

**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:** 57 (1938)

**Artikel:** Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht

**Autor:** Oftinger, Karl

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-895980>

### **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:** 02.10.2025

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

# **Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht.**

Referat von Dr. Karl Oftinger,  
Privatdozent an der Universität Zürich.

---

## **Inhaltsverzeichnis.**

<b>Erster Teil: Grundlegung.</b>		<b>Seite</b>
§ 1.	Die Aufgabe . . . . .	491a
§ 2.	Von der Eigenart des Zivilrechts . . . . .	496a
§ 3.	System der Schranken der Privatautonomie . . .	499a
	I. Die rechtsgeschäftliche Freiheit im allgemeinen	499a
	II. Die Assoziationsfreiheit im besondern . . . .	504a
	III. Eingriffe ins dingliche Recht . . . . .	504a

## **Zweiter Teil: Ausführung.**

### **I. Abschnitt:**

#### **Die Beschränkung der Vertragsfreiheit.**

§ 4.	Beschränkung der Abschlussfreiheit . . . . .	509a
	I. Vom Wesen des Kontrahierungszwangs . . .	509a
	II. Tatbestände . . . . .	512a
	A. Direkter Zwang . . . . .	512a
	1. Weinlagerung . . . . .	512a
	2. Käselagerung . . . . .	513a
	3. Sicherstellung der Landesversorgung: Haltung von Vorräten . . . . .	513a
	4. Übernahme und Verwertung unverkäuflicher Ferkel . . . . .	513a
	5. Ablieferung von Verkehrsmilch . . . .	513a
	6. Erwerb inländischer Futtermittel . . .	514a
	7. Verlängerung des Pachtvertrags . . . .	514a
	8. Übernahme von Inlandgetreide . . . .	514a

	Seite
B. Indirekter Zwang . . . . .	515a
1. Einfuhrbewilligungen . . . . .	515a
2. Butterbeimischungszwang . . . . .	516a
3. Vollmehl . . . . .	516a
4. Inländische Schweinefuttermittel . . . . .	516a
C. Negativ: Enteignung und freiwilliger Arbeitsdienst . . . . .	516a
a) Enteignung . . . . .	516a
1. Beschlagnahme . . . . .	516a
2. Enteignung von Vieh . . . . .	518a
b) Freiwilliger Arbeitsdienst . . . . .	518a
1. Kein Kontrahierungszwang . . . . .	519a
2. Wohnsitzvorschrift . . . . .	520a
III. Sanktionen . . . . .	520a
A. Strafrechtliche . . . . .	521a
B. Verwaltungsrechtliche . . . . .	521a
C. Zivilrechtliche . . . . .	521a
1. Keine zivilrechtliche Klage auf Abschluss . . . . .	521a
2. Schadenersatz . . . . .	522a
IV. Rechtliche Ausgestaltung . . . . .	523a
1. Bei Einigung über den Inhalt . . . . .	523a
2. Bei fehlender Einigung . . . . .	523a
§ 5. Beschränkung der Freiheit in der Wahl der Gegenpartei . . . . .	523a
I. Allgemeines . . . . .	523a
II. Tatbestände . . . . .	524a
1. Direkter Kontrahierungszwang . . . . .	524a
2. Kontingentierung des Milchhandels . . . . .	524a
3. Indirekter Kontrahierungszwang . . . . .	525a
III. Sanktionen . . . . .	526a
A. Straf- und verwaltungsrechtliche . . . . .	526a
B. Zivilrechtliche . . . . .	526a
§ 6. Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts . . . . .	527a
I. Juristische Unmöglichkeit . . . . .	527a
A. Allgemeines . . . . .	527a
B. Tatbestände . . . . .	529a

Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht.	483a
	Seite
1. Ausfuhrverbote . . . . .	529a
2. Einfuhrverbote . . . . .	529a
3. Verbot des Verkaufs landwirtschaftlicher Grundstücke . . . . .	529a
4. Verbot des Handels mit Reichsmarknoten	529a
5. Verbot von Verträgen über beschlag- nahmte Waren . . . . .	530a
C. Sanktionen . . . . .	530a
a) Straf- und verwaltungsrechtliche . . .	530a
b) Zivilrechtliche . . . . .	530a
1. Nichtigkeit . . . . .	530a
2. Folgen der Nichtigkeit . . . . .	531a
3. Umgehungsgeschäfte . . . . .	533a
4. Konventionalstrafe . . . . .	534a
5. Simulation . . . . .	535a
II. Widerrechtlichkeit . . . . .	535a
A. Allgemeines . . . . .	535a
B. Absolute Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts . . . . .	536a
a) Tatbestände . . . . .	536a
1. Ausfuhrverbote . . . . .	536a
2. Einfuhrverbote . . . . .	537a
3. Verbot des Handels mit Reichsmark- noten . . . . .	537a
4. Verbot von Verträgen über beschlag- nahmte Waren . . . . .	537a
5. Verbot von die Landeswährung schäd- igenden Geschäften . . . . .	538a
6. Verbot von zur Preissteigerung geeig- neten Geschäften . . . . .	538a
7. Verbot auf Vollmehl bezüglicher Ge- schäfte . . . . .	539a
b) Sanktionen . . . . .	539a
a) Strafrechtliche . . . . .	539a
β) Verwaltungsrechtliche . . . . .	540a
γ) Zivilrechtliche . . . . .	540a
αα) Sanktionen im Erlass vorgesehen	541a
1. Verbot von Verträgen über be- schlagnahmte Waren . . . . .	541a

	Seite
2. Verbot von die Landeswährung schädigenden Geschäften . . .	546a
ββ) Sanktionen im Erlass nicht vorgesehen . . . . .	547a
1. Grundsatz . . . . .	547a
2. Ausfuhrverbote . . . . .	553a
3. Einfuhrverbote . . . . .	553a
4. Verbot des Handels mit Reichsmarknoten . . . . .	554a
5. Verbot von zur Preissteigerung geeigneten Geschäften . . . .	554a
6. Verbot auf Vollmehl bezüglicher Geschäfte . . . . .	556a
C. Relative Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts . . . . .	557a
a) Preisvorschriften . . . . .	557a
α) Tatbestände . . . . .	557a
αα) Preisvorschriften auf Grund des BB betr. die Überwachung von Warenpreisen vom 20. Juni 1936	558a
ββ) Preisvorschriften auf Grund des BRB über ausserordentliche Massnahmen betr. die Kosten der Lebenshaltung vom 27. September 1936 . . . . .	559a
γγ) Übrige Preisvorschriften . . . .	563a
1. Uhren . . . . .	564a
2. Milchprodukte . . . . .	565a
3. Speisekartoffeln . . . . .	565a
4. Kontrahierungszwang . . . . .	565a
β) Sanktionen . . . . .	565a
αα) Strafrechtliche . . . . .	565a
ββ) Verwaltungsrechtliche . . . . .	566a
γγ) Zivilrechtliche . . . . .	567a
1. Höchstpreise . . . . .	568a
2. Tiefstpreise . . . . .	580a
b) Vorschriften über bewilligungspflichtige Geschäfte . . . . .	581a
α) Allgemeines . . . . .	581a
β) Tatbestände . . . . .	583a

Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht.	485a
	Seite
$\alpha\alpha$ ) Einfuhrbewilligungen . . . . .	583a
$\beta\beta$ ) Ausfuhrbewilligungen . . . . .	586a
$\gamma\gamma$ ) Andere Bewilligungen . . . . .	588a
$\gamma$ ) Sanktionen . . . . .	589a
$\alpha\alpha$ ) Strafrechtliche . . . . .	589a
$\beta\beta$ ) Verwaltungsrechtliche . . . . .	590a
$\gamma\gamma$ ) Zivilrechtliche . . . . .	590a
1. Ein- und Ausfuhrbewilligungen	590a
2. Andere Bewilligungen . . . . .	594a
c) Qualitätsvorschriften . . . . .	595a
$\alpha$ ) Allgemeines . . . . .	595a
$\beta$ ) Tatbestände . . . . .	597a
1. Einfuhrbewilligungspflichtige Waren	597a
2. Milchprodukte . . . . .	598a
3. Beimischungszwang . . . . .	598a
$\gamma$ ) Sanktionen . . . . .	600a
D. Verschiedene Vorschriften . . . . .	600a
§ 7. Abänderung der Gültigkeitsvoraussetzungen des Vertragsabschlusses . . . . .	601a
I. Beschränkung der Handlungsfähigkeit . . . . .	601a
1. Bürgschaften von Nachlassschuldern: bürgerliches Nachlassverfahren, Nachlassverfahren der Hotel- und Stickereiindustrie . . . . .	601a
2. Nachlassverfahren der Banken . . . . .	602a
3. Kreditkassen mit Wartezeit . . . . .	603a
4. Beistandschaft und Beiratschaft zulasten bürgerlicher Nachlassschuldner . . . . .	603a
II. Beschränkung der Verfügungsmacht . . . . .	604a
1. Bürgerliches Nachlassverfahren, Nachlassverfahren der Hotel- und Stickereiindustrie . . . . .	604a
2. Bankennachlassverfahren . . . . .	605a
3. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung . . . . .	606a
§ 8. Abänderung der Voraussetzungen des Erlöschens des Vertrags . . . . .	607a
I. Bedeutung des Nachlassvertrags für die (zivilrechtlichen) Gläubigerrechte im allgemeinen . . . . .	607a
II. Eingriffe in die Rechte der Pfandgläubiger . . . . .	609a

	Seite
1. Nachlassverfahren der Eisenbahn- und Schiff- fahrtsunternehmungen . . . . .	609a
2. Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobliga- tionen . . . . .	610a
3. Bäuerliches Nachlassverfahren . . . . .	611a
4. Nachlassverfahren der Hotel- und Stickerei- industrie . . . . .	611a
5. Massnahmen . . . . .	611a
III. Eingriffe in die Rechte der Kurrentgläubiger .	613a
1. Allgemeines . . . . .	613a
2. Verfahrensvorschriften . . . . .	613a
3. Nachlassvertrag des bäuerlichen und des Hotelpächters . . . . .	615a
4. Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobliga- tionen . . . . .	616a
5. Bankennachlassverfahren: Fälligkeitsauf- schub und Stundung . . . . .	616a
6. Bankennachlassverfahren: Zinsen . . . . .	616a
IV. Eingriffe in die Rechte der Bürgschaftsgläubiger des Schuldners . . . . . (Bäuerliches Nachlassverfahren)	617a
V. Eingriffe in die Rechte der Gläubiger von Mit- verpflichteten des Schuldners . . . . . (Bäuerliches Nachlassverfahren, Nachlassverfahren der Hotel- und Stickereiindustrie)	618a
VI. Eingriffe in die Rechte der Mitverpflichteten des Schuldners . . . . .	620a
A. Abweichungen vom OR . . . . . (Bäuerliches Nachlassverfahren, Nachlassverfahren der Hotel- und Stickereiindustrie)	620a
B. Abweichungen vom SchKG . . . . .	621a
1. Nachlassverfahren der Hotel- und Stickerei- industrie . . . . .	622a
2. Bankennachlassverfahren . . . . .	622a
VII. Weitere Merkmale des besondern Nachlassver- tragsrechts . . . . .	622a
A. Umwandlung von Gläubigerrechten in Mit- gliedschaftsrechte . . . . .	622a
B. Abänderung der Gültigkeitsvoraussetzungen der Rechtsgeschäfte und Eingriffe ins Per- sönlichkeitsrecht . . . . .	623a

Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht. 487a

Seite

C. Praktische Tragweite des Bankennachlassverfahrens . . . . .	624a
D. Die besondern Hilfsorganisationen . . . . .	625a
1. Hoteltreuhandgesellschaft . . . . .	625a
2. Stickerreitruhandgenossenschaft . . . . .	626a
3. Bauernhilfsorganisationen . . . . .	627a
E. Der Entwurf eines BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Betriebe . . . . .	628a
VIII. Bedeutung des Konkursverfahrens und des Zivilprozesses für die (zivilrechtlichen) Gläubigerrechte . . . . .	629a
1. Konkursverfahren . . . . .	629a
2. Zivilprozessordnung . . . . .	630a
IX. Behördliche Aufhebung von Verträgen . . . . .	631a
1. Milchwirtschaft . . . . .	632a
2. Überwachung der Warenpreise . . . . .	632a

## II. Abschnitt:

### Die Beschränkung der Assoziationsfreiheit.

§ 9. Beschränkung der Organisationsfreiheit . . . . .	632a
I. Allgemeines . . . . .	632a
II. Insbesondere: Die Zwangskartelle der Milchwirtschaft . . . . .	634a
A. Kartelle und Zwangskartelle im allgemeinen . . . . .	634a
B. Die Zwangskartelle der Milchwirtschaft im einzelnen . . . . .	636a
a) Grundsatz . . . . .	636a
b) Durchführung der Zwangskartellierung . . . . .	638a
c) Juristische Natur der Zwangskartelle . . . . .	641a
III. Andere Zwangsassoziationen . . . . .	642a
1. Paritätische Arbeitslosenkasse des Hotelgewerbes . . . . .	642a
2. Treuhandstelle für Kleinindustrielle der Uhrenindustrie . . . . .	642a
IV. Indirekter Assoziationszwang . . . . .	642a
1. Importzentralen . . . . .	643a
2. Paritätische Arbeitslosenkasse des Hotelgewerbes . . . . .	643a

	Seite
3. Genossenschaft Krisenfonds der schweiz. Schiffilohnstickerei . . . . .	644a
V. Negative Abgrenzung: Andere Massnahmen der Marktregelung . . . . .	644a
A. Allgemeinverbindlicherklärung von Ver- bandsbeschlüssen und -vereinbarungen . .	644a
a) Allgemeines . . . . .	644a
b) Anwendungsfälle . . . . .	648a
B. Preisvorschriften und Betriebsbeschränkungen	650a
§ 10. Beschränkung der Freiheit in der Wahl des Partners	650a
§ 11. Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Zweckes und der Mittel der Assoziation . . . . .	650a
I. Bei den Zwangskartellen der Milchwirtschaft .	651a
A. Positiv . . . . .	651a
B. Negativ . . . . .	653a
II. Bei den andern Zwangsassoziationen . . . . .	654a
III. Beim Tatbestand des indirekten Assoziations- zwangs . . . . .	654a
1. Importzentralen . . . . .	654a
2. Schweiz. Zentralstelle für Butterver- sorgung und Genossenschaft für Getreide und Futtermittel . . . . .	655a
IV. Bei weitem Assoziationen, die öffentlich-recht- liche Funktionen ausüben . . . . .	655a
§ 12. Abänderung der Gültigkeitsvoraussetzungen der Assoziationsgründung . . . . .	656a
§ 13. Abänderung der Voraussetzungen des Erlöschens der Assoziation oder der Mitgliedschaft . . . . .	657a
I. Bei den Zwangskartellen der Milchwirtschaft .	657a
A. Positiv: Austrittsverbot . . . . .	657a
B. Negativ: Ausschluss- und Auflösungsverbot	658a
II. Bei den übrigen Zwangsassoziationen, beim Tat- bestand des indirekten Assoziationszwangs und bei den weitem Assoziationen, die öffentlich- rechtliche Funktionen ausüben . . . . .	658a

Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht.	489a
	Seite
III. Auf Grund des Nachlassvertragsrechts . . . .	659a
1. Nachlassverfahren der Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen . . . . .	659a
2. Bankennachlassverfahren . . . . .	660a
V. Behördliche Auflösung von Assoziationen . . .	661a

### III. Abschnitt:

#### Die Beschränkung des Persönlichkeitsrechts und des dinglichen Rechts.

§ 14. Beschränkung des Persönlichkeitsrechts . . . . .	661a
1. Pflicht zur Duldung einer Aufsicht im Nachlassverfahren . . . . .	662a
2. Auskunftspflicht und Pflicht zur Duldung von Kontrollen . . . . .	663a
3. Uniformenverbot . . . . .	664a
§ 15. Beschränkung des Eigentumsinhalts . . . . .	664a
I. Allgemeines . . . . .	664a
II. Tatbestände . . . . .	667a
A. Generelle Betriebsbeschränkungen . . . . .	667a
1. Hotelindustrie . . . . .	667a
2. Warenhäuser usw. . . . .	668a
3. Schuhindustrie . . . . .	668a
4. Schuhmachergewerbe . . . . .	669a
5. Uhrenindustrie . . . . .	669a
6. Milchhandel . . . . .	669a
B. Spezielle Betriebsbeschränkungen . . . . .	670a
1. Landwirtschaft . . . . .	670a
2. Schifflickerei . . . . .	670a
C. Singuläre Beschränkungen des Eigentums- inhalts . . . . .	671a
1. Verfüttern von Zucker und Vollmehl, Verbacken von Vollmehl . . . . .	671a
2. Bauten usw. in Festungsgebieten . . .	671a
3. Duldungspflichten . . . . .	672a
III. Sanktionen . . . . .	673a
A. Strafrechtliche . . . . .	673a
B. Verwaltungsrechtliche . . . . .	673a
C. Zivilrechtliche . . . . .	674a

**Dritter Teil: Würdigung.**

	Seite
§ 16. Von der schwindenden Allgemeingültigkeit des Rechts und von der Rechtsungleichheit . . . . .	680a
§ 17. Von der Aufhebung der Privatautonomie und der Aushöhlung des Privatrechts . . . . .	683a
§ 18. Apologie des Privatrechts . . . . .	692a

---

Der Referent muss hier eine Entschuldigung anbringen. Von den zahlreichen Erlassen, die in diesem Referat verarbeitet sind, werden die weniger wichtigen meist nur mit ihrem Zitat in der amtlichen Gesetzessammlung (A. S.) angeführt und die wichtigeren bei Wiederholungen ebenfalls. Der Wunsch nach einem übersichtlichen Satz hat dies in Anbetracht der oftmals langen Titel der Erlasse als notwendig erscheinen lassen.

---

## **Erster Teil: Grundlegung.**

### **§ 1. Die Aufgabe.**

Die Aufgabe, die gesetzgeberischen Eingriffe ins Zivilrecht zu behandeln, bedarf hinsichtlich ihres Inhalts der Präzisierung und hinsichtlich ihres Umfangs der Abgrenzung. Wenn man, ganz allgemein, von einem „Eingriff“ spricht, so meint man damit eine Handlung, durch die von aussen auf ein Objekt eingewirkt wird. Dem Objekt des Eingriffs wird dadurch gleichzeitig eine Sonderexistenz zuerkannt, eine Eigengesetzlichkeit. Überträgt man diesen Gedanken auf unsere Aufgabe, so erhält man zweierlei: einmal, dass das Zivilrecht angeblich eine Sonderexistenz aufweist, einer Eigengesetzlichkeit folgt; ferner dass — eben durch gesetzgeberische Eingriffe — von aussen darauf eingewirkt wird. Dass diese Eingriffe vom Gesetzgeber herrühren sollen, scheint logisch gesehen eigentlich ein Pleonasmus zu sein; denn anderswoher können sie überhaupt nicht stammen. Wenn nun aber das Zivilrecht und die darauf einwirkenden Handlungen auf die gleiche Quelle zurückgehen, nämlich den Gesetzgeber, und andererseits das Zivilrecht, da von Eingriffen die Rede ist, eine einer Eigengesetzlichkeit folgende Sonderexistenz aufweisen soll, kann das nur den Sinn haben, dass sein ursprüngliches Konzept nachträglich modifiziert wird. Diese Sonderexistenz ist aber, das muss hier festgehalten werden, ein bloss genetischer Begriff, kein logischer, denn (das Gewohnheitsrecht aus dem Spiel gelassen) alles Recht stammt aus der gleichen Quelle, das Recht, das Gegenstand eines Eingriffes ist, und das Recht, das den Eingriff ausmacht; das Zivilrecht in seinem ursprünglichen Konzept und das es modifizierende Recht. Nur in dem Sinne kann also hier von gesetzgeberischen Eingriffen ins Zivilrecht die Rede sein, dass man von einem historisch gegebenen Konzept des Zivilrechts ausgeht, wie es im ZGB und OR verkörpert ist, und dann prüft, inwiefern dieses

modifiziert worden ist. Nach diesen Klarstellungen ist es erlaubt, weiterhin metaphorisch von Eingriffen ins Zivilrecht zu sprechen.

Aber auch diese Umschreibung ermangelt noch der Präzision. Eine solche Modifikation könnte ja aus verschiedenen Gründen vorgenommen werden: um das geltende Recht der historischen Entwicklung anzupassen, oder um neu auftauchenden Rechtsinstituten gesetzgeberische Form zu verleihen, usw. Nicht darum kann es sich hier handeln. Sondern auszugehen ist von der Beobachtung, dass seit einigen Jahren von der Seite der Wirtschaft her die Lebensbeziehungen, deren Normierung die Aufgabe des Zivilrechts ist, in einem gewaltigen Gärungsprozess begriffen sind, der sich in mannigfaltigster Weise in der Tätigkeit der Gesetzgeber aller Länder des europäisch-amerikanischen Zivilisationskreises ausgewirkt hat. Das war zunächst in gewaltigem Masse während des Weltkrieges der Fall, der angeblich 1918 zu Ende ging; in wohl noch nachhaltigerer Weise zeigt sich diese Erscheinung seit dem Auswachsen der sogenannten Weltwirtschaftskrise, d. h. seit ungefähr dem Jahre 1931. Eine Analyse der betreffenden gesetzgeberischen Erlasse, z. B. in der Schweiz, zeigt, dass sie vielfach auch das herkömmliche Gebiet des Zivilrechts beschlagen. Wenn heute von gesetzgeberischen Eingriffen ins Zivilrecht die Rede ist, so ist offenbar dieser Komplex gemeint.

Da, wie erwähnt, jede Modifikation des ursprünglichen Konzepts des Zivilrechts auf einen gesetzgeberischen Eingriff zurückzuführen ist, so bedürfte es eigentlich eines genauen Kriteriums, um hier diejenigen zu bezeichnen, die Eingriffe „im Sinne“ dieses Referates darstellen. Unterscheidungsmerkmale wie diejenigen der Beziehung auf die Wirtschaftskrise — man spricht gelegentlich bereits von einem „Krisenrecht“ — sind wissenschaftlich nicht verwertbar. Sie könnten erst retrospektiv verwendet werden, dann nämlich, wenn feststeht, was wirklich krisenbedingt, d. h. vorübergehend, war und was geblieben

ist. Die Untauglichkeit des Kriteriums der Beziehung zur Krise mag an einem Beispiel dargetan werden: Das Bankengesetz, das verschiedene „Eingriffe“ ins Zivilrecht enthält, ist sicher durch die Krise, nämlich durch den Zusammenbruch einer Reihe von Banken, unmittelbar veranlasst worden. Gleichwohl ist es dazu bestimmt, zu bleiben, gleichgültig, ob die Umstände, die es unmittelbar veranlasst haben, vorübergehend sind oder nicht. Zu den angeführten Gründen kommt, dass heute nicht feststellbar ist, ob der Zustand, den wir Krise nennen, ein vorübergehender ist oder einen bleibenden Umschwung der wirtschaftlichen Verhältnisse eingeleitet hat.

Vorsichtig erscheint mir deshalb, die Aufgabe dieses Referates einfach dahin zu umschreiben, einen Überblick zu geben über die Erlasse, die eine Modifikation des Zivilrechts bedeuten, und deren Tragweite zu bestimmen. Dabei muss aber notwendig eine zeitliche Abgrenzung erfolgen: der Überblick soll sich auf die Zeitspanne vom 1. Januar 1932 bis zum 1. Juli 1938 erstrecken; die Arbeit wird also auf dieses Datum abgeschlossen. Die Verhältnisse vor dem Jahr 1932 werden berührt, wo es des Zusammenhanges wegen nötig ist. Das Datum ist nicht etwa zufällig gewählt; mit dem Jahre 1932 beginnt in der Tat die Hochflut der hier fraglichen Erlasse. Es wird sich zeigen, dass fast alle Eingriffe durch die wirtschaftliche Not veranlasst sind, so dass sich das Ergebnis in der Hauptsache mit demjenigen deckt, das mit dem Stichwort „Krisenrecht“ bezeichnet zu werden pflegt. Nur vereinzelt werden sich Eingriffe ins Zivilrecht finden, die ihre Wurzel nicht in der Wirtschaft haben, sondern z. B. in aussenpolitischen oder militärischen Notwendigkeiten. Sie sind übrigens praktisch von geringer Tragweite. Von den Komplexen, die nach dem erwähnten Kriterium zu behandeln sein werden, fallen zwei bedeutende weg: „Das Clearingrecht und seine Einwirkung auf die vertraglichen Schuldverhältnisse“<sup>1)</sup> und „Die Abwertung

<sup>1)</sup> Referate von Hug und Rosset.

des Schweizerfrankens und ihr Einfluss auf die zivilrechtlichen Verhältnisse“<sup>2)</sup>, die in den Jahren 1936 und 1937 Gegenstand der Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins waren. Die Beschränktheit des Platzes und der verfügbaren Zeit erheischt aber noch eine weitere Einschränkung des Stoffes. Es werden alle Erlasse ausgeschieden, die mit dem Alkohol- und dem Getreideregime und dem Fiskalnotrecht zusammenhängen, desgleichen in der Regel diejenigen militärischer Art und die die Landwirtschaft betreffenden Erlasse, soweit sie in die ordentliche Gesetzgebung gehören. Soweit sie ausnahmsweise Eingriffe ins Zivilrecht enthalten, können diese ohne Mühe in dem hier zu entwickelnden System untergebracht werden. Auch nach diesen Abgrenzungen bleibt des Stoffes noch reichlich genug übrig.

Damit ist die Aufgabe dieses Referates quantitativ umschrieben. Zur qualitativen Abgrenzung ist festzustellen, dass die Erlasse, die Eingriffe ins Zivilrecht bedeuten, als verbindlich vorausgesetzt werden. Das will zunächst sagen, dass ihr Verhältnis zur geltenden Bundesverfassung, namentlich dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit, nicht untersucht wird<sup>3)</sup>. Immerhin sei so viel gesagt: nach Ausscheidung der vorhin genannten Erlasse zeigt es sich, dass viele der zu behandelnden Vorschriften nicht in der geltenden Bundesverfassung verankert werden können. Das ist kein Zufall; es sind ausserordentliche Umstände, denen mit ausserordentlichen Mitteln begegnet werden musste; deshalb stellen sich diese auch in Gegensatz zum ursprünglichen Konzept des Zivilrechts, sind „Eingriffe“ in dieses. Ebenso wenig wie die

---

<sup>2)</sup> Referate von Henggeler und Guisan.

<sup>3)</sup> Auch hieran hat der Schweizerische Juristenverein schon gerührt in seinen Verhandlungen des Jahres 1936 über „Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte“, Referate von Huber und Favre. Die erwähnte Seite des Problems wird aber vor allem beleuchtet von Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, in Festgabe Fleiner 1937, S. 45 f.

Verfassungsmässigkeit der betreffenden Erlasse kann hier deren Zweckmässigkeit geprüft werden. Das ist eine zu- meist wirtschaftspolitische Frage<sup>4)</sup>, deren Beantwortung nicht Sache des Juristen ist. Damit ist nicht gesagt, dass keinerlei Wertung vorgenommen werden darf; die Frage nach dem richtigen Recht darf und muss gestellt werden, vom juristischen, namentlich zivilistischen Standpunkt aus. Insbesondere wird jeweils zu erörtern sein, inwieweit die getätigten Eingriffe ins Zivilrecht mit dessen Struktur vereinbar sind, ist doch das geltende Zivilrecht — oder besser, weil allgemeiner: das Privatrecht — prinzipiell auf einer individualistischen Basis aufgebaut, während jede Art von Eingriff ins Zivilrecht auf einen kollektivistischen Gedanken zurückgeht. Die erste Aufgabe dieser Arbeit liegt indessen, wie angedeutet, in einer Bestandesaufnahme der Eingriffe in das Zivilrecht.

Dass einige wenige der hier zu behandelnden Erlasse bereits wieder aufgehoben sind — glücklicherweise — und von andern anzunehmen ist, dass sie von bloss ephemärem Bestand sein werden, vermindert das dogmatische Interesse an den anzustellenden Untersuchungen nicht. Wer einer praktischen Rechtfertigung dafür bedarf, der sei daran erinnert, dass wir innerhalb zwanzig Jahren bereits das zweitemal eine Hochflut von vielfach identischen Erlassen gesehen haben, die das Zivilrecht einschränken. Vielleicht muss befürchtet werden, es sei nicht die letzte. In diesem Fall ist die Fragestellung des Schweizerischen Juristenvereins nicht nur eine historische oder eine solche *de lege lata*, sondern auch *de lege ferenda*.

Die Schwierigkeit der gestellten Aufgabe ist mir bewusst, und ebenso sehr, dass nicht auf jede Frage eine allseitig begründete Antwort gegeben wird. Der Probleme sind zu viele, als dass sie alle gelöst werden könnten; einiges von den Unvollkommenheiten mag der Leser der

---

<sup>4)</sup> Die mit dem weitschichtigen Komplex des Interventionismus identisch ist. Saitzew, *Der Interventionismus*, Festgabe Fleiner 1937, S. 321 f.

Beschränktheit des verfügbaren Raumes und der Kürze der nutzbaren Zeit zuschreiben. Auch mag der Verfasser da und dort eine der zahllosen, sich bei der ersten Inangriffnahme als unübersehbares Mosaik darbietenden Bestimmungen übersehen haben. Für drittes aber ist die Zeit der Lösung noch nicht herangekommen.

