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: 55 (1936)

Rubrik: Protokoll über die 71. Jahresversammlung des Schweizersichen Juristenvereins

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: 13.12.2025

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

Protokoll über die 71. Jahresversammlung

des

Schweizerischen Juristenvereins

14. bis 15. September 1936 in Solothurn.

Sitzung vom 14. September 1936

im Kantonsratssaal in Solothurn.

Vorsitz:

Herr Dr. *Theo Guhl*, Professor an der Universität Bern.

Die Sitzung wird um 8.40 Uhr eröffnet.

1. *Bericht des Präsidenten.* Der Vorsitzende erstattet nachstehenden Geschäftsbericht über das abgelaufene Vereinsjahr:

Verehrte Herren Kollegen!

Ich eröffne die 71. Jahresversammlung unseres Vereins und erinnere zugleich auch an dieser Stelle daran, dass unser Verein heute sein 75jähriges Jubiläum feiern kann. Am 7. Juli 1861 wurde dank der werbenden Tätigkeit und der Initiative des luzernischen Staatsschreibers Dr. *Philipp Willi* sowie eines hinter ihm stehenden lokalen Komitees und dank auch der Bereitwilligkeit von 163 schweizerischen Juristen aus fast allen Kantonen in Luzern die „Schweizerische juristische Gesellschaft" gegründet. Im Jahre 1877 nahm sie dann die neue Bezeichnung „Schweizerischer Juristenverein" an. In dankbarem Gedenken hat der Vorstand die Namen dieser 163 Gründer-Mitglieder im Anhang zum Jahresbericht von 1911 bei Anlass der Feier des 50jährigen Bestandes des Vereins reproduziert. Dem ersten Vorstand unseres Vereins ge-

hörten neben dem Initianten Dr. Willi ein Zürcher, ein Berner und ein Genfer Professor an; erster Präsident des Vereins war Oberrichter Dr. F. v. Wyss in Zürich.

Während seines 75jährigen Bestandes hat der Verein nicht weniger als 70 Jahresversammlungen abgehalten. Nur die Kriegsjahre 1870, 1914, 1915 und 1917 liessen solche Festlichkeiten nicht opportun erscheinen; ausserdem verhinderten widrige Verhältnisse — nämlich die Schwierigkeit, Referenten zu finden, und der Tod sowohl des Vereinspräsidenten als auch des in Aussicht genommenen Referenten — die Veranstaltung einer Jahresversammlung im Jahre 1875.

Über die Tätigkeit des Vereins in den letzten 25 Jahren hat Ihnen der Vorstand eine kleine Schrift mit den nötigen Angaben zukommen lassen. Um Zeit für unsere Referate und für die Diskussion zu gewinnen, gestatte ich mir, darauf zu verweisen und mich hier auf einige wenige Punkte zu beschränken, die im gedruckten Bericht nicht erwähnt werden. In der Hauptsache handelt es sich um die Abstattung des Dankes gegenüber denjenigen Juristen, die im verflossenen Vierteljahrhundert die Geschicke des Vereins geleitet, die durch ihre Tätigkeit als Referenten unsere Versammlungen belebt und die als Mitglieder des Bundesrates, des Bundesgerichts, des Eidg. Versicherungsgerichts und der kantonalen Obergerichte an den einzelnen Festorten unserem Verein ihr Interesse und ihre Sympathie entgegengebracht haben.

Gestatten Sie mir, dass ich zuerst der herzlichen Beziehungen gedenke, die während der verflossenen 25-jährigen Zeitspanne zwischen unserem Verein und dem eidg. Justiz- und Polizeidepartement bestanden haben. Wir verdanken dies vor allem den beiden Bundesräten Müller und Häberlin; jener leitete das eidg. Justiz- und Polizeidepartement von 1912—1919 und nahm gelegentlich an unseren Verhandlungen teil; dieser war von 1920—1933 Chef des eidg. Justiz- und Polizeidepartements und hat während dieser Zeit kaum an einer Jahresversammlung

gefehlt — übrigens auch seit diesem Zeitpunkte nicht! Das beweist uns am besten, dass nicht nur die Amtspflicht Bundesrat Häberlin in unseren Kreis geführt hat, sondern dass ihm der Schweizerische Juristenverein — dem er mehr als 40 Jahre angehört und dessen Vater unter den Gründern des Vereins figurierte — ans Herz gewachsen ist. Der Vorstand beantragt Ihnen, Alt-Bundesrat Häberlin in Würdigung seiner Verdienste um das schweizerische Recht und seiner Treue gegenüber dem Verein zum Ehrenmitglied zu ernennen. — Dieser Antrag wird mit Akklamation von der Versammlung angenommen.

Auch der gegenwärtige Chef des eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Bundesrat Dr. Baumann, erscheint schon zum drittenmal in unserem Kreise und setzt damit in erfreulicher Weise die zur Tradition gewordene Freundschaft zwischen Verein und Departement fort. Darum wollen wir es ihm auch gar nicht übel nehmen, dass es ihm wegen der Ungunst der Zeiten nicht möglich war, den schon vor einigen Jahren von 3000 auf 1000 Fr. herabgesetzten Bundesbeitrag an die Publikation der schweizerischen Rechtsquellen aufrechtzuerhalten. Ein freundliches Schreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 5. Juni dieses Jahres gibt uns übrigens die Versicherung ab, dass die Sistierung dieses Bundesbeitrages als „eine vorübergehende Massnahme mit Rücksicht auf die gegenwärtige Finanzlage des Bundes und nicht in der Absicht erfolgt ist, eine Subventionierung dieses Werkes dauernd dahinfallen zu lassen". Ihr Vorstand hat daher beschlossen, dem eidg. Justiz- und Polizeidepartement die 10 Freiexemplare der Rechtsquellenbände und die 30 Gratisexemplare unserer gedruckten Referate und Verhandlungen — was ursprünglich wohl als eine Gegenleistung des Vereins für die Bundessubvention gedacht war — gleichwohl weiterhin abzugeben und so zur Abwechslung einmal den Bund zu subventionieren. Wir bitten um Ihre Zustimmung zu diesem Verhalten und empfehlen im übrigen dieses Vorgehen den anderen subventionierten

Institutionen, Kantonen, Gemeinden, Gesellschaften und Vereinen zur Nachahmung.

Wie mit dem Bundesrate verbinden unseren Verein auch mit dem Bundesgericht und dem Eidg. Versicherungsgericht seit jeher ganz freundliche Beziehungen. Dem Bundesgericht, an dessen Tätigkeit und an dessen Urteilen ja gelegentlich unsere Referenten und Diskussionsredner Kritik üben, sind wir zu ganz besonderem Dank verpflichtet, hat es doch während des verflossenen Vierteljahrhunderts den Juristenverein nach den verschiedensten Richtungen gefördert:

Im Vorstand war das Bundesgericht stets vertreten. Ferner hat uns das Gericht, was ebensoviel bedeutet, sieben Referenten für die Verhandlungen und eine grosse Anzahl von Preisrichtern für die Beurteilung der Preisaufgaben zur Verfügung gehalten. Es hat vor allem dem Verein in Bundesrichter *Hugo Oser*, Bundesrichter *Viktor Merz* und Bundesrichter *Plinio Bolla* nacheinander zwei Präsidenten und einen Vize-Präsidenten gestellt. Von den beiden verdienten Präsidenten ist Bundesrichter *Oser* leider verstorben; wir können ihm unsere Dankbarkeit nicht mehr bezeugen. Alt-Bundesrichter *Viktor Merz* dagegen weilt unter uns, ihm möchte der Vorstand den Dank des Vereins für seine hervorragende Tätigkeit als Richter und als ehemaliger Vereinspräsident durch Verleihung der Ehrenmitgliedschaft bezeugen. Er stellt Ihnen hiemit diesen Antrag. — Er wird mit Beifall angenommen.

Nachdem Sie nun je einen verdienten Vertreter der gesetzgeberischen Tätigkeit, Herrn Alt-Bundesrat Häberlin, und einen langjährigen, hochangesehenen Richter, Herrn Alt-Bundesrichter Merz, mit der Ehrenmitgliedschaft ausgezeichnet haben, meldet sich in aller Bescheidenheit, wie es sich geziemt, auch die schweizerische Rechtswissenschaft und bittet Sie durch Ihren Vorstand, einen ihrer ältesten Diener, der durch Wort und Schrift für die Verwirklichung und Anwendung des schweizerischen Privatrechts eingestanden ist und noch immer einsteht, die

Ehrenmitgliedschaft zu verleihen, nämlich Herrn Dr. *Fritz Henri Mentha*, Professor der Rechte in Neuenburg. Der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins möchte damit zugleich auch der jüngsten schweizerischen Universität, die in schwerer Zeit für ihre Existenz zu kämpfen hat, seine Sympathie zum Ausdruck bringen und seine moralische Unterstützung angedeihen lassen. — Herr Prof. Dr. Fritz Henri Mentha wird hierauf zum Ehrenmitglied ernannt.

Unser Verein ist mit seinem nachgerade recht umfangreichen Vereinsarchiv seit dem Jahre 1898 im Bundesgerichtsgebäude zu Gast, und ein langjähriger Beamter des Bundesgerichts, Herr G. Duttweiler in Lausanne, besorgt seit 56 Jahren das Archiv, die kleine Kasse, die Versendung der Zirkulare, die Führung der Register usw. Es ist mir eine angenehme Pflicht, den Vereinsmitgliedern davon Kenntnis zu geben, dass der Vorstand anlässlich des 75jährigen Jubiläums diesen äusserst seltenen Umstand besonders gewürdigt und die treuen Dienste des Herrn Duttweiler durch ein Geschenk in Gestalt eines Radio-Apparates anerkannt hat.

Schliesslich gebührt auch allen jenen Mitgliedern und Freunden des Schweizerischen Juristenvereins unser Dank, die durch die bereitwillige Übernahme von Referaten oder durch ihre Mitwirkung in den Preisgerichten, im Sekretariat oder bei der Rechnungsprüfung dem Vereine gute Dienste geleistet haben und die ich nicht alle mit Namen aufzählen kann. Auf deren weitere Mithilfe sind wir auch in Zukunft angewiesen; sie tragen zur Entwicklung unseres Vereins und zur Erreichung seines Zweckes das meiste bei und tun es in völliger Uneigennützigkeit, was hier auch einmal öffentlich festgestellt werden darf.

Über die Tätigkeit des Vorstandes im abgelaufenen Vereinsjahr ist nur wenig zu sagen. Der Vorstand hat seine üblichen Geschäfte, die Bestellung der Referenten, die Wahl der Verhandlungsgegenstände, der Preisaufgaben

und der Preisrichter in drei Sitzungen bewältigt. In der Zusammensetzung der schweizerischen Rechtsquellenkommission ist eine Änderung eingetreten. Der verdiente Präsident, Dr. W. Merz-Diebold in Aarau, der seit dem Jahre 1898 sich ununterbrochen mit der Herausgabe der Rechtsquellen seines Heimatkantons beschäftigte und die Kommission seit dem Jahre 1922 präsidierte, hat aus Altersrücksichten seinen Rücktritt erklärt. Der Vorstand hat sein langjähriges vorzügliches Wirken auf diesem Gebiet gebührend verdankt und dem scheidenden Präsidenten, der seit 1932 Ehrenmitglied unseres Vereins ist, seine hohe Anerkennung ausgesprochen. Als Nachfolger wählte der Vorstand zum Mitglied und zugleich zum Präsidenten der Rechtsquellenkommission Prof. Dr. Rennefahrt in Bern.

Die Neue Helvetische Gesellschaft hat die Institutionen, Vereine und Gesellschaften der Schweiz, die sich mit kulturellen Aufgaben befassen, zu einer Konferenz auf den 16. Februar 1936 nach Bern eingeladen. Zweck dieser Besprechung war die Prüfung der Frage der Wünschbarkeit und Möglichkeit besserer Zusammenfassung der schweizerischen Kulturwerte. Unser Vorstand war durch seinen Vizepräsidenten, Bundesrichter Plinio Bolla, an dieser Zusammenkunft vertreten.

Der Mitgliederbestand hat sich im abgelaufenen Jahr zahlenmässig nicht wesentlich verändert. Dem Verlust von 46 Mitgliedern, wovon 27 Austritte und 19 Todesfälle, steht ein Zuwachs von 49 Mitgliedern gegenüber. Trotzdem wäre der Vorstand den Angehörigen des Vereins zu Dank verpflichtet, wenn sie gelegentlich unter ihren Bekannten und Kollegen ein gutes Wort für unseren Verein einlegen und zum Beitritt ermuntern würden.

Die Liste derjenigen, die z. T. aus Altersgründen, z. T. mit Rücksicht auf veränderte ökonomische Verhältnisse ihren Austritt aus dem Verein erklärt haben, umfasst folgende Namen:

Theodor Bertheau, *A. E. Schübeler*, *Karl Schulthess* und *Karl Specker*, Zürich, *F. Hochstrasser*, Küsnacht, *Louis Clerc*, Bern, *Ad. Michel*, Interlaken, *W. Morgenthaler*, Langenthal, *Hermann Neuhaus*, Thun, *Arnold Ott*, Luzern, *J. Outry*, Einsiedeln, *Eugène Grand*, Romont, *Edmund Dähler*, Appenzell, *J. Schubiger*, St. Gallen, *Chr. Buol*, Davos, *Paul Müri*, Aarau, *Jean Chaubert*, *A. Leresche* und Mlle *A. Ehninger*, Lausanne, *Maurice Barbey*, Valleyres, *Auguste Béguelin*, *Max Berthoud* et *Alcide Droz*, Neuchâtel, *Alexandre Gicot*, Le Landeron, *Edouard Tissot*, La Chaux-de-Fonds, *Charles Knapp*, Mulhouse, *F. Beyerle*, Greifswald.

Neu aufgenommen wurden vom Vorstand, bzw. von der Hauptversammlung, 49 Mitglieder, nämlich die Herren:

Dr. *Louis Comisetti*, secr. gén. des Serv. ind., Genève.
Lucien Fulpius, préposé à l'Off. des Poursuites, Genève.
Dr. *Max Brunner*, Advokat, Basel.
Dr. *Felix Burckhardt*, Advokat und Notar, Basel.
Dr. *Erich Bendheim*, Bern.
Dr. *Camillo Beretta*, avvocato, Locarno.
Ferrucio Bolla, Dr. jur., Bellinzona.
Dr. *Henri Zwahlen*, Chargé de Cours, Lausanne.
Antoine Favre, professeur, Fribourg.
Gaston Clottu, notaire, St-Blaise.
André de Meuron, lic. jur., Neuchâtel.
Dr. *Hans Mettler*, St. Gallen, Höhenweg 44.
Dr. *Wilhelm Oswald*, professeur, Lausanne.
Dr. *Max Obrecht*, Regierungsrat, Solothurn.
Dr. *Karl Obrecht*, Sekretär des Justizdep., Solothurn.
Dr. *Anton Gmür*, Solothurn.
Dr. *Karl Studer*, Fürsprech und Notar, Solothurn.
Dr. *Peter Jäggi*, Sekr. d. Dep. d. Innern, Solothurn.
Dr. *Fritz Reinhardt*, Sekretär des Baudep., Solothurn.
Dr. *Franz Josef Jeger*, Fürsprech u. Notar, Grenchen.
Dr. *Werner Fröhlicher*, Fürsprech u. Notar, Solothurn.
Dr. *J. Tomas*, Fürsprecher, Bern, Neuengasse 30.
Dr. *C. Schaller*, Zürich, Rigistr. 31.

A. Caflisch, I. Sekr. der Schweizer. Bankiervereinigung, Basel.
Dr. *Kurt Schoch*, Kantonsgerichtsschreiber, Schaffhausen.
Dr. *Hans Herold*, Privatdozent, Zürich.
Dr. *Hans Nawiasky*, Professor, Kreuzlingen.
Dr. *Otto Lauber*, Fürsprecher, Muri (Bern).
Dr. *Walter Roth*, Redaktor des „NWT.", Winterthur.
Otto Schenker, Obergerichtspräs., Riedholz b. Solothurn.
Dr. *Moritz Studer*, Solothurn.
Dr. *Adelrich Pfluger*, Sekretär des Dep. f. Handel und Industrie, Solothurn.
Dr. *August Tanner*, St. Gallen.
Dr. *Werner von Arx*, Fürsprecher u. Notar, Solothurn.
Dr. *Achilles Ammann*, Ges. f. chem. Industrie, Basel.
Dr. *W. Kraft*, Obergerichtssekr., Kilchberg-Zürich.
Robert Steffen, Fürsprecher, Thun.
Maurice Batelli, Prof., Genf, 8, rue Eynard.
Dr. *Rudolf Mäder*, St. Gallen, Schützengasse 2.
Dr. *Gottfried Roos*, Sekr. der bernischen Justizdirektion, Zollikofen.
Roger Merlin, avocat, Bümpliz-Berne, Myrtenweg 7.
Dr. *P. Widmer-Richli*, Advokat, Luzern.
Dr. *Robert Bareiss*, Waffenplatzstrasse, Solothurn.
Dr. *Eugen Moll*, Bürgerammann, Solothurn.
Dr. *Walter Frölicher*, Fürsprech u. Notar, Solothurn.
Dr. *Rudolf Studer*, Fürsprech u. Notar, Solothurn.
Dr. *Josef Schmid*, Staatsschreiber, Solothurn.
Dr. *Max Brugger*, Präs. d. Basler Handelsbank, Basel.
Georges Brunschvig, Fürsprecher, Marktgasse 51, Bern.

Die Totentafel weist auch dieses Jahr wieder eine beträchtliche Zahl von Namen auf. Unter den 19 Verstorbenen finden sich nicht weniger als drei Ehrenmitglieder des Vereins:

Am 13. Oktober 1935 starb in seiner über alles geliebten Vaterstadt Prof. *Paul Speiser* im 89. Altersjahre,

nachdem er unserem Verein während voller 58 Jahre, seit 1926 als Ehrenmitglied, angehört und in den Jahren 1883—1886 den Vorsitz geführt hatte. Nach gründlichen juristischen Studien in Basel, Göttingen, Berlin und Bonn doktorierte Paul Speiser 1868 in Basel. In raschem Aufstieg ging es vom Substituten des Gerichtsschreibers zum Anwalt und Notar, zum Zivilgerichtspräsidenten, und schon im Jahre 1878 zum Regierungsrat und zum Professor an der Basler Hochschule. Damit war eine reiche, fruchtbare politische Tätigkeit eröffnet, die sich zwischen Kanton und Bund aufteilte und an beiden Orten zu Höchstleistungen in der Gesetzgebung und Rechtsanwendung, namentlich im Gebiete des Steuerrechts, führte. In dieser Beziehung darf auf seine eigenen Memoiren, die im Jahre 1935 erschienen, und auf den Nachruf von Prof. Ed. His in der Zeitschrift für Schweizer. Recht verwiesen werden. In Paul Speiser waren Wissenschaft und Praxis in schönster, aber leider seltener Harmonie vereinigt. Jene verschaffte seinen gesetzgeberischen Werken ihre vorbildliche Klarheit und Einfachheit, diese bewahrte ihn in seinen wissenschaftlichen Arbeiten vor leeren, unfruchtbaren Konstruktionen. Beide Tätigkeiten Speisers waren von einem hohen Sinn für Gerechtigkeit und einer heute immer weniger anzutreffenden Achtung vor Verfassung und Gesetz getragen.

Auch Prof. Dr. *A. de Senarclens*, der am 21. Oktober in Liège (Belgien) verstorben ist, erreichte das hohe Alter von 89 Jahren. Auch er hat dem Verein über 50 Jahre lang angehört, obwohl er schon im Jahre 1883 nach kurzer Wirksamkeit an der Hochschule seines waadtländischen Heimatkantons an die Universität Liège berufen wurde und dort während 40 Jahren gelehrt hat. Seine Studien machte er seinerzeit in der Schweiz und in Deutschland, wo er auch an der Universität Heidelberg den Doktorgrad erwarb. Zahlreiche juristische Werke sorgen für die Erhaltung dieses Namens aus einer der ältesten Familien des Waadtlandes in der Rechtswissenschaft.

Am 3. Dezember 1935 erlitt Bundesrichter Dr. *Albert Ursprung* beim Eintritt in sein Arbeitszimmer im Bundesgerichtsgebäude einen Schlaganfall, dem er kurz darauf erlag. Albert Ursprung wurde im Jahre 1862 in Ueken (Fricktal) geboren, studierte in Basel und München Rechtswissenschaft und wirkte sein Leben lang als Richter. Seine Laufbahn begann er 1883 als Gerichtsschreiber des Bezirksgerichts Zurzach; schon nach drei Jahren rückte er zum Gerichtspräsidenten und nach weiteren sechs Jahren zum aargauischen Oberrichter vor. Von 1886 an gehörte er dem Nationalrat an, was im Jahre 1902 seine Wahl ins Bundesgericht erleichterte. In dieser Stellung diente er während voller 33 Jahre dem Lande; seine richterliche Tätigkeit ehrte die Universität Basel durch die Verleihung des Ehrendoktortitels. Auch sei erwähnt, dass Bundesrichter Ursprung unserem Verein beinahe 50 Jahre lang angehört hat.

In Zürich verstarb am 27. Dezember 1935 im Alter von 80 Jahren Dr. *H. David-Grossmann*, seit dem Jahre 1883 Mitglied unseres Vereins. Seine juristischen Studien machte er in Basel, wo er auch während zehn Jahren als Staatsanwalt und Strafgerichtspräsident wirkte. Im Jahre 1897 wurde er in die Regierung gewählt, der er während 14 Jahren als Vorsteher des Erziehungs-, des Finanz- und des Polizeidepartements diente. Im Jahre 1910 veranlassten ihn heftige politische Angriffe, sein Regierungsmandat mit dem Amt eines eidg. Vizekanzlers zu vertauschen und in dieser Stellung noch während acht Jahren vorzügliche Dienste zu leisten. Seit 1918 lebte er in Zürich im Ruhestand und widmete sich seinen ausgesprochen literarischen Neigungen.

Am 8. Januar 1936 verlor der Kanton Bern in der Person des Herrn Dr. *Fritz Bühlmann*, Grosshöchstetten, seinen ältesten Politiker und unser Verein den Senior seiner Mitglieder, der über 70 Jahre, seit 1935 als Ehrenmitglied, dem Verein die Treue gehalten hat.

