

**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:** 24 (1905)

**Artikel:** Über einzelne Bestimmungen des Entwurfes des schweizerischen Civilgesetzbuches

**Autor:** Heuberger, J.

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896539>

### **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:** 28.04.2026

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

# Ueber einzelne Bestimmungen des Entwurfes des schweizerischen Civilgesetzbuches.

Von Dr. J. HEUBERGER, Oberrichter.

---

Es ist der Zweck dieser Arbeit, einzelne Bestimmungen des schweizerischen Civilgesetzbuches, die nach meiner Ueberzeugung einer Verbesserung bedürfen, einer Besprechung zu unterziehen. Wenn diese auch nicht bewirkt, dass der Gesetzgeber meine Vorschläge berücksichtigt, so liefert sie doch einen Beitrag zur Auslegung der besprochenen Bestimmungen.

Das viele Gute, das mit Recht über den Entwurf im allgemeinen geschrieben und gesagt worden ist, kann mich selbstverständlich nicht abhalten, diejenigen Vorschriften des Entwurfes anzugreifen, die ich nach den Resultaten meiner wissenschaftlichen Ueberzeugung und praktischen Erfahrung nicht billigen kann.

Manche Frage, die man vor der Erstellung des Entwurfes noch aufwerfen konnte, kann heute ernstlich nicht mehr aufgeworfen werden, wenn man nicht die Vollendung des grossen und nützlichen Werkes verzögern will. Dazu gehört unter anderm die Frage, ob es nicht zweckmässiger gewesen wäre, eines der besten kantonalen Gesetzbücher mit seiner reichen Praxis dem schweizerischen Civilgesetzbuche zu Grunde zu legen, als einen gänzlich neuen Entwurf zu erstellen, der als ein organisches Ganzes die Feuertaufe der Praxis erst noch zu bestehen hat. Dann die Frage, ob in denjenigen Verhältnissen, die eine Ordnung nach Prinzipien verlangen, von denen man sagen muss, dass sie dem jus gentium angehören, es nicht zweckmässiger gewesen wäre, auch in der Form und in den Detailvorschriften, auf die es in der Praxis doch so

viel ankommt, die Uebereinstimmung mit dem Gesetzbuche eines der grossen, modernen Kulturstaaten mit seiner Wissenschaft und Praxis zu bewirken, anstatt denselben eine eigene Gestaltung zu geben, die mit dem Wesen der Sache nichts zu tun hat und keinem wahren nationalen Bedürfnisse dient. Die Zahl dieser Verhältnisse ist gross. Ich brauche sie hier nicht aufzuzählen; sie sind den Juristen bekannt. Vrgl. Wächter: Pandekten, Bd I § 2, 2 a, § 5 II 2 a. Eine solche Uebereinstimmung des Gesetzbuches eines kleinen Staates mit demjenigen eines andern grossen Kulturstaates ist wissenschaftlich und praktisch von eminent grossem Werte; denn die Wissenschaft und Praxis des Rechts des grossen Staates werden dann auch für dasjenige des kleinen Staates fruchtbar sein und dieses in seiner Anwendung vor Einseitigkeit und Dürftigkeit bewahren.

Ich gehe nun über zur Kritik einzelner Bestimmungen des Entwurfes.

#### Art. 1.

Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut und Auslegung eine Bestimmung enthält.

Fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, so entscheidet der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches nicht besteht, nach bewährter Lehre und Ueberlieferung.

Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so fällt er sein Urteil nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen müsste.

Durch das schweizerische Civilgesetzbuch, das ich in dieser Arbeit mit S. C. G. B. bezeichnen werde, sollen die 25 kantonalen Privatrechte aufgehoben und ausser Kraft gesetzt werden. Hievon sind selbstverständlich die einzelnen Vorbehalte zu gunsten des kantonalen Rechts und die Wirksamkeit des kantonalen Rechts unter der Herrschaft des S. C. G. B. infolge des Grundsatzes, dass dieses keine rückwirkende Kraft haben solle, ausgenommen. Wenn diese Ausnahmen nicht begründet sind, soll in Zukunft das S. C. G. B. als absolut gemeines Recht mit seinen Bestimmungen anstatt der 25 kantonalen Partikularrechte auf dem Gebiete des Privatrechts in der Schweiz zur Anwendung kommen. Wer

also in Zukunft wissen will, was Rechtens sei in seinen Privatrechtsverhältnissen, soll hierüber das S. C. G. B. konsultieren können und nicht mehr genötigt sein, das kantonale Recht in seiner Zersplitterung zu befragen. Hierin liegt einer der Hauptvorteile der Vereinheitlichung des Privatrechts.

Ich muss schon an dieser Stelle betonen, dass absolut kein Grund besteht, dem kantonalen Gewohnheitsrecht eine grössere Kraft und Bedeutung beizulegen, als dem kantonalen Gesetzesrecht. Das gemeine Recht bricht das kantonale Recht. An diesem Prinzip muss der Gesetzgeber festhalten, wenn er der Vorschrift der Bundesverfassung betreffend die Vereinheitlichung des schweizerischen Civilrechts in ihrer ganzen Bedeutung und nicht bloss teilweise Folge leisten will. Nach meiner durch die Rechtswissenschaft und Praxis gewonnenen Ueberzeugung kann das Postulat der Vereinheitlichung des Civilrechts in der Schweiz nur dadurch ganz erfüllt werden, dass das S. C. G. B. den Anspruch auf die Einheit und die Vollständigkeit eines organisch geordneten Civilgesetzbuches erhebt und alle und jede Vorschrift ausschliesst, infolge derer die Lücken des S. C. G. B. durch partikuläres Recht ausgefüllt werden sollen. Mit der Aufnahme einer solchen Vorschrift würde die Vereinheitlichung des schweizerischen Privatrechts ein Torso sein und bleiben und, anstatt durch ein organisches Wachstum einer schönen und reichen Entwicklung und Entfaltung entgegenzugehen, dem zum Tode führenden Stillstande preisgegeben sein.

Ich stimme deshalb der Ansicht des Redaktors des Entwurfes bei, wenn er in seinen Erläuterungen zum Entwurfe (S. 35) sagt, dass es nach unserer Auffassung des Staates und seines Gesetzgebungsrechtes neben der Bundesgesetzgebung keine andere konkurrierende Quelle positiven Bundesgesetzrechtes geben kann, dass ferner keine lokalen Kreise im Bunde anstatt des Bundesgesetzgebers Bundesgesetze erlassen können und dass es keinen andern Ursprung von Bundesgesetzen als die gesetzgebende Gewalt des Bundes gibt. Mit anderen Worten gesagt heisst dies, dass die Bundesgesetzgebung die alleinige Quelle des durch Gesetzgebung gesetzten gemeinen

Civilrechts sei. Es ist dies das S. C. G. B., das, wie der Redaktor des Entwurfes in seinen Erläuterungen zum Entwurfe (S. 35) selbst sagt, in erster Linie zur Anwendung gebracht werden muss, und zwar nicht nur so weit sein Wortlaut unmittelbar reicht, sondern auch so weit es in irgend einer Art von Auslegung oder auf dem Wege der Analogie herangezogen werden kann.

Der Redaktor des Entwurfes ist der Ansicht, es sei in der Vorschrift des Art. 1, <sub>1</sub> S. C. G. B. ausgesprochen, dass die Bestimmungen des S. C. G. B. nicht nur nach den Grundsätzen der Gesetzesauslegung, sondern auch nach derjenigen der Analogie zur Anwendung gebracht werden müssen, bevor man auf eine andere Rechtsquelle, d. h. auf das im Art. 1, <sub>2</sub> und Art. 2 S. C. G. B. erwähnte Gewohnheitsrecht abstellen dürfe. Ich finde nun aber, dass im Art. 1, <sub>1</sub> S. C. G. B. diesem Gedanken kein genügender Ausdruck gegeben sei. Denn in der Rechtswissenschaft wird die analoge Rechtsanwendung richtigerweise nicht zur Gesetzesauslegung gerechnet, indem sie über den Willen des Gesetzgebers hinausgeht, die Gesetzesauslegung aber bloss den Willen, den der Gesetzgeber im Gesetze ausgesprochen hat oder hat aussprechen wollen, feststellt. Die Gesetzesauslegung wendet das Gesetz auf die Fälle an, auf die der Gesetzgeber dasselbe angewendet wissen wollte. Bei der Anwendung des Gesetzes nach den Grundsätzen der Analogie dagegen wird das Gesetz auf Fälle angewendet, an die der Gesetzgeber nicht gedacht und mit den Bestimmungen des Gesetzes auch nicht geordnet hat. Hieraus ergibt sich, dass das, was der Redaktor des Entwurfes in seinen Erörterungen über den Sinn des Art. 1, <sub>1</sub> S. C. G. B. sagt, in dieser Gesetzesvorschrift nicht in genügender und bestimmter Weise ausgesprochen wird. Dies würde nur dann der Fall sein, wenn in der Gesetzesvorschrift nicht nur auf die Gesetzesauslegung, sondern auch auf die analoge Gesetzesanwendung verwiesen würde. Die Verweisung auf die analoge Rechtsanwendung erscheint um so notwendiger, weil in Art. 1, <sub>2</sub> S. C. G. B. dem Richter der Befehl erteilt wird, die Lücken des Gesetzbuches nach dem bestehenden Gewohnheitsrechte zu ergänzen.

