

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: 2 (1883)

Rubrik: XXI. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins : in St. Gallen den 3. und 4. September 1883

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: 24.12.2025

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

XXI. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

in St. Gallen den 3. und 4. September 1883

im Saale des Grossen Rathes.

Verhandlungen vom 3. September 1883.

Beginn derselben Morgens 8¹/₄ Uhr.

Präsident: Hr. Bundesrichter Dr. *Morel* in Lausanne,
Vicepräsident: Hr. Reg.-Rath Dr. *Speiser* in Basel.

Mitglieder des Vorstandes:

Hr. Dr. *Weibel*, Fürsprech, in Luzern,
„ Bundesgerichtspräsident *Roguin* in Lausanne,
„ Prof. Dr. *Zeerleder* in Bern,
„ Advocat *Grivet* in Freiburg,
„ Dr. *Ulrich* in Zürich.

Hr. Präsident Dr. *Morel* begrüsst die zahlreiche Versammlung mit folgender Ansprache:

Hochverehrte Herren und Kollegen!

Es ist mir die besondere Freude zu Theil geworden, Ihnen in meiner alten Heimath, der trauten Gallusstadt, wo stets empfängliche Herzen geschlagen für eidgenössischen Sinn, schweizerische Anhänglichkeit und Treue, zu unserm diesjährigen Feste herzlichen Willkomm entbieten zu können.

St. Gallen rechnet es sich auch zu hoher Ehre, Sie diese Tage auf's Neue in seinen Mauern zu empfangen, nachdem 14 Jahre verflossen, seit der schweizerische Juristenverein am

20./21. September 1869 zum letzten Male hier getagt hatte, unter dem Vorsitz des leider dem Kanton St. Gallen, wie dem gesammten Vaterland allzufrüh entrissenen Landammann Sailer von Wyl, der noch bei vielen unter Ihnen in persönlicher warmer Erinnerung leben wird. Das Vereinsprotokoll erwähnt in wenigen Zeilen noch des Eröffnungswortes, mit dem er die damaligen Verhandlungen einleitete, wonach er das Streben nach Schaffung eines einheitlichen vaterländischen Rechtes als die schönste Aufgabe dargestellt, die sich der schweizerische Juristenverein zum Ziele gewählt, und wobei er an der Hand der Geschichte nachzuweisen gesucht habe, dass auch für unser Vaterland nicht, — wie man so vielfach behauptete, — die Rechtsvielheit, sondern die Rechtseinheit das Natürliche und Ursprüngliche sei. Es verdienen diese Worte, die auch heute noch ihre ungeschwächte und volle Bedeutung haben, in der Erinnerung aufgefrischt zu werden.

Vergönnen Sie nun auch mir, verehrte Vereinsgenossen, da ich heute zum letzten Male die Ehre haben werde, Ihrer Versammlung vorzustehen, den Verhandlungen ein kurzes Wort vorzuschicken, und zwar im Anschluss an ein Thema, das ich mir im Jahre 1881 bei Eröffnung unserer Jahresversammlung in Zug zur Besprechung gewählt hatte, und das dahin lautete: sind wir berechtigt von einem vaterländischen Rechte zu sprechen und was ist vaterländisches Recht? — Ich erlaube mir heute die Frage etwas allgemeiner zu stellen: was ist überhaupt Recht?

Bei der beschränkten Zeit, die mir mit Rücksicht auf Ihre eigenen hochwichtigen Berathungen zugemessen ist, kann ich mich dabei freilich nicht in eingehende Auseinandersetzungen einlassen, sondern bin genöthigt, mich mit der Zeichnung eines flüchtigen Bildes zu begnügen, das mehr bestimmt ist, Ihr weiteres und einsichtigeres Studium anzuregen, als selbst eine definitive Lösung zu geben.

Was ist Recht? Die Antwort auf diese Frage scheint auf den ersten Augenblick eine ungemein leichte zu sein. Will man aber nicht die Moral mit dem Recht verwechseln, was immerhin an sich zwei verschiedene Begriffe sind, die sich

keineswegs vollständig decken, da die Moral ausschliesslich die Gesinnung des Einzelnen und seine innere Vervollkommnung betrifft, während das Recht den Willen in seiner tatsächlichen Aeusserung gegen den Nebenmenschen beherrscht, — und begreift man unter Recht nicht allein das gegebene positive Recht (Gesetz und Gewohnheit), sondern auch die über dem positiven Recht schwebende Idee des Rechts, als die eigentliche Quelle und den Ursprung aller Rechte, so stösst man beim Versuch der Lösung dieser Frage eben auf eine Menge erheblicher Schwierigkeiten.

Das römische Recht begriff unter Recht das System der auf Ordnung eines friedlichen Zusammenlebens abzielenden Zwangsnormen, oder wie Ihering in seinem Geist des römischen Rechts dasselbe kennzeichnet: Recht ist die durch das Gesetz gewährte Möglichkeit des Zwangs. Diese Rechtsanschauung waltete in der ersten christlichen Zeit noch vor, indem auch die Christen anerkannten, man müsse den Gesetzen des Staates gehorchen, obgleich dieser damals noch ein heidnischer war, den Zwang zu fremdem Gottesdienst ausgenommen. Staat und Recht wurden daher damals noch allgemein als eine weltliche Ordnung des Zusammenlebens angesehen.

Dem Mittelalter, fussend auf der Lehre der Kirchenväter, welche die gesammte Weltordnung auf den persönlichen Willen Gottes zurückführten, gehörte es an, die theokratische Anschauung zur Geltung zu bringen, auch die bürgerliche Ordnung sei von Gott eingesetzt. Anfänglich betrachtete man den Kaiser als den weltlichen Stellvertreter Gottes und damit als den Offenbarer des Rechts, bis in Folge des Konflikts mit der geistlichen Macht diejenige des Papstes als die oberste betrachtet wurde, welche auch den Kaiser mit seiner Würde bekleide. Die Kirche war damit die Offenbarerin und Hüterin des Rechts geworden.

Die Reformation bewirkte eine gründliche Umwälzung dieser Anschauung. Die Idee der Gotteskindschaft des einzelnen Menschen, zufolge deren er unmittelbar unter Gott und seinem Gewissen stehe, war der leitende Gedanke, der gegenüber dem schrankenlosen Zwange, mit dem die Kirche

alle Gebiete beherrschen wollte, zur Emanzipation der bürgerlichen Ordnung von der Autorität der Kirche führte.

Bei diesem Entwicklungsprozesse der Freiheit auf religiösem, politischen und sozialen Gebiete tritt nun Hugo Grotius in seinem Werke über das Recht des Kriegs und des Friedens mit dem Satze auf: über der positiven Gesetzgebung steht ein anderes höheres Recht, das Natur- oder Vernunftrecht, das auf einem allgemeinen ethischen (sittlichen) Grunde beruht und darum verbindliche Kraft hat. Hugo Grotius war damit der eigentliche Begründer der „Rechtsphilosophie“ und einer Schule, die seine Lehre des Naturrechts überall hin verbreitete und des Weiteren ausbildete.

Mit Kant beginnt wieder eine neue Epoche. Dieser fand das Wesen des Rechts darin: das oberste Gesetz, als das ursprüngliche und allein bewirkende im Handeln ist die Vernunft. Diese ist für das Zusammenleben der Menschen der kategorische Imperativ, den der Staat fördert, indem, ausgehend von dem Gedanken der gleichen Freiheit Aller, diese Freiheit nur in einem gleichmässigen Beschränken eines Jeden bestehen kann. Diese durch die Vernunft geregelte Freiheit ist das Recht, das um der Vernunft willen und aus ihr besteht. Der Staat selbst ist der Rechtsstaat, der die sonach bestehenden Rechte der Einzelnen zu schützen hat.

Anschliessend an den Engländer Milton schrieb dann später Jean Jaques Rousseau seinen *Contrat social*. Er basirte sein philosophisches System voll und ganz auf die Freiheit und Unabhängigkeit des Menschen, die er, weil von Natur aus angeboren, als eine unveräusserliche erklärte. Da jedoch das Zusammenleben der Menschen einer Organisation ruft, so gründen diese durch Vertrag den Staat zu ihrem Schutz und Nutzen. Durch diesen Vertrag und um die Gleichheit zu bewahren, die Allen gleichmässig zukommen muss, tritt jeder Einzelne alle seine Rechte an die übrigen Glieder der Gemeinschaft ab, in absoluter Reziprozität Aller, der Art, dass ausschliesslich der Gesamtwille entscheidet, welcher damit gleichzeitig der Wille des Einzelnen ist. Dieser allgemeine Wille, der im Volke ruht, ist der unumschränkte Souverain.

Diese Theorie des schrankenlosen Gesamtwillens, der menschlicher Weise gewöhnlich doch nur auf Mehrheitsbeschlüssen beruhen wird, war für die Sicherheit und Stabilität des Privatrechts freilich eine höchst gefährliche, was sich auch in der Folge in den darauf weiter aufgebauten Lehren des Kommunismus und Sozialismus zeigte, wie Friedr. v. Wyss in seinem akademischen Vortrage „die Idee des Rechts“ des Nähern ausführte.

Nachdem die Naturrechtslehre auf solche Abwege gerathen war, lenkte die Wissenschaft des gegenwärtigen Jahrhunderts wieder in andere Bahnen ein. Zuerst war es die spekulative Philosophie, welche auch auf unserm Gebiete diese Lösung suchte; ich erinnere nur an die Namen von Hegel, Fichte, Schelling, Schleiermacher, — indem es zuweit führen würde, auf die diesfallsigen Einzelheiten hier einzutreten.

Einen grossartigen und nachhaltigen Umschwung in der Rechtswissenschaft bewirkte nun aber die sogen. historische Schule, gegründet von Savigny, die über den Ursprung des Rechts sich dahin ausspricht:

Das Recht gleicht der Sprache, Sitte, Kunst; von Innen heraus entstanden durch ein Bewusstsein der Nothwendigkeit, einen unmittelbaren Trieb der Natur, entwickelt es sich thatsächlich mit dem Volke selbst. Dasselbe ist stets nur der Ausfluss des Volksbewusstseins, bestehe es aus den aus diesem Volksbewusstsein selbst hervorgegangenen Grundsatzungen oder aus deren Modifizirung und Verarbeitung durch Gesetzgebung und Wissenschaft. Aus dem gleichen Grunde ist es aber nichts Abgeschlossenes, sondern ist, gleich dem Entwicklungsprozesse, den das Volk selbst durchmacht, in einer unausgesetzten Fortbildung begriffen.

Während somit früher das Recht nur aus abstrakten Begriffen abgeleitet werden wollte, hatte die historische Schule, und das ist ihre wesentliche Bedeutung, sich grundsätzlich auf einen andern Boden gestellt. Sie leitete die Entstehung des Rechts auf geschichtlichem Wege ab, im Zusammenhang mit dem Volke selbst und dessen sittlicher und intellektueller Entwicklung, und erklärte: Recht sei das Ergebniss des Volksbewusstseins.

Unbedingt darf nun anerkannt werden, dass alles Recht in seiner äussern Erscheinung, soweit es nicht direct durch die Gesetzgebung geschaffen wird, auf Gewohnheitsrecht beruht, das bei einem Volke oder selbst in einer losern Verbindung bei einer Gesammtheit zusammenlebender Personen, durch thatsächliche Anerkennung oder Uebung entsteht. Gewohnheitsrecht ist die älteste Form des positiven Rechts, wobei nicht zu verkennen ist, dass die Entwicklung des Volkes, seine mehrere oder mindere Kulturbildung, seine mehr oder minder geläuterten Begriffe von Sittlichkeit und Menschenwürde, von maassgebendem Einfluss auf dessen Entstehung und Entwicklung sein mussten, bis im Laufe der Zeit das Bedürfniss erkannt wurde, das als Recht durch die Uebung Anerkannte in Form von direkten Vorschriften, Gesetzen, als geltendes positives Recht zusammenzustellen. Wollte man nun aber auch annehmen, dass überhaupt alles positive Recht, auch dasjenige, das der Gesetzgeber in der Folge in höherer Gestaltung weiter bildet, nur die Weiterentwicklung, der Ausbau sei der aus dem Volksbewusstsein hervorgegangenen Grundsatzungen, so ist mit dieser gesammten Theorie immerhin nur die Entstehung des Rechts dargethan, das Wesen und der Inhalt des Rechts dagegen ist damit noch keineswegs erklärt, selbst wenn man dasselbe, wie geschehen, im Uebrigen auf einen der menschlichen Natur innewohnenden Trieb zurückzuführen suchte. Dem Recht muss jedoch an sich ein Gedanke, ein Begriff, ein Prinzip zu Grunde liegen, welches Prinzip um seiner selbst willen nach einem innern Gesetze der Nothwendigkeit in dem Volksbewusstsein bzw. in den Erscheinungsformen des positiven Rechts seinen Ausdruck findet.

Es kann dem nicht entgegengehalten werden, das Recht könne nicht ein Begriff an sich, kein ursprünglicher Vernunftbegriff sein, weil das Recht kein unveränderliches sei. Dieser Einwand beruhte auf einer Verwechslung des Wesens mit der Erscheinung. Die äussere Erscheinungsform wird stets, wie alles Menschliche, den Charakter des Unvollendeten und Veränderlichen an sich tragen, und es wird in derselben stets nur das nach vorherrschender Anschauung relativ Richtigste zum Ausdruck kommen. Dagegen ist es eben eine auch dem Wesen

des bestehenden Rechts innewohnende Eigenschaft, dass dasselbe an sich einer steten Fortbildung und Entwicklung nach den Gesetzen der Vernunft fähig ist.

Mit der Lösung des Problems, die Idee und das Wesen des Rechts an sich festzustellen, beschäftigte sich nun die Rechtsphilosophie in neuerer Zeit wieder in erhöhtem Maasse, wobei jedoch neuerdings die grössten Meinungsverschiedenheiten zu Tage treten, theilweise selbst auf Standpunkte zurückkehrend, welche man früher als gänzlich überwunden betrachtet hatte.

Die Einen — um die hauptsächlichsten Richtungen anzudeuten — sehen in der Ethik die Quelle allen Rechtes, an welche Anschauung Stahl sich anschloss, im Uebrigen aber den Satz aufstellte: das Wesen des Rechts ist die menschliche Ordnung des Gemeinzustandes zur Erhaltung der Weltordnung Gottes, — eine Lehre, die ausgehend von der Annahme eines persönlichen Willens Gottes, welcher der gesamten Weltordnung zu Grunde liege, doch wohl in ihrer strengen Konsequenz wieder zum theokratischen Staate führen müsste. — Andere sagen: das constituirende Moment des Rechts ist nichts Anderes als die Anerkennung der Genossen als Norm ihres Zusammenlebens. — Auf der Willenstheorie basirend erklärt Kierulff: das Recht ist ein in der Privatperson konkret und lebendig gewordenes Stück des allgemeinen Willens, — und Windscheid: das Recht im subjektiven Sinne ist eine von der Rechtsordnung (Recht im objektiven Sinn) verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft konkreten Inhalts. — Thon dagegen nimmt an: das objektive Recht ist nicht die Quelle des subjektiven Rechts, sondern das subjektive Recht (das durch die Thatumstände des konkreten Falls hervorgerollte Rechtsgebot) selbst; es ist dadurch zum subjektiven Recht geworden, dass es in die Macht, in die Verfügungsgewalt der Person gegeben ist. Willensherrschaft ist nicht der Inhalt, sondern das Resultat des subjektiven Rechts. — Ihering verwirft gleichfalls die Willenstheorie, da z. B. auch willenlosen Personen Rechte zukommen, und erklärt: Rechte sind rechtlich, d. h. durch Klage geschütztes Interesse.

Andere sagen wieder: das Recht ist nichts anderes,

als was durch Satzung als solches aufgestellt wird, demgemäss Alles lediglich auf den Willen des Gesetzgebers zurückzuführen wäre. Und Brinz, welcher hier noch erwähnt werden darf, erklärt: die Rechtsideen an sich zu erfassen, steht über oder unter dem blossen Erkennen; das Recht entsteht in dem, was als Rechtens von der zuständigen Macht gesetzt oder als solches geübt wird; über das Recht lässt sich nichts lernen, als aus dem Recht selbst; die Motoren, von denen es sich in seinen Satzungen leiten lässt, stehen zwar ausser oder vor demselben; aber wo und wie dieselben im Rechte wirken, ist nur aus diesem selbst ersichtlich.

Vergleicht man so die Stimmen der Rechtslehrer, so überzeugt man sich, dass wir immer noch vor einer Frage stehen, die auch von der Wissenschaft der neusten Zeit noch keineswegs durch Uebereinstimmung der Meinungen gelöst ist. Wenn auch richtig sein mag, was ein Schriftsteller sagte: „das Streben, Alles aus einem einzigen metaphysischen Prinzip abzuleiten, ist die Quelle vieler Irrthümer und unberechtigter Theorien“, — so darf dies jedoch den Forscher keineswegs entmuthigen und abschrecken, denn es ist und bleibt dem denkenden Geist des Menschen als göttlicher Funke das Streben eingeboren, Alles, was im Leben äussere Gestaltung findet, auf dessen Grund zurückzuführen und so dessen inneres Wesen uns zum Bewusstsein zu bringen. Dies auch bezüglich der Idee des Rechts zu erreichen, wenn damit neben dem wissenschaftlichen Interesse kein weiterer praktischer Erfolg erzielt würde als derjenige wenigstens des moralischen Einflusses auf die Gesetzgebung, wird darum auch ferner die schöne und hohe Aufgabe der Wissenschaft sein.