Aus alter konservativer Familie stammend, wandte sich Fritz Bühlmann schon in der Studentenzeit der liberalen politischen Denkweise zu. Die liberale Ära brachte dem Verstorbenen denn auch fast alle Ehren und Würden, die einem Bürger im Schweizerlande offenstehen: noch sehr jung präsidierte er während zwei Jahren den bernischen Grossen Rat, gehörte dem Nationalrat während vieler Jahrzehnte als Vertreter des Wahlkreises Emmental an. In dieser Eigenschaft war er einer der treuesten Mitarbeiter Eugen Hubers bei der parlamentarischen Beratung des ZGB. Er schuf auch den Entwurf zum bernischen Einführungsgesetz und erleichterte die Umstellung auf das neue Recht durch ein klar geschriebenes, von reicher Erfahrung diktiertes Buch über das neue Zivilrecht im Kanton Bern. Unter den zahlreichen Schöpfungen seiner engeren und weiteren Heimat, bei denen Fritz Bühlmann in vorderster Reihe mitgewirkt hat, seien nur die Ersparniskasse Konolfingen und die bernischen Kraftwerke erwähnt; an beiden Instituten hing der Verstorbene mit allen Fasern seiner reichen, temperamentvollen Natur. Diese enorme Betätigung für die Öffentlichkeit hinderten Fritz Bühlmann nicht, als gesuchter Anwalt die Interessen seiner Klienten treu und gewissenhaft zu wahren. Die Universität Bern verlieh ihm in Anerkennung seiner grossen Verdienste den Ehrendoktor. Im Militär rückte Fritz Bühlmann bis zur höchsten Stufe, zum Korpskommandant, vor.

Eine solche Unmasse von Arbeit hat kaum ein anderer schweizerischer Jurist bewältigt; der Verstorbene konnte es nur dank seiner hohen Intelligenz, seiner raschen Auffassung, seiner Entschlusskraft und seiner seltenen Energie. Ihm konnte man das Wort, das er nicht ungern und mit voller Überzeugung zitierte — dass nämlich die Arbeit das Schönste im Leben sei —, ohne weiteres glauben; seine Werke und sein Erfolg sind Beweis genug.

Nur um zwei Tage überlebte ihn ein anderer grosser Berner: der am 10. Januar 1936 verstorbene Alt-Ober-

gerichtspräsident Dr. *Eduard Thormann*. Seit dem Jahre 1880 Mitglied unseres Vereins, wurde in der Jahresversammlung von 1935 in Interlaken seiner ehrend gedacht, nachdem bereits dessen 80. Geburtstag Anlass zu einem tiefempfundenen, von feinem Verständnis getragenen Glückwunsch aus der Feder von Bundesrichter Dr. Georg Leuch in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (1935) gegeben hatte.

Von Eduard Thormann hiess es schon immer, er sei der „geborene Richter". Diesem Wort entspricht nicht nur seine rein äusserlich betrachtete Lebensarbeit, zuerst als Gerichtspräsident und dann während 35 Jahren als bernischer Oberrichter, sondern noch viel mehr sein segensreiches Wirken für die Entwicklung der Rechtsprechung im Kanton Bern. Sein Einfluss im Gerichte selbst, das er nicht nur präsidierte, sondern im wahrsten Sinne des Wortes leitete, war unbestritten; der Einfluss der von ihm inspirierten Urteile reichte aber weit über den Kanton Bern hinaus: er war dem neuen Privatrecht ein zuverlässiger und wertvoller Wegbereiter in der Praxis. Wie sein Landsmann Fritz Bühlmann, hing auch Eduard Thormann mit ganzer Seele am Militärdienst. Dass er nicht wie jener die höchste Stufe im Militär erreichte und dass sich sein überragendes Können als Richter nicht im Bundesgericht auswirken konnte, erklärt sich zum Teil aus seiner Zugehörigkeit zu der bernischen konservativen Partei, zum Teil aber auch aus seiner grossen Bescheidenheit, seiner Abneigung gegen alle äussere Ehrung und Anerkennung. So hat er z. B. zu Lebzeiten von dem ihm verliehenen Ehrendoktortitel der Universität Bern nie Gebrauch gemacht.

Der am 20. Januar 1936 verstorbene *Wilhelm Beck* in Vaduz gehörte dem Juristenverein seit dem Jahre 1923 als auswärtiges Mitglied an. Er nahm in jenem Jahre an der Vereinsversammlung in Frauenfeld teil und fiel durch seine Liebenswürdigkeit und sein frohes Wesen auf.

Er spielte in seinem Heimatland als Führer der liechtensteinischen Volkspartei während geraumer Zeit auch eine politische Rolle, wurde Landtagspräsident und Verwaltungsrat der Fürstlich-liechtensteinischen Sparkasse. Er hatte erheblichen Anteil an der liechtensteinischen Gesetzgebung und erwarb sich in dieser Beziehung bleibende Verdienste.

In *Stefano Gabuzzi*, der am 25. Januar 1936 in seiner Vaterstadt Bellinzona im hohen Alter von 88 Jahren verstarb, verliert der Juristenverein sein drittes Ehrenmitglied innerhalb eines Jahres. Gabuzzi begann sein Wirken nach Abschluss der juristischen Studien in Genf als Führer der tessinischen Liberalen in Gemeinde und Kanton. Als junger Rechtsanwalt und Redaktor, zuerst des Blattes „La Democrazia" und dann der von ihm und andern Tessiner Liberalen gegründeten Zeitschrift „La Riforma federale" focht er für die Revision der Bundesverfassung von 1872 und 1874. Während weiteren 20 Jahren gehörte er dem Grossen Rat des Kantons Tessin an, war von 1905—1910 Staatsrat, von 1910—1920 Mitglied des Ständerates und diente von 1920—1932 wiederum seinem Heimatkanton als Mitglied des Obergerichts. In der Militärjustiz brachte es Stefano Gabuzzi bis zum Präsidenten des Militärkassationsgerichts; ausserdem war er lange Zeit Ersatzmann des Bundesgerichts und Mitglied des Bundesstrafgerichts. Ein bleibendes Verdienst hat sich der Verstorbene durch die Gründung des „Ripertorio di Giurisprudenza Patria" im Jahre 1881 und durch dessen sorgfältige Leitung während mehr als 50 Jahren erworben. Er war ein feiner Kopf, zugleich ein sprachlich und literarisch hochgebildeter Richter und Mensch, der in absoluter Unabhängigkeit und Gründlichkeit sich sein Urteil in Rechtssachen und über innen- und aussenpolitische Fragen bildete. Seine Verdienste um das gegenseitige Verstehen zwischen seinem Heimatkanton und der übrigen Schweiz und sein umfangreiches Wirken in Gesetz-

gebung und Rechtsprechung fanden schon zu Lebzeiten Anerkennung, sowohl durch die Verleihung des Ehrendoktors der Universität Zürich im Jahre 1921 als auch durch seine Ernennung zum Ehrenmitglied unseres Vereins im letzten Jahre.

Am 5. Februar 1936 verstarb in Zürich Dr. *Hans Belart* im Alter von erst 50 Jahren. Geboren in Konstantinopel, zog es ihn, nach Vollendung seiner juristischen Studien an der Universität Bern, wiederum nach dem Orient. Dort verbrachte er fünf Jahre als juristischer Berater der türkischen Tabakregie, dann weitere elf Jahre als Direktor einer türkischen Eisenbahn und später der anatolischen Bahnen. Im Jahre 1917 trat er in die Weltfirma C. F. Bally AG. ein und übernahm deren Vertretung in Buenos-Aires. Nach langjährigem Aufenthalt kehrte er nach Zürich zurück, von wo aus er die argentinischen Geschäfte weiterhin leitete und wo er zuletzt auch als argentinischer Konsul tätig war.

Auf tragische Weise fand Prof. Dr. *Henry Bovay* aus Lausanne beim Skisport am 10. Februar 1936 im Alter von erst 48 Jahren den Tod: Professoren und Studenten der Universität Lausanne verbrachten ihr Wochenende auf Caux sur Montreux und trieben gesunden Sport. Beim Üben im Skifahren erlitt Henry Bovay einen Herzschlag und verschied bald darauf. Damit fand ein viel zu kurzes, aber äusserst arbeitsreiches Leben sein Ende.

Henry Bovay schloss im Jahre 1906 seine juristischen Studien, denen er in Lausanne, München und Berlin obgelegen hatte, an der waadtländischen Hochschule mit dem Doktorexamen ab, betätigte sich während elf Jahren als Anwalt, seit 1925 während weiterer sechs Jahre als waadtländischer Kantonsrichter und wurde 1931 zum Ordinarius für schweizerisches Obligationenrecht und Handelsrecht an der Universität Lausanne gewählt. Neben seiner Anwaltstätigkeit veröffentlichte er verschiedene

Schriften aus dem Privatrecht und Strafrecht, erwarb sich ferner durch die Übersetzung der Kommentare von Wieland und Jaeger ins Französische erhebliche Verdienste um die schweizerische Rechtswissenschaft und hielt auch an der Vereinsversammlung von 1925 ein Referat über das Handelsstrafrecht.

In Oberrichter *Kaspar Kopp* verlor der Kanton Luzern am 20. Februar 1936 einen pflichtgetreuen und gewissenhaften Beamten, der seinem Land während beinahe 60 Jahren gedient hat. Er begann seine Laufbahn als Gerichtsschreiber des früheren Bezirksgerichts Habsburg, wurde 1905 in das Obergericht gewählt, dem er bis zu seinem Tode angehörte. Ausserdem war der Verstorbene während Jahrzehnten als Vertreter der konservativen Partei Mitglied des Grossen Rates und brachte es im Militär bis zum Obersten der Infanterie.

Nach kurzer Krankheit starb in Zürich am 23. März 1936 in seinem 74. Altersjahr Oberrichter Dr. *Otto Lang*. Der Verstorbene konnte auf eine beinahe 50jährige richterliche Tätigkeit zurückblicken, die nur einen kurzen, vierjährigen Unterbruch erlitten hat, als Otto Lang im Jahre 1916 die Leitung des städtischen Gesundheitswesens übernahm. Nach einem flotten Studium, vorwiegend an deutschen Hochschulen, der Jurisprudenz und seinem Korps sich widmend, begann der Verstorbene seine praktische Tätigkeit im Jahre 1888 als Bezirksanwalt, wurde 1896 Bezirksrichter und im Jahre 1900 Oberrichter. Hier erntete er im Handelsgericht und besonders als Schwurgerichtspräsident hohe Anerkennung. Die Universität Zürich zeichnete ihn 1931 durch Verleihung des Doktortitels ehrenhalber aus.

Aber die richterliche Tätigkeit brachte Otto Lang nicht die volle Befriedigung. Sein wahrhaft gütiges Wesen trieb ihn schon früh dazu, sich der Armen und Schwachen anzunehmen. So kam er zum Sozialismus, dessen bedeutend-

ster Führer er nach Hermann Greulich in Zürich und in der Schweiz geworden ist. Sein ganzes Leben lang hat er dieser Partei in guten und bösen Tagen gedient, war deren Vertreter und Wortführer in unzähligen parlamentarischen Kommissionen von Stadt und Kanton Zürich. Auch bei der Ausarbeitung des ZGB und bei der Revision des Obligationenrechts wirkte Otto Lang in den Expertenkommissionen mit und trat temperamentvoll für die Interessen der Arbeiter ein. Er war ein vornehmer Kämpfer, der auch die Achtung der politischen Gegner genoss; denn er wollte nichts für sich und meinte es stets ehrlich.

Nur zwei Tage später schloss ein anderer Zürcher, Bundesrichter Dr. *Theodor Weiss*, am 25. März 1936, im Alter von 68 Jahren seine Augen. Theodor Weiss war in Zürich geboren, durchlief die zürcherischen Schulen und studierte auch daselbst und in Leipzig Jurisprudenz. Schon seine Dissertation führte ihn auf prozessuales Gebiet, war sie doch der Behandlung konnexer Zivil- und Strafsachen gewidmet. Auch als Sekretär des zürcherischen Obergerichts und dann des Bundesgerichts, in welche Stellung er schon im Jahre 1897 aufrückte, beschäftigten ihn neben den Fragen über die illoyale Konkurrenz — worüber er ebenfalls eine Abhandlung veröffentlichte — wiederum die Schwierigkeiten des Prozessrechtes. Die Frucht dieser Studien ist das jedem praktizierenden Anwalt wohlbekannte und unentbehrliche Buch über „Die Berufung an das Bundesgericht", das im Jahre 1908 erschien und ihm die Wahl zum Bundesrichter einbrachte. Er gehörte dann dem Gericht während 28 Jahren an; in der I. Zivilkammer, der er am längsten zugeteilt war, entwickelte sich Theodor Weiss zu einem hochangesehenen Richter im Obligationenrecht und im Gebiete des immateriellen Güterrechts.

Wie so mancher grosse Richter oder Anwalt fühlte sich auch Theodor Weiss zu historischen und literarischen Studien hingezogen. Die verschiedensten Gebiete erweckten sein Interesse: im Jahre 1906 veröffentlichte er eine

Arbeit über die Frage der Prostitution; später beschäftigte er sich mit der sturmbewegten Zeit des bernischen Radikalismus und namentlich mit der Persönlichkeit Jakob Stämpflis, als dessen Nachkomme mütterlicherseits sich der Verstorbene gerne rühmte. Sein Lebensbild wäre nicht vollständig und nicht ganz wahr, würde hier nicht auch der hervorstechendsten Eigenschaft gedacht: Theodor Weiss war ein humorvoller, fröhlicher und glänzender Gesellschafter, der oft ganz ungewollt und spontan zum Gelingen so manches schweizerischen Juristentages beigetragen hat.

Der Kanton Thurgau musste seinen Obergerichtspräsidenten scheiden lassen: am 1. Mai 1936 erlitt Dr. *F. Hagenbüchle* einen Schlaganfall, an dessen Folgen er kurz darauf starb. Sohn des Redaktors und Eigentümers der „Schweizerischen Bodenseezeitung" in Romanshorn, zeigte Fritz Hagenbüchle schon als Student in Feldkirch, Tübingen, Leipzig, Bern und Heidelberg, wo er doktorierte, grosses Interesse für die mit der Jurisprudenz verwandten Gebiete der Sozialwissenschaften und der Nationalökonomie. Trotzdem entschloss er sich Mitte der 90er Jahre zur Anwaltstätigkeit, betätigte sich aber daneben sein Leben lang als eifriger Publizist und Politiker in den ihm nahestehenden Blättern. Sein Anwaltsbureau in Romanshorn entwickelte sich rasch zu hoher Blüte, dank der gründlichen juristischen Kenntnisse, der geistvollen Vertretung seiner Prozesse vor Gericht und der Hilfsbereitschaft gegenüber den finanziellen Nöten seiner Klienten. Von 1904—1926 gehörte der Verstorbene dem thurgauischen Grossen Rate an; 1914 wurde er ins Obergericht gewählt, dessen Vorsitz er 1920 übernahm. Auch als Richter erfreute sich der Verstorbene grosser Beliebtheit; seine Geschäftsführung zeichnete sich, bei aller Wahrung der Autorität, durch Höflichkeit und Zuvorkommenheit gegenüber Anwälten und Parteien aus. Er erreichte ein Alter von 66 Jahren.

Am 11. Mai 1936 starb in Lausanne Alt-Staatsrat *Alphonse Dubuis* nach kurzer Krankheit im Alter von 70 Jahren. Nach juristischen Studien im In- und Ausland eröffnete Alphonse Dubuis in Lausanne ein Anwaltsbureau, wurde schon 1893 als freisinniger Vertreter in den Stadtrat und 1894 in den Grossen Rat des Kantons Waadt sowie in den Nationalrat gewählt. 1912 gab er seine Demission als Nationalrat, um als Staatsrat die Leitung der waadtländischen Finanzen und später das Erziehungswesen zu übernehmen. Bis zum Jahre 1930 wirkte er zum Segen seines geliebten Heimatkantons; nachdem er das von ihm ausgearbeitete neue kantonale Gesetz über die Primarschule in der Volksabstimmung durchgekämpft hatte, zog er sich vom Amte zurück. Der eidg. Militärjustiz leistete er zuletzt als Oberst und Grossrichter der 1. Division jahrelang gute Dienste.

In Altstätten im Rheintal verschied an einem Herzschlag am 22. Mai 1936 Ständerat Dr. *Josef Schöbi* im Alter von 63 Jahren. Nach juristischen Studien in München und Freiburg, wo er doktorierte, praktizierte Josef Schöbi in Appenzell und nachher in Altstätten als Rechtsanwalt, redigierte daneben auch noch die „Rheintalische Volkszeitung". Sein Humor und seine literarischen Neigungen, die ihn auch zur Herausgabe gerngelesener volkstümlicher Gedichte veranlassten, waren seiner journalistischen Betätigung förderlich. Trotzdem nahm er im Jahre 1926 die Wahl als Bezirksammann an. Im Grossen Rat des Kantons St. Gallen spielte Josef Schöbi eine bedeutende Rolle als konservativer Führer. Diese Tätigkeit brachte ihm 1935 die Wahl als Ständerat ein; die kurze Spanne Zeit, die ihm für das Wirken auf eidgenössischem Boden vergönnt war, gestattete ihm nicht mehr, sich auch in der schweizerischen Politik zu entfalten.

Am 3. Juli 1936 nahm sich Alt-Gerichtspräsident Dr. *H. Schatzmann* aus Reinach (Aargau) im Untersuchungsgefängnis von Stans das Leben. Ursprünglich

Postbeamter, entschloss er sich später zum Studium der Rechte, das er mit dem Doktorexamen und dem aargauischen Staatsexamen abschloss. Er wurde dann zum Gerichtsschreiber und später zum Gerichtspräsidenten von Kulm gewählt. Er trat aber 1924 zurück und eröffnete in Reinach ein Anwaltsbureau. Seine Tätigkeit war nicht vom Glück begünstigt; in eine Untersuchung wegen Urkundenfälschung verwickelt, richtete er sich selbst.

In Basel starb am 9. Juli 1936 im hohen Alter von 85 Jahren Dr. *Traugott Siegfried.* Seit 1877 war er Mitglied des Vereins; an der Jahresversammlung in Interlaken wurde dieser Anhänglichkeit ehrend gedacht. Aus einer bekannten Zofinger Familie stammend, verbrachte er den grössten Teil seines Lebens und Wirkens in Basel, das ihm zur Heimat geworden war. Er war während Jahrzehnten als Appellationsschreiber tätig, auch noch unter Andreas Heusler. In weitere Kreise drang sein Name durch seine populären Schriften gegen den Alkoholmissbrauch.

Sodann verlor der Kanton Baselstadt auch einen angesehenen Anwalt in der Person von Dr. *Karl Vonder-Mühll-von Tuhr*, der am 18. Juli 1936 im Alter von erst 56 Jahren in einer Zürcher Klinik einem tückischen Leiden erlag. Nach dem Besuch der Basler Schulen studierte Karl VonderMühll in seiner Vaterstadt und in Leipzig die Rechte, promovierte 1903 in Basel und eröffnete, nach einem Aufenthalt in Paris, ein Anwaltsbureau. Schon 1909 tat er sich mit Dr. Peter Schmid zusammen. In treuer Arbeitsgemeinschaft blieben die beiden Juristen während 28 Jahren vereinigt und brachten ihr Anwaltsbureau auf eine ansehnliche Höhe. Die besondere Neigung des Verstorbenen galt dem Militärdienst und der Wehrwissenschaft, denen er viel Zeit und Kraft gewidmet hat. Er hat fast sämtliche Posten, die einem Generalstabsoffizier blühen können, versehen, kommandierte auch die Basler Brigade und führte 1931 die Manöverdivision. Trotzdem fand Karl VonderMühll noch Zeit, sich der

Öffentlichkeit in der Stadt Basel zu widmen: er war während Jahrzehnten Mitglied der Steuerkommission, Statthalter des Strafgerichts und zuletzt auch noch Ersatzrichter im Appellationsgericht. Alle diese zahlreichen Funktionen versah der Verstorbene mit Gewissenhaftigkeit und überlegener Ruhe.

2. *Bezeichnung der Sekretäre.* Auf Vorschlag des Vorstandes wählt die Versammlung Herrn Dr. *W. E. Fröhlicher*, Fürsprech in Solothurn, zum Protokollführer deutscher Sprache und Herrn Fürsprecher *Roger Merlin* in Bern zum Protokollführer französischer Sprache.

3. *Aufnahme neuer Mitglieder.* Dieses Traktandum ist bereits durch den Bericht des Präsidenten erledigt worden.

4. *Rapport du Caissier* pour l'exercice du 1er juillet 1935 au 30 juin 1936:

1. Compte général.

Au 30 juin 1935, la fortune de la société s'élevait à fr. 47,147.55

Les Recettes de l'exercice ont été les suivantes:

Cotisations	fr. 8,982.—	
Subvention de la Confédérat.	„ 1,500.—	
Vente de brochures . . .	„ 149.80	
Revenu net de la fortune .	„ 1,610.15	
Total des Recettes	fr. 12,241.95	
Les Dépenses ont été les suivantes:		
Frais d'administration . . .	fr. 2874.—	
Frais d'impression	„ 6928.60	
Total des Dépenses	fr. 9,302.60	
L'excédent des Recettes est de	fr. 2,439.35	„ 2,439.35
montant dont la fortune s'est augmentée, ce qui la porte à		fr. 49,586.90
dont il y a lieu de déduire la moins-value subie par le portefeuille au 30 juin 1936, ensuite de la baisse des cours . . .		„ 4,190.—
Fortune de la société au 30 juin 1936 .		fr. 45,396.90

Ce résultat n'appelle pas de commentaires spéciaux. Les frais d'impression ont été particulièrement élevés, puisque l'année précédente ils n'étaient que de *fr. 3753.20.*

La moins-value subie par le portefeuille est importante. Elle résulte en particulier de la baisse du cours de *fr. 7500.—* d'obligations Châtelard-Montreux 1931, qui sont cotées dans l'inventaire pour le 36% seulement de leur valeur.

2. Compte spécial.

Sources du droit suisse.

Au 30 juin 1935, le montant du fonds spécial était de		fr. 128,867.20
Les Recettes ont été les suivantes:		
Remboursement d'une obligation du Canton de Neuchâtel . . .	fr. 1000.—	
Subvention de la Confédérat.	„ 1000.—	
Revenu net des capitaux .	„ 5640.35	
Total des Recettes	fr. 7640.35	
Les Dépenses représentées par des frais d'impression et des honoraires versés à des collaborateurs s'élèvent à .	„ 3433.25	
L'excédent des Recettes est de		„ 4,207.10
ce qui porte le montant du fonds à . .		fr. 133,074.30
Par contre, la moins-value subie par le portefeuille au 30 juin 1936 est de .		„ 12,070.—
de sorte que le montant du Fonds spécial au 30 juin 1936 est réduit à . . .		fr. 121,004.30

La diminution de la valeur boursière du portefeuille est très sensible. Il ne semble toutefois pas que l'on doive modifier sa composition si ce n'est que, lorsque des titres seront remboursés, il faille donner la préférence à des obligations de cantons ou de communes, dont la situation est encore relativement bonne, et chercher à répartir le

plus possible les risques, en n'ayant qu'un montant limité de titres de chaque espèce.