## § 2. Von der Eigenart des Zivilrechts.

Im vorliegenden Paragraphen ist die Aufgabe dieses Referates insoweit abgesteckt worden, als die „Eingriffe“, von denen das Zivilrecht betroffen sein soll, zeitlich abgegrenzt worden sind; desgleichen ist angedeutet worden, dass sie in der Regel von wirtschaftlichen Motiven hervorgerufen worden sind. Damit ist indessen noch nichts gesagt über ihre juristische Eigenart. Wie bereits vorweggenommen, müssen sie etwas dem Zivilrecht in seiner ursprünglichen Konzeption Fremdes sein; ihre Eigenart wird deshalb am besten klar werden, wenn man sie dem Zivilrecht gegenüberstellt. Das wiederum setzt voraus, dass das Zivilrecht in seiner Eigenart erkannt wird. Die nächste Aufgabe ist deshalb — auch auf die Gefahr hin, gelegentlich Gesagtes zu wiederholen — die Eigenart des Zivilrechts kurz zu umreißen. Dafür sind nicht nur heuristische Gründe massgebend, sondern auch die Erwägung, dass es gerade dann der Augenblick ist, sich vom Wesen einer Materie Rechenschaft zu geben, wenn man sie quantitativ und qualitativ als gefährdet ansieht; und das ist doch wohl heute beim Privatrecht der Fall. Sich auf die allgemeinen Fragen zu besinnen ist der einzige Weg, um in der fortschreitenden Zersetzung des hergebrachten Systems und Gehalts des positiven Rechts Haltung und Richtung zu gewinnen.

Wenn man sich einen imaginären Gesetzgeber vorstellt, der aus dem Nichts heraus die rechtlichen Beziehungen der Menschen ordnen will, so stehen ihm drei Möglichkeiten offen: er kann alles durch zwingende Norm

ordnen, oder er kann alles der willkürlichen Ordnung durch die Privaten überlassen<sup>1)</sup>, oder er kann schliesslich eine Synthese von beidem vornehmen, indem er gewisse Beziehungen zwingend ordnet, andere der Ordnung durch die Privaten überlässt. Die erste Möglichkeit wäre die Verwirklichung einer rein kollektivistischen Rechtsordnung, die zweite die einer rein individualistischen; bei der dritten läge ein Kompromiss zwischen beiden vor, wobei der imaginäre Gesetzgeber sich entschliessen müsste, wie die beiden Tendenzen zu dosieren wären.

Ein Blick auf die Wirklichkeit lehrt, dass jede konkrete Rechtsordnung dem dritten Typ angehört; denn ein rein kollektivistischer oder ein rein individualistischer Staat hat nie bestanden. Die Anwendung dieser Schemen auf die geltende schweizerische Rechtsordnung zeigt, dass hier die individualistische Tendenz vorherrscht<sup>2)</sup>. In der Tat wird hier ein ungeheures Gebiet von Beziehungen zwischen den Rechtsgenossen nicht durch zwingende Vorschrift geordnet, sondern der Ordnung durch diese selber überlassen; nicht nur das, sondern diese Ordnung erscheint durchaus als die Regel, indem nur die Ausnahmen ausdrücklich vorgesehen sind. Es hat den Anschein, als ob das der Privatautonomie — eben der Befugnis der Rechtsgenossen, ihre Beziehungen nach ihrem Gutdünken zu ordnen — überlassene Gebiet im Vordergrund stünde.

Das ist genetisch richtig, vom logischen Gesichtspunkt aus aber unrichtig; denn das logische prius ist die von der Rechtsordnung den Rechtsgenossen verliehene Befugnis, ihre Beziehungen nach ihrem Willen zu ordnen. Diese Befugnis geht indessen so weit, dass sie immer dann

---

<sup>1)</sup> Wobei es indessen auch Normen gibt, die aus logischen Gründen als zwingend vorausgesetzt werden müssen, hinten S. 502a f.

<sup>2)</sup> Ihr Ausdruck ist der staatsrechtliche Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit; dieses Referat stellt also gewissermassen die zivilistische Seite dieses Grundsatzes und seiner heutigen Problematik dar.

gegeben ist, wo nicht eine zwingende Norm ausdrücklich das Gegenteil besagt. Das Gebiet, in dem sich die Privatautonomie auswirkt, ist das Privatrecht (der Ausdruck wird hier gleichbedeutend mit dem des Zivilrechts verwendet); und das Mittel, dessen sich die Privatautonomie zur Ordnung der Beziehungen der Rechtsgenossen bedient, ist das Rechtsgeschäft. Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist als der zentrale Begriff des Privatrechts zu betrachten. Diese Feststellung soll hier nicht weiter begründet werden; sie begegnet indessen kaum irgendwelchen Zweifeln<sup>3)</sup>.

Für die hier zu schildernde Eigenart des Zivilrechts ist aus den vorangegangenen Überlegungen soviel gewonnen: 1. die Ordnung rechtlich relevanter menschlicher Beziehungen ist im Zweifel der Privatautonomie überlassen; 2. das Zivilrecht ist das Gebiet der Privatautonomie; 3. die Privatautonomie betätigt sich mittelst des Rechtsgeschäfts.

Wenn nun von Eingriffen ins Zivilrecht die Rede ist, so kann das nur folgendes bedeuten: 1. dass es zwingende Vorschriften sind, durch die die Eingriffe erfolgen; 2. dass durch sie die Privatautonomie beschränkt wird; oder 3. m. a. W. dass dem Rechtsgeschäft Schranken auferlegt werden.

Damit sind in grossen Zügen die Zusammenhänge aufgedeckt und ist prinzipiell die Bedeutung der darzustellenden Eingriffe ins Zivilrecht festgelegt. Die Formel — die fraglichen Eingriffe bedeuteten Schranken für das Rechtsgeschäft — ist indessen zu allgemein, als dass sich aus ihr sofort brauchbare Resultate ableiten liessen. Um solche zu gewinnen, ist es angezeigt, zu prüfen, an welchen Punkten überhaupt eine Beschränkung des Rechts-

---

<sup>3)</sup> Es sei vor allem auf die Schriften von Burckhardt verwiesen, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, Die Entstehung privatrechtlicher Obligationen, ZBJV 73, S. 49 f. Ferner Egger, Komm. ZGB Art. 27 N. 2 f.

geschäfts denkbar ist. Das wird ein System aller überhaupt denkbaren Schranken des Rechtsgeschäfts ergeben, und da die Eingriffe ins Zivilrecht sich darauf beziehen, ein System aller überhaupt denkbaren Eingriffe ins Zivilrecht. Dann kann ohne weiteres untersucht werden, welcher Art und Tragweite die konkreten zur Diskussion stehenden Eingriffe sind. Ihre Gesamtheit lässt dann den Stand der heutigen Beschränkung der Privatautonomie ermessen<sup>4)</sup>.

### § 3. System der Schranken der Privatautonomie.

Es ist hier also zu erörtern, wo überhaupt die Möglichkeit von Eingriffen in die Privatautonomie besteht. Das geschieht am besten dadurch, dass man die verschiedenen Seiten des Begriffs der Privatautonomie untersucht.

#### I. Die rechtsgeschäftliche Freiheit im allgemeinen.

Zunächst bedeutet Privatautonomie: 1. die Freiheit, ein bestimmtes Rechtsgeschäft abzuschliessen oder nicht abzuschliessen; 2. die Freiheit in der Wahl der Gegenpartei (wo eine solche vorhanden ist); 3. die Freiheit in der Gestaltung des Inhalts. Bei allen drei Kategorien besteht die Möglichkeit eines Zwangs, gleichgültig ob positiv (Gebot) oder negativ (Verbot); dieser Zwang wäre also ein Eingriff in die Privatautonomie.

Näherer Bestimmung bedarf die Freiheit der Gestaltung des Inhalts des Rechtsgeschäftes. Das ist die Kategorie, die man meist im Auge hat, wenn von rechtsgeschäftlicher Freiheit oder Vertragsfreiheit die Rede ist (vgl. das Marginale bei Art. 19 OR); die sog. Schranken des Rechtsgeschäfts oder die Schranken des Vertrags werden meistens hierauf bezogen. Die Privatautonomie wird also hier negativ umschrieben: die Rechts-

<sup>4)</sup> Dazu auch Haab, Krisenrecht, Basel 1936, S. 9/10.

ordnung zählt auf, was nicht Inhalt eines Rechtsgeschäfts sein darf. Folgende Schranken können unterschieden werden (OR Art. 19, 20): diejenige der Möglichkeit, der guten Sitten, der Widerrechtlichkeit, diejenige des Rechts der Persönlichkeit. Sie bedürfen einer Beleuchtung im einzelnen.

a) Die Schranke der Möglichkeit. Der Satz „*impossibilium nulla obligatio*“ ist eine Tautologie; fraglich ist, was eben im Rechtssinn möglich ist. Die Unmöglichkeit kann zunächst eine logische oder arithmetische oder naturgesetzliche sein, je nachdem der Inhalt eines Rechtsgeschäfts gegen die Regeln der Logik, der Arithmetik oder der Naturgesetze verstösst. In allen drei Fällen ist eine Erweiterung oder Beschränkung des zulässigen Inhalts eines Rechtsgeschäfts durch eine zwingende Vorschrift nicht denkbar, weil die Rechtsordnung hier an ausserrechtliche Grenzen stösst. Anders ist es bei einer vierten Kategorie von Unmöglichkeit, der juristischen Unmöglichkeit. Durch zwingende Norm kann jederzeit der Inhalt eines Rechtsgeschäfts, der logisch, arithmetisch und naturgesetzlich möglich ist, zu einem juristisch unmöglichen gemacht werden. Das ist z. B. der Fall, wenn eine bestimmte Art von Sachen als *extra commercium* erklärt wird, d. h. wenn darauf bezügliche Rechtsgeschäfte verboten werden. Was juristisch unmöglich ist, kann nicht allgemein gesagt werden; das hängt von der Entschliessung des empirischen Gesetzgebers ab. Dagegen ist das Kriterium allgemeingültig: das Kriterium des öffentlichen Interesses.

b) Die Schranke der guten Sitten. Im Wesen des Begriffs der guten Sitten als eines Maßstabs des Handelns, der sich aus den einer Rechtsordnung zugrunde liegenden sittlichen Anschauungen ergibt, liegt es, dass die Schranke einer unmittelbaren Einflussnahme durch gesetzgeberische Erlasse in der Regel nicht unterliegt, so dass sie für die Zwecke dieser Arbeit ausser Betracht fällt.

c) Die Schranke des Rechts der Persönlichkeit. Das Recht der Persönlichkeit als Inbegriff der dem

Menschen zustehenden natürlichen und wirtschaftlichen Freiheit besteht nicht absolut, sondern ist an die Grenzen der Rechtsordnung gebunden<sup>1)</sup>; diese können folglich durch den Gesetzgeber jederzeit modifiziert werden.

d) Die Schranke der Widerrechtlichkeit. Das ist der Inbegriff der übrigen Normen, die aus Gründen des öffentlichen Interesses die Privatautonomie beschränken. Dahin gehören zunächst alle Vorschriften, die man herkömmlicherweise zum öffentlichen Recht zählt, aber auch alle Vorschriften, die innerhalb des üblicherweise als Privatrecht bezeichneten Gebietes Gebote oder Verbote setzen.

Es sind immer Vorschriften zwingenden Rechts, welche die drei aufgezählten Seiten der Privatautonomie (Freiheit des Abschlusses, der Wahl der Gegenpartei, der Wahl des Inhalts) beschränken können. Dass das notwendig so ist, ergibt sich aus der früher angebrachten Bemerkung, dass im Verhältnis zwischen der rechtsgeschäftlichen Ordnung (Gebiet der Privatautonomie) und der gesetzlichen Ordnung (zwingendes Recht) die letztere logisch das prius ist; folglich ist sie es, die die Privatautonomie beschränkt, und nicht umgekehrt.

Weiter ist festzustellen, dass bei den Schranken der Privatautonomie drei grundsätzlich verschiedene Arten bestehen: solche, die auf ausserrechtlichen Kategorien beruhen (logische, arithmetische, naturgesetzliche Unmöglichkeit), solche, die auf einer so allgemeinen juristischen Kategorie beruhen, dass sie einem unmittelbaren Einfluss des Gesetzgebers entzogen sind (die guten Sitten), und schliesslich solche, die auf einem konkreten Werturteil des Gesetzgebers beruhen und folglich unmittelbar in konkreten Normen ausgedrückt werden können: das sind alle übrigen. Nur diese letzteren fallen in unserer Untersuchung in Betracht.

Die vorangegangenen Erörterungen bezwecken, zu zeigen, wo auf dem Gebiet der Privatautonomie der

<sup>1)</sup> Egger, Komm. ZGB Art. 27 N. 1.

Gesetzgeber durch zwingende Vorschriften beschränkend eingreifen kann. Wie sich seine Eingriffe gestalten, kann nicht allgemeingültig gesagt werden.

Der Satz, dass alle Schranken der Privatautonomie Normen zwingenden Rechtes sind, darf nicht dahin umgedreht werden, dass nur diese Normen zwingenden Rechtes seien. Sondern es gibt noch Normen, die logisch notwendig zwingend sind, weil sie eine Voraussetzung der Ausübung der Privatautonomie darstellen und folglich nicht von den Rechtsgenossen selber gesetzt werden können. Das sind die Normen, die die Voraussetzungen der Gültigkeit des Abschlusses der Rechtsgeschäfte betreffen, und die Normen, die das Erlöschen der Wirkungen der Rechtsgeschäfte betreffen.

a) Die Normen, die die Voraussetzungen der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte betreffen, sind bestimmt der Parteiwillkür entzogen, da die Privaten, wenn sie ein Rechtsgeschäft schliessen wollen, nicht gleichzeitig bestimmen können, unter welchen Voraussetzungen es gültig zustande kommt. Sie sind scharf zu scheiden von den Normen, die die Gültigkeit des Inhalts des Rechtsgeschäfts betreffen, d. h. die Frage, ob das Rechtsgeschäft einem Gebot konform ist und nicht gegen ein Verbot verstösst. Hierhin gehören vor allem die Regeln, die sich beziehen auf die Handlungsfähigkeit, die Dispositionsfähigkeit (Verfüugungsmacht), die Form, usw. Allgemeingültig kann hier nur gesagt werden, dass diese Normen zwingend sind, nicht aber, wie sie lauten sollen. Das hängt einzig vom Werturteil des empirischen Gesetzgebers ab. Folglich unterliegen sie seinem unmittelbaren Einfluss und können Gegenstand von Modifikationen, von Eingriffen sein. Der Gesetzgeber könnte aus irgendwelchen Gründen für ein gewisses Rechtsgeschäft die Handlungsfähigkeit besonders ordnen, z. B. für die Eingehung einer Bürgschaft ein höheres Alter als das der Mündigkeit verlangen<sup>2)</sup>.

