Der normative Gehalt von Artikel 157 ZPO und seine Überprüfung durch das Bundesgericht

MARK SCHWEIZER*

Schlagwörter: Zivilprozess, Beweiswürdigung, Kognition, Beschwerde, Willkür, Rechtsfrage, Tatfrage, Art. 157 ZPO, Art. 97 BGG

A. Einleitung

In diesem Aufsatz wird die These vertreten, dass Art. 157 ZPO einen normativen Gehalt hat, der über die blosse Willkürfreiheit der Beweiswürdigung hinausgeht. Art. 157 ZPO stellt Anforderungen an den *Prozess* der Beweiswürdigung, die unabhängig vom Ergebnis der Beweiswürdigung – den Sachverhaltsfeststellungen – eingehalten oder missachtet werden können. Die Prüfung, ob Art. 157 ZPO durch die Vorinstanz richtig angewendet wurde, ist eine Rechtsfrage und kann vom Bundesgericht im Verfahren der zivilrechtlichen Beschwerde mit freier Kognition überprüft werden, obwohl die Feststellung des Sachverhalts nur gerügt werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG), weil Beweiswürdigung, die die Vorgaben von Art. 157 ZPO nicht berücksichtigt, unabhängig davon, ob *ihr Ergebnis* offensichtlich unrichtig ist, Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG verletzt. Die Überprüfung der Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Beweiswürdigung kann nicht unter Hinweis auf Art. 97 Abs. 1 BGG verweigert werden.

Der Aufsatz gliedert sich wie folgt: in einem ersten Abschnitt wird die derzeitige Rechtsprechung des Bundesgerichts, die die Überprüfung der Beweiswürdigung im Verfahren der zivilrechtlichen Beschwerde stark einschränkt, kurz erläutert. Anschliessend wird gezeigt, dass diese Rechtsprechung weitgehend unverändert der Rechtsprechung vor Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung entspricht, als Beweiswürdigung grundsätzlich kantonales Recht war, dessen Verletzung nur dann eine vom Bundesgericht überprüfbare Verletzung von Bundesrecht darstellte, wenn die Anwendung des kantonalen

* PD Dr. iur., LL.M.; Präsident des Bundespatentgerichts, St. Gallen.

Rechts gegen das Willkürverbot der Bundesverfassung verstiess (Art. 4 aBV, Art. 9 BV). In einem dritten Abschnitt wird gezeigt, dass Art. 157 ZPO bundesrechtliche Anforderungen an den Prozess der Beweiswürdigung stellt, die über die blosse Willkürfreiheit hinausgehen, und deren Einhaltung vom Bundesgericht im Beschwerdeverfahren mit freier Kognition überprüft werden kann. Ein Fazit schliesst den Beitrag ab.

B. Die Überprüfung von Artikel 157 ZPO im Beschwerdeverfahren durch das Bundesgericht

Gemäss Art. 97 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts nur gerügt werden, wenn die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann. «Offensichtlich unrichtig» ist die Sachverhaltsfeststellung gemäss ständiger, unter Geltung des kantonalen Prozessrechts begründeten und unter der schweizerischen Zivilprozessordnung beibehaltenen Rechtsprechung, wenn sie «willkürlich» ist.[1] Willkürlich ist die Feststellung des Sachverhalts nach der unter dem alten Recht entwickelten Rechtsprechung, wenn «die Beweiswürdigung offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, auf einem offenkundigen Versehen beruht oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.»[2] Willkür kann in der Ausserachtlassung wesentlicher Sachverhaltselemente oder Beweismittel begründet sein,[3] in offenkundiger Aktenwidrigkeit[4], beim Abstellen auf ein Parteigutachten, wenn dem Gericht die Sachkunde fehlt, den Sachverhalt selbst zu beurteilen,[5] oder wenn aufgrund der festgestellten Tatsachen geradezu unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen werden.[6]

Art. 97 BGG beschränkt seinem Wortlaut nach die Überprüfung der *Beweiswürdigung* durch das Bundesgericht im Beschwerdeverfahren nicht. Die Bestimmung beschlägt nur die *Feststellung* des Sachverhalts, nicht den *Prozess*, der zu dieser Feststellung geführt hat. Die Wiedergabe von Art. 97 BGG durch das Bundesgericht in dem Leiturteil[7] BGE 140 III 264 weicht in einem entscheidenden Punkt vom Gesetzeswortlaut ab (Hervorhebung hinzugefügt, interne Verweise weggelassen):

> «Gemäss Art. 97 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts **und damit die Beweiswürdigung** nur gerügt werden, wenn die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unrichtig – d.h. willkürlich – ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann.»

Mit dem Zusatz «und damit die Beweiswürdigung» wird nicht nur die Sachverhaltsfeststellung, sondern auch die Beweiswürdigung der freien Kognition entzogen. Dies übersieht, dass Art. 157 ZPO Anforderungen an die Beweiswürdigung aufstellt, deren Missachtung eine Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG ist, die vom Bundesgericht mit freier Kognition überprüft werden kann, denn Art. 97 BGG hält ausdrücklich fest, dass die Bindung an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz entfällt, wenn diese auf einer (Bundes-) Rechtsverletzung beruht.[8]

C. Die historischen Wurzeln dieser Rechtsprechung

Gemäss dem zwischenzeitlich aufgehobenen Art. 63 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; SR 173.110) war das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen des kantonalen Gerichts gebunden, es sei denn, diese seien durch Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen oder beruhten auf einem offensichtlichen (aus den Akten ersichtlichen) Versehen. Art. 43 Abs. 1 des gleichen Gesetzes, der die zulässigen Rügen bei der Berufung abschliessend aufzählte, bestimmte, dass mittels Berufung nur die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich der vom Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge, gerügt werden konnte (nicht aber die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, für die das Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde vorgesehen war). Um jeden Zweifel auszuschliessen, hielt Art. 43 Abs. 3 OG ausdrücklich fest, dass Bundesrecht durch die Feststellung tatsächlicher Verhältnisse nicht verletzt wird. Wichtig im vorliegenden Zusammenhang ist, dass das Bundesgericht die Beweiswürdigung bis zum Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung als eine Domäne kantonalen Rechts betrachtete.[9] Eine «falsche» Beweiswürdigung war