Werden die Bestimmungen des Art. 1, <sub>1</sub> und <sub>2</sub> S. C. G. B. so belassen, wie sie sind, so muss derjenige, welcher die analoge Rechtsanwendung nicht zur Gesetzesauslegung rechnet, die Lücken des S. C. G. B. gemäss Art. 1, <sub>2</sub> S. C. G. B. nach bestehendem Gewohnheitsrecht und, wo ein solches mangelt, nach bewährter Lehre und Ueberlieferung ergänzen. Wer aber die analoge Rechtsanwendung in der Gesetzesauslegung als inbegriffen erachtet oder mehr auf die Worte des Meisters in den Erläuterungen zum Entwurfe als auf die Bestimmung des Art. 1, <sub>1</sub> S. C. G. B. abstellt, wird die Lücken des Gesetzbuches durch Gesetzes- und Rechtsanalogie ergänzen.

Wer aber die Gesetzes- und Rechtsanalogie im Sinne und Geiste der beiden grossen deutschen Rechtslehrer Savigny und Wächter versteht und auch bei dem S. C. G. B. zur Anwendung bringt, kommt schwerlich in die Lage, sein Urteil auf das im Art. 1, <sub>2</sub> S. C. G. B. bezeichnete Gewohnheitsrecht zu gründen. Die Lehre dieser grossen Rechtslehrer über das Wesen und die Bedeutung der Ergänzung der Lücken eines Gesetzbuches nach den Grundsätzen der Gesetzes- und Rechtsanalogie hat auch heute noch ihre volle Gültigkeit und ist keine veraltete Theorie, wie der Redaktor des Entwurfes anzunehmen scheint. Auch Savigny und Wächter haben nirgends behauptet, dass das kodifizierte Recht lückenlos sei, sondern sie nehmen selbst an, dass dasselbe Lücken habe, verlangen aber, dass diese Lücken im Geiste und aus dem Geiste des im Gesetzbuche niedergelegten positiven Rechts zu ergänzen seien.

Dies trifft vorerst dann zu, wenn bei einem durch das Gesetzbuch normierten Rechtsinstitute eine einzelne Rechtsfrage neu entsteht. Diese muss nach der inneren Verwandtschaft der diesem Institute angehörenden Rechtssätze beantwortet werden. Vrgl. Savigny: System des heutigen römischen Rechts, Bd I S. 291. So müssen die Bestimmungen der Art. 245, 246 und 247 S. O. R. analog auf das Mietverhältnis zur Anwendung gelangen. Vrgl. Heuberger: Die Sachmiete, S. 50. Muss überhaupt ein Fall entschieden werden, über den das S. C. G. B. keine Bestimmungen enthält, ist aber

im S. C. G. B. ein ähnlicher Fall entschieden, der dieselbe juristische Natur hat wie der übergangene Fall, so dass das Prinzip, der Rechtsgrund, die ratio legis im eigentlichen Sinne, auch auf den übergangenen Fall völlig passt, so ist auch der übergangene Fall nach jener Gesetzesbestimmung zu entscheiden, also jenes Gesetz auf ihn analog anzuwenden (vgl. Wächter: Pandekten § 25 S. 123 und 124). Dadurch wird, wie Wächter mit Recht sagt, die Lücke des Gesetzbuches in Wahrheit im Geiste des positiven Rechts ergänzt; wir dürfen und müssen annehmen, dass der Gesetzgeber einen solchen Fall gerade so entschieden haben würde, wenn er an ihn gedacht hätte. Dieses Verfahren bezeichnet die Rechtswissenschaft als Gesetzesanalogie.

Wenn aber die Voraussetzung zur Anwendung der Gesetzesanalogie nicht vorhanden ist und also nicht auf einzelne Gesetzesbestimmungen abgestellt werden kann, so soll der Richter die Entscheidungsnorm aus dem Geiste des positiven Rechts überhaupt und aus den diesem zu Grunde liegenden Prinzipien bilden. Hieher gehört nach Wächter auch die Natur der Sache, d. h. das, was aus den allgemeinen dem positiven Rechte zu Grunde liegenden Prinzipien und aus der faktischen Natur des zu beurteilenden Verhältnisses mit logischer Konsequenz sich ergibt. Dieses Verfahren wird in der Rechtswissenschaft als Rechtsanalogie bezeichnet. Und wenn bei diesem Verfahren die Lebensverhältnisse, die nach den Grundsätzen der Rechtsanalogie beurteilt werden sollen, nach den dem positiven Rechte zu Grunde liegenden Prinzipien und der in diesen Lebensverhältnissen selbst wohnenden und schaffenden Natur der Sache oder Vernunft der Dinge oder naturalis ratio beurteilt werden, so werden dieselben nicht nur vernünftig und zweckmässig, sondern auch gerecht beurteilt sein, indem sie nach den durch das Gesetzbuch anerkannten Prinzipien der Gerechtigkeit und der in den Lebensverhältnissen wohnenden Natur der Sache normiert sein werden, was auch bei den durch das Gesetzbuch selbst ausdrücklich geordneten Lebensverhältnissen geschehen muss, wenn dasselbe den Anforderungen entspricht, die an ein gutes Gesetz-

buch gestellt werden müssen. Vrgl. Regelsberger: Pandekten § 12.

Wenn die Lücken des Gesetzbuches nach den Grundsätzen der Analogie ergänzt werden, wie dieselben von der Rechtswissenschaft, die an keine Grenzpfähle gebunden ist, anerkannt und gelehrt werden, so kann ich nicht einsehen, weshalb es, wie der Redaktor des Entwurfes sagt, ein Trugbild einer überwundenen Periode der Rechtswissenschaft sein soll, dass man imstande sei, mit Hilfe der Auslegung und Gesetzes- und Rechtsanalogie mit den Bestimmungen des S. C. G. B. das ganze Gebiet des Civilrechtes zu beherrschen, sofern das S. C. G. B. nicht selbst das kantonale Recht in Geltung lassen will. Vrgl. Regelsberger: Pandekten, § 38.

Wenn der Richter bei Anwendung der Analogie nach der Lehre Savignys, Wächters und Regelsbergers vorgeht, so kommt er niemals in die Lage, durch bedenkliche Interpretationskünste die Prinzipien und Vorschriften des Gesetzbuches auf unnatürliche und gezwungene Weise auf Lebensverhältnisse zur Anwendung zu bringen, auf die sie nicht passen, wie der Redaktor des Entwurfes in seinen Erörterungen zum Entwurfe sagt (S. 37). Dass dies bei Anwendung der Gesetzesanalogie nicht der Fall sein kann, geht zweifellos schon daraus hervor, dass nur wesensgleiche Lebensverhältnisse nach dem Prinzip der Gleichheit vor dem Recht nach der gleichen vom positiven Gesetze bestimmten Norm beurteilt werden müssen, auch wenn nur ein Teil dieser wesensgleichen Lebensverhältnisse im positiven Rechte seine Regelung gefunden hat. Mit Recht sagt Regelsberger, es sei eine tief in unserer sittlichen Anschauung wurzelnde Forderung, dass wesensgleiche Tatbestände nach derselben rechtlichen Norm beurteilt werden. Selbstverständlich wird aber vorausgesetzt, dass der vom Gesetze normierte Tatbestand in Wahrheit und Wirklichkeit mit dem vom Gesetze nicht normierten und zu beurteilenden Tatbestande wesensgleich ist. Völlig ungerechtfertigt ist es aber auch, bei Anwendung der Rechtsanalogie von einer unnatürlichen und künstlichen Gesetzesinterpretation zu sprechen. Dieselbe gehört gar nicht zur Gesetzesauslegung,

sondern ist die Anwendung höherer Prinzipien des Gesetzes auf Fälle, die es nicht ausdrücklich normiert hat, bei denen aber der Richter gemäss dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Recht annehmen kann und muss, dass der Gesetzgeber sie jenen höheren Prinzipien auch unterworfen haben würde, wenn er an sie gedacht hätte. Und dabei hat der Richter die Natur und das Wesen des zu beurteilenden Lebensverhältnisses zu berücksichtigen, wie der Gesetzgeber dies bei den von ihm im Gesetzbuche ausdrücklich geordneten Lebensverhältnissen auch getan hat. Dabei braucht der Richter dem Lebensverhältnisse keinen Zwang anzutun, sondern wird dasselbe ganz natürlich und gerecht beurteilen und zwar nach höheren Prinzipien des Gesetzbuches und der in der Natur und dem Wesen des Lebensverhältnisses selbst liegenden Ordnung.

Wenn der Richter in dieser Weise die Lücken des Gesetzbuches ergänzt, so wird er auch dem Befehle Folge leisten, den ihm der Redaktor des Entwurfes gibt, er solle in solchen Fällen so entscheiden, wie der konsequente Gesetzgeber selbst entschieden haben würde, wenn er an diese Fälle gedacht hätte. Wenn aber der Richter in dieser Weise Lücken des Gesetzes ergänzt, so befolgt er die Grundsätze der Rechtsanalogie, die nach den Erörterungen zum Entwurfe bei dessen Redaktor sehr schlecht akkreditiert zu sein scheint, in der deutschen Rechtswissenschaft und Gerichts- und Gesetzespraxis aber mit vollem Rechte noch immer ein hohes Ansehen geniesst und ganz zweifellos auch noch auf längere Zeit ihrer in der Natur und dem Wesen des positiven Rechts begründeten Herrschaft sicher sein wird.