<sup>2)</sup> So das Postulat von Stauffer, Die Revision des Bürgschaftsrechts, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1935, S. 33a.

b) Unter den Normen, die die Voraussetzungen des Erlöschens des Rechtsgeschäfts betreffen, sind vor allem zu verstehen die Endigungsgründe der Obligation, des dinglichen und beschränkt dinglichen Rechts, der juristischen Personen und der Gesamthandsverhältnisse, der familienrechtlichen Pflichten. Auch hier ist es logisch notwendig, dass zwingende Normen diese Voraussetzungen regeln, weil es nicht die Parteien sein können, die darüber Vorschriften aufstellen<sup>3)</sup>. Die erwähnten Voraussetzungen können Gegenstand gesetzgeberischer Eingriffe sein, ausgenommen, wo das Erlöschen aus Gründen erfolgt, die auf ausserjuristische Kategorien zurückzuführen sind, wie naturgesetzliche<sup>4)</sup> und logische<sup>5)</sup> Gründe. So könnte z. B. durch gesetzgeberischen Erlass ein neuer Erlöschungsgrund der Obligation eingeführt werden, indem sie unter gewissen Umständen durch behördlichen Akt zum Erlöschen gebracht wird. Wiederum kann allgemein nur gesagt werden, dass solche Normen bestehen müssen, nicht aber, wie sie lauten.

Was hier von den Rechtsgeschäften gesagt worden ist, gilt sinngemäss für die ihnen nachgebildeten rudimentären Gebilde, die Rechtshandlungen. Da bei den in diesem Referat zu behandelnden Erlassen die einseitigen Rechtsgeschäfte keine Rolle spielen, sondern nur die

---

<sup>3)</sup> Nur scheinbar machen die in ihrer Dauer befristeten Rechtsgeschäfte, Assoziationen und dinglichen Rechte eine Ausnahme: hier ist wohl die Bestimmung der Dauer ein Ausfluss der Privatautonomie; dass aber der Zeitablauf als solcher ein Endigungsgrund ist, ist von der Rechtsordnung vorgesehen.

<sup>4)</sup> So der Untergang eines Grundstücks.

<sup>5)</sup> So das Zusammenfallen der Eigenschaften des Berechtigten und Verpflichteten in einer Person bei der Obligation (Konfusion), bei der Dienstbarkeit und dem Pfandrecht. Dass es Eigentümerdienstbarkeiten, -grundpfandverschreibungen (Homberger, Die Grundpfandverschreibung bei Schuldverpflichtungen auf den Inhaber, ZBJV 71 S. 560 f.), Eigentümerschuldbriefe und -gülden gibt, ist kein Gegenbeweis, da diese Institute auf Fiktionen beruhen.

Verträge, wird der Kürze halber nur von diesen, bzw. der Vertragsfreiheit die Rede sein.

## II. Die Assoziationsfreiheit im besonderen.

Die Begründung einer Assoziation (juristische Person oder Gesamthandsverhältnis) ist ein Rechtsgeschäft. Die Assoziationsfreiheit ist deshalb ein Unterbegriff der rechtsgeschäftlichen Freiheit (soeben Ziff. I); nur ihrer praktischen Bedeutung wegen wird sie hier besonders erwähnt. Als Unterbegriff der rechtsgeschäftlichen Freiheit weist sie die gleichen Seiten auf wie diese und bedeutet folglich:

a) die Freiheit, eine Assoziation zu gründen oder nicht, bzw. sich einer bestehenden anzuschliessen oder nicht;

b) die Freiheit in der Wahl der Partner;

c) die Freiheit in der Gestaltung des Zwecks und der Mittel der Assoziation. Diese Kategorie ist an die gleichen Schranken gebunden wie die des Inhalts des Rechtsgeschäfts: an die Schranke der Möglichkeit, der guten Sitten, des Rechts der Persönlichkeit und der Widerrechtlichkeit.

Hier wie dort besteht immer dann die Möglichkeit eines gesetzgeberischen Eingriffs, wenn die Schranken nicht auf ausserjuristischen Kategorien beruhen (wie bei der logischen, arithematischen und naturgesetzlichen Unmöglichkeit) oder nicht allgemeiner Art sind (die guten Sitten). Desgleichen können durch gesetzgeberische Erlasse die Normen modifiziert werden, die die Voraussetzungen der Gültigkeit der Gründung einer Assoziation betreffen oder die Voraussetzungen des Erlöschens einer Assoziation, bzw. der Mitgliedschaft bei ihr.

## III. Eingriffe ins dingliche Recht.

Der Begriff des dinglichen Rechts, insbesondere seines Prototyps, des Eigentums, ist neben dem des Rechtsgeschäfts ein Kernstück des Privatrechts. Sämtliche Rechtsgeschäfte des Obligationen-, Sachen- und Erbrechts

und die meisten des Familienrechts beziehen sich unmittelbar oder mittelbar aufs Eigentum. Es ist daher nahelegend, zu prüfen, ob nicht auch an diesem Punkt Eingriffe ins Zivilrecht möglich sind.

Zur Charakteristik des dinglichen Rechts bedarf es zweier Elemente: dass es gegenüber jedermann seine Wirkung entfaltet und dass die Möglichkeit besteht, rechtsgeschäftlich darüber zu verfügen<sup>6)</sup>. Das erste Merkmal charakterisiert den Inhalt des dinglichen Rechts. Dieser muss unbedingt vom Gesetz zwingend — also unanhängig von rechtsgeschäftlichen Bestimmungen — umschrieben sein; anders müsste sonst jeder Eigentümer mit allen andern Rechtsgenossen einen Vertrag schliessen, um ihre Zustimmung zu erlangen<sup>7)</sup>. In der Tat ist auch die Umschreibung des Inhalts des dinglichen Rechts im Gesetz abschliessend enthalten: das Eigentum wird im ZGB Art. 641 Abs. I positiv dahin umschrieben, dass der Berechtigte in den Schranken der Rechtsordnung frei über sein Recht verfügen kann und freien Genuss daran hat, und in Art. 641 Abs. II negativ dahin, dass niemand es verletzen darf. Für die übrigen dinglichen Rechte gilt Entsprechendes. Parallel zu den Schranken des Inhalts des Rechtsgeschäfts haben wir also hier die Schranken des Inhalts des Eigentums. Das geltende Recht kennt bekanntlich zahlreiche solche: alle die verwaltungsrechtlichen Vorschriften von Bau-, Wasser-, Feuerpolizei usw. (ZGB Art. 702). Der Inhalt des dinglichen Rechts, insbesondere des Eigentums, ist in jedem Augenblick die Resultante aller in der Gesetzgebung enthaltenen „Schranken der Rechtsordnung“. Woher diese Schranken stammen, ob aus dem ZGB, dem eidgenössischen oder kantonalen Verwaltungsrecht, macht keinen Unterschied. Es besteht keine prinzipielle Verschiedenheit, ob man dem städtischen Grundeigentümer einer bestimmten Zone ver-

---

<sup>6)</sup> Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 30.

<sup>7)</sup> Burckhardt, Methode und System des Rechts, S. 179.

bietet, höher als drei Stockwerke zu bauen, oder den landwirtschaftlichen Grundeigentümer verpflichtet, ein Stück Land mit Getreide statt mit Gras zu bebauen; ob man ihm verbietet, seine Kartoffeln zu Schnaps zu verbrennen, das Jungvieh aufzuziehen (statt es zu schlachten), oder ob man ihm aus militärischen Gründen untersagt, in der Nähe einer Festung ein Gebäude aufzustellen. Immer sind es schlechthin Beschränkungen des dinglichen Rechts. Nur metaphorisch kann deshalb von Eingriffen ins dingliche Recht, d. h. in sein normales Konzept, gesprochen werden. Es wird zu prüfen sein, inwieweit in den letzten Jahren solche Eingriffe erfolgt sind.

Im Gegensatz zum Inhalt des dinglichen Rechts wird die Zuständigkeit am dinglichen Recht nicht durchs Gesetz geregelt, sondern der dinglich Berechtigte, bzw. Verpflichtete wird durchs Rechtsgeschäft bestimmt, sei es ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen. Das ist nichts anderes als die juristische Auswertung des politischen oder nationalökonomischen Begriffs des Privateigentums. Keinen Unterschied bedeutet es, ob das Eigentum als Ganzes auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen wird oder bloss ein Teil seines Inhalts, durch die Errichtung eines beschränkt dinglichen Rechts<sup>8)</sup>. Soweit hier gesetzliche Eingriffe erfolgen, indem die Verfügungsmacht des dinglich Berechtigten eingeschränkt wird (z. B. durch ein Verbot der Veräußerung bestimmter Sachen oder der Errichtung neuer Pfandrechte), so sind sie als Eingriffe in die Freiheit des Inhalts des Rechtsgeschäfts erfassbar, als deren Schranken, so dass hier eine besondere Kategorie von Eingriffen ins Zivilrecht nicht entsteht.

\* \* \*

---

<sup>8)</sup> Nun gibt es zwar auf Gesetz beruhende, beschränkt dingliche Rechte, wie die früher sogenannten Legalservituten und die gesetzlichen Pfandrechte; sie sind nichts anderes als Schranken des Inhalts des Eigentums im Sinne von ZGB Art. 641 I.

Die vorangegangenen Betrachtungen können folgendermassen zusammengefasst werden: Es ist zu zeigen versucht worden, wie diejenige Sphäre der Rechtsordnung, die der willkürlichen Gestaltung durch die Rechtsgenossen überlassen ist — die Sphäre des Privatrechts, wo sich die Privatautonomie durch das Mittel des Rechtsgeschäfts auswirkt — logisch von der zwingenden gesetzlichen Ordnung abhängt, da diese im Verhältnis zu jener das prius ist. Folglich ist jeder „Eingriff in das Zivilrecht“ eine Beschränkung der Privatautonomie. Durch einen Überblick über den Aufbau des Zivilrechts wollte gezeigt werden, an welchen Punkten im einzelnen die Sphäre der zwingenden gesetzlichen Ordnung auf Kosten der Privatautonomie erweitert werden kann, wo also Eingriffe ins Zivilrecht erfolgen können. Damit ist gleichzeitig die Systematik der Eingriffe ins Zivilrecht gewonnen worden, die dem ausführenden Teil des Referates zugrunde zu legen ist. Demgemäss sind nacheinander zu betrachten die:

- Beschränkung der Abschlussfreiheit (§ 4; d. h. die Beschränkung der Freiheit der Entscheidung, ob ein Vertrag abgeschlossen wird oder nicht),
- Beschränkung der Freiheit in der Wahl der Gegenpartei (§ 5),
- Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts (§ 6),
- Abänderung der Gültigkeitsvoraussetzungen des Vertragsabschlusses (§ 7),
- Abänderung der Voraussetzungen des Erlöschens des Vertrags (§ 8),
- Beschränkung der Organisationsfreiheit (§ 9; d. h. die Beschränkung der Freiheit der Entscheidung, ob die Privaten eine Assoziation gründen oder sich einer bestehenden anschliessen wollen),
- Beschränkung der Freiheit in der Wahl des Partners (§ 10),

Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Zwecks  
und der Mittel der Assoziation (§ 11),  
Abänderung der Gültigkeitsvoraussetzungen der Asso-  
ziationsgründung (§ 12),  
Abänderung der Voraussetzungen des Erlöschens einer  
Assoziation oder der Mitgliedschaft (§ 13),  
Beschränkung des Persönlichkeitsrechts (§ 14),  
Beschränkung des Eigentumsinhalts (§ 15).

## **Zweiter Teil: Ausführung.**

### I. Abschnitt:

## **Die Beschränkung der Vertragsfreiheit.**

### **§ 4. Beschränkung der Abschlussfreiheit.**

#### I. Vom Wesen des Kontrahierungszwangs.

Unter Abschlussfreiheit ist die Freiheit der Entscheidung zu verstehen, ob überhaupt ein bestimmter Vertrag abgeschlossen wird. Sie ist immer dann beschränkt, wenn ein Zwang zum Abschluss besteht; man pflegt hier von Kontrahierungszwang zu sprechen.

Bei den Fällen, die man üblicherweise als solche des Kontrahierungszwangs bezeichnet, sind grundsätzlich zwei Kategorien auseinander zu halten:

1. Der Begriff des Kontrahierungszwangs ist geschaffen worden im Hinblick auf die dem Staat oder staatlichen Anstalten oder staatlich konzessionierten Unternehmungen auferlegte Pflicht, mit den Privaten in bestimmte rechtliche Beziehungen zu treten; so die Pflicht der Eisenbahnverwaltung, Menschen und Güter zu befördern, die Pflicht der Postverwaltung, Postwertzeichen zu verkaufen und Menschen und Sachen zu befördern. Man hat diese Pflicht als eine solche zum Abschluss eines Vertrags betrachtet, der dem Privatrecht unterstellt sein sollte<sup>1)</sup>. Mit Recht wird heute die Auffassung vertreten<sup>2)</sup>, dass hier kein Raum sei für privatrechtliche Beziehungen,

---

<sup>1)</sup> Nipperdey, Kontrahierungszwang, Jena 1920, S. 23, 28 f., 135 f. Über den Kontrahierungszwang ferner Egger, Komm. ZGB Art. 2 N. 21; 27 N. 2; Feer, Kontrahierungszwang, Diss. Zürich 1922; Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1931, I § 153 IV; Ehrenzweig, System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts 1928, § 313 VI.

<sup>2)</sup> Burckhardt, Organisation, S. 58. A. M. v. Thur, OR I S. 239, Nawiasky, Rechtsfragen des wirtschaftlichen Neuaufbaues, Zürich 1937, S. 35.

das ganze Verhältnis vielmehr dem öffentlichen Recht unterstehe, weil die betreffenden öffentlichen oder privaten Stellen in Erfüllung einer öffentlichen Pflicht handeln. Das gilt m. E. immer dann, wenn der Antrag, die fragliche Beziehung zwischen dem Privaten und der dem „Kontrahierungszwang“ unterworfenen Stelle herzustellen, vom Privaten ausgeht, der Zwang sich folglich an den Antragsempfänger richtet, also z. B. an eine Eisenbahnverwaltung, weil es hier der Private ist, der den Antrag stellt, ihn oder seine Güter zu befördern. Diese Fälle sind hier nicht darzustellen<sup>3)</sup>. Die schlechtweg erfolgende Unterstellung unters öffentliche Recht ist m. E. aber dann nicht am Platz, wenn der Antrag von einer staatlichen Stelle ausgeht und sich der Zwang, mit ihr in Beziehungen zu treten, an den Privaten richtet. Dieser Tatbestand gehört unter Ziff. 2.

2. Grundsätzlich anders als die soeben unter Ziff. 1 behandelten Fälle sind die folgenden: die Rechtsordnung kennt Normen, durch die ein Privater verpflichtet wird, mit einem anderen Privaten oder einer staatlichen Stelle in rechtliche Beziehung zu treten, wobei es die Meinung hat, dass zwischen ihnen ein Vertrag abzuschliessen sei; dahin gehört deshalb der vorhin erwähnte Fall, wo ein Antrag von einer staatlichen Stelle ausgeht und der Private verpflichtet ist, mit ihr in Beziehung zu treten. Es wird gelehrt, dass auch hier für den Begriff des Vertrags kein Platz sei, weil ein Vertrag, den man infolge einer rechtlichen Verpflichtung abschliessen muss, kein Vertrag sei<sup>4)</sup>. Das bedarf noch der Erörterung.

