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: 94 (1975)

Artikel: Die Tatsachenüberprüfung durch das Bundesgericht im Berufungsverfahren

Autor: Dressler, Hans

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896233

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: 20.02.2026

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

HANS DRESSLER

Die Tatsachenüberprüfung durch das Bundesgericht im Berufungsverfahren

I. Einleitung

a) Nach Art. 64 BV ist der Bund zur Gesetzgebung in allen Gebieten des Zivilrechts befugt, während die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung «wie bis anhin» den Kantonen verblieben sind. Die Kantone sind aber von Bundesrechts wegen verpflichtet, ihr Prozeßverfahren so einzurichten, daß das materielle Bundesrecht gemäß den Intentionen des Bundesgesetzgebers verwirklicht werden kann. Sie sind zur Gewährung des Rechtsschutzes auf dem Gebiet des Bundesprivatrechts gehalten[1]. Dieser Anspruch auf Rechtsschutz und die Klagbarkeit privatrechtlicher Ansprüche beurteilt sich nach Bundesrecht[2]. Kantonale prozessuale Bestimmungen, welche dem Sinn und Geist des materiellen Bundesrechts widersprechen und dessen Verwirklichung verhindern, haben keinen Bestand[3].

b) Die Berufung ist das hauptsächliche Rechtsmittel, das der Überprüfung der Anwendung des Bundeszivilrechts durch die kantonale Rechtsprechung seitens des Bundesgerichts dient. Grundlage dieser Überprüfung ist Art. 114 BV, nach welcher Verfassungsbestimmung es Sache der Bundesgesetzgebung ist, die Kompetenz des Bundesgerichts zur Überprüfung der einheitlichen Anwendung

(Die im Literaturverzeichnis am Schluß dieses Beitrags aufgeführten Schriften sind in den Anmerkungen nur mit dem Namen des Verfassers und gegebenenfalls einem Stichwort zitiert.)

[1] GULDENER, ZSR 1961, S. 24.

[2] GULDENER, ZSR 1961, S. 25.

[3] GULDENER, ZSR 1961, S. 402.

von Bundesgesetzen festzulegen. Bezüglich der Berufung ist dies durch Art. 43 ff. OG geschehen. In Art. 43 wird der Grundsatz festgelegt, daß Bundesrecht verletzt ist, wenn ein in einer eidgenössischen Vorschrift ausdrücklich ausgesprochener oder daraus sich ergebender Rechtssatz durch die kantonale Rechtsprechung nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Dagegen wird Bundesrecht durch Feststellungen über tatsächliche Verhältnisse nicht verletzt, es wäre denn, daß sie unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen sind oder daß sie auf einem offensichtlichen Versehen beruhen (Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG).

c) Die Rechtsverwirklichung im Zivilprozeß erfolgt im Prinzip in zwei Schritten: Zunächst werden die rechtserheblichen Tatsachen ermittelt; sodann wird auf den festgestellten Sachverhalt die passende Rechtsnorm angewendet[4]. Werden die Tatsachen nicht richtig ermittelt, so führt auch die Anwendung der passenden Rechtsnorm nicht zu einem materiell richtigen Urteil. Von einer Verwirklichung des materiellen Rechts kann bei der Anwendung des richtigen Rechtssatzes auf einen falschen Sachverhalt nur bei rein formaler Betrachtungsweise gesprochen werden. Würde die Tatsachenermittlung in vollem Umfange der kantonalen Rechtsprechung überlassen, so wäre für die einheitliche Anwendung des Bundesprivatrechts keine genügende Gewähr geboten. Der Bundesgesetzgeber und das Bundesgericht haben deshalb mit verschiedenen Vorschriften in die grundsätzlich den Kantonen vorbehaltene Domäne der Tatsachenermittlung eingegriffen. Ihre Berechtigung hiezu konnten sie aus Art. 64 BV in Verbindung mit Art. 114 BV ableiten: Wenn der Bund zur einheitlichen Regelung des Zivilrechts befugt ist, so muß er auch berechtigt sein, die zu dessen einheitlicher Anwendung durch die kantonale Rechtsprechung erforderlichen Vorschriften prozessualer Natur zu erlassen[5]. Dies ergibt sich aus dem Zweck des Zivilprozesses, das materielle Privatrecht zu verwirklichen und aus seiner Unterordnung unter diese Zielsetzung[6].

[4] DESCHENAUX, S. 9. [5] EICHENBERGER, S. 507. [6] VOYAME, S. 70 und 90.

Anderseits ist aus Art. 64 BV abzuleiten, daß die bundesrechtliche Regelung nicht weitergehen soll, als dies zur einheitlichen Verwirklichung des Bundeszivilrechts erforderlich ist. Der Zweck der bundesrechtlichen Bestimmungen kann es nicht sein, den kantonalen Zivilprozeß zu vereinfachen und zu verbessern. Eine ideale Anpassung des Prozeßrechts an das Privatrecht kann nicht verlangt werden. Gewisse Mängel müssen in Kauf genommen werden, solange die einheitliche Durchsetzung des Privatrechts nicht vereitelt wird[7].

d) Die Verletzung gewisser bundesverfassungsrechtlicher Verfahrensnormen, welche nicht auf das Zivilrecht beschränkt sind, aber auch indirekt der Verwirklichung des materiellen Rechtes dienen (z. B. des rechtlichen Gehörs), kann durch staatsrechtliche Beschwerde gerügt werden. Werden aber im Bundeszivilrecht selbst statuierte oder aus ihm ableitbare Vorschriften verletzt, und beeinflußt diese Verletzung die Tatsachenfeststellung im kantonalen Verfahren, so können diese Feststellungen gemäß Art. 43 OG auf dem Wege der Berufung wegen Verletzung von Bundeszivilrecht angefochten werden. Ziel dieser Arbeit ist es, zu prüfen, ob die Tatsachenüberprüfung im Berufungsverfahren auf Grund des heutigen Standes der Gesetzgebung und Rechtsprechung eine genügende Einheitlichkeit in der Verwirklichung des Bundeszivilrechts zu gewährleisten vermag. Hiefür ist es erforderlich, einerseits die Grenzen zwischen Tat- und Rechtsfragen abzustecken und anderseits die Tragweite der bundesrechtlichen Verfahrens- und Beweisvorschriften zu untersuchen.

e) Gerade die Beschränkung, welche der Bundesgesetzgeber dem Bundesgericht in bezug auf die Tatsachenüberprüfung auferlegt, macht es notwendig, daß das letztinstanzliche kantonale Urteil gewissen formalen Anforderungen genügt. Art. 51 OG stellt entsprechende Vorschriften für das kantonale Verfahren und die berufungsfähigen kantonalen Urteile auf.

[7] VOYAME, S. 95/96; HINDERLING, ZSR 80 II 1961, S. 433 (Protokoll des Juristentages); BRIDEL, ZSR 88 II, 1969, S. 982 (Protokoll des Juristentages); EICHENBERGER, S. 494.

Wird in einem mündlichen Verfahren über die maßgeblichen Parteiverhandlungen kein genaues Sitzungsprotokoll geführt, so sind im Urteil die Anträge der Parteien, die zu ihrer Begründung vorgebrachten Tatsachen, die Anerkennungen und Bestreitungen sowie die angerufenen Beweismittel vollständig aufzuführen (Abs. 1 lit. b). Ferner ist in den Entscheiden das Ergebnis der Beweisführung festzustellen (Abs. 1 lit. c).

Unterläßt es der kantonale Richter, die nötigen Feststellungen tatsächlicher Art zu treffen, so kann das Bundesgericht dies nicht nachholen, sondern muß den Fall zur tatbeständlichen Ergänzung an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 64 Abs. 1 OG). DESCHENAUX (S. 58) weist darauf hin, daß das Bundesgericht aus praktischen Gründen die Rückweisung so viel wie möglich zu vermeiden sucht und sich bemüht, beim Fehlen ausdrücklicher Feststellungen zwischen den Linien der kantonalen Urteile implizierte Feststellungen zu entdecken. BIRCHMEIER (S. 185) führt aus, von einer Rückweisung könne dann Umgang genommen werden, wenn sich der Tatbestand hinreichend aus den Akten ergebe. Nach Art. 64 Abs. 2 OG darf das Bundesgericht aber bloß in nebensächlichen Punkten die notwendigen neuen Feststellungen selbst vornehmen, sofern dies auf Grund der vorhandenen Akten möglich ist. BIRCHMEIER weist auf S. 238 richtigerweise auf diese Einschränkung hin.

Eine Rückweisung ist immer auch dann erforderlich, wenn das kantonale Gericht über einen bestimmten Sachumstand keine Feststellung getroffen hat, weil es ihn rechtsirrtümlich als unerheblich beurteilt hat. Das Bundesgericht kann die fehlende Tatsachenfeststellung selbst dann nicht nachholen, wenn die Vorinstanz alle Beweise erhoben, aber deren Würdigung unterlassen hat, denn das Bundesgericht ist im Berufungsverfahren nicht zur Beweiswürdigung befugt.

Im kantonalen Urteil fehlende Tatsachenfeststellungen dürfen auch nicht in Gegenbemerkungen der Vorinstanz zur Berufung gemäß Art. 56 OG nachgeholt werden. Solche Gegenbemerkungen dürfen keine neuen Tatsachenfeststellungen enthalten (BGE 97 II 361).

II. Die Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen

Eine erschöpfende Darstellung der Probleme, welche die Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen bietet, würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen. Ich muß mich daher auf einige Aspekte beschränken, welche für die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts im Berufungsverfahren als besonders bedeutsam erscheinen.

Bei der «Feststellung über tatsächliche Verhältnisse» der kantonalen Instanz, an welche das Bundesgericht im Berufungsverfahren gebunden ist, muß es sich um eine positive Feststellung im Urteil handeln, daß ein bestimmtes Ereignis eingetreten ist oder nicht eingetreten ist. Dabei stellt auch das Abstellen auf Notorietät eine Feststellung dar[8]. Keine Feststellungen sind dagegen Vermutungen, Annahmen und Hypothesen: Das Bundesgericht kann diesen eigene, andere Annahmen entgegensetzen[9]. Dem widersprechen allerdings die Erwägungen in BGE 72 II 166, wo das Bundesgericht ausführt: «Infolgedessen ist die Frage, welchen Teil seines Einkommens ein Ehemann für seine Frau aufgewendet hat und, wenn er am Leben geblieben wäre, in Zukunft voraussichtlich aufgewendet hätte, im wesentlichen Gegenstand von Feststellungen über tatsächliche Verhältnisse, die für das Bundesgericht verbindlich sind.» Eine tatsächliche Feststellung ist doch wohl nur darüber möglich, was der Ehemann effektiv in der Vergangenheit aufgewendet hat.

Eine Tatfrage ist auch der natürliche Kausalzusammenhang. Seine Feststellung durch die kantonale Vorinstanz bindet das Bundesgericht. Eine Rechtsfrage ist hingegen die Adäquanz des Kausalzusammenhangs[10].

Die hauptsächlichen Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich auf dem Gebiet der sogenannten innern Tatsachen, wo sich die

[8] Birchmeier, S. 89.

[9] Birchmeier, S. 89; Deschenaux, S. 23/24; BGE 68 II 133 und 270; 92 II 144; 98 II 379/80.

[10] Birchmeier, S. 112; aus der neusten Bundesgerichtspraxis 96 II 37/38 und 395/396; 98 II 290/91.