Auch die Wissenschaft und die Praxis des französischen Civilrechts anerkennen die Berechtigung der analogen Rechtsanwendung, ohne die der Vorschrift des Art. 4 des Code civil, wonach der Richter auch beim Schweigen und bei der Dunkelheit oder Unzulänglichkeit des Gesetzes die Rechtsprechung nicht verweigern darf, gar nicht Folge geleistet werden könnte, indem das Gesetzbuch neben sich keine andere Quelle des positiven Rechts zur Ergänzung seiner Lücken und Unzulänglichkeit anerkennt, also auch für sich

den Anspruch auf Einheit und Vollständigkeit erhebt. Diesen Anspruch erhebt auch das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. In der ersten Lesung des Entwurfes dieses Gesetzbuches enthält § 1 folgende Vorschrift: „Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze massgebend.“ Der Gesetzgeber hat diese Bestimmung aus den gleichen Gründen, aus denen er Umgang davon genommen, Grundsätze über die Gesetzesauslegung im Gesetzbuche aufzustellen, nicht in dieses aufgenommen. Er ist zur Ueberzeugung gelangt, dass es besser sei, die Grundsätze der Gesetzesauslegung und der analogen Rechtsanwendung durch die Wissenschaft und Praxis des Rechts feststellen zu lassen, als dieselben durch Gesetzesvorschriften zu bestimmen, die von der Wissenschaft und Praxis des Rechts möglicherweise doch als unzulänglich befunden werden könnten.

Aus den Motiven zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuche ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit der Anwendung der Gesetzes- und Rechtsanalogie im Sinne der deutschen Rechtswissenschaft bei der Auslegung des Gesetzbuches eingesehen und sogar als selbstverständlich erachtet hat und infolge dessen darüber auch keine Vorschriften in das Gesetzbuch aufgenommen hat. Derartige Vorschriften enthält auch das französische Civilgesetzbuch nicht und trotzdem haben sich die Wissenschaft und Praxis des französischen Rechts sowohl bei der Gesetzesauslegung als auch bei der Anwendung der Gesetzes- und Rechtsanalogie ganz gut zu helfen gewusst. Dies traf auch bei umfassenden Kodifikationen in Deutschland, z. B. dem Handelsgesetzbuche, Reichsstrafgesetzbuche und den Reichsprozessordnungen zu. Auch hier haben Wissenschaft und Praxis die ihnen obliegende Aufgabe der Auslegung und der analogen Anwendung des gesetzten Rechts mit bestem Erfolg gelöst, obschon diese Gesetzbücher darüber keine Bestimmungen enthalten. Vrgl. die Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, I. Bd S. 15.

Auch mit unserem schweizerischen Obligationenrecht haben wir die Erfahrung gemacht, dass die Wissenschaft und Praxis ganz wohl imstande sind, das positive Recht nach den Grundsätzen der Auslegung und der Gesetzes- und Rechtsanalogie zu erklären und anzuwenden, obschon dasselbe darüber keine Vorschriften enthält und obschon doch das Gebiet des Obligationenrechts dasjenige ist, auf welchem mehr als in den übrigen Gebieten des Civilrechts die analoge Rechtsanwendung erforderlich ist. Das Gleiche wird ohne allen Zweifel auch beim S. C. G. B. der Fall sein, auch wenn dasselbe es unterlässt, die Grundsätze der Gesetzesauslegung und der Gesetzes- und Rechtsanalogie zu bestimmen.

Nach meiner wissenschaftlichen Ueberzeugung und meiner praktischen Erfahrung habe ich deshalb die vollendete Ueberzeugung, dass es im Interesse der richtigen Auslegung und der freien Entwicklung und Entfaltung des gemeinen schweizerischen Civilrechts liege, die Vorschriften des Entwurfes über Gesetzesauslegung und die Analogie nicht in das S. C. G. B. aufzunehmen, sondern darüber der Wissenschaft und Praxis des Rechts vollständig freie Hand zu lassen. Ich bin überzeugt davon, dass diese den rechten Weg schon finden werden; während unzulängliche Gesetzesvorschriften über die Gesetzesauslegung und analoge Rechtsanwendung die Wissenschaft und Praxis des Rechts ganz oder teilweise vom rechten Wege abhalten könnten. Die Einwendung, es sei die Aufnahme der von mir angegriffenen Vorschriften erforderlich, um zur allgemeinen Deutlichkeit und Verständlichkeit des Gesetzbuches beizutragen, ist unbegründet und unstichhaltig. Denn der Nichtjurist ist nie und nimmer imstande, aus den von mir angegriffenen Gesetzesbestimmungen die Grundsätze der Gesetzesauslegung und der analogen Rechtsanwendung in der Bedeutung und dem Umfange zu begreifen und zu verstehen, welche die Rechtswissenschaft derselben beilegt. Und für die Juristen sind die von mir angegriffenen Vorschriften geradezu verwirrend, weil der Redaktor des Entwurfes ihnen in seinen Erörterungen einen andern Sinn beilegt, als den, welchen sie nach der Fassung des Art. 1 S. C. G. B. offenbar haben. In seinen

Erörterungen sagt der Redaktor des Entwurfes (S. 35), dass in erster Linie das gesetzte Recht zur Anwendung gebracht werden müsse, und zwar nicht nur soweit sein Wortlaut unmittelbar reiche, sondern auch soweit es in irgend einer Art von Auslegung oder auf dem Wege der Analogie reiche. Wenn der Redaktor unter dieser Analogie, wie die Rechtswissenschaft dies tut, sowohl die Gesetzes- als die Rechtsanalogie versteht und dafür sorgt, dass dieser Gedanke auch im Art. 1 S. C. G. B. Ausdruck findet, so bleibt dem im Art. 1, 2 S. C. G. B. bezeichneten Gewohnheitsrechte, das der Redaktor dem jungen und kräftigen Gesetzbuche als Hilfsmittel zur Ausfüllung seiner Lücken und Mangelhaftigkeit auf den Lebensweg mitgeben will, kein Raum zur Wirksamkeit. Dasselbe wird dann die gleiche Rolle spielen, welche das Naturrecht gespielt hat, auf das im neunzehnten Jahrhundert von einigen Gesetzbüchern als subsidiäre Rechtsquelle nach dem Versiegen der Quelle der analogen Rechtsanwendung verwiesen worden ist. Dasselbe wird das Schicksal Hekubas teilen und mit Grund mit ihr sagen können: „trahor exul, inops.“ Das junge, lebensfrohe und mannesstarke Gesetzbuch hat Kraft und Geist genug, um seine Lücken gemäss den Grundsätzen der Gesetzes- und Rechtsanalogie ergänzen zu können, ohne der Stütze des Gewohnheitsrechtes zu bedürfen.

Dem Gewohnheitsrecht, von dem im Art. 1, 2 und Art. 2 S. C. G. B. gesprochen wird, will ich nun in die Augen sehen und an den Redaktor des Entwurfes über dasselbe zwei Fragen richten. Ist es schon bestehendes oder erst entstehendes Gewohnheitsrecht, d. h. ist es schon geboren oder soll es erst geboren werden? Und ist dasselbe gemeines oder partikuläres Gewohnheitsrecht? Ueber diese zwei wichtigen Fragen gibt uns der Redaktor des Entwurfes weder in seinen Erörterungen zum Entwurfe noch in diesem selbst einen bestimmten Aufschluss und deutliche Aufklärung, durch die jeder Zweifel beseitigt wird. Der Redaktor des Entwurfes will mein Bedenken damit beschwichtigen, dass er in seinen Erörterungen sagt, es sei nicht die Aufgabe des Gesetzes, zu umschreiben, was als Gewohnheitsrecht anzuerkennen sei.

Dies sei Sache der Wissenschaft und Praxis; diese sollen dafür sorgen, dass diese Umschreibung mit der erforderlichen Klarheit gewonnen werden könne.

Wie die Praxis dieses Gewohnheitsrecht umschreiben wird, kann man heute selbstverständlich nicht wissen, und es ist deshalb zu untersuchen, was darunter nach den Grundsätzen der Gesetzesauslegung verstanden werden muss.

Neben dem oben schon mitgeteilten Art. 1, 2 S. C. G. B. kommt hiefür in Betracht:

#### Art. 2.

Besteht im Gebiete der Gesetzgebungshoheit des Bundes ein die gesetzlichen Vorschriften ergänzendes Gewohnheitsrecht, so wird es als Bundesrecht anerkannt.

Gemäss den Grundsätzen der grammatikalischen und logischen Auslegung schliesse ich aus diesen beiden Gesetzesvorschriften, dass unter dem im Art. 1, 2 und Art. 2 S. C. G. B. bezeichneten Gewohnheitsrechte das partikuläre Gewohnheitsrecht zu verstehen sei. Schon die Worte: „wo ein solches nicht besteht“ sprechen dafür, dass es sich um partikuläres oder, wie der Redaktor des Entwurfes in seinen Erläuterungen sagt, um lokales Gewohnheitsrecht handelt, dass also das Wort „wo“ sich auf die Oertlichkeit bezieht, wo das Gewohnheitsrecht besteht, und sich nicht auf diejenigen Bestimmungen oder Stellen des Gesetzbuches bezieht, die lückenhaft sind und also der Ergänzung bedürfen. Dafür spricht aber auch der Umstand, dass der Gesetzgeber die Vorschrift des Art. 2 S. C. G. B. überhaupt aufgenommen hat. Damit will er bestimmen, dass das partikuläre Gewohnheitsrecht nur soweit es die Lücken des Gesetzbuches ergänzt, nicht aber, wenn es im Widerspruche mit den Bestimmungen des Gesetzbuches steht, als Bundesrecht anzuerkennen sei. Denn nach dem *argumentum a contrario* muss angenommen werden, der Gesetzgeber habe mit Absicht und Ueberlegung die Anwendbarkeit des partikulären Gewohnheitsrechts auf die Fälle beschränkt, in denen das Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, also das Gewohnheitsrecht sich als ergänzendes Recht qualifiziert, um mit dieser Vorschrift als

einer dispositiven die Anwendung des partikulären Gewohnheitsrechts auf die Fälle auszuschliessen, die durch die Vorschriften des Gesetzbuches normiert sind. Nach den Regeln der grammatikalischen Gesetzesauslegung findet hier der Satz Anwendung: *Unius positio est alterius exclusio*.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses der grammatikalischen Interpretation wird durch das bestätigt, was der Redaktor des Entwurfes in seinen Erläuterungen (S. 36) über den Sinn und die Bedeutung der Vorschrift des Art. 2 S. C. G. B. sagt: „Nur in zwei Beziehungen können Zweifel entstehen, denen besser von vornherein durch besondere Bestimmungen begegnet wird. Wenn nämlich zur Ergänzung eines bundesgesetzlichen Satzes oder zu dessen Erläuterung ein Gewohnheitsrecht sich bildet, so soll es als Bundesrecht anerkannt werden. Und wenn eine Gewohnheit gegen das Gesetz sich in einem Teile des Rechtsgebietes unter Verdrängung des gesetzten Rechtes auszubilden vermöchte, so wäre in einem solchen Falle das Gesetz ausdrücklich zu schützen oder also die lokale Gewohnheit nicht anzuerkennen. Diese beiden Bestimmungen sind in Art. 2 niedergelegt worden.“