Ich fühle wohl, in diesen Gedanken steckt etwas Idealismus, mit all den Schwächen, die diesem anhaften, dem gegenüber das positive Recht das objectiv Gegebene, Greifbare, scheinbar Untrügliche ist. Warum soll aber nicht auch das Recht sein Ideal haben?

Wir haben uns freilich Alle im Leben an das positive Recht zu halten, wie solches in der Gesetzgebung niedergelegt ist, die als verbindliche Norm zufolge der Nothwendigkeit des

Zusammenlebens in einer geordneten Gemeinschaft für uns maassgebend ist, ohne Rücksicht darauf, ob subjectiv Einzelne oder auch Mehrere anderer Rechtsanschauung sind oder nicht.

Soviel steht aber jedenfalls fest, dass die Gesetzgebung nicht auf dem blossen Belieben des Gesetzgebers, nicht auf Willkür, nicht auf dem einfachen Satz *sic volo, sic jubeo* beruhen darf, auch da nicht, wo dieselbe an die direkte Zustimmung des Volkes gebunden ist, somit die Mehrheit des Volkes selbst Ja und Amen dazu zu sagen hat. Das bestehende Recht muss stets, sei nun im Uebrigen dessen Inhalt Ethos, reine Vernunft, absoluter Wille, Anerkennung, erzwingbares Interesse, ein Ausfluss des Rechtsbewusstseins sein, wie solches, ich möchte sagen in dem Rechtsgewissen derjenigen, welche zur Formulierung der Gesetzgebung berufen sind, wie im Allgemeinen in dem Bewusstsein des Volkes, als dem sichersten Zeugniß seiner innern Berechtigung, zur Anschauung gekommen. Damit will ich freilich nicht sagen, dass nur dasjenige als Recht vom Gesetzgeber aufgestellt werden könne und solle, was schon von dem Volke allgemein als solches erkannt worden. Diese Auffassung wäre eine viel zu enge. Wie die grosse Menge überhaupt in allen Beziehungen des Lebens, auf politischem, intellektuellem und socialem Gebiete, gerne auf den Rath der Einsichtigen und Weisern hört und in ihren Schlussnahmen sich darnach richtet, so wird auch auf dem Gebiete des Rechts die Anschauung der Einsichtigen und Weisern auf die Rechtsanschauung im Allgemeinen von bestimmendem Einfluss sein. Und mit voller Berechtigung wird man sagen dürfen, dass ja gerade in ihnen, die ja mit und in dem Volke leben, dessen Geschichte und Kulturleben theilen, und selbst wieder unter dem Einflusse stehen, den die Gemeinschaft auf sie ausübt, das Volksbewusstsein in geistiger Richtung seinen ergänzenden und in gewissem Sinne leitenden Ausdruck findet. Eine Grundbedingung bleibt jedoch jeder Zeit, neben der Wechselwirkung, in welcher Volk und Gesetzgeber stehen müssen, dass die Formulierung des Rechts, die Satzung, stets in Uebereinstimmung stehe mit den Grundanschauungen, wie sie im Volke ruhen, diese wohl leiten und veredeln dürfen, aber stets zu ihrem Ausgangspunkt zu nehmen

haben. Nur dann wird das positive Recht den wirklichen und wahren Bedürfnissen des Volkes entsprechen, der innern Fortbildung fähig sein und bleibenden Bestand haben.

Die Anforderungen, die dadurch an den Gesetzgeber gestellt werden, sind freilich ernste und grosse. Seine Pflicht wird es vor Allem sein mit offenem Auge die wahren Bedürfnisse des Volkes zu erkennen zu suchen, und da wo er solche erkannt hat, diesen in Harmonie mit der übrigen Rechtsgesetzgebung und geleitet von dem Ideal des Rechts, die richtige Form der Erfüllung zu finden. Dies erfordert jedoch eingehendes Studium und sorgfältige und rechtzeitige Vorbereitung, damit nicht im Drange der Nothwendigkeit einer raschen Einführung des Gesetzes dies selbst in seiner Ausarbeitung darunter leide. Das Gesetz soll zudem nicht allein reiflich durchdacht, sondern auch in seiner äussern Form klar und einfach sein, so dass dessen Inhalt Jedem leicht erkennbar ist, und nicht Gelegenheit biete zu den verschiedenartigsten Auslegungen, welche, wenn auch nicht absolut unausweichbar, immerhin geeignet sind, das Ansehen des Gesetzes und des Rechtes an sich zu schwächen.

Der schweiz. Juristenverein hat sich von jeher zur Aufgabe gemacht, wenigstens was die Kenntniss des bestehenden Rechts betrifft, sowie die Entwicklung einer den Zeitbedürfnissen entsprechenden Rechtsgesetzgebung, an der Erreichung jenes Zieles durch Besprechung im Kreise der Fachgenossen mitzuarbeiten. Darin besteht ein nicht zu unterschätzendes Verdienst desselben, da er dadurch dem Lande selbst, dem gesammten Schweizervolke nachhaltende wahre Dienste leistet. Möge der schweiz. Juristenverein das schöne Ziel sich stets vor Augen halten, und möge letzteres seinen Mitgliedern immer mehr ein Sporn sein zu thätiger Arbeit und reger Theilnahme an den Verhandlungen des Vereins.

Gestatten Sie mir nun noch jener Mitglieder zu gedenken, die im verwichenen Jahr uns durch den Tod entrissen wurden. In erster Linie ist desfalls zu nennen Dr. Emil Vogt, der, ein Deutscher von Geburt, in der Mitte der 30er Jahre mit seinem Vater nach Bern übergesiedelt war, wo er 20 Jahre associirt mit Niggeler als Anwalt praktizirte, bis er im Jahre 1869

selbst auf den Lehrstuhl des römischen Rechts berufen wurde. Emil Vogt war eine genial angelegte, auch künstlerisch reich begabte Natur, im geselligen Verkehr, wie auf dem Katheder und dem Advokatenpulte von Geist und Leben übersprudelnd. Ideenreich und scharfsinnig hat er durch seine überall anregende Natur die neue eidgenössische und kantonale Rechtsentwicklung, namentlich das Werden des eidg. Obligationenrechts, dessen Einbürgerung seine letzten Kräfte gewidmet waren, vortheilhaft beeinflusst und auch als akademischer Lehrer auf seine Schüler entscheidend und nachhaltig eingewirkt. Mit reichem Gemüth begabt, war er zugleich ein scharfer Denker und drastisch witziger Kopf und dabei ein edler Charakter.

In Glarus starb unser langjähriges Vereinsmitglied Advokat Kaspar Hauser, ein tüchtiger Anwalt mit umfassendem Wissen und grosser Schlagfertigkeit, welche Eigenschaften ihm auch in seinem Heimatkanton einen hervorragenden Einfluss auf politischem Gebiete verschafften.

In St. Gallen verschied Fürsprech Eduard Stadler, mehrjähriger Bezirksammann der Stadt St. Gallen, der das schwierige Amt mit Geschick und Hingebung verwaltete, und auch später als Mitglied des städtischen Bezirksgerichts an der kantonalen Anklagekammer seiner Vaterstadt und dem Kanton vielfach Dienste leistete.

Zug verlor einen seiner hervorragendsten Männer, den alt-Ständerath, Gerichts- und Stadtpräsident Karl Anton Landtwing, einen Mann edlen Herzens, rastlos arbeitend, überzeugungstreu, voll warmer Theilnahme für Volksbildung, zugleich mit gründlicher juristischer Bildung, der sich speziell auch auf dem Gebiete der Gesetzgebung durch den Entwurf eines Strafgesetzbuches wie einer Strafprozessordnung bethätigte, welche letztere leider, obwohl aus dem Jahr 1874 stammend, zur Zeit vom dortigen Grossen Rathe noch nicht durchberathen worden ist.

In Basel verloren wir den Dr. Adolph Christ, Substitut des dortigen Staatsanwalts, und in Genf den Advokaten Jean Antoine Amberny, der ein viel beschäftigtes und in grossem Ansehen gestandenes Advokaturbureau gegründet hatte.

Möge ihnen Allen ein freundliches Andenken gewidmet sein.
Hiemit erkläre ich die Jahresversammlung des schweiz.
Juristenvereins als eröffnet.

I.

Nach Eröffnung der Tagesordnung werden zu Sekretären berufen die Herren Fürspr. Dr. *Weibel* aus Luzern und Prof. *F. H. Mentha* in Neuenburg,
und zu Stimmenzählern die Herren Prof. Dr. *Schneider* in Zürich und Advokat *Rambert* in Lausanne.

II.

Es werden folgende Herren zu Mitgliedern des Vereins aufgenommen:

1. Hr. *Scherrer*, G., Fürsprech in St. Gallen.
2. „ *Müller*, Othmar, Bezirksgerichtsschreiber in Wyl.
3. „ *Rehfous*, Louis, Docteur en droit, in Genf.
4. „ *Dr. Brunner*, A., Fürsprech in Lichtensteig, Ct.St.G.
5. „ *Büttiker*, Eugén, Fürsprech in Olten.
6. „ *Dr. Gsell*, Robert, Bezirksammann in St. Gallen.
7. „ *Hartmann*, Georg, Kantonsgerichtsschreiber, St. Gl.
8. „ *Broder*, Hans, Kantonsrath in Sargans.
9. „ *Dr. David*, H., Bezirksgerichtsschreiber, St. Gallen.
10. „ *Kobelt*, Verhörerichter in Trogen.
11. „ *Thurnheer*, J., Sohn, Fürsp. u. Rechtsag. St. Gallen.
12. „ *Mentha*, H., Professor in Neuchâtel.
13. „ *Hanimann*, J., Redaktor in Rorschach.
14. „ *Künzler*, Bezirksamtsschreiber in St. Fiden, (St.Gl.)
15. „ *Büser*, J., Bezirksamtsschreiber in St. Gallen.
16. „ *Kuntschen*, J., Advokat in Sitten.
17. „ *Dr. Rott*, Bundesgerichtsschreiber in Lausanne.
18. „ *Dr. Ernst*, Max, Advokat in Zürich.
19. „ *Ammann*, Alfred, Bezirksrichter in Zürich.
20. „ *Gmür*, Karl, Staatsanwalt in St. Gallen.
21. „ *Dr. Stehlin*, Karl, in Basel.
22. „ *Dr. Schoch*, Obergerichtssecretär in Zürich.
23. „ *Meile*, Eduard, Bezirksgerichtspräsident in Wyl.

24. Hr. *Hohl*, Johannes, Obergerichtsschreiber in Trogen.
25. „ *Dr. Zoller*, O., Kriminalgerichtsschreiber in Trogen.
26. „ *Walliser*, Bezirksammann in Tablat (St. Gallen).
27. „ *Dr. Holenstein*, Thom., Fürspr. in Butschwil, (St.G.)
28. „ *Binz*, Urs Jos., Fürsprech & Notar in Dornach.
29. „ *Dr. Hug*, A., Fürsprech in Kreuzlingen.
30. „ *Scherrer*, Jos. Ant., Fürsprech in Sulgen.
31. „ *Eder*, Leonz, Gerichtspräsident in Bischofszell.
32. „ *Schmid*, Martin, Fürsprech in Mülheim.
33. „ *Wolf*, Fürsprech in Zürich.
34. „ *Schubiger*, Jos., Fürsprech in Uznach.
35. „ *Wild*, August, Advokat in Frauenfeld.

III.

Hr. Präs. Dr. *Morel* theilt mit, das die in Bellinzona erscheinende Zeitschrift: *giurisprudenza patria*, redigirt von den Herren Dr. Colombi, Sekretär des Bundesgerichtes, und Adv. St. Gabuzzi, in vier Exemplaren dem Vereine geschenkt wurde; derselbe ersucht gleichzeitig die Mitglieder, diese Zeitschrift, welche das eidg. Recht im Tessin einbürgert, durch Abonnement und anderswie möglichst zu unterstützen.

Ebenso berichtet er, dass Hr. Prof. Dr. Schneider ihm das erste Heft der vom Vereine subventionirten „*Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts*“, welche als Beilage der Zeitschrift für schweiz. Recht erscheint, zu Handen des Vereins überreicht habe.

IV.

Hr. Prof. Dr. *Hilty* eröffnet folgenden Bericht des Preisgerichtes über die eingegangene Lösung der vom Comité ausgeschriebenen Preisaufgabe: „*Kritische Beleuchtung der Frage unzulässiger Besteuerung für Kultuszwecke im Sinne von Art. 49 Lemma 6 der B.-V. und Vorschläge für den Entwurf eines daherigen Bundesgesetzes*“.

Es ist der vom Vereinscomite bestellten Expertencommission eine einzige Arbeit über diesen Gegenstand zugegangen unter dem Motto: „*suum cuique*“.

Dieselbe beginnt mit einem sehr kurzen historischen Theil, der der Expertenkommission etwas zu unbedeutend erscheint. Die sehr interessanten kirchenstaatsrechtlichen Verhältnisse der Eidgenossenschaft, namentlich seit dem Beginne der Reformation, dürften nicht bloß so kurz angedeutet werden, sondern müssten entweder eingehendere Behandlung finden, oder lieber aus der Arbeit weggelassen werden, die eine solche historische Einleitung nicht gerade unbedingt verlangt.

Ebenso müsste die ganz kurze Andeutung der nord-amerikanischen kirchenstaatsrechtlichen Verhältnisse entweder wegfallen, oder eine bestimmtere Auseinandersetzung derselben dafür eintreten.

Völlig entsprechend und genügend erscheint der Commission der nun folgende Theil, die Herleitung der jetzigen verfassungsmässigen Bestimmungen über die Cultussteuern aus den Motiven und Protokollen der Bundesrevisionszeit. Ebenso im Ganzen die bundesgerichtliche Praxis, obwohl hier Einzelnes, wie besonders der Fall Merian, noch essentieller behandelt werden dürfte und in Bezug auf einzelne Kritiken des Verfassers die Commission mit demselben nicht gänzlich einig gieng. Dieselbe hätte auch gewünscht, diesen Theil in der Weise besser geordnet zu sehen, dass zunächst die vorgekommenen Fälle besprochen und die Kritik des Verfassers am Schlusse mehr zusammenfassend angebracht worden wäre.

Die Commission hätte als Abschluss der ganzen Arbeit eine allgemeine wissenschaftliche Auseinandersetzung über das dermalige Eidg. Kirchenstaatsrecht überhaupt und namentlich seine zukünftige Entwicklung erwartet. Sie fand, dass der durch das am Schluss wiederholte Motiv „*suum cuique*“ angedeutete eigene Standpunkt des Verfassers der Preisarbeit ein zu undeutlicher sei, indem gerade über das „*suum*“ am meisten Differenzen obwalten und die Sache daher etwas prinzipieller gefasst werden müsse. Der Referent selbst knüpft hieran noch eine kurze Auseinandersetzung seines Standpunkts, wonach die zukünftige Lösung dieser Frage in der Unterstellung aller kirchlichen Genossenschaften unter das allgemeine Vereinsrecht liege, wozu das Eidg. Obl.-Recht bereits einen

gewissen Anfang gemacht habe. Die Commission macht den Vorschlag, dem Verfasser der Preisschrift einen Preis von Fr. 200 zuzuerkennen und seitens des Schweiz. Juristenvereins den Wunsch auszusprechen, der Verfasser möchte in Berücksichtigung dieser Andeutungen und unter einiger Revision der kantonal-staatsrechtlichen Auseinandersetzungen seine im Ganzen interessante und nützliche Arbeit noch mehr ausführen und zur Publication gelangen lassen.

Der Antrag des Preisgerichtes wird angenommen und es entsiegelt nun der Herr Präsident das mit dem Motto „suum cuique“ verschlossene Couvert, zufolge dessen als Verfasser der Preisschrift sich herausstellt: Hr. Dr. *Gustav Brodtbeck* in Liestal.

V.

Zu Rechnungsrevisoren werden gewählt die Herren Dr. *Eugen Curti*, Advokat in Zürich und Advokat *William Serment* in Genf.

VI.

Der Verein geht nun zur Behandlung des ersten Diskussionsthemas über, zur Berathung

Ueber die Vorschriften kantonaler Gesetze über den Beweis der Verträge im Verhältniss zu den Bestimmungen des eidg. Obligationenrechtes über die Gültigkeit der Verträge.

Hr. Prof. Dr. *Zeerleder* fügt seinem den Mitgliedern bereits gedruckt mitgetheilten Referate, indem er dieses resümiert und bezüglich der im Referat (S. 12, Zeitschr. S. 492) angeführten Civilprozessordnung von Appenzell a.-Rh. berichtet, dass dieser Canton nunmehr eine solche vom 25. April 1880 besitzt (siehe Zeitschr. XXII, Abth. 3, Seite 124), noch folgende Erörterungen an:

Eigentlich hätte der Hr. Koreferent beginnen sollen, welcher den gegenwärtigen bzw. bisherigen Zustand angreift, und nicht der Referent, welcher ihn vertheidigt. Es ist ja eine bemerkenswerthe Erscheinung, dass diesmal der französische Referent sich als Centralisten erweist, während der

deutsche die Rechte der Kantone vertheidigt. Man darf nämlich nie die Grenze vergessen, welche dem Bunde und den Kantonen gezogen ist. Der Civilprozess ist den Kantonen verblieben und damit auch das Recht zu bestimmen, wie Verträge bewiesen werden können. Der Referent legt vorab die Punkte dar, in welchen er mit dem Koreferenten einig geht.