Der Vorsitzende dankt dem Kassier für seinen Bericht und für die von ihm während des Jahres geleistete Arbeit. Der Bericht der Rechnungsrevisoren wird am nächsten Tage folgen.

5. *Bericht des Preisgerichts.* Herr Prof. Logoz verliest folgenden Bericht:

Le thème proposé par la Société suisse des juristes pour le travail de concours de 1936 était la question — hélas actuelle — de l'atteinte à l'honneur d'une collectivité (en allemand: die Kollektivehrverletzung).

Le jury, composé de M. le Professeur Hafter, président, de M. Staempfli, P. G. de la Confédération, et du rapporteur qui remplace le président absent de Suisse en ce moment, a eu à examiner un mémoire en langue allemande, de 57 pages dactylographiées, présenté sous le motto „audacter calumniare semper aliquid haeret".

Peut-on punir — et, si oui, à quelles conditions peut-on punir une imputation calomnieuse ou diffamatoire visant soit une collectivité *organisée* — par ex. une société anonyme ou une société en commandite — soit une collectivité *non organisée* (ainsi „les Juifs", „les francs-maçons", „les juges", „les gradés de l'armée"?

C'est à cette dernière forme de l'atteinte à l'honneur — calomnie ou diffamation visant une collectivité non organisée — que l'auteur du travail présenté au concours s'est particulièrement intéressé.

Sans doute, il connaît et il cite la belle étude que M. Gerwig, de Bâle, a récemment consacrée à l'atteinte à l'honneur de personnes juridiques en droit pénal suisse. Il sait qu'en Suisse, la doctrine et la pratique — en particulier la jurisprudence du T. F. — ont aujourd'hui résolu par l'affirmative la question de savoir si l'honneur, tout au moins l'honneur dit externe c'est-à-dire la réputation,

peut être considéré comme un des biens juridiques appartenant à une personne morale et pouvant, par conséquent, être lésé au préjudice de cette personne. Fait curieux, cependant, et que l'auteur du travail de concours n'a pas relevé, cette solution juste n'a jusqu'ici prévalu, chez nous, qu'en droit civil. La pratique pénale suisse, au contraire, est encore hésitante et même en général négative à cet égard, — comme si l'honneur à sauvegarder pénalement était quelque chose de tout autre que l'honneur que le droit civil reconnaît et protège au profit des personnes juridiques.

Mais, encore une fois, c'est surtout à l'étude des atteintes à l'honneur de collectivités non organisées — une race, une catégorie sociale ou professionnelle, un parti politique, etc. — que l'auteur du travail de concours s'est attaché de préférence. Les considérations qu'il présente là-dessus (notamment dans les p. 14 et s. de son travail) sont peut-être ce qu'il y a de mieux et, en tous cas, de plus original dans sa monographie.

Selon lui, l'atteinte à l'honneur d'une collectivité doit être définie (j'espère ne pas trahir sa pensée par cette traduction): „une imputation visant une collectivité dans son ensemble et atteignant les individus qui en font partie, seuls ou en même temps que la collectivité elle-même.“ Cette définition pourrait être discutée. Mais enfin, partant de là, l'auteur a dû tout d'abord résoudre cette question: comment et dans quelle mesure l'imputation visant une collectivité non organisée — les Juifs, les banquiers, les officiers, par ex. — peut-elle atteindre des *individus* qui font partie de cette collectivité, de telle sorte que ces individus soient éventuellement fondés à réclamer l'application à leur profit des dispositions pénales réprimant la diffamation ou la calomnie?

A cette question, l'auteur répond en disant en substance (p. 15 et s.): toute atteinte à l'honneur d'une collectivité a pour ainsi dire „eine Reflexwirkung“. „La désignation de la collectivité visée“, dit-il (je traduis textuellement

quoiqu'il y ait peut-être là, à la forme, une association d'images un peu heurtée) „a la fonction du miroir qui renvoie l'offense sur les individus". „Eine andere Funktion" — dit-il encore — „kommt der Gesamtbezeichnung nicht zu. Sie ist ja nur ein Sammelwort, das so und so viele Personen zugleich bezeichnet."

Par ex., nous explique-t-on encore, si ce sont „les francs-maçons" que l'imputation offensante a visés, l'individu d'intelligence normale qui a connaissance de cette imputation fera presque instantanément le raisonnement suivant, par voie de syllogisme: les francs-maçons, a déclaré l'auteur de l'imputation, sont des traîtres; X est franc-maçon, donc X est un traître.

Ainsi, selon l'auteur du travail de concours (p. 24 et s.), le juge pourra — bien entendu en tenant compte des circonstances propres à chaque cas d'espèce — déterminer les individus atteints par l'imputation offensante.

Cela posé, l'auteur donne quelques indications (p. 28 et s., puis p. 37 et s.) sur la doctrine, surtout allemande, et sur la jurisprudence concernant le problème dont il a entrepris l'étude.

Enfin, dans un dernier chapitre intitulé „La législation de l'avenir" (p. 53 et s.), l'auteur fait preuve d'une modestie qui l'honore, mais aussi — quant à son étude et à ses conclusions personnelles de lege ferenda — d'une discrétion regrettable.

L'auteur fait preuve d'une sage modestie en pensant, semble-t-il, que sa propre théorie de la „Reflexwirkung" pourrait bien ne pas obtenir à coup sûr l'adhésion des tribunaux. La doctrine et la pratique, dit-il, sont encore si hésitantes qu'on ne saurait, sans risquer d'être déçu, compter sur l'application des dispositions pénales concernant les atteintes à l'honneur en général, dans tous les cas où cela serait nécessaire pour réprimer les offenses visant une collectivité.

Mieux vaudrait, par conséquent, édicter à cet égard des dispositions spéciales. Et l'auteur cite quelques pays

dans lesquels cette solution législative a déjà prévalu: le Brésil (loi du 4 avril 1935), la Norvège (C. P. de 1902) et surtout les Pays-Bas (loi du 19 juillet 1934 pour la protection de l'ordre public).

Malheureusement, l'auteur s'en tient là. Il suggère bien, sans se prononcer plus nettement, d'insérer dans le projet de code pénal suisse des dispositions réprimant spécialement les atteintes à l'honneur qui visent une collectivité.

Mais ces textes éventuels, comment les rédiger? Et même, est-ce dans le chapitre des délits contre l'honneur qu'il faudrait les classer? A notre regret, l'auteur, ici, se dérobe. Selon lui, ces questions sortiraient du cadre de son travail. Il ne croit donc pas devoir les étudier et nous dire ce qu'il en pense.

A notre avis, au contraire, l'étude de la loi à faire pour notre pays eût été des plus désirables. Elle aurait été, en réalité, le point d'aboutissement normal de l'étude proposée par la Société suisse des juristes.

Si l'auteur avait fait cette recherche de lege ferenda, peut-être serait-il arrivé à constater en définitive que ce n'est pas en tant que délits d'atteinte à l'honneur qu'il conviendrait d'incriminer pénalement les attaques qui font l'objet de son travail. L'atteinte à l'honneur d'une collectivité, telle que l'auteur la comprend, tend à devenir en effet un délit contre l'ordre public, ou contre la paix publique. C'est d'ailleurs ce qu'ont déjà admis la loi néerlandaise de 1934 et la loi brésilienne de 1935, que l'auteur cite à la fin de son étude.

Sur d'autres points encore, la monographie soumise au jury ne va pas assez au fond des choses.

Ainsi, par ex., en ce qui concerne la notion même de l'honneur (p. 6 et s.). Après avoir relevé que, là-dessus, la doctrine abonde en controverses, l'auteur se borne à ajouter: nous ne pouvons pas, dans le cadre de notre travail, pousser plus loin l'étude de ce problème. Pourquoi pas?

De même, certains points délicats de procédure sont traités trop sommairement. Il en est ainsi, notamment, de la question de savoir qui, dans certains cas d'atteinte à l'honneur d'une collectivité, aura qualité pour faire ouvrir l'action pénale.

Enfin, sans vouloir allonger davantage son rapport, le jury doit faire encore une observation critique, au sujet des trois pages d'„introduction historique" qui figurent en tête du travail présenté au concours. Ainsi que nous ne cessons de le répéter aux étudiants qui nous apportent leur thèse de doctorat, de telles introductions historiques n'ont de valeur que si elles reposent sur une étude personnelle et directe des sources.

Cela dit, le jury reconnaît volontiers que, pour n'être pas aussi complète et aussi approfondie qu'elle aurait dû l'être pour mériter un premier prix, l'étude qu'il a eu à examiner est rédigée non sans talent et même avec une conviction sympathique.

Conclusion: Le jury unanime propose d'allouer à l'auteur du travail présenté au concours un second prix de fr. 300.—.

Si cette monographie doit être imprimée, le jury se permet d'en recommander la revision préalable, pour éliminer certaines erreurs de détail et améliorer le style sur quelques points.

Nachdem der Vorsitzende den Bericht von Prof. Logoz verdankt hat, erteilt die Versammlung dem Antrag des Preisgerichts, der eingegangenen Arbeit einen 2. Preis im Betrage von Fr. 300.— zu verleihen, ihre Zustimmung. Als Verfasser der Arbeit wird Herr Fürsprecher Georges Brunschvig, Bern, festgestellt.

6. *Diskussion über das Thema: „Die Clearing-Abkommen und ihr Einfluss auf die Schuldverhältnisse."* Da Herr Minister Stucki infolge Arbeitsüberhäufung an der Ausarbeitung des deutschen Referates, das er ursprünglich

übernommen hatte, verhindert war, hat sich Herr Dr. *Walther Hug*, Professor an der Handelshochschule St. Gallen, als deutschsprachiger Referent zur Verfügung gestellt. Die kurze Zeit, die noch zur Verfügung stand, gestattete aber nicht, seinen Bericht rechtzeitig im Druck erscheinen zu lassen. Herr Prof. Hug hält daher in der heutigen Sitzung ein ausführliches mündliches Referat, das auf Seite 393a ff. in extenso wiedergegeben wird.

Der Vorsitzende verdankt den Bericht von Prof. Hug und benützt hierauf die Anwesenheit von Alt-Bundesrat Häberlin, um ihm von seiner heutigen Ernennung zum Ehrenmitglied des Schweizerischen Juristenvereins in Kenntnis zu setzen.

Herr *Alt-Bundesrat Häberlin* dankt in bewegten Worten für die Ehrung, die ihm zuteil geworden ist, und gesteht, dass die langen Jahre der guten Beziehungen zwischen dem Juristenverein und dem ehemaligen Justizminister eine tiefe Freundschaft gezeitigt haben.

Hierauf erteilt der Vorsitzende dem Referenten französischer Sprache, Herrn Dr. *Paul-René Rosset*, in Zürich, dessen gedruckter Bericht den Mitgliedern des Juristenvereins bereits zugestellt worden ist, das Wort zu seinem ergänzenden Referat:

L'examen des problèmes, aussi nombreux que complexes, soulevés par les accords de clearing, se heurte à des difficultés très particulières dont la principale cause réside dans le fait qu'il s'agit de rechercher les effets *juridiques* de traités conclus dans un but *économique*. Aussi est-il spécialement malaisé d'étudier la règle de droit *in abstracto*.

Il convient sans doute d'examiner de plus près le problème de la nature juridique exacte de la législation en matière de devises et par conséquent également des dispositions des accords de clearing. En affirmant qu'il s'agit de dispositions de droit public, on n'a pas épuisé la question[1]). Est-on en présence de droit *matériel* ou simple-

[1]) Cf. T. f. 60 II. p. 294.

ment de dispositions de procédure, de *jus ad actiones*, en d'autres termes de droit *formel* „qui n'affecte pas l'existence ni les modalités du rapport de droit, mais seulement sa mise en oeuvre"[2]). Il ne semble pas qu'il soit possible de donner une réponse unique à cette question. Certaines de ces dispositions, celles qui sont en quelque sorte fondamentales en ce sens qu'elles concernent le clearing lui-même *sensu stricto*, paraissent constituer du droit formel. C'est ce qui m'a autorisé à écrire que la „compensation" des accords de clearing est une *procédure* suivant laquelle s'opère le payement. Mais d'autres dispositions des accords, celles qui sont accessoires au clearing proprement dit, constituent, me semble-t-il, du droit matériel. En effet il paraît certain que ces dispositions déploient des effets de droit civil matériel. Les dispositions légales du droit civil commun sont modifiées, parfois profondément, lorsqu'il s'agit de créances soumises au système de la „compensation".

Quelle est l'importance de cette distinction pour établir le champ d'application territorial des dispositions légales en matière de devises? Si celles-ci constituent du droit de procédure, il est évident qu'elles ne sauraient déployer d'effets en dehors des frontières de l'Etat qui les a promulguées. Quant aux dispositions de droit matériel, elles paraissent contraires au droit international dans toute la mesure où elles ne résultent pas d'un traité. Par ailleurs il semble qu'elles sont également incompatibles avec l'ordre public suisse, ainsi que l'estime le Tribunal fédéral[3]). Par conséquent, à ce double titre, elles ne sauraient déployer d'effets sur notre territoire.

Si nous envisageons maintenant *l'application des accords de clearing*, nous croyons pouvoir faire la remarque générale que les difficultés juridiques qu'elle rencontre sont dues pour une bonne part au fait que les contractants et

[2]) Du Pasquier: Introduction à la science du droit. Cours enseigné à l'Université de Neuchâtel.

[3]) T. f. 61 II p. 243.

les personnes visées par la législation de clearing ne sont souvent pas les mêmes sujets de droit. Ainsi, par exemple, l'importateur n'est pas l'acheteur, l'exportateur n'est pas le vendeur. Fréquemment il n'y a aucun rapport de droit entre les personnes auxquelles les accords de clearing et leurs dispositions d'exécution imposent des obligations de droit public qui ne correspondent pas à des obligations de droit civil. Par ailleurs les effets de ces accords en droit civil ne sont souvent qu'indirects en ce sens que si l'on fait abstraction de quelques dispositions, ils ne résultent pas du texte même des traités. Ils ne peuvent qu'être déduits de leur interprétation.

Dans cette interprétation, je crois qu'il faut toujours distinguer soigneusement les obligations de droit civil incombant aux parties en vertu de la loi ou de la convention, des obligations de droit public que leur imposent les dispositions en matière de clearing. Ces dispositions n'ont évidemment pas pour but de modifier les obligations de droit civil des parties. En principe elles demeurent étrangères aux relations juridiques entre contractants. Elles ne déploient d'effet, dans le domaine du droit civil, que dans la mesure où cette intervention est indispensable pour que l'accord puisse remplir sa fonction; je reconnais d'ailleurs que cette intervention va souvent très loin. Deux conséquences en découlent. D'une part les contractants demeurent libres, en ce qui concerne l'exécution de leurs obligations contractuelles, pour autant que cette exécution n'est pas incompatible avec les dispositions en matière de clearing. D'autre part ils ne peuvent invoquer ces dispositions pour se soustraire à leurs obligations que dans les limites où celles-ci sont en contradiction avec les obligations de droit public qui leur sont imposées par la législation de clearing. Mais quand cette incompatibilité existe-t-elle et surtout quels sont ses effets? Tout d'abord il semble que cette incompatibilité ne se présumera pas. La législation en matière de clearing constitue du droit exceptionnel et, à défaut de dispositions précises, c'est le

droit commun qui est applicable. Toutefois je crois que, dans cette recherche, il convient de se baser non seulement sur le texte des accords et des arrêtés du Conseil fédéral, mais aussi sur le but de ces dispositions et l'économie du système de la „compensation". Cependant je ne perds pas de vue que leur inobservation est frappée de sanctions pénales sévères. Or, il ne saurait être question d'appliquer des sanctions à défaut d'infraction caractérisée.

Quant aux *effets de droit civil de l'inobservation des dispositions légales en matière de clearing*, j'ai cru pouvoir adopter une opinion qui me paraît tenir compte de la distinction que j'ai rappelée tout à l'heure entre obligation contractuelle de droit civil et obligation de droit public. J'estime que le payement opéré en dehors du clearing n'en est pas moins valable en droit civil. Certains prétendront que ce qui est illicite en droit public ne saurait être valable en droit civil. Je répondrai à cette affirmation, qui me paraît d'ailleurs en la forme quelque peu simpliste, que le payement opéré en dehors du clearing n'est pas illicite comme tel. C'est seulement le moyen par lequel il a été opéré qui l'est. Mon opinion paraît justifiée, par ailleurs, si on l'examine au point de vue du droit positif. Aucun texte légal ne déclare que ce payement ne serait pas valable en droit civil. Certains arrêtés du Conseil fédéral se bornent à prescrire qu'il ne libère pas le débiteur de son obligation de droit public de versement à la Banque nationale. En est-il ainsi même en l'absence d'une disposition légale expresse en ce sens? J'ai répondu par la négative à cette question. Sans doute peut-on prétendre que la Suisse, en concluant un traité qui accorde à l'autre Etat contractant une certaine fraction des sommes versées par les débiteurs, s'est engagée par là même à faire respecter dans tous les cas l'obligation de versement à la Banque nationale. Cependant il y a lieu d'observer qu'il s'agit d'une fraction des sommes *versées*, et non pas des sommes *dues* par les débiteurs domiciliés en Suisse. C'est évidemment très différent. Par ailleurs il paraît peu douteux que cette

obligation de verser à la Banque nationale le montant d'une dette éteinte ne manque pas d'un certain caractère pénal. Nous n'en voulons pour preuve que la procédure suivie pour en imposer le respect au débiteur récalcitrant. Celui-ci est déféré aux tribunaux pénaux qui le condamnent à verser à nouveau à la Banque nationale le montant de sa dette, de même qu'à une amende.

Que faut-il penser de ce *système de répression* qui prévoit une double sanction, d'une part l'amende et même la prison, d'autre part l'obligation de verser à la Banque nationale le montant de la somme ayant fait l'objet d'un payement direct? Je sais que de très remarquables juristes estiment que l'emploi de ces deux moyens de répression ne se justifie qu'à titre alternatif. Ils jugent que dès l'instant où la loi permet de faire respecter l'obligation de versement à la Banque nationale imposée au débiteur, il ne saurait être question de sanctions pénales telles que l'amende et la prison. Par contre si ces sanctions sont appliquées on ne pourrait pas obliger le débiteur récalcitrant à payer une seconde fois son créancier par l'intermédiaire de l'Institut d'émission. D'autres juristes, par contre, font un parallèle avec la législation en matière de droits de douane, par exemple, laquelle frappe le fraudeur d'une amende tout en l'obligeant à s'acquitter des droits éludés et ils en tirent la conclusion que le système de répression adopté lorsqu'il s'agit de certains clearings peut se justifier dans ses deux éléments. La question est évidemment très intéressante *de lege ferenda.*

Ce que j'ai dit au sujet du payement s'applique sans doute, *mutatis mutandis*, aux autres modes d'extinction des obligations. L'obligation paraît éteinte en droit civil, quel que soit le mode d'extinction employé, alors même que le débiteur n'aurait pas observé, pour se libérer, les dispositions en matière de clearing. Mais il va sans dire qu'ici aussi, le cas échéant, il ne sera pas libéré de son obligation de droit public de versement à la Banque nationale.

Le mode d'extinction des obligations, autre que le payement, le plus important pour notre étude, est sans doute la *compensation*. Je prends ce terme dans son sens juridique commun. Il s'agit de la compensation de l'article 120 de notre Code des obligations. J'ai indiqué, dans mon rapport, différentes raisons pour lesquelles les accords de clearing ne l'autorisent que moyennant l'assentiment des Offices de compensation des deux pays intéressés. J'en mentionnerai encore deux autres. Il faut tenir compte de la répartition des sommes versées par les débiteurs. Ces sommes servent à désintéresser les créanciers, lesquels, toutefois, comme on le sait, ne sont pas placés sur un pied d'égalité; ils sont soumis à des régimes différents selon la nature économique de leurs créances. Par ailleurs une fraction de ces sommes est réservée à l'Institut d'émission de l'autre pays partie à l'accord. Or, il va sans dire que la compensation a pour effet que seule la catégorie à laquelle appartiennent les créances compensées en raison de leur caractère économique bénéficie de l'opération. Par ailleurs elle prive la Banque nationale du pays étranger de la fraction des versements qui lui est réservée aux termes de l'accord.

Je n'ai pas pu aborder dans mon rapport écrit, faute de place, la délicate question de la législation en matière de clearing dans ses relations avec le *droit de change*. Il ne semble pas que cette législation est en principe incompatible avec les règlements par lettre de change, alors même que le contrat de change est un contrat abstrait. La lettre de change devra toutefois porter la mention „payable par le clearing" et le débiteur, en remplissant son bulletin de versement à la Banque nationale, devra se référer à l'exécution de l'avant-contrat. Dès lors le contrat de change perd évidemment beaucoup de son caractère abstrait et par conséquent aussi de son intérêt.

Il ne semble pas non plus que le clearing s'oppose aux *payements contre documents*.

Il faut espérer que les accords de clearing ne seront pas éternels et que nous pourrons nous passer un jour de ce pis-aller. Aussi la plupart de ces traités ont-ils prévu leur propre fin. Ils contiennent généralement la clause de style suivante que nous lisons à l'article 12 de l'accord avec l'Italie du 3 décembre 1935: „Si le présent accord prend fin, les importateurs du pays en faveur duquel un solde non transféré subsisterait devront continuer à verser la contre-valeur de leurs importations au compte global respectif jusqu'à l'amortissement complet des créances correspondant à ce solde." Ainsi, de bilatéral qu'il était, le clearing deviendrait unilatéral dès le moment où l'accord cesserait d'être en vigueur quant à ses autres dispositions. Par ailleurs il semble résulter de cette clause que la totalité des versements des débiteurs serait dès lors affectée au payement des créanciers. Relevons enfin que c'est seulement lorsque le solde dont il est question sera complètement amorti que l'accord ne déployera plus aucun effet tant de droit public que de droit civil.

Der Vorsitzende verdankt Herrn Dr. Rosset sein Referat und begrüsst anschliessend im Namen der Versammlung Herrn Bundesrat Baumann, der inzwischen erschienen ist.

Hierauf geht die Versammlung zur *Diskussion* über.

Herr Dr. *C. Wiedemann*, Basel:

Indem ich mich zu Worte melde, möchte ich zunächst denVorstand dazu beglückwünschen, dass er als Beratungsgegenstand für die heutige Tagung die Frage des Einflusses der Clearingabkommen auf die Schuldverhältnisse bestimmt hat. Die Ausführungen der Herren Berichterstatter haben die grosse Aktualität und die Komplexität der durch die von der Schweiz mit mehreren ausländischen Staaten abgeschlossenen Clearingabkommen aufgeworfenen Rechtsfragen in grosser Vollständigkeit aufgezeigt, und es war sicher von Wert für die Versammlung, über diese

Gegenstände durch zwei Fachleute orientiert zu werden, die nicht nur mit der rechtlichen, sondern auch mit der volkswirtschaftlichen Seite dieses Gegenstandes eng vertraut sind.