Frage stellt, ob auch psychische Vorgänge, ob das Wissen und Wollen der Parteien Gegenstand von für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen tatsächlicher Natur darstellen. Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Praxis wird vom Bundesgericht selbst in BGE 69 II 320 wie folgt geschildert:

«Auch das Bundesgericht hat seine Stellung in dieser Frage wiederholt geändert. Ursprünglich hatte es die Auslegung von Verträgen, soweit sie vom kantonalen Richter unter Beobachtung der rechtlich richtigen Auslegungsregeln vorgenommen worden war, als Tatfrage angesehen, weil es sich dabei im Grunde genommen um die Ermittlung des Parteiwillens handle, die unzweifelhaft zur Feststellung des Tatbestandes gehöre. Später gelangte es, unter schrittweiser Preisgabe des früher eingenommenen Standpunkts, zu der diametral entgegengesetzten Auffassung, daß die Auslegung von Rechtsgeschäften überhaupt Rechtsfrage und nicht Tatfrage sei, da es sich dabei nicht um die Feststellung eines innern Parteiwillens, sondern um die Feststellung der rechtlichen Bedeutung der abgegebenen Willenserklärungen handle. Insbesondere wurde die Frage, welcher rechtsgeschäftliche Wille konkludent aus den erwiesenen ausdrücklichen Erklärungen der Parteien oder sonstigen Tatumständen folge, schlechthin als Rechtsfrage bezeichnet... An dieser Auffassung hat das Bundesgericht im wesentlichen bis in die neuere Zeit festgehalten. So hat es noch in BGE 54 II 478 und 61 II 40 erklärt, die Ermittlung des beiderseitigen Parteiwillens sei als Rechtsfrage vom Bundesgericht frei zu überprüfen. Allerdings hatte sich gelegentlich eine rückläufige Tendenz bemerkbar gemacht... In seiner neuesten Rechtsprechung nahm das Bundesgericht schließlich, in weiterer Entwicklung der eben erwähnten Tendenz, den Standpunkt ein, zu den tatsächlichen Grundlagen sei neben den Erklärungen der Parteien und sonstigen maßgebenden Äußerungen als innerer Tatbestand auch der aus jenen äußeren Vorgängen und den Umständen sich ergebende Wille der Parteien zu rechnen (BGE 66 II 61).»

Das Bundesgericht läßt dann, zur Vermeidung des Mißverständnisses, es sei vom Standpunkt abgewichen, daß die Auslegung eines Rechtsgeschäftes grundsätzlich Rechtsfrage sei, folgende Klarstellung folgen:

«Auszugehen ist davon, daß die rechtsgeschäftlichen Erklärungen, mit denen die Vertragsparteien ihre Beziehungen regeln, eine ihrem Inhalt entsprechende Rechtswirkung zu erzeugen bestimmt sind. Auf die Ermittlung dieser rechtlichen Wirksamkeit des Vertragswortlautes, in dem die rechtsgeschäftlichen Erklärungen zusammengefaßt sind, ist die Auslegung gerichtet. Da Erklärungsinhalt und Rechtsfolge eine untrennbare Einheit bilden, umfaßt die Auslegung gleichzeitig die Feststellung sowohl des Inhalts als auch der Rechtsfolgen desselben. Diese Ermittlung besteht darin, daß die Bedeutung festgestellt wird, die angesichts der konkreten Umstände im Lichte allgemeiner Lebenserfahrung dem Wortlaut und Wortsinn der Erklärung zukommt. Hierauf nämlich, und nicht auf den hinter der Erklärung stehenden sogenannten inneren Willen einer Partei kommt es an, da nach der Vertrauenstheorie, die im schweizerischen Rechtsbereiche gilt, eine Vertragspartei sich ihre Willenserklärung so entgegenhalten lassen muß, wie sie nach Treu und Glauben im Verkehr mit der Gegenpartei aufgefaßt werden durfte; der Erklärende ist nicht gebunden, weil er einen bestimmt gearteten inneren Willen hatte, sondern weil er ein Verhalten an den Tag gelegt hat, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens schließen durfte.

Diese Feststellung des Sinnes und Inhalts einer Willenserklärung an Hand der allgemeinen Lebenserfahrung aber geschieht unter Zuhilfenahme von Erfahrungssätzen, und zu deren Überprüfung ist das Bundesgericht befugt (BGE 69 II 204). Soweit die Auslegung eines Rechtsgeschäfts sich in der Ermittlung der Tragweite der abgegebenen Erklärungen nach allgemeiner Lebenserfahrung erschöpft, ist sie daher Rechtsfrage und kann vom Bundesgericht frei überprüft werden ...

Eine Einschränkung drängt sich dort auf, wo der Sachrichter nicht bei dieser Auslegung stehengeblieben ist, sondern darüber hinaus auf Grund besonderer äußerer Begleitumstände des Vertragsschlusses zum Ergebnis gelangt ist, daß im konkreten Fall beide Parteien übereinstimmend dem Wortlaut einen besonderen Sinn beigelegt haben, der von dem nach der allgemeinen Lebenserfahrung sich ergebenden ausweicht (...). In einem solchen Falle kann von der Ermittlung eines ‹inneren Willens› der Parteien, oder

wie BGE 66 II 61 sich ausdrückt, von einem ‹inneren Tatbestand› gesprochen werden, den die Vorinstanz auf dem Wege der Beweiswürdigung festgestellt hat und der daher für das Bundesgericht verbindlich ist.»

Das Bundesgericht ist dieser Abgrenzung in der seitherigen Rechtsprechung treu geblieben: So führt es z. B. in BGE 76 II 144/145 aus:

«Diese Feststellung über den Willen der Parteien ist für das Bundesgericht verbindlich, denn sie beruht nicht auf einer bloßen Auslegung der Erklärungen der Parteien ... im Lichte der allgemeinen Lebenserfahrung, sondern auf der Würdigung der Ergebnisse des gesamten Beweisverfahrens, namentlich auch der Zeugenaussagen, sowie der Würdigung der gesamten Umstände des Falles ...» Diese Formel ist in den seitherigen Urteilen des Bundesgerichts im wesentlichen übernommen worden[11].

DESCHENAUX hat gegenüber dieser Abgrenzung beachtenswerte Vorbehalte angebracht und darauf hingewiesen, daß der Richter, wenn er einen rechtsgeschäftlich erheblichen Willen der Parteien feststelle, deren Erklärungen, Handlungen, Gesten und Anspielungen qualifiziere und ihnen rechtliche Bedeutung beimesse. Gegenstand der tatsächlichen Feststellung seien jedoch nur die genannten Manifestationen äußerer Art. Ihre rechtliche Qualifikation als rechtsgeschäftlich wirksame Erklärung, ihre «Auslegung» durch den kantonalen Richter sei aber eine durch das Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage[12].

Einen Schritt in dieser Richtung ist das Bundesgericht, so scheint mir, bei der Beurteilung der Simulation gegangen. In diesem Zusammenhang führt es jeweils aus, die Feststellung über den innern Willen der Vertragsparteien sei tatsächlicher Natur und für das Bundesgericht verbindlich. Dieses habe bloß zu prüfen, ob die Parteien die Simulationsabsicht beidseitig deutlich geäußert hätten

[11] BGE 87 II 175; 88 II 34 und 78/79; 90 II 453 und 498; 91 II 277; 94 II 99 und 104; 95 II 40, 146, 170 und 452; 96 II 3, 27b und 148; 97 II 207; 98 II 6 und 78; 99 II 273 und 285; 100 II 27.

[12] DESCHENAUX, insbes. S. 62ff.

(BGE 72 II 158; 85 II 100; 97 II 207). Auf diese Äußerung des Simulationswillens kommt es aber entscheidend an und nicht auf sein bloßes inneres Vorhandensein. Wenn das Bundesgericht die rechtsgeschäftlich wirksame Äußerung des Simulationswillens anhand der von der Vorinstanz festgestellten tatsächlichen Umstände frei überprüft, so tut es gerade das, was DESCHENAUX postuliert: Es nimmt nur die Feststellungen der Vorinstanz über die Erklärungen und Handlungen der Parteien als verbindlich hin und behandelt deren Qualifikation als Rechtsfrage.

III. Die auf offensichtlichem Versehen beruhende Tatsachenfeststellung

Mit der Berufung kann eine Tatsachenfeststellung dann angefochten werden, wenn sie auf einem offensichtlichen Versehen des kantonalen Richters beruht (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG). Sie ist dann vom Bundesgericht von Amtes wegen zu berichtigen (Art. 63 Abs. 2 OG). Diese Bestimmung hat die in Art. 81 des OG von 1893 enthaltene Rüge der Aktenwidrigkeit ersetzt. Letztere war begründet, wenn eine für die rechtliche Entscheidung bedeutsame tatsächliche Annahme der kantonalen Instanz mit einem bestimmten Aktenstück in unverträglichem Widerspruch stand. Hingegen konnten Feststellungen, welche auf einer, sei es auch antizipierten, Beweiswürdigung beruhten, nicht als aktenwidrig angefochten werden (BGE 62 I 16; 63 II 39).

Die neue Formulierung von Art. 55 Abs. 1 lit. c OG sollte helfen, den Irrtum zu vermeiden, es könne unter Berufung auf Aktenwidrigkeit die Beweiswürdigung angefochten werden[13]. Dies war offenbar unter der Herrschaft von Art. 81 des alten OG in zahlreichen Fällen versucht worden, was das Bundesgericht veranlaßt hatte, in einem Kreisschreiben vom 27. Februar 1937 den Begriff der Aktenwidrigkeit klarzustellen und für mißbräuchliche Erhebung der Rüge Disziplinarmaßnahmen anzudrohen (BGE 63 II 39).

[13] BIRCHMEIER, S. 208.

Weder die Ermahnungen des Bundesgerichtes von 1937 noch die neue Formulierung im OG von 1943 scheinen die erhoffte Klarstellungswirkung erzielt zu haben. Auch in seinen Urteilen auf Grund des neuen OG mußte das Bundesgericht immer wieder darauf hinweisen, daß die Rüge der auf offensichtlichem Versehen beruhenden Tatsachenfeststellung nur unter der Voraussetzung angebracht sei, «daß die in Frage stehende Feststellung unzweifelhaft unterblieben wäre, wenn die Vorinstanz nicht eine bestimmte Aktenstelle übersehen oder den Wortlaut einer solchen unrichtig wahrgenommen hätte, und daß das Bundesgericht zudem ohne weiteres in der Lage wäre, jene Feststellung anhand der betreffenden Aktenstelle im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OG zu berichtigen» (BGE 81 II 86; ferner 83 II 341; 87 II 232/33; 91 II 334; 95 II 146/47 und 611; 96 I 196/97; 96 II 352/53; 99 II 325/26 und 329; 100 II 11). Wiederum mußte sich das Bundesgericht dem Versuch widersetzen, den Art. 55 Abs. 1 lit. d OG zum Mittel für eine Beanstandung der Beweiswürdigung des kantonalen Richters zu mißbrauchen (BGE 89 II 127b; 91 II 277; 95 II 166).

Auf offensichtlichem Versehen beruht hingegen eine tatsächliche Feststellung des angefochtenen Urteils, die der Darstellung beider Parteien sowie den Prozeßbeilagen widerspricht (BGE 83 II 235aa), welche einem eingelegten Auszug aus dem Handelsregister zuwiderläuft (BGE 83 II 341/42), oder einem eingelegten und vom Richter übersehenen Brief widerspricht (BGE 95 II 611). Ferner wurde mit Recht die Annahme der Vorinstanz beanstandet, ein Ehemann habe nicht einmal behauptet, seiner Frau wegen eines ehewidrigen Verhaltens Vorhalte gemacht zu haben, nachdem er im Parteiverhör ausdrücklich erklärt hatte, er habe ihr nach diesen Ereignissen Vorwürfe gemacht (BGE 87 II 279). In BGE 90 II 234 hat das Bundesgericht ein doppeltes Versehen in der Würdigung einer Expertise durch die Vorinstanz gesehen: Zwei tatsächliche Feststellungen widersprächen den Darlegungen des Experten. Es scheint mir, daß das Bundesgericht damit selbst in gefährliche Nähe einer Korrektur der vorinstanzlichen Beweiswürdigung über die Berichtigung eines offensichtlichen Versehens gelangt ist.

Die Rüge des offensichtlichen Versehens ist ausdrücklich zu erheben, unter genauer Angabe der versehentlichen Feststellung und

der Aktenstelle, mit der sie in Widerspruch steht[14]. Sie steht beiden Parteien zu: Auch der Berufungsbeklagte kann sie erheben, ohne eine Anschlußberufung einlegen zu müssen, denn er müßte damit rechnen, daß die falsche Tatsachenfeststellung ihm bei einer andern rechtlichen Beurteilung durch das Bundesgericht zum Nachteil gereichen könnte[15]. Der Berufungskläger hat die Rüge in der Berufungsschrift, der Berufungsbeklagte in der Berufungsantwort zu erheben: Art. 61 OG verweist ausdrücklich auf Art. 55 Abs. 1 lit. d OG.

