung des Thatbestandes vorkommen können, welche für die Beurtheilung der Streitsache durch das Bundesgericht von Bedeutung sind. Um die Mittel, wie dieselben behoben werden können, anzugeben, ist erforderlich, diese Mängel kurz zu durchgehen:

a. Am häufigsten kommt es begreiflich vor, dass nicht alle von einer Partei zur Unterstützung ihrer Anträge vorgebrachten, von der andern aber bestrittenen Thatsachen bezüglich ihrer Existenz oder Nichtexistenz von den kantonalen Gerichten festgestellt sind. Denn einerseits können über die Relevanz dieser Thatsachen die verschiedenen Instanzen in ihren Ansichten auseinandergehen und ist es selbstverständlich, dass die untere Instanz nur diejenigen Thatsachen feststellt, von deren Existenz oder Nichtexistenz ihrer Ansicht nach das Schicksal einer Klage abhängt, — und anderseits kommt es vor, dass die kantonalen Gerichte die That- und Rechtsfragen nicht strenge auseinanderhalten, und daher nicht zu ersehen ist, inwieweit die Entscheidung auf rein thatächlichen Annahmen oder auf einer rechtlichen Beurtheilung beruht. Wie in einem solchen Falle nach dem gegenwärtigen Gesetze zu verfahren sei, ist oben (S. 201—211) einlässlich auseinandergesetzt worden. Ich habe sodann im gegenwärtigen Abschnitte meine Meinung dahin ausgesprochen, dass das künftige Gesetz in allen Fällen, wo eine Vervollständigung des Beweisverfahrens sich als nothwendig herausstellt, die Rückweisung der Sache an die kantonalen Gerichte anordnen sollte, und kann hier lediglich auf das dort Gesagte verweisen. Dagegen halte ich dafür, dass eine solche Rückweisung nicht stattfinden sollte, wenn die Sache bei der bundesgerichtlichen Verhandlung nach Ansicht des Bundesgerichts als spruchreif sich darstellt (sei es, dass auf weitere Beweiserhebung nicht angetragen worden ist, sei es, dass nach Ansicht des Bundesgerichts der Beweis für die bestrittenen relevanten Thatsachen schon in den Akten liegt), sondern das — abändernde oder (aus andern Gründen)

bestätigende — Urtheil sofort vom Bundesgericht erlassen werden sollte. Es liegt darin allerdings ein Einbruch in das Princip, dass die Thatfragen dem Bundesgerichte entzogen sein sollen; allein einerseits statuirt schon das bestehende Gesetz, und zwar, wie wir gesehen haben, in viel weiter gehendem Masse einen solchen Einbruch und anderseits sprechen ganz überwiegende Gründe für dieses Verfahren.

Einmal ermöglicht dasselbe, dass das Bundesgericht in einer weit grösseren Zahl von Fällen in die Lage kommt, in der Sache selbst zu entscheiden. Sodann aber würde nach den bei uns bestehenden Anschauungen die Rückweisung einer zur Entscheidung der That- und Rechtsfragen spruchreifen Sache an die kantonalen Gerichte, lediglich aus dem Grunde, weil gewisse erhebliche Thatsachen aus Rechtsirrthum oder Uebersehen nicht festgestellt worden sind, oder gar, weil bloss, in Folge nicht strenger Auseinanderhaltung der That- und Rechtsfragen in den Vorerkenntnissen, nicht ganz klar ist, was thatsächlich festgestellt sei, als ein übertriebener und daher ungerechtfertigter Formalismus erscheinen. Und diess mit Recht. Denn offenbar ist es, namentlich in den nicht seltenen Fällen, wo die strenge Ausscheidung der That- und Rechtsfragen Schwierigkeiten bereitet, doch weit mehr im Interesse einer richtigen das materielle Recht fördernden Rechtsprechung, wie der Parteien, dass der höchste Gerichtshof die ganze Entscheidung an sich ziehe, als dass durch (ja möglicher Weise in der gleichen Sache wiederholt nothwendig werdende) Rückweisung an die kantonalen Gerichte die Erledigung des Proesses verzögert und die Kosten desselben, mitunter sehr erheblich, vermehrt werden. Durchgeht man die Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes, durch welche wegen Mangelhaftigkeit der thatsächlichen Feststellungen Processe an die Vorinstanzen zurückgewiesen worden sind, so wird man sich der Einsicht wohl kaum verschliessen können, dass die strenge Durchführung des Princips, wonach die Thatfragen dem obersten Gerichtshofe entzogen sein sollen, solche Nachtheile mit sich führt, dass ein Ein-

bruch in dem oben angedeuteten Umfange sich wohl rechtfertigt.

b. Was die übrigen, oben unter Ziffer 1—3 angeführten, nothwendigen Angaben betrifft, so darf natürlich nicht ausser Acht gelassen werden, dass deren Mangelhaftigkeit auch darauf beruhen kann, dass die Parteien ihre Anträge fehlerhaft gestellt oder ungenügend begründet haben. Ob diess der Fall sei oder ob das kantonale Gericht das Vorbringen der Parteien in Folge unrichtiger Auffassung oder aus andern Gründen unvollständig oder unrichtig dargestellt habe, wird in der Regel vom Bundesgerichte nicht beurtheilt werden können, da ihm jede Grundlage hiefür abgeht. Es bleibt daher in solchen Fällen absolut kein anderer Ausweg übrig, als dass diejenige Partei, welche glaubt, dass der Thatbestand von den kantonalen Gerichten mangelhaft beurkundet sei, vor der bundesgerichtlichen Beurtheilung von jenen Gerichten die Berichtigung resp. Ver Vollständigung der Darstellung verlangt. Sonst muss angenommen werden, dass die Parteien sich auf diejenigen Vorbringen (Behauptungen, Bestreitungen, Beweisanerbieten u. s. w.) beschränkt haben, welche von den kantonalen Gerichten beurkundet sind. Daran wird sich auch für die Zukunft nichts ändern lassen, sofern man nicht in denjenigen Kantonen, welche in ihrem Civilprocesse das mündliche Verfahren eingeführt haben, von der Führung eines Sitzungsprotocolls aber Umgang nehmen, für die Processe, welche an das Bundesgericht gezogen werden können, entweder ein schriftliches Vorverfahren einführt oder doch den Parteien gestattet, eine schriftliche Recapitulation ihrer Vorträge, in welcher die sämmtlichen Rechtsbegehren, die zu deren Begründung angeführten Thatsachen, sowie die angerufenen Beweismittel möglichst kurz, aber genau zu bezeichnen wären, und welche dann der bundesgerichtlichen Beurtheilung als Grundlage dienen könnte, den Akten beizulegen. Es will mir scheinen, dass darin,