Bezüglich der Formen der Privaturkunden, welche das französische Recht zur Beweiskraft derselben erfordert („Bon pour . . .“, Ausfertigung in verschiedenen Exemplaren bei synallagmatischen Verträgen), hält er daran fest, dass die Parteien durch den Vertrag gebunden sind, dieser aber durch die mangelhafte Urkunde allein nicht bewiesen werden kann. So sonderbar das erscheint, so ist es doch nicht sonderbarer als der auch vom Hr. Koreferenten angenommene Satz, dass Verträge gültig sein und doch nicht bewiesen werden können. Die Art. 12 und 13 O.-R. beschäftigen sich nur mit Verträgen, nicht mit andern Rechtsgeschäften: Zahlung, Verzicht u. s. f. Warum sollen für eine Quittung die alten Formvorschriften gelten, für den Schuldschein nicht? Die Theorie des Hrn. Koreferenten führt dazu, dass man neben dem eidgenössischen und kantonalen Civilrechte auch ein eidgenössisches und kantonales Beweisrecht bekommt, sie ist also nicht so einfach, wie sie auf den ersten Anblick erscheint. Dabei ist nicht zu übersehen, dass der Referent für die Werthpapiere eine Ausnahme macht, weil hier die Solennitäts- und Beweisfrage absolut zusammenfallen. Die Werthpapiere unterscheiden sich nicht nur ökonomisch von andern Schuldschriften, sondern sind auch juristisch etwas Besonderes.

Es entsteht allerdings noch die Frage, ob der Richter in der Beweisfrage an sein eigenes Recht oder an dasjenige des Ortes, wo ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde, gebunden sei. Allein wie sollte der Zürcher Richter über einen in Genf geschlossenen Vertrag den Schiedseid zulassen oder abnehmen, wo sein Gesetz von diesem Beweismittel nichts weiss und nichts wissen will. Letzteres ist *juris publici* und der Richter ist an das stillschweigende Verbot der Abnahme des Haupteides gebunden.

Der gegenwärtige Rechtszustand ist ein sehr unbefriedigender und es besteht aus politischen Gründen keine Aussicht, dass eidgenössisches Recht hier bald ändernd eingreife. Aufgabe der Juristen wird es daher sein in den Kantonen dafür zu sorgen, dass die Kantone die bestehenden Uebelstände abstellen, dass die deutschen Kantone ihre formelle Beweistheorie fallen lassen und die französischen Kantone ihre Abhängigkeit vom Code aufgeben und ihr Beweisrecht dem O.-R. anpassen.

Mons. le Dr. Prof. *Carrard* fait son co-rapport: Aussi longtemps que le système de la preuve variera de canton à canton, l'unité que le Code fédéral des Obligations doit, en principe, mettre dans la jurisprudence de toute la Suisse ne sera qu'une vaine apparence. La doctrine de la preuve est intimement liée à celle de la création de l'obligation; on les distingue dans l'enseignement, la vie pratique les mêle, le Conseil des Etats l'avait compris; l'orateur regrette que son opinion n'ait pas prévalu. Le Conseil National a décidé que les cantons pourraient conserver leurs prescriptions sur la preuve testimoniale, sur la valeur des livres de commerce; voilà l'esprit de notre loi, qu'on a sans doute quelque peine à dégager de la lettre.

Le Code des Obligations Art. 12 et 13, crée des titres probants, et il est impossible que les tribunaux cantonaux comme certains jurisconsultes le prétendent élèvent la prétention de contester la force probante de ces actes, de la subordonner à l'accomplissement de formalités établies par la loi Cantonale.

Le Code s'occupe certainement de preuves; il parle des indices. Pourquoi en eût-il parlé, s'il n'avait point voulu modifier à cet égard les législations cantonales? Il parle aussi d'expertises. Tout cela serait en vain.

Et le Code fédéral ne traite-il pas de la lettre et du billet de change avec une telle étendue qu'il n'appartient pas aux cantons, en établissant un système spécial de preuves, de paralyser dans ce domaine le nouveau droit fédéral? Qui peut le plus, peut le moins; la crainte de violer la Constitution fédérale n'a pas empêché le législateur de soumettre, pratique-

ment et théoriquement, tout le domaine des valeurs à une loi unique. Et il faudrait que les Art. 12 et 13 ne fussent qu'une lettre morte, un vœu pieux, que les tribunaux pourraient impunément subordonner aux dispositions particulières des cantons?

Dans le Canton de Berne les règles du Code français sur la date certaine, la légalisation des signatures ont été maintenues pour le Jura, tandis que l'ancien canton ne les connaît pas. Une cession faite sous seing privée (non légalisée) à Porrentruy le 1 Juillet est postérieur à une cession sous seing privée faite à Berne le 15 Juillet de la même année.

Les recours de droit privé, les appels au Tribunal fédéral seront rares; la plupart des causes ne pourront y être portées. Mais il est nécessaire d'admettre que lorsque les tribunaux cantonaux appliqueront, dans une cause non susceptible d'appel devant le Tribunal fédéral, des principes contraires à ceux du Code fédéral, la partie lésée pourra former un recours de droit public auprès de cette même autorité.

Toute la théorie de la transmission de la propriété — lorsqu'elle est transférée au moyen des titres qui représentent les objets — warrants, connaissements — toute cette théorie que le Code fédéral établit une et la même pour toute la Suisse, sera dans la pratique mutilée, anéantie par l'admission de l'indépendance des cantons, en matière de preuves?

La procédure doit, c'est là sa mission, permettre d'appliquer le droit: notre procédure si l'on n'unifie pas la doctrine de la preuve, défendra de l'appliquer. Le Tribunal fédéral a sa loi de procédure, chaque Etat confédéré a la sienne; toutes coexistent, et chacune à son tour permettra ou empêchera l'application des principes de notre loi Commune.

La justice est une; et pour lui laisser ce caractère, sous lequel elle n'existe pas, il est nécessaire d'unifier la procédure probatoire pour toutes les causes où l'on doit appliquer le Code fédéral.

Quelle procédure probatoire est la meilleure? Nous n'avons pas à le dire, à le décider ici: il nous suffira d'émettre le vœu que les autorités fédérales veuillent bien compléter leur

ouvrage en étudiant cette question, dont il est nécessaire de ne point remettre la solution.

Hr. Präsident Dr. *Morel* verdankt die beiden Referate, welche einen trefflichen Ueberblick über die Sachlage geben und wegen Abgang eines einheitlichen Civilprocesses die Blößen des bestehenden Rechtszustandes aufdecken.

Wir machen heute ein Praktikum betreffend die Einführung des O.-R. und hoffentlich wird diese Besprechung für die Praktiker wie für das rechtsuchende Publikum von Nutzen sein.

Hr. Prof. *A. Heusler* steht mit seiner Auffassung in so entschiedenem Gegensatze zu der Ansicht des Referenten, dass er sie gerne sofort präcisiren möchte, um der Discussion eine bestimmte Richtung auf den hauptsächlichen praktischen Punkt zu geben. Die Frage ist, ob die Bestimmungen des Code civil livre III, tit. III chap. 6 de la preuve so schlechtweg nur den Beweis als processualisches Institut behandeln, oder ob nicht vielmehr ein starkes Element des materiellen Civilrechtes dabei im Spiele sei, speziell bei den praktisch wohl erheblichsten zwei Punkten der Vorschriften über Beweiskraft der Urkunden und Beschränkung des Zeugenbeweises. Man legt für die processualische Natur dieses ganzen Abschnittes zuerst das ganze Gewicht der französischen Jurisprudenz in die Waagschale. Aber es ist bei aller Hochachtung vor derselben nicht zu verkennen, dass sie in dieser Frage nicht den gesunden praktischen Blick bewährt, der ihr sonst eigen ist, sondern mehr academisch von der Sache handelt, weil ihr das practische Interesse an der Frage fehlt, es kommt ihr in den wichtigsten Beziehungen praktisch aufs Gleiche heraus, ob sie diese Sätze als civilrechtliche oder als prozessualische erklärt, denn es steht über dem Code kein anderes Gesetz, auf dessen Anwendbarkeit die Entscheidung Einfluss übt. Bei uns ist das der Fall, und dieser Umstand, der den Franzosen gar nicht denkbar war, ist geeignet, der Frage eine andere Seite abzugewinnen und den Blick auch in juristischer Beziehung zu schärfen. Wir müssen bei näherer Betrachtung in der That zu dem Resultate gelangen, dass in diesem Abschnitt des

C. c. de la preuve nicht nur die Bedingungen der gerichtlichen Beweisbarkeit, sondern die Bedingungen der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte behandelt sind. Das Beweisrecht gehört sowohl dem Civil- als dem Prozessrechte an und es muss sehr bestimmt von einander geschieden werden, was civilrechtlicher und was prozessualischer Theil des Beweisrechtes ist. Civiles Beweisrecht ist alles das, was für ein bestimmtes Civilrechtsverhältniss besondere Beweisgrundsätze aufstellt, sei es den Beweis erleichternd (z. B. durch Annahme von Präsumtionen), sei es den Beweis erschwerend, und wo diese speziellen Sätze begründet sind in der Natur des Rechtsverhältnisses, die ratio legis in der Begünstigung oder Erleichterung oder Erschwerung der Eingehung dieses Rechtsverhältnisses liegt. Prozessualisch ist das Beweisrecht in denjenigen Sätzen, welche ohne Rücksicht auf ein bestimmtes Rechtsinstitut und Rechtsverhältniss, rein aus Gründen eines zweckmässigen Prozessgangs, die Beweisführung regeln. Es ist daher bei diesen Bestimmungen des französischen Rechtes immer zu ermitteln, was ihr Grund, ihre ratio ist. Also z. B. wenn ein Gesetz den Zeugenbeweis ganz ausschliessen würde, weil Zeugen ein zu unzuverlässiges Beweismittel seien, man zu viele Meineide von Zeugen riskiere oder dgl., so geschähe das aus Gründen des Prozessrechtes. Anders aber stellt sich sofort die Sache, wenn das Gesetz über Verträge höheren Betrags keinen Zeugenbeweis zulässt. Dort ist der Grund der Bestimmung hergenommen aus der Qualität der Zeugen als Beweismittel, hier aus der Qualität der causa als Object der gerichtlichen Geltendmachung, aus dem Bedürfnisse solche Geschäfte von vorneherein auf eine festere Basis als auf Zeugenbeweis, und zwar auf Urkunden zu stellen. Dieser letztern Art sind nun aber die meisten Sätze des angeführten chap. 6 des C. c., besonders diejenigen über die Requisite vollkräftiger Urkunden. Man unterscheidet bekanntlich formelle und materielle Beweiskraft der Urkunden, die Bedingungen der ersteren sind prozessualischer Natur, diejenigen der letztern haben ihren Sitz im Civilrechte; zu diesen letztern gehört aber nicht nur, dass der Inhalt der Urkunde den damit geltend gemachten Anspruch vollgenügend

begründe, sondern doch wohl auch das, was an bestimmten Eigenschaften für die Urkunde Behufs Herstellung der Gültigkeit des darin vollzogenen Rechtsgeschäfts verlangt wird. Denn in diesem Falle lässt sich Gültigkeit des Vertrags und Beweiskraft der Urkunde nicht von einander trennen. Man stelle sich nur den Fall vor, dass ein Waadtländer einen vom Gläubiger geschriebenen und ihm zur Unterzeichnung vorgelegten Bürgschaftsschein unterschreiben würde, ohne das *approuvé* oder *bon pour* des Code beizusetzen; wäre es denkbar, dass, wenn der Bürge den Abschluss des Vertrags läugnen und Beweis verlangen wollte, ein Richter aussprechen dürfte: aus der mir vor Augen gestellten Urkunde geht die gültige Eingehung der Bürgschaft laut schweiz. O.-R. unzweifelhaft hervor, aber weil die Urkunde laut Waadtländer Recht nicht beweiskräftig ist, so hat sie keinen Werth und muss der Gläubiger abgewiesen, die Bürgschaft nicht anerkannt werden. Das wäre ein Widerspruch in sich selbst, den der H. Referent allerdings dadurch zu heben sucht, dass er durch das O.-R. blos ein Minimum von Formvorschriften aufgestellt findet, das die Kantone erweitern dürften. Aber der Wortlaut und der Sinn des O.-R. ist das nicht, sondern diese gehen dahin, dass ein absolutes Maass für die Form, die zur Gültigkeit der Verträge erforderlich ist, aufgestellt sein soll. Wenn dem aber so ist, so dürfen die Kantone auch nicht für diejenigen Verträge, die nach O.-R. formlos schon gültig sind, die strengern Beweisvorschriften festhalten, die ihnen für die formellen Verträge entzogen sind, weil damit das ganze Prinzip und System des O.-R. umgestürzt und eigentlich in fraudem dieses Gesetzes gehandelt würde. — Weiter scheint für die Beschränkung des Zeugenbeweises dasselbe zuzutreffen wie für die Erschwerung des Urkundenbeweises. Im Vorbeigehen sei bemerkt, dass der bekannte Art. 1341 des Code Napoléon eigentlich für die hier vertretene Ansicht sehr günstig ist; er sagt: alle Verträge, deren Gegenstand den Werth von Fr. 150 übersteigt, sollen schriftlich abgefasst werden und es wird gegen den Inhalt der Urkunde und über nicht darin Enthaltene kein Zeugenbeweis zugelassen; das ist doch sehr deut-

lich: 1. Vorschrift der schriftlichen Form für diese Verträge, womit von selbst gegeben ist Ausschluss jedes andern Beweismittels als des schriftlichen Akts, weil ohne letztern der Vertrag nicht zu Stande gekommen ist; 2. Verbot der Widerlegung der Urkunde durch Zeugen, was aber etwas ganz anderes ist als Verbot des Beweises des Vertrags durch Zeugen. In schweizerischen Rechten, z. B. Code civil Vaudois Art. 997, ist das allerdings dahin geändert, dass kein Zeugenbeweis für Verträge über Fr. 800 zugelassen werde. Da ist dann freilich die Frage zweifelhafter, ob das eine bloß prozessualische Beweisvorschrift sei, die trotz dem O.-R. fortbestehe. Was dazu führt, diese Bestimmung als mit dem Obligationenrecht unverträglich zu erklären, ist das, dass dieselbe solche Verträge über Fr. 800 in eine Ausnahmestellung setzt, welche nicht prozessualischen Grund hat, sondern materiell civilrechtlichen. Der Zeugenbeweis ist prozessualisch betrachtet bei solchen Rechtsgeschäften nicht schwieriger, hat keine grössern Inconvenienzen als bei Verträgen unter Fr. 800, die Zeugen sind nicht schwerer beizubringen, sind an sich nicht unzuverlässiger als bei Verträgen über bloss Fr. 100, sondern die ratio legis ist schliesslich eben doch, dass man für den Abschluss solcher Verträge eine grössere Vorsicht verlangt, dass man (C. c. Vaud 995) schriftliche Form will, nicht bloß für den Beweis, sondern für das Zustandekommen des Vertrags. Diese Bestimmung des Art. 997 neben dem O.-R. handhaben würde darum nicht weniger ein Handeln in fraudem legis (des O.-R.) bedeuten als die Aufrechterhaltung der besondern Vorschriften über die Eigenschaften der Urkunden.

Man darf sich für die hier bekämpfte Ansicht nicht darauf berufen, dass sie der Wille des Gesetzgebers gewesen sei, wie aus den Verhandlungen der Bundesversammlung hervorgehe. Es ist richtig, dass der Bundesrath eine Fassung vorgeschlagen hatte, welche ausdrücklich diese Beweisvorschriften des französ. Rechts aufgehoben hätte; es ist ebenso richtig, dass die Bundesversammlung schliesslich vorzog, sich über die Frage des Beweises nicht auszusprechen. Aber erstens ist damit die fortdauernde Gültigkeit des chap. 6 de la preuve nicht

gesetzlich anerkannt worden; für Interpretation und Anwendung des Gesetzes sind die Motive und Verhandlungen ein unbrauchbares Material, jedenfalls ein höchst gefährliches und sehr vorsichtig anzuwendendes, das Gesetz muss sich aus sich selbst erklären, sein Sinn, seine Tragweite muss sich aus ihm selbst ergeben und unter allen Umständen nur aus dem, was es sagt, nicht aus dem, was der Gesetzgeber sich gescheut hat zu sagen und absichtlich unbestimmt gelassen hat wie hier. Zweitens aber: wollten wir auch annehmen, der Gesetzgeber habe die Beweisvorschriften offen lassen wollen, so könnte sich das nur auf diejenigen beziehen, welche prozessualischer Natur sind, nicht aber auf die, welche in Wirklichkeit die Gültigkeit der Verträge officieren.