Kein berechtigtes Interesse an dieser Rüge hat und deshalb nicht zu deren Erhebung legitimiert ist eine Partei, wenn der Richter die angeblich unrichtige Feststellung zu ihren Gunsten ausgelegt hat (BGE 95 II 507). Immerhin müßte die Legitimation wohl dann bejaht werden, wenn die Möglichkeit bestünde, daß das Bundesgericht diese auch zu ihren Ungunsten auslegen könnte.

Welches ist die Rechtfertigung für die Zulassung dieser Rüge im Berufungsverfahren? DESCHENAUX (S. 32) sieht darin einen Fall des Widerspruchs im Urteil selbst, wenn der Richter ein Aktenstück – wenigstens stillschweigend – als der Wahrheit entsprechend (veridique) anerkenne und eine damit unvereinbare Feststellung treffe. Es erscheint mir aber als fraglich, ob von einem Widerspruch im Urteil selbst gesprochen werden kann, wenn der Richter ein Aktenstück übersieht. Die Urteilsbegründung kann dann trotz der aktenwidrigen Feststellung durchaus folgerichtig und widerspruchslos sein. Unzweifelhaft liegt aber ein Fall der Willkür vor: Ein nicht berufungsfähiges letztinstanzliches kantonales Urteil, das auf einem offensichtlichen Versehen bei der Tatbestandsfeststellung beruht, unterliegt der Willküranfechtung mit der staatsrechtlichen Beschwerde gestützt auf Art. 4 BV[16]. Die Zulassung der Rüge im Berufungsverfahren, verbunden mit der Möglichkeit, die Korrektur von Amtes wegen ohne Rückweisung an die Vorinstanz vorzunehmen, dient der Prozeßökonomie und macht die staatsrechtliche Beschwerde in zahlreichen Fällen entbehrlich. Da die Rüge

[14] BIRCHMEIER, S. 209.

[15] BIRCHMEIER, S. 208, BGE 64 II 242.

[16] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 25.

andernfalls doch mit der staatsrechtlichen Beschwerde erhoben werden könnte, bedeutet ihre Zulassung im Berufungsverfahren keinen zusätzlichen Eingriff in die kantonalen Prärogativen. Daß sich das Bundesgericht in vielen Fällen mit einer unberechtigten Anrufung auseinanderzusetzen hat, ist wohl das kleinere Übel gegenüber der andernfalls bestehenden Notwendigkeit, in allen solchen Fällen mit der Berufung noch eine staatsrechtliche Beschwerde zu verbinden.

IV. Die Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften (Allgemeines)

Die Frage, ob das Beweisrecht dem materiellen Recht oder dem Prozeßrecht angehört, ist umstritten. Ihre Beantwortung mag im Hinblick auf Art. 64 BV von Bedeutung sein dafür, ob das Beweisrecht ohne vorherige Revision der Bundesverfassung vollumfänglich vom Bundesrecht geregelt werden könnte. Dieses Problem hat den Juristentag von 1969 in Genf beschäftigt und soll hier nicht erörtert werden. De lege lata ist die Zuordnung des Beweisrechts zum materiellen Recht oder zum Prozeßrecht nicht von praktischer Bedeutung: Auch wenn und soweit es Prozeßrecht ist, muß es von Bundesrechts wegen so gestaltet werden, daß die rechtserheblichen Tatsachen in den Prozeß eingeführt werden können und daß über sie Beweis geführt werden kann. VOYAME führt (S. 155) überzeugend aus: «dans la mesure où la Confédération accorde une action aux justifiables, elle leur garantit nécessairement le droit de prouver les faits sur lesquels cette action doit être fondée». Anderseits verheißt das materielle Recht den Rechtsverhältnissen den Rechtsschutz nur für den Fall der Beweisbarkeit[17]. Daraus erhellt, wie eng materielles Privatrecht und Beweisrecht miteinander verknüpft sind. Das Beweisrecht hat seit jeher die größte Adhäsion zu bundesrechtlicher Ordnung, und zwar sowohl auf Grund von Art. 64 als auch auf Grund von Art. 114 BV[18]. Die grundsätzliche

[17] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 24.
[18] EICHENBERGER, S. 512.

Zulässigkeit beweisrechtlicher Vorschriften in den das materielle Privatrecht ordnenden Bundesgesetzen ist deshalb kaum je in Zweifel gezogen worden.

Ausdrückliche Beweisvorschriften finden sich in großer Zahl im ZGB und OR sowie in andern Bundesgesetzen privatrechtlichen Gehalts. Es sei hier nur auf einige Beispiele hingewiesen, aus welchen sich die Verschiedenartigkeit der Eingriffe ins kantonale Beweisrecht und damit auch das Ausmaß der Überprüfungsmöglichkeiten im Berufungsverfahren ergibt:

Sie regeln die Beweislast (Art. 8 ZGB).

Sie stellen Vermutungen auf und beeinflussen damit das Beweisthema oder die Beweislast (Art. 3, 196 Abs. 2, 197 Abs. 2, 252, 255 Abs. 2, 314, 930ff., 937 ZGB).

Sie stellen Fiktionen auf, indem sie den Gegenbeweis für eine Vermutung ausschliessen (Art. 156 OR).

Sie verpflichten den Richter, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 343 Abs. 4 OR).

Sie verpflichten den Richter, sich von den die Klage begründenden Tatsachen selbst dann zu überzeugen, wenn sie von beiden Parteien anerkannt sind (Art. 158 Ziff. 1 und 3 ZGB).

Sie verlangen den Nachweis der vollständigen Sicherheit (Art. 34, 511 Abs. 1 ZGB) oder der Offensichtlichkeit (Art. 45 Abs. 2, 86, 469 Abs. 3, 673 ZGB) eines Sachverhaltes oder umgekehrt der Unmöglichkeit seines Vorliegens (Art. 254 ZGB).

Sie weisen den Richter an, sich mit der Glaubhaftmachung eines Sachverhaltes zu begnügen (Art. 35 Abs. 1, 255 Abs. 2, 321, 961 Abs. 3, 970 Abs. 2 ZGB).

Sie schreiben bestimmte Beweismittel vor (Art. 141 und 374 Abs. 2 ZGB) und schließen andere aus (Art. 158 Ziff. 2 ZGB).

Sie verbieten für bestimmte Verfahren strengere Beweisvorschriften als im ordentlichen Verfahren (Art. 310 Abs. 2 ZGB).

Sie regeln den Beweiswert von Beweismitteln (Art. 9 ZGB) und verbieten kantonale Beweisformen (Art. 10 ZGB).

Sie schreiben die freie Beweiswürdigung vor (Art. 158 Ziff. 4 ZGB, Art. 343 Abs. 4 OR).

Neben derartigen ausdrücklichen gesetzlichen Beweisvorschriften finden sich noch weitere, welche sinngemäß dem materiellen

Zivilrecht zu entnehmen sind[19]. Auch die Verletzung von im materiellen Bundesrecht implizierten Beweisvorschriften kann mit der Berufung gerügt werden. In den folgenden Abschnitten soll die Tragweite der in der Praxis bedeutsamsten bundesrechtlichen Beweisvorschriften dargestellt werden.

V. Die Beweislast

a) Eine zentrale Stellung unter den bundesrechtlichen Beweisvorschriften nimmt Art. 8 ZGB ein, der aussagt, daß dort, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Mit dieser Bestimmung wird die Frage der Beweislastverteilung auf dem Gebiet des Bundeszivilrechts dem Bundesrecht unterstellt und dem Grundsatze nach geregelt[20]. Umstritten ist, ob das Beweislastrecht damit zum materiellen Bundesrecht geworden ist. Das Bundesgericht hat sich wiederholt dahin ausgesprochen, «daß die Vorschriften hierüber nicht lediglich prozeßrechtlicher Natur seien, sondern auch dem materiellen Rechte angehörten, indem die Gestaltung, die dieses den zivilrechtlichen Verhältnissen gibt, auf deren Geltendmachung im Prozeß einwirke...» (BGE 40 II 628)[21]. Später führt das Bundesgericht im BGE 82 II 127 aus, die Beweislastverteilung gehöre nach vorherrschender Ansicht, der sich die Rechtsprechung, immerhin nicht vorbehaltlos, angeschlossen habe, dem materiellen Rechte an. Es verweist auf EGGER (N. 5 zu Art. 8 ZGB), der dort ausführt, die Superiorität des materiellen Rechts über das Prozeßrecht habe den Einbezug des Beweislastrechtes in das ZGB verlangt. Dem kann voll beigestimmt werden, wobei dann allerdings die Frage offen bleibt, weshalb dies nur für das Beweislastrecht und nicht für das ganze Beweisrecht gelten soll. Mit der Regelung im ZGB ist freilich die

[19] BIRCHMEIER, S. 91; DESCHENAUX, S. 27.

[20] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 24; KUMMER, N. 48 zu Art. 8 ZGB.

[21] Vgl. auch BIRCHMEIER, S. 89.

theoretische Frage nach der rechtlichen Natur des Beweislastrechts nicht entschieden worden. Sie darf aber, da ihr keine praktische Bedeutung mehr zukommt, offen gelassen werden[22].

b) Mit der Regelung der Beweislast in Art. 8 ZGB hat der Bundesgesetzgeber die Auffassung verworfen, nach welcher die Beweislast vom Richter nach freiem Ermessen verteilt werden soll[23]. Sicher mit Recht: Wie GULDENER[24] überzeugend darlegt, kann, wenn sich weder feststellen läßt, daß sich eine rechtserhebliche Tatsache verwirklicht hat, noch daß sie sich nicht verwirklicht hat, nur grundsätzlich entschieden werden, zu wessen Lasten die Beweislosigkeit geht, soll nicht der Willkür Tür und Tor geöffnet werden.

Das Bundesgericht ist nicht von dieser Linie abgewichen, wenn es in einzelnen Entscheiden ausgeführt hat, auch die Regel von Art. 8 ZGB müsse nach Treu und Glauben angewendet werden (BGE 66 II 147) und an den Nachweis einer negativen Tatsache dürften keine zu strengen Anforderungen gestellt werden (BGE 65 III 137): Einmal handelt es sich auch dabei um eine generelle Regel und zudem stellt sich die Frage, ob diese nicht dem Gebiet der Beweiswürdigung und nicht der Beweislastverteilung angehört. Eine freie Beweislastverteilung, welche mit Art. 8 ZGB nicht vereinbar wäre[25], hat das Bundesgericht damit jedenfalls nicht sanktioniert.

c) Die Beweislastverteilung bestimmt zunächst nur, zu wessen Lasten es sich auswirkt, wenn eine bestrittene rechtserhebliche Tatsache beweislos bleibt. Die Beweislast ist das Risiko einer Partei, im Falle der Beweislosigkeit einer rechtserheblichen Tatsache im Prozeß zu unterliegen[26]. Da der Richter auch dann urteilen muß,

[22] Vgl. auch VOYAME, S. 152.

[23] GAUTSCHI, Beweislast.

[24] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 18/19.

[25] KUMMER, N. 117 zu Art. 8 ZGB.