Das nun in das Stadium der Diskussion überführte Problem berührt so viele Einzelfragen, dass es im Rahmen der heutigen Tagung nicht möglich sein wird, auf dieselben im Detail einzutreten, vielmehr wird es sich bei der Besprechung wohl nur darum handeln können, in Ergänzung des schon Gesagten einige wesentliche Gesichtspunkte hervorzuheben.

Auf Grund solcher Überlegungen hat wohl auch Herr Rosset in seinen Schlussbetrachtungen der Anschauung Ausdruck gegeben, dass sich dieser Beratungsgegenstand des Juristentages zu keiner Beschlussfassung eignen werde und dass es ihm auch nicht zukomme, ein Urteil über den volkswirtschaftlichen Wert der Clearingabkommen zu fällen, die seitens der Eidgenossenschaft bis jetzt abgeschlossen worden sind. Diese Erkenntnis hat aber Herrn Rosset doch nicht abgehalten, am Schlusse seines gedruckten Referates dem Wunsch Ausdruck zu geben, die Anwendung dieser Clearingabkommen möge die zwischen den Kontrahenten geschaffenen Rechtsbeziehungen möglichst wenig beeinflussen bzw. verdunkeln.

Diesen Wunsch möchte nun der Sprechende aufs wärmste unterstützen, und zwar — allerdings ohne dazu ein ausdrückliches Mandat zu besitzen — vom Standpunkt der schweizerischen Holding- und Finanzierungsgesellschaften aus.

Diese sowohl allgemeinvolkswirtschaftlich als auch speziell für die eidgenössischen und kantonalen Finanzen interessanten, in grosser Anzahl in der Schweiz domizilierten Finanzgesellschaften sind es, die — neben den Banken — in allererster Linie unter den gesetzlichen Massnahmen zu leiden haben, die eine Reihe von Staaten einseitig ergriffen haben, um ihre nationale Währung vor Zerfall zu schützen.

Soweit es sich um solche Finanzierungsgesellschaften handelt, haben diese Unternehmungen seinerzeit meistens den Ausgangspunkt davon genommen, dass es früher möglich gewesen ist, Ersparnisse der schweizerischen Volkswirtschaft im Wege von Obligationenausgabe in grösserem Umfange zu gewinnen, um diese Geldmittel dann in Form von Aktienbeteiligungen und Vorschussgewährung im Ausland mit wesentlich höherem Erträgnis, als der Aufwand für die Obligationenverzinsung erforderte, fruktifizierend anzulegen. Seitdem im Ausland die einseitigen Zwangsdevisenbewirtschaftungen eingeführt worden sind, haben nun aber die in diesen Staaten eingesetzten Devisenüberwachungsstellen immer mehr das Recht für sich in Anspruch genommen, die materiellen Bedingungen bestehender zwischenstaatlicher Schuldverhältnisse zu diskutieren und herabzudrücken, zu denen die in der Schweiz im Anleihenswege gesammelten Gelder dem ausländischen Interessenten zur Verfügung gestellt worden sind, so dass schon von diesem Gesichtspunkte aus eine der Grundlagen, die zur Domizilnahme einer Reihe von Finanzgesellschaften in der Schweiz geführt hat, ins Wanken gekommen ist. Selbstverständlich überschreiten damit die Devisenüberwachungsstellen die ihnen gestellte Aufgabe des Währungsschutzes des betreffenden Schuldnerlandes, aber das ändert nichts an der Tatsache, dass durch dieses Verhalten eine der Voraussetzungen für die Existenz der schweizerischen, international tätigen Finanzierungsgesellschaften mehr und mehr verschwindet.

Dazu kommt des weiteren als höchst abträgliches Moment, dass sozusagen keines der abgeschlossenen Clearingabkommen den schweizerischen Finanzgesellschaften, die ihre Mittel im Ausland investiert haben, einen hundertprozentigen Transfer der Erträgnisse dieser Investitionen ermöglicht, und ferner die in den einzelnen Clearingabkommen für Finanzforderungen vorgesehene Quote des für die schweizerische Gesamtgläubigerschaft (Warengläubiger und Finanzgläubiger zusammen) zur Ver-

fügung stehenden Betrages stets nur mit der Fälligkeit zeitlich weit nachhinkender Verspätung hereinkommt. Meistens beträgt diese den Finanzgläubigern im Gesamtclearing reservierte Quote nur 20%, gegen 80%, die den Warengläubigern reserviert sind. Schweizerische Finanzgesellschaften mit eigenen Obligationenzinsfälligkeitsterminen können jedenfalls nur in Ausnahmefällen darauf rechnen, von ihren ausländischen Schuldnern via Clearing fristgemäss die Mittel zur Bezahlung dieser Fälligkeiten hineinzubringen.

Bei dieser Sachlage müssen die schweizerischen Holding- und Finanzierungsgesellschaften ganz *besonders* grossen Wert darauf setzen, dass die Clearingverträge, welche schon bestehen und möglicherweise in der Folge einer Revision unterstellt werden, sowie eventuell neu abzuschliessende Clearingverträge, beispielsweise der jetzt zwischen der Schweiz und Polen zur Diskussion stehende Clearingvertrag, sich im Rahmen ihrer eigentlichen Zweckbestimmung halten, die Herr Rosset in seinem gedruckten Referat wie folgt formuliert hat:

> „Le but des accords de clearing est d'assurer le paiement des créanciers en évitant tout transfert de devises."

Dagegen muss vermieden werden, dass die Clearingverträge über diesen eigentlichen währungspolitisch-volkswirtschaftlichen Zweck hinaus die mit ihnen zusammenhängenden zwischenstaatlich geschaffenen Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner modifizieren. Ganz ohne Behinderung des privatrechtlichen Verkehrs wird es dabei allerdings nie abgehen, aber das Ziel muss sein, diese Behinderung in möglichst engen Grenzen zu halten.

Es ist ein bleibendes Verdienst der heute erstatteten Referate, dass darin mit grosser Klarheit dargelegt worden ist, wie weitgehend die bestehenden Schuldverhältnisse hinsichtlich der Währung, des Zeitpunktes und des Ortes der Zahlung durch die von der Eidgenossenschaft bereits abgeschlossenen Clearingabkommen beeinflusst werden

und wie nachteilig die Folgen dieser Beeinflussung sich für die schweizerischen Gläubiger auswirken.

Unvermeidlich dürfte sein, dass wo immer zwischenstaatliche Clearingverträge abgeschlossen werden, die Schuldner und die Gläubiger, welche in einem der Staaten domiziliert sind, die den Clearingvertrag unter sich vereinbaren, durch den Zwang öffentlichen Rechtes gegen ihren Willen gewissermassen zu Zwangsschuldner- und Gläubigergemeinschaften zusammengeschlossen werden, mit der Wirkung, dass Zahlungen zwischen diesen zwei Zwangsgemeinschaften nur durch die beiderseitigen Noteninstitute vorgenommen werden dürfen. Dadurch wird naturgemäss das bisher im internationalen Wirtschafts- und Rechtsleben kaufmännisch so wichtige Moment der individuellen Auswahl des Kreditnehmers durch den Kreditgeber weitgehendst ausgeschaltet, was einer vorsichtigen Geschäftsführung hinderlich ist und sich dann besonders nachteilig fühlbar macht, wenn es zwar in der Vergangenheit bei Abschluss des Rechtsverhältnisses entscheidend war, durch den später eingeführten Clearingzwang aber weitgehend unwirksam gemacht wird.

In den Augen des Sprechenden ist es ein besonderes Verdienst des Herrn Rosset, dass er in seinem Referat gleich einem roten Faden immer wieder festgestellt hat, dass wenn in den Clearingabkommen nicht ausdrücklich das Gegenteil gesagt ist, das Ziel des Clearings sich nur auf die Form der Zahlung bezieht, im übrigen aber das Schuldverhältnis, wie es privatrechtlich geschaffen worden ist, weiterbesteht und nicht tangiert wird.

Die wichtigste Spezialfrage in diesem Zusammenhang ist wohl die, ob die in den Staaten mit Zwangsbewirtschaftung der Devisen eingeführte öffentlich-rechtliche Pflicht des Schuldners überall da, wo ein Clearingvertrag abgeschlossen ist, an die Notenbank seines Landes zu zahlen, für diesen Schuldner schuldbefreiende Wirkung hat oder nicht. Der Sprechende geht mit Herrn Rosset darin einig, dass wenn nicht das jeweils zur Anwendung kommende

Clearingabkommen *ausdrücklich* das Gegenteil bestimmt, anzunehmen ist, dass die Zahlung des Schuldners in das Clearingverfahren diesen Schuldner von seiner Schuldverpflichtung gegenüber seinem privatrechtlichen Gläubiger nicht befreit. Dies ist ja auch der Standpunkt des Herrn Vieli in seinem Rechtssystem der Clearingverträge und des Herrn Jaccard in seinem Essay: „De l'incidence juridique du clearing sur les rapports entre acheteurs et vendeurs." Auch mit sämtlichen zivilrechtlichen und betreibungsrechtlichen Schlussfolgerungen, welche Herr Rosset aus dieser seiner Anschauung und Konstatierung zieht, geht der Sprechende einig, und er hält dafür, dass gerade die in ihrer Existenz so schwer bedrohten schweizerischen Finanzierungs- und Holdinggesellschaften es als positives Postulat aufstellen müssen, dass die von der Schweiz eventuell noch abzuschliessenden Clearingverträge nicht nur bezüglich der Frage der befreienden Wirkung der Clearingzahlung für den Schuldner die Interpretationsmöglichkeit der nichtbefreienden Wirkung zulassen, sondern positiv bestimmen sollten, dass die Clearingzahlung den Schuldner von seiner Schuld erst befreit, wenn der Gläubiger den vollen Gegenwert erhalten hat, so dass das zivilrechtliche Verhältnis, so wie es zwischen Gläubiger und Schuldner zwischenstaatlich geschaffen wurde, speziell auch in diesem Punkte voll aufrecht bleibt. Die nationalen Gesetzgebungen in den Ländern mit Devisenzwangsbewirtschaftung schweigen sich über diesen Punkt meist aus und es ist dies wohl nicht ganz zufällig; möglicherweise besteht bei der betreffenden Regierung doch eine gewisse Scheu davor, offen zu sagen, dass die inländischen Schuldner durch die Zahlung an die Nationalbank befreit werden, wirken sich doch die öffentlich-rechtlichen Devisenordnungen, die den Währungszerfall bekämpfen sollen, hauptsächlich gegenüber den ausländischen Gläubigern aus, wodurch die Beziehungen des betreffenden Staates zum Ausland unmittelbar betroffen und unter Umständen weitgehend ungünstig beeinflusst werden können.

Zu diesem speziellen Punkt der eventuell schuldbefreienden Wirkung der Clearingzahlung kann sich der Sprechende nicht versagen, darauf hinzuweisen, dass zwar, wie Herr Rosset in seinem Referat hervorgehoben hat, der Abs. 2 des Artikels 5 des schweizerisch-italienischen Clearingabkommens vom 3. Dezember 1935 ausdrücklich bestimmt hatte:

„Der Schuldner wird durch die bei der Schweizerischen Nationalbank oder dem Istituto Nazionale per i Cambi con l'Estero geleistete Einzahlung von seiner Schuldpflicht erst befreit, wenn der Gläubiger den gesamten Betrag seines Guthabens tatsächlich erhalten hat."

Diese zwischenstaatliche Abmachung haben damals die schweizerischen Interessenten mit um so grösserer Befriedigung zur Kenntnis genommen, als hier zum erstenmal in einem schweizerischen Clearingvertrag ausdrücklich die nicht befreiende Wirkung der Clearingzahlung festgestellt worden ist. Um so grösser war ihre Enttäuschung, als dann der Bundesrat in dem Abkommen zwischen der Eidgenossenschaft und dem Königreich Italien betreffend die Anwendung des Abkommens vom 3. Dezember 1935 *auf Finanzforderungen*, ddto. 3. April 1936 (Schweizerisches Handelsamtsblatt Nr. 96 vom 25. 4. 1936), im Artikel 10, der von dem nicht transferierten Saldo handelt, bezüglich dieses Saldos ausdrücklich folgendes feststellte:

„In Abweichung von Artikel 5 Alinea 2 des Abkommens vom 3. Dezember 1935 haben die Zahlungen des Schuldners auf die Wiederanlagekonten und die Personalkonten befreienden Charakter."

Mit anderen Worten: Was der schweizerische Finanzgläubiger von seinem italienischen Schuldner an Erträgnissen nicht über das Clearingabkommen hereinnimmt — in Frage kommen derzeit höchstens 40% dieser Erträgnisse —, das kann er bei seinem Schuldner in der Zukunft namentlich auch im Falle späteren Wegfalls des Clearings nicht mehr nachfordern, vielmehr muss er es in Lire auf

einem in den Verwendungsmöglichkeiten beschränkten Wiederanlage- oder persönlichen Konto in Italien entgegennehmen und kann sich dieserhalb also etwa für 60% dieses Guthabens nicht mehr an seinen Schuldner selbst halten.

Diese Diskriminierung der Finanzforderungen durch die eigenen schweizerischen Instanzen hat entschieden etwas sehr Unbefriedigendes; sie kann ihre Erklärung nur darin finden, dass es bei allen bisherigen Clearingsverhandlungen den Finanzgläubigern niemals gelungen ist, in den Verhandlungsdelegationen pari passu mit den Warengläubigern, bzw. Wareninteressenten vertreten zu sein. Über diesen organisatorischen Mangel sind im Handelsteil der NZZ. Nr. 1509 vom 4. und Nr. 1520 vom 6. September 1936 aus Bankkreisen sehr zutreffende Ausführungen gemacht worden, die mit dem Petitum endigen, dass es Sache des Eidg. Justizdepartements oder des schweizerischen Finanzdepartements sein sollte, pari passu mit dem Eidg. Volkswirtschaftsdepartement die Clearingsverhandlungen zu führen, wobei dem Justiz- bzw. Finanzdepartement eine entsprechende Vertretung der Finanzgläubiger zur Seite stehen sollte. Nur eine solche organisatorische Änderung wird geeignet sein, gegen administrative Schlechterstellung der schweizerischen Finanzgläubiger, wie sie gerade durch den Bundesratsbeschluss vom 3. April 1936 im Verhältnis zu Italien Platz gegriffen hat, für die Zukunft zu beseitigen.

Sehr anerkennenswert ist gegenüber dem soeben geschilderten Vorgehen der eidgenössischen Administrativbehörden die absolut konsequente Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, wie sie im einzelnen in den Ausführungen des Herrn Rosset berücksichtigt ist; sie ist auf dem klaren Rechtsboden aufgebaut, dass die Zwangsdevisenregelungen des Auslandes, welche die schweizerische Volkswirtschaft genötigt haben, zu den Clearingabkommen Zuflucht zu nehmen, um den schweizerischen Standpunkt gegenüber den Eingriffen in die privatrecht-

lichen Beziehungen Einhalt zu tun, fremdstaatliche, öffentlich-rechtliche Massnahmen bedeuten, die mit der schweizerischen Rechtsordnung unverträglich und bei der Beurteilung der Privatrechtsverhältnisse nicht zu beachten sind. So sagt z. B. das Bundesgericht — um nur einen besonders prägnanten Passus zu zitieren — i. S. Rheinische Grundstücks-Handelsgesellschaft m. b. H. gegen AG. für Immobilienwerte (BE 61 II Seite 246) von den deutschen devisenrechtlichen Zahlungsverboten und sonstigen Forderungsbeschränkungen: „Sie stellen einen spoliativen Eingriff in die Gläubigerrechte dar, der mit den der schweizerischen Rechtsordnung zugrundeliegenden Anschauungen im Widerspruch steht. Daraus folgt, dass sie vom schweizerischen Richter weder unmittelbar, insoweit sie die Forderungsverhältnisse inhaltlich abändern, noch mittelbar, insoweit sie angeblich Unmöglichkeit der Leistung begründen, beachtet werden können.“ Das Bundesgericht hat damit sein eingehend und klassisch begründetes Urteil vom 18. September 1934 i. S. Nathan-Institut AG. gegen Schweizerische Bank für Kapitalanlagen (BE 60 II Seite 310 ff.) bestätigt. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht derartige öffentlich-rechtliche Devisenordnungen des Auslandes hinsichtlich ihres zerstörenden Einflusses auf zwischenstaatlich geschaffene Privatrechtsverhältnisse auch in Zukunft als mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung unvereinbar erkläre, wobei allerdings der Versuch, diese widersprechenden öffentlichen Rechtsordnungen durch zwischenstaatliche Clearingabkommen zu überbrücken, sich auf die Dauer möglicherweise als ein abschwächendes Element herausstellen könnte. Zwar sind das deutsch-schweizerische Verrechnungsabkommen, wie auch alle sonstigen von der Schweiz bisher abgeschlossenen Clearingabkommen aus der Zwangslage entstanden, die für die schweizerische Volkswirtschaft unheilvollen souveränen Eingriffe in die Stellung der ausländischen Schuldnerschaft so gut es möglich war abzuschwächen; aber die unausgesetzte Wiederholung dieses Experimentes

kann im schweizerischen Rechtsbewusstsein, das zurzeit dahingeht, dass derartige behördliche Verkürzungen der wohlerworbenen Rechte der in unserem Lande fundamental verankerten Überzeugung von der Unverletzbarkeit wohlerworbener Rechte auch seitens der Staatsgewalt widersprechen, auf die Dauer doch Abbruch tun, was um so bedauerlicher wäre, als damit ein Schritt mehr in der Richtung zu dem jetzt in Mode stehenden Rechtsbolschewismus getan würde und das Bundesgericht in der Folge unsicher machen könnte.

Wie immer aber auch die weitere Entwicklung sich gestalten wird, so darf es wohl als eine der vornehmsten Aufgaben des Schweizerischen Juristenvereins aufgefasst werden, dass er in seinen Tagungen sich zu den ethischen Grundlagen unserer schweizerischen Privatrechtsordnung bekenne und deshalb auch aus der heutigen Beratung zuhanden des Eidgenössischen Justizdepartements den Schluss ziehe, den Herr Rosset gezogen hat, *dass die schon bestehenden Clearingabkommen in dubio so ausgelegt werden müssen, dass sie möglichst wenig in die bestehenden zwischenstaatlichen zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen eingreifen, und ferner dass in neu zu vereinbarende Clearingabkommen womöglich eine positive Bestimmung aufgenommen werde des Inhaltes, dass Clearingzahlungen für den Schuldner solange keine rechtsbefreiende Wirkung haben, bis sein individueller privatrechtlicher Kontrahent befriedigt ist.* Auf diese Weise wird gegen einen sich öffentlich-rechtlich immer mehr und mehr breitmachenden Rechtsbolschewismus Stellung genommen.

Mit einer solchen Stellungnahme würde sich der Schweizerische Juristenverein gleich dem Bundesgericht zu den bewährten Grundlagen unserer schweizerischen Privatrechtsordnung bekennen, was dem Sprechenden wünschenswert zu sein scheint.

Herr Dr. *M. Vischer*, Advokat, Basel:

Ich möchte kurz auf die Frage des Rechtsschutzes auf dem Gebiete des durch die Clearingabkommen geschaffenen öffentlichen Rechts hinweisen. Das Clearingrecht ist durch die zwischenstaatlichen Verträge nur sehr summarisch geregelt, und auch die entsprechenden Bundesratsbeschlüsse sind sehr allgemein gehalten. Viele Fragen sind daher unklar und bedürfen einer Abklärung bei der Rechtsanwendung im Einzelfall. Zur Anwendung der Clearingbestimmungen ist in erster Linie die schweizerische Verrechnungsstelle berufen, welche eine Körperschaft des öffentlichen Rechts darstellt, in der auch die hauptsächlichsten Wirtschaftsverbände vertreten sind. Gegen die Verfügungen der Verrechnungsstelle besteht ein Beschwerderecht an das eidg. Volkswirtschaftsdepartement und von da an den Bundesrat. Das alles sind aber Verwaltungsbehörden, die doch wohl in erster Linie die Interessen der Verwaltung und des Staates berücksichtigen werden. Es wäre daher wünschenswert, dass an Stelle des Bundesrats eine gerichtliche Instanz eingesetzt würde, und zwar gegebenerweise das Bundesgericht als Verwaltungsgericht. Die Versammlung möge diese Anregung aufnehmen.

M. *Georges-A. Porret*, avocat, Zurich:

M. Wiedemann est d'avis que la quote-part réservée aux créances dites „financières" devrait être augmentée dans une sensible proportion. Comme l'a fait remarquer M. Rosset dans son rapport, les comptes des clearings sont alimentés presque exclusivement par les versements opérés par les importateurs de marchandises étrangères. Dès lors, il paraît pour le moins équitable que les créances dites „en marchandises" soient payées en premier lieu. D'ailleurs, si aucun accord de clearing n'avait été conclu, les bénéficiaires des créances dites „financières" n'auraient selon toutes probabilités même pas touché les intérêts de leurs capitaux gelés; je pense plus particulièrement à l'Alle-

magne. Par contre, les exportateurs suisses auraient probablement pu, dans une certaine mesure, recouvrer leurs créances en procédant à des opérations de compensation privées.

Quant à la question de savoir si le débiteur ayant versé le montant de sa dette au clearing est en droit privé libéré vis-à-vis de son créancier, je crois qu'il faut y répondre par la négative. Toutefois aucun tribunal suisse n'accordera sans doute la main-levée de l'opposition faite par le débiteur à une poursuite, si ce dernier apporte la preuve qu'il s'est acquitté au clearing. L'action du créancier se trouve alors en quelque sorte paralysée.

En interprétant les clauses des accords de clearing et les dispositions des arrêtés du Conseil fédéral s'y référant, il y a lieu, à mon avis, de considérer avant tout le but visé par lesdits accords, soit la défense de notre économie nationale contre l'étranger. Je ne crois cependant pas que, selon la législation de clearing actuelle, l'Office suisse de compensation soit légitimé, comme le pense M. le Prof. Hug, à exiger du débiteur suisse qu'il exécute son paiement à l'échéance. En revanche, comme l'a décidé le Tribunal fédéral, en application de l'art. 4, al. 1 de l'arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934 relatif au clearing germano-suisse, le débiteur qui a désintéressé son créancier hors clearing peut être tenu d'opérer un second versement par la voie du clearing. On est en présence d'une obligation de droit public. En payant son créancier hors clearing, le débiteur a manifesté son intention de se libérer envers son créancier et ce dernier n'entreprendra alors aucune démarche pour se faire payer une seconde fois par le clearing. La situation se présente donc sous un tout autre aspect que dans l'hypothèse où le débiteur ne s'acquitte pas de sa dette à l'échéance.