Die genannte Auffassung geht davon aus, dass es einen grundsätzlichen Unterschied bedeutet, ob die Be-

<sup>3)</sup> Dem öffentlichen Recht untersteht z. B. auch die Ablieferungspflicht von Konzessionsbrennereien und die Abnahmepflicht der Alkoholverwaltung, Alkoholgesetz Art. 3, 10 I (A. S. 48, 425).

<sup>4)</sup> Burckhardt, Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat, ZBJV 70 S. 113; Philippson, Die rechtliche Ordnung des freiwilligen Arbeitsdienstes in der Schweiz, Diss. Bern 1937, S. 9/10.

schränkung der Privatautonomie die Abschlussfreiheit betreffe und folglich ein Zwang *quoad titulum* ausgeübt werde, oder ob die Beschränkung der Privatautonomie den Inhalt des Vertrags betreffe und folglich ein Zwang *quoad materiam* ausgeübt werde. Darauf kommt es an. Im ersten Teil dieser Arbeit sind die verschiedenen Punkte des üblicherweise als Privatrechtssystem bezeichneten Gebietes aufgezählt worden, an denen eine Beschränkung der Privatautonomie einsetzen kann. Es hat dabei die Meinung, dass diese verschiedenen Beschränkungen einander koordiniert, und nicht subordiniert seien. Besteht wirklich, wie behauptet wird, ein grundsätzlicher Unterschied, ob die Parteien zum Abschluss eines Vertrags gezwungen sind, dabei aber den Inhalt frei gestalten können, oder ob der Inhalt eines Vertrags durch zwingende Vorschriften vollständig und unabdingbar festgelegt ist, die Parteien aber noch die Freiheit haben, den Vertrag abzuschliessen oder nicht, m. a. W. die Schablone, wie sie lautet, anzunehmen oder auf den Vertragsabschluss zu verzichten? Ich glaube nicht. In beiden Fällen ist die Privatautonomie weitgehend aufgehoben; es sind bloss zwei verschiedene Aspekte des Begriffs der Vertragsfreiheit, die beeinträchtigt werden. Beiden ist gemeinsam, dass es das öffentliche Recht ist, das das Gebiet umschreibt, auf dem sich die Privatautonomie auswirken kann; die Grenze wird bald da, bald dort enger gezogen. Bald ist es der Vertragsinhalt, der beschränkt wird, bald die Abschlussfreiheit, bald die Freiheit in der Wahl des Partners, bald diejenige in der Gestaltung des Inhalts des dinglichen Rechts. Man wird einwenden, nur scheinbar bleibe trotz des Abschlusszwanges ein Vertrag übrig. Denn wenn die Parteien sich über den primär ihrer freien Gestaltung überlassenen Vertragsinhalt nicht einigen könnten, so müsste eine staatliche Instanz ihn bindend festsetzen. Das ist richtig, trifft aber den Kernpunkt nicht. In den meisten Fällen wird eben doch eine Einigung zustande kommen, die alle Merkmale der privatautonomen

Gestaltung des Vertragsinhalts aufweist. Ein nachträgliches staatliches Eingreifen kennt man auch hinsichtlich des Inhalts des Vertrags: ist er unsittlich oder widerrechtlich, so hebt ihn der Richter auf oder modifiziert sogar seinen Inhalt<sup>5)</sup>. Gleichwohl sind es immer noch vertragliche Beziehungen, die hier durch eine staatliche Intervention beeinträchtigt werden.

Von Kontrahierungszwang ist also nicht zu reden, sondern die betreffenden Beziehungen sind dem öffentlichen Recht zu unterstellen in den Fällen der Ziff. 1 vorne; Kontrahierungszwang liegt vor und die fraglichen Beziehungen sind als privatrechtlich zu betrachten in den Fällen Ziff. 2, nämlich dann, wenn ein Privater gezwungen ist, mit einem andern Privaten oder einer staatlichen Stelle einen Vertrag abzuschliessen. Es sind jetzt die Normen der in diesem Referat zu behandelnden Gesetzgebung aufzuzählen, die einen solchen Kontrahierungszwang vorsehen.

## II. Tatbestände.

### A. Direkter Zwang.

1. Durch den Bundesbeschluss über Hilfsmassnahmen zugunsten der einheimischen Weinernte 1934/35 vom 28. September 1935<sup>6)</sup> ist der Bundesrat ermächtigt worden, u. a. Massnahmen zur Unterbringung der Weinernte zu ergreifen, so insbesondere die Besitzer von Räumen und Fassungen, die zur Weinlagerung geeignet sind, zu „verhalten“, diese zur Verfügung zu stellen. „Sollten sich die Interessenten über die Bedingungen der Abtretung nicht einigen können, so werden diese vom Bundesrat festgesetzt.“ Hier wird also ein Zwang statuiert, einen

---

<sup>5)</sup> Z. B. OR Art. 163 III, 417 (Herabsetzung einer Leistung, vgl. auch BGE 48 II 252, 59 II 376), 373 II (Heraufsetzung einer Leistung, vgl. auch BGE 47 II 319, 59 II 376), das Urteil BGE 44 II 526 (Abänderung einer Leistung hinsichtlich des Quantums der Sachleistung, ihrer Modalitäten usw.).

<sup>6)</sup> A. S. 51, 666.

Mietvertrag abzuschliessen; der Mietzins wird unter Umständen behördlich festgesetzt.

2. Eine gleiche Pflicht zur Vermietung von Räumen sieht der BB über eine weitere Fortsetzung der Bundeshilfe für die schweizerischen Milchproduzenten und für die Linderung der landwirtschaftlichen Notlage vom 25. April 1936<sup>7)</sup> vor: der Bundesrat kann nötigenfalls die Bedingungen festsetzen, unter denen Räume und Einrichtungen für die Käselagerung zur Verfügung zu halten sind.

3. Durch das noch nicht in Kraft getretene BG über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern vom 1. April 1938<sup>8)</sup> kann der Bundesrat u. a. öffentliche und private Unternehmungen sowie die kantonalen Salzverwaltungen zur Haltung von Vorräten in bestimmtem Umfang und an bestimmten Orten verpflichten; darin liegt einerseits ein Zwang zum Abschluss von Kaufverträgen, andererseits, wo eine Lagerung der Vorräte in Liegenschaften Dritter in Frage steht, zum Abschluss von Mietverträgen.

4. Gemäss VO über die Einschränkung der viehwirtschaftlichen Produktion vom 6. August 1935<sup>9)</sup> ist die Abteilung für Landwirtschaft des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements befugt, „die Übernahme und Verwertung von unverkäuflichen Ferkeln, nötigenfalls auch von Tieren anderer Nutzung, zu veranlassen“. „Bei Meinungsverschiedenheiten über den Preis setzt die Abteilung für Landwirtschaft diesen fest.“

5. Für Milchproduzenten, die einer Sammelstelle (Milch-, Käserei-, Sennerei-Genossenschaft) angeschlossen sind, besteht für sämtliche Verkehrsmilch eine Ablieferungspflicht. Umgekehrt sind die Sammelstellen mit einer Abnahmepflicht belastet<sup>10)</sup>. Soweit die Milch-

---

<sup>7)</sup> A. S. 52, 213 Art. 7 II.

<sup>8)</sup> Bundesblatt 1938 I 552, Art. 3 I.

<sup>9)</sup> A. S. 51, 564 Art. 22 III.

<sup>10)</sup> VO über die Regelung der Milchproduktion vom 25. April 1938, A. S. 54, 189 Art. 7, 11.

produzenten Mitglieder der fraglichen Assoziationen sind<sup>11)</sup>, ergibt sich dieser Kontrahierungszwang nicht nur aus der zitierten Bestimmung, sondern auch aus statutari-schen Verpflichtungen. Wenn eine Aussenseiter-Milchgenossenschaft nicht gezwungen wird, sich einer Sektion des Zentralverbandes schweizerischer Milchproduzenten anzuschliessen<sup>12)</sup>, so kann sie doch verpflichtet werden, einer solchen Milch zu verkaufen<sup>13)</sup>.

6. Für die Viehwirtschaft bestehen Vorschriften, wo-nach inländische Futtermittel zu verwenden sind<sup>14)</sup>; der Viehbesitzer ist also verpflichtet, derartige Ware zu erwerben.

7. Ein Verpächter, dessen Gegenkontrahent im Rahmen des bürgerlichen Nachlassvertragsrechts einen Pächternachlassvertrag abgeschlossen hat, kann ge-zwungen werden, den Pachtvertrag um höchstens vier Jahre zu verlängern<sup>15)</sup>.

8. Des Beispiels halber sei aus der ordentlichen Gesetzgebung ein Fall zitiert, wo ein Antrag von einer staatlichen Stelle ausgeht und der Private verpflichtet ist, mit ihr in Beziehung zu treten: das Getreidegesetz vom 7. Juli 1932<sup>16)</sup> auferlegt den Inhabern von Handlungsmühlen die Pflicht, vom Bund das von ihm erworbene Inlandge-treide zu kaufen. Der Preis wird vom Bundesrat fest-gesetzt.

---

<sup>11)</sup> Darüber hinten S. 636a f.

<sup>12)</sup> Darüber hinten S. 639a.

<sup>13)</sup> BB über eine weitere Fortsetzung der Bundeshilfe für die schweiz. Milchproduzenten . . . vom 28. März 1934, Art. 6 Ia), A. S. 50, 247. VO über Milchproduktion und Milchversorgung vom 30. April 1937, Art. 9 IIa, A. S. 53, 544.

<sup>14)</sup> VO über die Einschränkung der viehwirtschaftlichen Produktion vom 6. August 1935, Art. 1 II, 4 III, 9 I, A. S. 51, 564.

<sup>15)</sup> BB über vorübergehende rechtliche Schutzmassnahmen für notleidende Bauern vom 28. September 1934, Art. 50, A. S. 50, 1075.

<sup>16)</sup> A. S. 49, 439, Art. 19.

**B. Indirekter Zwang.**

Es wird sich im Verlaufe dieser Arbeit häufig zeigen, dass die Gesetzgebung vielfach darauf verzichtet, einen direkten, durch die entsprechenden Exekutionsmassnahmen und Strafdrohungen durchzusetzenden Zwang zu statuieren und statt dessen einen indirekten Zwang statuiert: für den Fall der Nichteinhaltung einer Vorschrift wird ein wirtschaftlicher Nachteil angedroht; z. B. ist die Einhaltung einer Vorschrift oder die Erfüllung einer Auflage oder der Beitritt zu einer Assoziation die Voraussetzung davon, dass man eine Bewilligung erhält. Der Zwang kann aufgehoben werden, indem man einfach auf die Vorteile verzichtet, die die Befolgung der Vorschrift mit sich bringt. Irgendeine Exekution erfolgt in diesem Fall nicht. Dieser Tatbestand ist nicht allzu selten auf dem hier zu behandelnden Gebiet<sup>17)</sup>.

1. Vor allem Einfuhrbewilligungen<sup>18)</sup> werden an Auflagen geknüpft; es besteht folglich ein indirekter Zwang, diese Auflagen zu erfüllen, z. B. ein bestimmtes Quantum Inlandware abzunehmen. Derartige Auflagen oder Bedingungen sind generell vorgesehen im BB über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland vom 14. Oktober 1933<sup>19)</sup>. Wer z. B. Eier importieren will, muss ein bestimmtes Quantum Inlandeier abnehmen; wer Honig importieren will, muss Inlandhonig erwerben<sup>20)</sup>. Solche Pflichten zur Abnahme von Inlandware sind ferner

---

<sup>17)</sup> Auch im öffentlichen Recht ist der indirekte Zwang nicht selten. Wenn der Bund z. B. nicht kompetent ist, die Kantone zur Errichtung eines Werkes zu zwingen, stellt er eine Subvention in Aussicht und knüpft an ihre Auszahlung die Bedingung, dass der Kanton das Werk ausführt und einen Teil der Kosten übernimmt.

<sup>18)</sup> Darüber hinten S. 583a f.

<sup>19)</sup> A. S. 49, 811, Art. 2 I.

<sup>20)</sup> Darüber Laur, Die Mitarbeit der landwirtschaftlichen Verbände . . ., in Festgabe Schulthess, Zürich 1938, S. 269 f., ferner eine Mitteilung der Eidgenössischen Preiskontrollstelle, Neue Zürcher Zeitung Nr. 486 vom 18. März 1938.

vorgesehen für Butter<sup>21)</sup>, Wein und Trauben<sup>22)</sup>, Benzin<sup>23)</sup>, Kartoffeln<sup>24)</sup>, Pferde<sup>25)</sup>.

2. Biskuits- und Waffelfabriken konnten unter Umständen von dem sogenannten Butterbeimischungszwang entbunden werden, d. h. der Pflicht, den von ihnen verwendeten Fetten inländische Butter zuzusetzen. In diesem Fall mussten sie aber ein bestimmtes Quantum Butter kaufen und in ihrem Betrieb verwenden<sup>26)</sup>.

3. Da die Bäcker verpflichtet sind, ein Vollbrot herzustellen, sind sie dadurch auch indirekt gezwungen, das Vollmehl zu kaufen<sup>27)</sup>.

4. Die Haltung von Schweinen ist kontingentiert worden; es können aber Zusatzkontingente bewilligt werden. In diesem Fall ist der betreffende Betriebsinhaber jedoch verpflichtet, eine entsprechende Menge inländischer Schweinefuttermittel zuzukaufen<sup>28)</sup>.

### C. Negativ: Enteignung und freiwilliger Arbeitsdienst.

#### a) Enteignung.

1. Waren, die gemäss Verfügung VII des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements über ausserordentliche Massnahmen betreffend die Kosten der Lebenshaltung vom 22. Oktober 1936<sup>29)</sup> der Beschlagnahme unterliegen, können vom Bund erworben werden. Der erwähnte Erlass hat sein Vorbild in einem Kriegserlass, dem BRB

<sup>21)</sup> A. S. 48, 117, darüber Brunner, Zwangskartelle, Diss. Zürich 1936, S. 256. Bei Nichteinigung setzt das Volkswirtschaftsdepartement den Preis fest.

<sup>22)</sup> A. S. 52, 658, Art. 5.

<sup>23)</sup> A. S. 52, 428. Der Preis ist vom Bundesrat festzusetzen.

<sup>24)</sup> A. S. 50, 560; 51, 539. Es müssen Richtpreise bezahlt werden.

<sup>25)</sup> A. S. 53, 648, Art. 2 III.

<sup>26)</sup> A. S. 50, 567, Art. 5 I, vgl. auch hinten S. 598a. Der Erlass ist aufgehoben, A. S. 52, 82.

<sup>27)</sup> A. S. 52, 1004; Art. 5, hinten S. 599a, 671a.

<sup>28)</sup> A. S. 52, 13 Art. 3, ferner hinten S. 670a.

