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: 26 (1907)

Artikel: Über die Stellung der Ausländer im schweizerischen Bundesstaatsrecht

Autor: Hartmann Julius

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896599

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: 04.12.2025

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

Ueber die Stellung der Ausländer im schweizerischen Bundesstaatsrecht.

Von Dr. Julius Hartmann in Basel.

Für die Schweiz muss die Behauptung als unrichtig abgelehnt werden, „dass der Fremde kein Recht an den Staat hat“.[1]) Damit kann ja nichts anderes ausgedrückt sein als die Befreiung des Staates von jeder Rechtspflicht im Verkehr mit Nichtstaatsangehörigen: was auch immer die staatlichen Organe einem Ausländer gegenüber tun oder unterlassen, stehe ausserhalb jeder rechtlichen Relevanz; im Vergleich zur Wertung des gleichen Verhaltens gegenüber einem Staatsangehörigen erfüllen sie keine Amtspflicht, sondern handeln aus Billigkeitsrücksichten, verletzen sie kein objektives, geschweige denn subjektives Recht, sondern verfahren nach freier Willkür.

Jene Ansicht wird begründet mit der Fortdauer des antiken Grundsatzes der Rechtlosigkeit der Ausländer. Aber schon im römischen Staatsrecht ist diese Auffassung nie konsequent durchgeführt worden, vielmehr hat die Republik in ihrem wohlverstandenen eigenen Interesse den Fremdenverkehr gefördert und mit besonderem Rechtsschutzverfahren begabt (Peregrinenprætur, Peregrinenprozess), woraus dann die folgenreiche Erweiterung und Befruchtung der nationalrömischen Rechtsgedanken hervorgegangen ist. „Rechtlichen Anspruch auf feste Verkehrsgemeinschaft konnte allerdings dem Ausländer nur ein Vertrag gewähren; aber es zeigen sich keine Spuren des Begehrens entsprechender Legitimation, und es ist nicht unwahrscheinlich, dass tatsächlich jeder Ausländer, der

---

[1]) Zorn, in v. Stengel, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, I S. 118.

nicht einer besonders ausgenommenen oder einer mit Rom faktisch kriegführenden Nation angehörte, zur Verkehrsgemeinschaft zugelassen ward". [2]) Auch für die Zeit des mittelalterlichen deutschen Rechts ist uns bezeugt, dass die ursprüngliche Rechtsunfähigkeit der Fremden, die nicht Unfreie sind, einer milderen Behandlung weichen musste, die im Prinzip der Personalität der Rechte ihren Ausdruck fand. Die durch den Schutz des Königs als des Muntherrn oder durch den Eintritt in die Munt eines Volksgenossen erlangte Rechtsstellung ging auch in der Periode des gegenseitigen kleinstaatlichen Abschliessens nicht ganz verloren, wie denn auch die ausdrückliche Anordnung gewisser Beschränkungen, denen die Fremden unterlagen, doch erkennen lässt, dass sie im übrigen nicht rechtlos sein sollten. [3])

Die herrschende Meinung stützt ihre Behauptung auf das Ausweisungsrecht des Aufenthaltsstaates: „jeder Fremde kann jederzeit ausgewiesen werden". [4]) Dieses Argument trifft für das schweizerische Recht nicht zu.

Dass der Aufenthaltsstaat gegenüber einem Ausländer nicht verpflichtet ist, ihn unter allen Umständen auf seinem Gebiete zu dulden, kann allerdings nicht bestritten werden und ergibt sich aus dem Fehlen der aus dem Angehörigkeitsverhältnis hervorgehenden dauernden Verbindung zwischen Bürger und Staat. Doch die Anerkennung der Ausweisung an sich bedeutet nicht die Rechtfertigung einer „jederzeitigen Ausweisung jedes Fremden"!

Es sind hier nach dem Rechtsgrund der Ausweisung zwei Fälle auseinander zu halten. Entweder wird ein Fremder vom Bundesrat aus dem schweizerischen Gebiete weggewiesen, weil er die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährdet, oder es entzieht ein Kanton einem Fremden die Erlaubnis, sich auf seinem Boden niederzulassen aus Gründen der gewöhnlichen Fremdenpolizei, z. B. wegen

---

[2]) Theodor Mommsen, Abriss des römischen Staatsrechts, S. 62 ff.

[3]) Andreas Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, I S. 34.

[4]) Zorn, a. a. O. § 3.

Schriftenlosigkeit. Bei der politischen Ausweisung fasst der Bundesrat, nach Untersuchung durch die Bundesanwaltschaft, den Beschluss, wenn Handlungen konstatiert sind, die eine Gefährdung der Landessicherheit zur Folge haben; er ist hiebei erste und letzte Instanz. Infolgedessen stehen dem Ausgewiesenen in diesem Falle keine eigentlichen Rechtsmittel zur Verfügung; der einzige, und vom Standpunkt des Betroffenen aus unvollkommene Schutz gegen willkürliche Ausweisung liegt in der parlamentarischen Aufsicht über die Geschäftsführung des Bundesrates durch die Bundesversammlung, die aber nicht einzelne Verfügungen kassiert, sondern nur ihrer Ansicht über bestimmte Vorkommnisse Ausdruck gibt. Einen andern Charakter weist die Entziehung der Niederlassungsbewilligung auf, die in erster Linie nicht in die Kompetenz der Bundesbehörden, sondern in die der Kantone fällt. Wenn nach der Ansicht des Ausgewiesenen die kantonale Verfügung einen Staatsvertrag mit seinem Heimatstaate über Niederlassungsverhältnisse verletzt, so kann er innert 60 Tagen beim Bundesrat Beschwerde einlegen, und sogar dessen Entscheid an die Bundesversammlung weiterziehen. In diesen Fällen wird dem Ausländer derselbe Rechtsschutz zuteil, wie dem Schweizer, der gegen die sein Niederlassungsrecht verletzende Kantonsbehörde den Rekurs an das Bundesgericht ergreift. — Es genügt, hierauf hingewiesen zu haben, um das Argument der herrschenden Meinung, wonach der Fremde einer jederzeitigen Ausweisung ausgesetzt und darum prinzipiell rechtlos sei, zu entkräften.

Jene Theorie geht aber für schweizerisches Recht auch ohne Berücksichtigung der Staatsverträge fehl, denen notgedrungen eine „mildernde“ Wirkung zugestanden wird. Die Bundesverfassung enthält eine Reihe subjektiv gefasster Beschränkungen des freien Waltens der Staatsgewalt, die ohne Begrenzung auf die Schweizerbürger statuiert sind und infolgedessen ihre Wirkung für jeden Einwohner der Eidgenossenschaft eintreten lassen. Ich nenne als Beispiele die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 49), die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen (Art. 50), das Recht zur Ehe (Art. 54),

die Garantie des forum domicilii (Art. 59). Nun dient die zum Schutze solcher „verfassungsmässiger Rechte“ eingesetzte staatsrechtliche Gerichtsbarkeit des Bundesgerichts, wie den Schweizerbürgern, so auch den in ihren Rechten angegriffenen Ausländern, insofern das materielle Recht ihnen die behaupteten Ansprüche verleiht. [5])

Man darf also die Rechtsstellung des Ausländers nicht in dem Sinne als eine Duldung auffassen, dass ihm zwar die Vorteile der jeweiligen Rechtsordnung mit zugute kommen, aber nicht als gewolltes Resultat der Rechtssetzung, sondern als eine nicht abzuwendende Folge, eine blosse Reflexwirkung. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht geht eben aus dem im schweizerischen Rechte anerkannten Anspruch auf Rechtsschutz hervor, der den Ausländer befähigt, aus eigenem Rechte den Richter anzurufen; er ist nicht der jeweiligen politischen Stimmung unterworfen, die unter normalen Umständen nachgiebig gewährt, was sie in aufgeregter Zeit verweigert. Wie gering auch, nach Umfang und Wert gemessen, der Fonds von Rechten sei, die dem Fremdling gebühren im Gegensatz zum civis cum suffragio et honoribus, so verfügt er doch über Rechte, ist er nicht nur Pflichtsubjekt, sondern ebenso Rechtssubjekt.

Die Staatsverträge als Quellen des Fremdenrechts.

Die wichtigsten für das schweizerische Fremdenrecht geltenden Rechtsnormen sind in den Staatsverträgen mit dem Ausland enthalten. Unter diesen stehen an Bedeutung voran die Niederlassungsverträge, denn sie verfolgen den Zweck, die Rechtssituation der in Betracht kommenden Personen in möglichst vollständiger und sicherer Weise zu regeln; während zahlreiche andere internationale Abmachungen irgend einen speziellen Punkt (Auslieferung, ärztliche Grenzpraxis, Anerkennung anonymer Gesellschaften u. a.) zu ihrem Gegenstand haben, umfassen die Niederlassungsverträge, ideell wenigstens,

---

[5]) Blumer-Morel, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechtes, 2. Auflage, III S. 176 f.

die Gesamtheit der aus der Niederlassung eines Angehörigen der Vertragsstaaten im Gebiete des andern sich ergebenden Rechtsfolgen; sie bilden deshalb die Hauptquelle des Fremdenrechts.

Derartige Verträge hat die Eidgenossenschaft mit beinahe allen europäischen Staaten abgeschlossen;[6]) es fehlen als Vertragsstaaten noch Schweden, Luxemburg, Portugal, Griechenland, Rumänien, Türkei, Bulgarien, Montenegro und Monaco. Dieser Mangel ist gegenüber Griechenland, Portugal und Rumänien durch Handelsübereinkünfte einigermassen gehoben; mit der Türkei und Bulgarien hat lediglich ein Notenaustausch über Handelsverhältnisse stattgefunden.

Aussereuropäische Staaten,[7]) mit denen die Schweiz durch Niederlassungsverträge verbunden ist, sind: die Vereinigten Staaten von Amerika (25. November 1850),[8]) die Republiken

---

[6]) Die Daten sind folgende: Deutsches Reich 31. Mai 1890, Frankreich 28. Febr. 1882, durch Vertrag vom 14. Okt. 1896 unter Einschränkungen auch auf Tunis ausgedehnt, Italien 22. Juli 1868, Oesterreich-Ungarn 7. Dez. 1875, Liechtenstein 6. Juli 1874, Grossbritannien und Irland 6. Sept. 1855, Russland 26./14. Dez. 1872, Dänemark 10. Febr. 1875, Niederlande 19. Aug. 1875 (der König der Niederlande führt zwar im Ingress des Vertragstextes auch den Titel „Grossherzog von Luxemburg," der Vertrag bezieht sich aber nur auf das Königreich und seine Kolonien, nicht auf das Grossherzogtum. Aehnlich im Auslieferungsvertrag vom 10. Febr. 1876, der nur für Luxemburg abgeschlossen worden ist), Spanien 14. Nov. 1879, Serbien 16. Febr. 1888, Norwegen 22. März 1894, gekündet durch Norwegen auf 27. Mai 1906, BBl. 1905, IV S. 177. Mit Schweden(-Norwegen) und Griechenland bestehen Freizügigkeitsverträge von 1842, resp. 1837.

v. Orelli, schweizerisches Staatsrecht (in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts, IV. Bd) S. 93, führt unter den Staaten, mit denen die Schweiz Niederlassungsverträge abgeschlossen hat, auch Schweden(-Norwegen) an, und bemerkt weiter, Griechenland, Spanien, sowie Schweden und Norwegen gegenüber seien einfach die Abzugsrechte auf wegziehendem Vermögen abgeschafft. Dieser dürftige Inhalt erlaubt nicht, einer solchen Abmachung den Namen eines Niederlassungsvertrages beizulegen. Die Angabe war, was Spanien betrifft, schon zur Publikationszeit des Orellischen Staatsrechts (1885) nicht genau, denn mit Spanien hatte die Eidgenossenschaft 1879 einen regelrechten Niederlassungsvertrag abgeschlossen.

[7]) Ueber das Verhältnis zu den Kolonien europäischer Staaten cf. Blumer-Morel III S. 461.

[8]) Die Artikel VIII—XII sind infolge Kündigung durch die Vereinigten Staaten seit 24. März 1900 ausser Geltung, Amtl. Slg n. F. XVII S. 212.

Ecuador (22. Juni 1888) und Salvador (30. Oktober 1883), Japan (10. November 1896) und der Unabhängige Kongostaat (16. November 1889); mit Persien besteht ein Freundschafts- und Handelsvertrag vom 23. Juli 1873.[9])

Diese zahlreichen Verträge weisen hinsichtlich des Inhalts und dessen Anordnung zwei Haupttypen auf, als deren Beispiele der Vertrag mit Italien und derjenige mit dem Deutschen Reich verglichen werden mögen.

Der erste Typus, der ältere, führt mit ersichtlichem Bestreben nach Vollständigkeit alle Rechte und Vorteile im einzelnen auf, die der Angehörige eines kontrahierenden Staates auf dem Gebiete des andern geniessen soll; da ist die Rede davon, dass er seine Geschäfte entweder selbst besorgen und beim Zollamt seine eigenen Deklarationen eingeben kann, oder nach seiner freien Wahl durch Bevollmächtigte, Faktoren, Sensale und derartige Personen, oder durch Dolmetscher, beim Verkauf oder Kauf seiner Güter, Wertpapiere oder Waren sich vertreten lassen darf, und dass er selbst als Bevollmächtigter solche Geschäfte für Landesangehörige oder Fremde besorgen kann (italienischer Vertrag, Art. 1). In ähnlicher, wenn auch nicht immer gleich detaillierter Weise sind die Verträge mit den Vereinigten Staaten von Amerika, mit Russland und Grossbritannien redigiert. Sie stammen aus einer Zeit, der die heutigen grossen Bevölkerungsschiebungen noch unbekannt waren, man glaubte deshalb den Gegenkontrahenten mit möglichst präzisen und zahlreichen Versprechungen und „Garantieen“ behaften zu müssen, um seinen eigenen Angehörigen eine vorteilhafte Stellung zu schaffen. Der Nachteil dieser Enumerationsmethode liegt auf der Hand: es ist unmöglich, alle die Betätigungen aufzuzählen, die nach der mutmasslichen Absicht der Parteien ihren Angehörigen wechsel-

---

[9]) Infolge der 1898 erfolgten Annexion der Hawai-Inseln durch die Vereinigten Staaten von Amerika ist der 1864 mit diesem Inselstaat abgeschlossene Vertrag dahingefallen (BBl. 1901 I S. 770).

Dasselbe ist anzunehmen bezüglich des Vertrags von 1885 mit der Südafrikanischen Republik, nachdem diese als Kronkolonie im britischen Reiche aufgegangen ist.

seitig erlaubt sein sollen; es werden sich immer Auslassungen ergeben, das liegt in der Natur der Sache. Sollten nun diese übergangenen „Rechte“ vom Vertragsschutz ausgeschlossen sein, die Tabellen also exclusiven Charakter haben, so wären die Verträge eher ein Hindernis als ein Hilfsmittel der Verkehrserleichterung; wird die Aufzählung dagegen bloss exemplifikativ aufgefasst, so ist sie unnütz und kann ohne Schaden unterbleiben.

Infolgedessen begnügt man sich in den neueren Verträgen damit, der Hauptsache nach ein allgemeines Prinzip auszusprechen, dessen nähere Ausführung dem internen Landesrecht überlassen wird; eine genauere Regelung speziell interessierender Punkte ist oft damit verbunden. Diesen zweiten Typus vertritt neben andern der Niederlassungsvertrag mit dem Deutschen Reich von 1890, der in dieser Hinsicht vollständig auf dem durch ihn ersetzten von 1876 aufgebaut ist.

Die schweizerischen Handelsverträge stehen für das Fremdenrecht erst an zweiter Stelle. Ihre Hauptbedeutung liegt auf dem Gebiete des Zollwesens, dessen Recht den Nationalitätsunterschied der Parteien unbeachtet lässt; doch enthalten sie gewöhnlich genauere Vorschriften über den Umfang und den Schutz des Handelsbetriebs durch Angehörige der Vertragsstaaten als sie die Niederlassungsverträge kennen. [10]) Sie sind besonders dann verwertbar, wenn mit demselben Staat nicht ein spezieller Vertrag über Niederlassungsverhältnisse abgeschlossen ist. Für den Stand der schweizerischen Handelsverträge wird hier auf die Zusammenstellung verwiesen, die jährlich im Geschäftsbericht des eidgenössischen Handelsdepartements erscheint.

Ferner gehört zum Quellenbestand des Fremdenrechts eine Anzahl von Verträgen speziellen Inhalts, unabhängig von den Niederlassungsverträgen. Die Art und Weise, wie derartige Abmachungen entstehen, schliesst es aus, dass seitens

---

[10]) Die Zugehörigkeit zu einem Vertragsstaat wird in den Handelsverträgen prinzipiell durch den Wohnsitz bestimmt, im Unterschied zu den Niederlassungsverträgen, deren Destinatäre durch ihr Bürgerrecht gekennzeichnet sind.

der Eidgenossenschaft deren Abschluss systematisch gefördert wird; eine einheitliche Charakterisierung dieser Uebereinkünfte mit Rücksicht auf ihre Bedeutung für die gegenwärtige Untersuchung ist daher nicht möglich.

Ich unterlasse es, in die Lehre von der Rechtskraft der Staatsverträge, insbesondere in eine Untersuchung über die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen auf diesem Gebiete einzutreten, da die massgebenden Grundsätze in keiner näheren Verbindung mit dem Fremdenrecht stehen. Für die direkte Anwendbarkeit jener Normen ist übrigens durch die Bundesverfassung in Art. 113 gesorgt, worin dem Bundesgericht die Anfechtung von Staatsverträgen, die von der Bundesversammlung genehmigt worden sind, entzogen wird (keine Entscheidung ist jedoch getroffen für die Rechtskraft der vom Bundesrat abgegebenen „Erklärungen", z. B. über Anerkennung anonymer Gesellschaften gegenüber Griechenland [1901] oder Russland [1903]).[11])

Ebenso kann hier nicht des näheren die Frage erörtert werden, wie es sich mit dem schweizerischen Staatsvertragsrecht verhält im Hinblick auf die in neuerer Zeit sich geltend machende Erkenntnis der konstruktiven Verschiedenheit von „Vertrag" und „Vereinbarung"; ich begnüge mich mit dem Hinweis darauf, dass diejenigen Staatsverträge, denen die Rechtsnormen für die Behandlung der Ausländer zu entnehmen sind, unter den Begriff der „Vereinbarung" fallen, also als zusammentreffende Willenserklärungen mehrerer Staaten mit identischem Inhalt aufzufassen sind, im Gegensatz zu den „Verträgen", deren Charakteristikum in der gleichzeitigen Erklärung mehrerer staatlicher Willen zu inhaltlich entgegengesetzten Zwecken besteht.[12]) Aeusserlich betrachtet weisen einzelne Staatsverträge, entsprechend ihrem mannigfaltigen

---

[11]) Die Bemerkung im Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung von Dr. W. Burckhardt, S. 865, dass erst durch das Organisationsgesetz für die Bundesrechtspflege von 1893, Art. 175, die von der Bundesversammlung genehmigten Verträge für das Bundesgericht massgebend erklärt worden seien, ist unrichtig.

[12]) H. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899, S. 45 ff.

Inhalt, die Elemente beider Begriffe auf (man vergleiche z. B. die Art. 12 und 16 des Vertrags mit Italien betr. Bau und Betrieb einer Simplonbahn vom 25. November 1895, Amtl. Slg n. F. XVI 794); indessen sind die Niederlassungsverträge, die uns hier hauptsächlich interessieren, unter die Vereinbarungen einzureihen; denn die Kontrahenten einigen sich in dem Versprechen, bestimmte, entweder eigens formulierte oder durch Verweisung auf schon bestehendes Recht bezeichnete Rechtssätze in ihrem Gebiete zur Anwendung zu bringen. Gerade die Funktion der Rechtssetzung kommt der Vereinbarung in besonderem Masse zu.[13])

Die genauere Einsicht in das Wesen der Staatsverträge führt nun auch dazu, dem internen Landesrecht in unserer Materie die richtige Stellung zuzuweisen. Es ist ein landläufiger Irrtum, wenn man dem Staatsvertrag als solchem verbindliche Kraft für den Untertan des kontrahierenden Staates zuschreibt;[14]) denn in erster Linie bezweckt die von den Kontrahenten abgegebene Willenserklärung eine Berechtigung oder Verpflichtung der Parteien als Subjekte des Völkerrechts herbeizuführen. Mit der Entstehung dieser Ansprüche unter den Staaten kann nun allerdings je nach dem Vertragsinhalt der Zweck, den zu erreichen die Kontrahenten sich vorgenommen hatten, vollständig erfüllt sein, z. B. bei Gebietsabtretungen. Wo dagegen die Schaffung von Normen beabsichtigt ist, da muss auf das Stadium der internationalen Handlungen das weitere Stadium der internen Rechtssetzung folgen. Erst wenn das landesgesetzlich vorgeschriebene Verfahren durchgeführt ist, entsteht Landesrecht mit unmittelbarer Verbindlichkeit für Behörden und Volk.[15]) Die Bedeutsam-

---

[13]) Triepel, a. a. O. S. 70.

[14]) Triepel, S. 116.

[15]) Die Erkenntnis des fundamentalen Unterschieds zwischen der Veranlassung zur Schaffung interner Rechtsnormen (Staatsvertrag) und der Schöpfung von Landesrecht wird durch den Umstand erschwert, dass unser Bundesstaatsrecht nicht über spezifisch ausgestaltete Gesetzgebungsakte verfügt, die die begriffliche Verschiedenheit der beiden Stadien auch äusserlich in die Erscheinung treten liessen. Beiderlei Funktionen übt jedenfalls der

keit dieser Unterscheidung wird im Laufe der Untersuchung mehrere Male hervortreten.

Wenn der Staatsvertrag (recte „Vereinbarung") selbst die gewollten Rechtssätze formuliert oder auf bereits bestehendes Landesrecht verweist, so ist die Bildung des vereinbarungsgemässen Landesrechts abgeschlossen mit dem Zeitpunkt, auf den das Inkrafttreten des Staatsvertrags angeordnet wird; es braucht dann keine weitere gesetzgeberische Handlung mehr vorgenommen zu werden (abgesehen von der Publikation). Doch kann auch der Inhalt der Vereinbarung der sein, dass erst noch eine bestimmte Materie gesetzlich geregelt werden soll; in diesem Falle muss der normale Gang der Gesetzgebung innegehalten werden, namentlich mit Einschluss des Referendums.[16])

Das gemäss einem eidgenössischen Staatsvertrag durch den Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung geschaffene Recht ist Bundesrecht und hat als solches derogierende Kraft gegenüber abweichendem kantonalem Recht.[17]) Für die Kantone folgt daraus die Pflicht, ihre Rechtsordnung mit dem international veranlassten Bundesrecht im Einklang zu erhalten; die Sanktion liegt darin, dass der Bundesrat von Amtes wegen für diese Uebereinstimmung zu sorgen hat[18]) und dass die richterlichen Bundesbehörden dem vertragswidrigen kantonalen Rechte die Anwendung versagen.[19])

Sobald das mit den auswärtigen Staaten vereinbarte Recht in den hiefür vorgesehenen Formen internes Recht

---

Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung aus, indem er einerseits dem Bundesrat die Ermächtigung zur Ratifikation erteilt (eine innerstaatliche Voraussetzung, deren Mangel nicht notwendigerweise die Bindung nach aussen verhindert), andrerseits die vertragsmässigen Rechtssätze als Landesrecht erklärt. Doch ist diese Frage nicht ganz abgeklärt.

[16]) Triepel, S. 299; Schlussprotokoll Ziffer 2 zum Niederlassungsvertrag mit dem Deutschen Reich von 1890.

[17]) B. Ger. XXVI 1. S. 225.

[18]) BBl. 1900 I 624 f. (thurgauisches Hausiergesetz); v. Salis, schweiz. Bundesrecht, 2. Aufl., II Nr. 683, V Nr. 2114. Ueber das Bundesgesetz über Jagd und Vogelschutz vom 24. Juni 1904 cf. Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung XIII (1903) S. 121.

[19]) B. Ger. XXIV 1. S. 317, Erw. 5.

geworden ist, kann seine Durchführung nur Sache der verfassungsgemäss eingesetzten einheimischen Behörden sein. Es darf deshalb nicht, wie freilich gelegentlich geschieht (BBl. 1892 II 499), die fremde Diplomatie als Organ der internen Rechtspflege anerkannt und ihren Begehren selbständige prozessuale Bedeutung beigelegt werden. Darüber Seite 182.

Die Anwendbarkeit des in Ausführung von Staatsverträgen entstandenen Landesrechts ist in persönlicher Hinsicht einer Beschränkung unterworfen. Soweit das Fremdenrecht auf Verträgen beruht, weist es einen nationalistischen Charakter auf; denn Rechte und Pflichten speziell aus den Niederlassungsverträgen kommen nur denjenigen Ausländern zu, die Bürger des jeweilen mit der Schweiz kontrahierenden Staates sind. Es genügt also nicht, dass ein einem dritten Staate angehörender Ausländer vom Boden des Kontraktsstaates aus einen Anspruch auf Grund des Vertrags erhebt, sondern die Berechtigung entspringt einzig der bürgerrechtlichen Zugehörigkeit zum Vertragsstaat.[20]) Auch ein diplomatisches Schutzverhältnis würde hiezu nicht ausreichen.[21]) Vollends kann ein in der Schweiz sich aufhaltender Angehöriger des Staates A ohne hierauf bezügliche Spezialnorm, wie etwa Meistbegünstigungszusage, sich nicht der Schweiz gegenüber auf einen Vertrag derselben mit dem Staate B berufen.[22])

Doch darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass eine Reihe von Verträgen ihre Destinatäre nach dem Domizil-

---

[20]) Auf diesem Grundsatz beruht die Entscheidung in der Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts, Bd 19 Nr. 26, mit Anwendung auf die Haager Civilprozessübereinkunft, obgleich es sich dort um einen im Deutschen Reich niedergelassenen Schweizer handelt.

[21]) Man denke an die Vertretung der italienischen Interessen in der Schweiz durch den belgischen Gesandten in Bern während der Unterbrechung der diplomatischen Beziehungen zum italienischen Gesandten im Jahre 1902. Die Italiener konnten sich nicht auf das mit Belgien vereinbarte Recht berufen; ebenso nicht die Schweizer in Italien. BBl. 1903 II S. 112.