[26] GMÜR, N. 1 und 8 zu Art. 8 ZGB; EGGER, N. 3 zu Art. 8 ZGB; KUMMER, N. 20 und 33 zu Art. 8 ZGB; GULDENER, Beweiswürdigung, S. 16; DERSELBE, Zivilprozeßrecht, S. 55; VOYAME, S. 151; BGE 84 II 537; 86 II 313/14.

wenn ein für den Entscheid erheblicher Sachumstand in der Schwebe bleibt, bedarf es besonderer Regeln, die sagen, zu Lasten welcher Partei sich die Beweislosigkeit auswirkt. Die Frage der Beweislast stellt sich somit grundsätzlich erst, wenn nach erhobenem Beweis die rechtserhebliche Tatsache im Ungewissen bleibt[27]. Wird der Beweis erbracht, so wird die Frage der Beweislast gegenstandslos[28]. Wird im kantonalen Urteil der maßgebliche Sachverhalt auf Grund der Würdigung der Beweise festgestellt, so verletzen unrichtige Erwägungen über die Beweislastverteilung das Bundesrecht – da unerheblich – nicht[29]. Die Ausführungen über die Beweislast gehören daher grundsätzlich nicht an den Anfang der Erwägungen über die Beweiswürdigung. Daß sie in Urteilen oft dort zu finden sind, hängt mit der Verquickung der Beweislast mit der Behauptungslast und der Beweisführungslast zusammen.

d) Die Beweislastregeln haben ihre Bedeutung, gleichgültig, ob der Prozeß von der Verhandlungsmaxime oder der Offizialmaxime beherrscht wird, bietet doch die Offizialmaxime keine Gewähr dafür, daß alle rechtserheblichen Umstände aufgeklärt werden[30]. Auch wenn der Richter für die Beibringung der Beweise sorgen muß, geht das Risiko der Beweislosigkeit zu Lasten der die Beweislast tragenden Partei. Ebensowenig macht die freie Beweiswürdigung die Beweislastverteilung überflüssig, kann diese doch nicht gewährleisten, daß der Richter zur vollen Überzeugung des Vorhandenseins oder Fehlens einer rechtserheblichen Tatsache kommt[31].

Es können nicht beide Parteien zugleich die Beweislast tragen, die eine für das Bestehen, die andere für das Nichtbestehen einer Tatsache. Anders ist es nur, wenn sich an das Vorhandensein oder Fehlen dieser Tatsachen verschiedene Rechtsfolgen knüpfen[32].

[27] GMÜR, N. 8 zu Art. 8 ZGB.
[28] KUMMER, N. 23 zu Art. 8 ZGB.
[29] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 25.
[30] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 19.
[31] KUMMER, N. 24ff. zu Art. 8 ZGB.
[32] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 20.

e) Tatsachen, die normalerweise vorliegen, brauchen nicht bewiesen zu werden, da eine natürliche Vermutung für ihr Vorhandensein besteht[33]. Es ist in der Annahme einer solchen Vermutung allerdings Zurückhaltung am Platz. Wie VOYAME (S. 153) mit Recht zu bedenken gibt, könnte eine weitherzige Handhabung die Bestimmungen über die Beweislast außer Kraft setzen.

Die gesetzlichen Vermutungen, welche das materielle Zivilrecht in großer Zahl aufstellt, sollen der grundsätzlich beweisbelasteten Partei durch Umkehr der Beweislast oder Veränderung des Beweisthemas den Beweis erleichtern. So hat nach Art. 314 ZGB der Kläger nicht die Vaterschaft des Beklagten nachzuweisen, sondern nur die Beiwohnung innert der kritischen Zeit. Wird die Beiwohnung nachgewiesen, so wird die Vaterschaft vermutet, solange der Beklagte nicht diese Vermutung entkräftet. Nach Art. 930 ff. ZGB muß, wer Eigentum beansprucht, nicht dieses dingliche Recht nachweisen, sondern lediglich den Besitz. Gelingt dieser Nachweis, so trifft die Gegenpartei die Beweislast für den Gegenbeweis, daß das vermutete Eigentum nicht besteht. Art. 3 ZGB begründet die Vermutung des guten Glaubens und bewirkt damit, daß, wer der Gegenpartei bösen Glauben vorwirft, diesen beweisen muß. Dies bedeutet eine von Art. 8 ZGB abweichende Beweislastverteilung[34]. JÄGGI und KUMMER[35] sehen in Art. 3 ZGB keine echte Vermutung, da die Prämisse hier zum rechtserheblichen Tatbestand gehöre, während sie bei den echten Vermutungen ein tatbestandsfremdes Element darstelle.

Es würde zu weit führen, auf die große Zahl gesetzlicher Vermutungen und ihre Auswirkungen auf Beweisthema und Beweislast näher einzugehen[36]. Wesentlich ist für uns in diesem Zusammenhang die Feststellung, daß die Vermutungen Bestandteil des eidgenössischen Beweislastrechts sind und daß ihre Anwendung durch die kantonalen Gerichte demzufolge der Überprüfung durch

[33] BIRCHMEIER, S. 95.

[34] GMÜR, N. 10 zu Art. 3 ZGB; EGGER, N. 11 zu Art. 3 ZGB.

[35] N. 98 zu Art. 3 ZGB resp. N. 354 zu Art. 8 ZGB.

[36] Vgl. GULDENER, Beweiswürdigung, S. 61 ff.; VOYAME, S. 153 f.; KUMMER, N. 317 ff. zu Art. 8 ZGB.

das Bundesgericht im Berufungsverfahren unterliegt. Das gleiche gilt auch für die heiklen Fragen, ob ein Beweisnotstand zur Umkehr der Beweislast führen kann, wieweit auch eine Beweislast für negative Tatsachen besteht und welches die Folgen der Beweisverhinderung durch die nicht beweisbelastete Gegenpartei sind[37].

f) Bestimmt das Bundesrecht, daß eine Partei die Beweislast für ihre Behauptungen trägt, so liegt eine durch Berufung anfechtbare Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften vor, wenn der Richter eine Behauptung für wahr annimmt und dem Urteil zugrundelegt, ohne darüber Beweis geführt zu haben[38]. Das Bundesgericht hat diesen Grundsatz in mehreren Urteilen ausgesprochen und aus Art. 8 ZGB abgeleitet: «Nach diesen Bestimmungen ist es in der Tat unzulässig, daß der Richter auf eine bestrittene Parteibehauptung abstellt, ohne dafür den Beweis zu verlangen» (BGE 80 II 295, auch 96 I 198/99). In BGE 71 II 127/28 äußert sich das Bundesgericht ausführlich wie folgt:

«En présence de deux affirmations opposées des parties, les juridictions cantonales ne sauraient donc admettre celle qui leur paraît la plus plausible, sans avoir fait administrer des preuves, ne fût-ce que par des indices ou par l'interrogatoire des parties. Si elles passent outre, le Tribunal fédéral a le droit d'intervenir...»

VOYAME (S. 155/56) gibt dem Bundesgericht recht «en théorie». In der Praxis sei aber die Rolle des Bundesrechts in dieser Beziehung sehr eingeschränkt, da die Kantone frei seien, was sie als Beweiselemente anerkennen wollten. Es genüge, um sich dem Bundesrecht zu unterziehen, daß das kantonale Gericht seine Feststellung mit einem «argument quelconque» rechtfertige. Auch nach DESCHENAUX (S. 28) genügt ein noch so schmaler Indizienbeweis den Anforderungen von Art. 8 ZGB. Nach der Auffassung VOYAMES greift die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu weit in das kantonale Verfahren ein, wenn sie überprüft, ob die zugelassenen Beweismittel geeignet seien, eine Tatsache nach Art. 8 ZGB zu be-

[37] Vgl. GULDENER, Beweiswürdigung, S. 51ff.; KUMMER, N. 183ff. zu Art. 8 ZGB; BGE 66 II 147; 76 II 70f.; 95 II 233; 98 II 243.

[38] BIRCHMEIER, S. 91; GULDENER, Beweiswürdigung, S. 24.

weisen[39]. Ebenso sei das Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht berechtigt, zu prüfen, ob die Elemente, auf die der kantonale Richter seine Überzeugung stützte, vom kantonalen Recht als Beweismittel anerkannt würden. Der letztgenannten Feststellung ist sicher zuzustimmen. Ob aber die grundsätzliche Untauglichkeit eines Beweismittels, auf das der kantonale Richter abgestellt hat, nicht der Beweislosigkeit gleichzustellen sei und Art. 8 ZGB tangiere, ist doch der Erwägung wert. Auch KUMMER (N. 84 zu Art. 8 ZGB) stellt dem Fall, in welchem der Richter dem Urteil einen Sachverhalt unterlegt, über den er trotz Bestreitung nicht Beweis geführt hat, demjenigen gleich, in welchem der Richter nur ein absolut untaugliches Beweismittel abgenommen hat. Unter solchen Umständen kann doch von einem Nachweis schlechterdings nicht die Rede sein. Es ist deshalb dem Bundesgericht zuzustimmen, wenn es in BGE 80 II 296 ausführt:

«Dem kantonalen Gesetzgeber steht es aber immerhin nicht frei, für Streitsachen, die nach Bundesrecht zu beurteilen sind, beliebige Erkenntnisquellen zu Beweismitteln zu erklären. Vielmehr sind als solche nur Auskunftmittel anzuerkennen, die ihrer Natur nach gemäß der Lebenserfahrung geeignet sein können, einen Beweis im Sinne von Art. 8 ZGB zu schaffen. Dies trifft für alle Auskunftmittel zu, auf die der Richter vernünftigerweise die Überzeugung von der Wahrheit eines behaupteten Sachverhalts gründen kann.»

Unbestritten ist hingegen, daß es Art. 8 ZGB widerspricht, wenn der kantonale Richter sein Urteil auf einen Tatumstand stützt, den er auf Grund der Beweisführung nur als möglich und nicht als sicher nachgewiesen erachtet[40].

Wird vom kantonalen Richter eine Tatsache als feststehend bezeichnet, obwohl sie bestritten und nicht bewiesen ist, so liegt darin, wenn der Richter irrtümlicherweise angenommen hatte, sie sei unbestritten, eine auf offensichtlichem Versehen beruhende Tatsachenfeststellung[41]. Ist dadurch aber auch Art. 8 ZGB verletzt?

[39] BGE 76 II 5; 80 II 296; 82 II 510.

[40] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 24; KUMMER, N. 84 zu Art. 8 ZGB; BGE 98 II 242.

[41] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 24/25.

Das Bundesgericht nimmt es offenbar an, führt es doch in BGE 96 I 198/99 aus: «GULDENER nimmt denn auch an, wenn eine Tatsache als feststehend bezeichnet werde, obschon sie bestritten und nicht bewiesen sei, so liege darin eine unrichtige Tatsachenfeststellung, die, sofern sie auf einem offensichtlichen Versehen beruhe, für das Bundesgericht nicht verbindlich sei und mit der Berufung gerügt werden könne (...) Das erscheint auch deshalb als zutreffend, weil die versehentliche Annahme, die Behauptung einer erheblichen Tatsache sei unbestritten geblieben, nicht nur mittelbar, sondern unmittelbar Bundesrecht verletzt, nämlich den Art. 8 ZGB, aus dem sich ergibt, daß der Richter eine bestrittene Behauptung nicht ungeprüft seinem Entscheid zugrunde legen darf.»