Dass der Redaktor des Entwurfes unserer Ansicht ist, geht auch aus folgender Bemerkung in den Erläuterungen zum Entwurfe (S. 36) ganz zweifellos hervor: „Freilich kommt hierzu dann die weitere Frage, inwieweit gesetztes Recht durch Nichtübung beseitigt und durch Gewohnheitsrecht ersetzt werden könne. Allein auch darüber braucht die Gesetzgebung nichts zu bestimmen. Sollte eine solche Beseitigung tatsächlich und ohne die Grundlage irgend einer gesetzlichen Sanktion einmal eintreten, so würde das Geschehnis mit seiner Verwirklichung auch seine Anerkennung gefunden haben, so dass eine Berücksichtigung dieses Falles im Gesetze durchaus nicht nötig ist.“

Wenn nach der Ansicht des Redaktors des Entwurfes sogar die Entstehung eines gemeinen derogativen Gewohnheitsrechtes, durch das also Bestimmungen des S. C. G. B. aufgehoben oder abgeändert werden, möglich sein soll, auch wenn das Gesetzbuch keine Vorschrift über die Zulässigkeit der Entstehung eines gemeinen derogativen Gewohnheitsrechtes enthält, so ist es doch vernünftigerweise selbstverständlich,

dass auch ein gemeines ergänzendes Gewohnheitsrecht, durch das bloss die Lücken des S. C. G. B. ergänzt werden, als Bundesrecht anerkannt werden muss, auch wenn das Gesetzbuch keine Vorschrift über die Zulässigkeit der Entstehung des gemeinen ergänzenden Gewohnheitsrechtes enthält. Dies ergibt sich aus dem argumentum a majori ad minus. Es kann also auch nach der Ansicht des Redaktors des Entwurfes die Vorschrift des Art. 2 S. C. G. B. sich gar nicht auf das gemeine ergänzende Gewohnheitsrecht beziehen, sondern muss partikuläres ergänzendes Gewohnheitsrecht im Auge haben.

Es steht also ganz zweifellos fest, dass das S. C. G. B. partikuläres Gewohnheitsrecht, soweit dieses ergänzendes Recht bildet, aber nicht das partikuläre Gewohnheitsrecht, das derogatives Recht bildet, zur Anerkennung und Anwendung gebracht wissen will.

Nun aber entsteht die weitere Frage: Ist das partikuläre ergänzende Gewohnheitsrecht, das vom S. C. G. B. anerkannt wird und das der Redaktor des Entwurfes in seinen Erörterungen als lokales Gewohnheitsrecht bezeichnet, kantonpartikuläres oder lokalpartikuläres Gewohnheitsrecht? Auch diese höchst wichtige Frage wird im Gesetzbuche nicht gelöst, und ebensowenig die Frage, ob das im Art. 2 S. C. G. B. bezeichnete partikuläre Gewohnheitsrecht bloss solches sei, das sich unter der Herrschaft des S. C. G. B. erst bilden wird, oder auch solches umfasse, das sich schon vorher ausgebildet hat und in dem Zeitpunkte schon besteht, da das S. C. G. B. in Kraft tritt. Und auch das, was der Redaktor des Entwurfes in seinen Erörterungen über das in Art. 1, 2 und Art. 2 S. C. G. B. bezeichnete Gewohnheitsrecht sagt, gibt uns keine genügende und sichere Aufklärung. Auf S. 35 und 36 der Erläuterungen wird gesagt: „Wo aber das gesetzte Recht mangelt, da darf im Rahmen der staatlichen Gesetzgebungshoheit, also im Rechtsgebiet des gesetzten Rechtes, das tatsächlich geübte Recht nicht ignoriert werden. Hat die Gesetzgebung es tatsächlich, durch Aufstellung eigener Regeln, nicht ausgeschlossen, hat also die Staatshoheit es unterlassen, objektives Recht zu setzen in Fragen, die tatsächlich der objektiven Ordnung bedürftig

und teilhaftig sind, so würde sie sich in Widerspruch mit sich selber setzen, wenn sie diesem geübten Rechte die Anerkennung verweigern wollte. Sie vermöchte die Verweigerung auch nicht anders auszusprechen, als dadurch, dass sie gesetztes Recht an die Stelle des tatsächlich geübten stellte. Diesem in der Natur der Sache liegenden Verhältnis gibt sie Ausdruck, indem sie es anerkennt, dass, soweit das gesetzte Recht nicht reicht, das geübte treten soll, Abs. 2 des Art. 1.“ Nach diesen Worten kann und muss man annehmen, der Redaktor des Entwurfes sei der Ansicht, dass auch das schon bestehende partikuläre ergänzende Gewohnheitsrecht zur Anwendung zu bringen sei. Dagegen aus der (oben S. 129 mitgeteilten) Stelle der Erläuterungen ist als Meinung des Redaktors zu schliessen, dass die Vorschrift des Art. 2 S. C. G. B. sich ausschliesslich auf das partikuläre ergänzende Gewohnheitsrecht beziehe, das sich unter der Herrschaft des S. C. G. B. erst noch bilden wird. Ich finde aber, dass, wenn man auf die grammatikalische und logische Interpretation des Art. 2 S. C. G. B. abstellt, auch das schon bestehende partikuläre ergänzende Gewohnheitsrecht zur Anwendung gelangen muss. Ist dies aber der Fall, so besteht sachlich kein genügender Grund, weshalb das partikuläre Gewohnheitsrecht einen Vorzug vor dem partikulären Gesetzesrechte haben soll. Denn beide sind ebenbürtig und müssen auch als ebenbürtig anerkannt und behandelt werden. Und es ist für mich rein unbegreiflich und unverständlich, weshalb, wenn das S. C. G. B. doch zur Ergänzung seiner Lücken geltendes partikuläres Recht anerkennen und zur Anwendung bringen lassen will, hiebei bloss das partikuläre Gewohnheitsrecht, nicht aber auch das partikuläre Gesetzesrecht berücksichtigt werden sollte. Ich denke z. B. an die Möglichkeit, dass ein ins Gebiet des Civilrechts gehörendes Rechtsinstitut, das im S. C. G. B. nicht normiert ist, seine natürliche, gerechte und zweckmässige Normierung in einem kantonalen Gesetze erhalten hat. Worin in aller Welt ist denn der vernünftige Grund zu finden, einem solchen durch die Rechtsquelle der Gesetzgebung festgesetzten partikulären ergänzenden Rechte die Anerkennung zu versagen,

während jene partikularrechtliche Normierung anerkannt und zur Anwendung gebracht werden soll, wenn sie durch die Rechtsquelle des Gewohnheitsrechtes sanktioniert ist? Ich muss deshalb annehmen, es sei bloss ein legislativpolitischer Grund massgebend gewesen, einen solchen Unterschied zwischen dem partikulären ergänzenden Gewohnheitsrechte und dem partikulären ergänzenden Gesetzesrechte zu machen. Jenes ist, soweit es sich nämlich um geltendes Recht handelt, verhältnismässig arm gegenüber dem reichen Stoffe des durch die Gesetzgebung festgesetzten geltenden kantonalen Rechts. Ein einheitliches schweizerisches Civilgesetzbuch konnte unmöglich die Vorschrift dulden, dass seine Lücken durch partikuläres Gesetzesrecht ergänzt werden sollen, weil ein Civilgesetzbuch mit 25 ergänzenden Partikularrechten die Rechtseinheit illusorisch gemacht hätte. Dagegen mochte man das partikuläre Gewohnheitsrecht eben wegen seiner Armut nicht als so gefährlich für die Rechtseinheit ansehen, dass man es ganz auszuschliessen genötigt gewesen wäre. Und die Sache erscheint um so harmloser, als im Gesetze das zur Geltung zugelassene Gewohnheitsrecht nicht umschrieben, sondern dessen Ermittlung der Wissenschaft und Praxis überlassen wird. Aber wenn auch noch so wenige ergänzende Gewohnheitsrechte bestehen oder sich bilden, so wären doch auch diese wenigen als unzulässig zu verwerfen, weil sie der Einheit des schweizerischen Civilrechtes widersprechen, der Geltung des Gesetzbuches als eines einheitlichen organischen Werkes schädlich sind und die Vorteile der Rechtseinheit teilweise in Frage stellen.