[22]) B. Ger. VII S. 79 f. Roguin, Conflits des lois, S. 620 ff. Die Erwägungen betreffen den Gerichtsstandsvertrag von 1869 mit Frankreich, haben aber nicht weniger Gültigkeit für die Niederlassungsverträge. Ferner B. Ger. XII S. 42, Erw. 6; Journal du droit international privé 1887, S. 119.

prinzip bestimmen, so namentlich die Handels- und Zollverträge. So werden die Zollansätze für alle Waren aus dem Vertragslande gleich angewendet, ohne Rücksicht auf die Nationalität des Versenders, und die Behandlung der Handelsreisenden richtet sich nicht nach dem Bürgerrecht ihrer Dienstherren, sondern nach deren Wohnsitz.[23])

Aus dieser Schichtung des Fremdenrechts folgt, dass für die Fixierung des anzuwendenden Rechts die Frage der Nationalität präjudiziell wird. Das hat seine besondere Bedeutung bei Rechtsverhältnissen, die mit dem Auslande in verschiedenartiger Weise geregelt worden sind, wie die Gewährung der Niederlassung; hier muss dem Entscheid die Untersuchung über den Status des Petenten vorausgehen; in zahlreichen andern Fällen des täglichen Lebens jedoch, für deren rechtliche Gestaltung das Bürgerrecht als irrelevant erscheint, kommt jener Präjudizialpunkt nicht in Betracht.[24])

Bei mehrfacher auswärtiger Staatsangehörigkeit liegt es nicht im Belieben des „sujet mixte", welches Bürgerrecht es geltend machen will; der schweizerische Doppelbürger kann sich der Schweiz gegenüber nicht auf seine zweite, ausländische Nationalität berufen.[25])

Der nächstliegende Zweck der Niederlassungsverträge, die Regelung des Aufenthalts fremder Staatsangehöriger auf schwei-

---

[23]) Hinsichtlich des Sonderrechts der Handelsreisenden (Taxen) auch nicht nach deren eigener Nationalität.

Art. VI des Zusatzvertrags vom 12. November 1904 zum deutsch-schweizerischen Handels- und Zollvertrag, Amtl. Slg n. F. XXI S. 455; Bundesgesetz betreffend die Patenttaxen der Handelsreisenden vom 24. Juni 1892, Art. 3.

Ich zähle hieher auch die Berner Konvention zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, vom 9. September 1886, die zwar etwas undeutlich von dem einem Vertragslande „angehörenden" Urheber spricht, den Genuss der Vertragsrechte aber von der Erfüllung der im „Ursprungsland" vorgeschriebenen Förmlichkeiten abhängig macht.

[24]) Z. B. BBl. 1892 V S. 551, 1893 I S. 264, 1894 II S. 34, 1895 I S. 60. Die Staatsangehörigkeit der Rekurrenten hatte auf die sachliche Behandlung keinen Einfluss.

[25]) Ullmer, die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden aus den Jahren 1848—1863, II Nr. 1232; B. Ger. XXIV 1. S. 317.

zerischem Gebiete, verschafft ihnen eine centrale Stellung im Systeme des Fremdenrechts, denn der Eintritt in die aus der Gebietshoheit entspringende Gewalt ist für den Ausländer die primäre Ursache rechtlicher Beziehungen zum Aufenthaltsstaat; „die erste Voraussetzung jedes Rechtsgenusses ist das Verweilen in einem Staatsgebiet.“ [26]) Um diesen Kardinalpunkt gruppieren sich in den meisten Verträgen Bestimmungen über Rücknahme ausgewiesener Staatsangehöriger, über Verpflegung armer Erkrankter, Militärpflicht und anderes, die meist in ihrer Tragweite ohne weiteres verständlich sind.

Dazu tritt nun aber zumeist eine Generalklausel des Inhalts, dass die Angehörigen des kontrahierenden Staates „in jedem Kantone der Eidgenossenschaft inbezug auf Person und Eigentum auf dem nämlichen Fusse und auf die nämliche Weise aufzunehmen und zu behandeln sind, wie es die Angehörigen der andern Kantone sind oder noch werden sollen.“

Der Grundgedanke der schweizerischen Niederlassungsverträge besteht mithin in der mit bestimmten Schranken umgebenen Gleichbehandlung der respektiven Staatsangehörigen mit den Schweizerbürgern. Abgesehen von den Spezialvorschriften verzichtet man darauf, das grosse Gebiet der Verkehrsbeziehungen und Lebensäusserungen eingehend zu umschreiben, es wäre ein nutzloses, sogar schädliches Unterfangen; denn die Fülle der in Betracht kommenden Rechtserscheinungen lässt sich nicht durch Aufzählung im einzelnen bewältigen, und statt einer weitgehenden Begünstigung der Destinatäre, die als beabsichtigt zu präsumieren ist, würde eine empfindliche Einschränkung resultieren, da man aus dem Fehlen bestimmter „Rechte“ in einem mit der Absicht, vollständig zu sein, aufgestellten Katalog auf bewusste Verweigerung derselben schliessen müsste. Es haben deshalb auch die schon charakterisierten ältern Verträge (mit Enumerationsmethode) nicht ohne eine clausula generalis auskommen können.

---

[26]) Aus der Präsidialrede Leo Webers an der Jahresversammlung des schweiz. Juristenvereins in Sarnen 1902, Zeitschrift für schweiz. Recht, neue Folge XXI S. 597.

Die Gleichbehandlungsvorschrift der Niederlassungsverträge verweist auf das interne schweizerische Recht und bedarf seiner zur Entfaltung direkter Wirkung; sie ist, nach einem neueren Terminus, ein Blankettsatz.[27]) Somit ergibt sich das interessante Resultat, dass ein Hauptbestandteil des Vertragsrechts eigentlich dazu bestimmt ist, vom Landesrecht Leben und Inhalt zu empfangen. Ein instruktives Beispiel für diese Wechselwirkung bieten die Vertragsbeziehungen zu Frankreich, besonders weil sie den drei verfassungsgeschichtlichen Perioden des 19. Jahrhunderts zu entnehmen sind (Bundesvertrag, Verfassungen von 1848 und 1874). Artikel I der Uebereinkunft mit Frankreich vom 30. Mai *1827* lautet[28]): „les *Français* seront reçus et traités dans chaque canton .... sur le même pied .... que le sont les *ressortissans des autres cantons.*" Eine bedeutsame Modifikation weist dann der Niederlassungsvertrag vom 30. Juni *1864* auf[29]): „les *Français sans distinction de culte,* seront reçus dans chaque canton .... sur le même pied .... que le sont les *ressortissants chrétiens des autres cantons.*" Der heute geltende Vertrag von *1882* dagegen ist wieder zur alten Redaktion von 1827 zurückgekehrt mit den Worten: „Les *Français* seront reçus dans chaque canton .... sur le même pied .... que le sont les *ressortissants des autres cantons.*" Die Redaktionsänderung wurde 1882 auf Begehren der Schweiz vorgenommen und damit der Zusatz von 1864 ausgemerzt, „comme n'ayant plus de valeur en face du droit public actuel de la Suisse."[30]) Der Unterschied zwischen dem Rechtsbestand von 1827 und demjenigen von 1882 kann nicht besser illustriert werden als durch die Textfassung von 1864. So lange die Kantone in der Behandlung der nichtkantons-

---

[27]) Triepel, S. 230 ff.

[28]) Repertorium der Abschiede 1814—1848, II S. 917; die Uebereinkunft galt nur für die Kantone, die ihren Beitritt erklärt hatten, anfangs 16, cf. dazu

Pictet, Etude sur le traité d'établissement entre la Suisse et la France du 23 février 1882, Genfer These 1891, S. 11.

[29]) Amtl. Slg VIII S. 328.

[30]) Pictet, a. a. O. S. 20.

angehörigen Bevölkerung unbeschränkte Freiheit geniessen (1827), oder sobald sie durch Bundesrecht hierin zur Beobachtung allgemein gültiger Normen verhalten werden (1882), so hat der auf die Gewinnung der vorteilhaftesten Existenzbedingungen für seine Angehörigen bedachte auswärtige Staat sein Ziel erreicht durch das Versprechen der Gleichstellung mit den Schweizerbürgern seitens der schweizerischen Vertragspartei. Dies genügte aber nicht mehr, als zwar die Kantone hinsichtlich der Schweizer christlicher Konfession durch Vorschriften der Bundesverfassung (von 1848 Art. 41 und 48) gebunden waren, den Nichtchristen gegenüber jedoch ihre bisherige Freiheit beibehielten.[31]) Wollte Frankreich dieser konfessionellen Differenzierung für seine Angehörigen entgehen, so musste es den Vertragspassus auf die citierte Weise formulieren.[32])

Soweit dem Vertragsrecht die Natur des Blankettrechtssatzes zukommt, steht es einer Abänderung des zur Zeit des Vertragsschlusses in Anwendung gewesenen internen Rechtes nicht entgegen. Die Angehörigen der Vertragsstaaten sind also nicht in der Lage, sich einer Aenderung ihrer Rechtssphäre zu widersetzen, die durch Revision der schweizerischen allgemein gültigen Gesetze eintreten würde. Es ist vielmehr in den Verträgen ausdrücklich festgestellt, dass die Bürger der Kontrahenten so zu behandeln seien, „wie es die Angehörigen der (andern) Kantone sind oder noch werden sollten.“ Mag dabei auch in erster Linie beabsichtigt gewesen sein, den Ausländern den Genuss eines zukünftigen bessern Rechtes zu sichern, so ist damit doch auch nicht eine Verschlechterung ihrer bisherigen Situation ausgeschlossen, unter der Voraussetzung, dass sie die Einheimischen gleichermassen trifft und nicht gegen positive Vertragsbestimmungen verstösst.

---

[31]) Ullmer, I Nr. 614.

[32]) Ueber die rechtliche und politische Situation bei der Beratung der Verträge von 1864 cf. den von Dr. Heer verfassten Kommissionalbericht im BBl. 1864 II S. 595 ff.

Ist es schon angesichts des bisher skizzierten Inhalts der Niederlassungsverträge durchaus geboten, sie als die Grundlage des schweizerischen Fremdenrechts zu betrachten, so wird man darin noch bestärkt durch ein bedeutsames rechtsstatistisches Resultat. Unter der durch die Volkszählung vom 1. Dezember 1900 in der Schweiz konstatierten Wohnbevölkerung von 3,312,551 Seelen befinden sich 383,424 Ausländer[33]); von diesen gehören 380,857 = 99 % Staaten an, mit denen die Eidgenossenschaft Niederlassungsverträge abgeschlossen hat, und 369,467 = 96 % der gesamten ausländischen Wohnbevölkerung sind Bürger unserer fünf Nachbarstaaten.

Die Gleichbehandlung.

Die Gleichbehandlungsklausel, die nun im einzelnen untersucht werden soll, findet sich in dem oben (Seite 110) mitgeteilten konventionellen Wortlaut in den Verträgen mit dem Deutschen Reich, mit Frankreich, Italien, Spanien, Belgien und Serbien. Das Charakteristische jener Fassung liegt in der Verweisung auf die Rechtslage der Schweizerbürger anderer Kantone als des Niederlassungskantons, sowie in der Anordnung, dass diese Gleichheit sich auf „Person und Eigentum" des Ausländers beziehen soll. Auf die abweichende Formulierung ähnlicher Grundsätze in den übrigen Verträgen wird später hinzuweisen sein.

Textgeschichtlich ist zu bemerken, dass die Urform der Klausel aus dem Vertragsverhältnis zu Frankreich stammt; schon in der Uebereinkunft von 1827 trat sie auf,[34]) wurde 1864 in der oben erwähnten Weise erweitert und ging dann wiederum vereinfacht in den heute noch geltenden Vertrag über. Dieses frühe Vorkommen, das im Vergleich zu dem Verhältnisse mit andern Staaten als ein Symptom der Abge-

---

[33]) Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1903.

[34]) Aehnlich bereits im Allianzvertrag vom 19. August 1798: „leurs personnes et leurs propriétés seront soumises aux lois et usages du pays," Aktensammlung aus der Zeit der helvetischen Republik, II S. 886.

klärtheit der französisch-schweizerischen Beziehungen aufgefasst werden muss, erklärt sich aus der Tatsache, dass Frankreich gegenüber in Sachen des Niederlassungsrechts eine mehrere Jahrhunderte hindurch gepflegte, auf Verträgen beruhende Praxis bestand, für die sich bald eine feste Tradition gebildet hat.[35]) Während im übrigen bis über die Mitte des 19. Jahrhunderts hinaus die Enumerationsmethode dominierte, ist seit dem Vertrag mit Oesterreich-Ungarn (1875) ein Umschwung eingetreten, wenigstens für europäische Verträge, der sich namentlich im Vertrage mit dem Deutschen Reiche (1876) kund tat. Freilich hatte man schon früher von schweizerischer Seite aus dahin tendiert, jene weitläufigen, ihrem Zwecke kaum entsprechenden Umschreibungen der mit der Niederlassung eintretenden Rechtsfolgen durch eine einfachere Redaktion zu ersetzen, allein ohne Erfolg.[36]) Wenn dann im Vertrage mit Japan von 1896, der denjenigen von 1864 ablöst, die alte Manier wieder auftritt, so begreift sich dies aus dem tiefgehenden Unterschied in Kultur und Rasse, der es hier dem europäischen Kontrahenten nahe legt, die Rechte seiner Angehörigen möglichst genau festsetzen zu lassen; sodann ist wohl zu beachten, dass sich hier derselbe Vorgang wiederholt, der sich unter den Kontinentalstaaten in der früheren Zeit abgespielt hat, als sie eben aus ihrer Abgeschlossenheit herauszutreten begonnen hatten.

Um die Tragweite der Formel der Staatsverträge zu umschreiben, ist hier ein kurzer Blick auf die Normen zu werfen, die unser Bundesstaatsrecht für den interkantonalen Verkehr der Schweizerbürger aufgestellt hat.

Das Bedürfnis zum Erlass derartiger Rechtssätze von Bundes wegen ergibt sich aus der Existenz kantonaler Gesetzgebungshoheit, durch deren Umfang es auch seine Begrenzung findet. Somit fehlen interkantonale Konfliktsnormen insoweit, als das eidgenössische Recht direkt die Regelung einer Ma-

---

[35]) Die Verträge seit dem ewigen Frieden mit Franz I. von 1516 bei Pictet S. 3.

[36]) BBl. 1868 III S. 434.

terie vorgenommen hat (z. B. grösstenteils im Eherecht,[37]) im Gebiete des Art. 64 der B. V. u. a.).

Wo jedoch die Rechtssetzung den Kantonen verblieben ist, da hat ihnen der Bund die Verpflichtung auferlegt, „alle Schweizerbürger sowohl in der Gesetzgebung als im gerichtlichen Verfahren den Bürgern des eigenen Kantons gleich zu halten“ (Art. 60 der B. V.). Damit ist nun lediglich ein formelles Princip ausgesprochen, das aber vollkommen genügt, da für die Gewähr materieller Gleichheit auf anderem Wege gesorgt ist (B. V. Art. 4).[38])

Art. 60 untersagt den Kantonen bloss, die Verschiedenheit der Kantonsangehörigkeit zum Vorwand einer allgemeinen rechtlichen Ungleichheit zu nehmen, dagegen wird keineswegs ausgeschlossen, und ist vom Bundesgericht mehrfach anerkannt worden, dass der Mangel eines Domizils im Kanton sehr wohl eine von derjenigen der Kantonseinwohner abweichende Rechtslage begründen könne, wenn und soweit davon neben andern auch die auswärts wohnenden Kantonsbürger betroffen werden.[39]) Unter dieser Voraussetzung ist die Anwendbarkeit der Verfassungsvorschrift unabhängig von der Niederlassung der Vergleichspersonen im Kanton.

Da Art. 60 die universelle Erstreckung des für die Kantonsbürger geltenden kantonalen Rechts auf die Angehörigen der andern Kantone postuliert, so kommt für die Erkenntnis der Rechtslage dieser letzteren den Ausnahmen von dem allgemeinen Prinzip eine gesteigerte Bedeutung zu. Solche Ausnahmen statuiert auf dem Gebiete des Privatrechts das in Ausführung von Art. 46 I der B.V. erlassene Bundesgesetz vom 25. Juni 1891, indem es die Ordnung des Familienstandes und von Teilen des Vormundschafts- und Erbrechts der ausserkantonalen schweizerischen Kantonseinwohner der Gesetz-

---

[37]) Die Bestimmung in Art. 54 III der B. V., dass die in einem Kanton geschlossene Ehe in der ganzen Eidgenossenschaft anerkannt werden soll, ist seit Erlass des Civilstandsgesetzes obsolet geworden.

[38]) Cf. Silbernagel, in der Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F., XXI S. 145.

[39]) Z. B. B.Ger. III S. 235, VI S. 201, VII S. 236.

gebung und hinsichtlich des Familienstandes auch der Rechtsprechung des Wohnsitzkantons entzieht, unter Abschwächung früherer Konkordatsgrundsätze. Für das Prozessrecht ist Art. 60 ersetzt durch die Art. 59 und 61, die interkantonale Rechthilfe in Strafsachen findet ihre eidgenössische Regelung in dem Bundesgesetze vom 24. Juli 1852, gestützt auf Art. 67 der B.V. Die politischen Rechte der niedergelassenen Schweizer in den Kantonen hat Art. 43 zum Gegenstand, währenddem die Aufenthalter hierin noch der kantonalen Gesetzgebung uneingeschränkt unterworfen sind, da das in Aussicht genommene Bundesgesetz (Art. 47) immer noch der Auferstehung aus dem bundesrätlichen Dossier harrt. Einen Spezialfall der kantonalen Sanitätspolizei betrifft Art. 48 und das dort vorgesehene Bundesgesetz (vom 22. Juli 1875). Des ferneren spricht sich die B. V. noch besonders über die Besteuerung aus in den Art. 45 ^{VI} und 46 ^{II}.

Haben die meisten dieser Bestimmungen, neben denen noch die verschiedenen „Freiheitsrechte“ (Art. 31, 49, 55—57) anzuführen sind, wenn auch unter formeller Derogierung gegenüber Art. 60, doch die Herstellung einer gewissen Gleichheit unter den Schweizern verschiedener Kantone vermittelst bindender Vorschriften an kantonale Gesetzgebung und Verwaltung zum Zwecke, so ergibt sich umgekehrt aus den Artikeln 43 ^{IV} und 45 $^{III\ IV}$ das Bestehen erheblicher Ungleichheiten. Sie gehören der Gemeindeorganisation an und stehen in engem Zusammenhang mit der geschichtlichen Entwicklung derselben, die die dem schweizerischen Rechte eigentümliche Unterscheidung zwischen Einwohner- und Bürgergemeinde hervorgebracht hat. Die Bundesverfassung spricht nun allerdings nicht die Anerkennung der kantonalen Gemeindeorganisationen expressis verbis aus, allein sie setzt deren Existenz voraus in der Erlaubnis, den niedergelassenen Schweizerbürgern den „Mitanteil an Bürger- und Korporationsgütern, sowie das Stimmrecht in rein bürgerlichen Angelegenheiten“ zu versagen; hieraus kann nun mit Recht der weitere Schluss gezogen werden, dass überhaupt die gesamte Ordnung des Bürgergemeindewesens der autonomen kantonalen Rechtssetzung über-

lassen ist, somit auch hinsichtlich der Aufnahme in den Bürgerverband.[40]) Daher steht der Bevorzugung der Kantonsbürger beim Erwerb eines Gemeindebürgerrechts kein Grundsatz des Bundesrechts entgegen.[41])

Die zweite, ausdrücklich gestattete Ungleichheit betrifft die kantonale Armenfürsorge. Auch sie erscheint im System der Bundesverfassung nur in Verbindung mit dem Niederlassungswesen, indem nach Genehmigung seitens der kantonalen und unter Anzeige an die heimatliche Regierung denjenigen die Niederlassung zu entziehen erlaubt wird, die „dauernd der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last fallen und deren Heimatgemeinde, bezw. Heimatkanton eine angemessene Unterstützung trotz amtlicher Aufforderung nicht gewährt.“ Sodann hat sie mit der erstgenannten Ausnahme gemeinsam den Zusammenhang mit der Gemeindeorganisation. Diese weist in der Schweiz fast allgemein[42]) das Prinzip der heimatlichen Armenunterstützungspflicht auf, wozu als Korrelat die bundesrechtliche Verpflichtung der Niederlassungs- (Einwohner-) gemeinde tritt, arme Angehörige anderer Gemeinden vorübergehend aus eigenen Mitteln zu unterstützen,[43]) oder auch auf die Dauer, wenn dazu von seiten der Heimatgemeinde auf angemessene Weise beigetragen wird. Da aber diese Fürsorge der Niederlassungsgemeinde sekundär und bedingter Natur ist, so können die kantonalen Gesetze die Unterstützung der niedergelassenen Armen Bedingungen unterwerfen, denen die Bürger ihren Heimatgemeinden gegenüber enthoben sind.[44])

---

[40]) Burckhardt, Kommentar S. 405. Bloch, Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F. XXIII S. 405.

[41]) Z. B. Basler Bürgerrechtsgesetz vom 19. Juni 1902, § 6.

[42]) Ueber den sich vorbereitenden Umschwung zu Gunsten des Territorialprinzips cf. Steiger, in der Zeitschrift für schweizerische Statistik 1902, S. 497. — Motion Bigler und Stössel, Amtl. sten. Bulletin der schweiz. Bundesverslg XIV (1904) S. 260 ff., 281 ff.

[43]) Sie ist zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber doch tatsächlich aus der Unmöglichkeit, sich eines Niedergelassenen durch Entzug der Niederlassungsbewilligung zu entledigen, der nur vorübergehend die öffentliche Wohltätigkeit in Anspruch nimmt.

[44]) Basler Gesetz betreffend das Armenwesen vom 25. Nov. 1897, § 16 II (revidiert am 9. Juni 1904): zweijährige Karenzfrist.

Dagegen sind die Kantone durch das schon erwähnte Bundesgesetz vom 22. Juli 1875 verpflichtet worden, unbemittelten Angehörigen anderer Kantone, die auf ihrem Gebiet erkranken, bis zur Transportmöglichkeit in eigenen Kosten die erforderliche Krankenpflege angedeihen zu lassen, und im Sterbefall für schickliche Beerdigung zu sorgen.

Nachdem wir so eine kurze Uebersicht über die Tragweite des Art. 60 gewonnen haben, handelt es sich nun um die Anwendung des Ergebnisses auf die Rechtslage der Ausländer.

Es bedarf hiebei keines besondern Hinweises darauf, dass die Anwendbarkeit des Art. 60 nur insofern eintritt, als ein Staatsvertrag das Entsprechende anordnet, denn Art. 60 hat seinem Wortlaut nach lediglich internen Charakter, im Gegensatz zu Art. 59, der sich ohne weiteres auf alle im übrigen qualifizierten Einwohner der Eidgenossenschaft bezieht, ohne Rücksicht auf Nationalität, aber mit der Möglichkeit, Ausnahmen zu statuieren.

Die Verweisung des Ausländers auf die rechtliche Situation des ausserhalb seines Heimatkantons in der Schweiz niedergelassenen Schweizerbürgers ist in einzelnen Verträgen in unmissverständlicher Weise zum Ausdruck gelangt (z. B. im deutschen, französischen und italienischen, Art. 1). Andere, weniger genau redigierte, stipulieren die Gleichstellung mit den „Angehörigen des eigenen Landes“ (Niederlande, Art. 1), oder mit den „Inländern“ (Oesterreich-Ungarn, Art. 1). Es fragt sich nun, ob damit diesen letzteren eine weitergehende Wirkung zukommt, ob insbesondere die Kantone verpflichtet sind, die Niederländer und Oesterreicher ihren eigenen Kantonsbürgern gleich zu halten? Anlässlich der Verhandlungen mit Russland im Jahre 1872 war diese Frage zur Diskussion gelangt, als Russland die Behandlung seiner Untertanen auf dem nämlichen Fusse wie „Schweizerbürger“ begehrt hatte; nachdem aber von seiten der Schweiz die Annahme jener Redaktion mit dem Hinweis darauf verweigert worden war, dass alsdann „die Russen in allen Kantonen die Rechte der Kantonsbürger erhalten hätten, ihnen also eine bessere Stel-

lung eingeräumt worden wäre als den Bürgern eines andern Kantons," gab sich Russland mit der im geltenden Vertrag niedergelegten, allgemein gebräuchlichen Fassung zufrieden.[45]) Abgesehen von dem durchaus unwahrscheinlichen Falle, dass expressis verbis den Kantonen die universale Gleichstellung der Ausländer mit den eigenen Bürgern auferlegt würde,[46]) muss aber die Meinung von vorneherein bestritten werden, als wäre die bei den Verhandlungen mit Russland befürchtete Wirkung eine notwendige Konsequenz der damals proponierten Redaktion oder auch derjenigen, die vorhin beispielsweise angeführt worden sind. Denn die Eigenschaft der Schweiz als Bundesstaat konnte dem Gegenkontrahenten nicht unbekannt sein; somit ist ohne weiteres vorauszusetzen, dass er sich beim Vertragsabschluss der Folgen bewusst war, die der bundesstaatliche Aufbau für die Gestaltung der internen Rechtsordnung mit sich bringt. Da nun das schweizerische Staatsgebiet restlos aus demjenigen der Kantone zusammengesetzt ist, so tritt der Fremde beim Betreten der Schweiz notwendigerweise unter die Herrschaft einer der kantonalen Staatsgewalten und wird Bestandteil der Kantonsbevölkerung. Diese ihrerseits teilt sich in die zwei grossen Klassen derjenigen, die dem Kantone als Bürger angehören, und derjenigen, die ein anderes schweizerisches oder ein ausländisches Bürgerrecht besitzen. Damit hinsichtlich der Nichtkantonsangehörigen die Kantone bestimmte Normen befolgen, bedarf es der Anordnung eines höheren Verbandes, der Bundesgewalt, der die Kantone organisationsgemäss unterstellt sind und zu der der Ausländer durch das Betreten des schweizerischen Bodens ebenfalls in ein Subjektionsverhältnis sich begeben hat. Tritt also eine Bindung der Kantone mit Bezug auf die Behandlung der ausserkantonalen Schweizerbürger erst durch eidgenössische Vorschrift ein (vom Konkordatswege abgesehen), so gilt dies in erhöhtem Masse für die Ausländer, deren Rechtsstellung in erster Linie durch das aus den Verträgen hervorgehende

[45]) v. Salis, II Nr. 692.

[46]) Die Frage der Verfassungsmässigkeit wird hier nicht berührt; cf. hierüber den Kommentar von Burckhardt, S. 135 und 144.

Bundesrecht normiert wird. Aus dieser Erkenntnis heraus wird man den Worten „Inländer“, „Schweizerbürger“ in einem Vertrage, den der Bund eingeht, nicht die Kantone, keine andere Deutung beilegen können als die: Bürger eines vom Niederlassungskanton verschiedenen Kantons. Die bei den Verhandlungen mit Russland geäusserten Befürchtungen halten daher einer genauen Prüfung nicht stand; immerhin ist die nunmehr gewählte deutliche Fassung vorzuziehen.

Da Art. 60 für den interkantonalen Verkehr das centrale Prinzip bedeutet, soweit kantonales Recht in Betracht fällt, so wird er auch hier, bei der Untersuchung der Rechtslage der Ausländer, in den Mittelpunkt gestellt. Aber analog wie schon vorhin die Skizzierung seiner Stellung im Verfassungsrecht ergeben hat, dass er durch andere Rechtssätze teils ersetzt teils eingeschränkt wird, so gesellen sich nun für das Fremdenrecht mit derogierender Wirkung einzelne positive Anordnungen der Staatsverträge hinzu, die der Gleichbehandlungsklausel gegenüber als Spezialnorm aufzufassen sind[47]) und mithin auch auf das Prinzip des Art. 60 abändernd einwirken.