VI. Die Behauptungslast und Beweisführungslast

a) In Zusammenhang mit der Beweislast steht die Behauptungslast, d.h. die prozessuale Obliegenheit einer Partei, diejenigen Tatsachen zu behaupten, auf welche sie ihren Rechtsstandpunkt stützt. In der älteren Doktrin und Judikatur wurde die Behauptungslast als notwendige Folge der Beweislast und demnach auch dem Bundesrecht angehörig betrachtet. So führt GMÜR (N. 3 zu Art. 8 ZGB) aus: «Die Verteilung der Behauptungs- und damit auch der Beweislast richtet sich also nach dem materiellen Recht ...» und weiter N. 7: «Art. 8 spricht direkt nur von der Beweislast, indirekt betrifft er jedoch auch die Behauptungslast.» In gleichem Sinne äußert sich BIRCHMEIER (S. 91): «Die Beweislast umfaßt danach auch die Behauptungslast. Der kantonale Richter verletzt Bundesrecht, wenn er eine nicht behauptete Tatsache als erwiesen annimmt.» Das Bundesgericht hat sich, wie in BGE 40 II 628 betont wird, «wiederholt über die Behauptungs- und Beweislast dahin ausgesprochen, daß die Vorschriften hierüber nicht lediglich prozeßrechtlicher Natur seien, sondern auch dem materiellen Rechte angehörten ...». In BGE 57 II 173 äußert es sich über die Substantiierungspflicht in einer Weise, aus der geschlossen werden muß, daß es sie ebenfalls aus dem Bundesrecht ableitet, und führt schließlich in BGE 59 II 475 aus: «Conformément à l'art. 8 CCS, il lui incombait d'établir

les faits d'où elle prétend tirer ce droit; mais ce n'était pas seulement le fardeau de la preuve qu'elle avait ainsi à rapporter; c'était tout d'abord le fardeau de l'allégation, condition première de l'exercice des droits privés, qui est implicitement posée par la loi civile, soit par la loi fédérale.»[42]

b) Die Behauptungslast ist aber entgegen diesen Darlegungen nicht ein Ausfluß der Beweislast, sondern der Verhandlungsmaxime. Ob im kantonalen Prozeß die Verhandlungsmaxime gilt oder die Offizialmaxime oder allenfalls eine Mischform der beiden, ist dort, wo das Bundesrecht keine besonderen Vorschriften aufstellt, Sache des kantonalen Prozeßrechts und damit der Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen. Daß dies so ist, hat das Bundesgericht schon einmal im BGE 65 II 62 erkannt, wenn es äußert: «Voraussetzung für die Zulassung des Beweises ist selbstverständlich, daß die Kläger eine entsprechende Behauptung – wie sie vor Bundesgericht erhoben wurde – bereits im kantonalen Verfahren in prozessual genügender Form aufgestellt haben. Darüber zu befinden ist Sache der Vorinstanz....» Erst in den Entscheiden BGE 74 II 206 und 78 II 97/98 hat es sich aber vom Gedanken einer sich aus Art. 8 ZGB ergebenden bundesrechtlichen Behauptungslast endgültig abgewendet, im letztgenannten Entscheid mit folgender einläßlicher Begründung: «Dans son arrêt ... (71 II 127) le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 8 CC impose implicitement aux parties l'obligation d'alléguer les faits dont elles déduisent leur droit. Mais il s'est, depuis lors, écarté plusieurs fois de cette jurisprudence, qui ne saurait être maintenue. Car une telle interprétation de l'art. 8 CC lierait les cantons à un système de procédure civile où le juge ne pourrait tenir compte que des faits expressément articulés par celle des parties qui en déduit son droit (Verhandlungsmaxime). Le législateur n'a pu vouloir empiéter de la sorte sur la souveraineté cantonale en matière de procédure civile, d'autant moins que cela n'était nullement nécessaire pour l'application efficace du droit fédéral et que le

[42] In gleichem Sinne BGE 71 II 128.

système inverse, donnant pouvoir au juge de rechercher librement les faits (Offizialmaxime), garantit au moins aussi bien cette application.»

Eine bundesrechtliche Verpflichtung der Kantone auf die Eventualmaxime ließe sich um so weniger rechtfertigen, als ja das Bundesrecht selbst in verschiedenen Gesetzen, neuerdings in Art. 343 OR für das Arbeitsvertragsrecht, die Offizialmaxime vorschreibt. Das Bundesgericht fährt dann in dem zitierten Urteil fort: «Le texte de l'art. 8 CC, du reste, ne s'oppose nullement à cette interprétation. Il est vrai qu'au moment où il a été rédigé, on admettait presque partout que le juge ne pouvait tenir compte que des faits allégués par les parties. Cela s'est marqué dans la formule adoptée; le législateur a considéré ce principe comme généralement admis. Mais il ne l'a pas statué.»

c) Daß die Behauptungslast dem kantonalen Prozeßrecht und nicht dem Bundesrecht zugehört, ist heute nicht mehr umstritten[43]. Das kantonale Prozeßrecht befindet dort, wo das Bundesrecht nicht die Offizialmaxime vorschreibt, darüber, inwieweit die Behauptungs- und Substantiierungspflicht der Parteien geht. Bundesrecht ist deshalb nie betroffen, wo der Richter einen Sachumstand zugunsten einer Partei verwertet, den diese selbst nicht anruft oder einen von keiner Seite vorgebrachten Sachumstand von sich aus heranzieht und dem Beweis unterstellt[44]. Bundesrechtliche Beweisregeln sind nicht verletzt, wenn eine Beweisabnahme unterbleibt, weil die beweispflichtige Partei es an der Angabe der notwendigen Einzeltatsachen fehlen läßt, welche die Grundlage für die Beweisabnahme und Beweiswürdigung bilden[45].

Neuerdings hat das Bundesgericht hier allerdings eine Korrektur angebracht: In BGE 98 II 117 führt es aus, die Frage, ob das Sachvorbringen einer Partei einen bundesrechtlichen Anspruch ge-

[43] VOYAME, S. 137; KUMMER, N. 40 zu Art. 8 ZGB; BGE 95 II 451 mit Verweisungen; 97 II 218; 98 II 116/17.

[44] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 25; KUMMER, N. 40 zu Art. 8 ZGB; BGE 81 II 201.

[45] BIRCHMEIER, S. 92; BGE 68 II 140.

nügend substantiiere, beurteile sich nicht nach kantonalem Prozeßrecht, sondern nach Bundesrecht. Dieses entscheide, ob die nach kantonalem Prozeßrecht form- und fristgemäß vorgebrachten tatsächlichen Anbringen erlaubten, eine Rechtsbehauptung zu beurteilen. Wenn demzufolge eine kantonale Instanz eine Klage zu Unrecht mit der Begründung abweise, sie sei nicht genügend substantiiert worden, so verletze sie materielles Bundesrecht. Daraus ist wohl abzuleiten, daß zwar Bundesrecht nicht verletzt ist, wenn ein kantonales Gericht eine Klage ohne genügende Substantiierung schützt, daß anderseits aber Bundesrecht verletzt wird, wenn das kantonale Gericht an die Substantiierung zu hohe Anforderungen stellt. Darüber, wo die Grenze der bundesrechtlich zulässigen Substantiierungspflicht liegt, wird wohl die künftige Bundesgerichtspraxis noch Klarstellungen bringen müssen.

d) Die bundesrechtlichen Beweislastvorschriften sind nicht ohne Auswirkungen auf die Behauptungslast. Das Bundesgericht spricht sich darüber in BGE 97 II 343 deutlich aus: «Wenn und soweit das kantonale Prozeßrecht eine Behauptungspflicht kennt, kann sie von Bundesrechts wegen nur die beweispflichtige Partei, nicht ihren Prozeßgegner treffen. Denn wenn mangels genügender Behauptungen ein bestimmter Sachverhalt nicht berücksichtigt werden darf oder ungewiß bleibt, muß der Richter zu Ungunsten der beweisbelasteten Partei entscheiden. Niemand ist verpflichtet, Tatsachen zu behaupten, die von Bundesrechts wegen nicht er, sondern der Prozeßgegner beweisen muß.» Demnach deckt sich in der Regel die kantonale Behauptungslast mit der bundesrechtlichen Beweislast, was mit zu den eingangs angeführten Mißverständnissen geführt haben mag[46].

e) Wird zwar bundesrechtlich keine Behauptungslast statuiert, so folgt anderseits aus Art. 8 ZGB als Korrelat der Beweislast der Anspruch einer Partei, die ihrem Rechtsstandpunkt zugrundeliegenden Tatsachen zu behaupten und sie in den Prozeß einzuführen: Die beweisbelastete Partei hat zwar von Bundesrechts we-

[46] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 21.

gen keine Behauptungspflicht, dagegen ein Behauptungsrecht[47]. Dem kantonalen Prozeßrecht ist es hingegen überlassen, zu bestimmen, bis zu welchem Zeitpunkt und in welcher Form Tatsachenbehauptungen vorgebracht werden können[48]. Deshalb schließt Art. 8 ZGB auch nicht aus, daß das kantonale Prozeßrecht an die Säumnis einer Partei Verwirkungsfolgen anschließt[49].

f) In enger Beziehung zur Behauptungslast steht die Beweisführungslast, d.h. die Obliegenheit einer Partei, für die Tatsachen, für die sie die Beweislast trägt, auch die Beweise zu erbringen oder anzutragen[50]. Auch die Beweisführungslast wird vom kantonalen Prozeßrecht beherrscht: Dieses bestimmt, ob, in welchem Umfange, bis zu welchem Zeitpunkt und in welcher Form die Beweise beizubringen sind. Bundesrecht ist nie tangiert, wenn der Richter ohne Parteiantrag von sich aus Beweise erhebt[51]. In aller Regel fallen Behauptungs- und Beweisführungslast als Ausfluß der Verhandlungsmaxime zusammen: Muß eine Partei nach den prozessualen Vorschriften die Tatsachen behaupten, auf die sie ihren Rechtsstandpunkt stützt, so muß sie auch die zum Nachweis dieser Tatsachen dienenden Beweise beibringen. So gut für die Beweisführungslast wie für die Behauptungslast gilt, daß sie von Bundesrechts wegen nur der beweisbelasteten Partei auferlegt werden darf[52].

Aus der Beweislast ergibt sich als Korrelat das Recht der beweisbelasteten Partei, mit den von ihr in prozessual genügender Form und rechtzeitig vorgebrachten Beweisen zugelassen zu werden, soweit der angebotene Beweis erheblich ist. Das Bundesgericht hat diesem bundesrechtlichen Anspruch auf Beweis in einer großen Zahl von Urteilen immer wieder zum Durchbruch verholfen[53].

[47] BGE 68 II 139; 71 II 127; 83 II 6; 86 II 302; VOYAME, S. 155; KUMMER, N. 75 zu Art. 8 ZGB.

[48] BIRCHMEIER, S. 93; GULDENER, ZSR 1961, S. 48. KUMMER, N. 75 zu Art. 8 ZGB.

[49] GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 66; a. M. VOYAME, S. 102ff.

[50] KUMMER, N. 33 zu Art. 8 ZGB.

[51] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 25; KUMMER, N. 40 zu Art. 8 ZGB; BGE 81 II 201.

[52] KUMMER, N. 37 zu Art. 8 ZGB.

[53] u.a. BGE 62 II 326, 68 II 139, 71 II 127, 82 II 510, 83 II 6, 86 II 301/02,

Das aus Art. 8 ZGB abzuleitende Beweisführungsrecht bedeutet nicht, daß der kantonale Richter alle von der beweispflichtigen Partei in prozessual zulässiger Form angetragenen Beweise abnehmen muß. Er ist nur verpflichtet, taugliche Beweise für rechtserhebliche Tatsachen abzunehmen, und darf hierüber auf Grund einer antizipierten Beweiswürdigung befinden[54]. VOYAME (S. 155) empfiehlt richtigerweise eine vorsichtige Handhabung der antizipierten Beweiswürdigung. Um eine Beweisabnahme abzulehnen, genügt es nicht, daß der Richter annimmt, sie werde wahrscheinlich seine Überzeugung nicht ändern. Er muß dessen sicher sein, sonst verletzt er Bundesrecht.

g) Für bestimmte Verfahren schreibt das Bundesrecht Abweichungen von der reinen Dispositions- und Verhandlungsmaxime vor und greift damit in das kantonale Prozeßrecht ein. Dies gilt einmal für das Ehescheidungs- und Trennungsverfahren, für welches Art. 158 Ziff. 1 und 3 ZGB bestimmen, daß der Richter an Zugeständnisse der Parteien nicht gebunden ist und Tatsachen, welche zur Begründung der Klage dienen, nur als erwiesen annehmen darf, wenn er sich von deren Vorhandensein überzeugt hat. Diese Regeln sind nach Art. 136 ZGB auch auf das Eheungültigkeitsverfahren und nach der Praxis ebenso auf das Verfahren auf Anfechtung einer Ehelichkeitserklärung oder der Ehelichkeit anwendbar[55].

Es ist mißverständlich, wenn im Zusammenhang mit diesen Verfahrensvorschriften von der Offizialmaxime gesprochen wird. Diese wird nicht einmal in favorem matrimonii angeordnet. KUMMER und HINDERLING[56] weisen zutreffend darauf hin, daß dadurch der Richter nicht veranlaßt wird, über die Anträge der Parteien hinaus Prozeßstoff zu Gunsten der Aufrechterhaltung der Ehe zu sammeln. Er muß nur die behaupteten Tatsachen berücksichtigen und

88 II 190, 90 II 222/23, 91 II 162; BIRCHMEIER, S. 93; GULDENER, ZSR 1961, S. 48; VOYAME, S. 155; KUMMER, N. 74 und 76 zu Art. 8 ZGB.

[54] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 16.