Darum begreifen wir in der Tat nicht, warum der Redaktor des Gesetzes, sobald es sich um die Ergänzung der Lücken des Gesetzbuches handelt, im Widerspruche mit der französischen und deutschen Gesetzgebung das Vertrauen in die Entwicklungs- und Ergänzungsfähigkeit seines eigenen Werkes aus dessen Prinzipien nach Gesetzes- und Rechtsanalogie verliert und Hilfe bei dem partikulären Gewohnheitsrechte sucht. Im Interesse der Rechtseinheit müssen wir wünschen, dass die Bundesversammlung die Vorschriften des Art. 1, 2 und des Art. 2 des Entwurfes vollständig streicht.

Auch die Bestimmungen des Art. 1, <sup>1</sup> und <sup>3</sup> S. C. G. B. müssen gestrichen werden. Die Erfahrungen, die wir mit unserem schweizerischen Obligationenrechte gemacht haben, beweisen am besten, dass die Aufnahme dieser Bestimmungen in das Gesetzbuch absolut unnötig ist. Ich glaube aber zur Genüge nachgewiesen zu haben, dass dieselbe sogar einen schädlichen und verwirrenden Einfluss auf die Anwendung des S. C. G. B. auszuüben imstande ist.

Was im Art. 1, <sup>3</sup> S. C. G. B. ausgesprochen wird, ist in den Grundsätzen der Gesetzes- und Rechtsanalogie inbegriffen, deren Umschreibung oder Feststellung der Rechtswissenschaft überlassen werden muss. Wenn nach der Ansicht des Redaktors des Entwurfes sogar die Umschreibung des im Art. 1, <sup>2</sup> und Art. 2 S. C. G. B. bezeichneten Gewohnheitsrechtes der Wissenschaft und Praxis überlassen werden darf, so muss auch die Umschreibung der Gesetzes- und Rechtsanalogie der Wissenschaft und Praxis überlassen werden. Denn die Gesetzgebung ist gar nicht imstande, die Grundsätze der Gesetzes- und Rechtsanalogie erschöpfend und bestimmt festzustellen und zu umschreiben, während doch der Gesetzgeber mit Leichtigkeit eine Vorschrift in das Gesetzbuch aufnehmen kann, aus der sich sofort mit Bestimmtheit ergibt, ob das zur Ergänzung der Lücken des Gesetzbuches anerkannte Gewohnheitsrecht gemeines oder partikuläres, kantonpartikuläres oder lokalpartikuläres sei, und ob dasselbe auch solches sei, das sich schon vor der Herrschaft des S. C. G. B. gebildet hat, oder bloss solches sei, das sich unter der Herrschaft des S. C. G. B. erst bilden wird.

#### Art. 3.

„Jedermann hat sowohl in der Ausübung seiner Rechte als in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

Der offenbare Missbrauch einer Berechtigung erfährt keinen Rechtsschutz.“

Das S. C. G. B. und das S. O. R. (schweizerische Obligationenrecht) enthalten eine Anzahl von Bestimmungen, die ganz zweifellos ihr Dasein dem im Art. 3, <sup>1</sup> S. C. G. B. aus-

gesprochenen Prinzip der Verpflichtung zum Handeln nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verdanken. Trotzdem bin ich der Ansicht, dass es vorsichtiger sein würde, diesem Prinzip im S. C. G. B. nicht die absolute Sanktion zu erteilen, wie dies im Entwurfe geschehen ist. Ich kenne kein Gesetzbuch, das eine gleiche oder ähnliche Vorschrift enthält. Und man ist auch nicht imstande, die Tragweite und die Bedeutung jenes absolut anerkannten Prinzips auf die Anwendung der Bestimmungen des S. C. G. B. in der Beurteilung der einzelnen Rechtsverhältnisse zu überblicken und zu erkennen. Die Anwendung jenes Prinzips in denjenigen Rechtsverhältnissen, für die das positive Recht dasselbe besonders vorschreibt, entspricht der durch das positive Recht als ein organisches Ganzes festgesetzten Gerechtigkeit, während seine Anwendung auf Rechtsverhältnisse, für die das positive Recht dasselbe nicht besonders vorschreibt, jener Gerechtigkeit wohl auch entsprechen, mit ihr aber auch im Widerspruche stehen kann. Das erstere trifft zu, wenn die Grundsätze der Gesetzes- und Rechtsanalogie die Anwendung jenes Prinzips verlangen, das letztere aber, wenn solche Anwendung gemäss diesen Grundsätzen nicht geboten und nicht zulässig erscheint. Im letzteren Falle entspringt das Urteil der richterlichen Willkür, aber nicht der echten und wahren Billigkeit (*aequitas*) im Sinne des römischen Rechts. Einer solchen Rechtsprechung muss man als einer unheilvollen entgegentreten. Die absolute Vorschrift des Art. 3, <sup>1</sup> S. C. G. B. öffnet derselben Tor und Tür. Denn die Versuchung liegt für den Richter nahe, gestützt auf diese Gesetzesvorschrift in Befolgung eines subjektiven Rechtsgefühls (*aequitas cerebrina*) die Ausübung eines wohlbegründeten Rechtes als ein Handeln gegen Treu und Glauben und demnach als unzulässig zu erklären.

Einer absoluten Anerkennung des im Art. 3, <sup>1</sup> S. C. G. B. ausgesprochenen Prinzips bedarf es nicht. Denn dasselbe hat seine Anerkennung bei einzelnen Bestimmungen des Gesetzbuches gefunden und muss auch in Fällen anerkannt werden, für die das Gesetzbuch die Anwendung jenes Prinzips nicht besonders vorschreibt, für die sie aber nach den Grundsätzen

der Gesetzes- und Rechtsanalogie geboten ist. Obschon auch der Redaktor des Entwurfes in Bezug auf andere in einzelnen Gesetzesvorschriften besonders anerkannten Prinzipien die Anwendung der letzteren auch auf andere Fälle gemäss der Analogie als zulässig und demnach auch als geboten erachtet (S. 11 der Erläuterungen) und aus diesem Grunde davon Umgang genommen hat, diese Prinzipien durch besondere Gesetzesvorschriften als absolute zu sanktionieren, ist ohne allen Grund das Prinzip der Verpflichtung zum Handeln nach Treu und Glauben im Art. 3, <sup>1</sup> S. C. G. B. als ein absolutes sanktioniert worden. Da eine solche Gesetzesvorschrift nichts nützt, aber den Richter auf Abwege führen kann, so sollte sie gestrichen werden. Vrgl. Erläuterungen vom Juli 1901 (S. 10). Das Gleiche ist in Bezug auf die Vorschrift des Art. 3, <sup>2</sup> S. C. G. B. zu sagen.

Das Prinzip, dass niemand sein Recht nur zu dem Zwecke ausüben solle, um andere dadurch zu schädigen, ist im Entwurfe des S. C. G. B. vom Jahre 1900 noch nicht als absolutes sanktioniert, sondern hat seine ausdrückliche Anerkennung in den allgemeinen Bestimmungen über das Eigentum gefunden, wo im Art. 644, <sup>1</sup> und <sup>2</sup> gesagt ist:

„Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen.

Er kann von ihr jeglichen Gebrauch machen, der nicht offenbar einzig zu dem Zwecke erfolgt, andern Schaden zuzufügen.“

Obschon der Redaktor des Entwurfes dieses Prinzip auch für obligationenrechtliche Verhältnisse als anwendbar erachtet, spricht er doch in den Erläuterungen zum Entwurfe die Ansicht aus, dass dasselbe seine eigentlich praktische Bedeutung beim Grundeigentume habe, in Beziehung auf die Rechte, die der Grundeigentümer aus seinem Verhältnisse jedermann gegenüber anzusprechen befugt ist, und dass deshalb die Sanktionierung des Prinzips im Sachenrecht ausgesprochen werden müsse.

Den gleichen Weg hat das a. b. G. für den Kanton Aargau eingeschlagen, indem es im § 480 vorschreibt:

„Niemand darf sein Eigentum zur Kränkung oder Beschädigung anderer missbrauchen, oder seine Grundstücke anders als

so benutzen, dass auch die Nachbarn ihre Grundstücke ihren Rechte nach benutzen können.“

Diese Gesetzesvorschrift hat sich in der Praxis als sehr nützlich und heilsam erwiesen und Missbrauch hat der Richter damit nicht getrieben. Wenn aber das Prinzip so allgemein und absolut anerkannt wird, wie dies im Art. 3, 2 S. C. G. B. geschieht, so sind dem Missbrauche des Verbotes gegen den Missbrauch der Rechtsausübung die Wege geebnet. Beispiele aus dem Obligationenrechte liegen auf der Hand.

Es sollte also auch die Vorschrift des Art. 3, 2 S. C. G. B. gestrichen und anstatt derselben eine Bestimmung im Sinne des § 480 a. b. G. für den Kanton Aargau im Sachenrechte des S. C. G. B. aufgenommen werden.

#### Art. 4.

„Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten.

Wer bei Beobachtung der Aufmerksamkeit, die von ihm verlangt werden durfte, hätte erkennen müssen, dass er nicht gutgläubig sein könne, vermag sich auf den guten Glauben nicht zu berufen.“

Diese Vorschrift kann kürzer und besser folgendermassen gefasst werden:

„Der gute Glaube wird vorausgesetzt. Auf ihn vermag sich nur zu berufen, wer bei Beobachtung der ihm obliegenden Aufmerksamkeit nach dem Ermessen des Richters im guten Glauben sein konnte.“

Diese Gesetzesvorschrift ist prozessrechtlicher Natur und gehört nicht in das S. C. G. B. Sie versteht sich übrigens von selbst.