In das gleiche Verhältnis treten diese Ausnahmen von der allgemeinen Gleichstellung zum Bundesrecht (vergl. z. B. einerseits Art. 1 und 4 des deutschen oder Art. 1 und 5 des französischen Niederlassungsvertrags und B. V. Art. 45 andrerseits).

Weitere Einschränkungen lassen sich unmittelbar aus dem begrifflichen Gegensatz von Bürger und Nichtbürger ableiten, so vor allem der Ausschluss des Fremden von politischen Rechten und Pflichten.

Das Nebeneinanderbestehen von eidgenössischem und kantonalem Recht für dieselben Rechtsinstitute macht es unmöglich, bei den folgenden Erörterungen die beiden Rechtsquellen streng auseinander zu halten; wir werden den verschlungenen

---

[47]) Korrekt drückt sich in dieser Beziehung der spanische Niederlassungsvertrag aus (Art. 1), der die Gleichbehandlung eintreten lässt, „soweit der gegenwärtige Vertrag nicht ausdrücklich abweichende Verfügungen enthält.“

Wegen durch den Quellenbestand, auf die uns Art. 60 geführt hat, auch hier nachzugehen haben.

Die Erstreckung des Art. 60 auf Ausländer wird nun in der Regel postuliert durch die Gleichbehandlungsklausel der Niederlassungsverträge. Beiden Normen liegt unverkennbar derselbe Gedanke zu grunde, nämlich die Umschreibung der rechtlichen Situation einer Person durch eine Proportion: der Aufenthaltskanton soll sein Verhalten dem Ausländer gegenüber gerade so einrichten, wie es dem kantonsfremden Schweizerbürger gegenüber geschieht.

Beiseite zu lassen ist die Betrachtung der Rechtsfolgen, die sich allein aus der Tatsache ergeben, dass eine Person ihren Wohnsitz ausserhalb des heimatlichen Rechtskreises genommen hat; hier ist nicht die Nationalität der Person das Wesentliche; denn diese Rechtssätze finden auf Schweizer, die im Auslande oder in einem auswärtigen Kanton wohnen, ebenso Anwendung wie auf Ausländer derselben Kategorie. Als Beispiel diene die Eintragungspflicht eines auswärtigen Geschäftes für seine schweizerische Zweigniederlassung (Obligationenrecht Art. 865), oder aus dem kantonalen Recht die Bestimmung, dass das im Kanton befindliche liegenschaftliche Vermögen auswärts domizilierter Eigentümer zur kantonalen Vermögenssteuer herangezogen wird, obschon diese für die Gesamtheit ihrer Vermögensrechte nicht der kantonalen Steuerhoheit unterliegen (Basler Steuergesetz § 17). Den prinzipiellen Gegensatz bildet u. a. die Befreiung von der Prozesskostenkaution durch die Haager Uebereinkunft von 1896, die nur den Angehörigen „eines der Vertragsstaaten in einem andern dieser Staaten“ zukommt. Hier und in ähnlichen Fällen handelt es sich neben dem Domizil im Ausland um die Verschiedenheit des Bürgerrechts; die Frage nach der Nationalität ist präjudiziell für die Anwendung der hieher gehörigen Normen.

Betritt ein Fremder das eidgenössische Gebiet, so äussert sich die Staatsgewalt des Bundes und des Aufenthaltskantons an ihm, räumlich betrachtet, in derselben Abgrenzung, wie sie in allgemein verbindlicher Weise durch die Verfassung angeordnet ist und dergestalt auch dem Schweizerbürger gegen-

über besteht. Es findet nicht etwa eine ausschliessliche Beherrschung durch den Bund statt, in Analogie mit der alleinigen Gebietshoheit des Reiches in Elsass-Lothringen und in den deutschen Schutzgebieten, obwohl als Kontrahent der Staatsverträge der Bund auftritt und nicht die Kantone. Da das Gebiet der Eidgenossenschaft vollständig unter die Kantone aufgeteilt ist, so bleibt kein Raum übrig für eine exklusive und universale Betätigung der Bundesgewalt; die Ordnung des Ineinandergreifens bundesstaatlicher und gliedstaatlicher Funktionen kann daher nur durch Kompetenzverteilung nach Materien hergestellt werden.

In diesem Punkte allerdings zeigt sich für einzelne Beziehungen der Ausländer ein Vorherrschen bundesrechtlicher Normen, weil sich hier das Bedürfnis einheitlicher Vorschriften von selbst einstellt und sie zugleich Rechtsverhältnisse betreffen, von denen der Schweizerbürger der Natur der Sache nach ausgeschlossen ist.

Hieher gehört vor allem die Gesetzgebung über die Erteilung des Schweizerbürgerrechts an Ausländer (B. V. Art. 44 II). Der Bundesgesetzgeber ist in der Aufstellung der Bedingungen, unter denen er die Aufnahme in seinen Staatsverband ermöglichen will, vollständig frei; er kann die Naturalisation erschweren oder erleichtern, ja sogar unter Mitwirkung kantonaler Gesetze zwangsweise eintreten lassen; die einzigen Rücksichten, die er in seiner legislatorischen Tätigkeit hierbei zu beachten hat, sind tatsächlicher, nicht rechtlicher Natur: einerseits das Zahlenverhältnis zwischen ausländischer und schweizerischer Bevölkerung[48]) und andererseits die Folgen des Konflikts mit ausländischen Bürgerrechtsgesetzen.[49]) Uebereinkommen mit dem Ausland bestehen für diese Materie nur im Verhältnis zu Frankreich („betreffend die Nationalität der Kinder und den Militärdienst der Söhne von in der Schweiz naturalisierten Franzosen“ vom 23. Juli 1879) und zu Italien (Zusatzerklärung zum Niederlassungsvertrag von 1868). Eine singuläre Be-

[48]) BBl. 1901 II S. 458, 507.

[49]) Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. XIX S. 15 und XXIII S. 429.

stimmung, ein Residuum alter Anschauungen findet sich im Niederlassungsvertrag mit Liechtenstein, Art. I, wonach die Angehörigen des Fürstentums sich in der Schweiz dauernd niederlassen dürfen, „ohne zum Eintritt in den Staats- oder Gemeindeverband genötigt zu sein.“ Des näheren kann hier nicht auf das Naturalisationsrecht eingetreten werden, ich verweise für das bezügliche Bundesgesetz vom 25. Juni 1903 auf die Analyse in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge, Band XXIII, 419 (Fleiner).

Dieselbe Freiheit, wie dem Bunde für das Vorstadium des „Schweizerbürgerrechts“, kommt hinsichtlich der Aufnahme von Ausländern ins Kantons- und Gemeindebürgerrecht der kantonalen Gesetzgebung zu, allerdings unter Berücksichtigung der bundesgesetzlichen zwingenden Normen (z. B. Art. 3 und 5 leg. cit.). Es ist also zulässig, dass im Vergleich zu den schweizerischen Bürgerrechtspetenten von den ausländischen ein Plus verlangt wird mit Bezug auf Aufenthaltsdauer und Einkaufssumme.[50]) Ein Rekursrecht ausländischer Petenten wegen Verweigerung der Aufnahme ins Bürgerrecht, sei es an die Bundesversammlung gegen Beschlüsse des Bundesrates, sei es an Bundesbehörden gegen kantonale Verfügungen, besteht nicht.[51]) Mit den Niederlassungsverträgen steht das Naturalisationsrecht vollends in gar keinem Zusammenhang.

Dasselbe gilt für die Berechtigungen am Vermögen von Korporationen und Bürgergemeinden, die nicht den Niedergelassenen als solchen, sondern den Bürgern allein zukommen; das konstitutive Element bildet hier die Mitgliedschaft.[52])

Sodann tritt im Verhältnis zwischen eidgenössischer und kantonaler Kompetenz eine singuläre Präponderanz des Bundes-

---

[50]) BBl. 1901 II S. 464; Basler Bürgerrechtsgesetz vom 19. Juni 1902 §§ 5, 6.

[51]) Für das erste cf. Im Hof, Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F. XX S. 142, jedoch auch BBl. 1889 II S. 435 (Witwe Garatta; es stand dort die Wiederaufnahme einer früheren Schweizerin und insbesondere nur die Taxerhebung in Frage); für das zweite BBl. 1904 I S. 645.

Ueber die Möglichkeit eines Rekurses innert den kantonalen Instanzen cf. Basler Bürgerrechtsgesetz § 13.

[52]) B. V. Art. 43; v. Salis, II Nr. 684–686.

rechts zu Tage, wenn es sich um den Schutz vor Ausländern handelt, deren Aufenthalt in der Schweiz eine Gefährdung des Staates zur Folge hat. Art. 70 der B. V., der dem Bund das Recht zuspricht, „Fremde, welche die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden, aus dem schweizerischen Gebiete wegzuweisen", verfolgt bekanntlich nicht den Zweck, die administrative Fremdenausweisung erst verfassungsrechtlich zu legitimieren, sondern wollte hiefür unter Abweichung von der sonst anerkannten kantonalen Polizeihoheit dem Bunde den Kantonen gegenüber eine Kompetenz schaffen. Wenn daher der Bundesrat gegen ein bestimmtes Individuum die Untersuchung behufs Ausweisung einleitet (Bundesgesetz über die Bundesanwaltschaft vom 28. Juni 1889, Art. 3 II), so schliesst er in dieser Richtung die kantonale Hoheit aus; im übrigen aber bleibt die Fremdenpolizei bei den Kantonen.[53])

Die Ausweisung auf Grund von Art. 70 widerspricht nicht den Garantien der Niederlassungsverträge. Auch der mit allen staatsvertraglich erforderlichen Requisiten Versehene ist jener Massregel unterworfen, wenn er Handlungen begeht, die den Tatbestand der Gefährdung der staatlichen Sicherheit ergeben.[54]) Uebrigens setzen die Niederlassungsverträge diese Praxis als gültig voraus, indem sie das Recht zur Ausweisung ausdrücklich anerkennen, sei diese erfolgt speziell „aus Gründen der äusseren oder inneren Sicherheit" (deutscher Vertrag Art. 4, auch Niederlande, Zusatzprotokoll vom 14. Dezember 1877), oder „par sentence légale", „by an act of police", „durch gesetzliche Polizeimassnahmen." Und schliesslich charakterisiert sie sich im letzten Grunde als ein Akt der Selbsterhaltung,[55]) die sich nicht durch Verträge binden lässt.

Gegen die Ausweisung durch den Bundesrat in Anwendung von Art. 70 wird nach konstanter Praxis kein Rekurs an die Bundesversammlung zugelassen, weil die Verfügung eigentlich

---

[53]) v. Salis, IV Nr. 1943 ff.

[54]) v. Salis, II Nr. 670 Ziffer 3.

[55]) BBl. 1906 I S. 389 (Massnahmen gegen die antimilitaristische Propaganda).

politischer Natur ist und als solche keiner richterlichen Ueberprüfung unterliegt.[56]) Im Unterschied zu Niederlassungsentziehungen durch Anordnung kantonaler Polizei wegen Mangels an Legitimationsschriften, Vagantität etc.;[57]) hier treffen aber dann die Bundesbehörden nicht die primären Sachverfügungen, sie sind lediglich Berufungsinstanzen. Die näheren Erörterungen über diese Materie gehören nicht hieher, ich verweise dafür auf J. Langhard, das Recht der politischen Fremdenausweisung, mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz (Leipzig 1891).

Von den genannten Punkten abgesehen, tritt in Ansehung der Ausländer in der allgemeinen Kompetenzabgrenzung zwischen Bundes- und Kantonsrecht keine Aenderung ein.

Die Begebung unter die schweizerische Gebietshoheit hat für den Ausländer notwendigerweise eine Exemtion von der Beherrschung durch den Heimatstaat zur Folge; denn soweit sie mit unmittelbarem Zwang gegen die Person zur Geltung gebracht werden muss, ist ihre Wirksamkeit in dem Masse vom Willen des Aufenthaltsstaates abhängig, als dieser sie infolge Vertragspflicht oder aus eigener Entschliessung duldet. Eine solche Anerkennung speziell der fortdauernden Unterwerfung des ausländischen Einwohners unter die Militärgesetze der Heimat ist ausgesprochen u. a. in den Niederlassungsverträgen mit dem Deutschen Reich (Art. 5), Oesterreich-Ungarn (Art. 5), Frankreich (Art. 4); auch die Verträge mit Russland (Art. 5), den Vereinigten Staaten von Amerika (Art. II mit Beschränkung auf Militärdienst, nicht Geldersatz), Japan (Art. II) und Italien (Art. 4) sind hierher zu zählen, obschon sie nur die negative Seite hervorheben, den Ausschluss von der Militärpflicht im Inland. Dasselbe Moment zeigt sich in den Auslieferungsverträgen und in den Konventionen über Zustellung von Urkunden, über Rogatorien und Exekution ausländischer Urteile. Im übrigen aber ist es nicht Sache der schweizerischen Behörden, ihre Befehlsgewalt in den Dienst ausländischer

---

[56]) v. Salis, II Nr. 276. Cf. auch diese Arbeit S. 178.

[57]) BBl. 1901 II S. 40.

Staatsorgane zu stellen, es sei denn, dass sie damit ihrer eigenen Aufgabe nachkommen, wie z. B. im Kampf gegen das Verbrechertum. Demgemäss ist es abgelehnt worden, fremden Staaten zur Erreichung ihrer militärischen Zwecke behilflich zu sein durch Zustellung ihrer militärischen Befehle an ihre in der Schweiz sich aufhaltenden Angehörigen,[58]) oder von diesen nach dem Wunsche der Heimatbehörden andere, schwieriger zu erlangende Legitimationspapiere zu fordern als die üblichen.[59]) Auch nahm die Schweiz von jeher den Standpunkt ein, dass sie zwar laut den Niederlassungsverträgen dem Niederlassungspetenten und dessen Heimatstaat gegenüber gehalten sei, bei Vorhandensein der vertraglichen Requisite die Niederlassung zu gewähren, dass für sie aber umgekehrt nicht die Verpflichtung zugunsten des auswärtigen Staates existiere, nur seine formell voll legitimierten Angehörigen aufzunehmen, andern aber die Niederlassung zu verweigern. Es steht ja allerdings den auswärtigen Regierungen der Weg offen, ihren Untertanen durch Vorenthalten der Gesandtschaftszeugnisse (deutscher Vertrag Art. 2) oder Immatrikulationsscheine (französischer Vertrag Art. 2) die Niederlassung in der Schweiz zu erschweren oder unter Umständen (wenn die schweizerischen Behörden auf deren Produktion nach ihrem Ermessen beharren) zu verunmöglichen.[60]) Zu diesem Resultate bedarf es aber immer noch des freien Beliebens der schweizerischen Polizeibehörden. Die Meinungsverschiedenheit über diesen Punkt hatte bekanntlich 1889 zur Kündigung des deutsch-schweizerischen Niederlassungsvertrags von 1876 seitens der Reichsregierung geführt; sie endete damit, dass schliesslich im neuen Niederlassungsvertrag die schweizerische Auffassung akzeptiert wurde.[61])

Auf der andern Seite darf das rechtliche Schicksal des Ausländers nicht von demjenigen des Schweizers im mit-

---

[58]) BBl. 1901 II S. 904.
[59]) v. Salis, II S. 700.
[60]) Ullmer, II Nr. 934.
[61]) v. Salis, II Nr. 717 II. III.

kontrahierenden ausländischen Staat abhängig gemacht werden.[62] Schon für den Art. 60 der B. V. ist die Anwendung „materieller Reziprozität“ als unzulässig erklärt worden;[63]) und auch die Ausführung der Gleichbehandlungsvorschrift kann nicht durch Berufung auf ihre Verletzung im andern Staat rechtsgültig verweigert werden, nach Art der Erfüllungsweigerung bei synallagmatischen Verträgen mit der exceptio non adimpleti contractus; denn so lange sie als Landesrecht in Kraft steht (siehe Seite 107), muss sie ohne Rücksicht auf die Praxis im andern Staate in vollem Umfange angewandt werden; die Nichterfüllung seitens des Gegenkontrahenten kann nur in der Richtung von Bedeutung werden, dass sie Anlass und Berechtigung geben kann, durch völkerrechtliche Akte der hiezu kompetenten Organe ihre Verbindlichkeit als Landesrecht aufzuheben (Kündigung des Vertrags). Wo überhaupt keine Rechtspflicht zu staatlichem Handeln im Interesse von Ausländern besteht, also namentlich in der Ermessenssphäre administrativer Tätigkeit, da cessiert auch die Pflicht zu gleichmässiger Behandlung von Ausländern und Einheimischen, und hier findet die Rücksicht auf das Verhalten auswärtiger Staaten in analogen Fällen zu Schweizerbürgern ihre berechtigte Stelle. Dies ist Deutschen gegenüber für das Hausierwesen neuerdings zulässig geworden,[64]) nachdem schon früher im Deutschen Reich die Gleichbehandlung faktisch nicht eingehalten worden war.[65])

Bevor wir nun weiter das Recht des Ausländers im Vergleich zu dem „Angehörigen anderer Kantone“ verfolgen, haben wir uns hier mit dem Wesen der Formel „in Bezug auf Person und Eigentum“ auseinanderzusetzen, die sich in den auf Seite 113 aufgeführten Niederlassungsverträgen vorfindet.

---

[62]) v. Salis, II Nr. 683.

[63]) B. Ger. VI S. 201.

[64]) „Zusatzvertrag zu dem am 10. Dezember 1891 abgeschlossenen Handels- und Zollvertrag zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reich“ vom 12. November 1904, Amtl. Slg n. F. XXI S. 456.

[65]) Steiger, in der Zeitschrift für schweizerische Statistik 1902, S. 473 ff.; vergl. auch BBl. 1905 III S. 285.

Man hat ihre Bedeutung ins Ungemessene gesteigert, indem proklamiert wurde: „diese garantierte Gleichbehandlung bezieht sich auf die ganze Rechtsstellung solcher Ausländer". [66]) Wenn diese Wirkung allein der Kraft jener Vertragsbestimmungen zugeschrieben werden soll, so überschreitet man die Grenzen einer gesunden Interpretation; denn es lassen sich ja alle Rechtsbeziehungen auf die Begriffe entweder der Person oder des Eigentums zurückführen. Vor allem ist es unrichtig, aus jenen Texten abzuleiten, die Gleichbehandlung nach Niederlassungsvertrag erstrecke sich auf das Gebiet des Privatrechts. [67])

Es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Vorschrift der gleichen Behandlung einen Teil eines Niederlassungsvertrags bildet, und daher prima facie ihre Wirkung auf solche Verhältnisse beschränkt ist, zu deren Regelung jene Verträge bestimmt sind. Welches nun aber der Kreis der Vertragsobjekte ist, kann nicht für alle Fälle genügend fixiert werden. Wie schon früher hervorgehoben worden ist, enthalten mehrere Niederlassungsverträge neben den Normen über die Niederlassung noch zahlreiche andere Materien, die direkt in keinem Zusammenhang mit dem Niederlassungswesen stehen und allerdings scheinbar ein Argument für die Einbeziehung des Privatrechts in den Kreis der Vertragsgarantieen abgeben könnten; von den oben genannten Niederlassungsverträgen mit der allgemeinen Formel gehört aber nur der italienische dazu. Es kann nun nicht bestritten werden, dass jene singulären Anordnungen über Verhältnisse des privatrechtlichen Verkehrs unter den Schutz der vertraglichen Gleichbehandlung gestellt sind, weil der Wille der Kontrahenten sich in dieser Meinung einigte. Wie wenig daraus aber für ihre Charakterisierung als Privatrecht hervorgeht, soll unten noch nachgewiesen werden.

Die Bedeutung der Formel ergiebt sich aus ihrer Stellung im Text der Verträge. Regelmässig am Eingang, in

---

[66]) Blumer-Morel, III S. 464 und Bundesrat im BBl. 1900 I S. 624.
[67]) B. Ger. IV S. 408 ff.

abstrakter Fassung, leitet sie die Reihe der Vertragsnormen ein. Es ist bezeichnend, dass die praktisch wichtigsten Sätze über Gewährung von Niederlassung und Aufenthalt und Zulassung zum Gewerbebetrieb, die ja den Kern der Verträge bilden, geradezu als erste Konsequenz der zuvor betonten Maxime dargestellt sind: „les Français seront reçus . . . . relativement à leurs personnes et à leurs propriétés sur le même pied que le sont . . . les ressortissants des autres cantons. Ils pourront, en conséquence, aller, venir et séjourner temporairement en Suisse . . . .“

Die Nomenclatur „Person und Eigentum“ ist also in erster Linie mit Begriffen in Verbindung gebracht, die ein Handeln (Niederlassungs- und Aufenthaltsbewilligung) oder bewusstes Unterlassen (keine Erschwerung des Handels- und Gewerbebetriebs) der Staatsgewalt zur Voraussetzung haben. Betrachtet man die Formel nach diesem Gesichtspunkt, so kann sie sich nur auf Rechtsverhältnisse beziehen, deren Existenz auf einer speziellen oder generellen Anordnung des Staates als der den Einzelpersonen übergeordneten Macht beruht; die Gestaltung des Zusammenlebens der Rechtssubjekte auf dem Boden der Gleichberechtigung unter sich wird durch sie nicht berührt.

Es hat auf die Entstehung, den Umfang und die Beendigung einer privatrechtlichen Verpflichtung gar keinen Einfluss, ob die Parteien berechtigt waren, in der Schweiz ihre Niederlassung zu nehmen oder ein Gewerbe zu betreiben; es ist einem Ausgewiesenen nicht verwehrt, während der noch eingeräumten Aufenthaltsfrist oder auch unter Verweisungsbruch einen Kaufvertrag abzuschliessen; ein Dienstvertrag auf die Lebenszeit ist nicht darum ungültig, weil etwa der Dienstpflichtige nur auf Zusehen hin als Aufenthalter geduldet wird.[68]) Im Gegensatz zu den Anschauungen anderer Zeiten (jus connubii et commercii) steht der Genuss des Privatrechts in

---

[68]) Ueber ähnliche Beziehungen zwischen Rechtshandlungen öffentlichen und privaten Rechts cf. Rekursentscheid i. S. Schweizerische Metallwerke Selve in Thun, BBl. 1902 IV S. 121.

keiner Abhängigkeit vom Wohnrecht, überhaupt von der staatsrechtlichen Stellung des Individuums. Ob mit einem Staate kein Niederlassungsvertrag abgeschlossen worden ist, oder ob ein solcher durch Kündigung oder Kriegszustand seine Geltung verloren hat, berührt die Möglichkeit nicht, dass ein Angehöriger jenes Staates sich bei uns gültig civilrechtlich verpflichten oder Gläubiger werden kann.[69])

Wie verhält sich nun aber die soeben entwickelte Anschauung zu den oben angeführten Verträgen, die sich des weiten und breiten über die Berechtigung ihrer Destinatäre ergehen, Häuser und Magazine zu mieten, Bestellungen aufzunehmen, kaufmännische Prokuren zu errichten, bewegliches uud unbewegliches Eigentum auf alle Arten zu erwerben, inter vivos oder mortis causa darüber zu verfügen u. s. f.? Auch sie leiten diese Befugnisse aus der stipulierten Gleichbehandlung ab, so der italienische, englische, russische, amerikanische, japanische, aber ohne die Formel: „in Bezug auf Person und Eigentum“ aufzunehmen (ausgenommen der italienische, der beide Charakteristika enthält, und der japanische, der ihr aber eine andere Bedeutung gibt).

Wir haben es hier mit einer interessanten Erscheinung aus dem Grenzgebiet zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht zu tun. Die Rechtsregeln, die sich auf den Erwerb beweglicher und unbeweglicher Sachen zu Eigentum, die Bevollmächtigung und das Erbrecht beziehen, gehören theoretisch zum Privatrecht, weil und soweit hier der Verkehr zwischen rechtlich Gleichgestellten in Frage steht, und doch finden wir sie in jenen Verträgen in engsten Zusammenhang mit unstreitig öffentlich-rechtlichen Verhältnissen gebracht, denen die qualitative Ungleichheit der Rechtssubjekte wesentlich ist. Wenn man nun auch an die Redaktion der Staatsverträge nicht den gleichen Massstab anlegen darf, wie an eine mit wissenschaftlichen Begriffen und Systemen arbeitende dogmatische Darstellung, so ist doch die Verknüpfung von scheinbar so disparaten Dingen nicht unbeachtet zu lassen, um so mehr,

---

[69]) Zu der ganzen Frage cf. Roguin, a. a. O. S. 860.

als sie in mehreren zeitlich und auch bezüglich der Kontrahenten verschiedenen Dokumenten vorkommt.

Ich erkläre mir die Erscheinung folgendermassen: Jene Verträge sind die ersten Abmachungen über Niederlassungsrecht, die zwischen den Kontrahenten getroffen wurden; sie fielen für die Schweiz in die Zeit der Bundesverfassung von 1848, die es unternommen hatte, die freie Niederlassung von Kanton zu Kanton, wie sie bisher bloss von einer kleinen Mehrheit der Stände auf dem Konkordatswege zugestanden war, auf die ganze Schweiz auszudehnen; dabei war aber das Niederlassungsrecht immer noch von einer Reihe erschwerender Bedingungen abhängig, und es gab ausserdem eine Klasse von Schweizerbürgern, denen es ganz vorenthalten wurde: den erst seit fünf oder weniger Jahren Naturalisierten und den Nichtchristen, vor allem also den Israeliten.[70]) Den Niedergelassenen garantierte der Bund insbesondere die freie Gewerbeausübung und das Recht zu Erwerb und Veräusserung von Liegenschaften (B. V. von 1848, Art. 41 IV).[71]) Wenn es nun angesichts der den Kantonen durch den Bundesvertrag von 1815 im Niederlassungsrecht bisher gelassenen Freiheit nötig befunden wurde, das Recht des Liegenschaftserwerbs 1848 ausdrücklich den kantonsfremden Schweizern zuzusichern, um wie viel mehr lag die Notwendigkeit einer speziellen Stipulierung vor, wenn die Ausländer des gleichen Rechts teilhaft werden sollten! Aehnlich hat man sich den Zweck der andern „Garantien“ zu denken. Nachdem dann 1866 und 1874 das Niederlassungsrecht weiter entwickelt worden war, bestand jenes Bedürfnis nicht mehr im gleichen Masse, und so finden wir in den neueren Verträgen die angeführten Be-

---

[70]) Blumer-Morel, I S. 379.