1 BGE 140 III 264 E. 2.3; 133 II 249 E. 1.2.2 unter Hinweis auf die Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, 4202 ff., 4338.
2 BGE 124 I 211 E. 4a m.z.H.
3 BGE 140 III 264 E. 2.3; 126 I 111 E. 3e; 112 Ia 371 E. 3.
4 BGE 118 Ia 30 E. 1b.
5 BGE 132 III 88 E. 3.5. Beachte aber BGE 143 III 79 E. 7.2.3 (nicht veröffentlicht), gemäss dem qualitativ hochwertige Parteigutachten zusammen mit nachgewiesenen anderen Indizien den Beweis für eine Tatsache erbringen können.
6 BGE 140 III 264 E. 2.3.
7 BGE 140 III 264 E. 2.3 wurde seit April 2014 bis Ende März 2018 in nicht weniger als 1 150 Urteilen zitiert; lässt man «E. 2.3» bei der Suche weg, so wird BGE 140 III 264 im gleichen Zeitraum gar in 2 300 Urteilen zitiert.
8 BSK-BGG-Meyer/Dormann, Art. 105 N 60; a.M. die h.L., Hans Peter Walter, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, Haftpflichtprozess 2009, S. 47–68, 47; BK-ZPO-Brönnimann, Art. 157 N 34; KuKo-ZPO-Schmid, Art. 157 N 19; BSK-BGG-Schott, Art. 97 N 20; SHK-BGG-Werdt, Art. 105 N 12; Dike-BGG-Spühler, Art. 97 N 4; zweifelnd Dike-ZPO-Leu, Art. 157 N 99.
9 BGE 109 II 26 E. 3b; 107 II 426 E. 3b; 106 III 49, 51; 102 II 170 E. 3. Nachweise für die Lehre bei Alfred Bühler, Die Beweiswürdigung, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im

also immer nur eine Verletzung kantonalen Rechts. Erst wenn die Beweiswürdigung geradezu willkürlich war, lag eine Verletzung der Bundesverfassung (Art. 9 BV resp. Art. 4 aBV) vor, die wie erwähnt nicht mit Berufung, sondern nur mit subsidiärer staatsrechtlicher Beschwerde gerügt werden konnte (Art. 84 Abs. 1 lit. a, Art. 88 OG).

Die Hürde, die genommen werden musste, ehe das Bundesgericht die Beweiswürdigung eines kantonalen Gerichts als verfassungswidrig beurteilte, war hoch. Das Bundesgericht liess den kantonalen Behörden grosse Freiheit bei der Beweiswürdigung.[10] Willkürlich ist Beweiswürdigung erst, wenn «die Beweiswürdigung offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, auf einem offenkundigen Versehen beruht oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.»[11] Die Erfolgsaussichten einer auf die Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung gestützten staatsrechtlichen Beschwerde waren gering.[12]

Diese ältere Rechtsprechung war gestützt von der Logik, dass das Bundesgericht gemäss OG an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz gebunden war, und das Verfahren der Beweiswürdigung – den Prozess der richterlichen Überzeugungsbildung – nur mit eingeschränkter Kognition überprüfen konnte, weil sich die Anforderungen an die Beweiswürdigung (fast[13]) ausschliesslich aus kantonalem Recht ergaben.

Zivilprozess, La preuve dans le proces civil, Bern 2000, S. 72–92, S. 74. Für einzelne Sachverhalte ordnete das Bundesrecht die freie Beweiswürdigung an, so in Art. 139 und 254 aZGB, Art. 274a und 343 aOR. Diese Bestimmungen wurden mit dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO aufgehoben.

10 Claude Rouiller, Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi, in: Daniel Thürer, Jean-Francois Aubert, Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 677–690, S. 679; dies gilt auch unter dem BGG, Fabienne Hohl, Procédure civile, Compétences, délais, procédures et voies de recours, 2. Aufl., Bern 2010, S. 519.

11 BGE 124 I 211 E. 4a m.z.H.

12 Rouiller (Fn. 11), S. 679.

13 Auch unter altem Recht prüfte das Bundesgericht die Einhaltung von Erfahrungssätzen «mit normativem Charakter» frei, BGE 69 II 202 E. 5. Diese Rechtsprechung wurde allerdings in späteren Urteilen immer stärker eingeschränkt, s. BGE 117 II 256 E. 2b, aus der Lehre Karl Spühler, Wann sind Grundsätze der Lebenserfahrung allgemeine Rechtsgrundsätze?, SJZ 20/1997, S. 392–394, S. 392; Hans Peter Walter, Tat- und Rechtsfragen, in: Walter Fellmann, Stephan Weber (Hrsg.), Der Haftpflichtprozess, Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung, Zürich 2006, S. 15–36, S. 34.

D. Keine Rechtfertigung der eingeschränkten Prüfung unter der schweizerischen Zivilprozessordnung

I. Der normative Gehalt von Artikel 157 ZPO

Beweiswürdigung wird hier verstanden als der *Vorgang der richterlichen Überzeugungsbildung* zur Wahrheit von Tatsachenbehauptungen;[14] d.h. «die Summe aller Denkakte [...], die zu dieser Überzeugung führen.»[15] Die Überzeugungsbildung wird dabei nicht nur durch die Beweismittel, sondern auch durch die unbestrittenen Tatsachenbehauptungen und das Verhalten der Parteien im Prozess beeinflusst, denn diese können Indizien für die Plausibilität bestrittener Behauptungen sein und dürfen nicht ausser Acht gelassen werden.[16]

Die schweizerische Zivilprozessordnung regelt den Vorgang der richterlichen Überzeugungsbildung äusserst knapp. Art. 157 ZPO bestimmt, dass sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise bildet. Die Ausführungen in der Botschaft zur ZPO zur freien Beweiswürdigung sind ebenfalls kurz gehalten – die Botschaft hält nur fest, dass die freie Beweiswürdigung ein Kernprinzip des modernen Prozessrechts sei und die schweizerische ZPO auf gewisse, kantonalen Rechten bekannten, Beweisverwertungsverbote umfassend verzichte.[17] Anlass zu Diskussionen gab die Bestimmung weder in der wissenschaftlichen Literatur noch in der parlamentarischen Beratung.