Wenn schliesslich die Meinung geäussert worden, dass nur durch eine schweizerische Civilprozessordnung zu helfen sei, so ist das ein schlimmer Trost. Eine solche würde als nothwendige Voraussetzung eine einheitliche Gerichtsorganisation fordern, welche jetzt und wohl auf längere Zeit bei uns nicht erreichbar ist. Ueberhaupt sollte ein Juristenverein nicht gleich bei jeder Schwierigkeit der Lösung durch ein neues Gesetz rufen, sondern zuerst auf dem Boden der bestehenden Gesetze die Lösung zu erreichen suchen. In unserm Falle ist das möglich, und es darf dem Bundesgerichte vertraut werden, dass es durch einige wenige Urtheile den in unsrer Frage einzig zulässigen Standpunkt in kurzer Zeit feststelle.

Hr. Prof. Dr. *Schneider* hält dafür, dass man die Bedeutung der Verhandlungen der Räthe nicht unterschätzen solle. Dieselben ergeben klar und deutlich, dass man bewusst alle Beweisfragen den Kantonen zuweisen wollte. Man sagte nicht bloss nichts, sondern beschloss das nach langer Debatte. Der Hr. Koreferent hat den gegenwärtigen Zustand etwas zu schwarz gemalt. Die Einführung des O.-R. hat doch grosse Fortschritte gebracht, wenn auch eine volle Einheit nicht erzielt ist. Gerade die von Hrn. Carrard erwähnte Frage der Cession (These 3) beweist, dass im O.-R. zwischen der Perfektion und der Beweisbarkeit eines Rechtsgeschäftes unterschieden ist. Die Cession ist perfekt ohne Schrift, aber Dritten

gegenüber nicht beweisbar. Gewiss enthält das O.-R. viele Vorschriften, welche vielfach als Beweisfragen, als Prozessrecht angesehen werden; allein das entscheidet nicht, die Frage gestaltet sich im Einzelnen so, ob die Vorschrift sich wirklich als eine Bestimmung des materiellen Rechtes oder eine wirkliche Regel des Prozesses darstelle. Wenn Hr. Carrard sagt, das O.-R. enthalte ja Präsumtionen, so ist dagegen einzuwenden, dass eben viele Präsumtionen civilrechtlicher und nicht prozessualischer Natur sind.

Prinzipiell steht Hr. Prof. Schneider mehr auf dem Boden des Referenten, allein er zieht nicht alle Konsequenzen, die derselbe gezogen hat. Die Frage, ob ein Handzeichen Beweis erbringe, ist eine Frage des Prozessrechtes; dagegen ist es umgekehrt mit der Forderung des „Gut für“ und der mehrfachen Ausfertigung synallagmatischer Verträge. Diese beiden Punkte sind materielles Civilrecht. So wurde die Sache auch in den Berathungen der Räthe, welche nicht zu unterschätzen sind, angesehen.

Hr. Dr. *Eduard Heusler* von Basel beantragt zum voraus keine Beschlüsse zu fassen, weil wir nicht in die Legislation eingreifen dürfen. Die Präsumtionen sind von Prof. Dr. Schneider richtig als theilweise materiellrechtlicher Natur bezeichnet worden. Dagegen ist er gegen die gesetzliche Interpretation, d. h. die Auslegung aus den Verhandlungen. Das Gesetz muss aus sich selbst erklärt werden; das ergibt sich namentlich auch aus dem Grunde, weil wir das fakultative Referendum haben und das Volk nur das Gesetz und nicht die vorangehenden Verhandlungen genehmigt.

Hr. *Leo Weber*, Adjunct des eidg. Justizdepartements erachtet es für wesentlich, dass alle Formvorschriften des O.-R. als materiellrechtliche Sätze angesehen werden müssen, auch der Satz, dass das beglaubigte Handzeichen die Unterschrift ersetzt, und dass diese Vorschriften alle gegentheiligen Bestimmungen der kantonalen Rechte beseitigen. Es muss unbedingt genügen, wenn Jemand die Formen erfüllt, welche das O.-R. aufstellt. Dagegen mag den Kantonen vollständig überlassen bleiben, Beweisvorschriften aufzustellen für diejenigen Verträge, für welche das O.-R.

keine Formvorschriften enthält. Er beantragt zu beschliessen, dass die Formvorschriften des O.-R. als vollgültige Beweisformen anerkannt werden sollen.

Hr. Prof. Dr. *König* wendet sich gegen diesen Antrag, da es nicht angehe aus materiellen Formvorschriften ausschliessliche Beweisregeln zu machen. Die Formvorschriften des O.-R. betreffen nur die Perfektion der Verträge, schliessen aber nicht aus, dass nicht ein anderer Beweis darüber stattfindet, z. B. beim Untergange eines schriftlichen Vertrages ein Zeugenbeweis über denselben. — Sehr entschieden wendet sich der Redner gegen die Ausführungen des Hrn. Prof. Schneider über die historische Interpretation. Was den Richter bindet, ist nur das Gesetz, nicht die vielleicht irrige Ansicht, welche darüber in den Räthen Platz griff.

Mons. l'avocat *Jacottet* de Neuchâtel: Il ne s'agit pas de savoir si la question de la preuve appartient au droit matériel, ou à la procédure. Cette question est hors de cause, car elle a été tranchée, à tort ou à raison, par le législateur lui-même qui a donné à l'article 9 sa rédaction définitive en retranchant du projet les mots „ni pour la preuve“. L'intention et le but de ce retranchement sont clairement indiqués par les débats qui l'ont précédé dans l'assemblée fédérale. Ne pouvant se mettre d'accord sur la preuve testimoniale que les députés de la Suisse allemande ne voulaient pas sacrifier, et que ceux de la Suisse française voulaient restreindre, on convint de laisser de côté les questions de preuve comme appartenant à la procédure et par conséquent à la législation cantonale.

Aussi dans les lois destinées à coordonner le Code fédéral avec leurs législations, la plupart des cantons ont ils réservé les questions de preuves.

Il n'est pas possible dès lors de procéder, comme on le propose, et de faire par voie d'interprétation judiciaire ce que l'assemblée fédérale elle-même n'a pas voulu faire législativement.

La Loi existe. Mais elle peut être modifiée et la transaction entre les partisans et les adversaires de la preuve testimoniale qui n'a pu aboutir une première fois peut encore être tentée.

C'est sur ce terrain qu'il faut travailler. Une fois cet obstacle écarté, il sera facile de s'entendre et rien ne s'opposera plus à ce que la Confédération légifère sur la preuve.

Quant aux articles 12 & 13, l'orateur estime qu'ils doivent être absolument respectés, et que les lois cantonales ne peuvent exiger d'autres formalités que celles requises par ces articles.

L'orateur appuie la proposition de Mr. Weber et il répond à Mr. le professeur König que ce n'est pas l'existence du contrat de cautionnement, mais l'existence de l'acte qui le constatait que la partie sera admise à prouver par témoins, en sorte qu'il n'y a aucune contradiction.

Hr. *Leo Weber* erklärt die Auffassung des Hrn. Prof. König über sein Votum als unrichtig; er ist vollständig einverstanden, dass eine verloren gegangene Urkunde durch Zeugenbeweis ersetzt werde. Das scheint ihm selbstverständlich. Hiegegen spricht es nicht, wenn man sagt, die Formvorschriften des O.-R. seien als vollgültige Beweisformen anzusehen.

Hr. *RR. Thuli* von St. Gallen ist mit Leo Weber einverstanden, nur gibt er nicht zu, dass die Kantone Beweisvorschriften aufstellen für jene Verträge, für welche das O.-R. Formvorschriften nicht enthält. Das gieng gegen Art. 9 O.-R., welcher unter „Gesetz“ nicht jedes Gesetz, sondern nur sich selbst, dieses Gesetz versteht.

Mons. le Cons. *Cornaz* de Neuchâtel veut résumer la question telle qu'il la comprend et qu'il la connaît. Il résulte des délibérations des chambres fédérales et de leurs commissions que tout ce qui touche à la validité des contrats mobiliers a été fixé par le Code fédéral, et qu'en revanche tout ce qui touche à la preuve a été envisagé comme une question de procédure et laissé aux cantons.

Les conseils et leurs commissions se sont peu occupés de la question de la validité au sujet de laquelle tout le monde était d'accord. Peut-être a-t-elle été traitée plus à fond dans les commissions de première rédaction nommées par le conseil fédéral. En revanche, les conseils et leurs commissions se sont d'autant plus vivement préoccupés de la question des

preuves des contrats. Il était impossible de s'entendre: les représentants d'une partie de la Suisse voulaient admettre la preuve testimoniale pour tous les contrats; les représentants d'autres cantons voulaient y apporter d'importantes restrictions. Le Code, dans sa rédaction actuelle, est une transaction sans laquelle il aurait été rejeté. La Société des juristes donnerait un mauvais exemple au pays en voulant, comme on le propose, donner à la jurisprudence du Tribunal fédéral le droit de renverser les décisions expresses de l'assemblée fédérale sur ce point essentiel. On ne peut pas séparer le texte d'une loi des délibérations législatives, qui en sont le premier et le meilleur des commentaires. Cela ne s'est jamais fait nulle part. En France, on a toujours attaché une grande importance aux discussions des rédacteurs du Code civil et du Tribunal.

La Suisse romande n'est pas en cette matière aussi intransigeante qu'on se l'imagine, mais il faut qu'on tienne à son égard la parole donnée. Si la Suisse romande attache une grande importance à généraliser le plus possible la forme écrite des contrats, qui marche de pair avec le développement de la culture générale, elle sait aussi que les contrats écrits peuvent être des instruments d'erreur, de simulation ou de fraude, en sorte qu'en défautive il faut laisser pour l'appréciation des preuves la plus grande latitude possible à l'appréciation du juge. Mais nous n'avons pas encore en Suisse un corps judiciaire assez fort pour qu'on puisse en toute confiance lui donner cette latitude. Peut-être, d'ici à 10 ou 15 ans, réussirons-nous à en former un, et alors nous pourrions nous entendre sans trop de difficultés par une procédure commune.

Hr. Prof. Dr. *König* wendet sich gegen die Ansicht, als ob seine Auffassung über die Interpretation des Gesetzes illoyal sei. Die Frage ob etwas zum Beweise gehöre oder nicht, habe eben der Richter zu entscheiden. Erinnt an die Aeusserung des grossen englischen Richters Cobburn, welcher in ähnlicher Lage sagte: das Parlament hat das Gesetz zu erlassen, der Richter zu interpretiren d. h. anzuwenden. Kömmt der Richter zu einer Interpretation, welche am Ende den Intentionen des Gesetzgebers nicht entspricht, so ist es die

Schuld des Letztern, der nicht deutlicher gesprochen hat. Man kann den Richter nicht in eine Zwangsjacke stecken und den gesetzgebenden Räthen nicht seine Befugnisse übertragen.

Mons. *Cornaz* réplique qu'il ne s'agit pas d'une disposition de détail, mais du point le plus essentiel sur lequel a pivoté en quelque sorte toute la discussion des chambres fédérales. Il serait étrange qu'on en voulût faire abstraction aujourd'hui. M. König a raison théoriquement lorsqu'il dit qu'il est plus correct de maintenir la question des preuves dans le droit matériel. Mais l'assemblée fédérale a bien su ce qu'elle faisait, elle a voulu que les choses se passent ainsi et n'a point péché par ignorance. Sa volonté, quelle qu'elle soit, doit être respectée.

Mons. l'avocat *Grivet* de Fribourg. — La question de la preuve n'en est qu'une pour la Suisse française: c'est elle qui s'en préoccupe et l'a soumise à la discussion. Les hommes de loi s'aperçoivent que le Code fédéral se heurte à une foule de dispositions cantonales sur la preuve; en vue de l'unification ils feront le sacrifice de leurs lois particulières; mais ils veulent qu'on les abolisse par une interprétation judiciaire souveraine, et non par voie législative; c'est au Tribunal fédéral qu'il appartiendra de trancher la question. Le Code des obligations doit recevoir partout son application et abroge évidemment les lois cantonales qui y sont contraires.

Hr. Prof. Dr. *Schneider* wendet sich ebenfalls gegen die Ansicht des Hrn. Prof. Dr. König. Gewiss ist die Interpretation des Gesetzes Sache des Richters, allein darum handelt es sich vorliegend nicht, sondern es fragt sich, wie so im Art. 9 O.-R. die Worte „und des Beweises“ beseitigt wurden. Hierüber sind die Verhandlungen der eidgen. Räte maassgebend, sie beweisen klar, dass man der französ. Schweiz eine Konzession machen wollte. Und dabei muss es bleiben. Es ergibt sich das auch daraus, dass man in den eidg. Räthen selbst schon über die Höhe der Summe sprach, bei welcher der Zeugenbeweis ausgeschlossen sein sollte.

Mons. le prof. Dr. *Carrard*. — Les art. 12 et 13 sont

susceptibles d'être étendus à une foule de contrats; l'art. 14 agrandit leur champ d'action. Toutes les fois que les parties auront résolu de donner à leur contrat la forme écrite, cette forme est celle que les art. 12 et 13 définissent et non pas une autre. Voilà ce que l'orateur voulait faire remarquer puisqu'on a perdu de vue ces questions pratiques pour en soulever d'autres générales et infiniment graves, auxquelles il ne pensait pas que ses thèses serviraient de prétexte.

Hr. *Zeerleder* findet es merkwürdig, dass Hr. Prof. Dr. Heusler dem Code gegenüber die Meinung vertritt, unsere französischen Eidgenossen sollten die Formvorschriften des Code nicht als prozessualische Vorschriften betrachten. Schon die ganze Systematik des Code ergebe die Richtigkeit der französischen Doktrin auf diesem Punkte. Die Besonderheiten des franz. Rechts in Betreff der Beweiskraft von Privaturkunden seien übrigens glücklicher Weise nicht von grosser praktischer Bedeutung.

Das Präsidium resumirt die Ergebnisse der Verhandlungen dahin: allseitig ist man einverstanden, dass, was die Gültigkeit der Verträge betrifft, einzig und ausschliesslich das eidgen. Obligationenrecht maassgebend ist, wogegen das Prozessverfahren festzustellen derzeit noch den Kantonen überlassen bleibt. Streitig ist aber, in wiefern eine Unterscheidung gemacht werden dürfe zwischen formalem Beweisrecht, das mehr prozessualer Natur, und materiellem Beweisrecht, bezüglich dessen einzelne Redner betonten, dass dasselbe mehr dem materiellen Civilrecht angehört und darum gleichfalls, soweit das eidgen. Obligationenrecht diesfalsige Vorschriften aufstelle, ausschliesslich diesem Gesetze unterliege. Streitig ist ferner, um noch eine andere spezielle Frage herauszugreifen, ob, wenn auch für materielles Beweisrecht die kantonalen Gesetze maassgebend wären, vom Richter für den Entscheid der Beweisfrage das Gesetz des Prozessortes oder des Ortes des Vertragsabschlusses anzuwenden sei.

Es wird sodann beschlossen, über die diskutirten Fragen keine Resolutionen zu fassen.

VII.

Der Hr. Präsident eröffnet zwei Motionen:

a) Eine solche von Hrn. Prof. Dr. *König* dahin lautend:

„Der h. Bundesrath möchte den Vorstudien und Vorarbeiten, welche der Durchführung einer grösseren Einheit des Rechts in seinen verschiedenen Gebieten nothwendig vorangehen müssen, schon jetzt seine volle Aufmerksamkeit widmen und dieselben in möglichst umfassender Weise vornehmen lassen.“

b) Eine solche von Prof. Dr. *Hilty*:

„1) Der schweizerische Juristenverein soll auf dem Wege einer Preisausschreibung zunächst für einzelne Abtheilungen oder Vorarbeiten, und sodann einer kommissionellen Berathung, ein schweizerisches Civilgesetzbuch und demnächst auch einen allgemeinen Civilprozess ausarbeiten lassen.

Er soll den zweiten Verhandlungstag seiner Versammlungen konsequent diesen Gegenständen widmen.

2) Er soll einen ständigen Sekretär, mit einer etwelchen Vergütung für Mühe und Auslagen, bestellen, dessen Aufgabe es ist, stets eine vollständige Sammlung aller kantonalen Gesetze zu erhalten.

Derselbe soll darüber zu jeder Jahressitzung ein Bülletin herausgeben.

3) Für jeden Kanton soll aus den Mitgliedern des Vereins ein bestimmter Referent bestellt werden, der die Pflicht übernimmt, mit dem ständigen Sekretär zu korrespondiren und ihn auf dem Laufenden zu erhalten.“

Die Behandlung der beiden Motionen wird auf morgen verschoben und sodann die Verhandlung Mittags 1 Uhr abgebrochen.

Sitzung vom 4. September.

I.

Der Hr. Präsident eröffnet zwei Depeschen, in welchen Hr. Prof. Dr. Al. von Orelli und Hr. Staatsanwalt Dr. Schmid in Altdorf, letzterer Namens des letztjährigen Lokalkomités, den Verein beglückwünschen.

II.

Auf den Antrag des Hrn. Prof. Dr. *König* wird beschlossen, das heute in München zusammentretende institut du droit international zu begrüßen und der Sympathien des Vereins für seine Bestrebungen zu versichern. Es geschieht dies mit folgendem Telegramm:

„Société Suisse des Juristes réunie à St. Gall présente à l'Institut ses salutations respectueuses et l'expression de sa sympathie pour le but ces travaux.“

III.