#### Art. 5.

„Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach der Regel zu treffen, die den vorliegenden Verhältnissen nach Recht und Billigkeit am besten entspricht.“

Ueber den Sinn und die Bedeutung dieser Gesetzesvorschrift sagt der Redaktor in seinen Erläuterungen:

„Der Richter soll nicht durch allfällige Beweistheorien des kantonalen Rechts gebunden, nicht durch solche daran

verhindert werden, das als erwiesen zu betrachten, was nach seiner Ueberzeugung als erwiesen gelten kann. Allein die Tragweite des Satzes reicht weiter. Man will damit auch die Fälle treffen, wo überhaupt von einem Beweise nicht mehr die Rede ist, sondern eine unklare und unabgeklärte Sachlage nach einer Entscheidung durch den Richter verlangt. Da haben wir die Folge, dass bei dem Verharren des Richters bei den Grundsätzen der Beweislast aus Mangel an Beweis unter Umständen ein Resultat herbeigeführt würde, das aller billigen Beurteilung Hohn spricht. Und es ist nicht Willkür, sondern die Spur eines vollkommeneren Rechts, wenn alsdann nicht nach den Folgen aus der Beweislast, sondern nach demjenigen, was nach aller Wahrscheinlichkeit dem Verhältnis in Wirklichkeit zu Grunde liegt, das Urteil ausgefüllt wird.“

In der Verweisung auf das Ermessen des Richters erblickt der Gesetzesredaktor also vor allem die Anerkennung des dem Prozessrechte angehörenden Grundsatzes der freien Beweiswürdigung, wonach der Richter die Befugnis hat, die erhobenen Beweise nach freiem Ermessen zu würdigen, ohne darin durch Beweistheorien des kantonalen Rechts gebunden oder beschränkt zu sein. Die Anerkennung des prozessrechtlichen Grundsatzes der freien Beweiswürdigung durch das S. C. G. B. für die Fälle, in welchen der Richter auf sein Ermessen verwiesen wird, muss gebilligt werden. Es besteht bereits ein eidgenössisches Gesetz über civilrechtliche Verhältnisse, das den prozessrechtlichen Grundsatz der freien Beweiswürdigung für die kantonale und eidgenössische Rechtsprechung vorschreibt, ohne dass dadurch, so viel mir bekannt ist, im Prozessverfahren Unzukömmlichkeiten entstehen. Vrgl. Art. 11 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrt-Unternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Heumonate 1875: „Bei Streitigkeiten über die aus diesem Gesetze entspringenden Schadensersatzansprüche hat das Gericht über die Höhe des Schadensersatzes und die Wahrheit der tatsächlichen Behauptungen nach freier Würdigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen zu entscheiden, ohne an die Beweisgrundsätze der einschlagenden Prozessgesetze gebunden zu sein.“

Mit der Anerkennung des prozessrechtlichen Grundsatzes der freien Beweiswürdigung begnügt sich aber der Gesetzesredaktor nicht, obwohl schon dadurch ein ganz erheblicher Eingriff in das verfassungsgemäss noch in der Macht der Kantone liegende kantonale Prozessrecht bewirkt wird, sondern er will mit der Vorschrift des Art. 5 S. C. G. B. in den darin bezeichneten Fällen den Richter auch noch von aller und jeder Vorschrift des Prozessrechts über den Beweis und die Beweislast befreien und ihm also die Befugnis einräumen, eine Partei von der ihr nach dem Prozessrecht obliegenden Beweislast zu entbinden und Tatsachen als wahr zu betrachten, auch wenn dieselben sogar nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung vom Richter nicht als bewiesen angenommen werden können, und demgemäss sein Urteil zu fällen. In einem solchen Urteil kann ich nicht „die Spur eines vollkommenen Rechts(!)“ erblicken, sondern ich muss ein solches im offenbaren Widerspruche mit den primitivsten Grundsätzen jedes vernünftigen Prozessrechts stehendes Urteil als Ausfluss richterlicher Willkür bezeichnen.

Eine Gesetzesvorschrift, die einer solchen willkürlichen Rechtsprechung die Legitimation erteilt, muss man bekämpfen. Man muss verlangen, dass der Richter auch da, wo die Entscheidung seinem Ermessen überlassen ist, dieselbe nicht nach seinem über alle und jede Kontrolle des formellen und materiellen positiven Rechts erhabenen subjektiven Rechtsgefühl (aequitas cerebrina), sondern so zu treffen hat, wie es nach reifer Erwägung eines unparteiischen und umsichtigen Richters den durch das S. C. G. B. gebilligten Rechtsgrundsätzen und der besonderen Natur des zu entscheidenden Falles zweifellos angemessen ist. Vrgl. Lex 137 §§ 2 bis 4. D. De verborum obligationibus. 44. 1.

Die Vorschrift des Art. 5 S. C. G. B. ist deshalb zu streichen. Es soll der Wissenschaft und Praxis überlassen sein, dem Richter den rechten Weg zu weisen.

#### Art. 6.

„Soweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechtes vorbehält, sind die Kantone befugt, civilrechtliche Bestimmungen aufzustellen oder aufzuheben.“

In dem gleichen Umfange wird auch die Geltung kantonalen Gewohnheitsrechtes erkannt.“

Zwischen der Vorschrift des Art. 6, <sup>1</sup> S. C. G. B. und den Bestimmungen des Art. 1, <sup>2</sup> und Art. 2 S. C. G. B. besteht ein Widerspruch. Auch in den letzteren Gesetzesbestimmungen wird kantonales Recht als partikuläres ergänzendes Recht vorbehalten, und doch muss es nach ihrem von mir festgestellten Sinn als unzulässig erscheinen, das in denselben bezeichnete partikuläre ergänzende Recht durch die kantonale Gesetzgebung aufzuheben oder abzuändern.

Von der Vorschrift des Art. 6, <sup>1</sup> muss also das im Art. 1, <sup>2</sup> und Art. 2 S. C. G. B. bezeichnete partikuläre Recht ausgenommen werden, sofern die Bestimmungen des Art. 1, <sup>2</sup> und Art. 2 S. C. G. B. belassen werden.

Bei der Vorschrift des Art. 6, <sup>2</sup> S. C. G. B. entsteht die Frage, ob in den Kantonen, in denen die Gesetze dem Gewohnheitsrechte die Geltung versagen, unter der Herrschaft des S. C. G. B. Gewohnheitsrecht entstehen kann, das gemäss Art. 6 S. C. G. B. anerkannt werden muss.

#### Art. 7.

„Wo das Gesetz auf die Uebung oder den Ortsgebrauch verweist, gilt das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck, solange nicht eine abweichende Uebung nachgewiesen ist.

Unter dem gleichen Vorbehalt können die Kantone auch weiterhin der Uebung und dem Ortsgebrauch Ausdruck verschaffen.“

Die Bestimmungen der Art. 6, Art. 7 und Art. 8 S. C. G. B. sollten unmittelbar auf diejenigen der Art. 1 und Art. 2 S. C. G. B. folgen.

Die Vorschrift des Art. 7 ist bestimmt und klar und gibt nach meiner Ansicht zu keinem Zweifel Anlass.

#### Art. 8.

„Die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundescivilrecht nicht beschränkt.

Sie können in den Schranken ihrer Hoheit den Verkehr mit gewissen Arten von Sachen untersagen oder die Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig bezeichnen.“

Diese Vorschrift sollte ganz gestrichen werden. Denn was im Absatz 1 gesagt wird, ist selbstverständlich, und was im Absatz 2 bestimmt wird, ist gänzlich unzulänglich, um den Konflikt zwischen den Bestimmungen des kantonalen öffentlichen Rechtes und denjenigen des S. C. G. B. zu lösen.

Art. 9.

„Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts finden auch auf andere civilrechtliche Verhältnisse entsprechende Anwendung.“

Diese Gesetzesvorschrift gereicht dem S. C. G. B. ganz zweifellos zu grossem Vorteil. Dadurch erhält auch das S. C. G. B. einen allgemeinen Teil. Vrgl. Erläuterungen vom Juli 1901 (S. 22 und 23).

Art. 10.

„Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige die Richtigkeit einer behaupteten Sachlage zu beweisen, der aus dieser Rechte ableitet.“

Art. 11.

„Eine öffentliche Urkunde ist für die Tatsache, der sie Ausdruck oder Rechtsgültigkeit zu geben bestimmt ist, beweiskräftig, solange nicht ihre Unrichtigkeit dargetan wird.

Der Nachweis der Unrichtigkeit ist an keine besondere Form gebunden.“

Art. 12.

„Die von kantonalen Prozessgesetzen aufgestellten Beweisformen können auf Rechtsverhältnisse, die nach Bundesrecht gültig begründet sind und vor dem Gerichte des Ortes ihrer Entstehung ohne weiteres beweisbar wären, nicht angewendet werden, es sei denn, dass alle Beteiligten im Zeitpunkte der Entstehung dem Gerichtsstande des die Beweisformen vorschreibenden Kantons unterstellt waren.“

Diese drei Gesetzesartikel enthalten rein prozessrechtliche Vorschriften und sind dem richtigen Bewusstsein entsprungen, dass eine wirkliche Vereinheitlichung des Civilrechts mit allen ihren praktischen Folgen nur unter der Herrschaft eines einheitlichen Prozessrechts möglich und denkbar ist. Weil aber die Vereinheitlichung des Prozessrechtes gegenwärtig nicht zulässig ist, und man doch mit der Vereinheitlichung des materiellen Civilrechtes nicht länger zuwarten will und verfas-

sungsgemäss auch nicht länger zuwarten kann, so findet es der Gesetzgeber geboten, ein paar prozessrechtliche Vorschriften in das S. C. G. B. aufzunehmen, wodurch einige der grössten Dissonanzen zwischen dem vereinheitlichten materiellen und dem zersplitterten formellen Rechte beseitigt oder doch gemildert werden sollen.