<sup>29)</sup> A. S. 52, 811, Art. 5.

betreffend die Bestandesaufnahme und die Beschlagnahme von Waren vom 11. April 1916<sup>30)</sup>. Dort wird unterschieden zwischen der Beschlagnahme einerseits und der Enteignung der Ware andererseits; diese Unterscheidung ist auch für die Verfügung VII vom 22. Oktober 1936 zu machen. Die Beschlagnahme wie die Enteignung sind keine Rechtsgeschäfte, sondern staatliche Hoheitsakte<sup>31)</sup>. Deshalb kann dieser Tatbestand hier nur negativ angeführt werden. Vom zivilistischen Standpunkt aus ist jedoch zu bemerken, dass gegenüber dem Rechtssubjekt ein Zwang ausgeübt wird, dem Bund Ware gegen einen von einer Schätzungskommission festgesetzten Preis abzutreten, der berechnet wird aus dem Ankaufpreis und einem angemessenen Zuschlag<sup>32)</sup>; vom Rechtssubjekt aus gesehen ist die rechtliche Situation ähnlich, wie wenn im Rahmen rechtsgeschäftlicher Betätigung die Abschlussfreiheit beschränkt wäre.

Die Beschlagnahme von Waren kann jederzeit aufgehoben werden, ohne dass dem Besitzer oder Eigentümer eine Entschädigung zu bezahlen ist, was u. U. ausserordentlich hart sein kann; bei dilatorischer Behandlung einer Angelegenheit können dem Besitzer oder Eigentümer z. B. erhebliche Lagerkosten entstehen<sup>33)</sup>.

Erfolgt eine Enteignung im Sinne des Erlasses, so fallen, da es sich nicht um einen Kauf handelt, naturgemäss die darauf bezüglichen Vorschriften von OR Art. 184 f. weg. Insbesondere ist der Übergang des Eigentums nicht an die Tradition der Ware (ZGB Art. 714) gebunden. Inwieweit für die Frage der Tragung von Nutzen

---

<sup>30)</sup> A. S. 32, 145, ergänzt durch A. S. 32, 52; 32, 75.

<sup>31)</sup> BGE 46 II 280/1; vgl. auch BG über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern vom 1. April 1938, Art. 7, und VO über die Evakuierung vom 13. Juli 1937, A. S. 53, 679. Der Bund kann die evakuierten Güter zu Eigentum erwerben, was materiell eine Enteignung bedeutet, und vorsorglicher Weise eine Beschlagnahme vornehmen.

<sup>32)</sup> Verfügung VII vom 22. Oktober 1936, Art. 5, 6.

<sup>33)</sup> Vgl. dazu BGE 46 II 273.

und Gefahr, der Kosten der Übergabe, der Transportkosten, der Gewährleistung des veräusserten Rechts, der Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache usw. gleichwohl die Vorschriften des Kaufrechts per analogiam anzuwenden wären, bleibe dahingestellt; die Verfügung VII gibt darüber keine Auskunft, ebensowenig das Enteignungsgesetz vom 20. Juni 1930<sup>34)</sup>, weil es auf dingliche Rechte an Grundstücken zugeschnitten ist.

Wenn weder durch ausdrückliche Verfügung die Enteignung erfolgt, noch die Beschlagnahme aufgehoben wird, so ist es möglich, dass der Bund als Fiskus durch ein (zivilistisches) Rechtsgeschäft die Ware kauft; doch muss das konkret nachgewiesen werden und ergibt sich nicht schon aus der Inaktivität der Verwaltungsstellen des Bundes nach der Beschlagnahme<sup>35)</sup>.

2. Eine Enteignung ist auch vorgesehen in der VO über die Einschränkung der viehwirtschaftlichen Produktion vom 6. August 1935<sup>36)</sup>: wenn ein Eigentümer von Vieh trotz Aufforderung seine Bestände nicht vermindert, so können die überzähligen Stücke enteignet werden. Als Expropriationsentschädigung gilt der Marktpreis; wenn keine Einigung erzielt wird, setzt sie die Abteilung für Landwirtschaft des Volkswirtschaftsdepartements fest. Diese Enteignung hat vorwiegend pönale Bedeutung<sup>37)</sup>, doch dient sie gleichzeitig dem öffentlichen Interesse an der Verminderung übersetzter Viehbestände.

#### b) Freiwilliger Arbeitsdienst.

1. Anders als Deutschland und Bulgarien kennt die Schweiz keine obligatorische Arbeitsdienstpflicht. Wohl aber ist als eine der Massnahmen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und ihrer Folgen, vor allem bei Jugendlichen, das Institut des freiwilligen Arbeitsdien-

---

<sup>34)</sup> A. S. 47, 689.

<sup>35)</sup> BGE 46 II 279 f.

<sup>36)</sup> A. S. 51, 564, Art. 14.

<sup>37)</sup> Darüber hinten S. 542a f.

stes geschaffen worden<sup>38)</sup>. Der Zweck ist nicht nur der, dem Arbeitslosen eine Beschäftigung zu verschaffen, sondern namentlich auch, ihn ethisch zu fördern durch Stärkung seines Gemeinschaftsgefühls und durch Betonung des Wertes, den die Arbeit an sich besitzt<sup>39)</sup>; als Produkt der Arbeit sollen Werte geschaffen werden, die nicht in erster Linie von privatwirtschaftlicher Bedeutung sind, sondern der Allgemeinheit durch Schaffung volkswirtschaftlicher oder kultureller Werte dienen; andererseits soll die Privatwirtschaft auch nicht konkurrenziert werden<sup>40)</sup>. Die Dienstpflichtigen werden in Lagern zusammengefasst<sup>41)</sup>.

Hier ist nur festzuhalten, dass die Pflicht des Dienstpflichtigen auf Vertrag beruht und dass diesem keinerlei Kontrahierungszwang zugrunde liegt. Das Verhältnis zwischen dem Dienstpflichtigen und dem „Träger des Dienstes“ ist privatrechtlich<sup>42)</sup>, wobei allerdings der Inhalt des Vertrags, meistens eines Dienstvertrags, weitgehend durch die zitierten gesetzlichen Erlasse und die Dienstordnung<sup>43)</sup> zwingend umschrieben ist, gleich wie das,

---

<sup>38)</sup> VO über den Arbeitsdienst vom 24. Mai 1935, A. S. 51, 397; 53, 3. Ferner A. S. 53, 557 Art. 3 und die Subventionsbestimmungen A. S. 49, 237, Art. 20 f. 50, 1407, Art. 14 f. Eingehende Darstellungen, auf die im einzelnen verwiesen sei, geben vom juristischen Standpunkt Eva Philippson, Die rechtliche Ordnung des freiwilligen Arbeitsdienstes in der Schweiz, Diss. Bern 1937, und vom nationalökonomischen Standpunkt Egli, Der freiwillige Arbeitsdienst in der Schweiz, Diss. Zürich 1936. Berichte über die Tätigkeit der Schweiz. Zentralstelle für freiwilligen Arbeitsdienst in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 885 vom 17. Mai 1938, Nr. 951 vom 27. Mai 1938, Nr. 973 vom 31. Mai 1938.

<sup>39)</sup> Die Löhnung der freiwilligen Arbeitsdienstpflichtigen besteht in einem wöchentlichen Taschengeld von 6 Fr., freier Reise, Unterhalt und Verpflegung, Versicherung, leihweiser Überlassung der Ausrüstung, Philippson S. 117 f., 153.

<sup>40)</sup> A. S. 50, 1407, Art. 14; 51, 397, Art. 2.

<sup>41)</sup> A. S. 51, 397, Art. 7.

<sup>42)</sup> Philippson S. 51, 92, 98 f., 141 f.

<sup>43)</sup> A. S. 51, 397, Art. 8.

wenn auch in geringerem Masse, durch die Fabrikgesetzgebung für den Vertrag zwischen dem Fabrikarbeiter und seinem Dienstherrn der Fall ist<sup>44</sup>). Öffentlich-rechtlich sind dagegen die Beziehungen zwischen der Zentralstelle für Arbeitsbeschaffung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, das die Aufsicht über den Arbeitsdienst führt<sup>45</sup>), und der Schweizerischen Zentralstelle für freiwilligen Arbeitsdienst, die, als privatrechtliche Assoziation gegründet, die öffentlich-rechtlichen Funktionen der Durchführung des freiwilligen Arbeitsdienstes ausübt<sup>46</sup>).

2. Von Interesse ist noch die Vorschrift, dass durch den Eintritt in den freiwilligen Arbeitsdienst kein neuer Wohnsitz begründet wird<sup>47</sup>), was sich wohl auch ohnehin aus ZGB Art. 23 und 26 ergeben hätte, da der Aufenthalt im freiwilligen Arbeitsdienst in der Regel drei Monate nicht übersteigen soll<sup>48</sup>).

### III. Sanktionen.

Die Sanktionen, d. h. die Konsequenzen, die die Nichterfüllung der als Kontrahierungszwang einem Subjekt auferlegten Verpflichtung nach sich zieht, kommen zunächst für den Tatbestand des direkten Zwangs in Betracht. Bei indirektem Zwang dürften sie m. E. am Platz sein, wenn eine einmal übernommene Verpflichtung, z. B. zur Abnahme von Inlandware, verletzt wird.

---

<sup>44</sup>) Privatrechtlich ist natürlich auch der Vertrag zwischen Dienstpflichtigem und Dienstherrn, wenn es sich um Notstandsarbeiten oder um subventionierte Arbeiten handelt, z. B. gemäss A. S. 49, 237; 50, 1407; 48, 148; 50, 490, 570; 51, 231, 656; 52, 1040; 53, 103, 868.

<sup>45</sup>) A. S. 51, 397, Art. 4.

<sup>46</sup>) A. S. 51, 397, Art. 4; Philippson S. 54 f., Dienstordnung und Statuten der Zentralstelle, abgedruckt bei Philippson S. 153 f.

<sup>47</sup>) A. S. 51, 397, Art. 9 IV.

<sup>48</sup>) A. S. 51, 397, Art. 10 I.

Es sind drei Arten von Sanktionen zu unterscheiden:

#### **A. Strafrechtliche.**

Eine vom Staat auferlegte direkte Verpflichtung erheischt, will sie nicht eine platonische Anweisung sein, eine Strafandrohung für den Fall der Nichtbefolgung. So sind bei den Fällen des direkten Zwangs Strafandrohungen vorgesehen, regelmässig Bussen, gelegentlich auch Gefängnis.

#### **B. Verwaltungsrechtliche.**

Auch der Verwaltungszwang muss eintreten, vor allem eine executio ad faciendum. Regelmässig ist denn auch der Bundesrat durch die aufgezählten Erlasse ermächtigt, die nötigen Vollzugsbestimmungen aufzustellen. Der Zwang hat aber nicht einzusetzen, wo er nicht zumutbar ist<sup>49)</sup>, was ins behördliche Ermessen gestellt ist, oder gar, wenn die Erbringung der verlangten Leistung unmöglich ist.

#### **C. Zivilrechtliche.**

1. Ob eine zivilrechtliche Klage auf Abschluss des vorgeschriebenen Vertrags gegeben ist — die rechtliche Lage wäre dann durchaus analog derjenigen beim Vorvertrag —, ist bestritten<sup>50)</sup>. Bei den hier zur Diskussion stehenden Fällen zum mindesten scheint mir die Klage bei den Zivilgerichten ausgeschlossen zu sein; bei Nichterfüllung der gesetzlichen Verpflichtung hat ohne weiteres der Verwaltungszwang im Sinne von lit. B einzusetzen, d. h. ein Gebäudeeigentümer wird z. B. gezwungen, einen Lagerraum zur Lagerung von Käse zu überlassen. Gleichzeitig muss natürlich die Entschädigung, der Mietzins, behördlich festgesetzt werden (nachstehend Ziff. IV). Diese Lösung scheint der behaupteten privatrechtlichen Ordnung des erzwungenen Kontrakts zu widersprechen, Das tut sie auch; nur darf man ein Rechtsinstitut nicht nach seiner Ausgestaltung bei a normalem Verlauf der

<sup>49)</sup> Nipperdey S. 103f.

<sup>50)</sup> Nipperdey S. 93 f.

Dinge beurteilen. Bei normalem Verlauf wird das durch Kontrahierungszwang entstandene Verhältnis eben doch durch Vereinbarung der Beteiligten geordnet (nachstehend Ziff. IV). Dass ein Anspruch von einem Zivilgericht beurteilt wird, ist übrigens die Folge, nicht der Grund seiner privatrechtlichen Natur; nicht jeder Anspruch, den ein Zivilgericht beurteilt, ist zivilistisch<sup>51)</sup>, und dass jeder privatrechtliche Anspruch von einem Zivilgericht beurteilt wird, ist kein logisches Postulat. Zu beachten ist auch, dass bei einer gewöhnlichen Obligation auf Sachleistung der Richter u. U., wenn keine Realerfüllung erfolgt, also bei anormalem Verlauf, eine Umwandlung in eine Schadenersatzobligation vornimmt, wobei die Höhe der Schadenersatzpflicht nach seinem Ermessen festgesetzt wird; ein behördlicher Eingriff in ein privatrechtliches Verhältnis, und doch beruht dieses auf Vertrag. Nach der Abwertung konnte die Auswirkung einer Goldklausel durch die behördlichen Verbote von Preiserhöhungen<sup>52)</sup> vollständig ausgeschaltet werden; gleichwohl blieb die Goldklausel zivilistisch gültig. Das ist das Wesen der in dieser Arbeit zu behandelnden Eingriffe ins Zivilrecht, dass sie dieses und seine Institute denaturieren. Daraus ist aber nicht zu schliessen, dass, wo eine solche Denaturierung erfolgt, das betreffende Verhältnis in jeder Hinsicht den Regeln des öffentlichen Rechts folge.

2. Wo jemandem durch die Nichterfüllung, bzw. mit Verspätung erzwungenermassen erfolgende Erfüllung einer Kontrahierungspflicht Schaden erwächst, kann er eine Zivilklage auf Schadenersatz gestützt auf OR Art. 41 erheben<sup>53)</sup>.

---

<sup>51)</sup> Vielfach beurteilen z. B. Zivilgerichte Expropriationsansprüche.

<sup>52)</sup> Hinten S. 529a f.

<sup>53)</sup> Nipperdey, S. 132, betrachtet den Schadenersatzanspruch als Verzugsfolge, was nicht richtig sein dürfte. Verzug setzt Bestehen eines Vertrags voraus; der hier fragliche Schaden entsteht ja gerade, weil ein Vertrag nicht entstanden ist. Viel-

#### IV. Rechtliche Ausgestaltung.

1. Gemäss den unter Ziff. I gemachten Ausführungen handelt es sich bei den hier aufgezählten Tatbeständen um einen Vertrag, der, wenn auch gezwungenermassen abgeschlossen, doch den Regeln des Privatrechts untersteht, sobald er einmal abgeschlossen ist. Er setzt die gleichen Gültigkeitsrequisite voraus wie jeder andere Vertrag; die Folgen der Willensmängel, der fehlerhaften Erfüllung usw. sind dieselben<sup>54</sup>). Das gilt für die Fälle des direkten Zwanges und um so mehr für diejenigen des indirekten Zwanges.