[71]) Die Verbindung des Rechts, Grundeigentum zu erwerben, mit dem Niederlassungsrecht ist eine alte und erklärt sich aus dem Grundsatze der Stadtrechte, dass nur der Bürger Grundstücke erwerben kann (Heusler, Institutionen I S. 147, 223). Die Garantie freier Niederlassung und des Immobiliareigentums findet sich auch im deutschen Reichsgesetz über die Freizügigkeit vom 1. November 1867 § 1.

stimmungen nur selten (gegenüber aussereuropäischen Staaten, wie Kongo, Japan).[72])

Ausserdem ist aber ein weiterer Zusammenhang mit dem Niederlassungsrechte unverkennbar. Unter der Herrschaft des Bundesvertrags von 1815, ja schon während der Mediationszeit waren mit einer grossen Zahl von Staaten Freizügigkeitsverträge geschlossen worden; sie hatten den Zweck, die überkommenen, aber den Zeitanschauungen widersprechenden Abzugsgebühren[73]) aufzuheben, die auf Vermögen gelegt wurden, das ins Ausland ging. Diese Beschränkungen der freien Verfügung über das Eigentum waren die am weitesten verbreiteten Arten einer Minderung der Rechtsfähigkeit der Ausländer[74]) (gabella emigrationis, hereditatis), und zwar hier, im Unterschied zu andern (Zurücksetzung im Konkurs, ausgedehntes Forum arresti) zum direkten Vorteile des Staates. Als dann die Freizügigkeitsverträge durch die umfassenderen Niederlassungsverträge abgelöst wurden, ging ihr Inhalt teilweise in die letzteren über durch Aufnahme ähnlich lautender Artikel (englischer, russischer Vertrag Art. 4).

Die Genesis jener Bestimmungen weist also darauf hin, dass sie systematisch zu den Normen des öffentlichen Rechtes gehören, weil man sie deren besonderem Rechtsschutz unterstellen wollte; sie liefern daher kein Argument gegen die Auffassung, wonach die Niederlassungsverträge direkt nicht in Zusammenhang mit dem Privatrecht stehen. In der Tat bildet die Rechtsfähigkeit wohl eine Voraussetzung des Erwerbs privater Rechte, ihr Umfang dagegen, die Grenzen,

---

[72]) Es lässt sich nicht immer erkennen, ob solche Bestimmungen von fremden Unterhändlern zu Gunsten ihrer Nationalen in der Schweiz verlangt worden sind, oder ob sie den schweizerischen Delegierten nötig schienen, um den Genuss jener Rechte den Schweizern im Ausland zu sichern. Cf. z. B. BBl. 1868 III S. 434.

[73]) Eine Abschwächung des älteren Heimfallrechtes.

[74]) Die Abzugsgebühren trafen freilich nicht allein den Ausländer, sondern auch den Bürger, der sein Vermögen aus dem Bereich des heimatlichen Staates zog; die Verträge lauten dementsprechend verschieden; die einen verbieten die Abgabe zu Lasten der beidseitigen Angehörigen, die andern befreien davon jegliches Vermögen, das von einem Land in das andere geht.

innert deren der Mensch als Träger von Rechten anerkannt wird, werden vom öffentlichen Recht bestimmt. Wenn das Verbot des Erwerbs von Grundeigentum durch Ausländer besteht, so kann ein verkaufslustiger Inländer einen fremden Kaufliebhaber nicht dispensieren, es liegt nicht in der Hand des Einzelnen, ob er für sich auf die Anwendung jenes Rechtssatzes verzichten will; soweit also dem Ausländer die Fähigkeit, Subjekt gewisser privater Rechte zu sein, eingeschränkt ist, mit andern Worten, soweit seine Rechtsfähigkeit gemindert ist, cessiert die Dispositionsbefugnis des Individuums: jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Der Staat, der die Rechtsfähigkeit des Ausländers in dieser Weise umgrenzt, tut dies aus der gleichen Machtstellung heraus, wie wenn er die Voraussetzungen statuiert, unter denen der Einzelne ihm sein Eigentum überlassen muss (Expropriation). Er tritt hier als die den Einzelpersonen übergeordnete Gewalt auf, die im Ausschluss der Fremden vom Grundbesitz, in der übermässigen Besteuerung des aus dem Lande gehenden Vermögens vor allem ihr eigenes Interesse verfolgt.

Dagegen ist mit jenen Vertragsbestimmungen noch kein materielles Recht geschaffen: welche Formen für Erwerb von Liegenschaften, Errichtung von Prokuren gewahrt werden müssen, welche Folgen der Abschluss von Kauf- und Mietverträgen auf die Rechte der Parteien oder Dritter ausübt, alles das, was überhaupt durch das Privatrecht normiert werden muss, ist als bereits existierend vorausgesetzt. Der Italiener, der Russe u. s. w. kann also zur Begründung einer Klage aus Kauf nicht den Niederlassungsvertrag anrufen; denn jene Ermächtigungen richten sich nicht an die Adresse der Privatpersonen, sondern gegen polizeiliche, steueramtliche oder ähnliche staatliche Prohibitionen; und nur zu Anfechtung dieser letzteren auf dem Wege des staatsrechtlichen Prozesses eignen sich jene Vertragsartikel.

Wenn oben die besprochene Fassung der Verträge mit Italien, Russland u. s. f. auf den Rechtszustand in der Mitte des 19. Jahrhunderts zurückgeführt worden ist, so fällt die Begründung nicht dahin mit dem Hinweis auf die 1896 ge-

wählte Redaktion des neuen japanischen Vertrags. Denn dem erst neuerdings in intensivere Berührung mit der europäischen Staatenwelt tretenden Japan gegenüber beginnt eben die Entwicklung erst zu laufen, die die Schweiz und ihr Verkehrskreis schon hinter sich haben.

Soll nun zusammenfassend der Inhalt der Formel: „Gleichbehandlung mit Bezug auf Person und Eigentum“ umschrieben werden, so möchte ich dies folgendermassen versuchen: sie betrifft in erster Linie Niederlassung und Aufenthalt und erstreckt sich auf alle diejenigen öffentlich-rechtlichen Verhältnisse, die nach schweizerischem Recht mit der Tatsache des Verweilens auf schweizerischem Gebiete verbunden sind („Person“), sodann gewährt sie freien Spielraum in vermögensrechtlicher Hinsicht, unter Ausschluss jeglicher speziell den Nichtbürger treffenden Auflage („Eigentum“).[75])

Dieselbe Bedeutung muss auch denjenigen Verträgen beigelegt werden, die zwar die Formel nicht enthalten, dagegen sich ausdrücken wie folgt: „in Bezug auf alles, was die Aufenthaltsbewilligung, die Ausübung der durch die Landesgesetze gestatteten Gewerbe und Berufe, die Steuern und Abgaben, mit einem Worte sämtliche den Aufenthalt und die Niederlassung betreffenden Bedingungen anbelangt“ (Oesterreich-Ungarn, Art. 1 in Verbindung mit Art. 2, ähnlich Liechtenstein Art. I), oder „à tous égards, notamment en ce qui concerne l'établissement ou le séjour“ (Norwegen, Art. 1). Denn dass hier nicht die Absicht der Beschränkung oder Hintansetzung obgewaltet hat, geht aus der Aufnahme der Meistbegünstigungsklausel in diese Verträge hervor.

Wo die Verträge selbst, anstatt blosser Verweisung auf internes Landesrecht, materielles Recht schaffen, da cessiert ohne weiteres die Gleichbehandlung. Beispielsweise kann der Oesterreicher, dem als Hausierer eine höhere Taxe als dem Schweizer auferlegt, oder die Bewilligung überhaupt versagt wird, sich nicht auf die vertraglich zugesicherte Gleichbehandlung mit dem Schweizer berufen, denn für den „Gewerbe-

---

[75]) v. Salis, II Nr. 669, Ullmer, I Nr. 621, II Nr. 1247.

betrieb im Umherziehen" macht der Vertrag eine Ausnahme.[76]) Ferner enthalten die Vorschriften der Niederlassungsverträge über Legitimationspapiere, über Ausweisung und Rücknahme der eigenen Angehörigen derartige Ausnahmen vom Hauptprinzip.

Aus Raumrücksicht und weil er neben der Gleichberechtigung weniger Interesse bietet, übergehe ich hier den Modus der Meistbegünstigung, der in einzelnen Verträgen, meist subsidiär, vorkommt.

In den meisten Fällen ist diese Klausel ausdrücklich auf Niederlassung und Gewerbeausübung beschränkt und schliesst dadurch eine extensive Interpretation von selbst aus. Gilt dies schon hinsichtlich des weitern Inhalts der Niederlassungsverträge, so dass also von der Meistbegünstigung nicht betroffen werden z. B. Fragen der Unterstützung bei Armut und Krankheit, des Militärpflichtersatzes, so ist um so mehr daran festzuhalten für Materien, die unter sich wesensungleich sind. Die Ansicht muss deshalb abgelehnt werden, wonach die Meistbegünstigung, die in Handels- und Niederlassungsverträgen stipuliert worden ist, auch auf Vorteile im internationalen Privatrecht, z. B. im Markenschutz, auszudehnen sei.

Die beiden Urteile des Bundesgerichts (VIII 276, XII 42) in Sachen Lehr und in Sachen Polnisches Nationalmuseum (meines Wissens die einzigen über die Meistbegünstigung) beschäftigen sich mit der Frage, ob kraft der Meistbegünstigungsklausel in dem französischen und dem russischen Vertrag der Franzose und der Russe im Kanton Waadt die Vorteile des kantonalen Vertrags mit Grossbritannien über Steuersachen (1872) für sich in Anspruch nehmen könne; die Antwort ist beide Male negativ. Die Rekurrenten behaupteten, weil ihnen Meistbegünstigung im Niederlassungsrechte zugesagt sei, könnten sie im Kanton Waadt dieselbe Behandlung für die Erbschaftssteuern fordern, wie die Engländer, die nur bei förmlicher Niederlassung des Erblassers das ganze, auch im Ausland gelegene Nachlassvermögen in der Waadt zu versteuern haben. Das Bundesgericht wies diese extensive Auslegung ab, mit der Begründung, dass

---

[76]) Ebenso für Apotheker, BBl. 1901 I S. 198.

der waadtländisch-englische Vertrag sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit beziehe, für die allerdings Russen und Franzosen gegenüber Meistbegünstigung gelte, sondern nur feststelle, wann ein Steuerdomizil im Kanton vorhanden sei.

Einzelne Anwendungsfälle.

Wenn nun im Anschluss an die grundsätzlichen Erörterungen einige spezielle Rechtsbeziehungen der Ausländer hervorgehoben werden, so ist damit nicht eine vollständige Aufzählung der fremdenrechtlich in Betracht fallenden Materien beabsichtigt; es sollen nur die bisher entwickelten Prinzipien durch einige Beispiele erläutert werden; bloss auf den Rechtsschutz wird etwas näher eingegangen.

Vorerst ist noch einmal auf das Verhältnis der Niederlassungsverträge zum Civilrecht zurückzukommen. Die durch Blumer-Morel vertretene Auffassung geht dahin, dass die vertragliche Gleichbehandlung „selbstverständlich das gesamte Civil- und Strafrecht nebst bezüglichem Verfahren“ betreffe (Handbuch III 465). Nun findet allerdings im allgemeinen eine unterschiedslose Anwendung jener Komplexe von Rechtssätzen auf Einheimische und Fremde statt; allein die Ursache liegt nicht in einer durch die Niederlassungsverträge auferlegten Verpflichtung, sondern in der durch das Zweckmotiv geleiteten, selbständig erfolgten internen Entwicklung. Diese Indifferenz gegenüber der Nationalität ist vom Schicksal der Niederlassungsverträge durchaus unabhängig: die Kündigung des deutschen Niederlassungsvertrags im Jahre 1889 konnte auf die privatrechtliche Stellung der Deutschen absolut keinen Einfluss haben. Gewiss beherrscht Art. 60 der B. V. das kantonale Privat- und Strafrecht,[77]) denn er spricht ganz allgemein von „Gesetzgebung und gerichtlichem Verfahren“; anders dagegen ist seine Funktion den Ausländern gegenüber. So wie er ohne Vertrag überhaupt nicht zur Anwendung gelangt, gehen auch die Grenzen seiner Wirksamkeit allein aus den materiellen Normen der Verträge hervor. Nur bei

[77]) Blumer-Morel, I S. 371, 372.

den Rechtsverhältnissen, die oben als durch die Niederlassungsverträge betroffen charakterisiert sind, wird unterschiedliche Behandlung von Ausländern und Kantonsbürgern im kantonalen Recht neben andern Gründen auch durch Vertragsrecht ausgeschlossen.[78]) Dem Bundescivil- und -strafrecht seinerseits ist eine Minderung der Rechtsfähigkeit der Ausländer fremd. Wenn ferner unter den vom schweizerischen Recht bestimmten Voraussetzungen der Ausländer seinem heimatlichen (speziell Privat-) Recht unterstellt bleibt, auch mit hierseitiger Jurisdiktion, so liegt darin eine Anerkennung ausländischen Rechtes, die aus mannigfachen Gesichtspunkten (Stabilität der Rechtssituation, Zusammenhang mit dem Bürgerrecht u. s. w.) zu rechtfertigen, jedenfalls aber nicht mit dem staatsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung in Verbindung zu bringen ist.[79]) Glaubt sich also ein Ausländer durch eine Verfügung privat- oder strafrechtlichen Charakters gegenüber einem Schweizer unter gleichen Umständen benachteiligt, so kann er nicht wegen Verletzung des Niederlassungsvertrags und implicite des Art. 60 der B. V. bei den Bundesbehörden staatsrechtliche Beschwerde erheben, es wäre denn, dass die aus der Gleichbehandlung bezüglich „Person und Eigentum" abzuleitenden Rechte, worunter zum Teil auch Art. 4 der B. V. fallen kann,[80]) verletzt worden sind. Er ist auf die

---

[78]) Das Bundesgericht ist deshalb in seinem Urteil in Sachen Fliniaux (I S. 4 ff.), was die Motivierung betrifft, zu weit gegangen, wenn es, Erw. 2, ausführt: „aux termes de ces dispositions tous les cantons suisses sont obligés de traiter les citoyens français comme leurs propres ressortissants en matière de législation et pour tout ce qui concerne les voies juridiques." Nicht ohne weiteres kommt Art. 60 zur Anwendung, sondern nur soweit der materielle Inhalt des Vertrages es verlangt. Der freiwilligen Erstreckung ist natürlich keine Grenze gesetzt.

Ueber die kantonalen Rechte cf. Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, I S. 146 ff.

[79]) Ueber das Nationalitätsprinzip im internationalen Privatrecht cf. Wolf, in der Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. XIII S. 1 ff., 319 ff.; über dessen politische Bedeutung Speiser, in der gleichen Zeitschrift, n. F. IX S. 270 (Art. 46 der Bundesverfassung und das internationale Privatrecht).

[80]) Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. XXI S. 104.

Rechtsmittel angewiesen, die der Civil- und Strafprozess gewährt.[81])

Die in praxi wichtigsten fremdenrechtlichen Normen betreffen die Ordnung des Niederlassungswesens. Sie bilden den Kern der Niederlassungsverträge und geben der freien Bewegung und Betätigung der Ausländer die erforderliche Sicherheit, zugleich aber stellen sie dem Aufenthaltsstaat die nötigen, im Einverständnis mit dem Heimatstaat zum voraus vereinbarten polizeilichen Massregeln zur Verfügung. Es ist hier nicht der Ort, auf die Details dieser Materie einzutreten, nur einige wenige Grundsätze mögen angeführt werden. Schon bei Besprechung des Art. 70 der B. V. wurde darauf hingewiesen, dass die Fremdenpolizei in erster Linie in die Kompetenz der Kantone fällt, und nur bei Gefährdung der staatlichen Sicherheit der Bund die Prävention hat (dies bezieht sich nicht allein auf die Entfernung vom schweizerischen Boden, sondern in Ausnahmefällen selbst auf die Anweisung von Aufenthalt: Internierung). Dagegen teilen sich in die Gesetzgebung über das Niederlassungsrecht Bund und Kantone, wobei zwar der Bedeutung nach die bundesrechtlichen Normen dominieren. Soweit nun die Niederlassungsverträge eigene Anordnungen treffen (z. B. in Bezug auf Legitimation und Ausweisung), ist der Kanton von der Gleichbehandlungspflicht befreit, er kann also z. B. aus freien Stücken, muss aber nicht einem Schriftenlosen den Aufenthalt gestatten, und ist im ersten Fall befugt, für die Erlaubnis strengere Bedingungen zu fordern als von Schweizern in derselben Lage, andererseits ist dem Ausländer das Recht zur Niederlassung gesichert, wenn er die vertraglichen Requisite aufweist (z. B. für Deutsche: Bescheinigung der deutschen Gesandtschaft, „dass der Inhaber die deutsche Reichsangehörigkeit besitzt und einen unbescholtenen Leumund geniesst“, für Franzosen „acte d'immatriculation constatant leur nationalité“, für Liechtensteiner Heimatschein mit Leumundszeugnis und Ausweis über Sub-

---

[81]) Art. 182 II des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege wird später erörtert werden.

sistenzmittel), immerhin unter der Voraussetzung, dass nicht der Verweigerungsgrund von Art. 45 II der B. V. zutrifft;[82]) denn da jene vertragsmässigen Papiere nur den schweizerischen Heimatschein ersetzen, so bleibt daneben die Bedingung des Besitzes der „bürgerlichen Ehrenrechte" in den Grenzen des Art. 45 in Kraft. Im Unterschied zu den Schweizern erhalten die Ausländer Niederlassungsbewilligungen nur für bestimmte Zeit, nämlich auf die Gültigkeitsdauer ihrer Ausweisschriften, mit deren Ablauf die Bewilligung ipso jure erlischt. Wesentliche Ungleichheiten bestehen ferner hinsichtlich der Entziehung der Niederlassung. Beinahe alle Verträge sprechen sich hierüber aus, indem sie gegenüber der Pflicht der Aufnahme gehörig legitimierter Niederlassungspetenten das Recht des Aufenthaltsstaates betonen, die Fremden „infolge gerichtlichen Urteils", „durch gesetzliche Verfügung", oder „aus Gründen der Armen- und Sittenpolizei" auszuweisen;[83]) die Kantone können demgemäss auf dem Wege der Gesetzgebung Beendigungsgründe der Niederlassungsbewilligungen schaffen, die den Schweizerbürgern gegenüber angesichts des Art. 45 der B. V. als unzulässig zu bezeichnen wären. Die prekäre Natur des Aufenthaltsrechtes kommt auch darin zum Ausdruck, dass es vom Gehorsam „gegen die Gesetze und Polizeiverordnungen" abhängig gemacht wird (z. B. deutscher, französischer Vertrag, Art. 1); darauf gründet sich beispielsweise die Sanktion der Streikverordnungen kantonaler Regierungen, die den Ausländern bei Zuwiderhandeln die Ausweisung androhen.[84])

---

[82]) v. Salis, II Nr. 727.

[83]) v. Salis, II Nr. 701 II, 708.

[84]) Ueber den Begriff der Niederlassung und des Aufenthalts kann ich mich hier nicht verbreiten; ich verweise für das schweiz. Recht auf die Abhandlung von Bloch in der Zeitschr. f. schweiz. Recht, XXIII N. F. S. 341 ff., und für die ganze Materie auf Teichmann im Handwörterbuch der schweiz. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, herausgegeben von Reichesberg, II S. 75; Bertheau, die bundesrechtliche Praxis betreffend die Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung; Pictet, a. a. O.; Affolter, im Archiv für öffentliches Recht, VI S. 378 ff.; Schollenberger, die schweiz. Freizügigkeit.

Der freien Berufsausübung der Ausländer in Handel und Gewerbe wird neben der Niederlassung in allen Verträgen Erwähnung getan. Eine einseitige Erschwerung derselben durch die Kantone würde, abgesehen vom Vertragsschutz, gegen Art. 31 der B. V. verstossen und läge auch wirtschaftlich nicht im allgemeinen Interesse der Einheimischen: die Bundesbehörden als Rekursinstanzen sind denn auch selten in den Fall gekommen, Rekurrenten gegen Eingriffe in die Gewerbefreiheit zu schützen, die wegen ihrer Eigenschaft als Ausländer davon betroffen wurden.[85]) Den durch das interne Recht gestatteten Beschränkungen sind die Ausländer mit unterworfen,[86]) doch dürfen jene für sie nicht willkürlich erweitert werden. Dies findet besonders Anwendung auf das Hausierwesen; immerhin besteht völlige Freiheit gegenüber Oesterreichern und neuerdings auch Deutschen (Seite 127).[87]) Keine Verletzung der Gewerbefreiheit ist darin zu erblicken, dass Behörden bei Submissionen für öffentliche Arbeiten den Unternehmern die Anstellung ausländischer Arbeiter untersagen.[88]) Dass die Handelsverträge nur teilweise hierher gehören, wurde schon früher betont (Seite 104); über die Handelsreisenden und die Patenttaxen vergleiche v. Salis II, Nr. 915; über das Ganze Schollenberger, vergleichende Darstellungen aus dem öffentlichen Recht der schweizerischen Kantone, II: die schweiz. Handels- und Gewerbeordnungen, 1. Hälfte, Seite 33 ff.

In engster Verbindung mit der Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit untersagen die Niederlassungsverträge jede exceptionelle Besteuerung der Ausländer. In der Tat könnte die Gleichbehandlung in der Berufsausübung völlig illusorisch

---

[85]) v. Salis, II Nr. 868.

[86]) BBl. 1899 IV S. 112; cf. auch B. V. Art. 33, Bundesgesetz betr. Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885.

Ueber die Grenzpraxis ausländischer Aerzte die Verträge mit dem Deutschen Reich (1884), Frankreich (1889), Italien (1888), Oesterreich und Liechtenstein (1885).

[87]) Für Russen BBl. 1905 III S. 285.

[88]) v. Salis, II Nr. 519; Pictet, Nr. 136.

gemacht werden, wenn hinsichtlich Steuerquote oder Steuerobjekt dem Nichtbürger eine Mehrleistung auferlegt würde. Uebrigens beruht schon infolge selbständiger Entwicklung das schweizerische Steuerrecht bezüglich der direkten Steuern auf dem Prinzip der Territorialität;[89]) speziell das bundesrechtliche Verbot der Doppelbesteuerung erstreckt sich seiner Zweckbestimmung nach auf alle Gebietseinwohner.[90]) Besondere Umstände, die hier nicht näher dargelegt werden können, haben eine Personalsteuerexemtion für Ausländer veranlasst; so geniessen die Angestellten der Badischen Staatsbahnen in Basel, soweit sie badische Staatsangehörige sind, Befreiung von jeder direkten Kantons- oder Gemeindesteuer;[91]) sodann werden teils auf Grund staatsvertraglicher Verpflichtung, teils aus andern Gründen[92]) die Ausländer nicht zur Militärpflichtersatzsteuer herangezogen.

Die Organisation der Armenfürsorge ist auf dem nationalistischen Prinzip der „bürgerlichen" Armenpflege aufgebaut (Seite 117); dies bedingt die Negation jeglichen Rechtsanspruchs niedergelassener Ausländer auf dauernde Unterstützung. Es verbietet denn auch kein bundesrechtlicher Grundsatz den Kantonen, mittellose Ausländer, die „der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last fallen", ohne weiteres aus ihrem Gebiete zu verweisen;[93]) selbst die formalen Kautelen, die die Bundesverfassung für Schweizer hinstellt, verlieren für Ausländer ihren zwingenden Charakter.[94]) Doch findet eine rigorose Anwendung des Ausweisungsrechtes ihre Schranke an den Formalitäten, wie sie für die Uebernahme der Ausgewiesenen durch den Heimatstaat namentlich dem Deutschen Reich

---

[89]) Speiser, Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. XXI S. 562 ff., auch B. V. Art. 45 VI.

[90]) B. Ger. XXI S. 69; XXIV 1. S. 622; Speiser, a. a. O. S. 581.

[91]) Gesamtausgabe der Basler Gesetzessammlung (Bd I—XX), S. 40; Verwaltungsbericht des Regierungsrates des Kantons Baselstadt pro 1904, Finanzdepartement, S. 1.

[92]) v. Salis, III Nr. 1309.

[93]) v. Salis, IV Nr. 1998, 1999, 2002.

[94]) Basler Gesetz über den Entzug der Niederlassung und des Aufenthalts und die polizeiliche Ausweisung vom 24. Januar 1881, § 5 II.

gegenüber vertraglich geregelt worden sind (Niederlassungsvertrag Art. 8). Wenn die Einwohnergemeinden und Kantone aus Humanitätsgründen sich die Pflicht der Versorgung oder der vorübergehenden Unterstützung auch ausländischer Armen auferlegen, so erwächst dem Empfänger nur innert der satzungsgemässen Grenzen ein Hilfeanspruch.[95])

Analog dem durch Art. 48 der B. V. und das zugehörige Gesetz von 1875 statuierten interkantonalen Sonderrecht hat jedoch für den Fall des Zusammentreffens von Armut und Krankheit eine zeitlich beschränkte öffentliche Fürsorge einzutreten zugunsten von Deutschen (Niederlassungsvertrag Art. 11), Oesterreichern und Ungarn (Art. 7) und Italienern (Erklärung vom 6./15. Oktober 1875), Frankreich gegenüber nur von verlassenen Kindern und Geisteskranken (Uebereinkunft vom 27. September 1882).[96]) Die Pflege ist zu leisten bis zur Transportfähigkeit der Kranken, ein Ersatz der Kosten wird wegbedungen, dagegen Refundation durch Rückforderung von privatrechtlich Alimentationspflichtigen vorbehalten; die Ausführung liegt den Kantonen ob.[97])

Die Ausübung politischer Rechte, d. h. Teilnahme an der Bildung des Staatswillens (Abstimmung) und an der Bestellung der Behörden (Wahl) hat zur Voraussetzung das Bestehen eines persönlichen Treue- und Schutzverhältnisses zwischen Staat und Einzelperson, das im Bürgerrecht beidseitig zum Ausdruck kommt; durch den Begriff als solchen ist mit-

---

[95]) Vergleiche den Gegensatz schweizerischer und französischer Praxis bei v. Salis, IV S. 629.

Wie sehr die freiwillige Tätigkeit über das nach Amtspflicht zu Prästierende hinausgeht, beweisen die Berichte der grösseren Armenpflegeverbände (z. B. „Basler Nachrichten“ vom 13. Mai 1905).

[96]) Ausdehnung auf alle mittellosen (franz.) Kranken angeregt durch die modifizierte Motion Daucourt, Uebersicht der Verhandlungen der schweiz. Bundesverslg, Fortsetzung der Sommersession 1905, Nr. 64.