[55] BGE 51 II 8; 65 I 157; 78 I 3; 82 II 3 und 502; 83 II 4; 85 II 175.

[56] KUMMER, N. 41 zu Art. 8 ZGB; HINDERLING, S. 179/80.

die angebotenen Beweise abnehmen und sich auf Grund des Beweisergebnisses ein Urteil darüber bilden, ob ein gesetzlicher Scheidungsgrund besteht. Zu mehr ist er von Bundesrechts wegen nicht verpflichtet. Die abweichenden Auffassungen von EGGER und GULDENER[57] gehen in ihren Anforderungen über das hinaus, was zur Verwirklichung des Bundesrechts notwendig ist. Art. 158 Ziff. 1 und 3 schränken demnach nur die Dispositionsmaxime ein, nicht aber die Verhandlungsmaxime. Unzweifelhaft geschieht dies nur in favorem matrimonii[58]. Den Kantonen ist es unbenommen, ihrerseits für die von Art. 158 ZGB beherrschten Prozesse eine weitergehende Anwendung der Offizialmaxime vorzuschreiben. VOYAME (S. 138) hält eine uneingeschränkte Einführung des Offizialverfahrens durch die Kantone für wünschenswert. HINDERLING hat in der Diskussion am Juristentag 1961[59] seine Bedenken dagegen angemeldet mit der treffenden Bemerkung, damit wolle man der Offizialmaxime ein Gebiet erobern, das sich in der Praxis kaum halten lasse.

h) Einen Eingriff in die kantonalen Befugnisse zur Regelung der Behauptungs- und Beweisführungslast stellen hingegen die Bestimmungen dar, mit welchen der Bundesgesetzgeber den Richter verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Diese Vorschrift gilt heute auf Grund von Art. 343 Abs. 4 OR für alle arbeitsvertraglichen Streitigkeiten und verfolgt den Zweck, unbeholfenen Parteien die Prozeßführung auch ohne Anwälte zu ermöglichen und sie zu ihrem Recht kommen zu lassen. Hier ist es die Aufgabe des Richters, die Parteien durch entsprechende Befragung zur Schilderung der rechtserheblichen Tatsachen und zur Einreichung oder Nennung ihrer Beweismittel zu veranlassen. Auch in diesem Verfahren wird der Richter selten von den Parteien nicht vorgebrachte Tatsachen berücksichtigen oder nicht beantragte Beweise abnehmen: Er kann ja sein Wissen kaum aus andern Quellen als aus den Angaben der Parteien beziehen. Aber er ist

[57] EGGER, N. 4 zu Art. 158 ZGB; GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 146.
[58] HINDERLING, S. 179; BGE 84 II 478.
[59] ZSR 1961 (oben Anm. 7), S. 434.

hier im Gegensatz zum von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren von Bundesrechts wegen verpflichtet, bei der Beschaffung der Grundlagen für die Sachverhaltsermittlung aktiv mitzuwirken.

VOYAME (S. 93ff.) hat in den entsprechenden Bestimmungen des Fabrikgesetzes und des Heimarbeitsgesetzes übermäßige bundesrechtliche Eingriffe ins kantonale Verfahren erblickt. Der Bundesgesetzgeber ist bei der Neufassung des Arbeitsvertragsrechts – wie mir scheint, zurecht – über solche Einwände hinweggegangen, hat doch die Praxis die Nützlichkeit und Notwendigkeit des Offizialverfahrens in diesem Gebiet erwiesen. Angesichts der Streitwertgrenze von Art. 343 OR wird das Bundesgericht kaum Gelegenheit haben, die Anwendung dieser Bestimmung im Berufungsverfahren zu überprüfen.

VII. Die Anforderungen an den Beweis

Sache des Bundesrechts ist es, zu bestimmen, welche Anforderungen an den Beweis einer rechtserheblichen Tatsache zu stellen sind[60]. Normalerweise ist der Beweis geleistet, wenn der Richter zur begründeten Überzeugung gelangt, der zu beweisende Sachverhalt sei eingetreten. Bleiben für ihn dagegen maßgebliche Zweifel, so ist der Beweis nicht erbracht. Wie schon ausgeführt, darf er dem Urteil nicht einen Sachverhalt zugrundelegen, den er nicht als sicher, sondern nur für möglich oder wahrscheinlich hält. So führt GULDENER[61] aus: «Als überzeugt darf sich der Richter nicht erklären, wenn Zweifel für ihn bestehen bleiben. Die richterliche Überzeugung braucht aber keine Gewißheit zu sein ... (sie) darf sich auf die Wahrscheinlichkeit stützen, die zwar objektiv den Zweifel nicht ausschließt, ihn aber subjektiv, nach Ansicht des Gerichtes, als unbegründet erscheinen läßt.»[62]

[60] KUMMER, N. 72/73 zu Art. 8 ZGB.
[61] GULDENER, Beweiswürdigung, S. 6.
[62] Vgl. auch BGE 74 II 205; 90 II 233; 98 II 243.

In gewissen Fällen verlangt das Gesetz keinen strikten Beweis, sondern nur die Glaubhaftmachung eines rechtserheblichen Sachumstandes. Ob eine genügende Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein des glaubhaft zu machenden Umstandes vorliegt, ist eine Frage der Beweiswürdigung und dem Sachrichter überlassen. Das Bundesgericht kann im Berufungsverfahren nur überprüfen, ob die Vorinstanz vom richtigen Begriff der Glaubhaftmachung ausgegangen ist, ob sie daran nicht zu hohe oder zu niedrige Anforderungen gestellt, nicht den vollen Beweis verlangt oder aber sich mit einer bloßen Parteibehauptung ohne unterstützende Indizien begnügt hat.

Verlangt das Gesetz hingegen den Nachweis der Unmöglichkeit, der Offensichtlichkeit, der vollen Sicherheit einer Tatsache, so tritt die Rechtsfolge nur ein, wenn nach den Umständen die Möglichkeit einer anderen Sachlage vollständig ausgeschlossen werden kann. Die Begriffe der Sicherheit, der Unmöglichkeit, der Offensichtlichkeit sind solche des Bundeszivilrechts. Ob der kantonale Richter sie richtig verstanden und angewendet hat, ist deshalb im Berufungsverfahren zu überprüfen[62a]. Ob sich im Beweisverfahren ihr Vorhandensein im Einzelfall ergeben hat, ist hingegen als Ergebnis der Beweiswürdigung der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen.

VOYAME (S. 158) hält dem Bundesgericht vor, es überschreite die Grenzen seiner Zuständigkeit, wenn es z.B. überprüfe, ob es ausgeschlossen sei, daß der Ehemann auf Grund der vom kantonalen Gericht festgestellten Indizien der Vater eines während der Ehe gezeugten Kindes sei (Art. 254 ZGB, BGE 82 II 501). Wenn das Bundesgericht die Beweiswürdigung des Tatrichters dort überprüfen könnte, wo das materielle Recht einen besondern Grad der Gewißheit verlange, so müßte für den Normalfall, in welchem kein ernsthafter Zweifel am strittigen Tatbestand bestehen dürfe, das gleiche gelten. COMMENT[63] hält dem entgegen, daß der Begriff der Unmöglichkeit im Sinne von Art. 254 ZGB ein Rechtsbegriff sei,

[62a] BGE 77 II 31 mit Verweisungen.

[63] ZSR 80 II 1961, S. 426 (Protokoll des Juristentages).

dessen Anwendung vom Bundesgericht frei überprüft werden könne. Anderseits seien die Elemente tatsächlicher Natur, auf welche er sich stütze, der kantonalen Beweiswürdigung überlassen. Im Prinzip haben VOYAME und COMMENT beide recht: Die Schwierigkeit liegt oft darin, zu unterscheiden, ob sich die Überprüfung im Berufungsverfahren auf die Anwendung des Rechtsbegriffs beschränkt oder die Würdigung der tatbeständlichen Elemente mit umfaßt hat. Auch dort, wo das materielle Recht keinen bestimmten Grad der Sicherheit des Beweises ausdrücklich vorschreibt, kann das Bundesgericht die Anforderungen den Besonderheiten der Beweissituation anpassen und hat dies verschiedentlich getan[64].

VIII. Die Beweismittel

a) Das Bundesgericht stellt in Berufungsurteilen immer wieder fest, es sei Sache des kantonalen Prozeßrechts, zu bestimmen, mit welchen Mitteln Beweis geführt werden könne und auf welche Weise dies zu geschehen habe. Art. 8 ZGB gebe zwar den Anspruch darauf, eine bestrittene Tatsache zu beweisen, sage dagegen nicht, mit welchen Mitteln dies zu geschehen habe[65].

Damit wird aber nur ein Teil der Wahrheit ausgesprochen. Der Grundsatz der kantonalen Verfügung über die Beweismittel ist erheblichen Beschränkungen unterworfen. Die bundesrechtlichen Vorschriften über die Beweislast und das aus ihnen abgeleitete Recht der beweisbelasteten Partei, die Tatsachen zu beweisen, aus welchen sie ihr Recht ableitet, wären illusorisch, wenn die Kantone frei wären, durch die Verweigerung tauglicher Beweismittel oder übermäßige Einschränkungen bei deren Zulassung den Beweis praktisch zu verunmöglichen. Die Kantone sind deshalb von Bundesrechts wegen verpflichtet, Beweismittel zur Verfügung zu stellen[66]. So führt das Bundesgericht in BGE 62 II 326 aus: «In der Nichtberücksichtigung an sich tauglicher Beweismittel liegt aber

[64] VOYAME, S. 157.

[65] GULDENER, ZSR 1961, S. 49; VOYAME, S. 158; KUMMER, N. 60 zu Art. 8 ZGB; BGE 84 II 537; 86 II 302 und 313.

[66] GULDENER, ZSR 1961, S. 49.

nach ständiger Praxis eine Verletzung von Bundesrecht; denn damit wird die betreffende Partei effektiv um ihr Recht zum Beweis (oder Gegenbeweis) gebracht, das ihr als notwendiger Ausfluß des materiellen Anspruchs von Bundesrechts wegen zustehen muß.»[67]

Daß sich das Bundesgericht normalerweise auf die Position zurückziehen kann, Art. 8 ZGB schreibe nicht vor, mit welchen Mitteln Beweis geführt werden müsse, ist zu einem guten Teil dadurch bedingt, daß die kantonalen Prozeßordnungen im allgemeinen die sachdienlichen Beweismittel zur Verfügung stellen. Würden jedoch nicht alle Kantone die klassischen Beweismittel wie Urkunden, Zeugen, Augenschein und Expertise kennen, so käme das Bundesgericht kaum darum herum, sie als zur Verwirklichung des Bundesrechts notwendig vorzuschreiben. HINDERLING[68] führt zutreffend aus, der grundsätzliche Ausschluß des Zeugenbeweises käme einer Torpedierung des Privatrechts gleich, und das Beweisrecht sei schon de lege lata den Kantonen nicht preisgegeben.

b) Gewisse Beweismittel schreibt der Bundesgesetzgeber ausdrücklich vor: Wenn Art. 9 ZGB die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden und Register regelt, so greift er damit nicht nur in die Beweiswürdigung ein, sondern schreibt auch zugleich die Zulassung dieser Urkunden als Beweismittel vor. Art. 963 OR begründet die Editionspflicht für Geschäftsbücher und Korrespondenz und qualifiziert sie damit als Beweismittel[69]. Art. 141 und 374 Abs. 2 ZGB schreiben Gutachten Sachverständiger vor für die Fälle der Scheidung wegen Geisteskrankheit sowie der Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche. Die Anordnung ist dadurch gerechtfertigt, daß das Vorliegen dieser psychischen Tatsachen nur durch den Facharzt zuverlässig festgestellt werden kann. Daraus ist zu schließen, daß das Bundesrecht in allen Fällen, in welchen das Urteil von der Feststellung einer Geisteskrankheit oder Geistesschwäche abhängt, Anspruch auf eine medizinische Expertise gibt[70].

[67] Vgl. auch BGE 68 II 139; 82 II 510.

[68] ZSR 1961 (oben Anm. 7), S. 435.

[69] VOYAME, S. 159; KUMMER, N. 81 zu Art. 8 ZGB; BGE 71 II 244; 73 I 359.