L'art. 4, al. 1 de l'arrêté du 27 juillet 1934 n'a fait que consacrer cette obligation de droit public valable, selon moi, pour tous les clearings et non pas seulement pour le clearing germano-suisse. On ne voit pas en effet pour quelles

raisons un régime différent serait appliqué aux autres clearings. Le débiteur suisse, le plus souvent, ne désintéresse pas son créancier étranger en lui faisant parvenir en son pays de domicile des devises, mais mettra à sa disposition des francs suisses auprès d'une banque de notre pays, ou encore le paiera à Paris, Londres, dans un pays à monnaie saine. Dès lors, la difficulté du rapatriement de la somme répétée, difficulté à laquelle fait allusion le rapporteur français, disparaît pour ainsi dire entièrement.

En payant une deuxième fois au clearing, le débiteur ne fait que rétablir la situation telle qu'elle aurait été s'il s'était acquitté par la voie du clearing. Cette obligation de droit public n'a, selon moi — sur ce point mon opinion diffère de celle de M. Rosset — aucun caractère pénal. Elle se justifie entièrement, si l'on considère le but visé par les accords de clearing et le principe qui est à leur base, soit: affecter les importations en provenance d'Etats qui ont restreint le commerce des devises au paiement des marchandises suisses exportées dans ces Etats.

Herr Dr. *H. P. Zschokke*, Advokat, Basel:

Schon als Anhänger des Rechtsstaates begrüsse ich die Möglichkeit der gerichtlichen Abklärung wichtiger Fragen des Clearingrechts. Es ist Aufgabe der Juristen, der Wirtschaft beizuspringen und ihr durch klare und präzise Abfassung der Clearingbestimmungen grösstmögliche Rechtssicherheit zu geben. Dabei ist es dringender, sich im Rahmen des Möglichen zu bemühen, dass bei neuen Clearingverträgen die juristische Formulierung möglichst einwandfrei wird. Von dorther entstehen heute noch mehr Schwierigkeiten als aus der Tatsache, dass ein Rekursrecht fehlt. Verschiedene Fragen stehen heute noch offen: Wie ist das Risiko zu verteilen, wenn eine Zahlung aus irgendwelchen Gründen bei der Clearingstelle bleibt? Wie steht es mit dem Risiko, das dadurch entsteht, dass gewisse Zahlungen überhaupt nicht in das Clearing aufgenommen werden? Die laxe und unpräzise Fassung

der Clearingabkommen wird für die privaten Vertragspartner stets Unsicherheit und Zahlungshemmungen im Gefolge haben. Es ist daher zu wünschen, dass es den schweizerischen Unterhändlern gelingen möge, aus den anormalen wirtschaftlichen Verhältnissen in rechtlicher Hinsicht dasjenige zu retten, was zu retten ist.

Rechtsanwalt Dr. *Albert Guhl*, Zürich:

Ich halte entgegen der Auffassung von Dr. Rosset dafür, dass die Stellung der Mitverpflichteten (Solidarbürgen) unter dem Einfluss des Clearingrechts ganz wesentlich verändert wird. Der Bürge kann nämlich niemals zu einer andern Leistung verhalten werden als der Hauptschuldner. Wenn sich z. B. ein Bürge verpflichtet, für die Warenschuld eines schweizerischen Schuldners einzustehen, so kann er unter dem Clearingsystem lediglich auf Einzahlung an die schweizerische Verrechnungsstelle verklagt werden. Die Clearingabkommen beeinflussen die privaten Schuldverhältnisse viel weitgehender, als man sich zugesteht. Die Substanz der Obligation wird namentlich mit Bezug auf die Zahlungsmodalitäten sehr stark verändert, und infolgedessen ist auch die Vertragsfreiheit ganz erheblich beeinträchtigt. Entgegen einer in der „Neuen Zürcher Zeitung" vom 21. Juli 1936 vertretenen Ansicht bin ich der Auffassung, dass für den unter Clearingrecht stehenden Schuldner eine öffentlich-rechtliche Einzahlungspflicht besteht; er muss der Clearingstelle einzahlen und darf nicht mehr an den Gläubiger leisten. — Wenn auch die Tendenz der Referenten, diese Einwirkungen des Clearingrechts auf die zivilrechtliche Struktur der Schuldverhältnisse nach Möglichkeit zu bekämpfen, zu loben ist, so muss man doch sagen, dass der Jurist als Jurist dieser Entwicklung gegenüber machtlos ist. Es bleibt ihm bloss übrig, aus den Trümmern des freien Vertragsrechts etwas herauszuschälen, was Rechtsgrundsätzen ähnlich sieht. Und ich möchte wünschen, dass ein Clearingrecht bestehen möge, das des Namens Recht würdig ist.

Nachdem das Wort nicht mehr weiter verlangt wird, erteilt der Vorsitzende das Wort den Referenten zu ihren Schlussbemerkungen.

Prof. Dr. *W. Hug:*

Was zunächst das Votum von Herrn Dr. Guhl anbelangt, so möchte ich feststellen, dass ich in meinem Referat nicht etwa die Tendenz zu weiterem Eingreifen in das privatrechtliche Schuldverhältnis vertreten habe. Ich habe lediglich festgestellt, dass auf Grund des geltenden Rechts ein wesentlicher Eingriff in die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner stattfindet. Dieser Eingriff berührt unter Umständen auch die Substanz der Forderung, indem nicht nur die Zahlungsart, sondern auch der Umfang der Leistung beeinflusst wird. Gerade mit Rücksicht auf diesen weitgehenden Eingriff schliesse ich mich dem vom Herrn Korreferenten und auch in der Diskussion geäusserten Wunsche an, dass bei der Auslegung der Clearingvorschriften eine restriktive Interpretation Platz zu greifen hat.

Zu den Ausführungen von Dr. Wiedemann ist zu bemerken, dass eine Schuldbefreiung erst in dem Zeitpunkt eintreten kann, da das Vermögen des Gläubigers um die Leistung bereichert ist. Die Einzahlung an die Clearingstelle stellt, privatrechtlich gesehen, nur den Versuch einer Zahlung dar. Diese Lösung entspricht übrigens auch den Bestimmungen in den meisten neueren Abkommen, wie z. B. mit Bulgarien. Sodann möchte ich betonen, dass der Abschluss von Clearingabkommen mit ausländischen Staaten keineswegs als Anerkennung der ausländischen Devisenvorschriften, die mit unsern Rechtsanschauungen im Widerspruch stehen, betrachtet werden darf. Ich habe schon in meinem Referat darauf hingewiesen und schliesse mich in dieser Beziehung vorbehaltlos der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung an.

Mit Dr. Vischer ist festzustellen, dass das Beschwerdeverfahren im Clearingrecht unzureichend geordnet ist

und dass die Möglichkeit einer gerichtlichen Beurteilung der wichtigsten clearingrechtlichen Fragen geschaffen werden sollte. Ich zweifle jedoch daran, ob das Bundesgericht die geeignete Instanz zur Beurteilung dieser Materie ist.

M. *P. R. Rosset:*

Je tiens à donner à M. Wiedemann l'assurance que j'ai la plus grande compréhension pour la situation difficile dans laquelle se trouvent de très nombreuses sociétés financières en raison des obstacles qu'elles rencontrent pour le transfert de leurs avoirs bloqués à l'étranger. Toutefois ce serait sans doute une erreur d'en rendre responsables les accords de clearing. Ce sont les mesures unilatérales prises par certains Etats étrangers qui sont à l'origine de ces difficultés. Le but des accords de clearing est précisément d'y remédier, dans la mesure du possible. Qu'ils n'y parviennent que très imparfaitement, personne ne le contestera. C'est inévitable tant que nos créances sur l'étranger sont supérieures à nos dettes à son égard. La „compensation" collective, comme celle du droit privé, ne peut intervenir qu'entre des sommes du même montant. Quant à la question de la fraction revenant aux créances dites „financières" sur le montant total des versements opérés par les débiteurs suisses, c'est un problème non seulement économique, mais essentiellement politique que nous ne pouvons guère envisager ici. Il en est de même en ce qui concerne la représentation des propriétaires de créances „financières" au sein des délégations suisses participant aux négociations en vue de la conclusion d'accords de clearing.

A propos de la question de la libération du débiteur ayant versé au clearing le montant de sa dette, je me permets de rappeler que l'accord avec la Roumanie du 12 janvier 1933 contenait déjà, à son article IV, chiffre 2, une clause aux termes de laquelle „le débiteur, suisse ou roumain, n'est libéré de sa dette par le versement du montant de celle-ci auprès de la Banque nationale

suisse ou de la Banque nationale de Roumanie, que lorsque le créancier a reçu effectivement le montant intégral de sa créance". On retrouve une clause semblable dans tous les accords signés depuis lors par la Suisse, à la seule exception, si je ne fais erreur, des conventions de compensation conclues avec l'Allemagne et la Turquie.

La disposition de l'article 9, alinéa 6 de l',,accord entre le Royaume d'Italie et la Confédération Suisse concernant l'application de l'accord du 3 décembre 1935 aux paiements afférents aux créances financières", qui prévoit qu',,en dérogation aux dispositions de l'article 5 al. 2 de l'accord du 3 décembre 1935, les versements effectués dans les comptes de réinvestissement et dans les comptes personnels sont libératoires pour le débiteur", concerne le ,,solde non transféré" selon les termes mêmes de la note à la tête de cet article. Le clearing lui-même est donc hors de cause. Les versements auxquels cette disposition fait allusion constituent de véritables paiements. Dès lors il est sans doute normal qu'ils aient effet libératoire.

La suggestion de M. Vischer — assurément très intéressante — ne concerne sans doute pas directement la question à l'ordre du jour, celle de l'influence des accords de clearing sur les obligations contractuelles. Il est clair que tout différend à cet égard relève de la seule compétence des tribunaux. M. Vischer a en vue les divergences d'opinion qui peuvent surgir entre l'Office suisse de compensation, d'une part, et une personne physique ou juridique, d'autre part, en ce qui concerne l'applicabilité ou l'application de tel accord de clearing à une créance ou à une dette déterminée. L'auteur de la suggestion précise que celle-ci concerne le domaine du droit public. Il me semble donc que nous ne pourrions l'étudier qu'en dépassant les limites fixées à nos délibérations.

M. Porret estime que le débiteur qui a payé directement son créancier peut être tenu de verser au clearing le montant de sa dette, même en l'absence d'une disposition

légale expresse prévoyant cette obligation comme c'est le cas lorsqu'il s'agit du clearing germano-suisse. Il déclare ne pas voir „pour quelles raisons un régime différent serait appliqué aux autres clearings". La question est peut-être pertinente, mais c'est au législateur qu'il faudrait la poser. Même si l'on n'admet pas qu'une telle disposition a un caractère pénal, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue du droit exceptionnel. Le raisonnement par analogie devient dès lors très difficile. C'est bien plutôt le raisonnement *a contrario* qui paraît en place.

Quant à savoir comment le débiteur suisse désintéresse hors clearing son créancier étranger, c'est une question de fait sans influence sur la question de droit. Peu importe qu'il le paye, comme le suppose M. Porret, en Suisse même, à Paris ou à Londres. C'est toujours à son domicile à l'étranger qu'il devra l'actionner en répétition de l'indû. D'ailleurs, comme je l'ai relevé dans mon rapport écrit, ce n'est pas la somme payée directement qui fera l'objet de cette action, mais bien celle qui a été versée ensuite au clearing, à un moment où le créancier était déjà désintéressé.

En ce qui concerne les voeux exprimés par M. Zschokke, je ne peux que m'y associer, tout en me rendant compte que leur réalisation pratique ne manquera pas de se heurter à de sérieuses difficultés.

M. Guhl reprend certaines de mes conceptions sous une forme un peu sommaire qui n'en donne qu'une image très approximative. Que les accords de clearing aient des effets de droit civil, non seulement je ne le conteste pas, mais je l'ai relevé à plusieurs reprises dans mon rapport écrit (voir en particulier p. 32 et 76). Quant à savoir si l'obligation civile est modifiée par ces accords dans son essence ou seulement en ce qui concerne certaines de ses modalités, c'est une question assurément délicate qui ne me paraît guère pouvoir être résolue *in abstracto*. Par contre je crois que chacun sera d'accord avec moi pour exprimer le voeu, comme je l'ai fait dans mon rapport écrit, „que

l'application des accords de clearing soit telle qu'elle apporte le moindre trouble possible aux relations juridiques entre contractants".

Der Vorsitzende verdankt hierauf nochmals die wertvolle Arbeit der beiden Referenten und dankt auch den Diskussionsrednern für ihre Beiträge zum Verhandlungsgegenstand. Das vom französischen Referenten am Schluss seines gedruckten Berichtes ausgedrückte Postulat wird auf Vorschlag des Präsidenten von der Versammlung einstimmig zur *Resolution* erhoben. Darnach sollen bei der Anwendung der Clearingabkommen die privaten Schuldverhältnisse möglichst wenig tangiert werden.

Um 13 Uhr schliesst der Vorsitzende die heutigen Verhandlungen.

Sitzung vom 15. September 1936

im Kantonsratssaal in Solothurn.

Vorsitz:

Herr Dr. *Theo Guhl*, Professor an der Universität Bern

Die Sitzung wird um 8.45 Uhr eröffnet.

1. *Bericht der Rechnungsrevisoren.*

Au nom des reviseurs des comptes, MM. Brunner, avocat à Soleure, et E. Coquoz, avocat à Martigny, ce dernier donne lecture de leur rapport pour la gestion 1935/36. Les comptes présentés ont été trouvés exacts, tant ceux de la Société elle-même que ceux du Fonds spécial des Sources du droit suisse. Les reviseurs proposent donc à l'assemblée de les accepter et adressent leurs remerciements au caissier.

A titre personnel, M. Coquoz suggère que le caissier prenne une obligation de la défense nationale.

2. *Bericht der Rechtsquellenkommission.* Herr Prof. Dr. *Rennefahrt* gibt namens der Rechtsquellenkommission folgenden Bericht über das Jahr 1935/36 ab: Im Lauf des Berichtsjahres sind erschienen der IV. und letzte Teil der Sources du droit du Canton de Genève und der 3. Teil der Freiburger Stadtrechtsquellen (Bulle). In Vorbereitung sind: die Freiburger Notariatsformulare, die Fortsetzung der Zürcher Rechtsquellen, ein kurzer Nachtrag zum Berner Stadtrecht (bisher nicht bekannte Stadtsatzung), ein Teil der Rechtsquellen der bernischen Landschaft (Frutigen) und die Quellen von Glarus.

Die Kommission ersucht den Juristenverein, ihr den üblichen Beitrag von Fr. 1000.— zu gewähren.

Anlässlich des Rücktrittes des Herrn Dr. Walter Merz vom Vorsitz der Rechtsquellenkommission möchten wir ehrend in Erinnerung rufen, dass er seit 1898 bis in die letzten Jahre immer hingebungsvoll an der Herausgabe der Rechtsquellen seines Heimatkantons gearbeitet hat (Stadtrechte: Aarau, Brugg, Bremgarten, Lenzburg, Zofingen, Laufenburg und Mellingen, gemeinsam mit Herrn Dr. F. E. Welti, und fünf Bände Rechte der Landschaft). Die Kommission spricht ihm hierfür und für die Leitung der Kommission während vielen Jahren ihre hohe Anerkennung und ihren Dank aus.

3. *Aufnahme neuer Mitglieder.* Auf Vorschlag des Vorstandes werden von der Versammlung einstimmig zehn neue Mitglieder aufgenommen.

4. *Bestimmung des Versammlungsortes für 1937.* Nachdem Herr *E. Coquoz,* avocat, Martigny, Sitten als Versammlungsort vorgeschlagen hat, beschliesst die Versammlung mit Akklamation, den Schweizer. Juristentag 1937 in Sitten abzuhalten.

5. *Diskussion über das Thema: „Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte."*

Der Vorsitzende erteilt zunächst dem Referenten deutscher Sprache, Herrn Bundesrichter Dr. *Hans Huber*, das Wort zu seinem ergänzenden mündlichen Referat:

Das Thema, das uns der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins aufgegeben hat, ist weitläufig. Beschränkung tat schon bei der Ausarbeitung des schriftlichen Berichtes not; Beschränkung wird auch in der folgenden Aussprache geboten sein.

Nicht alle Fragen, die wir berührt haben, eignen sich für die Besprechung. Beide Referenten haben z. B. versucht, die rechtliche Natur der Individualrechte zu bestimmen. Sie sind zu abweichenden Ergebnissen darüber gekommen, ob diese Rechte subjektive öffentliche Rechte seien und ob es subjektive öffentliche Rechte überhaupt gebe. Es ist ratsam, diese Auseinandersetzung, die leicht in einen Streit um Namen und Wörter ausarten kann, heute zu begraben und sich den praktischen Fragen zuzuwenden. Ich möchte mir erlauben, einige solcher Fragen, selbstverständlich ohne Verbindlichkeit für die Herren Votanten, hervorzuheben:

Der deutsche Referent über die Organisation der Bundesrechtspflege hat letztes Jahr in seinem mündlichen Vortrag das Willkürverbot, das Gebot der materiellen Rechtsgleichheit, das die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in langjähriger Rechtsprechung aus Art. 4 BV abgeleitet hat, heftig angegriffen. Es sei an den Haaren herbeigezogen worden. Es widerspreche dem positiven Verfassungsrecht und sei nur vorgeschoben. Es habe den bis 1874 wohlgepflegten Garten der eidgenössischen Staatsrechtspflege wie ein Unkraut überwuchert (Protokoll S. 532a—535a). Nachdem sich der Staatsrechtler von diesem Keulenschlag des Zivilisten etwas erholt hatte, versuchte er eine Ehrenrettung der Willkürbeschwerde. Anhand der literarischen Quellen ist im schriftlichen Bericht ausgeführt worden, wie sich das Widerstandsrecht, das droit de résistance à l'oppression, gegen das Ende des

18. Jahrhunderts deutlich in eine kollektivistische Form, das Widerstandsrecht des Volkes, und in eine individualistische Form, das Widerstandsrecht des Einzelnen, aufgespalten hat und wie man dann seit Condorcet darauf bedacht war, das Widerstandsrecht des Einzelnen, das man als unveräusserliches Menschenrecht bezeichnete, durch Einführung einer Verfassungsbeschwerde gegen Willkür sicherzustellen. Carl Schmitt nennt diese Entwicklung die Verwandlung des Widerstandsrechts in ein Rechtsmittel (Verfassungslehre S. 164). Weiter wurde im schriftlichen Bericht ausgeführt, dass der Mangel an inhaltlicher Bestimmtheit das Wesen solcher Verfassungsgrundsätze ausmacht, wie Hermann Heller (Allg. Staatslehre S. 257) schreibt. Der Verfassungsrichter, der sich aber weigern würde, diesen Sinn zu erforschen, zu verleihen und durchzusetzen, würde auch einen wesentlichen Teil der Verfassung unbeachtet lassen und seine eigentliche Aufgabe verkennen; denn Verfassungsrichter sein heisst zum grössten Teil, die Verfassung tagtäglich schaffen. Auch darf nicht übersehen werden, dass wenn sich Art. 4 BV auch an den Gesetzgeber wendet, was in der Schweiz unbestritten ist, das Gebot der materiellen Rechtsgleichheit bei der Gesetzesanwendung ohne Widerspruch nicht bestritten werden kann; denn wenn schon Gesetze angefochten werden können, weil sie ungerecht sind, dürfen bei der Anwendung dieser Gesetze nicht die schlimmsten Verstösse ungeahndet passieren. Das ist ja der Grund, warum in Deutschland die grosse Auseinandersetzung über den Sinn des Art. 109 Abs. 1 RV (alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich) als Streit darüber geführt wurde, ob sich das Gebot auch an den Gesetzgeber wende.

Es wäre nun unfruchtbar, über den Begriff der Willkür und der materiellen Rechtsgleichheit zu diskutieren. Was Willkür ist, lässt sich nicht definieren, so wenig wie die Gerechtigkeit selbst. Dagegen lässt sich einiges sagen über den Wert der Willkürbeschwerde, besonders in der heutigen Zeit.

Der Wert der Willkürbeschwerde liegt wie der Wert der Verwaltungsgerichtsbarkeit weniger in der kassierenden, als in der vorbeugenden Funktion. Welche Willkürlichkeiten würden sich die kantonalen Behörden zuschulden kommen lassen, wenn sie nicht durch die Möglichkeit einer Beschwerde an das Bundesgericht gewarnt und gehindert wären? Das ist die Frage. Auch scheint mir die Behauptung falsch zu sein, dass die Willkürbeschwerde die Kantone abgehalten habe, auf ihrem Boden den Verwaltungsrechtsschutz auszubauen. Die meisten Kantone sind ja zu klein und zu arm an unabhängigen Leuten, um Verwaltungsgerichte zu bilden, die ihrer Aufgabe gewachsen wären. Selbst dort, wo Verwaltungsgerichte bestehen, sind sie manchmal in Steuersachen fiskalischer als der Fiskus eingestellt, so dass die Zulässigkeit der Willkürbeschwerde zum mindesten nicht schadet. So erscheint die Verfassungsgerichtsbarkeit des Art. 4 als eine Aufgabe, die der Bund den Kantonen abgenommen hat. Dafür, dass selbst in den über ihre Autonomie eifersüchtig wachenden Kantone die Institution als wertvoll angesehen wird und ungern vermisst würde, hat ja auch der verehrte Herr Korreferent Zeugnis abgelegt. Sie bedeutet eine schweizerische Lösung, vielleicht keine ideale, sondern eine notdürftige; aber die schweizerischen Lösungen sind manchmal gute Kompromisse.