[97]) Ueber die daherige finanzielle Belastung der Grenzstädte cf. Amtl. stenogr. Bulletin der schweiz. Bundesverslg 1904, S. 284; Verwaltungsbericht des Regierungsrates des Kantons Baselstadt pro 1900, Polizeidepartement, S. 13; Verwaltungsbericht des Engern Bürgerrates an den Weitern Bürgerrat der Stadtgemeinde Basel pro 1879, S. 45, pro 1881, S. 21.

hin der Ausschluss des Ausländers gegeben, auch wenn dies nicht expressis verbis durch Vertrag anerkannt wäre (wie im italienischen, Art. 1, und im amerikanischen, Art. I, v. Salis III Nr. 1144). Obwohl den Ausländern aktiv jedes derartige Recht im Bunde versagt ist,[98]) muss ihnen doch in passiver Hinsicht politische Bedeutung im Rechtssinne vindiziert werden: sie tragen nämlich als Bestandteil der „Gesamtbevölkerung" nach Art. 72 der B. V. zur Bestimmung der Mitgliederzahl des Nationalrats und ihrer Verteilung auf die Wahlkreise bei, aber immer so, dass ihnen kein Anspruch aus dieser Eigenschaft erwächst; ihre Rechtssphäre wäre durch die Abänderung jenes Repartitionsmodus, wie sie das Initiativbegehren vom Jahre 1902 (Hochstrasser) beabsichtigte, nicht tangiert worden. Singulärerweise kommt ein Stimmrecht der Ausländer für Gemeindeangelegenheiten in Neuenburg vor;[99]) im Thurgau wurde ein auf Grund der Kantonsverfassung (§ 7) und des Gesetzes vom 3. April 1870 geübtes Mitspracherecht in Gemeindesteuersachen durch Gesetz vom 24. Mai 1904 aufgehoben.[100])

In diesem Zusammenhang ist auch des Ausschlusses der Ausländer von der Eigenschaft als Aktionär der Schweizerischen Nationalbank zu erwähnen.[101]) Die Wahrung des schweizerischen Charakters der Anstalt, die als Zweck dieser Reservierung der Mitgliedschaftsrechte für Schweizerbürger bezeichnet wird,[102]) lässt jedoch m. E. zu, dass die Vermögensrechte, die in der Nationalbankaktie verkörpert sind, von Ausländern gültig erworben werden können (durch Erbgang oder inter vivos);[103]) jedenfalls aber darf den im Moment der

---

[98]) Burckhardt, Kommentar, S. 397.

[99]) Schollenberger, Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der schweiz. Kantone, Bd I, S. 50.

[100]) Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. XXIV S. 367.

[101]) Bundesgesetz über die Schweiz. Nationalbank vom 6. Okt. 1905. Amtl. Slg n. F. XXII S. 47.

[102]) BBl. 1904 IV S. 458.

[103]) Gegenüber dem Veräusserer; die Bank selbst darf nur die im Aktienregister eingetragenen Personen als Mitglieder anerkennen, Art. 7, 9, 10.

Liquidation im Besitz von Nationalbankaktien befindlichen Ausländern der Nennwert und die Quote des Reservefonds (Gesetz, Art. 77) nicht vorenthalten werden, denn dann cessiert überhaupt der Zweck jener Sonderbestimmung. Indirekt, als Teilhaber einer in der Schweiz domizilierten Firma, kann auch ein Ausländer die vollen Aktionärrechte erwerben, aber nur auf die Dauer des inländischen Firmendomizils.

Die Organisation der Behörden bleibt vom Fremdenrecht unberührt; die Beamteneigenschaft ist zwar nicht begrifflich mit ausländischem Bürgerrecht unvereinbar,[104]) aber doch wird häufig die Wahl zu Beamtungen an die Voraussetzung des Schweizerbürgerrechts geknüpft.[105])

Der Rechtsschutz.

Der Rechtsschutz des Fremden wird vom Bundesrecht und vom kantonalen Recht geregelt. In die praktisch für die Ausländer am meisten hervortretenden Teile dieses letzteren hat in neuerer Zeit das Bundesrecht übermächtig eingegriffen durch Vereinheitlichung gegenüber den wichtigeren auswärtigen Staaten. Auch auf diesem Gebiete durchkreuzen sich vielfach internes und vertragliches Recht. Entsprechend dem Zweck der gegenwärtigen Untersuchung, zu eruieren, inwiefern der Ausländer anders als der Schweizer in seinen

---

Ueber das Auseinanderfallen von Mitgliedschafts- und Vermögensrecht bei den Aktien der Banque de France cf. Journal du droit international privé, 1905, S. 517.

[104]) BBl. 1901 III S. 362 (Sanitätspolizei). Ausländer als Mitglieder des Kirchenrats der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Baselstadt (Gesetz vom 11. Oktober 1900), als Mitglieder der baslerischen Gerichte (Gesetz betr. Wahl und Organisation der Gerichte und der richterlichen Beamtungen, vom 27. Juni 1895, § 5, 56).

[105]) Bundesgesetz betr. die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes und die Organisation der Verwaltung der schweiz. Bundesbahnen, vom 15. Oktober 1897, Art. 40; Bundesgesetz betr. das Stimmrecht der Aktionäre von Eisenbahngesellschaften und die Beteiligung des Staates bei deren Verwaltung, vom 18. Juni 1895, Art. 5, 9; Nationalbankgesetz, Art. 44, 58; Burckhardt, Kommentar, S. 522 (christkatholischer Bischof).

Rechten geschützt wird, haben wir auf die Konfliktsnormen des Prozessrechts nur insofern einzutreten, als bei ihnen die Staatsangehörigkeit eine Rolle spielt.

Es ist eines der ersten Postulate an den Staat als Förderer menschlicher Wohlfahrt, dass er Schutz gewähre für die nach seiner Rechtsordnung erworbenen Rechte; seine Aufgabe ist nicht gelöst mit der Aufstellung verbindlicher Vorschriften über Verteilung der Lebensgüter und Befriedigung menschlicher Interessen, sie erlangt ihren Abschluss erst durch die Bewahrung dieser Anordnung gegenüber ihrer Störung und Verletzung, durch die Realisierung des dem Rechtsgebote inhärenten Zwangsmomentes. Durch die Anerkennung aller Gewaltunterworfenen als Persönlichkeit bekundet nun der moderne Staat seinen Willen, ihnen seinen Rechtsschutz angedeihen zu lassen.[106]) Dieser besteht nicht bloss in der Einsetzung von Gerichten, sondern findet seinen Wirkungskreis ebenso sehr in andern Zweigen staatlicher Betätigung, vornehmlich in der präventiven und repressiven Funktion der Polizei (im weitern Sinne des Wortes betrachtet).

Im Gegensatz zu altrömischen und altgermanischen Anschauungen hat der moderne Staat auch den Landesfremden mit dem Rechte der Person begabt; dieser gilt nicht allein als Objekt der staatlichen Gewalt, er verfügt auch über Rechte gegen den Staat. Während er in jenen Anfangszeiten staatlicher Entwicklung zur Vertretung seiner Interessen eines Volksgenossen bedurfte, der für ihn eintrat, dafür aber eine Herrschaft über ihn ausübte, so ist er heute von diesem Vertretungszwang befreit. Naturgemäss ist diese ungehinderte Rechtsverfolgung seitens des Ausländers auf dem Gebiete des Privat- und Strafrechts vollkommener durchgebildet als die entsprechenden staatsrechtlichen Institute; denn vor dem Richter ist das Recht da, und Ansprüche publizistischer Art kamen den Ausländern erst zu, als ihre private Rechtssphäre schon längst Anerkennung gefunden hatte.

Sehen wir uns nach den positiven Anordnungen um, die die Niederlassungsverträge getroffen haben, so begegnen wir

[106]) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 118.

vielfach[107]) der Forderung des „freien Zutritts zu den Gerichten," im italienischen Vertrag z. B. mit den Worten: „Die Bürger eines der beiden Länder geniessen auf dem Gebiete des andern beständigen und vollkommenen Schutz für ihre Personen und ihr Eigentum. Demzufolge haben sie freien und leichten Zutritt zu den Gerichtshöfen zur Verfolgung und Verteidigung ihrer Rechte und zwar vor jeder Instanz und in allen durch die Gesetze aufgestellten Arten von Jurisdiktion....." Bezeichnenderweise ist Italien der einzige unserer Nachbarstaaten, in dessen Vertrag dieser Rechtsschutzartikel vorkommt, die andern schweigen darüber.[108]) Es tritt eben hier die gleiche Erscheinung zu Tage, die schon für das Verhältnis zwischen Ausländer und internem Privatrecht nachgewiesen worden ist: das Vertragsrecht ist hier entbehrlich; kraft eigener Entschliessung, ohne Einwirkung zwischenstaatlicher Normen statuiert das schweizerische Recht dasselbe, was einzelne Verträge bloss zu bestätigen vermögen: die prinzipielle Gleichstellung des Ausländers mit dem Schweizer im Schutze seiner Rechte. Dass dem so ist, beweisen weniger eigentliche Gesetzestexte als vielmehr die alltägliche Uebung, die in dieser Hinsicht dem allgemeinen Rechtsbewusstsein Ausdruck verleiht.[109])

Damit ist der freien Gestaltung des Rechtsganges in keiner Weise präjudiziert. Denn wenn der Staat auch dem Landesfremden gegenüber es als seine Pflicht erachtet, die Rechtsordnung zu bewähren, so ist dadurch über die Mittel

---

[107]) Cf. Russland Art. 3, Dänemark Art. 2, Congo Art. 2, Japan Art. 2, Grossbritannien Art. 3, Vereinigte Staaten von Amerika Art. I.

[108]) Instruktiv ist in dieser Hinsicht das Beispiel eines andern kontinentalen Staates, Belgiens. Der Niederlassungsvertrag von 1862 enthielt neben der allgemeinen Gleichbehandlungsklausel die Zusicherung des freien Zutritts zu den Gerichten; er wurde 1879 durch ein generelles Meistbegünstigungsversprechen provisorisch ersetzt, und 1887 kam ein neuer Niederlassungsvertrag zu Stande, im wesentlichen dem französischen nachgebildet. Dieser hat den Rechtsschutzartikel ausgemerzt, aber gewiss nicht im Sinne einer Reaktion gegen den früheren Zustand!

[109]) Man denke an die Praxis des Bundesgerichts in Rechtsverweigerungsbeschwerden auf Grund von Art. 4 der B. V.

und Wege, die diesem Zwecke dienen sollen, noch nichts vorgeschrieben. Im speziellen steht nichts entgegen, dass bestimmte Rechtssachen von andern Behörden entschieden werden bei Ausländern als bei Schweizern,[110]) oder dass Prozessvoraussetzungen statuiert werden, die für die Inländer entfallen,[111]) sowie umgekehrt Erleichterungen vorkommen können, die dem Ausländer allein, mit Ausschluss der Schweizer, zustehen.

Den Rechtsschutz geniesst der Ausländer, ohne dass ein Vertrag dies vorzusehen braucht. Tritt nun ein diesbezüglicher Vertrag ausser Kraft, so verschlechtert sich in dieser Hinsicht die Stellung der Angehörigen jenes Vertragsstaates nicht, aus dem einfachen Grunde, weil die Vorschrift über den freien Zutritt zu den Gerichten in Rücksicht auf die Schweiz überflüssig ist und infolgedessen die Sicherheit ausländischer Personen nicht zu steigern vermag.

Die angeführten Bestimmungen aus den Niederlassungsverträgen sind deshalb für ausländische Rechtsuchende in der Schweiz von keinem praktischen Werte mehr, was sich hauptsächlich auch aus dem schon angedeuteten Umstande entnehmen lässt, dass der deutsche und der französische Vertrag nichts derartiges enthalten. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Rechtsschutzanspruch als eine Folge der allgemeinen Gleichbehandlung (Seite 134) zu betrachten und in diesem Sinne doch mit den Niederlassungsverträgen in Verbindung zu bringen wäre. Denn sein Fundament liegt tiefer, und er wird nicht nur den im Inland wohnenden Fremden zu Teil, sondern in gleichem Masse auch dem Ausländer im Auslande, auf den die Niederlassungsverträge keine Anwendung finden.[112])

---

[110]) Ueber die Bedenken, die gegen die Motivierung einer derartigen Anordnung vorzubringen sind, im Abschnitt über den staatsrechtlichen Prozess.

[111]) Z. B. für Scheidungsklagen der Nachweis der Anerkennung des zu erlassenden Urteils durch den Heimatstaat (Civilstandsgesetz Art. 56) oder nach dem Entwurf des Bundesrates über die Einführungsbestimmungen zum schweiz. Civilgesetzbuch, Art. 1754, der Nachweis, „dass nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch der Heimat der geltend gemachte Scheidungsgrund zugelassen und der schweizerische Gerichtsstand anerkannt ist.“

[112]) B. Ger. IX S. 12, XIV S. 493.

a) Schutz des Civilrechtes.

Die Gleichstellung des Ausländers im Rechtsschutz erfolgt in aktiver und passiver Hinsicht.

Als Subjekt eines solchen Anspruchs an die Staatsgewalt kann er zur Verwirklichung und Verteidigung seines Rechts die Gerichte angehen, im allgemeinen unter den gleichen Voraussetzungen wie sie für die Schweizerbürger gelten. Der Prozess erleidet dadurch keine grundsätzlichen Aenderungen, dass die eine oder beide Parteien einem ausländischen Staate angehören: es gibt keinen Fremdenprozess und keinen Fremdenrichter. Die Civilprozessordnungen des Bundes und der Kantone enthalten keine Bestimmungen, wonach es vom Bürgerrecht der rechtsuchenden Parteien abhängt, ob die Gerichte, wenn im übrigen ihre sachliche Kompetenz feststeht, ihre Funktion ausüben dürfen; wir befolgen also nicht das französische System, gemäss welchem die französischen Gerichte Rechtsstreitigkeiten zwischen Ausländern, besonders wenn sie nicht „admis à domicile" sind (Code civil français art. 13), nur in bestimmten Ausnahmefällen annehmen (Handelssachen, Deliktsobligationen, Immobiliarsachenrecht), im übrigen aber sich inkompetent erklären.[113]) Es liegt keine Anwendung dieses französischen Prinzips darin, dass die schweizerischen Gerichte ihre Zuständigkeit ablehnen, während sie doch einen gleichen Prozess inter cives in Behandlung gezogen hätten; denn dies geschieht aus Gründen des materiellen Rechts, z. B. in Statusfragen, und die Ablehnung erfolgt nicht aus dem Gesichtspunkt der Benachteiligung der Fremden, sondern eher aus Rücksicht auf ihre Interessen.[114])

Die formelle Zulässigkeit einer Klage (Basler C. P. O. § 46) hängt nicht vom inländischen Domizil des Klägers ab, infolge-

---

[113]) Roguin, Conflits des lois suisses, pag. 609, 611. In Prozessen zwischen Schweizern, die in Frankreich wohnhaft sind oder dort eine Handelsniederlassung haben, dürfen die franz. Gerichte nach Art. 2 des Vertrags von 1869 ihre Kompetenz nicht ablehnen mit der Begründung, die Parteien seien Ausländer; cf. Mayr, das französische Fremdenrecht, in den Annalen des Deutschen Reichs, 1896 S. 329 ff., sub verbo Prozessfähigkeit.

[114]) Wolf, Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. XIII S. 41.

dessen stehen die Gerichte auch dem im Auslande wohnhaften Ausländer zur Verfügung, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, wozu allerdings die Bestellung eines inländischen Prozessdomizils für den Verkehr mit dem Gerichte zu zählen ist. Gegen die Versagung rechtlichen Gehörs gegenüber Ausländern, die nicht in der Schweiz wohnhaft waren, wurde von dem Bundesgericht schon mehreremale eingeschritten.[115])

Die Möglichkeit, sein Recht nötigenfalls durch Klage zu verwirklichen, wäre ein unvollkommener Rechtsschutz, wenn nicht ergänzend die Zwangsvollstreckung hinzuträte. Auch sie steht dem Ausländer zu Gebote, in allen ihren Formen, vor allem die Exekution von Urteilen auf Geldzahlung. Neben den kantonalen Vorschriften über das Vollstreckungsverfahren interessiert hier besonders das eidgenössische Betreibungs- und Konkursrecht und die Stellung, die es dem nichtschweizerischen Gläubiger zugewiesen hat.

Da es uns nur auf die Rechtswirkungen ankommt, die die fremde Nationalität hervorbringt, so fällt hier ausser Betracht das sog. internationale Konkursrecht (Verhältnis resp. Ausschluss gleichzeitiger Konkurse über denselben Schuldner im In- und Ausland u. s. w.), ebenso wenig haben wir uns mit den Fragen zu beschäftigen, unter welchen Bedingungen Aeusserungen fremder Justizgewalten in der Schweiz erzwingbar sind (Vollstreckbarerklärung ausländischer Civilurteile), da hier allein der Wohnsitz, nicht das Bürgerrecht der Partei von Bedeutung ist.

Nun ist es für die herrschende Rechtsanschauung bezeichnend, dass das Betreibungs- und Konkursgesetz in keiner Weise auf die Nationalität des Gläubigers abstellt und so diesem Faktor jegliche Einwirkung auf den Gang des Verfahrens benimmt; allerdings hat das Gesetz im Unterschied zur deutschen Konkursordnung (§ 5) keine ausdrückliche Bestimmung aufgenommen, wonach die ausländischen Gläubiger den inländischen gleichstehen, allein der gesamte Inhalt des Gesetzes führt zu demselben Resultat und macht eine der-

---

[115]) Cf. Anmerkung 112 und ferner B. Ger. XXII S. 358.

artige Vorschrift entbehrlich. Für den Gläubiger hat also ein allfälliger Wechsel seines Bürgerrechts keine Aenderung in seiner Rechtslage zur Folge.

Die ausländische Nationalität eines Gläubigers führt auch in Verbindung mit einem auswärtigen Domizil keine Zurücksetzung hinter den Schweizer in gleicher Situation herbei. Beide haben nach Art. 67 Ziffer 1 des Gesetzes mit der Einreichung des Betreibungsbegehrens ein Domizil in der Schweiz zu wählen, als welches im Fall der Unterlassung kraft gesetzlicher Präsumtion das Lokal des Betreibungsamtes angenommen wird. [116]) Der Pflicht zum Kostenvorschuss ist der Ausländer, wohne er im In- oder Ausland, gleichermassen unterworfen wie der Schweizer, denn es handelt sich hier um eine allgemeine gesetzliche Voraussetzung für jegliches betreibungsamtliche Einschreiten (Art. 68). Auch Art. 11 der Haager Uebereinkunft von 1896 über Civilprozessrecht findet auf speziell betreibungsrechtliche Massregeln keine Anwendung, schon darum nicht, weil der Vorschuss nicht bloss von Ausländern als solchen oder von nur auswärts Domizilierten erhoben wird, sondern einen regelmässigen Bestandteil jeder Betreibung bildet, und sodann, weil der Betreibende nicht als „Kläger (oder Intervenient)“ anzusehen ist, auch wenn die Betreibung in Erwartung oder als Folge eines Prozesses angehoben worden ist; anders jedoch im Prozess um Rechtsöffnung.

Eine ungleiche Behandlung der Forderungen eines ausländischen Gläubigers (mit Domizil in- oder ausserhalb der Schweiz) ist ausgeschlossen. Bekanntlich war es als Abschwächung der früheren Rechtlosigkeit der Fremden bis ins 18. Jahrhundert hinein üblich, die Ausländer in der Kollokation ihrer Chirographarforderungen an einheimische Schuldner hinter die Einheimischen zurückzusetzen, so dass sie erst zur Berücksichtigung kamen, wenn die Bürger befriedigt waren. [117]) Nachdem dann der Grundsatz der gleichen Behandlung im Konkurs-

---

[116]) Womit aber keine Vertretung bestellt ist; cf. Reichel, das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., S. 66.

[117]) Heusler, in der Zeitschrift für schweiz. Recht, VII S. 200.

recht zu Anfang des 19. Jahrhunderts in einzelnen Verträgen mit deutschen Staaten (Baden, Bayern, Sachsen, Württemberg), denen freilich nicht alle Stände beigetreten waren, ausdrückliche Sanktion gefunden hatte, wurde er 1868, mit Verbindlichkeit für die ganze Schweiz, in den italienischen Niederlassungsvertrag aufgenommen;[118]) im Verhältnis zu Frankreich war er schon im Allianzvertrag von 1803 enthalten und 1828 [119]) erneuert worden. Nun hat aber der Vertrag von 1869 denjenigen von 1828 aufgehoben, soweit er sich auf Gerichtsbarkeit und Urteilsvollstreckung bezieht (Art. 22), ohne jedoch die entsprechende allgemeine Bestimmung über Gleichheit im Konkurs zu reproduzieren, sondern er äussert sich in diesem Sinne nur für den Erlös aus Vermögen, das im andern Lande als dem der Konkurseröffnung gelegen und verwertet worden ist (Art. 6). [120]) Allein der Grundsatz galt doch zu Recht, denn er war schon so sehr konsolidiert, dass er der vertraglichen Garantie nicht mehr bedurfte. Die Verträge mit jenen deutschen Staaten behalten formell ihre Gültigkeit bei; [121]) prinzipiell muss indessen daran festgehalten werden, dass das Fehlen von privilegia odiosa für Ausländer im Konkursrecht keine Folge internationaler Vereinbarungen ist, die Gleichbehandlung steht vielmehr selbständig im internen Recht begründet.

Im Civilprozessrecht hat in internationaler Beziehung von jeher, abgesehen von den Gerichtsstandsnormen, für die Kostenversicherungspflicht und für die Armenrechtserteilung ein besonderes Interesse vorgelegen, das sich namentlich in der ver-

---

[118]) B. Ger. XX S. 825.

[119]) Vertrag vom 18. Juli 1828 „über verschiedene nachbarliche, gerichtliche und polizeiliche Verhältnisse," Repertorium der Abschiede 1815 bis 1848, II S. 907.

[120]) In diesem Sinne ist die Bemerkung in Blumer-Morel, III S. 519 richtig zu stellen; auch spricht sich der Vertrag von 1869 nur über die privilegierten Gläubiger aus.

[121]) Ueber die Frage der Fortdauer Blumer-Morel, III S. 521, Roguin, S. 729 und v. Salis in Reichels Kommentar, S. 253. Der Vertrag mit Baden ist infolge Kündung ausser Kraft getreten, BBl. 1902, III S. 990.

traglichen Normierung dieser Rechtsinstitute äussert. Wir beschäftigen uns hier nur insoweit mit ihnen, als für sie die Nationalität der Beteiligten eine Rolle spielt.

Besteht kein Staatsvertrag, der die Angehörigen eines auswärtigen Staates in der Schweiz von der Verpflichtung befreit, als Kläger dem Staate oder der Gegenpartei für die Prozesskosten Sicherheit zu leisten, so sind die kantonalen und eidgenössischen Prozessordnungen in der Regelung dieses Verhältnisses vollständig frei. In der Tat findet sich diese Kautionspflicht allgemein ausgesprochen, und zwar mit der Androhung der Sistierung aller Prozesshandlungen bis zu ihrer Leistung, wodurch ihr der Charakter einer Prozessvoraussetzung beigelegt ist. Sie kommt in der doppelten Form vor, dass Kaution verlangt wird für die Kosten, die dem Gerichte zu erstatten und die in den Taxordnungen fixiert sind, und für die Aufwendungen, zu denen die Gegenpartei durch den Prozess veranlasst wird; bei den Gerichtskosten kann die Kautionierung obligatorisch sein oder vom Ermessen des Gerichts abhangen, für die Sicherstellung der Parteikosten ist teils Antrag des Gegners nötig, teils wird sie von Amtes wegen verlangt. Die Kautionierung zugunsten des Staates für die Kosten des Gerichts lassen wir beiseite, da sie regelmässig von allen Klägern, ohne Unterschied des Domizils und der Nationalität verlangt werden kann; die bezüglichen Vorschriften sind durch die Verträge über Befreiung von der Prozesskostenkaution (franz. Gerichtsstandsvertrag von 1869, Art. 13, und Haager Uebereinkunft von 1896, Art. 11) nicht aufgehoben worden; Art. 211 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 und Art. 23 des Bundesgesetzes über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850 bleiben deshalb in Kraft, ebenso z. B. § 44 I der Basler Civilprozessordnung. [122]) Durch den Haager Vertrag werden überhaupt nicht betroffen alle diejenigen Kautionen, die nicht mit einem eigentlichen Klageverhältnis zusammenhängen, oder die nicht wegen Aus-

---

[122]) Cf. B. Ger. XXVI, 1. S. 482.

ländereigenschaft und auswärtigen Domizils, sondern aus andern Gründen erhoben werden.[123])

Bezüglich der Personen, die der Kautionspflicht unterworfen sind, existieren in den verschiedenen Staaten mehrere Systeme. Da der Zweck, den man mit der traditionell sog. „cautio judicatum solvi" verfolgt, der ist, dem Beklagten im Falle der Klagabweisung den Ersatz seiner ihm aufgedrungenen Auslagen sicherzustellen und ihm zum wenigsten die Exequierbarkeit des Kostenentscheids am Orte der Verhandlung zu erhalten, so werden nach schweizerischem Recht zur Kautionsleistung nur diejenigen Kläger angehalten, die in dem Kanton des angegangenen Gerichts keinen Wohnsitz haben;[124]) und zwar zählten nach den einen Rechten darunter alle auswärts Domizilierten ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit, also eigene Kantonsbürger, übrige Schweizer und Ausländer,[125]) nach den andern ausschliesslich diejenigen, in deren Heimatstaat (Kanton oder Ausland) kein Gegenrecht gehalten wird.[126]) Neuerdings sind die meisten Kantone[127]) zu einem Konkordat (vom 5./20. November 1903, Amtl. Slg N. F. XIX S. 787) auf Grund des Gegenrechts zusammengetreten, unter dem Druck des unwürdigen Zustandes, der sich für die Schweizer durch die Annahme der Haager Konvention von 1896 seitens der Eidgenossenschaft ergeben hat.[128]) Den Gegensatz hiezu bildet das französische Nationalitätssystem, demzufolge jeder Ausländer, auch der in Frankreich ansässige, der Kautionspflicht unterliegt, wenn nicht spezielle Befreiungsgründe ihn davon

---

[123]) Betreibungs- und Konkursgesetz Art. 273 (Arrest), Basler C. P. O. § 224 (Wechselurteil); Ott, das Arrestverfahren (1900) S. 118.

[124]) Oder beim Bundesgericht . . . . . in der Schweiz . . . . .

[125]) Bundesgesetz vom 22. März 1893, Art. 213, „Bundescivilprozess" Art. 26; Basler C. P. O. § 44 (seit der Revision vom 10. Juli 1902 kombiniert mit Gegenrecht).

[126]) Früher St. Gallen (B. Ger. I S. 372), cf. jetzt Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. XX S. 458.

[127]) Ausgenommen bis jetzt Uri, beide Unterwalden, Freiburg, Solothurn, Appenzell I.-Rh. und Wallis, amtl. Slg n. F. XXI S. 729.

[128]) Cf. Bundesgericht im BBl. 1901 II S. 97. Das Konkordat gilt nur für Schweizerbürger (Art. 1).

dispensieren (Code civil français art. 16). In den schweizerischen Rechten ist also die Ausländereigenschaft von mehr sekundärer Bedeutung, das Domizil ausserhalb des Kantons gibt den Ausschlag, während in Frankreich die ausländische Nationalität als Verpflichtungsgrund gilt.