Hr. Dr. Eugen *Curti* berichtet über die von Herrn Bundesgerichtspräsidenten Roguin als Vereinsquästor gestellte Rechnung.

Die letztjährige Rechnung schloss auf 15. September 1882 mit einem Vermögen von Fr. 10479. —

Die Einnahmen betrugen . . . Fr. 2957. 85

Die Ausgaben (inbegriffen die

Ausrichtung zweier Preise, den

Druck zweier Preisarbeiten u.

die Subvention v. Fr. 800 an die

Zeitschrift für schweiz. Recht) Fr. 3425. 85

Mehrausgaben Fr. 468. —

Bleibt Vermögen auf 31. August 1883 Fr. 10011. —

Die Rechnung wird einmüthig genehmigt und verdankt.

IV.

Zum eigentlichen Verhandlungsgegenstande für den zweiten Tag waren

Die Folgen des Konkurses in civil- und strafrechtlicher Beziehung

bestimmt worden.

Hr. Oberrichter Dr. *Emil Zürcher* in Zürich resumirt sein bereits den Mitgliedern gedruckt zugestelltes Referat (Verhandlungen S. 79—114, in dieser Ztsch. S. 559 ff.) und fügt noch bei:

Einfacher wäre es, das Konkursstrafrecht als Bundes-sache zu erklären. Dazu hat der Bund die Kompetenz. Die Theilung zwischen Bundeskompetenz und kantonaler Kompetenz geschieht nach Rechtsinstituten; das Strafrecht ist aber nicht zum Schutze irgend eines einzelnen Institutes geschaffen, sondern sehr verschiedener; die nur aus Zweckmässigkeitsgründen zusammengefassten Bestimmungen des Strafrechts bilden nicht zusammen eine Kategorie objektiver Rechte, sondern sie gehören je zu dem Rechtstitel, der das Rechtsinstitut normirt, welches sie zu schützen haben. — Ein Recht ohne Strafbestimmung ist *lex imperfecta*, die Uebertragung der Normirung des Konkurses an den Bund enthält somit auch die Uebertragung der bezüglichlichen Strafgewalt. — Präcedenzen sind das Bundesstrafgesetzbuch, die Strafbestimmung des Markenschutzgesetzes. — Dagegen spricht allerdings die historische Interpretation, indem der Bundesverfassungsentwurf 1872 das Strafrecht ausdrücklich dem Bund übertragen wollte, dann aber vom Volk verworfen wurde.

Sodann stattet Referent den Herren, welche ihn durch Spezialreferate und andere Auskunftsertheilung in seiner Arbeit unterstützt haben, seinen Dank ab, nämlich den Herren Prof. Dr. Hilty in Bern, Dr. F. Schreiber in Arth, den Fürsprechern C. Zürcher in Zug, Legler in Glarus, Grivet in Freiburg, Clausen in Brig, Dr. Lutz in Thal, sowie Hrn Obergerichtsschreiber H. Hartmann in St. Gallen, Obergerichtspräsidenten Oberer in Liestal, Landammann W. Vigier in Solothurn und Stadtammann Walter in Schaffhausen.

Hr. Fürsprech Dr. *Arthur Hoffmann* in St. Gallen eröffnet folgendes Koreferat:

Wie soll sich die werdende Bundesgesetzgebung zu der Materie der strafrechtlichen und civilrechtlichen Folgen eines Konkurses stellen, was darf sie in ihren Bereich ziehen und wo hört die bundesrechtliche Kompetenz auf und wird einheitliche Normirung ein frommer Wunsch auf spätere Zeiten? diese Fragen sollen im Anschluss an die Ausführungen des Herrn Referenten und theilweise in Uebereinstimmung mit denselben im Folgenden auseinandergesetzt werden. Das buntscheckige Bild, das Ihnen in dem interessanten Referate bezüglich des gegenwärtigen Rechtszustandes entrollt worden ist, lässt erkennen, welche Schwierigkeiten hier der Vereinheitlichung entgegenstehen; nirgends zudem wie im Konkursrecht, das in alle Rechtsgebiete hineinragt, tritt jeden Augenblick das unübersteigbare Hinderniss mangelnder Kompetenz den gesetzgeberischen Wünschen in den Weg. Die erstgenannten Schwierigkeiten sind leichter zu überwinden: so gross die prinzipiellen Verschiedenheiten, so zahlreich die lokalen Mannigfaltigkeiten, es ist doch immer ein Prinzip das bessere, es findet sich ein Weg des Kompromisses, man verzichtet auf vereinzelte Spezialitäten im Interesse des Zustandekommens des Ganzen. Bei den Kompetenzschränken dagegen stösst man sich an einem unerbittlichen non possumus und erhält bei all' dem nothwendig werdenden Ausweichen, dem Zerreißen von Zusammengehörigem schliesslich ein Zerrbild eines Gesetzgebungswerkes.

Diese Kompetenzschränken sind es denn auch, die, namentlich bezüglich der civilrechtlichen Folgen des Konkurses, einen namhaften Theil der Materie unserer Betrachtung mit Rücksicht auf das zu schaffende Bundesrecht von vorneherein entziehen, da hier keinerlei Zweifel darüber bestehen können, dass die kantonalen Gesetzgebungen fortbestehen. Die Aufgabe reduziert sich daher im Wesentlichen auf die zwei grossen Fragen nach den sogen. strafrechtlichen Folgen des Konkurses einerseits und nach dem Einflusse des Konkurses auf die Forderungsrechte der Gläubiger des Kridaren andererseits.

I. *Die sogen. strafrechtlichen Folgen des Konkurses.*

1. Wir stellen an die Spitze der Erörterung einen Satz allgemeiner Art: Es ist ungenau und missverständlich, von den „strafrechtlichen Folgen“ eines Konkurses zu sprechen. Das, was man mit dem Ausdruck strafrechtliche Folgen bezeichnet, sind, richtig ausgedrückt, Strafen.

Scheinbar ist mit diesem Satz etwas ganz Selbstverständliches und Unwichtiges gesagt, und doch knüpfen sich an diese erste Begriffsbestimmung wichtige Konsequenzen. Der Ausdruck „strafrechtliche Folgen“, wie er in den kantonalen Gesetzgebungen über Konkursrecht angewendet wird, lässt sich auf zweierlei Art und Weise verstehen: entweder soll er ganz allgemein bezeichnen das, was einer strafbaren Handlung folgt, resp. nach einer jeweiligen Gesetzesbestimmung folgen muss, mit andern Worten, er ist synonym mit Strafe, oder aber, er will etwas ausdrücken, was nicht „Strafe“ ist, was nicht einer strafbaren Handlung folgt, sondern was sich an einen gegebenen Zustand knüpft. In diesem letztern Sinne ist der Ausdruck „strafbare Folgen“ offenbar ein abusiver, ungenauer, denn es ist absolut nicht abzusehen, warum der Zustand der Insolvenz als solcher Folgen haben sollte, die ihrem Wesen und ihrer Wirkung nach unbedingt in das Gebiet des Strafrechts gehören. Dass die sogen. strafrechtlichen Folgen des Konkurses ihrem Wesen und ihrer Wirkung nach Strafen sind, dürfte unbestritten sein, denn was bedeuten sie anderes, als eine Einbusse von Rechtsgütern, welche dem Delinquenten unabhängig von der Schadenersatzpflicht gegenüber dem Geschädigten vom Staate als Inhaber der Strafgewalt, kraft Gesetzes auferlegt wird. Weil sie Strafen sind, gerade deshalb können sie sich nicht an einen Zustand, den Zustand der rechtlichen Insolvenz knüpfen, sondern sind sie nothwendigerweise verbunden mit Handlungen und zwar mit den Handlungen, die diesen Zustand der rechtlichen Insolvenz herbeigeführt haben. Diese den Konkurs verursachenden Handlungen sind es, welche als strafbar erklärt werden müssen, der Konkurs ist als ein vermögensrechtliches Delikt aufzufassen und zu behandeln.

Mit dieser Auffassung sind wichtige Konsequenzen verknüpft. Von vorneherein bringt es der Begriff des Deliktes mit sich, dass in jedem einzelnen Falle die Frage über Schuld oder Nichtschuld entschieden werden muss. Die einzelnen den Konkurs verursachenden Handlungen müssen dem Konkursiten zugerechnet werden können; man wird dolose (namentlich der *dolus eventualis* s. *indeterminatus* wird hier eine grosse Rolle spielen) und culpose konkursverursachende Handlungen aufstellen und von diesen den Konkurs als Folge von ausser der Schuldsphäre des Konkursiten liegenden Umständen unterscheiden. Damit ist der eine grosse Schritt gethan, der die Bestrafung des unverschuldeten Konkurses, wie sie noch in einzelnen Kantonen (Uri, Zug, Nidwalden, Baselland etc.) besteht, als Unrecht und Widersinnigkeit erscheinen lässt.

Eine zweite Konsequenz der Auffassung des Konkurses resp. der den Konkurs herbeiführenden Handlungen als eines strafbaren Vermögensdeliktes ist dessen Zuweisung zum Strafrecht und damit zur Behandlung nach strafrechtlichen und strafprozessualischen Grundsätzen. Dass die in einzelnen Kantonen noch bestehende Administrativjustiz nicht bloss zur Erledigung des Konkurses in seinen civilrechtlichen Folgen, sondern auch zur Behandlung der sogen. strafrechtlichen Folgen des Konkurses eine wenig zweckentsprechende Einrichtung war, ein Eingriff der verwaltenden Organe in den Kreis richterlicher Funktionen, eine Verletzung des Grundsatzes der Trennung der Gewalten: darüber ist man heute ziemlich einig. Sehen wir in den den Konkurs verursachenden Handlungen ein Vermögensdelikt, so ist damit von selbst auch dessen Behandlung nach strafrechtlichen Grundsätzen und in strafprozessualischen Formen festgestellt.

2. Ausgehend von dem soeben ausgeführten theoretischen Standpunkt, dass der Konkurs als vermögensrechtliches Delikt und dessen sogen. „Folgen“ als Strafen aufgefasst werden müssen, gelangen wir nun im Weiteren zu einer wichtigen Folgerung bezüglich der Kompetenzfrage für den Bund.

Mit der Auffassung der den Konkurs verursachenden Handlungen als Delikt geben wir die Behandlung derselben

in die Hand und Kompetenz der Kantone, da diese in Strafrechtssachen allein kompetent sind. Die gegentheilige Argumentation, dass, da der kantonale Gesetzgeber die strafrechtlichen Folgen des Konkurses als Konkursrecht behandle, deren Normirung auch dem Bunde übertragen sei, erscheint etwas fadenscheinig und können wir derselben nicht beistimmen. In den Gesetzen der Kantone, in deren Händen civilrechtliche und strafrechtliche, oder staatsrechtliche und strafrechtliche Kompetenz vereinigt waren, erschien es zweckmässig, Strafbestimmungen den jeweiligen zugehörigen Materien anzufügen. Der eidgenössische Gesetzgeber muss hier vorsichtiger zu Werke gehen und genau auseinanderhalten, was zu den ihm von der Verfassung ausdrücklich zugewiesenen Materien gehört und was strafrechtlicher Natur ist. Der äusserliche Umstand, dass in kantonalen Gesetzen diese strafrechtlichen Bestimmungen anhangweise oder in Verbindung mit konkursrechtlichen Bestimmungen behandelt werden, kann doch ihre Eigenschaft als Strafrecht nicht ändern.

Wir wollen uns die Tragweite nicht verhehlen, die darin liegt, dass diese ganze Materie dem vielköpfigen Organismus der Kantonsouveränität anheimgegeben und damit auf's Neue einer revoltirenden Ungleichmässigkeit in der Behandlung der Konkursiten in den verschiedenen Kantonen gerufen wird. Man konnte einen Augenblick daran denken, ein besonderes Konkursstrafrecht zu construiren und dieses in Zusammenhang mit dem Konkursrecht zu bringen und damit der Bundeskompetenz zu unterstellen. Aber damit wäre der Natur der Verhältnisse Gewalt angethan, das Konkursstrafrecht ist und bleibt ein Theil des Strafrechts, und dieses als Ganzes ist 1874 in der Kompetenz der Kantone geblieben. Es ist selbstredend, dass gerade in der Materie des Konkursstrafrechts die Centralisation Wohlthat und Bedürfniss ist!

3. Ein Punkt des Konkursstrafrechts ist es jedoch, der aus der kantonalen Kompetenz herausgeschält und durch Art. 66 der Bundesverfassung in die Kompetenzsphäre des Bundes gebracht ist: die wichtigste Strafe der konkursrecht-

lichen Delikte, der Entzug der bürgerlichen Ehren und Rechte.

Die Bundesgesetzgebung bestimmt die Schranken, innerhalb welcher ein Schweizerbürger seiner politischen Rechte verlustig erklärt werden kann. Diese Frage wird also im schweizerischen Stimmrechtsgesetze ihre Erledigung finden, und wir treten mit ihrer Behandlung eigentlich streng genommen aus unserem Rahmen hinaus. Die Frage ist aber so wichtig, ja sie ist geradezu die kapitale Frage, dass sie, trotzdem wir deren Lösung nicht im Konkursgesetze suchen, hier erörtert werden muss.

Wir sprechen uns nun unumwunden für Beibehaltung des verschuldeten Konkurses als Entziehungsgrund der politischen Rechte aus, in dem Sinne, dass die Bundesgesetzgebung ¹⁾ nur das Prinzip und zwar unter Fixirung einer zeitlichen Maximalgrenze, für den Entzug der bürgerlichen Ehren und Rechte für den Fall des Konkurses feststellt und die Ausführung des betreffenden Grundsatzes dem kantonalen Rechte überlässt, Alles mit der durch das schweizer. Konkursgesetz zu schaffenden Cautel, dass bezüglich der Konkursstrafen nach kantonalem Strafrecht und nach kantonalen strafprozessualischen Regeln vorgegangen werde.

4. Fragen wir zuerst nach den Einwendungen, die der Beibehaltung dieses Ausschliessungsgrundes vom Genusse der bürgerlichen Ehren und Rechte entgegen gebracht werden.

Der verehrte Herr Referent und mit ihm s. Z. die bundesrätliche Botschaft zum Stimmrechtsgesetz vom 2. Okt. 1874 ²⁾ wendet sich gegen die Herabsetzung in den Ehren und Rechten als eine Folge der eingetretenen Vermögenslosigkeit und sagt mit Recht, dass die politischen Rechte in der Republik keinen Besitzstand voraussetzen. So darf und kann aber die Sache nicht aufgefasst werden; wie oben erörtert, ist es nicht der Zustand der Vermögenslosigkeit und, müssen wir hinzusetzen, der Unmöglichkeit, seine Schulden zu bezahlen (denn es handelt sich hier nicht bloß um eine „Null“, sondern um ein oft

¹⁾ Das Stimmrechtsgesetz.

²⁾ B.-Bl. 1874, III, S. 44.

sehr bedenkliches „minus“), welcher mit Folgen ausgestattet wird, sondern um jene lange Reihe culposer und doloser Handlungen, welche diesen Zustand der Vermögenslosigkeit und Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt haben. Diese Handlungen, vom gewöhnlichen, über die Vermögensverhältnisse hinausgehenden, übertriebenen Aufwand bis zur ausschweifendsten, ruinösen Vermögensverschleuderung, von unordentlicher, leichtfertiger Geschäftsführung bis zum modernen Gründerschwindel, vom einfachen Vertrauens-Missbrauch bis zum Fallimentsbetrug — diese sind es, welche bestraft werden. Diese in grösserem oder geringerem Grade strafbaren Handlungen haben den Status der Insolvenz und damit die Vermögensschädigung Dritter herbeigeführt, sie, nicht dieser ziehen die Strafe nach sich.

Es mag dieser Auffassung vorgeworfen werden, sie sei unpraktisch, weil die Unterscheidung zwischen verschuldetem und unverschuldetem Konkurse, besser gesagt, zwischen dem Konkurs als Folge von schuldhaften Handlungen und demjenigen als Folge von ausser der Willenssphäre des Betreffenden liegenden Umständen zu schwierig sei. So argumentirte z. B. der Bundesrath in seiner Botschaft von 1874.¹⁾ Wir gestehen, dass wir diesem Argument keine Beweiskraft beimessen können. Ohne die Schwierigkeiten in concreto zu übersehen, erblicken wir denn doch keine erheblich grössere Schwierigkeit darin, zu entscheiden, ob verschuldetes Falliment oder unverschuldetes vorliege, als in der Frage nach dem Vorhandensein des Thatbestandes des leichtsinnigen oder betrüglichen Fallimentes liegt, der doch hoffentlich nicht ebenfalls aus der Welt geschafft werden soll! Ja noch mehr, wir greifen mit einer solchen Argumentation geradezu die Möglichkeit einer gerechten und nutzbringenden Anwendung des Strafrechts überhaupt an. Denn das eben ist das grosse Räthsel im praktischen Strafrecht, der eigentliche Brennpunkt: was ist Schuld? Allerdings wird mehr als in einer andern strafrechtlichen Materie diese Frage bei oft äusserst komplizirten, verworrenen und unaufklärbaren faktischen Verhält-

¹⁾ B.-Bl. 1874, III, S. 45.

nissen die bedeutendsten Schwierigkeiten verursachen; das aber kann der Richtigkeit des Prinzips keinen Eintrag thun.