Dazu kommt nun, dass in der Gegenwart der Rechtsstaat als Gesetzesstaat, als Staat der gesetzmässigen Verwaltung und Rechtsprechung, in Gefahr ist. Das rührt von der Schwerfälligkeit unserer Referendumsgesetzgebung her, d. h. von der Schwierigkeit, für Gesetzesrevisionen eine annehmende Volksmehrheit zu gewinnen, ganz besonders aber von der interventionistischen Wirtschaftspolitik des Staates; es ist noch kaum möglich, für diese Wirtschaftspolitik rechtsatzmässige Grundlagen zu schaffen. Sie besteht vielmehr aus lauter Einzelmassnahmen, und ich glaube im schriftlichen Bericht deutlich genug ausgeführt zu haben, dass sich an solche Einzelmassnahmen der

Maßstab der Rechtsgleichheit kaum anlegen lässt. Viele werden diese ganze Entwicklung bedauern, weil sie sich sagen, dass die Abkehr vom Gesetz der Willkür Tür und Tor öffne. Am Juristentag in Zürich vor acht Jahren hat der damalige Präsident, Herr Bundesrichter Oser, ein mannhaftes Wort für die Achtung vor dem Gesetz eingelegt, und unter etwas andern Gesichtspunkten hat Prof. Hedemann die Abkehr vom Gesetz durch Flucht in die Generalklauseln gerügt. Andere werden die Entwicklung begrüssen, weil sie sich sagen, dass in unserer raschlebigen Zeit die starre Gesetzmässigkeit dem Staat die Anpassungsfähigkeit nimmt, dass uns auch etwas nottut von dem, was jenseits des Rheins heute vertreten wird: volksnahe statt gesetzestreue Entscheidung, Autorität der Behörde neben der Autorität des Gesetzes. Wir wollen diese Auffassungen hier nicht beurteilen, obschon sie das Wesen des Rechtsstaates berühren; wir können uns vielleicht einigen, wenn wir erkennen, dass auch auf dem nicht wirtschaftspolitischen Gebiet die Abkehr vom Gesetz immer üblicher wird, und wenn wir einräumen, dass dort die Willkürbeschwerde die Aufgabe hat, Einhalt zu gebieten und dort den Rechtsstaat zu erhalten. Ein kantonales Obergericht hat neulich unter Berufung auf die clausula rebus sic stantibus einen Ladenmieter von der Mietzinspflicht befreit, ohne dass auch nur im entferntesten die Voraussetzungen für die Anwendung der clausula vorhanden gewesen wären, höchstwahrscheinlich nur deshalb, weil Vermieter eine zahlungsfähige Versicherungsgesellschaft war. Der Regierungsrat des Kantons X hat dem mit dem Befähigungsausweis ausgestatteten Notar der Kantonalbank die weitere Ausübung seines Berufes untersagt, damit die freien Notare wieder mehr Beschäftigung haben. Die Massnahmen mehren sich, die an den absoluten Staat erinnern. Die Berechtigung der Willkürbeschwerde wird da sehr deutlich, zumal wenn man sich bewusst ist, dass manche Behörde unter einem Druck entscheidet und nachher ganz froh ist, wenn ihr Entscheid kassiert wird.

Die Überschwemmung des Bundesgerichts mit Willkürbeschwerden hat die Geschäftslast freilich zu sehr gesteigert. Durch eine leichte Erhöhung der Gerichtsgebühren innerhalb des gesetzlichen Rahmens, durch Ordnungsbussen zu Lasten mutwilliger Rekurrenten und Anwälte und durch Aufnahme summarischer Begründungen wird sich die Zahl gewiss erheblich vermindern lassen.

Ich wende mich also, das ist die erste These, gegen den Abbau der Beschwerde wegen materieller Rechtsungleichheit in Zivil-, Straf- und Betreibungssachen, wie er letztes Jahr vorgeschlagen wurde.

Ausländische Kenner unseres Verfassungsrechtes haben sich schon gewundert, wie wenig Anschluss an die staatsrechtliche Beschwerde gegen kantonale Staatsakte gesucht wurde, als im Bunde die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt wurde. Warum hat man nicht einfach die staatsrechtliche Beschwerde auf den Bund ausgedehnt, warum hat man ein neues Rechtsmittel geschaffen? Der Grund liegt im wesentlichen darin, dass der Individualrechtsschutz im Bund nicht genügt hätte; die verwaltungsgerichtliche Kontrolle muss sich auch auf die Gesetzesanwendung erstrecken. Immerhin liesse sich bei einem Vergleich zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund noch die eine oder andere Frage diskutieren. Doch möchte ich in aller Bescheidenheit empfehlen, die bisherigen Erfahrungen mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund zum Gegenstand einer spätern besondern Aussprache zu machen.

Der Rechtsuchende ist sehr oft enttäuscht nicht nur über den engen Willkürbegriff des Bundesgerichts, sondern auch darüber, dass bei Beschwerden wegen Verletzung anderer verfassungsmässiger Rechte die Gesetzesanwendung nur auf Willkür hin überprüft wird, z. B. die Anwendung eines Warenhandelsgesetzes bei einer Beschwerde wegen Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit, eines Baugesetzes bei einer Beschwerde wegen Verletzung der

Eigentumsgarantie. Herr Prof. Giacometti hat in seinem Buche diese Rechtsprechung kritisiert und eine weitere Kognition des Bundesgerichts auch hinsichtlich der Gesetzesauslegung und -anwendung postuliert. Es scheint mir aber richtig zu sein, im allgemeinen freie Prüfung nur walten zu lassen, wenn zu untersuchen ist, ob das Gesetz in der Auslegung, die ihm die kantonale Behörde gegeben hat, der Verfassung widerspricht, dagegen beschränkte Prüfung, Willkürprüfung bei allen Fragen, zu denen sich die Verfassung neutral verhält. Doch ist zuzugeben, dass die Überhandnahme der Willkürbeschwerde das Bundesgericht oft in Versuchung gebracht hat, auch bei andern Grundrechten als Art. 4 sich auf die Willkürprüfung zurückzuziehen, so dass diese andern Grundrechte Gefahr liefen, zu Anwendungsfällen des Art. 4 erniedrigt zu werden. So muss bei der Eigentumsgarantie stets darauf geachtet werden, dass nicht nur dem formell Enteigneten der Entschädigungsanspruch gewahrt wird, sondern auch demjenigen, der mit Eigentumsbeschränkungen, z. B. totalen Bauverboten, belastet, zu stark belastet wird. Unsere Kantone würden ja sehr gerne Heimat- und Landschaftsschutz treiben, sogar auf dem Wege der Gesetzgebung, sofern es nichts kostet. Auch beim Stimm- und Wahlrecht ist darauf zu achten, dass von blossen Gesetzesbestimmungen, z. B. über die Farbe der Stimmzettel und dergl., die Gültigkeit der Stimme und der Ausgang der Wahl oder Abstimmung abhängen kann.

In einem andern Punkt muss ich Prof. Giacometti rückhaltlos zustimmen: er und auch Prof. Burckhardt haben kritisiert, dass das Bundesgericht bei der Auslegung der kantonalen Verfassungen nur in ganz zwingenden Fällen vom Standpunkt der rekursbeklagten kantonalen Behörde abweicht. Dieser Grundsatz ist jedoch nirgends vorgeschrieben, die Bundesverfassung stellt ja die kantonalen Grundrechte auf die gleiche Stufe wie die eidgenössischen. Sie wollte gerade die kantonale Verfassungsgerichtsbarkeit dem Bundesgericht übertragen. Die Zu-

rückhaltung wird meines Erachtens zu weit getrieben. Die Autorität des Bundesgerichts ist nicht so klein, als dass es vor der Auslegung der obersten kantonalen Behörde in der Regel kapitulieren müsste. Auch sind die sogenannten obersten Behörden ja gar nicht die letzte kantonale Instanz, sondern das Volk ist es. Endlich bedeutet die bundesgerichtliche Zurückhaltung sehr oft, dass eine politische, konfessionelle oder sprachliche Minderheit des notwendigen Schutzes entbehrt. Der Grundsatz sollte also aufgegeben werden und es sollte freie Prüfung Platz greifen, eventuell sollte die Zurückhaltung nur geübt werden, wenn sich die kantonale Behörde wirklich auf eine langjährige Praxis berufen kann. Herr Prof. Favre hat in seinem Korreferat die Verfassungsgerichtsbarkeit im Bund namentlich deshalb abgelehnt, weil er fürchtet, dass das Bundesgericht die gleiche Zurückhaltung auch gegenüber Bundesrat und Bundesversammlung üben würde und dass die Verfassungsgerichtsbarkeit darum nicht wirksam würde. Im Ergebnis bin ich mit ihm einverstanden, die Zurückhaltung aber finde ich gegenüber den Kantonen in den kantonalen Verfassungsfragen nicht angebracht.

Der verehrte Herr Korreferent hat in seinem Berichte die Praxis des Bundesgerichts abgelehnt, wonach die blosse Lehre moralischer Dinge, die mit unsern Anschauungen im Widerspruch stehen, nicht verboten werden darf, sondern nur die Aufforderung, diese Lehre praktisch anzuwenden. So hatte das Bundesgericht entschieden, dass die Vertretung der Lehre der Mormonen an sich erlaubt sei, dass aber nicht aufgefordert werden dürfe, die Polygamie zu praktizieren. Das Justiz- und Polizeidepartement hat sich über diesen Entscheid hinweggesetzt und die Einreise von Mormonen schlechthin verboten, und Herr Prof. Favre billigt die bundesrätliche Haltung, weil die Unterscheidung zwischen der Vertretung der Lehre und der Anpreisung zur Anwendung nicht gemacht werden könne. Ebenso kritisiert der verehrte Herr Korreferent den ersten Ent-

scheid des Bundesgerichts i. S. Humbert-Droz (BGE 58 I S. 94), durch den dem Kommunisten Humbert-Droz erlaubt worden war, im Kanton Neuenburg in Versammlungen die Lehre des Kommunismus in Vorträgen zu behandeln; er billigt das zweite Urteil i. S. des gleichen Rekurrenten (BGE 61 I S. 264), durch das das Verbot der marxistischen Kurse in Lausanne durch das Bundesgericht geschützt wurde, weil hier Humbert zur Unterminierung der Armee aufgefordert hatte. Ich will nicht untersuchen, ob zwischen den beiden Urteilen wirklich ein Widerspruch vorhanden war oder ob nicht vielmehr der Tatbestand verschieden war. Jedenfalls scheint mir die von Herrn Prof. Favre kritisierte Unterscheidung nicht so abwegig zu sein, auch Prof. Burckhardt verteidigt sie. Wer eine Lehre vertritt, durch die Presse oder in Versammlungen, die zwar mit den herrschenden Anschauungen im Widerspruch ist, und deren Betätigung sogar strafbar ist, wer aber dabei lediglich die friedliche Absicht hat, die Lehre auf legalem Weg zu verwirklichen, der soll daran nicht gehindert werden, sofern nicht geradezu die öffentliche Ordnung durch den blossen Vortrag oder Zeitungsverkauf unmittelbar bedroht ist und die polizeilichen Mittel zum Schutze der öffentlichen Ordnung nicht ausreichen. Es scheint mir, dass man bei der Auffassung des Herrn Korreferenten mit Verboten auch rein geistige Auseinandersetzungen treffen könnte und dass man das geistige Leben dadurch sehr einengen würde. Wenn dagegen einer in einer Versammlung die Wehrmänner auffordert, scheinbar gute Soldaten zu werden und sich das Vertrauen der Vorgesetzten zu erringen, um im entscheidenden Augenblick dann die Revolution zu entfachen und möglichst viele Mitsoldaten zur roten Armee zu gewinnen, so ist das ein Verhalten, das eben doch zu einer sofortigen rechtswidrigen Betätigung einer blossen Lehre auffordert; denn die Treuepflicht gehört auch zu den soldatischen Pflichten, und wenn in solchen Fällen der Staat die Versammlung nicht unterdrücken würde, wäre er der Lächerlichkeit

preisgegeben und die Millionenaufwendungen für die Landesverteidigung wären hinausgeworfenes Geld. Gewiss ist es bei einer Lehre, deren Gegenstand ein praktisches Verhalten ist, schwierig zu unterscheiden zwischen der reinen Vertretung der Lehre, sozusagen für eine ferne Zukunft, und der Anpreisung der Lehre zur sofortigen Betätigung. Aber die Unterscheidung ist deswegen doch richtig, und wenn man an ihr nicht festhält, verbietet man zu viel oder erlaubt zu viel, man gefährdet die Existenz des Staates oder die geistige Freiheit, die auch wieder zur Existenz des Staates gehört. Der demokratische Staat darf nicht durch Verbote dem Einzelnen die Entscheidung im geistigen Kampf abnehmen, die der Einzelne aus eigener Verantwortung treffen muss, sonst untergräbt er die Verantwortung des Einzelnen auch bei der Mitwirkung am Staat. Anders verhält es sich nur in Zeiten äusserster Gefahr. Mit dieser Opposition gegen das Korreferat will ich aber nicht etwa den absolut neutralen Staat verteidigen; ich bin wie der Herr Korreferent überzeugt, dass dem Staat das Mormonentum nicht etwa gleich lieb sein kann wie die schweizerische Familie.

Das sind so einige Fragen des geltenden Rechtes, über die man diskutieren kann.

Der Schweizerische Juristenverein hat es aber von jeher als seine vornehmste Aufgabe angesehen, am werdenden, am künftigen Recht mitzuarbeiten. Leider ist in der Gegenwart bei der Rechtsschöpfung die Stimme des Juristen nur viel zu schwach. Der Interessent, der eine Bürgschaftsreform im Namen einer Bank ablehnt, dominiert, nicht der Jurist, der das werdende Gesetz auf seine Widerspruchslosigkeit und Gerechtigkeit hin prüft. Der Jurist warnt davor, das Bundesgesetz gegen den unlautern Wettbewerb durch eine Preisklausel seinem Zweck zu entfremden und Fragen von ungeheurer Tragweite versteckt und getarnt zu lösen. Der Jurist mag warnen, der Konkurrent und Interessent, der geschützt sein will, dringt durch und die Stimme des Juristen wird überhört.

Die Gefahr ist ja freilich gross, dass die Stimme des Juristen politisch missverstanden wird, doch das liegt im Wesen der Sache, weil die Gesetzesauslegung sich nicht qualitativ trennen lässt von der Gesetzgebung selbst, und weil die Gesetzgebung selbst mit eine politische Aufgabe ist.

Das vornehmste verfassungspolitische Postulat, die Grundrechte betreffend, ist die Vervollständigung der Grundrechte der Bundesverfassung:

a) Durch Aufnahme der Versammlungsfreiheit (wodurch die etwas unfruchtbare Diskussion, ob diese Freiheit jetzt schon von Bundes wegen garantiert sei und in welchem Umfang, erspart werden könnte).

b) Durch Ausdehnung der Pressfreiheit auf die freie Meinungsäusserung auch durch andere Mittel, namentlich das gesprochene Wort (unter Vorbehalt einer Sonderregelung für Radio und Kino).

c) Durch Aufnahme der Eigentumsgarantie.

d) Recht auf Arbeit.

e) Recht auf diplomatischen Schutz (Pass).

Ein weiteres Postulat, das eine Diskussion verdient, ist neulich in der Dissertation eines jungen Solothurners aufgestellt worden: Eggenschwiler schlägt in seiner Arbeit über die rechtliche Natur der staatsrechtlichen Beschwerde vor, die Beschränkung der Legitimation zur Beschwerde auf die Interessierten fallen zu lassen und eine Popularbeschwerde einzuführen. Dieser Vorschlag hat sehr vieles für sich: die Popularbeschwerde entspricht dem Wesen des öffentlichen Rechtes besser als die Interessentenbeschwerde, denn das Privatinteresse ist dem öffentlichen Recht fremd und zufällig. Warum soll nur der Interessent dafür sorgen können, dass die Verfassung geachtet wird, nicht auch der Idealist unter den Staatsbürgern, warum nicht dieser in erster Linie? Warum dieser Individualismus, warum dieser Materialismus? Die Gefahr einer zu grossen Steigerung der Geschäftslast ist nicht zu hoch anzusetzen. Das Postulat ist sympathisch.

Doch wer aufs Ganze geht, wird nun fragen, ob die Freiheitsrechte nicht überhaupt überlebt seien, ob das verfassungspolitische Problem heute bei uns trotz der Wandlungen im Ausland noch gleich gestellt werden kann, wie anno 1848 und 1874, ob wir nicht zu viel Freiheit geniessen, Pressfreiheit, Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Gewissensfreiheit, ob nicht dieses Übermass an Freiheit schuld sei an der geistigen Desorientiertheit, an der Zerrissenheit des Volkes, der Schwäche des Staates, der moralischen Verwilderung und Gottlosigkeit?

Gewiss wird die Staatslehre auch bei uns die Rechtfertigung des Staates nicht mehr im Schutze der Freiheitsrechte suchen, wie es die Staatslehre des 18. und 19. Jahrhunderts getan hatte. Der Staat hat die positive Aufgabe, das Recht im Sinne der Gerechtigkeit zu verwirklichen, nicht nur die negative, sich nicht einzumischen. Gerade weil er glaubte, es sei dem Armen mit geistiger Freiheit gedient, heimste er so viele Vorwürfe ein und hat sich eine Klasse von ihm abgewendet. Man kann ruhig zugeben, dass hier ein gründlicher Wandel eingesetzt hat; der Staat des angloamerikanischen Rationalismus hatte die Schweiz nie ganz erobert und ist heute der Lächerlichkeit preisgegeben; denn es widerspricht in der Tat unserer Auffassung von der Aufgabe und der Würde des Staates, dass er nur den Individuen helfen soll, sich selber abzuwehren, dass er dem Gemeinschaftsgedanken nicht dienstbar gemacht werden soll.

Allein, es bleibt doch die Frage übrig, ob Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Vereinsfreiheit usw. herrschen sollen oder nicht, sei es in Gestalt der verfassungsmässigen Individualrechte, sei es in Gestalt einer largen Gesetzgebung wie in Frankreich. Man wird die verfassungspolitische Frage nicht einheitlich lösen können. Auf der einen Seite befindet sich die Handels- und Gewerbefreiheit, auf der andern die Rechte der geistigen Freiheit, die Meinungsfreiheit, die Pressfreiheit, die Vereins- und Versammlungs-

freiheit und die Glaubens- und Gewissensfreiheit, und ungefähr in der Mitte steht die Niederlassungsfreiheit.

Die Handels- und Gewerbefreiheit ist aus dem Rahmen der Betrachtung ausgeschieden worden; mit Recht, denn sie könnte Gegenstand einer besondern Behandlung bilden. Es lässt sich nur sagen, dass sie im Bunde bereits durch die vielen Verfassungsbrüche aufgehoben worden ist und dass sich nun die Aufgabe stellt, das Verhältnis von Staat und Wirtschaft durch einen Programmartikel neu zu ordnen, wobei Meinungsverschiedenheiten darüber entstehen werden, welche wirtschaftspolitischen Kompetenzen dem Bund übergeben werden sollen. Ferner ist aus dem schriftlichen Bericht zu wiederholen, dass es auf die Dauer nicht angeht, den Kantonen durch das Bundesgericht zu verbieten, was sich der Bund alle Tage erlaubt; die Neuordnung des Art. 31 BV ist also dringlich. Noch eine Randbemerkung: Bei allen bisherigen Projekten zur Revision des Art. 31 ist die Frage gänzlich übergangen worden, ob der neue Artikel wiederum ein verfassungsmässiges Individualrecht garantieren soll, das Verfassungsgerichtsschutz geniesst, oder ob es nicht besser sei, das Verfassungsrecht aufzuheben und in der Wirtschaftsgesetzgebung dafür den Verwaltungsrechtsschutz möglichst auszubauen.

Die Niederlassungsfreiheit will ich nicht weiter berühren. Es sei darauf verwiesen, dass der Bundesrat, m. E. mit Recht, davor gewarnt hat, dass sich die Kantone unter dem Druck der Krise der Einwanderung entgegenstemmen und gegenseitig abschliessen. Der Flucht in die Städte wegen ihrer Fürsorgeinstitutionen kann vielleicht doch auf andere Weise als durch Abbau der Niederlassungsfreiheit abgeholfen werden. Viel heikler ist die Frage, ob die nationalen Minderheiten zum Schutz ihres kulturellen Eigendaseins eine Beschränkung der Einwanderung verlangen dürfen. In der Neuen Helvetischen Gesellschaft ist der Vorschlag gefallen, jedem Landesteil ein verfassungsmässiges Recht auf Wahrung seiner kul-

turellen Unversehrtheit zu gewährleisten. Neue Wege werden hier unvermeidlich sein.

Die Rechte der geistigen Freiheit aber sollten nicht abgebaut werden. Pressfreiheit, Vereins- und Versammlungsfreiheit sind heute schon im Interesse der öffentlichen Ordnung und des Staates mit Vorbehalten versehen, von denen man Gebrauch machen kann, wenn es notwendig ist. Auch muss man sich vergegenwärtigen, dass die geistige Freiheit nicht allein durch diese Rechte garantiert ist, sondern durch eine weitherzige Rechtsordnung überhaupt.

Was uns not tut, das ist nicht eine Revision der Verfassungsrechte der geistigen Freiheit, sondern dass wir einen bessern Gebrauch von diesen Rechten machen. Es ist bedauerlich, wie oft in der Presse bewusst in politischen Dingen Unwahrheiten vertreten werden, wie wenig Schmutz und Unmoral kritisiert werden, wie leicht es mit der Unabhängigkeit bei der Bildung der öffentlichen Meinung genommen wird, mit welcher Unverschämtheit das Freiheitsrecht des andern beeinträchtigt wird, z. B. durch Störung von Versammlungen. Das alles gehört nur hierher, weil es uns zeigt, dass es an den Menschen und nicht an den Institutionen fehlt.

Unabhängig vom schriftlichen Bericht und nur um die Diskussion anzuregen habe ich als Ergebnis des mündlichen Vortrages eine Anzahl Thesen aufgestellt, die aber nicht Anspruch auf Vollständigkeit erheben und die ausnahmslos praktische Forderungen betreffen:

1. Die staatsrechtliche Beschwerde wegen materieller Rechtsungleichheit (Willkür) darf nicht eingeschränkt werden.

2. Wenn bei Beurteilung einer staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung eines Freiheitsrechtes auch die Anwendung eines einfachen Gesetzes zu beurteilen ist, hat das Bundesgericht freie Prüfung hinsichtlich der Frage, ob das Gesetz in der ihm verliehenen Auslegung verfassungsmässig ist; aber beschränkte Kognition (Willkürprüfung) hinsichtlich der Frage, ob das verfassungsmässige

Gesetz richtig angewendet worden ist. Doch ist darauf zu achten, dass Grundrechte, die neben Art. 4 BV eine besondere Bedeutung haben, wie die politischen Rechte und die Eigentumsgarantie, nicht zu blossen Anwendungsfällen des Art. 4 BV gemacht werden.

3. Der Grundsatz, dass das Bundesgericht bei Auslegung von kantonalen Verfassungen nicht ohne Not vom Standpunkt der obersten kantonalen Behörde abweichen darf, hat keine Berechtigung und ist aufzugeben.

4. An der Unterscheidung ist festzuhalten, dass — bei Handhabung der Press-, Meinungs-, Vereins- und Versammlungsfreiheit und der Glaubens- und Gewissensfreiheit — die Vertretung einer Lehre praktischen Verhaltens geduldet werden muss, auch wenn dieses Verhalten als solches der bestehenden Rechts- und Sittenordnung widerspricht, dass aber die Aufforderung zur Betätigung der Lehre unterdrückt werden darf und soll.

5. Bei einer Totalrevision der Bundesverfassung ist der Katalog der Grundrechte durch Aufnahme des Rechtes der freien Meinungsäusserung (unter Vorbehalt einer Sonderregelung für Radio und Kino), der Versammlungsfreiheit und der Eigentumsgarantie zu vervollständigen.

6. Die staatsrechtliche Beschwerde ist zu einer Popularbeschwerde auszugestalten und Art. 178 Ziff. 2 OG ist in diesem Sinn zu revidieren.