[70] BIRCHMEIER, S. 93; GULDENER, Beweiswürdigung, S. 3; BGE 68 II 139.

Das Bundesgericht hat aber die bundesrechtliche Vorschrift bestimmter Beweismittel auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung aus den Normen des materiellen Rechts abgeleitet. So führt es in BGE 90 II 469 zur ehemännlichen Auskunftspflicht über das eheliche Vermögen aus: «Aus diesem materiellrechtlichen Anspruch auf Auskunft geht der ungeschriebene, zu seiner Verwirklichung jedoch notwendige Satz des Bundesrechts hervor, der Ehemann habe – unabhängig von den Regeln des kantonalen Prozeßrechts – im Scheidungsprozeß Auskunft über das von ihm verwaltete eheliche Vermögen zu geben und die gemachten Angaben zu belegen.»

c) Umstritten und vom Bundesgericht noch nicht entschieden ist die Frage, ob daraus, daß der Richter sich nach Art. 158 Ziff. 1 ZGB vom Vorhandensein der die Scheidungs- oder Trennungsklage begründenden Tatsachen überzeugen muß, von Bundesrechts wegen die Notwendigkeit einer Parteibefragung folgt. KUMMER und VOYAME[71] bejahen sie, während COMMENT und HINDERLING[72] sie verneinen. Art. 158 Ziff. 1 schreibt nur vor, daß sich der Richter vom Vorhandensein des Scheidungsgrundes überzeugen muß. Aus welchen Beweismitteln er seine Überzeugung schöpft, ist ihm im Rahmen der kantonalen Prozeßvorschriften und der freien Beweiswürdigung (Art. 158 Ziff. 4 ZGB) überlassen. Zwar ist die Befragung und Konfrontation der Parteien eine der wichtigsten Erkenntnisquellen im Scheidungsprozeß, speziell wo es darum geht, ob eine Ehe zerrüttet oder das Zusammenleben zumutbar ist. Der Richter wird gut daran tun, auf diese «via regia»[73] des Scheidungsrechts nicht ohne gewichtige Gründe zu verzichten. Die Parteibefragung ist aber bei weitem nicht das einzige Beweismittel, das dem Richter die Gewißheit vom Vorhandensein von Scheidungsgründen geben kann. Auch die Zerrüttung einer Ehe kann unter Umständen aus psychiatrischen oder eheberaterlichen Gutachten mit größerer Bestimmtheit hervorgehen als aus einer noch so aus-

[71] KUMMER, N. 63 zu Art. 8 ZGB; VOYAME, S. 161.

[72] ZSR 1961 (oben Anm. 7), S. 426; DERSELBE, Ehescheidungsrecht, S. 182.

[73] HINDERLING, S. 182.

führlichen Befragung der Parteien durch den Richter. Zudem ist es nicht in allen Fällen möglich, beide Parteien persönlich zu befragen, sei es, daß eine Partei unbekannten Aufenthaltes, in Übersee abwesend oder aus ärztlichen Gründen nicht einvernahmefähig ist. Eine eingehende Befragung der Parteien durch den Richter kann aber auch in gewissen Fällen für die Parteien eine kaum zumutbare seelische Belastung bedeuten. Schöpft der Richter dann seine Überzeugung, daß die Ehe zerrüttet und ein Zusammenleben nicht mehr zumutbar ist, aus andern Erkenntnisquellen, so verletzt er damit keine bundesrechtlichen Beweisvorschriften.

d) Den folgenschwersten Schritt in der Anerkennung eines bundesrechtlichen Anspruchs auf bestimmte Beweismittel hat das Bundesgericht im Vaterschafts- und Ehelichkeitsanfechtungsprozeß gewagt, und es ist diesen Weg seit dem ersten Urteil, in welchem es den Anspruch auf eine Blutgruppenuntersuchung anerkannt hat, unbeirrt weitergegangen. Es hat dabei jeweils selbst darüber entschieden, welche wissenschaftliche Untersuchungsmethode als zuverlässig und tauglich zuzulassen, welche als noch ungenügend gesichert oder an sich untauglich zu verwerfen sei. So hat es zunächst die Blutgruppen- und serologischen Gutachten als bundesrechtliche Beweismittel zur Widerlegung der Vaterschaftsvermutung eingeführt, und zwar die Blutgruppen des ABO-Systems mit BGE 61 II 72, die Blutfaktoren des MN-Systems mit BGE 65 II 127, die Rhesusfaktoren mit BGE 79 II 17, den Faktor Kell mit BGE 86 II 129, den Faktor S mit BGE 87 II 281, den Faktor Duffy a mit 88 II 494 und die Gamma-Globulin-Probe mit BGE 89 II 357. Mit BGE 90 II 222 hat das Bundesgericht das anthropologisch-erbbiologische Gutachten (AEG) sowohl für den Ausschluß der Vaterschaft als auch für den positiven Nachweis der Vaterschaft eingeführt für den Fall, daß die Blutuntersuchungen zu keinem Ausschluß führen (BGE 91 II 159), und festgelegt, daß der Vaterschaftsbeklagte darauf Anspruch erheben kann, ohne Indizien für einen Mehrverkehr dartun zu müssen (BGE 98 II 350). Allerdings soll das AEG nur angeordnet werden, wenn keine andere Untersuchungsmethode zu einem eindeutigen Resultat führt (BGE 96 II 324). Schließlich hat das Bundesgericht in BGE 96 II

314ff., 97 II 193ff. und 98 II 263ff. das serostatistische Gutachten nach ESSEN-MÖLLER für den positiven Vaterschaftsnachweis zugelassen und den prozentualen Wert festgelegt, von dem an der Vaterschaftsnachweis als erbracht zu gelten hat und kein AEG mehr verlangt werden kann. Anderseits hat das Bundesgericht die anthropobiometrische Expertise in BGE 98 II 265 wegen ungenügender Zuverlässigkeit als Beweismittel ausgeschlossen. Es hat damit nicht nur über die bundesrechtliche Zulässigkeit der Beweismittel, sondern auch über deren Beweiswert in abstracto entschieden (BGE 98 II 267f.).

Das Bundesgericht hat sich nie länger bei der Frage aufgehalten, wie sich diese Praxis mit dem – theoretisch immer noch aufrechterhaltenen – Grundsatz vereinbaren lasse, daß die Beweismittel Sache des kantonalen Prozeßrechts seien. Es hat sich vielmehr ohne Zaudern an den entgegengesetzten Grundsatz gehalten, daß eine Partei nach Art. 8 ZGB Anspruch auf die Berücksichtigung an sich tauglicher Beweismittel hat und daß die Tauglichkeit eines Beweismittels eine von ihm überprüfbare Frage des Bundesrechts ist[74]. In BGE 82 II 510 führt es über den Anspruch auf Blutgruppenuntersuchung aus: «Diese Praxis ist jedoch (vgl. BGE 61 II 76) nur ein Ausfluß des aus Art. 8 ZGB und den Vorschriften des materiellen Rechts sich ergebenden Grundsatzes, daß eine Partei, die eine nach Bundesrecht erhebliche Tatsache in prozessual wirksamer Weise behauptet und unter Beweis gestellt hat, von Bundesrechts wegen zum Beweis dieser Tatsache durch an sich taugliche Beweismittel zugelassen werden muß.» – In BGE 90 II 222/23 lautet die entsprechende Begründung: «Das anthropologisch-erbbiologische Gutachten ist wie die Blutuntersuchung durch den ihm zugeordneten Sachverhalt bestimmt, entscheidend zur Verwirklichung des materiellen Vaterschaftsrechtes beizutragen. Beide Gutachten vermögen nicht bloß erhebliche Zweifel im Sinne von Art. 314 Abs. 2 ZGB zu begründen, sondern die fehlende Abstammung schlechthin zu beweisen. Das anthropologisch-erbbiologische Gutachten, das den Beweiswert des Blutgruppengutachtens an-

[74] BGE 62 II 326; 68 II 139; 80 II 296.

nähernd erreichen kann, ist aus den genannten Gründen als bundesrechtliches Beweismittel anzuerkennen. Die vom Beklagten beantragte Expertise hat die Vorinstanz abzunehmen, gemäß der aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Regel, wonach jede Partei für ein erhebliches Sachvorbringen zum Beweis mit den ihr zustehenden kantonal- oder bundesrechtlichen Mitteln zuzulassen ist.» – Schließlich führt das Bundesgericht in BGE 91 II 162 aus: «Dieser negative Abstammungsbeweis ist Beweis des Gegenteils dessen, was nach Art. 314 Abs. 1 ZGB zu vermuten ist. Es handelt sich also um einen Hauptbeweis (vgl. KUMMER, Kommentar, N. 108 zu Art. 8 ZGB). Auf Führung eines solchen Beweises hat nach Art. 8 ZGB von Bundesrechts wegen jede Partei Anspruch, die mit der Beweisführung belastet ist und daher gegebenenfalls die Nachteile der Beweislosigkeit zu tragen hat. Und zwar kann sie die Abnahme der dazu tauglichen Beweismittel ... verlangen, soweit diese beim heutigen Stande der Wissenschaft die streitige Abstammung mit genügender Sicherheit abzuklären vermögen.»

VOYAME (S. 160) hat die Frage aufgeworfen «s'il était justifié que le Tribunal fédéral imposât de tels moyens de preuve, ouvrant ainsi, par la voie prétorienne, une brèche béante dans les attributions des cantons». COMMENT hat in seinem Votum am Juristentag 1961[75] eingeräumt, «que l'innovation consistant à permettre au défendeur à l'action en paternité et au demandeur à l'action en désaveu, en vertu du droit fédéral d'exiger l'expertise des sangs était hardie lorsqu'elle fut décidée par le Tribunal fédéral. Car elle ne trouve sa base dans aucun texte légal. Elle fut acceptée dans le seul but de faire progresser l'évolution du droit fédéral. Aujourd'hui personne ne songerait cependant à revenir en arrière». In der Tat ist diese Praxis seither kaum mehr auf Einwände gestoßen[76].

Allgemein bedauert wird, daß das Bundesgericht nicht den weitern Schritt gewagt und eine bundesrechtliche Pflicht zur Duldung der Blutentnahme statuiert hat. GULDENER[77] bezeichnet es als nicht

[75] ZSR 1961 (oben Anm. 63), S. 426.
[76] Vgl. HEGNAUER, N. 99 zu Art. 314/15 ZGB.
[77] ZSR 1961, S. 48 Anm. 112.

folgerichtig, wenn die Rechtsprechung einen bundesrechtlichen Anspruch auf die Blutgruppenuntersuchung begründe, anderseits aber eine bundesrechtliche Pflicht der Parteien und Zeugen zur Duldung der Blutentnahme verneine, wie dies in BGE 82 I 234, 82 II 510 und 86 II 316 geschehen ist. Auch VOYAME (S. 160f.) vertritt die Auffassung, das Bundesgericht hätte, wenn es bundesrechtliche Beweismittel einführte, ein vollständiges System konstruieren müssen.

e) Die bundesrechtliche Vorschrift der freien Beweiswürdigung, wie sie u.a. in Art. 158 ZGB und Art. 343 OR enthalten ist, hat ihre Auswirkungen nicht nur auf das Gebiet der Beweiswürdigung, sondern auch auf dasjenige der Beweismittel, und dies in zweifacher Richtung: Es werden dadurch Beweismittel ausgeschlossen, welche einen formalen Beweis schaffen, der der richterlichen Würdigung entzogen ist, wie der Parteieid[78]. Anderseits verbietet der Grundsatz der freien Beweiswürdigung den kantonalen Gerichten, prozessuale Vorschriften über die generelle Unzulässigkeit gewisser Beweismittel wegen präsumptiver Wertlosigkeit zur Anwendung zu bringen. So darf die Einvernahme naher Verwandter der Parteien oder von Privatdetektiven nicht von vorneherein verweigert werden, selbst wenn das kantonale Prozeßrecht sie als unzulässige Zeugen bezeichnet. Der Richter hat sie vielmehr anzuhören und sich ein Urteil über den Beweiswert ihrer Aussagen zu bilden[79]. Dagegen verpflichtet das Gebot der freien Beweiswürdigung den kantonalen Richter nicht zur Zulassung von dem kantonalen Prozeßrecht unbekannten Beweismitteln[80].

f) Spricht das Bundesrecht noch in erheblichem Ausmaße mit bei der Bestimmung der Beweismittel, so läßt es dem kantonalen Prozeßrecht fast völlige Freiheit bei der Umschreibung der Zeugenqualität und des Zeugnisverweigerungsrechts (wie wir soeben gesehen haben, soweit nicht freie Beweiswürdigung vorgeschrieben

[78] GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 343/44; VOYAME, S. 161/62; KUMMER, N. 68 zu Art. 8 ZGB.