Historisch lag in der Einführung der freien Beweiswürdigung in Kontinentaleuropa die Überwindung der legalen Beweistheorie, die dem Richter den Beweiswert der zulässigen Beweismittel vorgab und eine Verurteilung oder Klagegutheissung nur zuliess, wenn der «Vollbeweis» *(plena probatio)* erbracht war.[18] Überwunden wurde die gesetzliche Beweistheorie zuerst in Frankreich im Zuge der Einführung von Geschworenengerichten.[19] Da man (staatlich besoldeten) Berufsrichtern eine unabhängige Beurteilung insbesondere politischer

14 Hanns Prütting, § 286 N 7, in: Wolfgang Krüger, Thomas Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2013.

15 Kurt Kuchinke, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, Bielefeld 1964, S. 175.

16 Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 322; ZK-ZPO-Hasenböhler, Art. 157 N 10; Roger Groner, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern, 2011, S. 106. In der deutschen Lehre manchmal in Abgrenzung von der «Beweiswürdigung im engeren Sinn», die sich nur auf Beweismittel bezieht, als «Beweiswürdigung im weiteren Sinn» bezeichnet, Gerhard Kegel, Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: Kurt H. Biedenkopf, Helmut Coing, Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages am 12. September 1967, Karlsruhe 1967, S. 321–344, S. 324 m.w.H.

17 Botschaft zur ZPO, BBl 2006, 7221, 7314.

18 Gerhard Walter, Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979, S. 38.

19 Massimo Nobili, Die freie richterliche Überzeugungsbildung, Reformdiskussion und Gesetzgebung in Italien, Frankreich und Deutschland seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts, Baden-Baden, 2001, S. 108; Veronika Fill, De calculatione iustitiae iudicatorum, Über die Gewin-

Straftaten nicht zutraute, juristische Laien die komplexe legale Beweistheorie aber nicht anwenden konnten, erlaubte man ihnen, nach ihrer «conviction intime» zu urteilen. Unumstritten war die Abschaffung jeglicher gesetzlicher Beweiswertregeln auch in Frankreich nicht. Kritiker der freien Beweiswürdigung wiesen auf die Gefahr hin, «Willkür und Tyrannei» zu schaffen, wenn die Sachverhaltserstellung weitgehend frei von gesetzlichen Regeln erfolgte.[20] Nach intensiver Debatte in der verfassungsgebenden Versammlung zwischen Dezember 1790 und Januar 1791 setzte sich die politische Forderung nach Einführung der Geschworenengerichte gegen logisch-juristische Bedenken durch.[21] Das Vertrauen der Aufklärer in den unverbildeten «gesunden Menschenverstand trug das seine dazu bei, dass sich die Vertreter der freien Beweiswürdigung durchsetzen konnten.[22]

In Deutschland stiess die französische Lehre von der «conviction intime» zuerst auf heftige Ablehnung. Eine überwiegende Mehrheit der deutschen Juristen, darunter *Feuerbach*,[23] *Mittermaier* und *von Globig*,[24] lehnten die französische Lehre der conviction intime ab, da diese auf einem blossen Wahrheitsinstinkt[25] beruhe und nicht auf einer rationalen Tätigkeit. Für *Mittermaier* bedeutete das französische System, «dass die Geschworenen nur dem Totaleindrucke und einem dunklen Gefühle von Wahrheit einer Thatsache, wobei der Geschworene sich keine Rechenschaft gibt und zu geben braucht, folgen sollen.»[26] Soweit man die Jury ablehnte und die Tatsachenfeststellung beim Berufsrichter beliess – also insbesondere im Zivilprozess[27] –, bedurfte es nach der Auffassung führender Juristen ohnehin der Sicherung vor richterlicher Willkür durch eine gesetzliche Beweistheorie.[28]

nung gerechter gerichtlicher Entscheidungen mittels Wahrscheinlichkeitsrechnung, Wien 2012, S. 239.

20 Maximilien Robespierre, Wortmeldung vom 4. Januar 1791, in: Moniteur Universel vom 5. Januar 1791; zitiert in der deutschen Übersetzung bei Nobili (Fn. 20), S. 127.

21 Nobili (Fn. 20), S. 108, S. 125; Fill (Fn. 20), S. 239.

22 Nobili (Fn. 20), S. 106 ff.

23 Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, Betrachtungen über das Geschworenengericht, Landshut 1813, S. 121 f.

24 Hans Ernst von Globig, Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen und gerichtlichen Beweises, Regensburg 1806, Einführung, VIII, Teil II, S. 293. Weitere Nachweise bei Julius Anton Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, Bd. I, Leipzig 1883, S. 17, Fn. 19.

25 Carl Joseph Anton Mittermaier, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen, Stuttgart 1845, S. 367.

26 Mittermaier (Fn. 26), S. 27. Polemischer noch Feuerbach (Fn. 24), S. 119 f, der meinte, dass die Geschworenen mit ihrem Instinkt «nicht anders, denn ein Methodisten- oder Quakerverein, der in dumpfer Gedankenlosigkeit auf den Lichtstrahl der natürlichen Offenbarung harrt» erschienen.

27 Christian Patermann, Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen deutschen Zivilprozess in Gesetzgebung und Lehre, Bonn 1970, S. 90 f.