2. Diese Grundsätze erfahren in einer Richtung eine Korrektur: es fragt sich, wie es zu halten ist, wenn die Parteien wohl bereit sind, den aufgezwungenen Vertragsschluss vorzunehmen, sich aber über den Inhalt des Vertrags nicht einigen können. Wie schon unter Ziff. I angedeutet, muss der streitige Punkt notwendigerweise durch eine Behörde festgesetzt werden. Das ist denn auch bei den meisten Fällen des direkten Zwangs vorgesehen; bei den Fällen des indirekten Zwangs sind die fraglichen Preise gleichfalls vielfach behördlich normiert.

### § 5. Beschränkung der Freiheit in der Wahl der Gegenpartei.

#### I. Allgemeines.

Ein Ausfluss der Privatautonomie ist es nicht nur, dass ein Rechtssubjekt die Freiheit hat, ein Rechtsgeschäft abzuschliessen oder nicht (§ 4), sondern auch, dass ihm die Auswahl des Gegenkontrahenten freisteht, mit dem es es abschliessen will. Demgegenüber wird gelegentlich ein Zwang statuiert, wonach bestimmten Rechtssubjekten

---

mehr ist eine zwingende Vorschrift der Rechtsordnung verletzt, OR Art. 41 I.

<sup>54</sup>) Darüber im einzelnen Nipperdey S. 135 f.

vorgeschrieben ist, mit wem sie zu kontrahieren haben. Man kann hier von Kontrahentenzwang reden.

Diese Erscheinung ist nicht neu. Überall dort, wo ein staatliches Monopol besteht, ist der Einzelne gezwungen, seine Verträge, sofern solche überhaupt in Frage kommen, mit der betreffenden Verwaltung abzuschliessen, sei es nun die Eisenbahn- oder die Alkoholverwaltung oder eine andere.

Die Beschränkung in der Freiheit der Wahl der Gegenpartei steht — positiv und negativ — insbesondere in Beziehung mit der soeben behandelten Beschränkung der Abschlussfreiheit. Es ist an sich denkbar, dass ein Zwang vorhanden ist, einen Vertrag abzuschliessen (Kontrahierungszwang) und gleichzeitig mit wem (Kontrahentenzwang), dass ein Kontrahierungszwang besteht, aber kein gleichzeitiger Kontrahentenzwang, und dass endlich kein (direkter) Kontrahierungszwang, aber ein Kontrahentenzwang für den Fall eines Vertragsabschlusses vorliegt.

Die aufgezwungene Gegenpartei ist in den hier zu behandelnden Erlassen bald personell bestimmt, indem ein konkretes Subjekt (öffentlichen oder privaten Rechts) genannt ist, oder aber territorial, indem der Gegenkontrahent aus einem bestimmten räumlichen Bezirk stammen muss.

## II. Tatbestände.

1. In den vorne unter § 4 Ziff. II lit. A aufgezählten Fällen des direkten Kontrahierungszwanges (mit Ausnahme des Falles 6) ist naturgemäss gleichzeitig ein Zwang, mit einer bestimmten Person zu kontrahieren, eingeschlossen.

2. Von besonderer Bedeutung ist die territoriale Kontingentierung des Milchhandels. Um die Verteilung und Verwertung der Milch zu rationalisieren, ist vorgeschrieben, dass die Konsummilch „tunlichst aus dem natürlichen Einzugsgebiet der Verbrauchsorte zu be-

ziehen“ ist<sup>1)</sup>. „Auf die Lieferung haben in erster Linie die angestammten Konsummilch-Genossenschaften und -Einzelproduzenten Anspruch. Solange der Ortsbedarf durch solche Zufuhren gedeckt wird, darf Milch von andern Lieferanten und solche, die normalerweise am Produktionsorte verarbeitet wurde, nur mit Zustimmung der Abteilung für Landwirtschaft in die betreffenden Gebiete als Konsummilch eingeführt werden. Die Abteilung für Landwirtschaft ist ermächtigt, Milchlieferungen, die mit diesen Bestimmungen in Widerspruch stehen, zu verbieten.“ Auf diese Weise wird den Milchhändlern ihre Gegenpartei, der Verkäufer, aufgezwungen, und zwar territorial umschrieben. Das gleiche kann nun auch für das Verhältnis zwischen Konsument und Milchhändler geschehen: „Das Volkswirtschaftsdepartement ist ermächtigt, allgemeine Bestimmungen über die Organisation der Konsummilchversorgung zu erlassen und kann besondere Aufgaben an Kantons- und Gemeindebehörden delegieren. Die Abteilung für Landwirtschaft wird beauftragt, von Fall zu Fall die nötigen Anordnungen zu treffen, um den Vertrieb der Konsummilch im Sinne einer Kosteneinsparung zu vereinfachen. Namentlich wird sie unter Mitwirkung der Gemeinde- und Kantonsbehörden und der milchwirtschaftlichen Organisationen nach Anhörung einer Vertretung der Konsumenten auf einzelnen Konsumplätzen die Kreis- oder Quartiereinteilung anordnen und Störungen bestehender Quartiereinteilungen beheben“<sup>2)</sup>.

3. Bei den Fällen des indirekten Kontrahierungszwanges (vorne § 4, Ziff. II lit. B), wo eine Einfuhrbewilligung an die Abnahme von Inlandware geknüpft ist, besteht insofern ein Kontrahentenzwang, als die Gegenpartei im vorhin erwähnten Sinn territorial bezeichnet ist; es muss eine in der Schweiz wohnende, Inlandware verkaufende Person sein. Bei der Einfuhr von Benzin ist

---

<sup>1)</sup> VO über Milchproduktion und Milchversorgung vom 30. April 1937 A. S. 53, 544, Art. 11.

<sup>2)</sup> A. S. 53, 544, Art. 13.

sie sogar personell bestimmt: der zu erwerbende Kernobst-alkohol ist von der Eidgen. Alkoholverwaltung zu beziehen<sup>3)</sup>. Eine territoriale Bezeichnung der Gegenpartei findet sich auch beim Butterbeimischungszwang<sup>4)</sup>, beim Vollmehl<sup>5)</sup> und der Pflicht zur Abnahme inländischen Schweinefutters<sup>6)</sup>. In allen diesen Fällen besteht kein (direkter) Kontrahierungszwang, aber ein Kontrahentenzwang für den Fall, dass ein Vertrag abgeschlossen wird.

### III. Sanktionen.

#### A. Straf- und verwaltungsrechtliche.

1. In den Fällen, da der Kontrahentenzwang auf einem direkten oder indirekten Kontrahierungszwang beruht, sind diese Sanktionen identisch mit den in § 4 Ziff. III vorgesehenen.

2. Wer die Vorschriften über die territoriale Kontingentierung des Milchhandels übertritt, riskiert strafrechtliche Verfolgung, bei Genossenschaften der verantwortlichen Organe, ferner verschiedene verwaltungsrechtliche Massnahmen, wie Ausschluss von der Milchpreisstützungsaktion, Beschlagnahme von Milch, zwangsweise Schliessung eines Milchgeschäftes<sup>7)</sup>.

#### B. Zivilrechtliche.

Besonderer Erwähnung bedürfen bloss die zivilrechtlichen Sanktionen des Tatbestandes Ziff. II 2. Es fragt sich hier, ob ein Vertrag, der mit jemand anderem als der aufgezwungenen Gegenpartei abgeschlossen worden ist, nichtig ist. Es wird im Verlaufe des nächsten Paragraphen der Anlass sein, die zivilistischen Folgen der Widerrechtlichkeit zu erörtern. Um diese handelt es sich hier; es ist geboten, mit einem bestimmten Subjekt zu

<sup>3)</sup> A. S. 52, 428.

<sup>4)</sup> A. S. 50, 567; 52, 82.

<sup>5)</sup> A. S. 52, 1004.

<sup>6)</sup> A. S. 52, 13, Art. 3.

<sup>7)</sup> A. S. 53, 544, Art. 21 f.

kontrahieren, bzw. verboten, es mit jemand anderem zu tun. Wie darzustellen sein wird, ist ein solcher verbotswidriger Vertrag dann nicht nichtig, wenn weder der Inhalt des Vertrags noch die Tatsache des Abschlusses eines Vertrags über einen bestimmten Inhalt von der Rechtsordnung missbilligt wird, sondern allein die subjektive Beteiligung an einem Geschäft. Das ist hier der Fall. Widerrechtlich ist allein die Tatsache, dass ein bestimmtes Subjekt — nämlich eine nicht mit dem aufgezwungenen Gegenkontrahenten identische Person — an einem an sich erlaubten Vertrag (auf Lieferung von Milch) beteiligt ist. Folglich ist ein solcher Vertrag gültig. Darauf deutet auch, dass das Volkswirtschaftsdepartement gemäss einer später zu besprechenden<sup>8)</sup> Bestimmung<sup>9)</sup> die Kompetenz hat, derartige Verträge aufzuheben. Wären sie nichtig, so brauchten sie nicht erst noch aufgehoben zu werden.

## § 6. Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts.

### I. Juristische Unmöglichkeit.

#### A. Allgemeines.

Nach herrschender Auffassung umfasst der Begriff der Unmöglichkeit im Sinne des Art. 20 OR neben der logischen, arithmetischen und naturgesetzlichen auch die juristische Unmöglichkeit; dabei ist die Meinung die, dass die Unmöglichkeit auf einer Bestimmung der Rechtsordnung beruhe<sup>1)</sup>, indem z. B. eine bestimmte Sache als *res extra commercium* erklärt wird<sup>2)</sup>. Diese Differenzierung genügt nicht. Damit bei einer Sachleistung oder Dienstleistung von juristischer Unmöglichkeit die Rede sein

<sup>8)</sup> Hinten S. 632a.

<sup>9)</sup> A. S. 53, 544, Art. 24.

<sup>1)</sup> Oser-Schönenberger, Komm. OR Art. 20 N. 4 und dortige Zitate; Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht, Art. 20 N. 11; Tuhr, OR S. 227.

<sup>2)</sup> Anderes Beispiel BGE 53 II 293.

kann, braucht es nicht nur eine rechtliche Norm, sondern dazu noch die tatsächliche behördliche Unmöglichkeit des Rechtsgeschäfts, die zum Vollzug der betreffenden Rechtsnorm erfolgt. Wenn also z. B. ein Ausfuhrverbot für eine bestimmte Ware besteht, so muss vorgesehen sein, dass sie tatsächlich an der Grenze zurückgehalten wird; wenn eine Ware der Pfändung (SchKG Art. 96, 98) oder Beschlagnahme unterliegt, so muss sie tatsächlich in behördlichen Gewahrsam genommen worden sein. Erst dann ist von juristischer Unmöglichkeit zu sprechen. Im andern Fall, wo allein die Bestimmung der Rechtsordnung besteht, also z. B. das Ausfuhrverbot ohne entsprechende organisatorische Massnahmen oder die Beschlagnahmeverfügung ohne Ingewahrsamnahme der Ware, handelt es sich um die Frage, ob ein Verbot übertreten worden ist, und das ist nichts anderes als die Frage der Widerrechtlichkeit im Sinne von OR Art. 20, die unter Ziff. II dieses Paragraphen zu behandeln ist. Die sogenannte Extrakommerzialisierung von Sachen kann folglich sowohl unter die juristische Unmöglichkeit wie die Rechtswidrigkeit fallen<sup>2a)</sup>.

Infolge der soeben erfolgten Differenzierung müssen die hier zu behandelnden Erlasse zweimal aufgeführt werden, unter der vorliegenden Ziff. I, soweit es sich um juristische Unmöglichkeit im geschilderten Sinne handelt, und ferner unter Ziff. II, soweit Widerrechtlichkeit in Frage steht.

---

<sup>2a)</sup> So richtig im Ergebnis Tuhr, OR S. 227 N. 69, BGE 45 II 548 (Verkauf von Waren, die gegen lebensmittelpolizeiliche Vorschriften verstossen und deshalb nicht in den Handel gebracht werden dürfen), und BGE 47 II 464. Unrichtig Fick, Art. 20 N. 12, und BGE 36 II 200 (Verkauf von Bäumen, die wegen eines forstpolizeilichen Verbots nicht gefällt werden dürfen). Die gleiche Differenzierung ist übrigens zu machen hinsichtlich der nachträglichen Unmöglichkeit, OR Art. 119. (Für die Ein- und Ausfuhrverbote der Kriegszeit BGE 42 II 184, 379; 43 II 179. Zahlreiche Fälle bei Fuchs, Zivilrechtliche Kriegsentscheidungen des K. K. Obersten Gerichtshofes, Wien 1919).

**B. Tatbestände.**

1. Aus völkerrechtlichen Gründen wurden im italienisch-abessinischen und im spanischen Krieg Ausfuhrverbote vor allem für Kriegsmaterial erlassen<sup>3)</sup>. Da die Waren von den Zollorganen, die mit der Ausführung der Verbote beauftragt worden sind<sup>4)</sup>, nicht über die Grenze gelassen werden dürfen<sup>5)</sup> und die Postverwaltung Geldsendungen nach Spanien nicht befördern darf<sup>6)</sup>, liegt hier behördlicherseits eine tatsächliche Unmöglichmachung vor und entsteht folglich der Tatbestand der juristischen Unmöglichkeit im vorhin angegebenen Sinn. Wenn eine Sendung gleichwohl über die Grenze gelangt, so hat das mit Unmöglichkeit nichts mehr zu tun, sondern mit Widerrechtlichkeit des Vertrags (hinten Ziff. II).

Genau gleich ist die Lage bei den übrigen, aus wirtschaftspolitischen Gründen erfolgenden Ausfuhrverboten<sup>7)</sup> und bei den

2. Einfuhrverboten<sup>8)</sup>.

3. Durch den BRB über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 16. Oktober 1936<sup>9)</sup> ist OR Art. 218 ausser Kraft gesetzt und statt dessen die Bestimmung aufgestellt worden, dass landwirtschaftliche Grundstücke, die nach dem 1. Januar 1934 erworben worden sind, während sechs Jahren nicht veräussert werden dürfen, es sei denn, es liegen die im Erlass vorgesehenen Ausnahmen vor.

4. Durch die seither aufgehobene Verfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements betreffend Verbot des Handels mit Reichsmarknoten vom 13. Juli 1935<sup>10)</sup> wurde

<sup>3)</sup> Für Einzelheiten hinten S. 536/37a.

<sup>4)</sup> A. S. 51, 693, Art. 4; 52, 637, Art. 4.

<sup>5)</sup> Zollgesetz Art. 76, 77, dazu Blumenstein, Grundzüge des Schweiz. Zollrechts, Bern 1931, S. 61.

<sup>6)</sup> A. S. 52, 639, Art. 2 II.

<sup>7)</sup> Hinten S. 537a.

<sup>8)</sup> Hinten S. 537a.

<sup>9)</sup> A. S. 52, 797.

<sup>10)</sup> A. S. 51, 532; 53, 804.

der Handel mit (deutschen) Reichsmarknoten verboten. Nur insoweit über Reichsmarknoten tatsächlich nicht verfügt werden konnte, lag juristische Unmöglichkeit vor.