Derartige prozessrechtliche Vorschriften enthalten die Art. 10, 11 und 12 S. C. G. B.

Die Vorschrift des Art. 10 S. C. G. B. ist nach meiner Ansicht im grossen und ganzen richtig, sofern unter der behaupteten Sachlage nur realbejahende Behauptungen verstanden sind. Wenn unter behaupteter Sachlage aber auch verneinende Behauptungen verstanden sein sollten, so ist die Beweislast durch die Vorschrift des Art. 10 S. C. G. B. nicht richtig geordnet. Die Frage der Beweislast kann mit einer kurzen Gesetzesbestimmung schwerlich ganz gelöst werden. Ihre Lösung ist der Wissenschaft und Praxis des Prozessrechtes zu überlassen. Art. 10 S. C. G. B. sollte deshalb gestrichen werden.

Gegen die Bestimmungen des Art. 11 S. C. G. B. habe ich nichts einzuwenden. Dieselben sind klar und zweckmässig.

Eine kantonale prozessrechtliche Vorschrift, wonach eine öffentliche Urkunde nur auf dem Wege der Strafuntersuchung und des Strafprozesses aufgehoben werden kann, ist durch Art. 11 S. C. G. B. für die von ihm beherrschten Rechtsverhältnisse ausser Kraft gesetzt.

Die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. ist eine reiche Quelle von Streitfragen.

Unter Beweisformen kann man Verschiedenes verstehen. Im weitesten Sinne des Wortes können darunter alle Vorschriften des Prozessrechtes über den Beweis und das ganze Beweisverfahren verstanden werden. Dazu gehören unter andern diejenigen, welche die Beweislast, die Beweistheorie als formelle oder als solche mit freier Würdigung der Ergebnisse des Beweisverfahrens, und die zulässigen Beweismittel bestimmen.

Ein anderer versteht unter Beweisformen in einem engeren Sinne die prozessrechtlichen Vorschriften über die zulässigen

Beweismittel, deren sich die Parteien im Prozessverfahren bedienen können.

Ein dritter versteht darunter die Bestimmungen des Prozessrechts darüber, ob der Richter an die den Anforderungen des Gesetzes entsprechenden Ergebnisse des Beweisverfahrens gebunden sei (formelle Beweistheorie), oder ob er berechtigt und verpflichtet sei, dieselben nach seinem Ermessen zu würdigen (Grundsatz der freien Beweiswürdigung).

Als ich die Bestimmung des Art. 12 S. C. G. B. auszulegen versuchte, ohne vorher die Erläuterungen des Redaktors zum Entwurfe vom 28. Mai 1904 (S. 15) zu lesen, so kam ich zur Ueberzeugung, dass das Wort: „Beweisformen“ im letztgedeuteten Sinne zu verstehen sei, indem ich weiss, dass manches Rechtsverhältnis, das unter der Herrschaft der formellen Beweistheorie nicht beweisbar ist, beim Grundsatz der freien Beweiswürdigung derart nachgewiesen werden kann, dass der Richter von der Wahrheit desselben überzeugt wird. Ich gebe zwar zu, dass auch das Umgekehrte der Fall sein kann, indem der Richter unter der Herrschaft der formellen Beweistheorie bisweilen eine Tatsache als bewiesen anzunehmen hat, während er von deren Unwahrheit überzeugt ist. Dies wird aber doch weniger oft der Fall sein, als das erstere.

Im Interesse der Vereinheitlichung des materiellen Rechts sollte das S. C. G. B. die in seinem Art. 12 anerkannte Regel ausnahmslos und ohne Rücksicht auf den Ort der Begründung für alle von ihm beherrschten Rechtsverhältnisse aufstellen und zugleich den prozessrechtlichen Grundsatz der freien Beweiswürdigung für alle nach ihm zu beurteilenden Rechtsverhältnisse auf eine Art und Weise sanktionieren, wie dies im Art. 11 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrt-Unternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Heumonate 1875 geschehen ist.

Wird dies in einer für jedermann leicht verständlichen Vorschrift des S. C. G. B. bestimmt und klar ausgesprochen und das S. C. G. B. trotzdem vom Volke stillschweigend oder ausdrücklich genehmigt, so braucht sich der Gesetzgeber wegen

dieses Eingriffes in das kantonale Prozessrecht keine Gewissensskrupel zu machen. Denn das Volk hat gesprochen.

Aus den Erörterungen zum Entwurfe vom 28. Mai 1904 (S. 15) ergibt sich, dass der Redaktor unter den Beweisformen bloss diejenigen Bestimmungen des kantonalen Prozessrechtes verstanden wissen will, welche die Zahl der zulässigen Beweismittel beschränken.

Wenn aber die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. auch bloss den beschränkteren Sinn hat, den ihr der Redaktor beilegt, so greift sie doch in die Prozessrechtshoheit oder Prozessrechtsherrlichkeit (!) der Kantone ein, indem sie unter der im Art. 12 S. C. G. B. bezeichneten Voraussetzung kantonale Prozessrechtsvorschriften ausser Anwendung setzt und also doch die Grenze überschreitet, die durch die Bundesverfassung der Vereinheitlichung des Rechts gesteckt ist. Diese Voraussetzung soll nach der Ansicht des Redaktors und dem Wortlaute der Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. begründet sein, wenn nicht alle Beteiligten im Zeitpunkte der Begründung des Rechtsverhältnisses dem Gerichtsstande des die Beweisformen vorschreibenden Kantons unterstellt waren und das Rechtsverhältnis an einem Orte begründet worden ist, wo die Beweisformen nicht gelten. Wenn aber alle Beteiligten im Zeitpunkte der Begründung des Rechtsverhältnisses diesem Gerichtsstande unterstellt waren, so sollen die Beweisformen gelten, auch wenn das Rechtsgeschäft in einem Kantone begründet worden ist, wo das Prozessrecht dieselben nicht vorschreibt.

Nun entsteht vor allem die Frage, wer die Beteiligten seien, ob es bloss die bei der Begründung des Rechtsverhältnisses mitwirkenden Parteien oder ausser diesen auch noch die den Prozess führenden Parteien oder ausser den Parteien auch noch andere Personen seien, die bei dem durch das Rechtsgeschäft begründeten Rechtsverhältnisse interessiert sind. Schon hierüber lässt uns das Gesetz in bedenklicher Weise im Zweifel.

Die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. leidet zudem konstitutionell an einem Hauptmangel, dessen Dasein allein schon ihre Billigung und Annahme ganz zweifellos ausschliesst.

Die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. geht nämlich nach ihrem Wortlaute von der Voraussetzung aus, dass das Rechtsgeschäft an einem Orte abgeschlossen worden ist, wo die Beweisformen nicht gelten. Diese Voraussetzung bildet das Fundament der Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. Dieses Fundament ist aber deshalb kein solides, kein haltbares, weil es nach dem gemäss der Bundesverfassung zwischen dem S. C. G. B. und dem kantonalen Prozessrechte bestehenden Verhältnisse gänzlich unerheblich ist, ob das Rechtsgeschäft an einem Orte abgeschlossen wird, wo die Beweisformen gelten, oder an einem Orte, wo sie nicht gelten. In beiden Fällen ist das Rechtsgeschäft gültig und für die Parteien verbindlich, wenn dasselbe den Anforderungen des S. C. G. B. entspricht. Wer dies nicht zugibt, stellt im offenbaren Widerspruche mit der Bestimmung der Bundesverfassung betreffend die Vereinheitlichung des Civilrechts die Prozessrechtsherrlichkeit der Kantone höher als die Hoheit des Bundes zum Erlasse eines einheitlichen Civilgesetzbuches. Die kantonalen Gesetzesvorschriften, welche die im Art. 12 bezeichneten Beweisformen bestimmen, sind prozessrechtlicher Natur, auch wenn sie sich nicht in den Civilprozessordnungen, sondern in den Civilgesetzbüchern befinden. Vrgl. Hafner: Kommentar zum S. O. R., Einleitung S. XIV und XV. Nun ist das S. C. G. B. wegen der noch bestehenden Prozessrechtsherrlichkeit der Kantone zwar wohl genötigt, den höchst bedenklichen Missstand zu dulden, dass Parteien mangels zulässiger Beweismittel tatsächlich die Möglichkeit nicht haben, ihre nach dem S. C. G. B. gültig begründeten Rechte in einem Kantone, dessen Prozessrechtsvorschriften die Zahl der zulässigen Beweismittel beschränken, gegen den dem Richter dieses Kantons unterworfenen Beklagten mit Erfolg gerichtlich zur Anerkennung und Geltung zu bringen. Dagegen ist das S. C. G. B. nicht genötigt, den kantonalen Prozessrechtsvorschriften, welche die Zahl der zulässigen Beweismittel beschränken, einen Einfluss und eine Bedeutung bei Lösung der Frage beizulegen, ob ein durch das S. C. G. B. beherrschtes Rechtsgeschäft gültig abgeschlossen worden sei. Ein solches Zugeständnis an das kantonale Prozess-

recht ist konstitutionell durchaus unzulässig. Die Frage, ob ein durch das S. C. G. B. beherrschtes Rechtsgeschäft gültig abgeschlossen worden und für die Parteien verbindlich sei, ist einzig und allein nach den Bestimmungen des S. C. G. B. zu lösen. Ein solches konstitutionell unzulässiges Zugeständnis an das kantonale Prozessrecht macht nun aber die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B., weil sie die von ihr aufgestellte Regel auf die Rechtsverhältnisse beschränkt, die an einem Orte begründet worden sind, wo die Beweisformen nicht gelten.