28 Anton Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht und dem Strafprocesse, Bd. 3: Die Theorie des Anzeigenbeweises nebst vorausgeschickter Darstellung der Theorie des Criminalbeweises

Den Weg für die Abschaffung der gesetzlichen Beweistheorie auch in Deutschland ebnete *Carl Ernst Jarcke*.[29] *Jarcke* wies darauf hin, dass Überzeugung nicht auf instinktartigem Wahrheitsgefühl oder unreflektierter Totalanschauung beruhen mussten, sondern das Ergebnis einer auf Gründen beruhenden Reflexion ist.[30] Die Auffassung von *Jarcke* fand in den 1830-er Jahren immer mehr Anhänger und wurde insbesondere von *Mittermaier* übernommen.[31] Unter dem Einfluss *Mittermaiers* setzte sich allmählich die Ansicht durch, dass auch die Entscheidung in freier Beweiswürdigung ein rationaler Denkvorgang sein muss.[32] Eine «Beweistheorie» gibt es auch ohne positive gesetzliche Regelung, denn die «unwandelbaren logischen Gesetze»[33] der Erkenntnis gelten kraft ihrer inneren Überzeugungskraft, nicht kraft gesetzlicher Autorität.[34] Damit hatte die Schwurgerichtsidee ihren irrationalistischen Einschlag verloren und die geistigen Grundlagen waren geschaffen, die freie Beweiswürdigung auch dem Berufsrichter zu gestatten.[35]

Der freien Beweiswürdigung in Deutschland endgültig zum Durchbruch verhalf der preussische Justizminister *Friedrich Carl von Savigny* mit seiner 1846 anonym erschienen Denkschrift «Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozessordnung».[36] *Savigny* lehnte sowohl Geschworenengerichte wie die gesetzliche Beweistheorie ab, da die Überzeugungsbildung von so vielen einzelnen Faktoren abhänge, dass es unmöglich sei, allgemeine Gesetze darüber aufzustellen.[37] Andererseits folge aus der Abschaffung der gesetzlichen Beweisregeln nicht, dass der Richter gänzlich frei sei, sich seine Überzeugung auf irrationaler Basis zu bilden:[38]

überhaupt, Göttingen 1843, S. 32; Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, Über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Giessen 1825, S. 418 f.; Carl Joseph Anton Mittermaier, Die Lehre vom Beweise, Im Deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher, Darmstadt 1843, S. 118 ff.; Heinrich Albert Zachariae, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, Göttingen 1846, S. 197, S. 307.

29 Wilfried Küper, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, Berlin 1967, S. 222; Walter (Fn. 19), S. 72.

30 Carl Ernst Jarcke, Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweis, vornehmlich in Bezug auf die ausserordentlichen Strafen, Neues Archiv des Criminalrechts 1826, S. 97–144, S. 102 f.

31 Küper (Fn. 30), S. 224; Mittermaier (Fn. 29), S. 69 f.

32 Erich Schwinge, Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung, Breslau 1926, S. 89, m.z.N.

33 Jarcke (Fn. 31), S. 107.

34 Jarcke (Fn. 31), S. 107 f.

35 Küper (Fn. 30), S. 225; Nobili (Fn. 20), S. 158 f.

36 Später auszugsweise veröffentlicht in Friedrich Carl von Savigny, Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozessrechte, Archiv für Preußisches Strafrecht [Goltdammers Archiv] 1858, S. 469–491.

37 Savigny (Fn. 37), S. 486.

38 Savigny (Fn. 37), S. 484.

«Daraus, dass die Beweisregeln nicht ein- für allemal gesetzlich festgestellt werden, folgt noch nicht, dass die Richter überhaupt von der Verpflichtung entbunden werden, nach Gründen und Regeln zu urteilen und hiervon Rechenschaft zu geben. Im Gegentheil können und müssen die Richter nach Aufhören der gesetzlichen Beweistheorie im Wesentlichen durchaus in ihrer bisherigen Stellung verbleiben; sie werden daher nach wie vor ihr Urtheil nach Beweisgründen bilden, von letzteren in der Ausfertigung des Erkenntnisses Rechenschaft geben und die Prüfung derselben durch den Appellationsrichter erwarten müssen. Der Unterschied zwischen Richtern mit und ohne Beweistheorie besteht lediglich und allein darin, dass in letzterem Falle dem Richter selbst die Auffindung und Anwendung der Beweisregeln, welche die allgemeinen Denkgesetze, Erfahrungen und Menschenkenntnisse an die Hand geben, überlassen wird [...].»

Diese berühmte Formulierung von *Savigny* wird hier insbesondere deshalb im Wortlaut zitiert, weil sie sich auch heute noch fast wörtlich in den Kommentaren zu Art. 157 ZPO findet (gleich nachstehend). Im deutschen Zivilprozess hielt sich die gesetzliche Beweistheorie noch rund 30 Jahre länger als im Strafprozess. Erst nach heftiger Debatte auf den Juristentagen 1862–1864 fand sich auf dem 4. Deutschen Juristentag 1863 eine Mehrheit für den Antrag, die freie Beweiswürdigung im Zivilprozess einzuführen.[39] In der Folge gelang der freien Beweiswürdigung im Zivilprozess auch in der Gesetzgebung der Durchbruch.[40] Das Verständnis der freien Beweiswürdigung hatte sich allerdings von der «conviction intime», dem instinktmässigen Gesamteindruck, zu einer «conviction raisonée», einer auf rationalen Gründen beruhenden vernünftigen Überzeugung, gewandelt.[41]

Der Beschluss des 4. Deutschen Juristentages von 1864 hatte massgeblichen Einfluss auf die Einführung der freien Beweiswürdigung in den Schweizer Kantonen. Nach 1864 revidierte Zivilprozessrechtsordnungen führten alle die freie Beweiswürdigung dem Grundsatz nach ein, teilweise allerdings eingeschränkt durch Bestimmungen zur Beweiskraft von Urkunden und des Eides.[42] Auch in den schweizerischen Kantonen wurde freie Beweiswürdigung dabei immer im Sinne der «conviction raisonée» verstanden, d.h. der zwar freien, aber an Denkgesetze und Erfahrungssätze gebundenen, Überzeugungsbildung.[43] Dies galt