Einem zweiten Einwande begegnen wir in den Motiven des sogen. Minderheitsprojektes für ein schweizerisches Konkursgesetz ¹⁾ und ebenso in der Botschaft des Bundesrathes von 1874: der Inkongruenz zwischen Wehrpflicht und Stimmrecht, indem das Letztere ohne die Erstere entzogen werden könne. Es liegt etwas Missliches in dieser ungleichen Zusecheidung von Pflichten und Rechten, aber nicht in dem Sinne, dass das Stimmrecht den Falliten nicht entzogen, sondern in dem Sinne, dass die Wehrpflicht den Falliten nicht belassen werden sollte. Der Dienst in der Armee muss nicht bloß als eine Pflicht, die gleichsam durch gegenüberstehende bürgerliche Rechte kompensirt würde, aufgefasst werden, sondern auch als ein Recht und ein so wichtiges und theures Recht, als die Theilnahme an den bürgerlichen Stimmabgaben. Es ist bemühend, wenn ein Bürger zwar von Abstimmungen ausgeschlossen ist, dagegen die Wahrung und Obsorge für die Existenz und Freiheit dieses gleichen Landes, an dessen Verwaltung und Regierung er sich nicht betheiligen darf, in seine Hand gegeben erhält! Wir würden daher als Konsequenz jeder Verurtheilung zum Verluste der bürgerlichen Ehren und Rechte den Ausschluss aus der Armee für die entsprechende Zeitdauer aufstellen.

Dem steht die eidgenössische Gesetzgebung formell durchaus nicht im Wege. Zwar stellt Art. 18 der B.-V. den Grundsatz auf: jeder Schweizer ist wehrpflichtig; dagegen nimmt die in Ausführung dieses Verfassungsgrundsatzes erlassene Militärorganisation in Art. 4 ausdrücklich die in Folge Strafurtheils vom Genusse der bürgerlichen Ehren und Rechte Ausgeschlossenen aus. Es konnte schon bei dem dermaligen Rechtszustande, wo in einigen Kantonen der Strafrichter den Verlust der bürgerlichen Ehren und Rechte verhängt, zweifelhaft sein, ob die Falliten noch als wehrfähig angesehen werden können (die bundesrätlichen Rekursentscheide lauten zwar gegentheilig);

¹⁾ Avant-Projet et Exposé des Motives présentés par la minorité de la Commission 1875, S. 62.

jedenfalls ist es in den verschiedenen Kantonen verschieden praktiziert worden. So wurden z. B. in Appenzell a.-R. bis zum Jahre 1883 die falliten Dienstfähigen vom weitem aktiven Dienst ausgeschlossen und in die Kategorie der Steuerzahler verwiesen. St. Gallen und die meisten andern Kantone dispensiren die Offiziere vom weitem Dienst, ohne sie aber zu den Steuerzahlenden zu versetzen, etc. Wie das aber auch gehalten wurde, so scheint es zweifellos, dass die Wehrloserklärung der Falliten durch den Strafrichter mit der bestehenden Militärgesetzgebung durchaus nicht in Conflict käme.

Dass vom militärischen Standpunkte hiegegen keine Opposition gemacht wurde, ist bekannt. Hat man doch, wenigstens was die Gradirten anbelangt, die Nothwendigkeit schon längst eingesehen, hier vom Prinzip abzuweichen, und den Volksanschauungen insoweit Rechnung getragen, dass man die Truppenführung nicht Leuten in die Hand zu geben wagte, die von ihren Untergebenen als Minderwerthige, weil bürgerlich Entehrte betrachtet wurden.

5. Aber, und in dieser verschärften Form, in der wir den Verlust der Ehrenrechte postuliren, wird das „aber“ noch stärker werden, ist denn nicht diese Strafe der Ehr- und Wehrlosigkeit ausser allem Verhältnisse zu der Schwere der schuldbaren Handlungen, die damit bestraft werden sollen? Die Antwort hierauf geben uns die geschichtliche Entwicklung (so wie wir sie wenigstens verstehen zu müssen glauben) und die öffentliche Meinung, wie sie heute noch in überwiegender Mehrheit und mit Ueberzeugung sich ausspricht.

Die geschichtliche Entwicklung zeigt uns, wie im Konkursprozess der deutsch-schweizerischen Kantone, der sich selbst wieder aus dem originellen Schuldbetreibungsverfahren herausgebildet hat, die Personalexekution wenn auch nicht an Stelle der Vermögensexekution, so doch neben ihr vorhanden war, wie in den einzelnen Phasen aus der Schuldgefangenschaft die Verbannung und aus dieser der Entzug der bürgerlichen Ehren und Rechte, eine förmliche *capitis deminutio* sich entwickelt; wie diese nicht bloß an Stelle der eigentlichen Gesamt-Exekution in das Vermögen tritt, also da Platz greift,

wo kein Vermögen ist, sondern neben der Realexekution angewendet wird und dadurch immer mehr den Charakter einer eigentlichen Strafe annimmt, wie, entsprechend diesem Charakter, der Unterschied auftaucht bezüglich des Schuldmomentes, und der Ausschluss von bürgerlichen Ehren und Rechten sich in einzelnen Kantonen nur noch an den verschuldeten Konkurs heftet, wie endlich auch noch eine weitere Stufe zur richtigen Auffassung und Behandlung der Ehrenfolgen als einer Strafe erreicht wird durch die zeitliche Abstufung derselben für verschieden schwere Fälle. Diese Entwicklung betrachten wir als eine heilsame, aber wir können ihr in keiner Weise entnehmen, wie sie zur gänzlichen Abschaffung des Ausschlusses von bürgerlichen Ehren und Rechten als Konkursstrafe führen sollte, so dass wir es als einen logisch und historisch berechtigten Schritt auffassen könnten, nun mit dem ganzen Institut aufzuräumen. Wir betrachten im Gegentheil das Resultat der geschichtlichen Entwicklung als dahin gehend, dass sich die politische Herabsetzung als Strafmittel für verschuldeten Konkurs überall befestigt hat, und glauben hieran auch festhalten zu sollen.

Aber auch die öffentliche Meinung wird zweifellos an diesem Strafmittel für jeden verschuldeten Konkurs festhalten und wird keine Inkongruenz zwischen Vergehen und Strafe finden. — Es gibt Verhältnisse, die der Gesetzgeber bislang noch nicht in den Bereich seiner Strafgesetzgebung gezogen, die aber in der öffentlichen Meinung zu Vergehen gestempelt werden, Vergehen die er mit gelinden Strafen bedenkt, und die vom allgemeinen Rechtsbewusstsein in einer Weise gebrandmarkt werden, die in keinem Verhältniss steht zu den vom Gesetzgeber und Richter ausgesprochenen Strafen.

Man darf sich darüber keinen Illusionen hingeben, dass die gegenwärtigen Strafgesetze, vor Allem aber ihre Handhabung in einem grellen Widerspruche stehen zu den Ansichten, aber auch zu den Bedürfnissen des Volkes. Um so weniger liesse es sich rechtfertigen, Handlungen (und es sind wie oben gezeigt, Handlungen, nicht Zustände), welche gegenwärtig noch von den Gesetzen mit Strafe belegt sind

und wo die Strafe geradezu als ein Bedürfniss, als eine Wohlthat empfunden wird, ihrer Strafe zu entkleiden. Es erscheint beinahe unbegreiflich, dass man in einer Zeit, wo die statistischen Zahlen über die Häufigkeit der Konkurse und noch viel mehr über die oft fabelhaften Defizite in den einzelnen Konkursen einen erschreckenden Charakter angenommen haben,¹⁾ die letzte und stärkste Schranke, die dem bequemen Mittel, seine Schulden abzuschütteln, Konkurs genannt, noch entgegensteht, niederreißen will. Es ist eine falsche Humanität, das übertriebene Mitleid mit dem Schuldner und die Gleichgültigkeit auf der andern Seite gegen den auf dem Boden des Rechtes stehenden Gläubiger, der oft des Mitleids würdiger ist, als der fehlende, schuldhafte Debitor. Wenn wir auf der einen Seite die Heiligkeit der Rechte des Schuldners auf den Genuss seiner politischen Ehren und Rechte postuliren, so vergessen wir leicht darüber, dass ein anderes heiliges Recht auf der Seite des Gläubigers geschützt werden muss: das Eigenthumsrecht.

Die bittere Nothwendigkeit hat dazu geführt, die vermögensrechtliche Schädigung durch den Konkurs und den darin liegenden Vertrauensmissbrauch mit Schande und den schwer drückenden Ehrenfolgen zu belegen; diese bittere Nothwendigkeit dauert fort.

Der Theoretiker wird freilich diese Argumentation mit der öffentlichen Meinung schwach finden und eine Rechtfertigung der aussergewöhnlichen Strafandrohung für verhältnissmässig geringfügige Delikte vermissen, er wird Vergleichen anstellen mit schweren Delikten, die mit kleinern Strafen bedroht sind, und vieles Incongruente entdecken. Wenn wir aber praktische Gesetzgebungspolitik treiben wollen,

¹⁾ Laut amtlichen Zusammenstellungen sind beispielsweise im Kanton St. Gallen abgewickelt worden:

1879	615	Konkurse und betrug der Verlust	Fr. 3,497,896
1880	654	"	" 4,193,507
1881	773	"	" 4,601,531
1882	636	"	" 6,466,349

Also in Zeit von 4 Jahren beinahe eine Verdoppelung des Betrages der zu Verlust gekommenen Forderungen!

müssen wir mit der öffentlichen Meinung rechnen und uns wohl hüten, einer so ausgeprägten Volksanschauung, die einen so hohen Grad von Rechtlichkeitsgefühl und Ehrlichkeit verrieth, entgegentreten zu wollen!

6. Einem weitem Einwand begegnend glauben wir auch die Strafen für den Konkurs ausdehnen zu sollen auf den gerichtlichen Accord und Zwangsvergleich; denn es ist selbstverständlich, dass im Interesse einer möglichsten Gerechtigkeit dieses gegenwärtig beliebteste und bequemste Mittel, sich einer drückenden Schuldenlast zu entledigen, nicht ungestraft gelassen werden darf. Weiter dagegen zu gehen und den aussergerichtlichen Accord (in dem Sinne verstanden, dass vor Ausbruch des Konkurses ein Arrangement getroffen wird) mit Strafen zu belegen, ist durchaus unthunlich, weil in praxi unausführbar. Dabei verhehlen wir uns den schweren Nachtheil nicht, dass eben ein grosser Theil der Debitoren durch diese Arrangements mit den Gläubigern sich einer für sie bestimmten und gerechten Strafe entziehen kann. Wir sind aber in andern strafrechtlichen Verhältnissen nicht besser daran: das öffentliche Gewissen regt sich auf, wenn bei Antragsdelikten, Unterschlagungen z. B. die geschädigte Partei, weil ganz oder theilweise befriedigt, von ihrer Klage zurücktritt und der Verbrecher straflos bleibt. Wir müssen diesen Nachtheil also auch beim Konkursstrafrecht hinnehmen und im Uebrigen dafür sorgen, dass die in einigen Konkursgesetzgebungen bestehenden übertrieben hohen Kosten nicht aufkommen können, und so einen Hauptgrund aus dem Wege räumen, der den Creditor zur Acceptation des aussergerichtlichen Arrangements veranlasst.

7. Schliesslich nun zu der Frage, wie auf Grund des eben Erörterten die ganze Materie geordnet werden soll. Wo liegt denn die Kompetenz des Bundes zu verlangen, dass die Konkursstrafen nach strafrechtlichen und strafprozessualischen Grundsätzen behandelt werden sollen?

Die Zuständigkeitsfrage liegt hier sehr einfach. Dem Bunde steht die Competenz zu über das Konkursrecht: entweder nun erklärt er die sog. strafrechtlichen Folgen des

Konkurses als Theil des Konkursrechts, dann hat er die betreffenden Bestimmungen selbst einheitlich aufzustellen und darf dann auch die Formen bestimmen, in denen die Grundsätze praktiziert werden sollen, weil auch diese dann Theil des Konkursrechts sind —, oder aber er erklärt diese Folgen als das, was sie sind, als Strafrecht, dann begibt er sich des Rechtes, hier zu legiferiren, hat dann aber auch das Recht zu verlangen, dass auch die Kantone diese Auffassung als Strafrecht theilen und nach strafrechtlichen und strafprozessualischen Grundsätzen vorgehen.

Damit ist nach meiner Ansicht schon viel erreicht; denn ein wahres Krebsübel liegt in der administrativen Erledigung, oder jener beliebten Missbildung richterlicher Behandlung, ohne richtigen Voruntersuch, und in gefährlich summarischen Formen! Allerdings stehen wir dann, bis zum Erlass eines eidgenössischen Strafrechts oder wenigstens Konkursstrafrechts vor einem neuen 25fachen Wirrwarr. Eine durchaus unbefriedigende Lösung, ein neuer Commentar zu den in Ihrer letzten Jahresversammlung von Hrn. Prof. König citirten Worten:

„Leicht bei einander liegen die Gedanken,
Doch hart im Raume stossen sich die Sachen.“

Hoffentlich werden auch hier die bessern Tage nicht allzuferne sein! —

Vom Boden der bestehenden Verhältnisse aus stehe ich nun auch bezüglich der durch das eidgen. Stimmrechtsgesetz zu ordnenden Frage des Ausschlusses von den bürgerlichen Ehren und Rechten nicht an zu erklären, dass ich es vorziehen würde, der Bund bestimmte, dass die Kantone in Konkursfällen (Accord inbegriffen) diese Strafe aussprechen können, aber nicht müssen. Ich stehe diesfalls ganz auf dem Boden des bundesrätlichen Entwurfes von 1874;¹⁾ ich opfere lieber die Einheit, so wünschenswerth sie auch erscheint, als in einer solchen Frage die Brutalität der Mehrheit zur Anwendung zu bringen. Die geschichtliche Entwicklung des Konkursverfahrens in den deutschen und französischen Kantonen ist so

¹⁾ B.Bl. 1874 III. S. 50.

verschieden gewesen und die Ansicht auf der einen Seite so ausgesprochen vorhanden, dass die bürgerlichen Ehren und Rechte als heiliges, unantastbares Gut nicht berührt werden können von Konkurshandlungen, während in den deutschschweizerischen Kantonen die *vox populi* dem Falliten die soziale Gleichstellung aberkennt und dem Gesetzgeber, der sie nicht hören will, zum Trotz stets aberkennen wird: dass, da an einen Ausgleich ja nicht zu denken ist, der einzige Kompromiss der Dualismus ist. —

8. Anhangweise sei hier noch eine kurze Bemerkung über das Institut der Rehabilitation beigelegt. Prinzipiell muss man sich entschieden günstig über dasselbe aussprechen. Die Erfahrungen, die die verschiedenen Kantone, welche die Rehabilitation eingeführt haben, gemacht, lauten fast ausnahmslos günstig. Es liegt vorab im Interesse des Gläubigers, den Konkursiten durch Versprechen der Rücknahme der Strafen, durch Emporheben aus dem Zustande des geminderten persönlichen Rechtes zu den äussersten Anstrengungen anzu-spornen, seine Schulden wenigstens bis zu einem gewissen Maasse zu zahlen.

Es ist nun aber klar, dass die Rehabilitation sich nur auf die mit dem Konkurse verbundenen Strafen und die all-fälligen, nach kantonalen Rechten bestehenden familienrecht-lichen, prozessualischen u. a. Folgen beziehen könnte, und damit auch mit lauter Materien, die der kantonalen Gesetzgebung anheimgegeben sind, in Berührung käme.

Wir bezweifeln daher auch die Möglichkeit, hierüber von Bundes wegen Bestimmungen aufzunehmen. Die Rehabilitation ist zweifellos eine Art Begnadigung, sie wird am besten von dem Richter, der die Strafe ausgesprochen hat, verfügt. Aber nicht nur das, sie muss auch in ihren Voraussetzungen durch diejenige Gesetzgebung festgestellt werden, welche über die Strafe Bestimmungen enthält. Es läge darin wiederum ein Eingriff in die den Kantonen vorbehaltene Straf- und übrige Rechtskompetenz, wenn die Aufhebung von nach kantonalen Gesetzen und von kantonalen Gerichten verhängten Strafen und anderen Folgen prozessualischer, familien-

und erbrechtlicher oder öffentlich rechtlicher Natur vor dem Ablauf der hiefür festgesetzten Termine durch bundesrechtliche Gesetzesvorschriften geregelt würde. Also auch hier wieder eine Kompetenzschranke! Dass aber auch da einheitliche Bestimmungen nicht nur wünschenswerth, sondern geradezu nothwendig — ist selbstredend; nur ein einheitliches Konkursstrafrecht vermag diesbezüglich einem unhaltbaren Zustand abzuhelpfen. —

II. *Der Einfluss des Konkurses auf die Forderungsrechte der Gläubiger des Cridaren.*

Da wir, wie bereits Eingangs bemerkt, die Materie mit Rücksicht auf das zu schaffende Bundesrecht in Behandlung gezogen haben, so scheidet der grössere Theil des Gebietes der civilrechtlichen Folgen hier aus und reduzirt sich die Aufgabe im Wesentlichen auf die Erörterung des Einflusses, den der Konkurs auf die Forderungsrechte der Gläubiger des Cridaren ausübt.