An diesem Rechtszustande ändert nun die Gleichbehandlungsklausel der Niederlassungsverträge nichts. Die Gestaltung des Prozessrechts ist völlig unabhängig von den Grundsätzen, die das Niederlassungsrecht beherrschen. Wohl ist nach moderner Anschauung der Staat verpflichtet, allen seinen Einwohnern die Möglichkeit zu schaffen, ihre rechtlichen Interessen direkt, ohne Patronisierung, dem behördlichen Schutze zu unterstellen, er muss dies bei der grossen Mischung der Bevölkerung, die der heutige Verkehr hervorruft und unterhält, schon aus Rücksicht auf seine eigenen Angehörigen tun; wenn man die Gleichstellung der Ausländer mit den Bürgern in dieser Hinsicht zwar nicht als durch die Niederlassungsverträge eingeführt, aber doch als von den Kontrahenten vorausgesetzt betrachtet, so ist damit sehr wohl verträglich die andere Ansicht, dass der materielle Aufbau des Prozessrechtes selbst im Einzelnen Vorschriften enthalten darf, die dem Ausländer Leistungen auferlegen, die der Bürger nicht zu praestieren braucht. Denn dadurch wird nicht einer bestimmten Bevölkerungsklasse zum voraus die Justiz verweigert; das Fehlen jeder vexatorischen Absicht geht nicht zum mindesten daraus hervor, dass die Kaution jedem Beklagten, auch dem ausländischen, zu gute kommt. Selbst wenn man die Anwendbarkeit der Gleichbehandlungsklausel auf das Prozessrecht zugeben könnte, [129]) so müsste sie doch bei jenen Rechten cessieren, die dem reinen Domizilprinzip folgen; solche Rechte widersprechen dem Art. 60 der Bundesverfassung nicht und ebensowenig den Niederlassungsverträgen (Seiten 115 und 121).

Auch der in einzelnen Verträgen vorkommenden Garantie des „leichten und freien Zutritts zu den Gerichten“ vermag

---

[129]) Blumer-Morel, III S. 465.

ich keinen Einfluss auf das Recht der Prozesskostenkaution zuzuerkennen, im Gegensatz zu Blumer-Morel.[130]) Abgesehen davon, dass der Wortlaut nicht zur Annahme der von Blumer-Morel gezogenen Konsequenzen zwingt, halten noch andere Erwägungen davon ab, ihm beizustimmen. Italien gegenüber bestand bis vor kurzem eine Uebereinkunft über Armenrechtsbewilligung aus dem Jahre 1882, die u. a. bestimmte, dass im Falle der Erteilung des Armenrechts keine Bürgschaft oder Hinterlage verlangt werden kann; dieser Artikel wäre zum wenigsten überflüssig, wenn Art. 6 des Niederlassungsvertrags von 1868 die Befreiung von der Prozesskostenkaution statuiert haben sollte. Ausserdem müsste man es als eine sonderbare Gesetzgebungspolitik bezeichnen, wenn die Kaution Klägern aus entfernten, z. T. überseeischen Ländern (Anmerkung 107) erlassen, im Verkehr mit Angehörigen der Nachbarstaaten, deren Verträge (Italien ausgenommen) den „leichten Zutritt zu den Gerichten" nicht stipulieren, aber beibehalten würde!

Die Praxis hält sich an die hier entwickelte Anschauung und lehnt die Einwirkung der Niederlassungsverträge auf das Prozessrecht ab.[131])

Ueber das Haftpflichtgesetz und seine einschlägigen Vorschriften wird das Nötige beim Armenrecht erwähnt werden.

Ein Spezialrecht besteht nun aber im Verhältnis zu den folgenden Staaten: Deutsches Reich, Oesterreich-Ungarn, Frankreich, Italien, Belgien, Dänemark, Spanien, Niederlande, Luxemburg, Portugal, Rumänien, Schweden, Norwegen und Russland. Unter diesen wurde am 14. November 1896 im Haag eine Uebereinkunft über Civilprozessrecht abgeschlossen, die auf den 25. Mai 1899 in Kraft getreten ist (schweizerische Genehmigung vom 21. Juni 1898).[132]) Die Angehörigen der

---

[130]) III S. 525.

[131]) Roguin, Conflits, Nr. 773 und Revue der Gerichtspraxis 1886, S. 43 (bei Roguin falsch zitiert).

[132]) Amtl. Slg n. F. XVII S. 179. Inhaltsangabe und Kritik in Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. XIX S. 405, cf. auch schweiz. Juristenzeitung I Nr. 7 (Dr. R. Lang).

Vertragsstaaten sind als Kläger oder Intervenienten in jedem Vertragsstaat von jeglicher Sicherheitsleistung für die Prozesskosten befreit (Seite 152), sofern sie in irgend einem Vertragsstaate ihren Wohnsitz haben; die Exemtion gilt aber nur für diejenigen Kautionen, die den Ausländern als solchen oder überhaupt allen auswärts Domizilierten auferlegt sind; das Korrelat soll die prompte Vollstreckbarkeit des Kostenentscheides im Wohnsitzstaate des Klägers sein (Art. 11—13 und Zusatzprotokoll).[133]) Diese Normierung stellt sich als eine Kombination des Domizilsystems mit dem Nationalitätssystem dar: nicht jeder Angehörige eines Unionsstaates kann im Unionsgebiet Kautionsfreiheit ansprechen, sondern nur derjenige, der zugleich in irgend einem Unionsstaate seinen Wohnsitz hat; und nicht jeder Einwohner eines Unionsstaates kann sich im Unionsgebiet auf die Uebereinkunft berufen, sondern nur der Angehörige eines Unionsstaates. Bürgerrecht und Wohnsitz in den Vertragsstaaten ergänzen sich hier derart, dass die Uebereinkunft nur unter der Voraussetzung des Zusammentreffens beider Momente anwendbar wird.

Für die Schweiz ergibt sich die Konsequenz, dass die kantonalen Bestimmungen, soweit sie Widersprechendes enthalten, aufgehoben sind — ob im Einklang mit der Bundesverfassung, kann hier dahingestellt bleiben. Nach aussen gilt hiebei die Schweiz als Einheit, sie allein ist „Vertragsstaat", nicht der Kanton; infolgedessen kann nicht im Kanton A von dem im Kanton B wohnenden Bürger eines Unionsstaates die Kaution begehrt werden.[134]) Soweit dagegen Schweizerbürger im Ausland oder in einem andern Kanton als dem der Prozessführung in Betracht kommen, findet die Uebereinkunft direkt keine Anwendung; hierin sind die Kantone souverän geblieben, soweit sie sich nicht dem Konkordate von 1903 angeschlossen haben.[135]) Auch das eidgenössische Civilprozessrecht muss

---

[133]) Wie schlecht mit dieser Forderung die Praxis harmoniert, zeigen die in der vorigen Note zitierten Aeusserungen von Praktikern.

[134]) B. Ger. XXVI 1 S. 483 und BBl. 1901 II S. 97.

[135]) Revue der Gerichtspraxis XIX Nr. 26.

sich den Vorschriften des Haager Uebereinkommens anpassen.[136])

Gegenüber Franzosen wurde früher ein anderes Recht geübt; der Vertrag von 1869 stipulierte in Art. 13 die gewöhnliche Gleichbehandlung in dieser Materie mit den Schweizern anderer Kantone. Deshalb waren die Kantone mit Domizilsystem in der Lage, auch von Franzosen die Kaution zu fordern, wenn sie ausserhalb des Kantons ihren Wohnsitz hatten.[137])

Unter der Mehrzahl der Staaten der Haager Uebereinkunft (ausgenommen Dänemark, Schweden, Norwegen, Spanien, Portugal und Rumänien) war seit 1890 in Prozessen über internationales Frachtrecht die Sicherstellung für Prozesskosten wegbedungen worden.[138])

Die Erteilung des „Armenrechts" (assistance judiciaire gratuite) an Ausländer steht prinzipiell auf den gleichen Grundlagen wie das Recht der Prozesskostenkaution. Gleich diesem ist der Erlass von Gebühren und Kosten und die Gewährung unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Falle der Armut ein Teil des Prozessrechtes und wird deshalb durch die Niederlassungsverträge nicht berührt.[139]) Bedürfte dies nach dem Vorangeschickten noch eines besonderen Beweises, so kann auf die Tatsache hingewiesen werden, dass mehrere Staaten, mit denen die Eidgenossenschaft Niederlassungsverträge geschlossen hat, es für nötig befunden hatten, über das Armenrecht spezielle Vereinbarungen zu treffen.[140])

---

[136]) Wie steht es mit der Kautionsleistung von ausser der Schweiz domizilierten Schweizern, die an das Bundesgericht gelangen? Weder der Haager Vertrag noch das Konkordat trifft zu, Organisationsgesetz Art. 213 bleibt in Kraft.

[137]) Roguin, Conflits, pag. 856; B. Ger. I S. 372.

[138]) Internationales Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890, Amtl. Slg n. F. XIII S. 61.

[139]) BBl. 1893 II S. 17.

[140]) Die Staaten der Haager Konvention, und früher schon Italien (8. Nov. 1882; auf den 13. Okt. 1901 gekündet), Frankreich (Gerichtsstandsvertrag von 1869, Art. 14), Oesterreich-Ungarn (8. Jan 1884) und Belgien (9. Sept. 1886).

Die Vorenthaltung des Armenrechts gegenüber Nichtbürgern durch den Gesetzgeber ist keine Justizverweigerung in dem Sinne, dass gegen das Gebot, auch für den Ausländer das Richteramt auszuüben, verstossen würde. Denn die Inanspruchnahme des Gerichts, die Rechtsgültigkeit der Prozesshandlungen ist dadurch dem Ausländer nicht von schwierigeren Voraussetzungen abhängig gemacht als dem Schweizer; es wird nur ein „Akt besonderer Fürsorge" unterlassen, den der Staat nicht ohne weiteres jedem Fremden schuldet. [141]) Wenn die Prozessgesetze das Institut des Armenrechts vorsehen, so ist damit nicht die Pflicht für die Gerichte ausgesprochen, das beneficium auch Ausländern zukommen zu lassen; andererseits muss aber auch angenommen werden, dass die Erteilung des Armenrechts an Ausländer das Gesetz nicht verletzt, der Entscheid kann dem Gerichte überlassen bleiben (Organisation der Bundesrechtspflege, Art. 212). Nun hat das Bundesgesetz vom 26. April 1887 in Art. 6 die Kantone verpflichtet, bedürftigen Personen, die auf Grund des Eisenbahn- oder Gewerbehaftpflichtgesetzes Klage erheben, auf Verlangen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu verschaffen und gerichtliche Kosten (sowie Kautionen) zu erlassen. Sollte diese Anordnung sich auf die schweizerischen Kläger beschränken, so ist zu vermuten, dass das Gesetz dies ausdrücklich verfügt hätte, da ja, wie vorauszusehen war, ein grosser Teil der berechtigten Personen aus Ausländern besteht. Die Praxis hat sich denn auch, ohne immer auf die Staatsverträge abzustellen, im Sinne der Geltung für Ausländer gestaltet. [142])

Dieses Resultat ist nun durch den Abschluss des Haager Uebereinkommens verallgemeinert worden. Es bezieht sich im Unterschied zu einem Separatvertrag mit Oesterreich [143]) nur auf das Armenrecht im Civil-, [144]) nicht im Strafprozess,

---

[141]) B. Ger. XVI S. 331, Rivier, Lehrbuch des Völkerrechtes, 1. Aufl., S. 201.

[142]) v. Salis, V Nr. 2319, BBl. 1902 I S. 292.

[143]) Siehe Note 140; Blumer-Morel, III S. 529.

[144]) Es ist dies zwar nicht unmittelbar aus dem Text des Art. 14 zu entnehmen, aber in Verbindung mit der Ingressformel: „. . . . . se rapportant à la procédure civile."

und statuiert hiefür Gleichbehandlung mit den Nationalen, greift also in dieser Materie nicht so direkt in das Landesrecht ein, wie bei der Prozesskostenkaution.

Für die Erteilung des Armenrechts hat es keinen Einfluss, ob der Antragsteller sich im Prozessstaate aufhält oder in einem dritten (auch Nicht-Unions-) Staate (Art. 15, II). Für den Inhalt und die materiellen Voraussetzungen des Instituts selbst ist das Landesrecht massgebend; die Uebereinkunft hat nur insofern eingegriffen, als sie den Kreis der berechtigten Personen erweiterte und die Verweigerung wegen der Ausländerqualität des Petenten untersagte. Der deutsche Sprachgebrauch begreift unter Armenrecht den Erlass (oder die Stundung) von Gerichts- und Prozesskosten und von der Kaution für diese und zugleich die Gewährung unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Basler C. P. O. § 173, 174, deutsche R. C. P. O. § 115); ob die Haager Uebereinkunft unter diesem Titel, nach dem französischen Originaltext, nur die letztgenannte Unterstützungsart vorsieht, ist direkt nicht ersichtlich,[145]) bleibt auch ohne Bedeutung, da das Materielle dem Landesrecht überlassen ist, und da ohnehin die Befreiung von der Prozesskostenkaution unter den Unionsstaaten Rechtens geworden ist. Nach zwei Richtungen wäre jedoch eine Divergenz möglich: einmal erstreckt sich die Wirksamkeit der Uebereinkunft nicht auf die Kaution für die Gerichtskosten, so dass hier das interne Recht seine Selbständigkeit behält; und dasselbe muss angenommen werden für den Fall, dass ein Bürger eines Unionsstaates aus einem dritten Staat nun das Armenrecht in einem Unionsstaat nachsucht, denn hier cessiert die vertragliche Pflicht zur Befreiung von der Kaution (Seite 156), nicht aber die zur Gewährung des Armenrechts.

Die Stellung des Ausländers als Beklagten weist heute keine prinzipielle Besonderheit auf, sie ist im allgemeinen die gleiche, wie die des Inländers. Dieser Grundsatz hat zufällig im schweizerischen Recht eine spezielle Bedeutung erhalten

---

[145]) Die Ansichten über das französische Recht sind geteilt, Pandectes françaises IX S. 237.

durch die besondere Sanktion, mit der er bedacht ist. Infolge einer eigenartigen historischen Entwicklung ist ein theoretisch rein prozessualer Rechtssatz zu einem wichtigen Verfassungsprinzip erhoben worden: ich meine den Gerichtsstand des Wohnortes des Beklagten für persönliche Ansprüche und Art. 59 der B.V. Obwohl der Sache nach eine blosse Norm über die Kompetenz der Civilgerichte, hat er doch einen rechtspolitischen Anstrich bekommen, vielleicht gerade auch wegen seiner eminenten Wichtigkeit für das tägliche Rechtsleben in einem Bundesstaate mit zahlreichen selbständigen Justizhoheiten.[146])

Auch die Lehre vom Gerichtsstand des Wohnortes berühren wir hier nur insoweit, als der Nationalitätsunterschied dazu Anlass bietet.

Aus dem Recht der alten Bünde und dem Konkordat von 1804/1818 hatte die B. V. von 1848 in erweiterter Fassung das Prinzip aufgenommen, dass der aufrecht stehende schweizerische Schuldner, der einen festen Wohnsitz hat, für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden muss, und daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen kein Arrest gelegt werden darf ausser dem Kanton, in dem er wohnt. Die Einschränkung der kantonalen Gesetzgebung in Sachen der Gerichtskompetenz geschah also nur zugunsten von Schweizerbürgern des Inlandes; daraus ergibt sich der Schluss, dass das kantonale Recht selbständig geblieben war, soweit es ausländische Beklagte betraf. Es war somit bundesrechtlich kein Hindernis vorhanden gegen eine ungleiche Behandlung des Ausländers sowohl innerhalb desselben Kantons als auch im Verhältnis von Kanton zu Kanton; er konnte keine Einwendung gegen die Kompetenz des Gerichtes erheben, wenn er gemäss dem kantonalen Recht für persönliche Ansprüche vor einem andern als einem Gerichte seines Wohnsitzkantons beklagt wurde, er musste es namentlich dulden, dass auf seine Vermögensstücke, wo immer sie waren, Arrest gelegt wurde.[147]) Nach der

---

[146]) Heusler, Zeitschrift für schweiz. Recht XXI S. 82.

[147]) BBl. 1872 II S. 827.

Praxis des Bundesrates änderte sich aber die Stellung der Ausländer, wenn mit deren Heimatstaaten ein Staatsvertrag über Gleichbehandlung im Niederlassungsrecht geschlossen worden war; in diesem Falle wurde angenommen, dass Art. 50 (1848) ohne weiteres auf die Angehörigen des Vertragsstaates beim Zutreffen der übrigen Voraussetzungen anwendbar sei; [148]) ein Vertrag, der sich speziell auf prozessuale Verhältnisse der beiderseitigen Angehörigen bezog, bestand damals nur gegenüber Frankreich (zuerst vom Jahre 1828, dann 1869), daneben waren in einzelnen Niederlassungsverträgen Bestimmungen über das Forum in Erbschaftssachen getroffen (Vereinigte Staaten von Amerika, Italien etc.).

Die Nationalisierung des Gerichtsstandes des Wohnortes wurde nun aber bei der Revision der B. V. 1874, allerdings erst in einem spätern Stadium der Beratung, teilweise beseitigt; [149]) denn der neue Art. 59 enthält die Einschränkung auf schweizerische Schuldner nicht mehr, sondern spricht allgemein vom „aufrechtstehenden Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat", so dass nun auch generell dem Ausländer das forum domicilii gesichert ist; [150]) andererseits wurde aber doch vorbehalten, für Ausländer durch Staatsverträge ein Sonderrecht zu schaffen.

Das Verhältnis von Absatz 1 zu Absatz 2 des Art. 59 ist das der lex generalis zur lex specialis, und nicht dahin aufzufassen, dass es eines besonderen Niederlassungs- oder Prozessrechtsvertrags bedürfte, damit auch der Ausländer die bundesrechtliche Garantie des forum domicilii für sich in Anspruch nehmen kann.

Es ist im Gegenteil unter der Führung des Bundesgerichts auf diesem Gebiete die prinzipielle Indifferenz zwischen

---

[148]) BBl. 1868 II S. 467; Roguin, Conflits, S. 492.

[149]) Blumer-Morel, I S. 526.

[150]) Gegen diese Schlussfolgerung aus der bewusst vorgenommenen Redaktionsänderung erhebt sich meines Wissens allein Schollenberger, Bundesstaatsrecht der Schweiz (1902) S. 208, jedoch mit einer unverständlichen Argumentation; die Behauptung des Textes und der Inhalt der Note schliessen einander direkt aus!

internem Prozessrecht und den Niederlassungsverträgen erkannt und respektiert worden. Leider ist diese Erkenntnis fast nur auf diese Materie beschränkt geblieben. Bevor aber auf diese Frage näher eingetreten wird, sollen die übrigen fremdenrechtlich bedeutsamen Konsequenzen des Art. 59 aufgeführt werden.

Der ausländische Beklagte, der sich auf Art. 59 berufen will, muss in seiner Person allen Erfordernissen genügen, die der Artikel aufgestellt hat, und zwar geschieht die Beurteilung nach den Kriterien des schweizerischen, nicht des ausländischen Rechts;[151]) erfüllt er in seiner Person die Bedingungen des Art. 59, so steht er unter dessen Schutz gleichermassen wie der Schweizer.[152])

In erster Linie muss er in der Schweiz einen „festen Wohnsitz" begründet haben. Da der Wohnsitzbegriff im Civilrecht seine Ausbildung erfahren hat, so bildet das polizeilich bewilligte Verweilen an einem Orte in der Form der Niederlassung an sich keinen wesentlichen Bestandteil desselben; mithin kommt es zur Begründung eines Wohnsitzes nicht auf die Erfüllung der in den Niederlassungsverträgen vorgesehenen Formalitäten an; sie kann vielmehr bloss soweit relevant werden, als sie ein Argument für das Vorhandensein eines der konstitutiven Elemente des Wohnsitzbegriffes abgibt (tatsächlicher Aufenthalt und Absicht dauernden Verbleibens).[153]) Infolge dieser sekundären Bedeutung jener Tatbestände des Niederlassungsrechts ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Ausländer, der nach Vertragsrecht keinen Anspruch auf Gewährung des Aufenthalts hat, sich mit vollem Rechte auf Art. 59 berufen und zu dessen Schutz den staatsrechtlichen Rekurs ergreifen kann. Gleich wie die Gleichbehandlungsklauseln der Niederlassungsverträge auf die Anwendbarkeit des Art. 59 ohne Einfluss sind, ebensowenig kann umgekehrt die Garantie des Art. 59 denjenigen Ausländern verweigert werden, die

---

[151]) B. Ger. I S. 121.

[152]) Z. B. B. Ger. XIV S. 524.

[153]) Heusler, Zeitschrift für schweiz. Recht XXI S. 76, Roguin, Conflits, pag. 518, Blumer-Morel, I S. 547.

zwar den Erfordernissen der Niederlassungsverträge nicht Genüge geleistet haben, trotzdem aber die Voraussetzungen des Art. 59 erfüllen, wie das namentlich bei Asylisten zutreffen wird.

Der Wohnsitz in der Schweiz bedingt die Entstehung des Anspruchs auf Einklagung persönlicher Forderungen beim Richter des Wohnorts, dagegen ist er keine Voraussetzung des Rekurses wegen Verletzung dieses Anspruchs, so dass der ausländische Beklagte selbst vom Ausland aus sein Recht auf das forum domicilii verteidigen kann, wenn er nur zur Zeit, als die angefochtene Klage oder Arrestanlegung bei der unzuständigen Behörde erfolgte, in der Schweiz domiziliert gewesen war. Die damalige Kompetenz bleibt bestehen und konvalesziert nicht, auch wenn durch nachträglich eingetretene Umstände gegenwärtig ein Domizil in der Schweiz nicht mehr existiert (das Prozessdomizil fällt ausser Betracht). Gegen die Wiederholung derselben Massregel nach der nunmehr erfolgten Aufgabe des schweizerischen Domizils ist er dagegen nicht mehr geschützt.

Hat der Ausländer kein Domizil in der Schweiz, so kann von jedem Kläger wegen persönlicher Forderungen da eine Klage gegen ihn angebracht werden, wo es das massgebende interne Recht erlaubt oder verlangt, also auch bei einem andern Gericht als dem des bisherigen oder des auswärtigen Domizils, etwa am schweizerischen forum contractus. In diesem Falle cessiert die Wirksamkeit des Art. 59 wie für Schweizer so für Ausländer.[154]) Eine Ausnahme hievon statuiert im Sinne des zweiten Absatzes von Art. 59 allein der Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich,[155]) indem ein Franzose, der in Frankreich wohnt, in den in Art. 1 des Vertrags aufgeführten Fällen von einem Schweizer nur vor dem Gerichte seines französischen Domizils beklagt werden kann; diese Ausnahme gilt aber einzig beim Zusammentreffen der drei Faktoren: Kläger Schweizer (in der Schweiz), Beklagter Franzose, Do-

---

[154]) B. Ger. IV S. 629, VIII S. 30.

[155]) Der Vertrag hat keine Gültigkeit mehr für die an das Deutsche Reich abgetretenen Gebiete von Elsass und Lothringen, v. Salis, II Nr. 446.

mizil des Beklagten in Frankreich.[156]) Ist der Kläger ein Ausländer, der Beklagte Franzose, sogar mit Wohnsitz in Frankreich, so findet der Vertrag keine Anwendung und die Regel tritt wieder in Kraft;[157]) ebenso, wenn der Franzose ausserhalb der Schweiz und Frankreichs wohnhaft ist. In jener ersten Beziehung besteht also für den ausländischen Kläger in der Schweiz eine Bequemlichkeit der Rechtsverfolgung gegen Franzosen, von der der Schweizer selbst ausgeschlossen ist.[158])

Ist der Ausländer mit auswärtigem Domizil, abgesehen von den erwähnten Ausnahmen, gegen eine Klagerhebung (und Arrestierung) in der Schweiz nicht geschützt, so kann andererseits das Prinzip des Art. 59 nicht umgangen werden durch das Mittel eines im Auslande erwirkten Urteils mit nachfolgendem Gesuch um Vollstreckbarerklärung in der Schweiz zu Ungunsten eines in der Schweiz wohnhaften solventen Schuldners. Die erst in neuerer Zeit erfolgte Ablehnung[159]) dieses Versuchs, die Grundsätze des internen Rechtes durch Anrufung auswärtiger Justiz zu umgehen, kommt auch dem Ausländer zu gute, der den Bedingungen des Art. 59 genügt.[160])

Die Rechtsnatur der Verfassungsbestimmung in Art. 59 bleibt eben die gleiche für Ausländer wie für Schweizer: sie ist eine Kollisionsnorm zum Zwecke, die Justizhoheiten der Kantone untereinander abzugrenzen. Infolgedessen lässt sie das interne Prozessrecht insoweit intakt, als dieses mit innerkantonaler Verbindlichkeit Gerichtsstandsnormen aufstellt.[161]) Auch der Ausländer kann sich daher nicht mit Berufung auf Art. 59 gegen eine Klage wehren, die zwar innerhalb seines

---

[156]) Ueber den Gerichtsstand des Vertrages cf. Art. 1 Absatz II (des französischen Originaltextes).

[157]) B. Ger. VII S. 79: Kläger in Genf domizilierter Engländer, Beklagter in Paris wohnhafter Franzose, Klagerhebung in Genf geschützt.

[158]) Roguin, Conflits, pag. 622.

[159]) B. Ger. XXV 1. S. 89 (Espanet c. Sève), auch XXVI 1. S. 441 gegenüber IV S. 229 (Kobelt); Böhms Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht 1901 (XI) S. 137.

[160]) Im oben zuerst zitierten Prozess klagte ein Franzose in Marseille gegen einen Franzosen in Biel.

[161]) B. Ger. I S. 126, II S. 40.

Wohnsitzkantons, aber nicht in seinem Domizilbezirk auf Grund des kantonalen Rechts erhoben wird; hingegen muss der Franzose in der ganzen Schweiz von einem schweizerischen Kläger ausschliesslich vor dem Richter seines Domizilortes gesucht werden, es sei denn, dass ausnahmsweise das forum contractus nach Art. 1 Absatz II des Gerichtsstandsvertrags zulässig wäre.

