

n'intervient en réalité qu'en qualité de garante. Or telle est précisément la situation dans laquelle se trouve la caution solidaire qui renonce envers le créancier au bénéfice de l'art. 503. Il convient dès lors d'admettre, ainsi que le fait la doctrine et ceux-là même parmi les auteurs qui ont examiné le problème *de lege ferenda*, que les dispositions de l'art. 503 ne sont pas de droit impératif, et qu'il est au contraire possible d'y déroger conventionnellement.

Il ne suit pas de là toutefois qu'il se justifie de n'attacher aucune importance à la pratique que l'on voit s'instaurer de plus en plus dans le monde des affaires et plus particulièrement dans les établissements de crédit et qui consiste à exiger des cautions une renonciation anticipée aux facultés qu'elles tiennent de la loi. Il n'est pas rare, en effet, de voir des formules imprimées de contrats de cautionnement dans lesquelles s'insère une clause portant renonciation expresse au bénéfice des dispositions des art. 497, 500, 502, 503, 508, 509, 511 CO, 303 LP, etc., autrement dit à la plupart, si ce n'est à tous les droits que la loi a cru devoir accorder à la caution. Cette pratique, qui n'a d'ailleurs pas laissé de préoccuper les personnes qu'intéresse la revision du droit sur le cautionnement (cf. par ex. STAUFFER, Verhandl. des Schweiz. Juristenvereins 1935, 2. Heft. Protokoll der Jahresversammlg. in Interlaken p. 511 a ; REIN, Die Voraussetzungen der Bürgschaft im schweiz. Recht, p. 81), n'aboutit en effet ni plus ni moins en réalité qu'à modifier l'essence même du contrat, si bien que celui qui signe comme caution finit souvent par se trouver en fait dans la position d'un codébiteur solidaire. Il se peut que cette situation réponde à des nécessités pratiques ; elle n'en est pas moins anormale par le risque qu'elle crée pour la caution de n'être pas tout à fait au clair sur l'étendue de ses droits. Aussi convient-il, lorsque la caution se prévaut de l'erreur où elle se sera prétendument trouvée à cet égard, que les tribunaux ne fassent pas preuve de la rigueur qui est de

règle dans l'examen d'une telle question, mais admettent au contraire plus facilement l'exception lorsqu'il ne ressortirait pas du texte même de l'acte de cautionnement que la caution a eu son attention attirée, non seulement sur les numéros des articles de la loi dont il est fait mention, mais aussi sur le sens et la portée de ces dispositions, c'est-à-dire sur les droits auxquels elle a été appelée à renoncer.

En l'espèce, l'acte de cautionnement se borne, il est vrai, à l'énumération des articles de la loi au bénéfice desquels le demandeur a déclaré renoncer. Mais rien n'autorise à dire que le demandeur n'ait pas été exactement renseigné sur la portée de cette renonciation. Aussi bien, pas plus en première instance que devant le Tribunal fédéral, n'a-t-il prétendu n'avoir pas été au clair sur la nature des droits auxquels il renonçait. L'eût-il fait que sa double qualité de préposé à l'office des faillites et d'avocat permettrait encore d'élever de sérieux doutes sur le bien-fondé de cette exception.

## V. PROZESSRECHT

### PROCÉDURE

#### 64. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. September 1938 i. S. Textilwerk Schürli A.-G. gegen Cottonificio Valle di Susa S. A.

Art. 63 Ziff. 2 OG. Recht der Parteien zur schriftlichen Zusammenfassung ihrer mündlichen Vorträge ; Voraussetzungen.