7. Die Rechte der geistigen Freiheit (Glaubens- und Gewissensfreiheit, Meinungs- und Pressfreiheit, Vereins- und Versammlungsfreiheit) sind nicht abzubauen. Gegen die Unterbindung dieser Freiheiten durch Private selbst sind Strafbestimmungen durch die Kantone aufzustellen.

Es bleibt mir übrig, Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und dem Vorstand für die Wahl des Themas zu danken, ganz besonders aber der Genugtuung darüber Ausdruck zu geben, dass die beiden Referenten in vielen wesentlichen Punkten zu übereinstimmenden Ergebnissen gelangt sind; das ist vielleicht doch ein Beweis dafür, dass es über

sprachliche, konfessionelle und politische Grenzen hinweg eine gemeinsame schweizerische Staatsauffassung immer noch gibt, mag sie in Europa zwar auch immer seltener Ebenbilder finden.

Hierauf bringt der Vorsitzende dem inzwischen erschienenen Herrn Alt-Bundesrichter Dr. V. Merz, Bern, unter dem Beifall der Versammlung zur Kenntnis, dass er gestern zum Ehrenmitglied des Schweizerischen Juristenvereins ernannt worden ist.

Anschliessend ergreift der Referent französischer Sprache, Herr Prof. Dr. *Antoine Favre*, Freiburg, das Wort zu seinem ergänzenden Referat:

Mon exposé sera d'une particulière brièveté. Il y a d'excellentes raisons pour cela. Je n'en énonce qu'une: la question qui nous occupe n'est pas susceptible de conduire notre société à des résolutions. Elle doit seulement nous permettre d'exprimer un jugement sur la valeur de l'affirmation et de la garantie des droits individuels telles qu'elles sont traduites dans notre Constitution fédérale. Cette réunion sera féconde dans la mesure où une large discussion sera instituée, qui permettra de dégager quelques principes. Je ne poursuis qu'un but: provoquer, favoriser une ample discussion.

1. L'étude des droits individuels est très actuelle. Elle a été entreprise dans des milieux divers à propos de la revision totale de la Constitution fédérale. L'initiative populaire qui tendait à cette revision a échoué. Sera-t-elle reprise? Les uns l'espèrent; d'autres le redoutent. Mais la chose reste possible. Dans cette perspective, l'échange de vues auquel nous procédons présente un intérêt évident.

Cette étude reste aussi à l'ordre du jour à cause des initiatives populaires aujourd'hui pendantes qui ont pour objet la revision de dispositions touchant à la définition et à la garantie des droits des citoyens: liberté de la presse,

contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois fédérales.

Enfin nous ne pouvons rester indifférents en présence du débat ouvert par la doctrine de l'Etat totalitaire qui conduit à une transformation radicale des rapports de l'homme avec l'Etat.

2. Cette étude peut être entreprise de points de vue divers. On pourrait s'en tenir à un exposé purement descriptif de l'évolution du droit positif suisse. Mais il me paraît nécessaire de juger cette évolution, de dire si on l'approuve et dans quelle mesure.

D'ailleurs une interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits individuels ne peut se concevoir sans qu'on ait une vue très exacte de leur fondement moral, économique et social. Une interprétation purement conceptuelle n'est plus admise par personne. Il faut la compléter par une interprétation par les intérêts. Il est donc nécessaire de préciser quels sont les intérêts en cause. Toute la jurisprudence du Tribunal fédéral est orientée en ce sens.

Ainsi deux problèmes se posent:

Un problème de philosophie politique: existe-t-il des droits humains que l'Etat doit garantir, dont la reconnaissance s'impose au législateur, même au constituant? c'est le problème de la position de l'homme dans la société;

un problème de droit constitutionnel: la définition et l'aménagement de la garantie des droits de l'homme.

3. Demandons-nous tout d'abord s'il existe des normes imposant à l'Etat le respect de la personnalité humaine.

Ce problème ne se pose pas si l'on s'en tient à un pur positivisme. Si le droit est simplement et exclusivement la volonté de l'Etat, c'est-à-dire la volonté du plus grand nombre ou des plus forts, on ne saurait contester la légitimité des mesures prises à l'égard des droits humains par maint Etat totalitaire. Ce que l'Etat commande serait le droit; cela serait toujours juste; cela obligerait les intelligences et les volontés.

Mais il en va autrement si l'on recherche quelle est la validité des prescriptions étatiques. L'Etat est-il libre d'en user à sa fantaisie en ce qui touche aux droits de la personne humaine? Peut-il à son gré se subordonner les pensées et les vouloirs des citoyens et fixer comme fin à l'activité humaine la fin propre de la collectivité?

On arrive ici au conflit des écoles. Il n'est pas possible de s'y arrêter longuement. Mais il est nécessaire de dire quelques mots de la doctrine du droit naturel.

C'est une habitude bien établie chez les théoriciens du droit constitutionnel de liquider le problème du droit naturel en liquidant Rousseau. Tâche fort aisée au demeurant, car personne n'a compromis autant la doctrine du droit naturel que Rousseau avec ses outrances et ses contradictions. D'ailleurs la pensée de Rousseau en cette matière n'est plus défendue par personne.

Si l'on entend par droit naturel les principes de la morale sociale, le problème du droit naturel demeure toujours d'actualité. N'est-il pas évident que si le droit est autre chose qu'une contrainte, que la volonté du plus fort, c'est que l'Etat est lié, en définissant le droit, à certaines normes qui fondent la force obligatoire de ses prescriptions?

Or, ces règles peuvent-elles être juridiques? A mon sens, il n'existe de droit que positif. Ces normes sont donc de nature morale; elles s'imposent à tous les hommes, aux gouvernants comme aux gouvernés; et l'Etat, en sa qualité de protecteur des valeurs humaines doit leur donner le caractère de droit positif. Ainsi, c'est en vertu de l'ordre moral (non d'un précepte juridique, comme pensaient les doctrinaires de la Révolution française) que l'Etat est tenu de garantir les libertés de l'homme. Et cette constatation de l'existence d'un ordre moral auquel est subordonné l'Etat, domine tout le problème des droits individuels sous son aspect tant juridique que philosophique.

Il n'existe d'ailleurs qu'une morale, parce qu'il n'y a qu'une nature humaine et dès lors qu'une seule norme du perfectionnement des êtres humains.

Aussi peut-on souligner l'accord de l'immense majorité des Etats dans la définition des droits de l'homme.

Mais l'Etat totalitaire est venu bouleverser toutes ces notions . . .

Affirmer la prédominance de l'ordre moral sur l'ordre juridique, c'est affirmer la suprématie de la personne humaine sur les institutions juridiques.

Si l'on n'admet pas ce principe, c'est en vain qu'on s'efforcerait de construire une doctrine juridique des droits individuels.

4. Quelle est la nature juridique des droits individuels? La question est d'un intérêt majeur, non l'objet d'une simple controverse académique. Dans le conflit des doctrines relatives à la nature juridique des droits individuels, se manifeste le désaccord, déjà signalé, touchant la position de l'homme dans la cité.

Selon Burckhardt, le droit public est le droit impératif; le droit privé est le droit dispositif. Le droit public est le domaine de l'ordre légal; le droit privé, le domaine de l'autonomie de la volonté. Comme le droit subjectif se rattache à l'autonomie de la volonté, il n'existe que dans la sphère du droit privé.

Mais est-on lié par de tels principes? — Je ne le pense pas.

Dans la théorie de Burckhardt, basée sur celle de Duguit, l'exercice de la volonté individuelle tendant à la protection d'un droit public n'est qu'une condition de l'accomplissement par l'Etat d'une activité qui lui est prescrite par le droit objectif.

Je n'adhère pas à une cette doctrine: parce qu'elle ne rend pas compte du jeu de la volonté humaine qui apparaît tronquée par une telle technique; parce qu'elle tend à absorber l'exercice des droits individuels dans l'exercice de l'action en justice; parce qu'elle méconnaît

le véritable principe du droit individuel qui comporte la subordination de la puissance publique à la personne humaine, but des activités étatiques.

Les droits individuels comportent: un intérêt — rattaché à un individu — à qui l'ordre juridique confère la puissance juridique d'en exiger le respect de la part des organes de l'Etat — et qui obtient le droit de poursuivre cette exigence par voie de droit.

5. Le concept d'intérêt, qui est à la base de la notion du droit individuel, a subi dans la jurisprudence du Tribunal fédéral une évolution considérable. A l'origine, le recours de droit public pour violation d'un droit individuel garanti par la Constitution n'était agréé que si l'on se trouvait en présence de la violation, en même temps que de la norme objective, d'un intérêt présent et pratique.

Graduellement, le Tribunal fédéral en est venu à accorder un large accueil à des recours basés sur une violation d'une norme objective, mais ne comportant pas la lésion d'un intérêt pratique et présent, spécialement en ce qui concerne l'exercice des droits politiques; la violation de l'autonomie communale; certaines mesures touchant à la liberté de la presse et le droit de réunion dont l'annulation ne présente plus, au moment de la décision sur le recours, d'intérêt présent et pratique; enfin la jurisprudence du Tribunal fédéral a élargi le domaine de la légitimation de la personne morale.

La question se pose aujourd'hui de savoir si le Tribunal fédéral pourra se montrer plus exigeant dans l'avenir dans l'acceptation de tels recours. Il est certain que du train dont vont les choses, la section de droit public risque d'être débordée par l'abondance des recours. D'autre part il ne manque pas de juristes qui pensent que c'est aux pouvoirs publics, non aux particuliers, qu'il appartient de prendre les initiatives propres à assurer la sauvegarde du droit objectif.

A mon avis, le Tribunal fédéral pourra difficilement revenir en arrière dans les domaines où le droit individuel

revêt le caractère de fonction, ce qui est certainement le cas dans les situations qui viennent d'être rappelées. Ce caractère de fonction est conféré aux droits individuels par l'ordre juridique; il est normal qu'une protection juridique leur soit aussi assurée.

6. Parmi les droits individuels, celui dont le contenu fait l'objet des plus vives controverses est certainement celui de la libre expression de la pensée. Le constituant est parti de l'idée qu'il convenait, dans une démocratie, de faire confiance aux citoyens, et par conséquent d'éliminer toute mesure préventive soit dans le domaine de la presse, soit dans celui de l'association. Mais on s'est laissé guider par une conception erronée de la liberté humaine: on ne s'est pas aperçu que la volonté humaine n'est douée que d'une indépendance relative, que les influences extérieures peuvent exercer sur elle une pression redoutable, qu'il est des cas où le maintien de l'ordre social implique la protection de la liberté humaine. Une vue plus exacte des réalités psychiques et les dangers que la vie sociale a révélés ont amené les autorités exécutives et judiciaires à la conviction que des mesures préventives sont nécessaires en certains cas pour parer au désordre qu'entraîne la diffusion de doctrines immorales ou illicites.

Les propagateurs de doctrines immorales ou dangereuses du point de vue social ne peuvent donc plus bénéficier de la protection constitutionnelle, car la diffusion de telles doctrines constitue par elle-même un danger social.

Cependant il faut bien reconnaître que ces mesures préventives vont à l'encontre du concept traditionnel de la liberté d'expression de la pensée. Que certaines de ces mesures administratives ou certains arrêtés d'urgence se justifient, au fond, en raison des difficultés du temps présent, on n'en saurait disconvenir. Mais ces mesures préventives ne s'harmonisent pas avec la Constitution. La période critique que nous vivons révèle l'erreur qui viciait certains principes considérés jusqu'ici comme in-

tangibles. On revient à cette appréciation de simple bon sens, que les libertés doivent être protégées lorsqu'elles servent, mais qu'elles ne sauraient obtenir protection lorsqu'elles nuisent.

7. Si l'on créait une nouvelle Constitution, on pourrait maintenir l'affirmation de tous les droits individuels qui peuvent pratiquement être mis en péril par les mesures de l'exécutif. On définirait ces droits en liant d'une manière plus précise la sauvegarde de l'intérêt individuel à celle de l'intérêt public. On garantirait les droits en permettant le recours juridictionnel non seulement contre les atteintes qui peuvent leur être portées par les autorités cantonales, mais aussi par l'exécutif fédéral.

Nachdem der Vorsitzende die treffliche Arbeit der beiden Referenten gebührend verdankt hat, eröffnet er die allgemeine *Diskussion*.

Herr Prof. Dr. *Hans Nawiasky*, St. Gallen:

Da die allgemeinen Grundsätze gerade im öffentlichen Recht für die Auslegung im Einzelfall von entscheidender Bedeutung sind, kann ich der Aufforderung Bundesrichter Hubers, die Diskussion auf praktische Fragen zu beschränken, nicht folgen. Dr. Huber sah sich übrigens selbst immer wieder genötigt, die Zusammenhänge mit den grossen Problemen zu betonen, und auch Kollega Favre hat dies in seinem mündlichen Referat sehr gut hervorgehoben.

Bei den beiden Referaten ist eines sehr auffallend. Im Ergebnis weichen sie nicht allzusehr voneinander ab. Denn beide wollen die Garantien der individuellen Verfassungsrechte durch die Bundesverfassung nicht aufheben. Aber die Begründung dieser Standpunkte ist grundverschieden. Prof. Favre tritt dafür ein, *weil* er auf dem Boden der individuellen Persönlichkeitsrechte steht, deren moralische Bedeutung er hoch einschätzt und die nach seiner Auffassung mit dem Gemeinwohl nicht im Gegensatz, sondern ihrer Natur nach im Einklang stehen.

Dr. Huber tritt dafür ein, *obwohl* er an der grundsätzlichen Berechtigung der Individualrechte zweifelt und einen grundlegenden Gegensatz zwischen solchen Individualrechten und dem öffentlichen Recht zu sehen glaubt.

So stellt sich Favres Bericht als ein innerlich geschlossenes Gedankensystem dar. Dagegen gewinnt man von Hubers Bericht den Eindruck: zwei Seelen wohnen, ach, in meiner Brust; eine, die am Eigenrecht der Persönlichkeit verzweifelt, und eine andere, die sich doch mit klammernden Organen daran festhält, ja gelegentlich sogar so weit geht, da wo das Bundesgericht seinen Schutz einschränkend versagt hat oder wo an der Gewährung des Schutzes durch das Bundesgericht Kritik geübt wird (z. B. Baupolizeirecht, Anfechtung von Privilegien, Willkürbeschwerde), die Ausdehnung oder Aufrechterhaltung dieses Schutzes zu befürworten.

M. E. ist es mit Favre zu halten, der den Gegensatz zwischen Individuum und Gesamtheit richtig auflöst, indem er das Individuum in die Gesamtheit hineinstellt, nicht mit Huber, der im Grunde genommen das Individuum an die Gesamtheit preisgibt.

Bei der Bedeutung, die Hubers tiefgründiges Referat beanspruchen darf, will ich mich auf dieses beschränken, um der Gefahr entgegenzutreten, die bevorsteht, wenn seine Ansichten durchdringen sollten. Diese Gefahr geht dahin, dass man in einen Staat abgleitet, in welchem das Individuum auf öffentlichem Boden, im öffentlichen Recht, seine Persönlichkeitswürde einbüsst. Diese Gefahr ist vorhanden. Denn die Argumente, die Huber verwendet, sind zum grossen Teil dem wohlbekannt, der über die wissenschaftlichen Kämpfe während der Geltung der Weimarer Verfassung Bescheid weiss. Sie wurden dort von denen ins Feld geführt, die auf den Abbau des Rechtsstaates hinwirken wollten. Denn darüber muss man sich klar sein: die Aushöhlung der Persönlichkeitsrechte und die Erschütterung des Rechtsstaates sind untrennbar miteinander verbunden.

Nun müsste man, um alle Punkte aufzuzeigen, in denen die von Huber gebrauchten Argumente Angriffsflächen bieten, ein Gegenreferat von fast gleichem Umfang wie das Referat erstatten. Das kommt selbstverständlich nicht in Frage. Vielmehr muss ich mich auf ganz wenige Punkte beschränken, aber unter ausdrücklicher Betonung, dass viele andere hier aus Zeitgründen zurückgestellt worden sind.

Zum ersten. Die eigentliche Axt wird an die Wurzel der Freiheitsrechte gelegt, wenn man ihren *Charakter als subjektives Recht* leugnet. Dr. Huber ist der Auffassung, subjektives Recht sei gleich Privatrecht; denn dem Recht des einen stehe die Pflicht des andern gegenüber. Warum soll es aber nicht eine Pflicht des Staates geben, der das Recht einer Einzelperson gegenübersteht, die Erfüllung dieser Pflicht zu fordern? Selbstverständlich Erfüllung durch die kompetenten Staatsorgane, gegen die sich also der Erfüllungsanspruch wendet. Wenn man überhaupt Pflichten des Staates anerkennt, warum sollen sie nicht gegenüber einem Subjekt bestehen, das Anspruch auf ihre Erfüllung hat? Eine Pflicht des Staates, Miete zu bezahlen, anerkennt man unbedenklich, ebenso eine Pflicht, Anleihezinsen, Beamtengehälter, öffentlich-rechtliche Entschädigungen, Auszahlungen seitens der öffentlich-rechtlichen Verrechnungsstelle im Clearingverkehr zu leisten. Ist dabei kein Anspruchsberechtigter vorhanden? Warum soll es dann keine Pflicht des Staates geben, eine Niederlassungsbewilligung zu erteilen, eine Bauerlaubnis zu bewilligen? Handlungen stehen Unterlassungen gleich. Dahin gehören Pflichten des Staates, nicht durch seine Verwaltungsbehörden in die Sphäre des einzelnen einzugreifen, wenn das Gesetz nicht vorher die Ermächtigung erteilt hat, und entsprechende Ansprüche auf Unterlassung. Schliesslich die Pflicht des Staates, kein Gesetz zu erlassen, das — abgesehen von Ausnahmefällen — in einen gewissen Lebensbereich eingreift, und der korrespondierende Anspruch auf Unterlassung. Letzteres ist der Fall der eigent-

lichen Grundrechte, d. h. derjenigen, die nicht nur nach Massgabe der Gesetze gewährleistet sind.

Ein Anspruch kann durch Rechtsmittel geltend gemacht werden, wenn er verletzt ist. Wenn die Staatsverwaltung ihrer Pflicht, Miete zu zahlen, nicht nachkommt, kann man den Richter anrufen, damit er sie zur Zahlung verurteilt. Wenn die staatliche Verrechnungsstelle für den Clearingverkehr den Anspruch des clearingberechtigten Gläubigers nicht erfüllt, kann die Beschwerdeinstanz angerufen werden, damit sie die Verrechnungsstelle verurteilt. Wenn die Staatsverwaltung ihrer Pflicht, eine Bauerlaubnis zu erteilen, nicht nachkommt, besteht die Möglichkeit, den Verwaltungsrichter anzurufen, damit er die Staatsverwaltung verurteilt. Und wenn endlich die staatliche Gesetzgebung ihre Pflicht, Rechtsnormen in bezug auf einen gewissen Lebensbereich nicht zu erlassen, verletzt, kommt die Möglichkeit in Frage, den Verfassungsrichter anzurufen, damit er den Staat zur Unterlassung des gesetzgeberischen Eingriffs verurteilt.

Ein subjektives Recht ist ja nichts anderes als die objektive Rechtsnorm, welche die Pflicht zum Handeln oder Unterlassen ausspricht, subjektiv betrachtet, d. h. in Beziehung zu einem Subjekt gesetzt, das die Erfüllung der Pflicht verlangen und bei Weigerung Rechtsmittel ergreifen kann. Eine solche Beziehung ist logisch bei jeder Rechtsnorm möglich, ob sie einer Privatperson oder einem Staatsorgan ein Verhalten vorschreibt.

Kein stichhaltiger Einwand ist es, dass die Pflicht des Staatsorgans mit seiner Kompetenz zusammenfallen muss; das ist vielmehr selbstverständlich. Ausserhalb seiner Kompetenz kommt ein Handeln des Staatsorgans nicht in Betracht. Aber dieser Tatbestand trifft auf die Pflichten von Privatpersonen, im Privatrecht, insofern zu, als darin zugleich die Kompetenz des Richters liegt, die pflichtverletzende Privatperson zu verurteilen, und die Kompetenz des Exekutivorgans, das Urteil zu vollstrecken.

Daraus folgt aber etwas sehr Wichtiges. Wenn bei einem subjektiven Privatrecht kein Anspruch auf Verurteilung des die Erfüllung Verweigernden gegeben wäre, würde man gar nicht von einem subjektiven Privatrecht sprechen. Dieser Anspruch auf Zwang ist dem subjektiven Privatrecht wesentlich, weil das Recht eine Zwangsordnung ist. Da aber der Rechtsschutzanspruch gegen ein Staatsorgan, also gegen den Staat gerichtet ist, ist er ein subjektives Recht gegen den Staat, m. a. W. ein subjektives öffentliches Recht. Also ist das subjektive öffentliche Recht eine Voraussetzung der subjektiven Privatrechte. Demnach ist die These: Subjektives Recht gleich subjektives Privatrecht unmöglich. Vielmehr gilt der Satz: Ohne subjektive öffentliche Rechte gäbe es auch keine subjektiven Privatrechte.