Die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B., die auf den rechtlich unerheblichen Umstand abstellt, dass am Orte der Entstehung des Rechtsverhältnisses die Beweisformen nicht gelten, bezieht sich nämlich nach den Grundsätzen des *argumentum a contrario* nicht auf Rechtsgeschäfte, die an einem Orte abgeschlossen worden sind, wo die Beweisformen gelten. Bei den letzteren Rechtsgeschäften wird der dem Gerichtsstande des die Beweisformen vorschreibenden Kantons unterstellte Beklagte durch die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. nicht verhindert, sich auf die Beweisformen zu berufen, auch wenn der Kläger im Zeitpunkte der Entstehung des Rechtsverhältnisses seinen Wohnsitz nicht in dem die Beweisformen vorschreibenden Kantone, sondern an einem Orte hatte, wo die Beweisformen nicht gelten. Die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. ist also deshalb mangelhaft, weil sie sich nicht auf die Rechtsgeschäfte bezieht, die an einem Orte abgeschlossen werden, wo die Beweisformen gelten. Auch auf diese muss die durch die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. ausgesprochene Regel angewendet werden. Die Worte: „und vor dem Gerichte des Ortes ihrer Entstehung ohne weiteres beweisbar wären“ sind deshalb aus der Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. zu streichen oder es ist dieser eine Fassung zu geben, aus der klar und bestimmt hervorgeht, dass die im Art. 12 S. C. G. B. ausgesprochene Regel der Unanwendbarkeit der durch kantonales Prozessrecht bestimmten Beweisformen auf alle durch das S. C. G. B. beherrschten Rechtsverhältnisse Anwendung findet, und zwar ohne allen Unterschied, ob dieselben an einem Orte begründet werden, wo die Beweisformen nicht gelten, oder

an einem Orte, wo sie gelten. Auch im letzteren Falle sollen die Beweisformen nur dann zur Anwendung kommen, wenn alle Beteiligten im Zeitpunkte der Entstehung des Rechtsverhältnisses in Bezug auf die durch das letztere begründeten Rechte dem Gerichtsstande des die Beweisformen vorschreibenden Kantons unterworfen waren.

Aber auch das Wort Gerichtsstand sollte vermieden werden, indem es mehrere Arten von Gerichtsständen gibt und diese durch das kantonale Prozessrecht bestimmt werden. Ich nehme an, dass der Redaktor darunter den allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes einer Person versteht, den auch die Bundesverfassung kennt und schützt. Ist dies aber der Fall, so kann die im Art. 12 S. C. G. B. bestimmte Ausnahme von der Nichtanwendbarkeit der Beweisformen an die Voraussetzung geknüpft werden, dass alle Beteiligten im Zeitpunkte der Entstehung des Rechtsverhältnisses ihren Wohnsitz in dem die Beweisformen vorschreibenden Kantone hatten.

Die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. hat noch einen andern Mangel.

Wenn nämlich unter den Beteiligten auch die Prozessparteien verstanden sind und beim Vorhandensein der im Art. 12 S. C. G. B. bestimmten Ausnahme die Partei, welche mangels zulässiger Beweismittel nicht imstande ist, ihre aus dem Rechtsverhältnisse entsprungenen Rechte mit Erfolg gegen den Beklagten vor dem Richter geltend zu machen, dieselben einem dritten cediert, der zur Zeit der Begründung des Rechtsverhältnisses seinen Wohnsitz nicht in dem die Beweisformen vorschreibenden Kantone hatte, und der Cessionar nun als Kläger die ihm cedierten Rechte vor dem Gerichte geltend macht, dem der Beklagte unterstellt ist, so entsteht die Frage, ob die Voraussetzung des Art. 12 S. C. G. B. weggefallen sei, d. h. ob der Beklagte berechtigt sei, sich auf die Beweisformen zu berufen. Die Lösung dieser Frage ist nicht so leicht, wie dies mit Rücksicht auf die Bestimmung des Art. 189 S. O. R. auf den ersten Blick scheint. Denn die Einreden, von denen die letztere Gesetzesvorschrift spricht, haben alle ihren Grund im materiellen Rechte, während die einzig auf das Prozess-

recht sich stützende Einrede der Unzulässigkeit von bestimmten Beweismitteln auf das zwischen den Prozessparteien bestehende Prozessverhältnis beschränkt ist und mit dem durch das materielle Recht begründeten Klageanspruch als solchem nichts zu schaffen hat und mit demselben in keinem das Wesen und die Existenz des Rechtsverhältnisses berührenden Zusammenhange steht. Aus diesem Grunde ist nach meiner Ansicht in diesem Falle der Beklagte nach dem gegenwärtigen Wortlaute des Art. 12 S. C. G. B. nicht berechtigt, sich auf die Beweisformen zu berufen. Will aber der Gesetzgeber dem Beklagten die Befugnis einräumen, auch gegenüber dem die Klage anstellenden Cessionar die Einrede der Unzulässigkeit von Beweismitteln zu erheben, so soll er diesem Gedanken im Art. 12 S. C. G. B. bestimmten Ausdruck verleihen und damit den Zweifel beseitigen.

Nach meiner Ueberzeugung erfordert die Vereinheitlichung des Civilrechts den Erlass einer Vorschrift im S. C. G. B., wodurch alle kantonalen Prozessrechtsvorschriften, welche die Zahl der zulässigen Beweismittel beschränken, für alle vom S. C. G. B. beherrschten Rechtsverhältnisse ausser Kraft gesetzt werden und für dieselben zudem der prozessrechtliche Grundsatz der freien Beweiswürdigung sanktioniert wird. Auch in diesem Falle bleiben bei dem zersplitterten Civilprozessrechte der Kantone noch Steine genug auf dem Wege liegen, die der gleichmässigen Verwirklichung des einheitlichen Rechts in der ganzen Schweiz hinderlich sind.

In diesem Falle sollte die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. folgendermassen lauten:

#### Art. 12.

Alle Gesetzesbestimmungen eines Kantons, welche die sonst nach seinem Prozessrechte zulässigen Beweismittel für bestimmte Rechtsverhältnisse ganz oder teilweise ausschliessen, sind auf die vom S. C. G. B. beherrschten Rechtsverhältnisse unanwendbar.

Der Richter hat unter Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen im Prozesse und unter sorgfältiger Prüfung des Ergebnisses der Beweisaufnahmen nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung als wahr oder nicht wahr zu erachten ist.

In dem Urtheile sollen die Gründe angegeben werden, die für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind.

Wenn es aber der Gesetzgeber nicht wagt, eine so weitgehende prozessrechtliche Vorschrift in das S. C. G. B. aufzunehmen, so soll er doch dem im Art. 12 S. C. G. B. enthaltenen Gedanken einen genügenden und bestimmten Ausdruck verleihen, damit jedermann ohne langes Studium und Kopfzerbrechen mit Sicherheit daraus erkennen kann, was Rechtens ist.

Das wird der Fall sein, wenn der Gesetzgeber der Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. folgende Fassung gibt:

Art. 12.

„Alle Gesetzesbestimmungen eines Kantons, welche die sonst nach seinem Prozessrechte zulässigen Beweismittel für bestimmte Rechtsverhältnisse ganz oder teilweise ausschliessen, sind auf die vom S. C. G. B. beherrschten Rechtsverhältnisse unanwendbar.

Anwendbar sind sie nur dann, wenn alle Personen, die bei der Begründung des Rechtsverhältnisses als Parteien mitwirken, im Zeitpunkte der Begründung des Rechtsverhältnisses ihren Wohnsitz in dem die Beweisbeschränkung vorschreibenden Kantone haben, ohne Rücksicht darauf, ob der Rechtsstreit über das Rechtsverhältnis zwischen diesen oder andern Personen als Prozessparteien geführt wird.“

Der Gesetzgeber hat die Pflicht, in seinen Vorschriften dem Volke klaren Wein einzuschenken, und muss sich hüten, Bestimmungen in das Gesetz aufzunehmen, die unklar und mehrdeutig sind, wie dies die Vorschrift des Art. 12 S. C. G. B. ganz zweifellos über alles Mass ist. Diese Vorschrift hat einen Wortlaut, der es der Gerichtspraxis erlaubt, ihr einen Sinn und eine Bedeutung beizulegen, die sogar über das hinausgehen, was auch ich im Interesse der gleichmässigen Anwendung des vereinheitlichten Civilrechts in der ganzen Schweiz für geboten erachte, was aber in dem dem Volke zur Genehmigung vorzulegenden Gesetze ganz deutlich, unzweideutig und ohne allen Rückhalt auch gesagt werden muss. In diesem Falle ist der Gesetzgeber vor dem Vorwurfe bewahrt, dass er durch den Erlass einer zweideutigen Gesetzesvorschrift einen Eingriff in kantonale Prozessrechtsvorschriften ermöglicht habe, von dem das Volk in der Referendumsfrist keine Kenntnis hatte und von dem auch der Gesetzesredaktor in seinen Erläuterungen zum Gesetze kein Wort gesagt, sondern im Gegenteile denselben in einem viel engeren Sinne aufgefasst und dargestellt hat. Einem solchen Vorwurfe darf sich der Gesetzgeber nicht aussetzen.

---