Eine der wichtigsten Konsequenzen des Prinzips spricht Art. 59 selbst aus, nämlich, dass ausserhalb des Wohnsitzkantons kein Arrest auf das Vermögen des solventen Schuldners gelegt werden darf; im Sinne der vorangegangenen Ausführungen bezieht sich dieses Arrestverbot auch auf die ansässigen Ausländer.[162]) Der Verfassungsgrundsatz ist jetzt durch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Titel VIII) im Einzelnen durchgeführt worden; er erfuhr dabei insofern eine Erweiterung, als nun auch im innerkantonalen Verhältnis ein Arrest nur nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes ausgebracht werden kann.[163]) Das Gesetz behandelt in allen Teilen des Arrestrechts den Ausländer nicht anders als den Schweizer; der sogen. „Ausländerarrest," nämlich der Arrestgrund des Art. 271 Ziffer 4, richtet sich nicht gegen den Ausländer als solchen, sondern einzig gegen den ausserhalb der Schweiz wohnhaften Schuldner, ohne Unterschied der Nationalität. Dass im Auslande wohnende Ausländer sich nicht mit Berufung auf Niederlassungsverträge gegen Arrestlegungen in der Schweiz beschweren können, braucht nicht besonders widerlegt zu werden;[164]) ob jedoch Franzosen mit Domizil in Frankreich durch den Vertrag von 1869 gegen einen von einem Schweizer nachgesuchten Arrest geschützt sind, ist streitig. Ich halte die negative Lösung für richtig, da der Gerichtsstandsvertrag nur „contestations en matière mobilière et personnelle" im Auge hat und die provisorischen Sicherungsmassregeln ohne end-

---

[162]) Z. B. B. Ger. I S. 226, II S. 65, IV S. 29, VI S. 360, XIII S. 386.

[163]) Ueber Arrest und staatsrechtlichen Rekurs aus Art. 59, cf. B.Ger. XXIX 1. S. 484.

[164]) B. Ger. IV S. 408, Erw. 3.

gültige Sachentscheidung übergeht;[165]) freilich wird diese Ansicht vom Bundesgericht missbilligt, das auch in neuerer Zeit das Gegenteil gegenüber einem Urteil des Basler Appellationsgerichts aufrecht erhalten hat.[166]) Die Ausnahme fällt jedoch dahin, wenn entweder der Arrestimpetrant kein Schweizer ist oder der französische Schuldner nicht in Frankreich wohnt; auch in diesem Fall bleibt dem schweizerischen Gläubiger ein Mittel der Rechtsverfolgung versagt, dessen sich der ausländische bedienen kann.

Nachdem nun die fremdenrechtliche Seite des Art. 59 erörtert worden ist, kommen wir auf das Seite 161 berührte Verhältnis zwischen Art. 59 und den Niederlassungsverträgen zurück. In dieser Hinsicht ist dem Prinzip des Art. 59 die Aufnahme in die B. V. und die Art der Formulierung verhängnisvoll geworden und hat Anlass zu Missverständnissen gegeben.

Die Vorschrift, dass die Ausländer den Schweizern gleich zu halten seien in „allen den Aufenthalt und die Niederlassung beschlagenden Bedingungen“ (Staatsvertrag mit Baden von 1863), wurde unter der Bundesverfassung von 1848 auf den damaligen Art. 50 angewendet, und dadurch die Garantie des forum domicilii den in der Schweiz wohnhaften Angehörigen von Vertragsstaaten gewährt, deren Verträge die Gleichbehandlung nur auf das Niederlassungswesen bezogen; eine Begründung dieser Praxis wird nicht gegeben, so überzeugt war man von deren Richtigkeit.[167]) Ich vermute, dass die Formulierung des Rechtssatzes als eines „verfassungsmässigen Rechtes“ und die noch nicht genügend erkannte Scheidung zwischen dem Begriffe der Niederlassung und dem des Wohnsitzes[168]) die Verwechslung hervorgerufen hat. Auch noch unter der Herrschaft des neuen Art. 59, wo doch praktisch kaum mehr ein Anlass dazu vorhanden ist, taucht die alte Anschauung in Rechtsschriften zuweilen auf, es wurde sogar

---

[165]) Roguin, Conflits, pag. 840 ff., Ott, Arrestverfahren S. 118, dagegen Reichel, Kommentar, zu Art. 271, Note 12.

[166]) B. Ger. XXVI 1. S. 84.

[167]) BBl. 1868 II S. 467, Roguin, Conflits, S. 492.

[168]) Fall Favre-Butlar bei Roguin S. 520.

schon der Satz verfochten, dass auf Grund eines Niederlassungsvertrages der im Ausland wohnende Ausländer in der Schweiz gemäss Art. 59 geschützt werden müsse![169]) Dem gegenüber hat jedoch das Bundesgericht die richtige Theorie zur Geltung gebracht, und es abgelehnt, den Gleichbehandlungsklauseln Einfluss auf das Prozessrecht einzuräumen: „durch den Niederlassungsvertrag wurden nur die Bedingungen zur Niederlassung der Angehörigen des einen Vertragsstaates im Gebiet des andern geregelt, keineswegs aber enthält derselbe in das nationale Recht eingreifende Vereinbarungen über den Gerichtsstand; und von einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung könnte deshalb nicht gesprochen werden, weil sich auf Art. 59 der B. V. auch ein im Auslande wohnender Schweizer nicht berufen kann.“ [170]) Es erscheint aber überhaupt als unzulässig, in diesem Zusammenhange von vertragsgemässer Gleichbehandlung zu reden; denn wenn das Prozessrecht nicht zu den Vertragsmaterien gehört, so kann es auch nicht bei der Anwendung auf Ausländer dem Erstreckungsmodus der Verträge unterliegen.

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, als ob hie und da das Bundesgericht den unrichtigen Rechtsdarlegungen der Parteien zu weit nachgegeben habe, wenn es z. B. die „Aktivlegitimation“ eines Italieners zur Anfechtung eines Arrestes neben Art. 59 auch auf Art. 1 und 6 des Niederlassungsvertrages gründet (Gleichbehandlung und Zutritt zu den Gerichten), oder wenn es einem Deutschen den Schutz des Art. 59 zubilligt, „obwohl der Niederlassungsvertrag von 1876 erst nach der Arrestlegung in Kraft getreten ist.“ [171]) Mit Recht wurde dagegen auf unsere Vertragsbeziehungen zu Frankreich hingewiesen, wo neben dem Niederlassungsvertrag eine spezielle Vereinbarung über gemeinsames Gerichtsstandsrecht besteht, die unter Ausschluss des Niederlassungsvertrags allein diese Materie regelt. [172])

---

[169]) B. Ger. IV S. 629, IV S. 29.

[170]) B. Ger. XXIII 1. S. 30.

[171]) B. Ger. XXVI 1. S. 55; IV S. 29.

[172]) B. Ger. IV S. 408, Erw. 2.

Anerkennt man die Einwirkung der Niederlassungsverträge auf die Anwendbarkeit des Art. 59, so müsste aus einer Kündigung des Vertrags das Wegfallen der Garantie des forum domicilii für die ansässigen Angehörigen jenes Staates folgen, während doch re vera auch die Bürger eines vertragslosen Staates seinen Schutz geniessen.

Das Exekutionsmittel des Schuldverhaftes ist durch eine Vorschrift der B. V. (Art. 59 III) verboten worden. Die Personalhaft darf überhaupt nicht, also auch nicht über Ausländer verhängt werden, und es muss deshalb der Art. 17 des Haager Uebereinkommens von 1896, soweit es sich um dessen Durchführung in der Schweiz handelt, als längst überholt bezeichnet werden.

b) Strafverfahren.

Auf dem Gebiete des strafrechtlichen Schutzes lässt sich die gleiche Erscheinung konstatieren, wie wir sie beim civilen Rechtsschutz getroffen haben: im Prinzip Indifferenz für Unterschiede in der Nationalität, sei es des Trägers des verletzten Rechtsguts, sei es des Verbrechers.

Ein Delikt, das in der Schweiz begangen worden ist, wird nach dem massgebenden eidgenössischen oder kantonalen Strafrecht verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob das verletzte Rechtsgut einem Ausländer oder einem Schweizer gehörte. Diese Konsequenz ergibt sich unmittelbar aus der Zweckbestimmung des Strafrechts.

Inwiefern der Aufenthalt des Verletzten im Ausland für die Bestrafung des Delikts in der Schweiz wesentlich ist, hängt davon ab, ob das anzuwendende Strafgesetz das Verbrechen als in der Schweiz begangen betrachtet. Doch auch hier findet keine Abweichung von der Regel statt, wenn der Träger des Rechtsguts ausländischer Nationalität ist.

Der gleiche, aber nicht ein besserer Schutz ist den Interessen des Ausländers gewährt; infolgedessen geniessen sie desselben nur in dem Masse, als sie vom einheimischen Recht als schutzbedürftig anerkannt werden. Die Umschreibung des Deliktstatbestandes und die Art der Bestrafung richten sich

dabei allein nach den Anschauungen und Bedürfnissen des Inlandes, und es hat kein Fremder, wohne er in der Schweiz oder auswärts, den Anspruch, dass die Verletzung seiner Rechtsgüter in dem Umfange und Grade geahndet werde, wie wenn sie der Beurteilung seiner heimatlichen Gerichte unterstellt wäre.

Dies gilt speziell für ausländische Unternehmungen (Verkehrsanstalten) und ausländische Beamte auf schweizerischem Gebiet: so wie ihr Betrieb und ihre Funktionen nur auf Grund der Einwilligung schweizerischer Behörden zugelassen werden, so äussert sich die Territorialhoheit auch darin, dass die gegen jene Anstalten und Personen verübten Delikte (Eisenbahngefährdung, Widerstand gegen amtliche Verfügungen, Beamtenbeleidigung) nach inländischem Strafrecht (durch inländische Gerichte) beurteilt werden, es sei denn durch besondere Vereinbarung das ausländische Recht in bestimmten Grenzen anerkannt worden.[173]) Innerhalb der dem ausländischen Recht zugestandenen Verbindlichkeit ist den hiefür bestimmten ausländischen Behörden und Beamten zu dessen Ausführung der landesübliche Beistand durch Präventiv- und Repressivmassnahmen zu gewähren; den ausländischen Beamten steht, soweit sie zu Amtshandlungen auf schweizerischem Boden gültig autorisiert sind, der erhöhte Strafschutz zur Seite, den die einzelnen Strafgesetze für den Fall von Aufruhr, Widersetzlichkeit u. a. kennen.

Aehnlichen strafrechtlichen Schutz lässt das schweizerische Recht den ausländischen Staaten als solchen zukommen, indem es einzelne Delikte, die auf schweizerischem Gebiete gegen ein fremdes Volk, ein fremdes Gebiet und gegen Organe

---

[173]) Z. B. Vertrag zwischen der Eidgenossenschaft und dem Grossherzogtum Baden betr. die Weiterführung der badischen Eisenbahnen über schweizerisches Gebiet vom 27. Juli/11. August 1852, Basler Gesetzessammlung, Gesamtausgabe (Bd I—XX) S. 22 ff., Art. 9, 23—25; oder Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Italien über den Zolldienst in den internationalen Bahnhöfen Chiasso und Luino, vom 15. Dezember 1882, amtl. Slg n. F. VII S. 193, Art. 5, 9, 10.

fremder Staaten begangen werden, mit Strafe belegt.[174]) Auch hier handelt es sich nicht um Bestrafung nach Massgabe des einschlägigen ausländischen Rechts oder um Auslieferung des Täters an den angegriffenen Staat, sondern es wird wie im Falle des geduldeten ausländischen Beamten die Verfolgung kraft internen Rechtes vorgenommen, jedoch mit dem bedeutsamen Unterschiede, dass prinzipiell keine Gleichstellung mit den entsprechenden inländischen Rechtsgütern stattfindet. Denn einerseits wird ausser dem allgemeinen Erfordernis, dass die Voruntersuchung durch Beschluss des Bundesrates angeordnet werden muss, für „Verletzung fremden Gebietes" und andere „völkerrechtswidrige Handlungen" ein erheblich geringeres Strafmass aufgestellt als für die gleichen, aber gegen die Schweiz gerichteten Delikte, und andrerseits ist bei „öffentlicher Beschimpfung eines fremden Volkes, oder seines Souveräns, oder einer fremden Regierung" die Verfolgung davon abhängig gemacht, dass zugleich mit dem Antrag die Erklärung des Gegenrechts zugunsten der Eidgenossenschaft abgegeben werde.[175]) Die administrative Ausweisung eines Ausländers, der von der Schweiz aus gegen andere Staaten Handlungen solcher Art begeht, dass „die äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährdet" wird, kann unter Umständen wenn auch nicht als Schutzmassregel so doch als eine Genugtuung für den fremden Staat aufgefasst werden, obgleich das Motiv dieser Ausweisungen in der Sorge für die eigene Wohlfahrt zu suchen ist (B. V. Art. 70).

Der Ausländer, der in der Schweiz ein Delikt begangen hat, unterliegt der schweizerischen Strafgerichtsbarkeit wie ein Inländer.[176]) So wenig wie von der Staatsangehörigkeit

---

[174]) Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht der schweiz. Eidgenossenschaft vom 4. Februar 1853, Art. 41—44 in Verbindung mit Art. 1.

[175]) Bundesstrafrecht Art. 41 (39) und 42. BBl. 1902 II S. 841.

[176]) Während die meisten Gesetze ihren Geltungskreis sachlich bezeichnen („Verbrechen"), verwendet der Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch Art. 3 § 1 die persönliche Umschreibung: „nach den Bestimmungen dieses Gesetzes wird bestraft, wer in der Schweiz ein Verbrechen begangen hat . . . . ."

des Beschädigten ist das jus puniendi des Staates von derjenigen des Täters abhängig. Wenn die Voraussetzungen, unter denen die Strafgewalt einschreiten darf, in der Person eines Ausländers zutreffen, so nimmt das Strafverfahren seinen Gang, ohne dass die fremde Nationalität des Beschuldigten einen Einfluss darauf hätte, und auch das materielle Recht kann kein anderes als das einheimische sein. Es findet also eine Gleichstellung mit den Schweizerbürgern statt hinsichtlich der Verbrechenstatbestände, überhaupt aller Voraussetzungen zur Entstehung des staatlichen Strafanspruches; bei genauer Betrachtung muss sogar der Gesichtspunkt der „Gleichstellung" gänzlich ausgemerzt werden, und es entspricht der prinzipiellen Grundlage des Strafrechts besser, von einer Scheidung der Verbrecher nach ihrer Nationalität abzusehen; denn bei den gesetzgeberischen Erwägungen, welche Rechtsgüterverletzungen als besonders gefährlich mit öffentlicher Strafe zu belegen seien, kommt den Nationalitätsunterschieden der Täter keine Bedeutung zu. An der Richtigkeit dieser Auffassung ändert der Umstand nichts, dass der Ausländer gewisse Delikte, wie die reinen Militärverbrechen gar nicht begehen kann;[177]) denn er ist aus Gründen, die dem Strafrecht fern liegen, unfähig, die Eigenschaft zu erlangen, die eine der Voraussetzungen jener Delikte bildet.

Eine Verschiedenheit gegenüber den Schweizerbürgern existiert nur im Strafensystem, und auch hier bloss, soweit kantonale Jurisdiktion und kantonales Recht in Betracht kommen. Die kantonalen Strafgesetze sehen nämlich in ihrer Mehrzahl die Strafe der Landesverweisung vor, die teils als Haupt-, teils als Nebenstrafe verhängt werden kann; bei welchen Delikten auf Verweisung erkannt werden soll, wird

---

[177]) Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass ein Ausländer der schweizerischen Militärgerichtsbarkeit untersteht für solche militärische Delikte, die nicht durch die Wehrpflicht bedingt sind, cf. schweiz. Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889, Art. 1, Ziff. 6—11; Albert Schneider, Justizoberst, die Zuständigkeit der militärischen Gerichte in der Schweiz (Beilage zur Allgemeinen schweiz. Militärzeitung 1901) S. 19; v. Salis II Nr. 702 (Offiziersbedienter).

nicht festgesetzt, der Richter hat also darin freie Hand.[178]) Nachdem nun aber die B. V. von 1874 die Verbannung von Kantonsbürgern (Art. 44 I) und gemäss Art. 60 auch von Schweizerbürgern den Kantonen untersagt hat, bleibt die Verweisungsstrafe nur noch für Ausländer zulässig, wie es einzelne Gesetze schon von sich aus angeordnet hatten. Wie sehr man aber auch früher die Landesverweisung speziell den Ausländern zugedacht hatte, geht aus einem (jetzt aufgehobenen) Passus des Aargauer Gesetzes hervor, wonach bei ausländischen Verbrechern die Zuchthausstrafe in Verweisung, verbunden mit Rutenstreichen umgewandelt werden konnte!

Sobald die Strafgerichtsbarkeit des Bundes gegeben ist, und Bundesstrafrecht angewendet werden muss, befindet sich der ausländische Angeklagte im Vergleiche zum schweizerischen in keiner Ausnahmestellung mehr; das trifft auch dann zu, wenn auf Anordnung des Bundesrates kantonale Behörden mit der Cognition betraut werden (Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege Art. 125 II). Das Bundesstrafrechtsgesetz hat nämlich die Strafe der Landesverweisung für seinen Geltungsbereich allgemein, für Schweizer und Ausländer, aufgestellt (Art. 5), und es steht damit nicht in Widerspruch mit dem verfassungsrechtlichen Verbannungsverbot. Denn dieses Verbot richtet sich allein gegen die Kantone und untersagt es der Bundesgesetzgebung nicht, den Bundesbehörden die rechtliche Grundlage für die Verweisung selbst von Schweizern zu schaffen. In dieser Beziehung, und dem Bunde gegenüber, cessiert also jeglicher Unterschied zwischen Bürger und Ausländer, mit alleiniger Ausnahme des Strafmasses, das für Schweizer auf 10 Jahre beschränkt ist (Art. 5 III).

Die Landesverweisung des Bundesstrafrechts ist Nebenstrafe, sie kann nur mit einer Freiheitsstrafe (oder mit Amts-

---

[178]) Zusammenstellung bei Stooss, die schweiz. Strafgesetzbücher, S. 155 ff.; Kunz, die Strafe der Landesverweisung nach schweiz. Recht, Zürcher Dissertation 1895, S. 110. Baselstadt und die neueren Kodifikationen (z. B. Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. XIX S. 458) kennen die Verweisungsstrafe nicht mehr; cf. auch BBl. 1895 II S. 150.

entsetzung) verbunden werden; es ist anzunehmen, dass sie zufolge ihres Charakters als Freiheitsstrafe auch nach den kantonalen Rechten nicht schon für solche Delikte ausgesprochen werden soll, die allein mit Vermögensstrafe bedroht sind.

Die Berechtigung der Landesverweisung als Strafe ist nicht unangefochten geblieben,[179]) m. E. mit Recht, soweit sie als selbständige Strafe auftritt, dagegen als Nachstrafe wird sie für Ausländer immer noch verwendbar sein angesichts der administrativen Praxis des Niederlassungsentzugs, die der rechtlichen Garantien ungleich mehr entbehrt als die gerichtliche Verhängung der Verweisungsstrafe.[180])

Die übrigen Strafen können gegen Ausländer ebenso ausgefällt werden wie gegen Schweizer; speziell der Verlust des „Aktivbürgerrechts" erfüllt selbst in Anwendung auf die Ausländer den Strafzweck, wenn auch die Aberkennung der Ehrenrechte naturgemäss an Umfang hinter der Wirkung zurücksteht, die im gleichen Fall bei einem Schweizer eintreten würde (es bleibt z. B. die Möglichkeit der Verweigerung und des Entzugs der Niederlassungsbewilligung). Das in Art. 65 der B. V. enthaltene Verbot der Körperstrafen sowie die Beschränkung der Todesstrafe auf nichtpolitische Delikte erstreckt sich auch auf die Bestrafung der Ausländer; denn die Motive, aus denen diese Abolitionsvorschriften entsprangen, veränderte Anschauungen über die Zulässigkeit hergebrachter Strafarten, machen keinen Halt vor den Unterschieden in der Nationalität der Delinquenten. Dieser Schutz vor körperlichen Strafen hat für den Ausländer sogar eine über das Gebiet der Schweiz hinausgreifende Wirkung. Gelangt nämlich an die Schweiz das Gesuch um Auslieferung eines flüchtigen ausländischen Verbrechers, so wird, von den übrigen Erfordernissen abgesehen, nur entsprochen unter der Bedingung, dass

---

[179]) Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege II S. 605 ff.

[180]) Das deutsche Reichsstrafrecht sieht die Ausweisung aus dem „Bundesgebiet" nur für Ausländer vor, teils als eigene Nebenstrafe (Strafgesetzbuch § 284), teils in Umwandlung der Unterbringung in ein Arbeitshaus (§ 362 III).

der Ausgelieferte nicht zu einer körperlichen Strafe verurteilt werde, dass also eventuell Umwandlung in eine Freiheits- oder Geldstrafe eintrete.[181]) Durch das Betreten des schweizerischen Bodens entgeht der Ausländer von Rechts wegen den Leibesstrafen, die nach den Gesetzen des Tatortes über ihn verhängt werden könnten. Die eigenartige Gestaltung des schweizerischen Gesetzgebungsrechtes hat nun aber das Resultat herbeigeführt, dass mit Bezug auf die hervorragendste körperliche Strafe, die Todesstrafe, dasselbe Prinzip unter den einzelnen Kantonen für in der Schweiz begangene Verbrechen nicht in Geltung ist: da für gemeine Verbrechen die Todesstrafe von Bundes wegen seit 1879 wieder erlaubt wurde, so kann ein Kanton, von dem die Auslieferung eines Verbrechers an einen andern Kanton begehrt wird, das Gesuch nicht darum ablehnen, weil auf das verfolgte Verbrechen im requirierenden Kanton die Todesstrafe anwendbar ist, es sei denn, dass der Täter im requirierenden Kanton niedergelassen ist und von diesem beurteilt wird.[182]) Derselbe Staat, der den aus dem Auslande flüchtenden fremden Verbrecher dem Ausland gegenüber vor der Todesstrafe schützt, muss innerhalb seiner Grenzen dulden, dass seine Gliedstaaten untereinander das Gegenteil praktizieren!

Im Verhältnis zu den schon erwähnten ausländischen Anstalten und Beamten, die zur Ausübung ihrer Funktionen auf schweizerischem Gebiet zugelassen worden sind, findet in bestimmten Grenzen eine Personalexekution von der schweizerischen Strafgerichtsbarkeit statt.[183]) Laut mehreren Verträgen unterstehen nämlich die fremden Beamten für ihre Dienstverrichtungen der Disziplinargewalt ihrer Vorgesetzten, wodurch rein interne Vergehen der Jurisdiktion des Aufenhalts-

---

[181]) Bundesgesetz betr. die Auslieferung gegenüber dem Auslande vom 22. Januar 1892, Art. 5.

[182]) Bundesgesetz über die Auslieferung von Verbrechern oder Angeschuldigten vom 24. Juli 1852. Art. 1 II.

[183]) Das Nähere enthalten die jeweiligen Verträge, worüber im allgemeinen Blumer-Morel, III S. 575 ff. zu vergleichen ist.

staates entzogen werden können.[184]) Solche Ausnahmen sind jedoch strikte zu interpretieren; es muss daher, abgesehen von dem üblichen Vorbehalt der Landeshoheit, die Regel befolgt werden, d. h. Kompetenz der Territorialgerichte eintreten, sowie der Deliktstatbestand den Rahmen des „eigentlichen" Dienstvergehens überschreitet, was namentlich dann anzunehmen ist, wenn die Rechtsverletzung nicht auf die Anstalt beschränkt bleibt, sondern dritte Personen oder die Gesamtheit in Mitleidenschaft zieht; dahin gehören insbesondere Eisenbahngefährdungen, Missbrauch der Amtsgewalt durch ausländische Bahn- oder Zollbeamte. Wo in solchen Fällen das Gesetz die Strafe der Amtsentsetzung kennt, kann dem Urteil des schweizerischen Gerichts die Wirkung zukommen, kraft der darin ausgesprochenen Unfähigkeit des Delinquenten zur Bekleidung eines Amtes das Anstellungsverhältnis mit der ausländischen Anstalt zur Auflösung zu bringen, wenigstens in der Form, dass amtliche Handlungen des Verurteilten auf schweizerischem Gebiete nicht mehr anerkannt zu werden brauchen.[185])

Der Strafprozess gibt hinsichlich seiner Anwendung auf Ausländer zu keiner Bemerkung Anlass; was beim materiellen Strafrecht nachgewiesen worden ist, gilt in entsprechender Weise auch für den Prozess.[186]) Die Praxis der Ausweisung fremder Staatsangehöriger an einen auswärtigen Staat

---

[184]) Uebereinkunft zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reiche betr. Errichtung einer kaiserlich deutschen Zollabfertigungsstelle am Bahnhofe der Centralbahn in Basel, vom 7. August 1873, amtl. Slg XI S. 357, Art. 9: „. . . . . (die Zollbeamten) sind . . . . . der Gerichtsbarkeit der Eidgenossenschaft und des Kantons Basel insoweit unterworfen, als nicht die Ausübung ihrer eigentlichen Dienstverrichtungen . . . . ., mithin die Disziplin, Dienstvergehungen oder Dienstverbrechen in Frage stehen." Aehnlich der neue Vertrag mit dem Deutschen Reiche betr. die Errichtung deutscher Zollabfertigungsstellen auf den linksrheinischen Bahnhöfen in Basel, vom 16. August 1905 (Amtl. Slg n. F. XXII S. 93), Art. 8.

[185]) Bezüglichen „Wünschen" kompetenter Verwaltungsbehörden ist vertraglich Berücksichtigung zugesagt in dem Note 173 citierten Vertrag, Art. 28.

[186]) BBl. 1892 II S. 789 (in Sachen Cortelezzi).

ist kein Einbruch in dieses Prinzip; denn die Auslieferung findet nur dann statt, wenn das Delikt zwar nach schweizerischem Strafrecht strafbar wäre, in concreto aber einen Strafanspruch einer schweizerischen Staatsgewalt nicht bewirkt (Auslieferungsgesetz Art. 3, 12).

Wenn nun noch die Beziehungen zwischen der Anwendbarkeit des Strafrechts und des Strafprozesses auf die Ausländer und den Niederlassungsverträgen charakterisiert werden sollen, so kann auf die wiederholt in andern Gebieten konstatierte Erscheinung hingewiesen werden, dass, von ausdrücklichen Stipulationen abgesehen, den Niederlassungsverträgen und namentlich der Gleichbehandlungsklausel direkt keine Geltung zukommt; [187]) so wie sie aus der internen Rechtssetzung hervorgegangen sind, beherrschen Strafrecht und Strafprozessrecht alle fremden Bewohner des Landes, ohne irgendwelche Unterstützung oder Einschränkung durch die Niederlassungsverträge; der Angehörige eines vertragslosen Staates befindet sich in der gleichen Lage wie die Bürger unserer Nachbarstaaten.

c) Staatsrechtlicher Prozess.

Für die staatsrechtlichen Streitigkeiten sieht das Bundesrecht das Rechtsmittel der Beschwerde vor, [188]) und auch diese steht dem Ausländer zur Verfügung, ohne Rücksicht auf Staatsverträge. [189])

An welche Instanz die Beschwerde zu richten ist, hängt von der Natur des verletzten Rechtes ab. Während nun für die Schweizer in staatsrechtlichen Streitigkeiten das präsumtive Forum seit 1893 vor dem Bundesgerichte ist, und der Bundesrat nur in den ausdrücklich ihm überwiesenen Materien Recht spricht (O. G. Art. 189), so unterliegt die Kompetenzaus-

---

[187]) Anders Blumer-Morel, III S. 465.