Wenn das Verfahren vor den kantonalen Gerichten mündlich ist und über die für die Urteilsfällung massgebenden Parteiverhandlungen nicht ein genaues Sitzungsprotokoll geführt wird, so hat nach Art. 63 Ziff. 2 OG jede

Partei das Recht, vor Schluss der kantonalen Gerichtsverhandlung eine Zusammenfassung ihrer mündlichen Vorträge zu den Akten zu legen. Der Sinn dieser Vorschrift ist der, dass sich grundsätzlich alle massgebenden Begehren, Behauptungen, Beweisanträge und sonstigen Erklärungen der Parteien entweder — beim schriftlichen Verfahren — aus den Rechtsschriften oder — beim mündlichen Verfahren — aus den Sitzungsprotokollen ergeben sollen; ist dies nicht der Fall, so greift Art. 63 Ziff. 2 OG ein mit dem Rechte der Parteien, ihre Vorträge schriftlich zusammenzufassen. Es kommt aber nicht, wie die Klägerin anzunehmen scheint, allein darauf an, was in der letzten Instanz geschieht, sondern entscheidend ist, wie es vor den kantonalen Gerichten im gesamten Verfahren überhaupt gehalten wird, ob also der Prozesstoff, einschliesslich aller erheblichen Parteivorbringen, in der ersten und allenfalls in einer weiteren Instanz gesammelt und in den Akten festgehalten wird.

Nach dem thurgauischen Zivilprozessrecht wird der ganze Prozesstoff in massgebender Weise vor dem erstinstanzlichen Richter zusammengetragen. In den der Berufung an das Bundesgericht unterliegenden Streitsachen beginnt der Prozess nach §§ 165 ff. der Zivilprozessordnung vom 19. Oktober 1926 mit einem Schriftenwechsel. Dann folgt die Hauptverhandlung, über die ein Protokoll aufgenommen wird (§ 120). Dieses Protokoll ist enthalten im Appellationsbrief der ersten Instanz, S. 2 ff. In der zweiten Instanz sind neue Begehren, Behauptungen usw. nur unter sehr beschränkten Voraussetzungen zulässig (§ 287); grundsätzlich muss alles in der ersten Instanz vorgebracht werden. Unter diesen Umständen ist, wie das Bundesgericht schon für die alte thurgauische Zivilprozessordnung entschieden hatte (BGE XXII S. 1292), Art. 63 Ziff. 2 OG nicht anwendbar. Der in massgebender Weise vor dem erstinstanzlichen Richter gesammelte Prozesstoff findet sich schriftlich niedergelegt in den Rechtsschriften und im Verhandlungsprotokoll.

Fragen könnte man sich höchstens, ob für allfällige neue Vorbringen in der zweiten Instanz, sofern darüber kein Protokoll geführt wird, ein Recht zu schriftlicher Zusammenfassung anzuerkennen wäre. Das ist jedoch heute nicht zu entscheiden, da solche neue Vorbringen von der Klägerin nicht versucht und vom Obergericht auf jeden Fall nicht zugelassen worden sind.

Die von der Klägerin eingereichte Zusammenfassung ist daher aus den Akten zu weisen.

**65. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. Oktober 1938**  
i. S. **Schärer gegen Schärer-Della Cà.**

Überschreiten des Parteiantrages durch den kantonalen Richter kann nicht durch Berufung an das Bundesgericht gerügt werden; OG Art. 79 Abs. 3 u. Art. 85, BZPO Art. 4, ZGB Art. 158.

Im Scheidungsurteil des Bezirksgerichtes Oberlandquart, durch welches die Ehe der Parteien im Anschluss an die gerichtliche Trennung auf Klage des Ehemannes hin gestützt auf Art. 148 ZGB geschieden wurde, ist der Kläger zur Leistung eines monatlichen Unterhaltsbeitrages an die Beklagte verpflichtet worden. Er hat hiegegen die Berufung an das Bundesgericht erklärt und u. a. geltend gemacht, die Vorinstanz habe der Beklagten etwas zugesprochen, das diese selbst nicht verlangt habe. Das Bundesgericht hat diesen Einwand mit folgender Begründung abgelehnt:

Trifft die Behauptung des Klägers zu, dass die Vorinstanz der Beklagten den monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 30.— im Sinne von ZGB Art. 152 zugesprochen hat, ohne dass die Beklagte selbst dies beantragt hatte, so könnte dies im Berufungsverfahren vor dem Bundesgericht nur beanstandet werden, wenn sich das Verbot des Überschreitens der Parteianträge aus einem Grundsatz des Bundeszivilrechtes ableiten liesse (OG Art. 57). Frei-