Zum zweiten. Wenden wir uns nun dem *individuellen Verfassungsrecht* zu. Vorher wurde ausgeführt, dass es sich dabei um den Anspruch auf Unterlassung der Schaffung von Rechtsnormen handelt. Dr. Huber behauptet, das individuelle Verfassungsrecht sei kein notwendiger Bestandteil des objektiven Verfassungsrechts (S. 51a). Diese Behauptung kann zweierlei bedeuten. Wenn er meint, dass die Verfassung solche Grundrechte nicht enthalten müsse, so ist das richtig. Aber die Verfassung muss überhaupt keine bestimmte Ausgestaltung enthalten, z. B. auch kein Parlament, kein Referendum. In diesem Sinne kann der Ausdruck, es handle sich nicht um einen notwendigen Bestandteil des Verfassungsrechts, nicht gemeint sein. Soll er aber besagen, dass, wenn Grundrechte vorgesehen werden sollen, ihr Einbau in die Verfassung nicht notwendig sei, so ist das unrichtig. Denn diese Grundrechte sagen doch, dass gewisse Gesetze unzulässig sind. Sie regeln also die Kompetenz der Gesetzgebung, sind negative Kompetenznormen für diese. Solche Normen müssen aber in der Verfassung stehen. Wo sollte sonst die Gesetzgebung von Rechts wegen beschränkt werden können? — Aus all dem ergibt sich entgegen der These

Hubers: die Zuständigkeit des Bundesgerichts betr. die eigentlichen Grundrechte ist *echte Verfassungsgerichtsbarkeit.*

Zum dritten. Da Huber den Begriff des subjektiven Rechtes für die individuellen Verfassungsrechte leugnet, muss er eine andere Definition der Individualrechte finden. Er charakterisiert sie als „eine Bestimmung, die nach richterlichem Urteil verfassungsgerichtlichen Schutz verdient" (S. 64a). Gegen diese Definition erheben sich viele Einwände, vor allem aber drei:

a) Da das individuelle Verfassungsrecht ein subjektives Recht ist und subjektives Recht gleichbedeutend ist mit einem objektiven Rechtssatz, der in eine bestimmte Beziehung zu einem Rechtssubjekt gesetzt ist, nämlich derart, dass dieses die Erfüllung der in dem Rechtssatz vorgeschriebenen Pflicht verlangen und für diese Forderung gegebenenfalls Rechtsschutz beanspruchen darf, kann es doch unmöglich vom Ermessen des Rechtsschutzorgans abhängen, ob es den geschuldeten Rechtsschutz gewähren will. Hubers Theorie führt aber zu einer Abhängigkeit des Bürgers vom pflichtgemässen Ermessen des Bundesgerichts. Damit wird der Anspruch auf Rechtsschutz aufgehoben und soweit der Grundsatz des Rechtsstaates beseitigt.

b) Insofern die echten Freiheitsrechte eine negative Kompetenznorm für den Gesetzgeber sind, erscheint es unmöglich, dass der Verfassungsrichter diese Kompetenzgrenze nach seinem Ermessen bestimmt. Vielmehr kann nur die Verfassung selbst, wie sie die Kompetenz zur Gesetzgebung regelt, auch ihre Grenzen regeln.

c) Das Recht als ius humanum ist von den Rechtsetzern mit einem bestimmten Sinn und zu einem bestimmten Zweck geschaffen. Es schwebt nicht losgelöst davon frei in der Luft. Hat nun der Verfassungsgeber, wenn er ein Gericht zum Schutz der individuellen Rechte einsetzt, auch nur im entferntesten beabsichtigt, diesen Rechtsschutz in das — wenn auch pflichtgemässe — Ermessen

dieses Gerichts zu legen? Die Antwort ist klar. Wenn die einzelnen Fälle des Rechtsschutzes nicht erschöpfend geregelt sind, dann erhebt sich gewiss die Frage der Lückenausfüllung. Diese ist aber doch nicht prinzipiell, primär, sondern subsidiär. Daher ist eine Definition, die beides vertauscht, das Subsidiäre zum Primären macht, unhaltbar.

Zum vierten. Aus dem zuletzt Gesagten folgt auch, dass die *Auffassung der Verfassungsgerichtsbarkeit als Verfassungsgebung* (vgl. S. 135a ff.) unmöglich ist. Der Verfassungsrichter steht unter der Verfassung, nicht über ihr. Er ist ein von Volk und Kantonen bei Beschluss der Verfassung eingesetztes, mit bestimmten Vollmachten ausgestattetes Organ. Seine Aufgabe bemisst sich nach der Vollmacht, die ihm die Verfassung gibt. Keinesfalls geht diese dahin, Volk und Kantone zu ersetzen. Huber nimmt es übrigens mit der Verfassungsgebung durch das Bundesgericht selbst nicht ernst. Denn er stellt fest, dass das Bundesgericht an den historischen Katalog der Grundrechte gebunden sei (S. 66a). Aber warum? Offenbar, weil dies im Begriff der „verfassungsmässigen Rechte der Bürger" enthalten ist und dieser Begriff selbst in der Verfassung steht (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3). Wo also scharfgeschossen werden soll, wird die Munition wieder abgelegt.

Zum fünften. Huber hebt bedauernd einen Widerspruch hervor, der mit dem staatsrechtlichen Rekurs verknüpft sei: ein Prinzip, das von Amts wegen zu wahren ist, wird an das zufällige Interesse des Bürgers geknüpft (vgl. S. 187a). Aber *so* trifft diese Behauptung m. E. nicht zu. Die Einhaltung der Verfassung ist durch alle Staatsorgane von Amts wegen wahrzunehmen. *Daneben* wird den betroffenen Bürgern noch ein besonderes Rechtsschutzmittel zur Wahrung ihrer Interessen gewährt. Worin liegt also der Widerspruch, wenn der Staat sich neben den Staatsorganen der Mitarbeit der Bürger zur Wahrung des objektiven Rechts bedient, indem er ihnen ein subjektives Recht einräumt? Gehört das nicht in die gleiche

Linie wie die Selbstverwaltung, wo den interessierten Bürgern die Wahrnehmung der ihnen nahestehenden öffentlichen Interessen anvertraut ist? Und spielt dieser Gedanke nicht schliesslich auch bei der Wahl des Parlaments und der unmittelbaren Volksgesetzgebung eine Rolle? Denn dabei sollen die Bürger doch an der Schaffung des Rechts, das ihr Verhalten und ihre Interessen regelt, mitwirken.

Hier zeigt sich deutlich, dass die Leugnung des subjektiven öffentlichen Rechts und die Geringschätzung des Bürgers als Trägers des Anspruchs auf verfassungsrechtlichen Rechtsschutz mit der Abwertung der Demokratie als Staatsprinzip innerlich zusammenhängen. Denn damit wird der Bürger als unfähig deklariert, an der Verwirklichung der öffentlichen Interessen und des öffentlichen Rechts teilzunehmen. Wie sollte ihm die oberste Entscheidung über das Staatswesen anvertraut werden können, wenn seine Mitwirkung bei den untersten kleinen individuellen Angelegenheiten, die mit dem Staat in Zusammenhang stehen, in Zweifel gezogen wird?

Zum sechsten und letzten. Im Vorbeigehen meint Dr. Huber auch, dass die *Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit* aufgegeben sei (S. 70a). Ich kann das nicht bestätigen. Es ist begreiflich, dass man in Diktaturstaaten, die eine ausgebaute und bewährte Verwaltungsgerichtsbarkeit von früher her übernommen haben, versucht, diese Einrichtung zu erhalten, obwohl man die Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte aufgeben muss, weil sie dem massgebenden politischen Prinzip widerspricht. Für demokratische Rechtsstaaten aber ist dazu nicht der mindeste Anlass. Gewiss ist mit beiden Tagesreferenten die Auffassung vertretbar, dass die rechtliche Position der Einzelperson besser ist, wenn man, statt einen prinzipiell gesetzesfreien Raum mit gewissen Einschränkungen von aussen, die immer mehr nach innen vorgetrieben werden, also Grundrechte alten Stils, aufrechtzuerhalten, den ganzen Raum mit guten Gesetzen ausfüllt. Aber dann muss man auch dafür

sorgen, dass gegen die Verletzung dieser Gesetze durch Exekutivbehörden Rechtsschutz geschaffen wird. M. a. W., es handelt sich um den Übergang von der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Aber eine solche Reform wird nicht gefördert, wenn man die subjektiven öffentlichen Rechte grundsätzlich in Frage stellt, sondern im Gegenteil dadurch, dass man sie grundsätzlich anerkennt und ausbaut. Gerade durch die Überführung aus dem Regime des Verfassungsrechts in das Regime des Verwaltungsrechts stärkt man die Rechtsstellung des Einzelnen, indem man ihr den Charakter des Aussergewöhnlichen nimmt und sie zur Normaleinrichtung macht. Vielleicht ist es nicht unnütz, bei Erörterung des Problems der individuellen Verfassungsrechte auf diesen Aspekt hinzuweisen. Denn er vollendet den Weg, den die Gewährung der individuellen Verfassungsrechte eingeleitet hat, den *Weg zum Rechtsstaat.*

Der Rechtsstaat ist aber durchaus nicht mit dem Vorwurf eines allseits längst überwundenen Hyperindividualismus zu behaften. Er ist durchaus nicht darauf festgelegt, die Maxime zu verwirklichen: Die Einzelperson *vor* dem Staat und *gegen* den Staat. Vielmehr ist mit ihm durchaus vereinbar, ja entspricht seinem Wesen besser der Grundsatz: Die Einzelperson *im* Staat. Das heisst aber: die Einzelperson für den Staat und der Staat für die Einzelperson. Beide sind aufeinander angewiesen, und daher haben beide die gleiche Existenzberechtigung.

M. *C. Du Pasquier*, juge cantonal et professeur à l'Université de Neuchâtel:

La question de savoir si les droits constitutionnels sont subjectifs ou non présente certes un intérêt scientifique, mais je ne crois pas qu'elle soit destinée à passionner l'opinion ni à ouvrir des horizons bien vastes. D'ailleurs, il n'y a pas d'abîme entre les deux conceptions. Le fossé qui semble séparer le professeur Favre du professeur Burckhardt n'est pas très profond. M. Favre incorpore le

droit naturel — d'où émanent les droits subjectifs — à la morale, mais chez M. Burckhardt on trouve aussi la notion d'une éthique qui se superpose au droit positif. Je crois qu'on peut tirer des deux opinions en présence une idée commune: au dessus du droit positif règnent des principes moraux, parmi lesquels l'idée de la valeur de l'individu; mais seul l'ordre juridique confère à certaines de ces normes le caractère de droit positif.

Nous sommes au point de soudure du droit et de la morale. Mais le problème se complique encore parce que nous touchons aussi à la politique. Par politique, je n'entends pas parler ici de „Tagespolitik", je pense à l'art de diriger la chose publique vers le bien commun. Or, à ce point de vue, on peut se demander s'il est préférable que la pensée du juge soit purement juridique ou qu'elle s'imprègne d'idées morales et aussi, par conséquent, d'idées politiques. Dès qu'on aborde ce domaine, on se trouve en présence de questions brûlantes qui touchent aux attributions de haute police des cantons et à leur droit de défense contre les éléments subversifs.

Depuis le XVIIIe siècle la situation s'est bien modifiée. La Déclaration des droits de l'homme était un acte de confiance dans le citoyen. Mais cette confiance a été ébranlée peu à peu par la propagande révolutionnaire. La propagande, mot assez moderne, consiste à répandre des idées non seulement pour convaincre, mais aussi pour pousser à l'action. Devant ses ravages, nous sommes obligés de reviser les conceptions classiques; la liberté absolue d'autrefois ne peut subsister intégralement, parce qu'on en abuse pour saper les fondements de l'Etat.

J'exprime le voeu que la jurisprudence fédérale tienne compte davantage des nécessités politiques et morales dans les conflits entre l'autorité et les droits reconnus par la Constitution. Si les cantons ne sentent ligotés par des principes abstraits et se heurtent aux décisions du Tribunal fédéral, leur autorité en sera diminuée en face des agents de dissociation. On me permettra, comme

neuchâtelois, de citer l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Humbert-Droz. Il en est resté un certain découragement à Neuchâtel et on peut le regretter du point de vue fédéraliste.

La génération qui monte désire que la jurisprudence fédérale évolue dans le sens que j'ai indiqué et que le droit de défense des cantons ne soit pas entravé par des principes très respectables, mais impossibles à mettre en pratique à notre époque troublée.

Dr. *H. P. Zschokke*, Advokat, Basel, möchte, nachdem bisher in der Diskussion die juristische Doktrin überwogen hat, mehr auf die praktische Bedeutung des Problems hinweisen:

Es ist Aufgabe des Juristen, sich in die ethischen und historischen Gegebenheiten, unter deren Einfluss das ganze Staatsleben steht, nach Möglichkeit einzufühlen. Dabei interessiert den praktischen Juristen bei den individuellen Freiheitsrechten nicht so sehr die Frage, ob es sich um subjektive öffentliche Rechte oder um Reflexwirkungen des objektiven Rechts handle, als vielmehr die praktische Auswirkung, das Resultat. Tatsache ist, dass unter dem Druck der heutigen wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse die sogenannte staatsfreie Sphäre der Freiheitsrechte überhaupt nicht mehr frei gelassen werden kann. Der Staat ist gezwungen, da und dort einzugreifen. Bei dieser Sachlage ist es aber besser, allgemeine feste Maximen aufzustellen, als dem gegenwärtig in Deutschland praktizierten „Dezisionismus", d. h. dem System der Entscheidung von Fall zu Fall, zu verfallen. Sonst droht die Gefahr, dass nicht nur die Rechtssicherheit, sondern sogar eines der wichtigsten schweizerischen Prinzipien, nämlich die Idee des Bundes, tangiert wird, welche nur bestehen kann, solange jeder einzelne den Willen zum Bunde aufbringt. Diesen Willen kann man von ihm aber nur fordern, wenn ihm die Rechtsordnung klar sagt, was er zu leisten hat und was er beanspruchen darf. Um also die Freiheits-

rechte wirksam zu verteidigen, müssen wir nach neuen Mitteln suchen und neue, festumgrenzte Normen aufstellen.

Prof. Dr. *D. Schindler*, Zürich:

Die beiden ausgezeichneten gedruckten Referate und die heutigen Voten der Referenten bieten eine Fülle von Problemen. Ich möchte mich im Rahmen der Diskussion darauf beschränken, einige Bemerkungen zu Abschnitt VI (Grundrechte und Gesetz) und IX (Die Auslegung der Grundrechte) des gedruckten Referates von Bundesrichter Dr. Huber anzubringen. Wenn Dr.Huber darlegt, dass die Tätigkeit des Verfassungsgerichtshofes eine schöpferische Tätigkeit sui generis sei, die sich der Verfassungsgesetzgebung nähere, so ist das gewiss richtig. Aber es liegt doch nur eine quasi-verfassungsgesetzgeberische Funktion vor, eine Tätigkeit auf dem Boden der Verfassung, nicht gegen und nicht neben der Verfassung. Daher habe ich einige Bedenken gegen die Ausführungen auf Seite 155a sowie gegen deren Nutzanwendung (S. 156a), wonach die Versammlungsfreiheit auch in den Kantonen als Grundrecht anzuerkennen sei, deren Verfassung sie nicht kennt. Wohl hat das Bundesgericht die Eigentumsgarantie für den Kanton Tessin, dessen Verfassung sie nicht erwähnt, anerkannt, indem es sie aus dem „gesellschaftlichen Zustand" ableitet. Doch ist die Eigentumsgarantie stärker mit der gesamten Rechtsordnung verbunden als die Versammlungsfreiheit, indem Sachenrecht, Erbrecht, Obligationenrecht, eheliches Güterrecht usw. auf dem Eigentum beruhen. Von der Versammlungsfreiheit lässt sich Ähnliches nicht sagen. Soweit durch die Bundesgesetzgebung Versammlungen gefordert oder als selbstverständlich vorausgesetzt werden (Nationalratswahl), sind sie ohnehin geschützt, darüber hinaus eine Versammlungsfreiheit in die Kantonsverfassungen hineinzulesen, ist nicht nur quasi-verfassungsgesetzgeberische Funktion, sondern m. E. volle Verfassungsgesetzgebung, und diese steht dem Bundesgericht doch nicht zu. Die Aufgabe des Bundes-

gerichts ist eine richterliche, nicht eine primär rechtschaffende. Wo die Verfassung schweigt, kann das Bundesgericht nicht eine Norm schaffen.

Im übrigen glaube ich, dass die Garantie der individuellen Verfassungsrechte durch das Bundesgericht einer der wertvollsten Bestandteile unseres öffentlichen Rechts ist. Es handelt sich gleichsam um ein Reservat des staatsrechtlichen Humanismus, wenn dieser Ausdruck gestattet ist. Denn der Liberalismus, dem die Grundrechte entstammen, ist mit dem Humanismus untrennbar verbunden. Gewiss, es ist immer ein privates Interesse, das den staatsrechtlichen Rekurs in Gang bringt. Aber das Recht, das angewendet wird, ist doch ein allgemeiner, abstrakt formulierter Grundsatz. Weite Gebiete des öffentlichen Lebens sind heute ja nicht mehr vom allgemeinverbindlichen Gesetz beherrscht; das sog. öffentliche Interesse äussert sich häufig im Noterlass, der nur bestimmte Berufsgruppen erfasst, oder gar in der Verfügung von Fall zu Fall. Dieses öffentliche Interesse kann gelegentlich auch ein Gruppeninteresse sein, das sich bei der Regierung erfolgreich Gehör verschafft hat. Gruppenegoismus ist aber gefährlicher als Individualegoismus. Ich mache diese Bemerkungen nicht, um die unvermeidlichen Vollmachtenerlasse zu kritisieren, sondern um darauf hinzuweisen, dass in den verfassungsmässigen Grundrechten, trotz ihrer individualistischen Ausgestaltung, vielleicht ebensoviel, wenn nicht mehr objektive Werte liegen können als in den Beschlüssen, in denen das sog. öffentliche Interesse zur Geltung kommt.

Nach bisheriger Praxis richten sich die Grundrechte ausschliesslich gegen den Staat. Dies ist geschichtlich zu erklären, da ursprünglich Beschränkungen der Freiheit nur von dorther zu befürchten waren. Heute aber gehen vielerlei Beschränkungen nicht nur vom Staate aus — sie werden von ihm sogar erfleht, wenn sie materiellen Nutzen bringen —, sondern von Privaten selbst. Dass z. B. private Monopole bei uns rechtmässige Ergebnisse der Handels-

und Gewerbefreiheit sind, ist zum mindesten erstaunlich. Es zeigt, dass die konsequente Durchführung einer abstrakten, ideologischen Forderung praktisch das Gegenteil von dem bewirken kann, was ursprünglich gewollt war. Die Freiheitsrechte sind heute nicht nur Mittel der Befreiung des Individuums, sondern, entgegen ihrem ursprünglichen Sinn, auch Mittel der Beherrschung Privater durch Private. Einige dieser Rechte sind überdies, in Umkehrung ihrer wahren Funktion, häufig genug aus Maximen des Aufbaus zu Instrumenten der Bekämpfung und Zerstörung, sei es eines Teils der Volksgenossen durch einen andern, sei es des Staates selbst geworden: ich denke vor allem an Pressfreiheit, Freiheit der Meinungsäusserung, Vereins- und Versammlungsfreiheit. Dieses dem ursprünglichen Ziel entgegengesetzte Ergebnis wurde mitbedingt durch die gewaltig gesteigerten technischen Möglichkeiten der Massenbeherrschung. Die Wirkungen, die von der Presse, von Vereinen und Versammlungen ausgehen können, sind von 1848 bis 1936 ebenso gestiegen wie etwa die Feuerkraft der Artillerie im gleichen Zeitraum. Es ist eine weltgeschichtliche Ironie, dass die Mittel, die die geistige Verselbständigung der Menschen herbeiführen sollten, heute zu seiner geistigen Beherrschung dienen, dass einige der liberalen Freiheitsrechte den Weg zur geistigen Vermassung gewiesen haben.

Diese konträren Wirkungen der Freiheitsrechte sollten richtigerweise nicht unter die Verfassungsgarantie fallen. Bundesrichter Huber hat dies für die Handels- und Gewerbefreiheit gefordert (S. 195a), aber es ist m. E. für alle Freiheitsrechte zu fordern; das dürfte wohl auch die Meinung von Herrn Kollegen Favre sein. Das Bundesgericht hat in den letzten Jahren, im Gegensatz zu früher, seine Praxis ungefähr einer solchen Linie angepasst, wenn auch mit einem andern Gedankengang als dem hier skizzierten.

Gerade wenn jenes humane Element der individuellen Verfassungsrechte gewahrt werden soll, und damit die tiefere Rechtfertigung der Freiheitsrechte überhaupt, so

ist darauf zu achten, dass sie nicht für Zwecke Verwendung finden, die ihrem ursprünglichen Sinn gänzlich widersprechen. Auch die verfassungsmässige Freiheit ist nur als disziplinierte Freiheit möglich.

M. le prof. *A. de Maday*, Genève:

La discussion a montré que le problème, à côté de son aspect juridique, a un aspect politique et moral. On me permettra de souligner l'importance des diverses thèses, notamment de celle du Professeur Favre qui a posé la question de la manière la plus juste en montrant qu'il s'agit au fond de la dignité humaine. Dans les grands Etats, à une époque où on fait bon marché des grands principes, c'est une mode de traiter la démocratie de matérialiste et de lui opposer les forces spirituelles. Or, ces droits individuels qui ont été reconnus à l'homme par la démocratie ont un caractère éminemment spirituel. Je remercie le Professeur Favre de l'avoir montré.

Der Vorsitzende erteilt hierauf das Wort den Referenten zu ihren Schlussvoten:

Herr *Bundesrichter Huber* möchte sich in seinem Schlusswort nicht mehr eingehend mit dem dogmatischen Streit über die Rechtsnatur der individuellen Verfassungsrechte befassen. Trotzdem er persönlich deren Auffassung als subjektive öffentliche Rechte ablehnt, sei er keineswegs für einen Abbau des Rechtsschutzes, sondern vielmehr für dessen Erhaltung und teilweise Ausdehnung. Und dies sei der praktische Gesichtspunkt, in dem er mit dem Korreferenten und den Diskussionsrednern in völliger Übereinstimmung stehe. — Wichtig erscheint ihm ferner die Frage, ob man wirklich dabei stehenbleiben soll, zu sagen, das positive Recht sei der Idee der Gerechtigkeit unterworfen, diese Idee lasse sich aber nicht weiter bestimmen, oder ob man nicht zu naturrechtlichen Ideen vorstossen soll.

In teilweiser Anerkennung des Einwurfs von Prof. Schindler gibt der Redner zu, dass sein Ausdruck, das Bundesgericht schaffe in gewissen Fällen neues Verfassungsrecht, etwas gewagt war; es handle sich richtigerweise um eine Tätigkeit sui generis neben Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsauslegung. Das Bundesgericht sei manchmal gezwungen, den unvollständigen Katalog der Verfassungsrechte von sich aus zu vervollständigen. Im übrigen erfordere die hohe Aufgabe des Verfassungsrichters neben juristischem Scharfsinn staatsmännisches Geschick und weitgehendes Verständnis für die Nöte, die in der heutigen Zeit Bund und Kantone getroffen haben.

M. le prof. *Favre* fait remarquer qu'il est parfois tout aussi dangereux du point de vue de l'ordre public de propager une doctrine que d'inciter à la mettre en pratique. L'Etat doit intervenir dès qu'il est probable que la diffusion d'une doctrine met en danger l'ordre public. Sinon il manque à son devoir de prévoyance.

Ce sera toujours chose délicate que de définir jusqu'à quel point l'Etat peut intervenir pour s'opposer à la manifestation d'opinions contraires aux moeurs. En principe, il ne peut agir que dans la mesure commandée par la sauvegarde du bien commun. L'application de ce principe relève de l'art politique.

Il est d'ailleurs manifeste que l'accord est possible dans un pays tel que le nôtre sur ce qu'il convient de considérer comme les bases morales de la société. Il n'y a en effet qu'une seule morale, qui s'applique à tous.

Zum Schlusse dankt der Vorsitzende Referenten und Diskussionsrednern für ihre vortreffliche Arbeit und der ganzen Versammlung für ihre zahlreiche und rege Teilnahme an den Verhandlungen. Eine Resolution ist nicht beantragt worden.

Schluss der Verhandlungen: 11.30 Uhr.