ohne wesentlichen Eingriff in die kantonalen Processgesetze gebungen, das Mittel gefunden werden könnte, welches den Parteien wie dem Bundesgerichte die sichere Garantie bieten würde, dass das ganze Streitmaterial, welches von den Parteien vor den kantonalen Gerichten vorgebracht worden ist, seine rechtliche Beurtheilung finde. Von einer neuen Verhandlung der Sache vor Bundesgericht kann angesichts einerseits des Art. 64 Abs. 2 und Art. 114 B.-V. und anderseits der Construction des Rechtsmittels zweiter Instanz in den Kantonen, wonach beinahe durchgängig das Vorbringen neuer Thatsachen und Beweismittel schon vor den kantonalen Obergerichten entweder ganz ausgeschlossen oder doch nur ausnahmsweise gestattet ist, selbstverständlich keine Rede sein. Eine Entscheidung der Sache durch das Bundesgericht ohne Rücksicht auf die vor den kantonalen Gerichten stattgefundenen Verhandlungen ist durch jene Verfassungsbestimmungen in unzweideutigster Weise ausgeschlossen. Dagegen ist m. E. das Bundesgericht in der Lage (berechtigt und verpflichtet), die kantonalen Gerichte zur Vervollständigung der Beurkundung des Thatbestandes anzuhalten, sobald ein offenbar diesen Gerichten zur Last fallender Mangel vorliegt. Es betrifft dies neben der Aufhellung allfälliger Dunkelheiten und Widersprüche namentlich die Beurkundung des wesentlichen Inhaltes der Zeugenaussagen. Denn, wie bereits oben angedeutet worden, ist durch die Aufstellung des Bundesgerichtes als Rechtsmittelinstanz in Civilstreitigkeiten unbestreitbar den kantonalen Gerichten die Pflicht erwachsen, den Processstoff so vollständig dem Bundesgerichte vorzulegen, dass demselben die Beantwortung sämtlicher aus dem eidg. Rechte zu lösender Rechtsfragen möglich ist. Der Umstand, dass in der bundesrätlichen Botschaft darauf Bezug genommen ist, dass in einigen Kantonen die Zeugenaussagen nicht protokolliert werden,*) ist m. E. nicht geeignet, die Kantone von jener Verpflichtung entbunden zu erachten.

*) Vgl. oben S. 160 Abs. 1.

Ich muss mir, um den zu Gebote stehenden Raum nicht zu überschreiten, versagen, noch auf einige im Vorhergehenden nicht berührte Vorschläge, die seiner Zeit in der schweiz. Juristenversammlung gemacht worden sind, einzugehen. Nur das mag noch beigefügt werden, dass es mir sehr bedauerlich erschiene, wenn für die an's Bundesgericht weiterziehbaren Processe die zweite kantonale Instanz unterdrückt würde. Von der den Parteien eingeräumten Fakultät, die Urtheile der ersten kantonalen Instanzen, mit Umgehung der zweiten, direct an das Bundesgericht zu ziehen, wird beinahe gar nie Gebrauch gemacht, was deutlich genug zeigt, dass die Parteien — und gewiss aus guten Gründen — nicht gerne auf die kantonale Appellationsinstanz verzichten. Bei der vielfach etwas mangelhaften Besetzung der untern kantonalen Gerichte liegt die Unterdrückung der kantonalen Ober- oder Appellationsgerichte weder im Interesse der Parteien noch des Bundesgerichtes. Hat doch die Beibehaltung derselben unzweifelhaft zur Folge, dass eine nicht unbedeutende Zahl von Processen, welche sonst an das Bundesgericht gezogen würden, in den Kantonen ihre Erledigung findet, wodurch einerseits den Parteien Kosten erspart werden und anderseits die Geschäftslast des Bundesgerichts so vermindert wird, dass eine Erweiterung der Kompetenzen des Bundesgerichtes in den oben angedeuteten Richtungen weniger bedenklich erscheint. Auch wird selbstverständlich die Aufgabe des Bundesgerichts in den an dasselbe gezogenen Processen ganz bedeutend erleichtert, wenn es ein den Processstoff in that-sächlicher und rechtlicher Beziehung vollständig würdigen-des, die That- und Rechtsfrage möglichst scharf trennendes Urtheil vor sich hat, und ein solches ist nun in vielen Kantonen doch nur von der zweiten Instanz zu erwarten.

Ich schliesse mit dem Wunsche, dass dieser Aufsatz, welchem keine andre Tendenz zu Grunde liegt, als für die richtige Auffassung des bestehenden Rechtsmittels wie für die künftige sachgemässe Normirung der Kompetenzen des Bundesgerichtes einen Beitrag zu liefern, sich hiezu geeignet erweisen möchte.