1. Bei der Behandlung dieser Frage begegnen wir zuerst dem wichtigen prinzipiellen Gegensatze: Untergang des Forderungsrechtes durch den Konkurs — Fortdauer des Forderungsrechtes nach ausgetragenen Konkurs. Hier ist uns der Weg durch die Grundsätze des Obligationenrechts (s. im Besonderen Art. 157) vorgezeichnet, aber auch abgesehen hievon dürfte wohl kaum das Prinzip des Untergangs der Forderung durch den Konkurs aufgenommen werden. Ist doch in der That nicht einzusehen, wie der Konkurs, ein Liquidationsmodus, auf die rechtliche Existenz der Forderung einen Einfluss ausüben sollte. Auch vom Utilitätsstandpunkte lässt sich dieser Grundsatz nicht rechtfertigen; es ist etwas Unmoralisches, gleichzeitig aber auch Verlockendes damit verbunden. —

Unabhängig von dieser Frage nach der Fortexistenz der Forderung nach dem Konkurs ist diejenige, ob das Forderungsrecht in Folge Nichtanmeldung im Konkurse präkludirt werden solle oder nicht. Die Mehrzahl der kantonalen Konkursgesetzgebungen und auch die deutsche C. O. (Art. 152, Abs. 1) knüpfen an die Nichtanmeldung keine Präklusivfolgen.

Es lässt sich in der That kaum ein Rechtsgrund dafür finden, dass derjenige, der im allgemeinen Liquidationsverfahren nicht partizipiren und auf die finanziellen Resultate desselben verzichten will, dem Schuldner gegenüber liberirt sein soll; einzig aus Gründen der Utilität, Ordnungs und Sicherheits halber liesse sich die Präklusion rechtfertigen.

2. Auf dem Boden des Prinzips von der Fortdauer der Forderungsrechte stehen sich nun die beiden Gegensätze der Zulassung und der Ausschliessung der Einzelexekution gegenüber.

Das erstere Prinzip ist unzweifelhaft folgerichtiger; wenn der Konkurs das Forderungsrecht zerstört, so treten nach Nichtbeendigung des Konkursverfahrens Konkursgläubiger und Konkursschuldner wieder in ihre frühere Rechtsstellung, soweit nicht im Konkursverfahren das Forderungsrecht durch theilweise Bezahlung z. B., oder durch erfolgreiche Bestreitung etc. verändert worden ist. Jeder Konkursgläubiger kann nun wieder seine Forderung in jeder gesetzlich zulässigen Weise und ohne jede Rücksicht auf seine Mitkreditoren geltend machen und ist insofern noch in besserer Stellung, als seine Forderung, weil im Konkurse festgestellt, exekutionsfähig geworden ist. So das deutsche System (C. O. Art. 152), konsequent, aber hart. Die Rücksicht auf den Falliten tritt zurück vor der nothwendigen Wahrung der Rechte der Creditoren. Der Konkurs verliert den Charakter des Schuldenabschüttelungs-Mittels.

Auf der andern Seite erscheint es eben doch zu hart und unklug unpolitisch, dem Schuldner nicht die Zeit zu gönnen, sich zu erholen, nach und nach zu Kräften zu kommen, sondern ihm unerbittlich beständig das Messer an die Kehle zu halten. Wir hätten darum nie Aussicht mit dem deutschen Standpunkte (s. übrigens waadtländische C. P. O. Art. 891) durchzudringen.

Von der strengen deutschen Auffassung unterscheidet sich die in deutsch-schweiz. Kantonen mannigfach verbreitete Theorie der beschränkten Einzelexekution, in ihrer Zulässigkeit beschränkt durch das Vorhandensein und den Nachweis von Vermögen, sei es in Folge eigentlichen Verdienstes, sei

es in Folge von Erbs- und Glücksfällen, worüber später noch ein Wort zu sprechen sein wird.

Im Uebrigen wird die Frage, ob Einzelexekution zulässig oder nicht, eben ganz einfach von dem zu wählenden System für die Betreibung abhängen. Wählen wir die Betreibung auf Konkurs, so ist selbstredend, dass nach ausgetragenen Konkurs die Forderungen nun nicht plötzlich auf dem Wege der Einzel-exekution, sondern des Nachkonkurses liquidirt werden können und umgekehrt¹⁾.

Der Ausschluss der Einzelexekution lässt sich motiviren aus zwei Gesichtspunkten, einmal daraus, dass der Konkurs überhaupt als einziger Liquidationsmodus aufgenommen wird, so- dann auch in der Konstruktion eines fort dauernden Konkurses, durch welchen später auftauchende Vermögensobjekte fortwährend wieder ergriffen werden, bis der Gläubiger vollständig bezahlt ist. Letztere Auffassung dürfte als eine wenig praktische kaum viel Anklang finden. —

3. Sowohl bei der Einzelexekution, als beim Nachkonkurs ist es von der grössten Wichtigkeit, die Voraussetzungen aufzustellen, unter welchen das Eine oder das Andere verlangt werden kann. Es ist das die oben schon berührte Frage nach der Beweislast bei der Nachforderung seitens des unbefriedigt gebliebenen Konkursgläubigers.

Hat der Gläubiger, dessen Forderung im Konkurse nur theilweise befriedigt wurde, wenn er später, sei es auf dem Wege der Einzelexekution, sei es auf dem Wege des Nachkonkurses nachfordern will, zu beweisen oder glaubhaft zu machen, dass der Schuldner neues Vermögen erworben, oder kann die Betreibung ohne Weiteres angehoben, der Konkurs ohne Weiteres angebeht werden, auf die Gefahr hin nichts zu finden? Das erstere ist rechtlich genommen vorzuziehen, der Unterschied zwischen einem Creditoren, der seine Forderung im Konkurse theilweise liquidirt hat, und einem sog. neuen Creditoren ist ein ungerechter und die auf den Creditoren gewälzte Beweislast für das Vorhandensein von Vermögen eine äusserst schwere, oft unmögliche. Trotzdem ist das andere

¹⁾ Eine Mischung der beiden Modi erscheint nicht angezeigt.

System vorzuziehen; das Moment, dass dem Schuldner Zeit zum Wiedersammeln seiner Kräfte gegeben, dass er sicher gestellt werden muss vor der perpetuellen Hetzjagd, ist hier durchschlagend. Namentlich wenn es sich nicht blos um Einzelerzekution, sondern um die Geltendmachung des Nachforderungsrechtes auf dem Wege des Nachkonkurses handelt, muss der Beweis des neu erworbenen Vermögens vom Gläubiger unbedingt verlangt werden, sonst erhielten wir bei jedem Konkurs ein wahres Rattenest von Nachkonkursen.

Was dann den Begriff des „Vermögens“ anbelangt, so muss jedenfalls hiebei die in einzelnen Kantonen bestehende Beschränkung auf das durch Glücksfall (Erbschaft, Schenkung, Lotterie etc.) entstandene Vermögen dahinfallen. In unserer schnelllebigen Zeit ist das plötzliche Wiedererwachen finanziell erstorbener Existenzen keine Seltenheit und erschiene es als Unrecht, wenn die unbezahlten Gläubiger diesem neu erworbenen Vermögen rechtlos gegenüberstehen müssten. Dagegen empfiehlt es sich andererseits auch in Bezug auf die Liquidation keinen Unterschied zwischen durch Glücksfall entstandenem und sonst erworbenem Vermögen zu machen, also auch bei Ersterem nicht ex officio einzugreifen, sondern die Initiative der Kreditoren zu erwarten. Andererseits darf es dann mit den Beweisforderungen nicht allzustreng genommen werden; es soll sich bei der Frage, ob Vermögen vorhanden, mehr um „Glaublichmachen“ als um „Beweisen“ handeln.

4. Die Frage, ob die alten und neuen Gläubiger gleichgestellt werden sollen oder nicht, muss in bejahendem Sinne entschieden werden. Eine Zurückstellung der neuen Gläubiger hat absolut keinen Sinn, durch die Liquidation im Konkurs können doch keine Konkursprivilegien geschaffen werden! Eine Zurückstellung der alten Gläubiger ist ebenso ungerecht, denn für den im Konkurs unbefriedigt gebliebenen Theil haben sie ja gerade durch die Liquidation ein liquides Forderungsrecht erlangt und ist, wie oben erörtert, keineswegs das Forderungsrecht durch seine theilweise Liquidation im Konkurs ganz untergegangen.

5. Der Fall, wo in die Konkursmasse gehörige Activa, sei es in Folge Verheimlichung oder Defraudation des Kridaren sei es in Folge Uebersehens der Behörden, später aufgefunden werden, ist klar: dieselben sind den Kreditoren der Masse und nur diesen entzogen worden, gehören demnach ihnen allein und werden am besten auf dem Wege der Nachtragsvertheilung liquidirt.

Das sind, v. A., die kurzen Erörterungen, die Ihr Koferent zur Begründung der Thesen, die in Ihren Händen liegen, glaubte vorbringen zu dürfen. Prinzipiell in wesentlichen Punkten auf dem gleichen Standpunkte, wie das so interessante Referat des Herrn Obrichter Dr. Zürcher, kommt die Arbeit namentlich bezüglich der Kompetenzfrage zu andern, leider negativen Resultaten. Ob diese Anschauungen begründet, oder ob sie unrichtig und die Logik mangelhaft: das möge nun von berufenerer Seite in der nun folgenden Diskussion, zu welcher diese bescheidene Arbeit nur einleiten wollte, entschieden werden!

T h e s e n :

1. Es ist ungenau und missverständlich, von den „strafrechtlichen Folgen“ eines Konkurses zu sprechen. Die strafrechtlichen Folgen sind Strafen. Der Konkurs ist ein vermögensrechtliches Delikt.

2. Die „strafrechtlichen Folgen“ des Konkurses bilden nicht einen Theil des Konkursrechtes, sondern des Strafrechtes und liegt ihre Behandlung daher in der Kompetenz der Kantone.

3. Nur eine „Straffolge“ des Konkurses: der Entzug der bürgerlichen Ehren und Rechte, ist bundesrechtlicher Natur, weil unter Art. 66 der B.-V. fallend.

4. Die Strafe des Entzugs der bürgerlichen Ehren und Rechte ist beizubehalten. Es ist wünschenswerth, eine zeitliche Maximalgrenze festzustellen. Diese Strafe, wie alle andern Konkursstrafen werden nach den Grundsätzen des kantonalen Strafrechts und strafprozessualischen Verfahrens verhängt.

5. Konsequenz des Entzuges der bürgerlichen Ehren und Rechte ist entsprechender Ausschluss von der aktiven Wehrpflicht.

6. Es fehlt die Kompetenz für bundesrechtliche Bestimmungen über die Rehabilitation.

7. Die Frage, ob im Konkurse unbefriedigt gebliebene Forderungen auf dem Wege der Einzelexecution oder des Nachkonkurses geltend gemacht werden können, hängt von der Wahl des Betreibungssystems ab.

8. Im einen wie im andern Falle muss der Kreditor das Vorhandensein von Vermögen (ohne Unterschied der Provenienz) nachweisen oder glaublich machen.

Im Nachkonkurs findet Gleichstellung der alten und neuen Gläubiger statt und zwar ohne Rücksicht darauf, ob Erstere ihre Forderungen im frühern Konkurs geltend gemacht haben, oder nicht.

Das Präsidium verdankt auch diese beiden Referate und bemerkt dabei, der Vorstand habe das in Besprechung liegende Thema gewählt, um die mehrjährigen Vorarbeiten des Vereins für Erlassung eines eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetzes damit abzuschliessen. Es habe bei Stellung des Themas im Uebrigen in keiner Weise die Frage präjudiziert werden wollen, inwiefern auch in das Konkursgesetz strafrechtliche oder strafähnliche Bestimmungen aufzunehmen seien, und sei es mit Aufgabe der waltenden Discussion die Grenzlinie zwischen eigentlichem Strafrecht und Konkursrecht festzustellen. Im Uebrigen dürfe darauf aufmerksam gemacht werden, dass, als das deutsche Reich im Jahr 1871 ein Strafgesetzbuch erlassen, für gewisse den Konkurs betreffende strafrechtliche Bestimmungen die Bundesgesetze (Konkursgesetze) vorbehalten blieben, bis dann im Jahr 1877 die deutsche Konkursordnung eingeführt wurde, in welche sodann der Uebersichtlichkeit wegen sämtliche hieher bezügliche Strafbestimmungen, auch diejenigen des eigentlichen Strafrechts, aufgenommen wurden.

Hr. Prof. Dr. *Hilty* freut sich, dass diese Diskussion eine

gewisse Wärme haben werde, wie sie von den beiden Referenten eingeleitet wurde. Die Kompetenz des Bundes zur einheitlichen Regelung der strafähnlichen Folgen (von der Strafe jeden Konkurses wird Niemand mehr reden wollen) kann nicht zweifelhaft sein, weil dem Bunde die Gesetzgebung nicht nur über das Konkursverfahren, sondern über das Konkursrecht ganz allgemein in Art. 64 B.-V. zugewiesen ist. Unter Hinweis auf das O.-R. widerlegt Hr. Hilty die Behauptung, dass beim Konkurse von Aktiengesellschaften keine Bestimmungen bestehen, wonach die Administration straflos ausgehe (O.-R.).

Die Frage der Wehrpflicht der Konkursiten muss einheitlich geregelt werden; bezüglich der Offiziere wird das durch das im Wurfe liegende Militärstrafgesetz und das schon in der Militärorganisation vorgesehene Ehrengericht geschehen. Es könnten ja durch einen Krieg selber eine grosse Anzahl von Leuten in Konkurs kommen und da muss es ein Mittel geben, vorab den so verunglückten Offizieren ihre Ehre zu lassen. — Bezüglich der Zeugenfähigkeit wird es sich empfehlen, die Konkursiten zur Zeugnisgabe zuzulassen und dem Richter die freie Würdigung ihres Zeugnisses zu geben.

Die Hauptsache bei diesen Konkursfolgen ist die Frage der Stimmfähigkeit der Konkursiten. Das allgemeine Stimmrecht ist schon jetzt die Grundlage des ganzen eidgen. Staatslebens; mit dem obligatorischen Referendum und der Initiative, welche kommen müssen, wird dessen Bedeutung noch grösser. Da ist es nun doch gewiss ein schreiender Widerspruch, dass der Bund auf das allgemeine Stimmrecht gestellt ist und doch nicht sagt, wem denn dieses Stimmrecht zukomme. Es ist schon bequem, solche Fragen den Kantonen zuzuweisen, aber es ist nicht logisch, noch recht. Daher soll der Bund diese Frage allgemein regeln. In der Sache selber spricht sich Hilty für die zeitweilige Einstellung aller Konkursiten im Stimmrechte aus; den Grund für eine solche Maassregel findet er in dem mangelnden Vertrauen der Konkursiten zu sich selbst und auch dem Mangel des Vertrauens, das ihre Mitbürger ihnen entgegenbringen müssen. Er würde sie z. B. auf 5

Jahre einstellen, nach Ablauf dieser Zeit wäre es sogar wünschbar, sie nicht ipso jure stimmfähig werden zu lassen, sondern nur, wenn sie sich in dieser Zeit gut aufgeführt haben. Doch wäre die praktische Durchführung eines solchen allgemeinen Ehrengerichtes eine äusserst schwierige. Die Kompetenz zur einheitlichen Regelung der Rehabilitation steht dem Bunde unzweifelhaft zu, denn das gehört zum Konkursrechte. Dass man in der Sache auf die öffentliche Meinung Rücksicht nehmen muss, auch auf das Bewusstsein der bessern Konkursiten selbst, steht ausser Zweifel. Sodann haben wir auch auf die wirkliche Fortentwicklung der Republik und die Beseitigung ihrer Gefahren bedacht zu sein.

Hr. Dr. *Ottensoser* in Zürich will auf das politische Gebiet Hrn. Hilty nicht folgen, auch von den civilrechtlichen Folgen des Konkurses nicht reden, so interessant es wäre, z. B. die Frage zu berühren, welche Summe der Kreditor in den Nebenkursen anzumelden berechtigt ist, nachdem er schon gewisse Prozente im Konkurse des Hauptschuldners erhielt. Bezüglich der strafrechtlichen Folgen des Konkurses stimmt der Redner dem Hrn. Koreferenten zu; die Regelung derselben gehört in's Strafrecht und steht den Kantonen zu. Man könnte sonst auch verlangen, dass der Bund z. B. gesetzliche Bestimmungen erlasse über die Wehrfähigkeit der Wucherer. Die Kantone können und werden die Frage schon lösen. Der Konkurs ist je nach dem Einzelfall ein gemeingefährliches Delikt und rechtfertigt je nachdem oder nicht den Ausschluss von der Zeugnissfähigkeit und dem Stimmrechte. Da die Kompetenz mindestens zweifelhaft ist, widerstrebt es dem Redner in das Gesetz strafrechtliche Bestimmungen aufzunehmen und allgemein zu erledigen, welche sonst allgemein Sache der Untersuchungsbehörde und des Strafrichters sind.