39 Patermann (Fn. 28), S. 136; Walter (Fn. 19), S. 83.
40 Patermann (Fn. 28), S. 155.
41 Wolfgang Käßer, Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Berlin 1972, S. 40.
42 Emil Schurter, Grundzüge des materiellen Beweisrechts in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, Zürich, 1890, S. 431. Einzige Ausnahme bildet Obwalden, das noch 1867 an der legalen Beweistheorie festhielt. Ob die legale Beweistheorie in der Praxis allerdings selbst in Kantonen, die sie gesetzlich vorschrieben, tatsächlich angewandt wurde, ist fraglich, s. Schurter (Fn. 43), S. 435.
43 Richard Frank, Hans Sträuli, Georg Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Mit einem Anhang zu verfahrensrechtlichen Bestimmungen des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes, 3. Aufl., Zürich 1997, § 148 N 3; Georg Leuch, Omar Marbach, Franz Kellerhals, Martin Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Aufl. Bern 2000, § 219 N 2a.

namentlich auch für den Kanton Genf.[44] Nur der Kanton Waadt, der in seiner Zivilprozessordnung die aus dem französischen Recht stammende Wendung der «conviction intime» aufnahm (Art. 5 Abs. 3 aZPO VD), räumte dem Gericht völlige Freiheit bei der Begründung der Sachverhaltsfeststellung ein, einzig gänzlich auf eine Begründung verzichten durfte das Gericht nicht.[45]

Entsprechend finden sich in den Kommentaren zu Art. 157 ZPO Ausführungen, die darauf schliessen lassen, dass Art. 157 ZPO eine «conviction raisonée» in dem besprochenen Sinne verlangt. Frei bedeute, dass die Bewertung der Beweismittel frei von schablonenhaften Regeln erfolgt.[46] Der Richter müsse aber «nach seiner gesamten Sach- und Menschenkenntnis sowie Lebenserfahrung eine gewissenhafte Schlussfolgerung ziehen»;[47] die Beweiswürdigung müsse in «objektiv nachvollziehbarer, begründbarer Weise»[48] erfolgen. *«Unvernünftige»* Erwägungen überschritten die Grenzen der freien Beweiswürdigung. Das Gericht müsse die Beweismittel «aufgrund von Denk- und Naturgesetzen sowie von Erfahrungswissen [...] werten und [...] gewichten»[49] hat. *Groner* verlangt explizit die Berücksichtigung der Logik, der wissenschaftlichen Erkenntnisse und der Erfahrungssätze.[50] Auch *Schmid* betont, das Gericht müsse sich an die Gesetze der Logik halten.[51] Wenn auch den Äusserungen in der Lehre eine gewisse Unbestimmtheit nicht abgesprochen werden kann, so ist doch klar, dass ein völlig subjektiver, an keine Regeln gebundener, Zugang zur Beweiswürdigung von niemandem vertreten wird.[52] Schliesslich muss der Richter die Beweiswürdigung nachvollziehbar begründen,[53] so dass eine Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz möglich ist.[54]

Daraus ergibt sich, dass die Anforderungen von Art. 157 ZPO an den Vorgang der gerichtlichen Überzeugungsbildung zur Wahrheit von Tatsachenbehauptungen weit über die blosse Willkürfreiheit hinausgehen. Beweiswürdigung muss umfassend, vernünftig, widerspruchsfrei, den Natur- und Denkgesetzen und Erfahrungssätzen gehorchend und dadurch nachvollziehbar sein. Die schriftliche Urteilsbegründung muss erkennen lassen, dass die Überzeugungsbildung

44 Bernard Bertossa, Louis Gaillard, Jaques Guyet, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Genève 1999, Art. 96 N 2.
45 Jean-François Poudret, Jacques Haldy, Denis Tappy, Procédure civile vaudoise, 3. Aufl., Lausanne 2002, Art. 5 N 4.
46 Statt aller ZK-ZPO-Hasenböhler Art. 157 N 8.
47 ZK-ZPO-Hasenböhler Art. 157 N 11. Die Formulierung von der «gewissenhaften Schlussfolgerung» geht auf Guldener (Fn. 17), S. 322, zurück.
48 BK-ZPO-Brönnimann Art. 157 N 5.
49 Christoph Leuenberger, Beatrice Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 9.145.
50 Groner (Fn. 17), S. 106.
51 KuKo-ZPO-Schmid, Art. 157 N 3.
52 So ausdrücklich BSK-ZPO-Guyan, Art. 157 N 3 («objektive Kriterien»); KuKo-ZPO-Schmid, Art. 157 N 3 («rein subjektives Empfinden» genügt nicht).
53 BK-ZPO-Brönnimann Art. 157 N 30 f.
54 Bühler (Fn. 10), S. 89; ZK-ZPO-Hasenböhler Art. 157 N 7; Groner (Fn. 17), S. 105.

im Einzelfall diesen Anforderungen tatsächlich genügt.[55] Während nicht verlangt werden kann, dass das Gericht auf jeden Einwand einer Partei eingeht und in Verfahren mit zahlreichen Beweismitteln jedes einzelne Beweismittel erschöpfend behandelt, muss eine Auseinandersetzung mit den wesentlichen Beweismitteln oder eine Begründung, weshalb ein Beweismittel als irrelevant erachtet wird, erkennbar sein.[56]

II. Die Beschränkung der bundesgerichtlichen Kognition auf Rechtsfragen verbietet nicht die Überprüfung, ob der normative Gehalt von Artikel 157 ZPO beachtet wurde

1. Beweiswürdigung ist ein Prozess, Sachverhaltsfeststellung ist ihr Ergebnis

Beweiswürdigung ist wie bereits erwähnt der Vorgang der richterlichen Überzeugungsbildung zur Wahrheit von (strittigen und rechtserheblichen) Tatsachenbehauptungen. Die gesetzlichen Vorschriften zur Beweiswürdigung regeln demnach den Prozess, *wie* das Gericht sich seine Überzeugung bilden muss. Am Ende dieses Prozesses steht die Sachverhaltsfeststellung – eine Tatsachenbehauptung wird als wahr akzeptiert und dem Urteil zugrunde legt, oder das Gericht stellt fest, dass es nicht von der Wahrheit der Behauptung überzeugt ist, und entscheidet nach der objektiven Beweislastverteilung zu Lasten der beweisbelasteten Partei.