[79] BGE 77 II 23; GULDENER, Beweiswürdigung, S. 4; GULDENER, Zivilprozeßrecht, S. 343; VOYAME, S. 162; HINDERLING, S. 181/82.

[80] VOYAME, S. 162.

ist), bei der Umschreibung der Urkundenqualität und der Urkundeneditionspflicht. VOYAME (S. 163/64) ist der Auffassung, die dadurch bedingten Verschiedenheiten des kantonalen Beweisrechts hinderten eine gleichmäßige Anwendung des materiellen Privatrechts.

IX. Die Beweiswürdigung

Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich dem kantonalen Richter überlassen und der Überprüfung durch das Bundesgericht im Berufungsverfahren entzogen. Nur wenige bundesrechtliche Vorschriften greifen in diesen Bereich ein.

Art. 9 ZGB bestimmt, daß öffentliche Urkunden und Register für die durch sie bezeugten Tatsachen den vollen Beweis erbringen, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Damit wird der Beweiswert der öffentlichen Urkunden und Register bundesrechtlich festgelegt und der Würdigung des Richters entzogen. Anderseits ist aber der offen bleibende Nachweis der Unrichtigkeit des Inhalts an keine besondere Form gebunden und damit voll der Beweiswürdigung des kantonalen Richters überlassen. Ist der Nachweis der Unrichtigkeit des Inhalts einer öffentlichen Urkunde an keine besondere Form gebunden, so muß dies um so mehr auch für Privaturkunden gelten. Kantonale Vorschriften, welche keinen Zeugenbeweis gegen eine schriftliche Schuldanerkennung zulassen, widersprechen deshalb dem Bundesrecht[81].

Art. 10 ZGB bestimmt, daß für die Beweisbarkeit von Rechtsgeschäften, für deren Gültigkeit das Bundesrecht keine besondere Form vorsieht, das kantonale Recht keine besondere Beweisform vorsehen darf. Aber auch für formbedürftige Geschäfte darf das kantonale Prozeßrecht keine besonderen Beweisformen vorschreiben. Der Abschluß eines Vertrags, für den das Bundesrecht die Schriftform vorschreibt, kann bei Verlust der Urkunde auf andere Weise (z. B. mit Zeugen) bewiesen werden[82].

[81] VOYAME, S. 158 Anm. 421; a. M.: GMÜR, N. 9 zu Art. 10 ZGB.

[82] EGGER, N. 6 zu Art. 10 ZGB; GMÜR, N. 8 zu Art. 10 ZGB; KUMMER, N. 10/11 zu Art. 10 ZGB.

Die Vorschriften von Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 ZGB stellen keine bundesrechtlichen Beweisformen auf, sondern verbieten kantonalrechtliche Beweisformen und befreien damit die Beweiswürdigung des Richters von kantonalrechtlichen Fesseln. Auch dort, wo das Bundesrecht die freie Beweiswürdigung vorschreibt, insbesondere mit Art. 158 ZGB und Art. 343 OR, macht es damit nicht die Beweiswürdigung der bundesgerichtlichen Überprüfung im Berufungsverfahren zugänglich, soweit die Vorinstanz nicht unzulässige kantonale Beweisvorschriften beachtet hat. Art. 8 ZGB sagt nichts darüber aus, wie die erhobenen Beweise zu würdigen sind[83]. Nicht einmal willkürliche Beweiswürdigung kann mit der Berufung gerügt werden, denn das verfassungsmäßige Verbot willkürlicher Beweiswürdigung ist keine bundesrechtliche Beweisvorschrift[84].

Eine Einschränkung der kantonalen Beweiswürdigung ist hingegen dort erfolgt, wo das Bundesgericht im Vaterschaftsprozeß bundesrechtliche Beweismittel eingeführt und deren Beweiswert festgelegt hat. Zwar hat das Bundesgericht den Beweiswert der verschiedenen Untersuchungsmethoden nur «in abstracto» festgelegt und festgehalten, die Würdigung des Beweiswertes einer Expertise «in concreto» sei als Tatfrage dem Tatrichter überlassen (BGE 98 II 267). Damit bleibt aber dem kantonalen Richter nur ein schmaler Spielraum für eine Beweiswürdigung offen.

X. Schlußfolgerungen

Die vorliegende Untersuchung bildet wohl eine zu schmale Basis für die abschließende Beurteilung der Frage, ob die Berufung in ihrer heutigen Ausgestaltung, mit der von Gesetzgebung und Bundesgerichtspraxis ausgeprägten Umschreibung der Überprüfungsbefugnis, die einheitliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Bundesprivatrechts in genügender Weise zu gewährleisten vermag. Dazu müßten auch noch die andern auf das Gebiet des Zivilrechts

[83] BGE 95 II 452 mit Hinweisen; 98 II 79.

[84] BGE 94 II 156; 95 II 40 E. 3.

einwirkenden Rechtsmittel, die Nichtigkeitsbeschwerde und die staatsrechtliche Beschwerde, in den Kreis der Betrachtung einbezogen werden. Immerhin mag der Überblick über die bundesrechtlichen Eingriffe ins Beweisverfahren doch gezeigt haben, daß der dem kantonalen Richter hinsichtlich der Tatsachenfeststellung überlassene Spielraum geringer ist, als man zunächst anzunehmen geneigt ist.

Dem kantonalen Prozeßrecht noch größtenteils überlassen sind die Behauptungs- und Beweisführungslast der Parteien im Prozeß, die Ausgestaltung von Verhandlungs-, Eventual- oder Offizialmaxime. Im lege artis geführten Prozeß sollten diese Verschiedenheiten das Ergebnis des Beweisverfahrens nicht beeinflussen. Alle die Beweislast tangierenden Fragen einschließlich das Recht zum Beweis sind bundesrechtlich geordnet und damit im Berufungsverfahren überprüfbar. Was die Beweismittel anbetrifft, so ist die theoretisch noch anerkannte Zuständigkeit der Kantone in der Praxis fast vollständig ausgehöhlt. Das Bundesgericht hat überall dort eingegriffen, wo es den bundesrechtlichen Anspruch auf den Beweis mit allen tauglichen Beweismitteln gefährdet sah. Die den Kantonen noch verbliebenen Bereiche der Modalitäten gewisser Beweismittel sind kaum mehr von großem Gewicht, mögen sie auch den Ausgang eines Prozesses in einem Ausnahmefall noch beeinflussen. Ob ein nicht unbefangener Dritter als Zeuge oder nur als Auskunftsperson angehört wird, wird auf die Würdigung seiner Aussagen in der Regel nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Ob diese Unterschiede wirklich, wie VOYAME (S. 163/64) annimmt, die einheitliche Anwendung des materiellen Rechts in unerträglicher Weise behindern, scheint mir diskutabel zu sein. Vielleicht hatte ZIEGLER nicht unrecht, wenn er in der Diskussion am Juristentag 1961[85] äußerte, mit der Vereinheitlichung der Beweismittel «wäre auch gar nichts gewonnen gegenüber sogenannter uneinheitlicher Anwendung des Bundeszivilrechts wegen verschiedenartiger Beweiswürdigung, worüber jeder in der Bundesrechtspflege Tätige seine geradezu ungeahnten Erfahrungen macht».

[85] ZSR 80 II, 1961, S. 431 (Protokoll des Juristentages).

Es bleibt demnach dem kantonalen Richter als hauptsächliches Prärogativ die Beweiswürdigung, und diese ist, darin ist ZIEGLER zuzustimmen, die größte Quelle von Ungleichheiten in der Anwendung des Bundeszivilrechts, welche der Korrektur im Berufungsverfahren entzogen sind. Dennoch bin ich davon überzeugt, daß die Beweiswürdigung grundsätzlich die Domäne der kantonalen Rechtsprechung bleiben muß. Das Bundesgericht könnte die Beweiswürdigung im Berufungsverfahren nicht frei überprüfen, ohne allenfalls Teile des Beweisverfahrens zu wiederholen, Parteien und Zeugen nochmals einzuvernehmen und Augenscheine abzuhalten, um sich ein selbständiges Urteil bilden zu können. Daß dies das Berufungsverfahren in unerträglicher Weise ausweiten würde, leuchtet wohl ohne weiteres ein. Wie problematisch es sein kann, wenn eine obere Instanz die Beweiswürdigung der untern anhand manchmal rudimentärer Verhandlungsprotokolle ohne eigene Beweiserhebungen überprüft, lehrt die Praxis mit den kantonalen Berufungen und Appellationen. Eine völlig verfehlte Beweiswürdigung kann mit der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Willkür angefochten werden, und dieses Rechtsmittel erscheint als geeignet und genügend für die Behebung grober Fehler.

Würde eine bundesgesetzliche Regelung und Vereinheitlichung des Beweisrechts einen wesentlichen Beitrag zur Vereinheitlichung der Rechtsanwendung auf dem Gebiete des Zivilrechts leisten? Diese Untersuchung führt eher zu einem negativen Ergebnis. Damit sei keineswegs in Zweifel gezogen, daß eine vollständige oder teilweise Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts unter verschiedenen Gesichtspunkten, die hier nicht zur Diskussion stehen, erhebliche Vorteile bringen könnte. Aber für die Vereinheitlichung der Tatsachenfeststellung könnte sie nicht mehr sehr viel hergeben, jedenfalls solange das Bundesgericht seiner Aufgabe, über die Einhaltung der bundesrechtlichen Beweisvorschriften zu wachen, in Weiterführung der bisherigen Linie seiner Rechtsprechung nachkommt. In diesem Sinne sei ein Votum von POUDRET aus der Diskussion am Juristentag 1969[86] zitiert: «La voie jurisprudentielle,

[86] ZSR 88 II, 1969, S. 955 (Protokoll des Juristentages).

suivie jusqu'ici, paraît beaucoup plus adéquate que la méthode législative pour assurer le respect du droit matériel. Et nul ne prétend que le Tribunal fédéral ait failli à cette tâche, ni que les cantons soient incapables d'adapter leurs codes aux exigences du droit fédéral.»

Literatur

BIRCHMEIER, W. Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Zürich 1950.

DESCHENAUX, H. La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral, Fribourg 1948.

EGGER, A. Zürcher Kommentar, I. Bd., Einleitungstitel des ZGB, 2. Aufl., 1930.

– Zürcher Kommentar, II. Bd., Familienrecht, 2. Aufl., 1936.

EICHENBERGER, K. Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozeßrechts nach geltendem Verfassungsrecht, ZSR 88 II, 1969, S. 467ff.

GAUTSCHI, W. Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen, Zürich 1913.

GMÜR, M. Berner Kommentar, Bd. I, Einleitungstitel des ZGB, 1910.

GULDENER, M. Beweiswürdigung und Beweislast, Zürich 1955 (zit. «Beweiswürdigung»).

– Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Zürich 1958 (zit. «Zivilprozeßrecht»).

– Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht, ZSR 80 II, 1961, S. 1ff. (zit. «ZSR 1961»).

HEGNAUER, C. Berner Kommentar, Bd. II, Familienrecht, Art. 252ff. ZGB, 1964/1969.

HINDERLING, H. Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 3. Aufl., Zürich 1967.

JÄGGI, P. Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 3 ZGB, 1962 (1966).

KUMMER, M. Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 8–10 ZGB, 1962 (1966).

VERHANDLUNGEN der Schweizerischen Juristentage 1961 und 1969, ZSR 80 II, 1961, S. 349ff., und 88 II, 1969, S. 895ff.

VOYAME, J. Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR 80 II, 1961, S. 67ff.