Hr. Prof. Dr. *König* ist namentlich mit Hrn. Prof. Hilty nicht einverstanden. An den Konkurs als solchen möchte er keine Ehrenfolgen knüpfen, sei er verschuldet oder unverschuldet, sondern an die Handlungen, welche den Konkurs herbeigeführt haben. So trifft man auch die Vorstände der Aktiengesellschaften, die von den Ehrenfolgen des Konkurses

selbst nicht berührt, sondern für bestimmte Handlungen bestraft werden. Man soll daher in jedem einzelnen Konkursfall untersuchen, ob der Konkurs durch strafbare Handlungen herbeigeführt wurde, und sodann diese mit Strafe belegen. Es scheint doch nicht recht, wenn z. B. ein Dieb, der mit einer nicht entehrenden Strafe belegt wird, seine bürgerliche Ehrenfähigkeit beibehält, dagegen ein Konkursit ohne anders eine Zeit lang im Aktivbürgerrechte eingestellt wird. Man kann nicht davon reden, man müsse warten, bis der Konkursit das Zutrauen in sich selbst wieder gewonnen hat; denn in der Regel fehlt ihm dasselbe gar nicht. Man kann aber auch einen Mann, der seinen Konkurs ganz frevelhaft und böswillig herbeiführte, sofort wieder in seine Ehrenrechte einsetzen, wenn er seine Schulden bezahlt und seinen Konkurs aufhebt. Wenn man gar die Konkursiten von der Wehrpflicht ausschliesst, so ist das sehr zweifelhaft, denn wenn er den Pflichtersatz nicht bezahlt oder nicht bezahlen kann, so muss er doch wieder einrücken zum Strafdienste. Da die Sache derart in's Strafrecht gehört, so soll man sie ganz den Kantonen überlassen und nicht einmal denselben zur Pflicht machen, in jedem Fall zu untersuchen, ob der Konkurs verschuldet sei oder nicht.

Bezüglich der civilrechtlichen Folgen des Konkurses erinnert Hr. Prof. König an die Einrichtungen der Heimstätte-gesetze in Amerika, an die englische Einrichtung, dass mit dem Konkurse die Schulden des Konkurses untergehen. Ob namentlich letztere Einrichtung gut sei und wie sie sich thatsächlich mache und ob nicht wenigstens die bei uns üblichen Nachtragsliquidationen und Fortsetzungskonkurse beschränkt werden dürften, diese Fragen sind jedenfalls des Nachdenkens werth.

Hr. Obergerichter Dr. *Sulzer* in Zürich beantragt in Thesis 4 zu sagen: „und ein einheitliches Konkursstrafverfahren.“ Dies ist nothwendig, wenn man nicht auf halbem Wege stehen bleiben will. Der Bund ist auch hiezu kompetent, weil ihm das ganze Konkursrecht zugewiesen ist. Um dem sozialen Uebel der Vermehrung der Konkurse zu wehren, muss mit

der Vergangenheit gebrochen und müssen neue materielle und prozessualische strafrechtliche Grundsätze aufgestellt werden. Es geht nicht an, für die sogenannten strafrechtlichen Folgen des Konkurses andere Kompetenzen zu schaffen als für die eigentlichen Konkursdelikte, die einen dem Bunde und die andern den Kantonen zur Regelung zu überlassen.

Hr. Apell.-R. Dr. *Ehinger* in Basel hält dafür, dass es nicht wohl gethan sei, den gerichtlichen Akkord anders zu behandeln als den aussergerichtlichen, weil es regelmässig bloss Sache des Zufalles oder des Geschickes des Kridaren ist, ob er sich aussergerichtlich arrangiren kann oder nicht, und ein innerer Unterschied nicht besteht. Im Uebrigen hat man den Begriff der strafähnlichen Folgen des Konkurses zu weit ausgedehnt, sonst müsste man den Entzug der Niederlassung bei Personen, welche der öffentlichen Wohlthätigkeit dauernd zur Last fallen (Art. 47 B.-V.), auch als etwas Strafrechtliches bezeichnen, und das ginge doch zu weit. Diese strafähnlichen Folgen werden im Konkursgesetze geregelt werden müssen.

Mons. l'avocat *Jacottet* de Neuchâtel est d'accord avec le rapporteur sur le fond de la question; il admet que la Confédération, compétente pour légiférer sur la faillite, l'est aussi pour statuer des pénalités contre les faillis, car la plupart des actes auxquels celles-ci sont attachées ne constituent pas des délits de droit commun. Ce sont des délits sui generis, qui empruntent leur caractère criminel au fait que leurs auteurs sont hors d'état de payer leurs dettes, et qui ne tombent pas sous l'application de la loi pénale. Ainsi les faits constitutifs de la *banqueroute* simple et même en partie de la *banqueroute frauduleuse* punies toutes deux par le Code de Commerce français, ne sont pas en *eux-mêmes* des faits criminels. Il serait désirable à un autre point de vue que la Loi fédérale statuât sur les conséquences pénales de la faillite, à fin de mettre un terme à l'inégalité résultant de la diversité des législations spécialement en ce qui concerne la privation des droits politiques.

Dans tel canton, le failli est ipso facto privé de ses droits électoraux, dans d'autres il ne l'est que s'il a été déclaré non excusable, dans d'autres il ne l'est pas du tout;

ensorte qu'il dépend des cantons d'augmenter on de réduire le nombre des électeurs, même des électeurs fédéraux.

L'orateur cite l'exemple du canton de Berne où il existe, dit on, plusieurs milliers de citoyens privés de leurs droits politiques ensuite de l'excessive facilité avec laquelle on y déclare la faillite.

Mais si cette opinion prévaut, il sera nécessaire d'étendre la faillite à tous les citoyens sans distinction entre les commerçants et non commerçants.

Hr. Dr. *E. Zürcher* konstatirt in der Replik, dass der Koreferent ebenfalls nicht den Konkurs, sondern die denselben herbeiführenden Handlungen als Delikt auffasst. Differenz ist nur die, dass Referent diese Handlungen, soweit sie strafbar sein sollen, in einem Strafgesetz aufgezählt wissen will. Prof. Hilty begründet den Entzug des Aktivbürgerrechts nicht aus konkursrechtlichen, sondern aus verfassungs-politischen Gründen, ein Einverständniss wäre also soweit vorhanden, als im Konkursgesetz, auf welches der Präsident die Diskussion beschränken will, der Entzug des Stimmrechtes nicht ausgesprochen werden müsste. — Ueber die politischen Gründe kann man allerdings diskutieren. Bezüglich Thesis 4 stimmt der Hr. Referent dem Hrn. Jacottet zu, und er kann auch den Ausführungen des Hrn. Dr. Ehinger über die gleichmässige Behandlung der gerichtlichen und aussergerichtlichen Akkordanten zustimmen.

Hr. Präsident Dr. *Morel* stellt noch den Antrag: „es sei dem h. Bundesrathe im Anschlusse an den Beschluss des Vereines vom 6. Sept. 1881 auch das heutige Referat und Koreferat nebst dem Protokoll über die heutigen Verhandlungen des Vereines einzusenden.“ Dies wird beschlossen; materiell werden keine Resolutionen gefasst.

V.

Der Verein geht nun zur Behandlung der beiden gestern von den Herren Prof. Dr. König und Dr. Hilty gestellten Motionen über.

Hr. Prof. Dr. *König* bemerkt zur Begründung seiner Motion, dass er nicht der Bundesverfassung entgegentreten wolle. Allein wie man unter der frühern Verfassung, wo dem Bunde dazu die Kompetenz fehlte, von Seite des Bundes einen Entwurf eines O.-R. ausarbeiten liess, so soll man auch jetzt der Zukunft vorarbeiten. Das O.-R. hat Lücken in die kantonalen Gesetze gerissen und es zweifelt niemand mehr, dass die Rechtscentralisation weiter greifen muss als die jetzige B.-V. erlaubt. Da soll man für die Zukunft vorsehen. Denn die nächste Bundesrevision muss uns die Rechtseinheit bringen, wenn sie nicht unter gar zu düstern Sterne geboren wird. Wenn wir fortan Diskussionen haben müssten, wie die gestrige, so wäre ein solcher Rechtszustand gewiss kein guter, sondern er müsste nothwendig das eidgenössische Recht in Misscredit bringen. Mit blossen Debatten ist es aber nicht gethan, sondern man muss dafür sorgen, dass die Vorarbeiten praktische Verwerthung finden. Wenn wir dem Bunde so viel Material liefern, so können wir wohl verlangen, dass er seinerseits dasselbe nicht nur als solches liegen lasse. Wenn schon die Männer der Helvetik sich an solche Arbeiten machten, wie die interessanten Publikationen des Hrn. Prof. *Hilty* klarlegten, so wird es sich gewiss empfehlen, wenn wir ein gleiches auch thun bzw. verlangen, dass es gethan werde.

Hr. Prof. Dr. *Hilty* theilt den Standpunkt des Hrn. Prof. Dr. *König*, will aber die Arbeit selbst machen, soweit es möglich ist. Jedenfalls soll man auch einmal etwas beschliessen und nicht nur immer discutiren. Die gestrige Diskussion hat uns die schlimmen Mängel des bestehenden Zustandes gezeigt und eine düstere Perspektive eröffnet. Das schweizer. Volk erwartet von uns auch die Vorarbeiten für die Nationalisirung des Rechtes und nicht nur gelehrte akademische Erörterungen. Die Hauptsache ist, dass ein Anfang gemacht wird, man braucht nichts zu überstürzen. Selbst wenn unsere Arbeiten nicht sofort praktischen Erfolg haben sollten, so würden wir uns ein unvergängliches Denkmal setzen, wie es die Männer der Helvetik gethan haben.

Sodann ist es gewiss eine unabweisliche Nothwendig-

keit eine Stelle zu schaffen, wo man die Materialien aus den Kantonen zuverlässig erhalten kann, die man für solche Arbeiten beim jetzigen Zustande absolut haben muss; denn jetzt ist es fast unmöglich solche Aufschlüsse zu erhalten, und das schreckt viele von guter Arbeit zurück.

Hr. Altständerrath Dr. *P. Conradin v. Planta* aus Chur wendet sich gegen den Antrag des Hrn. Prof. Dr. König. Vom bloss juristischen Standpunkte aus kann man wohl zur Forderung der ausnahmslosen Rechtscentralisation kommen. Aber da spielen auch noch politische Bedenken mit und der Redner ist nicht nur Jurist. Es stellt sich eben die Frage, ob man den staatsrechtlichen Boden des Bundesstaates zu verlassen habe. Hr. v. Planta kann noch jetzt für die volle Centralisation des Civil-, des Betreibungs- und Konkursrechtes stimmen, wie er sie anno 1872 im Ständerathe beantragte. Aber mit der Centralisation des Civil- und Strafprozesses muss man in die kantonale Gerichtsorganisation zerstörend eingreifen. Damit wäre aber die Idee des Bundesstaates so ziemlich preisgegeben. Die Fachleute sind eben regelmässig einseitig. Es ist bedauerlich, dass im J. 1874 nicht die Kompetenz zu einem vollständigen privatrechtlichen Gesetzbuche dem Bunde gegeben wurde; das haben die Heissporne verschuldet, welche anno 1872 das gesammte Recht centralisiren wollten. Nun sollte man mit einiger Konsequenz vorgehen und nicht heute das und morgen jenes centralisiren wollen, sondern mit Festigkeit auf die Erreichung eines einheitlichen und vollständigen Civilcodex hinarbeiten. Hier hält der Redner mit.

Den Antrag des Hrn. Prof. König hält er in der vorliegenden Form nicht für annehmbar, er würde eventuell den Antrag stellen, der h. Bundesrath sei einzuladen Vorstudien und Entwürfe zu einem vollständigen privatrechtlichen Gesetzbuche vornehmen und ausarbeiten zu lassen. Er meint jedoch, vor der Hand habe das Schweizer Volk Arbeit genug sich in das O. - R. einzuleben, welches zwar eine sehr gute Arbeit sei, wissenschaftlich betrachtet aber kaum populär redigirt sei und daher die Einlebung des Volkes in das neue Recht erschwere. Die weitem Theile des einheitlichen Civilgesetzes sollten populärer redigirt werden.

Dem Vorschlag des Hrn. Prof. Hilty widersetzt sich Hr. Planta nicht, erachtet ihn aber als unpraktisch, da man die Arbeit nicht so theilen und aber auch nicht unentgeltlich verlangen könne.

Mons. *J. Roguin*, président du tribunal fédéral, ne peut admettre la motion de M. le Prof. Koenig, qui constitue, au fait et au prendre, un postulat, adressé au Conseil fédéral, afin de l'engager à entreprendre la rédaction d'un certain nombre de lois. Il n'appartient qu'aux chambres fédérales d'exprimer de tels postulats: à deux reprises déjà on leur a proposé d'en adopter de semblables; ce fut sans aucun succès. Au reste, il se trouve dans les Chambres fédérales assez de jurisconsultes pour que la société des juristes n'ait pas à prendre l'initiative que Mr. Koenig lui conseille.

L'orateur approuve la seconde et la troisième proposition de Mr. le Prof. Dr. Hilty, et engage la société à les adopter et à les renvoyer au Comité pour qu'il avise à les exécuter. Quant à la première elle peut-être aussi renvoyée au Comité, qui l'étudiera, et en tiendra compte, selon qu'il lui paraîtra convenable.

Hr. R.-R. Dr. *Speiser*. Es ist richtig, dass noch an keinem unserer Feste so sehr wie heuer die Ueberzeugung sich Bahn gebrochen, dass man nicht auf halbem Wege stehen bleiben kann. Man soll sich aber zu nichts hinreissen lassen; wenn das Volk uns als die Vorarbeiter für die Rechtseinheit betrachtet, so müssen wir darauf Rücksicht nehmen und dürfen nichts überstürzen. Er beantragt daher die beiden Motionen nicht zu erledigen, sondern dem Comité zur Berichterstattung zuzuweisen. Die Motion des Hrn. Prof. König ist entweder überflüssig, da der Bundesrath sein Augenmerk schon auf die zukünftigen Aufgaben gerichtet hat, oder sie ist gefährlich, weil sie gewissermassen als ein Misstrauensvotum an den Bundesrath oder gar als ein Verzicht des Vereins in der Sache noch weiter mitthun zu wollen gedeutet werden könnte. Mit den Vorschlägen des Hrn. Prof. Hilty ist der Redner grundsätzlich einverstanden, er glaubt jedoch, dass über deren Formulierung im Einzelnen noch Diskussion walten sollte. Ob

man für die Kenntniss des absterbenden kantonalen Rechtes mehr thun kann, als die Referate der Zeitschrift für schweiz. Recht seit 25 Jahren leisten, wäre noch fraglich.

Hr. Gerichtspräsident Dr. *Ziegler* in Schaffhausen ist mit dem Antrage des Hrn. R.-R. Speiser einverstanden, beantragt aber eventuell den Antrag des Hrn. Prof. Dr. *Hilty* sub. Ziff. 2 dahin zu erweitern, dass gesagt würde: der Juristenverein gibt den Kantonsregierungen von der Aufstellung dieses Sekretariates Kenntniss, mit dem Wunsche, dass dieselben die bereits erschienenen und fortlaufend erscheinenden Gesetze diesem Sekretär einsenden.

Hr. Prof. Dr. *König* ist mit der Ueberweisung der Motionen an das Comité einverstanden, da auch er nichts überstürzen möchte, nicht so Hr. Prof. Dr. *Hilty*, welcher einen solchen Beschluss als eine ehrenvolle Ablehnung seiner Motion ansehen würde.

Der Antrag des Hrn. R.-R. Speiser wird angenommen und demnach beide Motionen sammt den weitem bezüglichlichen Anträgen zur Erledigung bzw. Antragstellung dem Comité zugewiesen.

VI.

Auf die Einladung und den Antrag des Hrn. Bundesgerichtspräsidenten *Roguin* wird zum nächsten Festorte *Lausanne* gewählt.

VII.

In das Vereinscomité werden von 76 Anwesenden auf 3 Jahre gewählt die Herren:

Bundesrichter Dr. *Morel*,
Regierungsrath Dr. *Speiser*,
Bundesgerichtspräsident *Roguin*,
Advokat Dr. *Weibel*,
Prof. Dr. *Zeerleder*,
Advokat C. *Grivet* in Freiburg,
Prof. Dr. *Hilty* in Bern.

Hr. Präsident Dr. Morel erklärt eine Wahl als Präsident des Comités nicht mehr anzunehmen und es wird nun zum Präsidenten des Vereines gewählt Hr. R.-R. Dr. *P. Speiser*.

Auf den Antrag des Dr. Ottensoser wird dem Hrn. Präsidenten Dr. *Morel* für seine ausgezeichnete Geschäftsführung mit Akklamation der Dank des Vereins ausgesprochen, worauf die Versammlung um 1¹/₄ Uhr als geschlossen erklärt wird.

St. Gallen, den 4. Sept. 1883.

Namens des Juristenvereins:

Der Vicepräsident:

Dr. Paul Speiser.

Der Sekretär:

Dr. Weibel.



Nachtrag: Nach Schluss der Verhandlung gieng von dem in München versammelten „Institut du droit international“ folgendes Telegramm ein:

„Schweizer. Juristentag St. Gallen“! „Institut für internationales Recht dankt für den freundlichen Gruss und erwiedert denselben mit den besten Wünschen für den Erfolg Ihrer Arbeiten.“

von Holtzendorff, Präsident.

„Besten Gruss an die verehrten Kollegen von Brusa und Rivier.“