Eine den gesetzlichen Anforderungen genügende Überzeugungsbildung kann zu einer Sachverhaltsfeststellung führen, die «unrichtig»[57] in dem Sinne ist, als dass die als wahr akzeptierte Tatsachenbehauptung nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt, also nicht wahr im Sinne der Korrespondenztheorie der Wahrheit[58] ist. Umgekehrt kann eine nicht den gesetzlichen Anforderungen genügende Beweiswürdigung zu einer Sachverhaltsfeststellung führen, die mit der Wirklichkeit übereinstimmt und insofern «richtig» ist. Entscheidend ist, dass der Vorgang der Überzeugungsbildung und sein Resultat, die Sachverhaltsfeststellung, nicht dasselbe sind. Wenn das Bundesgericht gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden ist, so bedeutet das entsprechend nicht, dass es nicht überprüfen kann, ob der *Vorgang der Überzeugungsbildung* – der seinen Niederschlag in der schriftlichen Urteilsbegründung gefunden haben muss – den gesetzlichen Anforderungen genügt.

55 Dike-ZPO-Leu, Art. 157 N 48; ZK-ZPO-Hasenböhler (Fn. 17) N 7.
56 BK-ZPO-Brönnimann Art. 157 N 32; Dike-ZPO-Leu, Art. 157 N 48 f.
57 So die Bezeichnung von Art. 97 Abs. 1 BGG für als wahr akzeptierte Tatsachenbehauptungen, die nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen.
58 Zur Massgeblichkeit der Korrespondenztheorie für die gerichtliche Sachverhaltserstellung s. Mark Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismass, Rationalität und Intuition, Tübingen 2015, S. 30 ff. m.w.H.

2. Beweiswürdigung, die den Anforderungen von Art. 157 ZPO nicht genügt, ist unabhängig von ihrem Ergebnis eine Verletzung von Bundesrecht

Beweiswürdigung kann daher den Anforderungen von Art. 157 ZPO nicht genügen, ohne dass die getroffenen Sachverhaltsfeststellungen «offensichtlich unrichtig» (d.h. nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmend) sind. Unabhängig von ihrer Richtigkeit ist eine Sachverhaltsfeststellung für das Bundesgericht nicht verbindlich, wenn sie auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Insbesondere die Verletzung von Verfahrensbestimmungen gehört zu den Rechtsverletzungen, die zur Unverbindlichkeit der Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz führt.[59] Eine Beschränkung auf «wesentliche» Verfahrensbestimmungen, wie sie sich noch in Art. 105 Abs. 2 OG fand, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Da Art. 157 ZPO zweifellos zum Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG gehört und eine Verfahrensbestimmung ist, kann das Bundesgericht die Einhaltung von Art. 157 ZPO trotz grundsätzlicher Bindung an den Sachverhalt *mit freier Kognition* prüfen.[60] Dies ist der entscheidende Unterschied zur Rechtslage vor Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung, als sich die Anforderungen an die Beweiswürdigung aus kantonalem Recht ergaben, deren Verletzung vor Bundesgericht nur gerügt werden konnte, wenn sie gleichzeitig eine Verletzung der Bundesverfassung darstellte.

Die Überprüfung des Normgehalts von Art. 157 ZPO mit freier Kognition setzt voraus, dass die Anforderungen, die sich aus Art. 157 ZPO ergeben, konkretisiert werden, damit sie justiziabel sind. Die schweizerische Prozessrechtswissenschaft steht hier zugegebenermassen noch am Anfang.[61] Aber es ist klar, dass sich beispielweise eine *nachvollziehbare* Würdigung einer Zeugenaussage nicht in der Wiedergabe der Aussagen des Zeugen und der Floskel, der Zeuge sei glaubwürdig und seine Aussage widerspruchsfrei und stimmig, erschöpfen kann.[62] Die Aussagepsychologie hat verschiedene so genannte Realkennzeichen oder Realitätskriterien identifiziert, die für die Übereinstimmung der Aussage mit dem tatsächlich Erlebten sprechen.[63] Eine «objektiv nachvollziehbare»[64] Be-

59 Statt aller SHK-BGG-Seiler, Art. 97 N 10.
60 A.M. die h.L, Walter (Fn. 9), 48; BK-ZPO-Brönnimann, Art. 157 N 34; KuKo-ZPO-Schmid, Art. 157 N 19; BSK-BGG-Schott, Art. 97 N 20; SHK-BGG-Werdt, Art. 105 N 12; Dike-BGG-Spühler, Art. 97 N 4.
61 Der Autor hat versucht, eine rationale Beweistheorie aufzustellen, Schweizer (Fn. 59), S. 83 ff.
62 Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 78; Dike-ZPO-Leu, Art. 157 N 48.
63 BGE 129 I 49 E. 5; Axel Wendler, Helmut Hoffmann, Technik und Taktik der Befragung, 2. Aufl., Stuttgart 2015, Rz. 130 ff.; Henriette Haas, Zur Würdigung des Aussagenbeweises, Kriminalistik 2017, S. 117–124; Revital Ludewig, Sonja Baumer, Daphna Tavor, Einführung in die Aussagepsychologie, in: Revital Ludewig, Sonja Baumer, Daphna Tavor (Hrsg.), Aussagepsychologie für die Rechtspraxis, Zürich 2017, S. 17–120, S. 43 ff.
64 BK-ZPO-Brönnimann, Art. 157 N 5.

weiswürdigung muss eine Zeugenaussage dahingehend würdigen, ob sie den Realitätskriterien genügt.[65] Tut sie dies nicht, erfüllt sie die Anforderungen von Art. 157 ZPO nicht.