[188]) Ueber die Ausgestaltung das Nähere in den Art. 175 ff. des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893 (= O. G.).

[189]) B. Ger. XII S. 55.

scheidung zwischen den beiden Behörden in Ausländersachen einem andern Gesichtspunkt.

Soweit ein Staatsvertrag nicht in Frage steht, bleibt es auch für Ausländer bei der Abgrenzung, die Art. 189 getroffen hat; wird dagegen die Verletzung eines Staatsvertrages behauptet, so kann der Bundesrat und nach ihm die Bundesversammlung zuständig werden in Materien, die quoad cives zur Kompetenz des Bundesgerichtes gehören. Art. 189, letzter Absatz, verfügt nämlich, dass „Anstände, herrührend aus denjenigen Bestimmungen der Staatsverträge mit dem Ausland, welche sich auf Handels- und Zollverhältnisse, Patentgebühren, Freizügigkeit, Niederlassung und Befreiung vom Militärpflichtersatze beziehen", vom Bundesrate oder von der Bundesversammlung zu entscheiden seien. Obwohl nach Vorschrift der B. V. die Rekurse wegen Verletzung von Staatsverträgen prima facie vor das Bundesgericht zu bringen sind, so schuf der Bundesgesetzgeber nach der ihm in Art. 113 II B. V. verliehenen Ermächtigung eine Ausnahme und reihte eine gewisse Art von Rekursen unter die sog. „Administrativstreitigkeiten" ein. Ein fester Unterscheidungsbegriff von den übrigen staatsrechtlichen Beschwerden existiert für sie aber nicht, das Gemeinsame aller dieser Fälle ist nur das, dass sie nicht vom Bundesgericht, sondern von den politischen Bundesbehörden erledigt werden.

Die Absicht, die bei der Unterstellung jener Ausländerrekurse unter die Jurisdiktion des Bundesrats vorwaltete, geht aus den Motiven zum alten O. G. von 1874 klar hervor und gibt zu Bedenken Anlass. Man sprach nämlich unverhohlen aus, dass für den Bundesrat (selbst in seiner Funktion als Richter) im Unterschied zum Bundesgericht nicht ausschliesslich Erwägungen des Rechts massgebend sein können, sondern ebenso solche der Politik! Diese absonderliche Auffassung vom Richterberuf wurde mit der Möglichkeit begründet, dadurch Konflikte mit dem Ausland zu verhüten oder zu beseitigen.[190]) Sie gehört in den gleichen Gedankenkreis, dem

---

[190]) Soldan, du recours de droit public au Tribunal fédéral, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1886, erstes Heft, S. 20; BBl. 1894 II S. 38.

wir noch begegnen werden bei Besprechung der Stellung, die den ausländischen Gesandtschaften zu der schweizerischen Rechtspflege zukommt. Aber nicht Billigkeit, sondern Recht wird verlangt und soll gewährt werden, und wo jemand sich in seinem Rechte verletzt glaubt, hat er Anspruch darauf, nach Rechtsgrundsätzen beurteilt zu werden und nicht von politischen Erwägungen und Opportunitätsrücksichten abhängig zu sein. Nicht zum wenigsten hat das Land selbst ein hohes Interesse daran, dass das Fremdenrecht nicht unter der Politik leidet. Allerdings haben von jeher bei der Schaffung von Vertragsrecht politische Ziele bestimmend eingewirkt und auch schon rechtliche Bedenken unterdrückt, man denke an den Vertrag mit Frankreich von 1864; ist aber einmal das fertige Recht da und soll es angewandt werden, so darf es der Richter nicht den Eingebungen der jeweiligen politischen Bedürfnisse unterwerfen. Denn so wird die Zuversicht in die Gerechtigkeit der Richter getäuscht und die Rechtspflege des ganzen Landes diskreditiert. Der Schaden wird dann in den Zeiten der Aufregung und der Misshelligkeiten mit dem Ausland offenbar, wo man gerade am Bewusstsein guter Justiz einen Rückhalt gegen ungehörige Zumutungen haben sollte. Da, wo sie durchaus am Platze sind, hat auch unser Recht die Opportunitätserwägungen nicht ausgeschlossen. Die B. V. autorisiert den Bundesrat zur Ausweisung von Ausländern, die die Staatssicherheit gefährden (Art. 70; auch die Kantone sind dazu befugt, aber mit coercitiver Wirkung für ihr Gebiet allein); hier kann die Politik mitsprechen und den Ausschlag geben, aber die Massregel charakterisiert sich eben nicht als richterliches Urteil, sondern als Verwaltungsverfügung.

Während nun 1893 die Niederlassungssachen von Schweizern dem Bundesrat abgenommen und der Beurteilung durch das Bundesgericht unterstellt worden sind, blieb man für die Ausländer beim alten System. Will man die bundesrätliche Jurisdiktion überhaupt beibehalten, so sollte meines Erachtens kein Unterschied gemacht werden, ob die Rekurrenten Schweizer oder Ausländer sind, sondern die Abgrenzung wäre einzig nach der Natur des im Streit liegenden Rechtsverhält-

nisses zu treffen. Demgemäss sollte der Rechtsprechung der politischen Behörden quoad peregrinos unter den jetzigen Verhältnissen nur verbleiben, was sich auf vertragliche Normen über Handels- und Zollverhältnisse und über Patenttaxen bezieht; Freizügigkeits- und Niederlassungsrechtsrekurse der Ausländer gehörten dann wie die der Schweizer vor das Forum des Bundesgerichts, und es ist nicht einzusehen, warum dieses zur Entscheidung derselben ungeeignet wäre, nachdem man ihm die gleiche Kompetenz in Bezug auf Schweizer übertragen hat. Auf diese Weise würde die jetzt bestehende Ausnahmegerichtsbarkeit für Staatsverträge beseitigt und damit zugleich dem Verdacht, es könnte eine parteiische Justiz beabsichtigt sein, jeder Schein von Berechtigung entzogen; und solange sich das Bundesgericht nur von rechtlichen Gesichtspunkten leiten lässt, besteht die Gefahr nicht, dass es durch die Ueberweisung solcher Entscheidungen zu einer politischen Behörde gemacht werde.[191])

Ueber die im Gesetz angeführten Materien ist wenig zu bemerken. Der Charakter jener Bestimmung als Ausnahme verbietet eine extensive Interpretation; da aber viele Rechtsbegehren oft einen ganzen Komplex von Rechtssätzen zur Begründung heranzuziehen gestatten, so ist es nicht ausgeschlossen, dass zum Teil das Bundesgericht, zum Teil der Bundesrat zuständig wäre. In diesem Falle bleibt der Partei, wenn sie nicht wegen Fristablaufs von der Hauptinstanz abgewiesen zu werden riskieren will, nichts anderes übrig, als den Rekurs bei beiden Behörden anhängig zu machen; das O. G. hat denn auch in Voraussicht solcher Umstände einen Meinungsaustausch beider Behörden über die Kompetenzfrage vorgeschrieben (Art. 194), die Entscheidung von Präjudizialfragen wird derjenigen Behörde überlassen, die in der Hauptsache kompetent ist.[192]) Die Ansicht Reichels in seinem Kommentar zum O. G. (Seite 152), wonach das Recht auf Niederlassung als ein aus der vertraglichen Gleichstellung

---

[191]) F. v. Martitz, internationale Rechtshilfe in Strafsachen, II S. 535.
[192]) B. Ger. XXV 1. S. 451 und BBl. 1900 I S. 623.

folgendes Individualrecht zur Kompetenz des Bundesgerichts gehöre, ist nach der gegenwärtigen Gesetzgebung irrtümlich; denn das steht mit dem Wortlaut des Art. 189 in Widerspruch, der rein nach Materien [193]) unterscheidet und ausdrücklich die Niederlassungsverhältnisse einschliesst. Dies ist auch die Ansicht des Bundesgerichts, das sich im Falle Laupner (XXI 74) mit Berufung auf Art. 189 inkompetent erklärt hat, auf eine Beschwerde eines Deutschen einzutreten gegen ein Verweisungsurteil des bernischen Obergerichts, wodurch u. a. der Niederlassungsvertrag von 1890 verletzt worden sei.

Eine weitere nur für Ausländer geltende, favorable Ausnahmebestimmung hat die Ausdehnung des staatsrechtlichen Rekurses zum Inhalt, in dem Sinne, dass der Rekurs zugelassen wird auch in rein civil- oder strafrechtlichen Verhältnissen, die auf Vertragsrecht beruhen, wenn „die kantonalbehördlichen Entscheidungen nicht mittelst der in den Bestimmungen . . . . über die Civilrechtspflege und die Strafrechtspflege vorgesehenen Rechtsmittel anfechtbar sind“ (O. G. Art. 182 II). Damit ist für Staatsverträge civil- und strafrechtlichen Inhalts und für die daraus berechtigten Ausländer [194]) ein erhöhter Rechtsschutz geschaffen worden, wie er für schweizerisches Gesetzesrecht in der gleichen Weise nicht besteht. Die Anordnung soll hauptsächlich den Konventionen über geistiges Eigentum, speziell Handelsmarken, zugute kommen, indem sie auch in solchen Prozessen eine Bundesinstanz errichtet, für die wegen zu geringen Streitwerts eine gewöhnliche civilrechtliche Berufung nicht zulässig ist. Bezüglich der Prozesskosten kann aber das Bundesgericht nach seinem Ermessen von den für die eigentlichen staatsrechtlichen Streitigkeiten geltenden Vorschriften abgehen und Parteientschädigungen zusprechen (O. G. Art. 221).

Von den hievor aufgeführten Verschiedenheiten abgesehen ist das staatsrechtliche Verfahren für Ausländer dasselbe wie für

---

[193]) Sobald Staatsverträge in Frage stehen.

[194]) Insoweit die in Betracht fallenden Staatsverträge ihre Destinatäre nach dem Domizilprinzip bestimmen, profitieren auch Schweizer von den Vorteilen des Art. 182; cf. Note 23.

Schweizer. Daraus folgt namentlich, dass sie nicht durch Intervention des diplomatischen Vertreters ihres Heimatstaates eine Umgehung und Abkürzung des Instanzenzuges provozieren und beispielsweise gegen Verfügungen von Gemeindebehörden ohne Begrüssung der vorgesetzten Kantonsregierung an den Bundesrat gelangen können. Es gehört unbestritten in den Geschäftskreis fremder Gesandtschaften, ihren Staatsangehörigen in deren Rechtsstreitigkeiten Unterstützungen tatsächlicher Art zu gewähren, indem sie ihnen zur Beschaffung von Beweismaterial behülflich sind, sachkundigen Rat verschaffen und dergleichen;[195]) ebenso steht es ihnen zu, den Bundesrat durch Anzeigen auf Vorkommnisse aufmerksam zu machen, die ein Einschreiten des Bundesrats von Amts wegen veranlassen.[196]) Dagegen sollte nicht geduldet werden, dass eine Gesandtschaft entweder neben dem eigentlichen Prozessführer interveniert oder an seiner Stelle als Partei auftritt.[197]) Solche Tätigkeit widerspricht der Aufgabe der diplomatischen Vertretungen; denn sie haben dem Verkehr der Regierungsbehörden untereinander zu dienen und persönliche Interessen ihrer Schutzbefohlenen nur insoweit als ihre eigenen wahrzunehmen, als sie zugleich das öffentliche Interesse ihres Heimatstaates berühren.[198]) Sodann dürfen die diplomatischen Organe nicht in Gegensatz zur Rechtsordnung des Empfangsstaates treten, speziell nicht zum Gerichtsverfahren: wenn sich ein Ausländer in seinen Rechten verletzt fühlt, so hat er denselben Rechtsweg einzuschlagen, der für den Schweizer vorgeschrieben ist; es gibt auch in staatsrechtlichen Streitigkeiten keinen Fremdenprozess.[199]) Ersteht also einem Ausländer ein Anspruch, so ist er allein legitimiert und Prozesspartei. Ein Anderes ist es, wenn die Gesandtschaft namens ihrer Regierung Klage erhebt

---

[195]) v. Salis, II Nr. 534.

[196]) BBl. 1892 II S. 789.

[197]) Ullmer, II S. 129, Nr. 1140. Die Sachlage war im ersten Fall insofern verschärft, als dort der Geschäftsträger des heiligen Stuhls die Verhältnisse einer schweiz. Gemeinde zum Vorwand für sein Einschreiten nahm.

[198]) Hübler, die Magistraturen des völkerrechtlichen Verkehrs § 8.

[199]) v. Salis, II Nr. 281 [1].

wegen Verletzung eines Rechts, als dessen Träger ihr Heimatstaat erscheint, denn in diesem Falle handelt sie als der berufene Vertreter des richtigen Klägers. [200])

Bedauerlicherweise hat der Bundesrat in diesen Fragen eine unsichere Stellung eingenommen. Es liegt in der Natur der Sache, dass sich die diplomatischen Interventionen vorzugsweise bei der bundesrätlichen Rechtsprechung einstellen; darum tut es hier doppelt not, die Grenze zwischen den Verfügungen des Bundesrats als richterlicher Instanz und seinen Verwaltungshandlungen scharf einzuhalten (O. G. Art. 190, I). Nachdem der Bundesrat 1877 mit Recht die Meinung einer kantonalen Regierung zurückgewiesen hatte, wonach er Beschwerden von Ausländern gegen Kantonsregierungen auf Grund von Staatsverträgen nicht direkt annehmen, sondern auf den diplomatischen Weg weisen soll (v. Salis II Nr. 302), vertrat er bald nachher in der Rekurssache Gehlsen (ib. II Nr. 522) das gerade Gegenteil: „es verstösst in hohem Grade gegen die Würde eines Staates . . . ., dass ein Fremder von sich aus die fremde Regierungsgewalt, die ihm nicht zu Willen ist, bei ihrem Parlament verklagen dürfte. Der Fremde kann, sofern ihm dieses Recht nicht durch förmlichen Staatsvertrag zugesichert ist, nicht kraft eigenen Rechtes gegen die Regierung des fremden Landes . . . . beschwerdeführend auftreten, sondern er hat sich an seine eigene Regierung zu halten, die allfällig die Rechte ihrer Angehörigen gegenüber der fremden Regierung in Schutz nehmen mag.“ [201]) Dann fiel im Jahre 1892 der Ausspruch: „dass diplomatische Reklamationen in jedem Stadium des Verfahrens angebracht werden können, ohne Rücksicht darauf, ob der kantonale Instanzenzug durch-

---

[200]) Auslieferungsbegehren, Art. 15 des Bundesgesetzes vom 22. Januar 1892, „Verbrechen gegen fremde Staaten“ nach Bundesstrafrecht Art. 41 ff. (cf. hiezu Zeitschrift für schweiz. Strafrecht I S. 315 über den Fall Schill 1888).

[201]) Ob der Ausländer materiell berechtigt ist, wäre in jedem Fall besonders zu untersuchen; der Bundesrat hat eben die materiellrechtliche Seite mit der Frage verwechselt, ob in concreto überhaupt ein Rechtsmittel gegeben ist. Cf. die ähnliche Debatte in der causa Germani, amtl. sten. Bulletin der schweiz. Bundesverslg 1899, S. 947 ff.

laufen sei.“ [202]) Der richtige Standpunkt kam erst in neuerer Zeit zum Durchbruch. [203])

Der Rekurs an das Bundesgericht seitens der Ausländer ist nicht an die Vermittlung durch Staatsverträge gebunden und nicht auf deren Materien beschränkt, sondern erstreckt sich selbständig auf das Gebiet der sog. „verfassungsmässigen Rechte.“ Dieser Grundsatz ist jetzt durch eine Reihe von bundesgerichtlichen Urteilen ausser Zweifel gestellt, [204]) war aber ursprünglich nicht allgemein anerkannt. Man sträubte sich gegen die Auffassung, als hätten die Fremden, sogar ohne Vermittlung eines Staatsvertrags, direkt aus der B. V. ableitbare Rechte wie die Schweizerbürger: aus einem unbestimmten Gefühl der Hochachtung für die Verfassung als dem Grundgesetz des Staates heraus hielt man es für unmöglich, die Landesfremden an den „garantierten Freiheitsrechten“ Anteil nehmen zu lassen; [205]) infolgedessen äusserte sich der Bundesrat bei der Beratung des O. G. im Jahre 1874: „die Beschwerden über Verletzung verfassungsmässiger Rechte können natürlich nur von Schweizerbürgern erhoben werden, diejenigen über Verletzung von Staatsverträgen aber auch von Ausländern.“ [206]) Im Laufe der parlamentarischen Behandlung kam man aber zu der richtigen Ansicht, dass die B. V. auf anderem Boden

---

[202]) BBl. 1892 II S. 499. Wenn die Erschöpfung der kantonalen Instanzen für die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesrates objektiv nicht als Prozessvoraussetzung gilt, so profitiert davon auch der Ausländer, jedoch nicht infolge einer zu seinen Gunsten eingelegten diplomatischen Intervention. — Der Bundesrat hat sich in jenem Falle zu Unrecht kompetent erklärt; es handelte sich um die Auferlegung einer Prozesskaution gegenüber einem Italiener, der das Armenrecht bewilligt erhalten hatte. Die Uebereinkunft mit Italien über Armenrechterteilung gehörte nicht unter die Materien, die gemäss O. G. (alt, Art. 59) der Bundesrat zu entscheiden hatte.

[203]) v. Salis, II Nr. 524.

[204]) Cf. unter vielen B. Ger. XIII S. 386, XIV S. 493.

[205]) Blumer-Morel, III S. 176; B. Ger. VII S. 512, Erw. 5; ib. S. 509 Regierung von Zürich: „selbstverständliche Regel, dass durch die Grundgesetze des Staates nur die Rechte der Angehörigen desselben bestimmt werden.“

[206]) BBl. 1874 I S. 1059.

stehe und auch den ansässigen Ausländern Rechte gewähre.[207]) Der definitive Gesetzestext enthält deshalb die vorgeschlagene Beschränkung auf Schweizerbürger nicht und behandelt gleichermassen die „Beschwerden von Privaten“ wegen Verletzung der B. V. und der Staatsverträge. Allerdings ist nun scheinbar eine Aenderung eingetreten bei der Revision des Gesetzes im Jahre 1893, wo Art. 113 der B. V. an erster Stelle in den Gesetzestext aufgenommen worden ist. Allein dies berechtigt nicht, ein Zurückgehen hinter den Standpunkt des früheren Gesetzes anzunehmen. Wenn die B. V. bei der Einsetzung des Bundesgerichts als Staatsgerichtshofs (Art. 113) von „Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger“ spricht und daneben die „Beschwerden von Privaten wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen“ erwähnt, so hat sie damit nur die Regel, das Gewöhnliche im Auge, und durch die Gegenüberstellung von „Bürgern“ und „Privaten“ das Rekursrecht wegen Verfassungsverletzung nicht auf die Bürger beschränken wollen; vielmehr sollte, wie aus der Entstehungsgeschichte des Art. 113 hervorgeht, durch die Fassung „Private“ der Ausschluss auswärtiger Regierungen als solcher von Rekursen in Staatsvertragssachen markiert werden.[208]) Mithin ist die oben angeführte Praxis auch unter dem neuen O. G. richtig, und es kann ein Ausländer, selbst ohne Vermittlung durch einen Staatsvertrag, sich wegen einer ihm gegenüber begangenen Verfassungsverletzung beim Bundesgericht beschweren, wenn ihm wirklich ein Recht aus der Verfassung gewährt ist. Das ist der entscheidende Punkt! Wenn der Nachweis geleistet ist, dass die Verfassung in irgend einer Beziehung den Fremden zum Berechtigten machen will, so wird ihm der Weg zur zwangsweisen Befriedigung nicht verschlossen; denn ohne diese Garantie des staatlichen Zwangs wäre kein vollständiges „Recht“ vorhanden.

In diesem Zusammenhang soll noch speziell die Frage erörtert werden, ob und inwiefern die Prozessfähigkeit einer

---

[207]) Soldan, loc. cit. S. 52.

[208]) W. Burckhardt, Kommentar, S. 849.

ausländischen Partei im staatsrechtlichen Verfahren von ihrer Niederlassung auf schweizerischem Boden abhängig ist, eine Frage, die in der Praxis der beiden Instanzen zum Teil widersprechende Lösungen gefunden hat. Vom Bundesgericht wurde mehrmals erklärt, dass es Recht und Pflicht habe, Justizverweigerungsbeschwerden anzunehmen, auch wenn sie von Ausländern ausgehen, die im Ausland wohnen;[209]) dagegen wurde die Berufung auf die Niederlassungsverträge und ihre Gleichbehandlungsformel aus dem Grunde verworfen, dass die Rekurrenten nicht in der Schweiz niedergelassen seien und auch nicht die Absicht der Niederlassung hätten;[210]) und wiederum in einem Markenrechtsprozess fand die formelle Berechtigung zur Beschwerde wegen Verletzung des Staatsvertrags Anerkennung ohne Rücksicht darauf, ob die Klagepartei ihren Wohnsitz im Inlande habe.[211]) Aus der bundesrätlichen Judikatur sind zu erwähnen drei Fälle, in denen der Bundesrat Beschwerden wegen Vertrags- und Verfassungsverletzung in materielle Behandlung zog, obgleich die (ausländischen) Rekurrenten nicht in der Schweiz niedergelassen waren;[212]) in einem weiteren Fall dagegen wurde das Eintreten auf den Rekurs einer ausländischen Firma infolge ihres Domizils im Auslande abgelehnt.[213]) Es besteht also ein Widerspruch einerseits zwischen Entscheidungen des Bundesgerichts und des Bundesrats und andererseits unter den Urteilen des Bundesrats selbst. Der letztaufgeführte Beschluss des Bundesrats enthält das direkte Gegenteil eines sieben Jahre vorher von ihm erlassenen Urteils, ohne Begründung der Abweichung von der bisherigen Auffassung, obschon eine solche angezeigt wäre, da die tatsächlichen und rechtlichen Umstände in beiden Prozessen in allen wesentlichen Punkten übereinstimmen.

---

[209]) B. Ger. IX S. 12, XIV S. 493, XXII S. 358.

[210]) B. Ger. XXIV 1. S. 178.

[211]) B. Ger. VII S. 782. Wilhelm Kaufmann, die Rechtskraft des internationalen Rechts (1899) S. 93.

[212]) BBl. 1894 I S. 617 (Strötzel); BBl. 1899 V S. 26; BBl. 1901 III S. 362 (Dr. Besta).

[213]) Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. XXI S. 153 (Bayer und Leibfried).

Es kommt hier darauf an, wie man das Fehlen einer Niederlassung im Inlande seitens der Rekurspartei prozessualisch bewertet. Mit Ausnahme des bundesrätlichen Urteils i. S. Bayer und Leibfried ist der Richter jeweils auf die Beschwerde eingetreten und hat einen endgültigen Sachentscheid erlassen, in der richtigen Erkenntnis, dass die Niederlassung zwar ein wesentlicher Begriffsbestandteil des in judicium zu deduzierenden Rechtsanspruchs sein kann, nicht aber Voraussetzung eines gültigen Prozessverfahrens ist; der Ort, an dem der Kläger sich aufhält, bleibt für den Bestand des Prozessverhältnisses irrelevant, der Richter hat sich in jure weder von Amts wegen noch auf Vorhalten des Beklagten damit zu beschäftigen.[214]) Wollte man der Niederlassung in der Schweiz den Charakter einer Prozessvoraussetzung zuschreiben, so könnte der einmal Abgewiesene den Rekurs neuerdings erheben, nachdem er sich eine Niederlassungsbewilligung verschafft hat; denn eine res judicata wäre noch nicht vorhanden.[215]) Hat sonach das Erfordernis einer Niederlassung in der Schweiz keine Bedeutung für die Rechtsgültigkeit des Prozesses, muss es also als Prozessrechtsinstitut abgelehnt werden, so ist damit seine Stellung im materiellen Recht durchaus nicht verkannt.

Hier, „in judicio", kommt es nun darauf an, ob der Anspruch, der die materia litis bildet, durch die Niederlassung des Rekurrenten im schweizerischen Gebiet bedingt ist oder nicht. Hiezu bedarf es einer speziellen Untersuchung im einzelnen Fall, und es kann daher hier kein allgemeiner Leitsatz gegeben werden. Wenn das Bundesgericht erklärt: damit eine verfassungswidrige Doppelbesteuerung vorliege, müsse Rekurrent einen Geschäftssitz im Inlande nachweisen; da dies aber nicht geschehen sei, so könne er sich nicht auf die vom Niederlassungsvertrag geforderte Gleichbehandlung berufen, so gründet sich die Abweisung des Rekurses auf die Erwägung,

---

[214]) Art. 178 O. G., der die Beschwerdevoraussetzungen bezüglich Partei und Streitsache aufzählt, sagt nichts von Niederlassung.

[215]) Die Bestellung eines schweizerischen Prozessdomizils hängt mit der behandelten Frage nicht zusammen.

dass eine Doppelbesteuerung re vera gar nicht stattgefunden hat, und nicht auf einen Formmangel.[216]) Der Bundesrat hingegen führt dieses Urteil an im Falle einer auswärtigen Firma, die sich gegen die Verhängung einer Busse wegen Geschäftsbetriebs ohne Bewilligung beschwert, aber er zieht eine falsche Konsequenz daraus, indem er fehlende „Beschwerdelegitimation" annimmt und auf eine materielle Prüfung nicht eintritt.[217]) Den richtigen Standpunkt hatte er im Rekurs Strötzel eingenommen: „der in der Schweiz wegen einer in der Schweiz begangenen Gesetzesübertretung verurteilte Deutsche erscheint zur Beschwerdeführung wegen Verletzung des Art. 31 der B. V. legitimiert, auch wenn er nicht in der Schweiz niedergelassen ist"; denn damit wird der Untersuchung darüber, ob nun wirklich durch die kantonale Verfügung ein unzulässiger Eingriff in die Gewerbefreiheit stattgefunden hat, nicht vorgegriffen.[218])

---

[216]) B. Ger. XXIV 1. S. 178.

[217]) Cf. Note 213.

[218]) Der Rekurs wurde abgewiesen. Strötzel, ein in Konstanz niedergelassener Deutscher, ohne Geschäftssitz in der Schweiz, wurde von den thurgauischen Gerichten wegen Uebertretung des Lotterieverbots mit Strafe belegt und ergreift wegen Verletzung des Niederlassungsvertrags und Art. 31 der B. V. Rekurs an den Bundesrat; in seinen konstitutiven Elementen identisch ist der Rekurs Bayer und Leibfried: diese in Esslingen niedergelassene Firma, ebenfalls ohne schweizerische Filiale, wurde vom baslerischen Polizeigerichtspräsidenten in eine Busse verfällt wegen Geschäftsbetriebs ohne Bewilligung, sie beschwert sich dagegen unter Berufung auf Niederlassungsvertrag und Art. 31 B. V. Dort Abweisung nach Prüfung der causa, hier Abweisung angebrachtermassen!