Natürlich setzt dies im Beschwerdeverfahren auch entsprechende Rügen der Parteien voraus. Die blosse Behauptung, die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz stimme nicht mit der Wirklichkeit überein, ist in der Tat eine vom Bundesgericht so häufig monierte «rein appellatorische Kritik»[66] am Beweisergebnis, die ebenso hilf- wie nutzlos ist. Der Beschwerdeführer muss vielmehr aufzeigen, *weshalb* die Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht nachvollziehbar, irrational oder unlogisch ist oder gegen Naturgesetze oder Erfahrungssätze verstösst. Gelingt ihm dies, ist das Urteil – wenn die Sachverhaltsfeststellung einen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben kann (Art. 97 Abs. 1 BGG) – unabhängig davon aufzuheben, ob die Sachverhaltsfeststellung «richtig» ist.

Wegen der Bedeutung von Erfahrungssätzen für die Beweiswürdigung, stellt sich unter der schweizerischen ZPO das Problem der Abgrenzung der überprüfbaren von den nicht überprüfbaren Erfahrungssätzen mit neuer Dringlichkeit. Die Lehre ist sich einig, dass die freie Beweiswürdigung gemäss Art. 157 ZPO nicht Erfahrungssätzen widersprechen darf.[67] Gleichzeitig beruht jede Beweiswürdigung, die sich nicht in unmittelbarer Wahrnehmung durch das Gericht erschöpft, auf Erfahrungssätzen.[68] Ob die Abgrenzung der überprüfbaren von den nicht überprüfbaren Erfahrungsätzen durch deren «Abstraktionsgrad»[69] möglich ist, muss bezweifelt werden. Aber die Schwierigkeit der Abgrenzung von frei überprüfbaren zu nicht überprüfbaren Erfahrungssätzen sollte Ansporn sein, taugliche Abgrenzungskriterien zu entwickeln,[70] und nicht, sich bei der Prüfung der Beweiswürdigung generell auf die Willkürkognition zurückzuziehen.

65 So die deutsche Rsp., BVerfG vom 30. April 2003 – 2 BvR 2045/02, Rz. 37; BGHSt 44, 153, 158, 159 m.w.N.

66 BGE 140 III 264 E. 2.3 (ständige Formulierung).

67 Leuenberger, Uffer-Tobler (Fn. 50), Rz. 9.145; Groner (Fn. 17), S. 106.

68 Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg, 1963, S. 66, S. 81; Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984, S. 122; Rainer Schumacher, Beweisprobleme im Bauprozess. in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, Zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, Aarau 1990, S. 157–210, S. 193; Isabelle Berger-Steiner, Das Beweismass im Privatrecht, Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Bern 2008, Rz. 2.16.

69 BGE 117 II 256 E. 2b; Spühler (Fn. 14), S. 393.

70 Für einen Versuch s. Schweizer (Fn. 59), S. 418 ff.

E. Fazit

Art. 157 ZPO verlangt mehr als eine bloss willkürfreie Beweiswürdigung. Verlangt wird eine rationale, nachvollziehbare, intersubjektiv überprüfbare («auf objektiven Kriterien beruhende») Bewertung der Beweismittel, die Denkgesetze und Erfahrungssätze nicht verletzen darf. Eine Beweiswürdigung, die den Anforderungen von Art. 157 ZPO nicht genügt, verletzt unabhängig von ihrem Resultat Bundesrecht. Art. 97 und 105 BGG stehen einer Überprüfung des Prozesses – der Methode – der Beweiswürdigung im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht daher nicht entgegen, da das Bundesgericht gemäss ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht an Sachverhaltsfeststellungen gebunden ist, die unter Verletzung von Bundesrecht gemacht wurden. Das Festhalten des Bundesgerichts an der unter der Herrschaft kantonalen Prozessrechts begründeten Rechtsprechung, mag der Arbeitsüberlastung geschuldet sein.[71] Das allein kann aber kein Grund sein, dem gesetzlichen Auftrag, die Einhaltung von Bundesrecht durch die kantonalen Gerichte zu überprüfen, nicht nachzukommen.

Zusammenfassung

Art. 157 ZPO hat einen normativen Gehalt, der über die blosse Willkürfreiheit der Beweiswürdigung hinausgeht. Verlangt wird eine rationale, nachvollziehbare, intersubjektiv überprüfbare («auf objektiven Kriterien beruhende») Bewertung der Beweismittel, die Denkgesetze und Erfahrungssätze nicht verletzen darf. Art. 157 ZPO stellt daher Anforderungen an den *Prozess* der Beweiswürdigung auf, die unabhängig vom *Ergebnis* der Beweiswürdigung – den Sachverhaltsfeststellungen – eingehalten oder missachtet werden können. Ob die Beweise entsprechend den Anforderungen von Art. 157 ZPO gewürdigt wurden, ist eine Rechtsfrage und kann vom Bundesgericht im Verfahren der zivilrechtlichen Beschwerde trotz der grundsätzlichen Bindung an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz mit freier Kognition überprüft werden, denn Sachverhaltsfeststellungen, die auf einer Rechtsverletzung beruhen, sind für das Bundesgericht unabhängig davon, ob sie «offensichtlich unrichtig» sind, unverbindlich (Art. 97 Abs. 1, 105 Abs. 2 BGG).

71 Zur Belastung des Bundesgerichts s. Mark Schweizer, Vom Umgang des Bundesgerichts mit steigender Geschäftslast – lieber schnell als sorgfältig?, Justice – Justiz – Giustizia (Schweizerische Richterzeitung) 2/2016.

Résumé

L'art. 157 CPC a un contenu normatif qui va au-delà de simple arbitraire de l'appréciation des moyens de preuve. Une évaluation rationnelle, compréhensible, intersubjectivement vérifiable («basée sur des critères objectifs») de la preuve est requise, qui ne doit pas violer les lois de la pensée et de l'expérience. L'article 157 du Code de procédure civile énonce donc les exigences relatives au *processus* d'évaluation des moyens de preuve qui peuvent être observés ou ignorés, quel que soit le *résultat* de l'évaluation – les constatations de fait. La question de savoir si les preuves ont été évaluées conformément aux exigences de l'article 157 CPC est une question de droit et peut être examinée par le Tribunal fédéral dans le cadre du recours en matière civil avec libre connaissance malgré que le Tribunal fédéral est lié aux constatations de fait par l'instance inférieure, car les constatations de fait fondées sur une violation du droit fédéral sont non contraignantes pour le Tribunal fédéral, qu'elles soient «manifestement inexactes» ou non (art. 97 al. 1, 105 al. 2 LTF).

La présomption de non-dangerosité en procédure pénale suisse: une consécration nécessaire

Loïc Parein*

Mots-clés: présomption d'innocence, droit des sanctions, peine et mesure

A. Introduction

Et Ulysse dit à ses compagnons: «Ô amis, il ne faut pas qu'un seul, et même deux seulement d'entre nous, sachent ce que m'a prédit la noble Déesse Kirké; mais il faut que nous le sachions tous, et je vous le dirai. Nous mourrons après, ou, évitant le danger, nous échapperons à la mort et à la Kèr. Avant tout, elle nous ordonne de fuir le chant et la prairie des divines Sirènes, et à moi seul elle permet de les écouter; mais liez-moi fortement avec des cordes, debout contre le mât, afin que j'y reste immobile, et, si je vous supplie et vous ordonne de me délier, alors, au contraire, chargez-moi de plus de liens.»[1]

Heureux qui, comme Ulysse, a fait un beau voyage et est arrivé à bon port. Pour cela, nul doute qu'il a fallu prendre des précautions. Le contraire reviendrait à manquer cruellement d'humilité, en se croyant plus fort que tout et en tout temps. C'est en ce sens que le héros est invité à se faire attacher par ses amis pour ne pas connaître un funeste destin.

En présence d'accusations pénales, la tentation est grande de croire à la culpabilité du prévenu sans attendre l'issue de la procédure. N'y a-t-il pas de fumée sans feu? Or, avant toute condamnation, les soupçons doivent être établis, analysés et confrontés aux autres éléments du dossier par une autorité régulièrement composée. A défaut, le traitement serait inéquitable, notamment en raison du fait que le rapport de force entre l'Etat et le prévenu est d'emblée inégal. La présomption d'innocence, connue également sous la maxime *in dubio pro reo*, est là pour garantir un attachement à la tenue d'un procès équitable. Elle constitue ainsi une mesure de protection des justiciables face aux préjugés.

* Dr. iur., avocat, chargé de cours à l'UNIL, Lausanne.

1 Homère, Odyssée, chant XII, Paris 1989, p. 208.

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Gegründet 1852, Neue Folge seit 1882

Band 137 (2018), ISSN 0254-945X
Band 137 I: 5 Hefte jeweils Ende der Monate März, Mai, Juli, September und Dezember
Band 137 II: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins (SJV)

Zitiervorschlag: ZSR 2018 I **Proposition de citation:** RDS 2018 I

Herausgeber: Prof. Pascal Pichonnaz, Prof. Ruth Arnet, Prof. Samantha Besson, Dr. Peter Isler, Prof. Vincent Martenet, Dr. Andreas Zünd

Redaktion: Alessandra Beeler, RA lic. iur., E-Mail: alessandra.beeler@helbing.ch

Verlag: Helbing Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
Telefon 061 228 90 70, Telefax 061 228 90 71, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Beiträge sind per E-Mail (zeitschriften@helbing.ch) an den Verlag (Lektorat Zeitschriften) einzureichen. Richtlinien zur Texterfassung sind beim Verlag anzufordern.

© 2018 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vertrieb: Helbing Lichtenhahn Verlag, Abo-Service, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel, Telefon +41 (0)61 228 90 20, Telefax +41 (0)61 228 91 50, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Abonnementspreise pro Jahr Band 137 I = 5 Hefte Band 137 II = SJV-Referate	**Schweiz**		**Europa**		**Übersee**	
	Einbanddecken		Einbanddecken		Einbanddecken	
	ohne	mit	ohne	mit	ohne	mit
Abonnement	258.–	343.–	284.–	368.–	293.–	377.–
Abonnement für Studierende	98.–	183.–	124.–	208.–	133.–	217.–

Alle Abonnementspreise in CHF, inkl. 2,5% MwSt., inkl. Versandkosten.
Einzelheft: CHF 68.–, inkl. 2,5% MwSt., exkl. Versandkosten.
Einbanddecken: CHF 85.–, inkl. 7,7% MwSt., exkl. Versandkosten.
Preisänderungen vorbehalten

Inserate und Beilagen (Verkauf): bw medien, Zürichstrasse 57, 8840 Einsiedeln, Tel. 055 418 82 00, Fax 055 418 82 22, E-Mail: info@bwmedien.ch. Verlangen Sie die Mediadaten.

Beihefte zur ZSR: Vergünstigung für ZSR-Abonnenten: 20% Rabatt auf Verkaufspreis.

SJV: Sämtliche Mitglieder des SJV erhalten die ZSR im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.
SSJ: Les membres du SSJ reçoivent la RDS dans le cadre de leur cotisation.

Unterstützt durch die
Schweizerische Akademie
der Geistes- und Sozialwissenschaften
www.sagw.ch

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 137 (2018) I · Heft 3

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

ERNST A. KRAMER, Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle 295

FRANÇOIS BOHNET/MICHAEL ECKLIN, La représentation en procédure civile suisse 327

MARK SCHWEIZER, Der normative Gehalt von Artikel 157 ZPO und seine Überprüfung durch das Bundesgericht 353

LOÏC PAREIN, La présomption de non-dangerosité en procédure pénale suisse: une consécration nécessaire 367

Buchbesprechung

JENS DROLSHAMMER, The Americanization of Swiss Legal Culture. Highlights of Cultural Encounters in an Evolving Transatlantic History of Law 391