5. Als Sanktion gegen die Übertretung von Preisvorschriften sieht die Verfügung VII des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements über ausserordentliche Massnahmen betreffend die Kosten der Lebenshaltung vom 22. Oktober 1936<sup>11)</sup> die Beschlagnahme von Waren vor. Verträge über diese Waren fielen nur dann unter die juristische Unmöglichkeit, wenn die Waren tatsächlich in behördlichen Gewahrsam genommen würden, was im zitierten Erlass nicht vorgesehen ist<sup>12)</sup>. Da die Beschlagnahme nur durch eine behördliche Verfügung erfolgt<sup>13)</sup>, gehört der Tatbestand in den Zusammenhang von Ziff. II.

### C. Sanktionen.

#### a) Straf- und verwaltungsrechtliche.

Die auf die Übertretung einer der aufgezählten Normen gesetzten straf- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen sind die gleichen, ob es sich um juristische Unmöglichkeit im dargestellten Sinn oder um Widerrechtlichkeit handle; da die letztere häufiger ist, sei auf die dortigen Ausführungen verwiesen (Ziff. II).

#### b) Zivilrechtliche.

1. Verschieden sind jedoch die zivilrechtlichen Folgen einer Verletzung der betreffenden Normen. Wo juristische Unmöglichkeit vorliegt, tritt ohne weiteres die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ein (OR Art. 20)<sup>14)</sup>. Wo Wider-

<sup>11)</sup> A. S. 52, 811, Art. 2 f.

<sup>12)</sup> Im Gegensatz zum Vorbild des Erlasses A. S. 32, 52, Art. 7 II.

<sup>13)</sup> A. S. 52, 811, Art. 3.

<sup>14)</sup> Ausdrücklich vorgesehen im Verbot der Veräusserung landwirtschaftlicher Grundstücke, A. S. 52, 797: „Geschäfte, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen oder deren Umgehung bezwecken, geben kein Recht auf Eintragung im Grundbuch.“

rechtlichkeit (wegen Übertretung eines Verbots) in Frage steht, ist das nicht schlechthin der Fall, sondern nur unter gewissen Umständen, was in Ziff. II lit. B darzustellen sein wird.

Von der ursprünglichen Unmöglichkeit im Sinn von OR Art. 20 ist zu scheiden die nachträgliche im Sinn von OR Art. 119. Auch sie kann eine juristische Unmöglichkeit betreffen; das ist dann der Fall, wenn die Unmöglichkeit zwischen dem Abschluss und der Erfüllung eines Rechtsgeschäfts eintritt, weil der Erlass, auf dem sie beruht, auf die Erfüllung schon bestehender Rechtsgeschäfte zurückwirkt. Von den hier fraglichen Erlassen ist das der Fall bei den Aus- und Einfuhrverboten, weil hier nicht das obligatorische Verpflichtungsgeschäft verboten ist, sondern die Erfüllung, d. h. das Verbringen der Ware über die Grenze<sup>15)</sup>. Dagegen sind die übrigen aufgezählten Erlasse nicht rückwirkend; die Rückwirkung müsste ausdrücklich statuiert sein. Liegt der Tatbestand der Unmöglichkeit im Sinn von OR Art. 119 vor, dann fällt der Vertrag dahin, sofern es sich um eine Speziessache oder um eine gemischt generische Obligation handelt<sup>16)</sup>. Einzig bei Gattungssachen bleibt die Lieferungspflicht bestehen; es treten die Folgen der Nichterfüllung nach OR Art. 97 ein.

2. Einheitlich zu ordnen sind in allen hier darzustellenden Fällen die Folgen der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, gleichgültig, ob sie auf die hier zu besprechende Unmöglichkeit oder die in Ziff. II darzustellende Widerrechtlichkeit zurückgeht<sup>17)</sup>. Die Nichtigkeit

---

<sup>15)</sup> Hinten S. 590a.

<sup>16)</sup> Das heisst die Pflicht der Lieferung von Gattungssachen aus einem beschränkten Vorrat, BGE 57 II 508, Tuhr, OR S. 51. Das wird bei den hier fraglichen Ausfuhrverboten regelmässig anzunehmen sein, dazu BGE 43 II 232. Denn es ist wohl unmöglich, sich aus dem in der Schweiz befindlichen Kriegsmaterial Ersatz zu beschaffen, weil alles solche dem Ausfuhrverbote unterliegt, und die Lieferung ausländischer Ware ist dem Verkäufer nicht zuzumuten.

<sup>17)</sup> Darüber allgemein Tuhr, OR S. 200; Tuhr, Allgemeiner

ist immer absolut, d. h. sie kann von jedermann angerufen werden, nicht nur von den Parteien, und jedermann gegenüber, der aus dem nichtigen Geschäft Rechte ableitet<sup>18)</sup>; sie ist von Amtes wegen zu berücksichtigen, nicht nur auf Einrede einer Partei hin. Insbesondere setzt die an die Übertretung von Verboten geknüpfte Nichtigkeit nicht etwa ein verurteilendes Strafurteil voraus. Ob das Verbot den Parteien bekannt war oder nicht, ist gleichgültig<sup>19)</sup>. Ist gestützt auf ein nichtiges Geschäft eine Sache zu — vermeintlichem — Eigentum übertragen worden, so kann sie mittelst Vindikation zurückgefordert werden<sup>20)</sup>, und zwar auch dann, wenn es sich um Fahrnis handelt, da die Übertragung des Eigentums an Fahrnis heute kausal aufzufassen ist<sup>21)</sup>. Wo es sich um eine Geldleistung handelt, ist eine Kondiktion anzustrengen, desgleichen, wenn eine bewegliche Sache verbunden, vermischt, verarbeitet, verbraucht oder<sup>22)</sup> weiter veräussert worden ist.

---

Teil des bürgerlichen Rechts II 1 § 55 Ziff. 2, § 56; Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1931, I § 189.

<sup>18)</sup> Ausgenommen, wenn er gutgläubiger Erwerber des Eigentums ist.

<sup>19)</sup> Tuhr, OR S. 222.

<sup>20)</sup> Ausgenommen, wo der gute Glaube den Erwerber schützt.

<sup>21)</sup> BGE 55 II 306. Oftinger, Eigentumsübertragung an Fahrnis, Bern 1933, S. 80 f., 125 f., 138. A. M. noch Tuhr, OR S. 200 N. 22, und das deutsche Recht, wodurch eine Differenzierung nötig ist: wenn die Nichtigkeit auch das dingliche Geschäft betrifft, erfolgt Vindikation, berührt sie nur das obligatorische Geschäft, dann ist eine Kondiktion; anzustreben, so Enneccerus-Nipperdey I § 177 Ziff. I; Bessau-Oegg-Sayn, Das BGB 1934, § 134 N. 1; Staudinger-Riezler, Komm. BGB § 138 N. 5; Oertmann, Komm. § 134 N. 2 b γ.

<sup>22)</sup> An einen gutgläubigen Erwerber. Vgl. auch Oftinger S. 126. Es ist auch die Vorschrift von OR Art. 66 zu beachten. War dem Bereicherungskläger die Widerrechtlichkeit bewusst, dann hat er keinen Bereicherungsanspruch (dazu Entscheidung bei Fuchs S. 59 f.). Auf die Vindikation hat die *paris turpitude* dagegen keinen Einfluss, eigentlich ein merkwürdiges Ergebnis; nicht umsonst wird die Regelung von OR Art. 66 als unbefriedigend angesehen, Oser-Schönenberger Art. 66 N. 5, Tuhr,

Das Bundesgericht gewährt im Anschluss an die Nichtigerklärung eines Vertrags einen Schadenersatzanspruch<sup>23)</sup>, wenn die eine Partei die Unmöglichkeit oder Widerrechtlichkeit kannte, die andere aber nicht, und zwar ist das negative Interesse zu ersetzen<sup>24)</sup>. Ob man den Anspruch aufs Deliktsrecht zu stützen hat (OR Art. 41)<sup>25)</sup> oder aufs quasi-kontraktliche Verschulden einer culpa in contrahendo<sup>26)</sup>, kann hier unerörtert bleiben.

3. Zu prüfen ist ferner, inwieweit Umgehungsgeschäfte, die dazu dienen, ein die Nichtigkeit bewirkendes Verbotsgesetz zu umgehen, nichtig sind<sup>27)</sup>. Die Rechtsordnung schützt grundsätzlich Umgehungsgeschäfte nicht, sofern sie einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellen (ZGB Art. 2 II)<sup>28)</sup>. Das trifft dann zu, wenn das Verbotsgesetz einen bestimmten Erfolg verhindern will; soll dagegen nur ein bestimmtes Rechtsgeschäft als Mittel zu einem an sich erlaubten Erfolg missbilligt werden, so ist der Abschluss eines dieses Mittel vermeidenden Rechtsgeschäfts kein Rechtsmissbrauch und folglich nicht nichtig<sup>29)</sup>. Soweit bei den hier zu behandelnden Verbots-

OR S. 382. Für die Herausgabe, bzw. Ersatzpflicht hinsichtlich der Früchte, für den Ersatz der Wertverminderungen der Sache und den Ersatz für die Aufwendungen des Erwerbers Oftinger S. 126 f.

<sup>23)</sup> BGE 45 II 553.

<sup>24)</sup> Tuhr, OR S. 229; Oser-Schönenberger Art. 20 N. 12.

<sup>25)</sup> So BGE 61 II 234, 45 II 553; Oser-Schönenberger Art. 20 N. 12, 39 N. 7.

<sup>26)</sup> Tuhr, OR S. 229, 169 f. und dortige Literatur.

<sup>27)</sup> Das betrifft vor allem die auf die Widerrechtlichkeit gestützte Nichtigkeit; bei Unmöglichkeit im vorhin dargelegten Sinn ist ein Umgehungsgeschäft weniger gut denkbar.

<sup>28)</sup> L. 29 Dig. 1, 3.

<sup>29)</sup> Egger, Komm. ZGB Art. 2 N. 40; Tuhr, OR S. 222; Oser-Schönenberger Art. 20 N. 26; Enneccerus-Nipperdey I § 177, Ziff. II; Staudinger-Riezler, 1935, § 134 N. 3 und dort zitierte deutsche Judikatur (Jahrb. f. Entsch. des Kammergerichts 31, 187; OLG 38, 33); Achilles-Greif, BGB, Guttentagsche Sammlung 1937 § 138 N. 2; Oertmann, Komm. BGB 1927, § 134 N. 7; Warneyer, Komm. 1929, § 134 N. 1;

gesetzt ein Rechtsgeschäft nichtig ist, ist gemäss dem erwähnten Kriterium auch regelmässig ein Umgehungs-geschäft nichtig, da stets ein bestimmter Erfolg durch das Verbot getroffen werden soll<sup>30)</sup>. Wo an die Übertretung eines Verbots eine andere zivilrechtliche Konsequenz geknüpft ist als die Nichtigkeit, so z. B. die Versagung der Klagbarkeit einer Forderung oder die Geltendmachung der einseitigen Unverbindlichkeit, gilt für die Umgehungs-geschäfte sinngemäss das gleiche, wie soeben für die Nichtigkeit dargestellt.

4. Ungültig ist eine Konventionalstrafe, die ein wegen Widerrechtlichkeit nichtiges Geschäft bekräftigen soll (OR Art. 163 II)<sup>31)</sup>. Da diese Konsequenz in der Akzessorietät der Konventionalstrafe begründet ist, so gilt sie auch, wenn aus einem widerrechtlichen Geschäft nicht Nichtigkeit, sondern Klaglosigkeit einer Forderung<sup>32)</sup> oder einseitige Unverbindlichkeit entsteht. Gleichgültig ist, ob die Widerrechtlichkeit den Parteien bekannt war oder nicht. War sie ihnen bekannt, so fragt sich, ob die Konventionalstrafe als Garantievertrag aufzufassen und als solcher, da er ein selbständiges Versprechen enthält, gültig sei. Das ist zu verneinen; denn durch den Garantievertrag darf ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen nicht gesichert werden. Liegt Unmöglichkeit einer gesicherten Leistung vor, dann handelt es sich ebenfalls nicht um Konventionalstrafe, sondern um Garantievertrag<sup>33)</sup>. M. E. ist auch in den Fällen der juristischen Dernburg, Pandekten 1900, I § 31; Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, II 2 § 69 I; Sörgel, Komm. BGB 1937, § 134 N. 1 c. Gleich im Ergebnis Fuchs Nr. 38 S. 169. Vgl. auch Burckhardt, Methode, S. 289.

<sup>30)</sup> So ausdrücklich A. S. 52, 797.

<sup>31)</sup> Staudinger-Riezler § 138 N. 5; Tuhr, OR S. 665 f., 673; Oser-Schönenberger Art. 163 N. 2.

<sup>32)</sup> Tuhr, OR S. 666.

<sup>33)</sup> Stammler, Arch. f. ziv. Pr. 69 S. 125; Guggenheim, Der Garantievertrag, Diss. Zürich 1918, S. 79; Priester, Der Garantievertrag, Diss. Bern 1935, S. 27; Oser-Schönenberger, Art. 163 N. 3.

Unmöglichkeit der garantierten Leistung Ungültigkeit des Garantievertrags anzunehmen, da dessen Inhalt rechtswidrig ist.

5. Vom Umgehungsgeschäft ist zu scheiden das simulierte Geschäft. Wo Verbote einem Geschäft entgegenstehen, ist es naheliegend, dass die Parteien den wahren Sachverhalt zu verdecken suchen<sup>34)</sup>. Nach OR Art. 18 ist das simulierte Geschäft nichtig<sup>35)</sup>. Ob es auch das dissimulierte ist, hängt von der zivilrechtlichen Wirkung des Verbots ab, welches das dissimulierte Geschäft betrifft.

## II. Widerrechtlichkeit.

### A. Allgemeines.

Zur rechtsgeschäftlichen Freiheit gehört es, dass der Inhalt eines Vertrags nach dem Belieben der Parteien gewählt werden kann. Jede Rechtsordnung kennt schon normalerweise eine lange Reihe von zwingenden Vorschriften, die diese Freiheit einschränken, indem gewisse Abmachungen von der Rechtsordnung missbilligt werden. Dahin gehören z. B. die Ungültigkeit des Verzichts auf den Widerruf der Vollmacht (OR Art. 34 II), die Ungültigkeit der Abänderung der Verjährungsfristen (OR Art. 129), das strafrechtliche Verbot der Vereinbarung von Wucherszins. Aus Gründen des öffentlichen Interesses werden diese Beschränkungen namentlich in kritischen Zeitläufen wie Wirtschaftskrisen oder Kriegen ausserordentlich vermehrt. Inwieweit das in der in diesem Referat untersuchten Periode der Fall ist, ist hier zu prüfen.

Bei den Erlassen, die im geschilderten Sinn die Freiheit der Wahl des Inhalts des Rechtsgeschäfts beschränken, hat eine Unterscheidung zu erfolgen, je nachdem die Beschränkung eine absolute ist (lit. A) oder eine bloss re-

---

<sup>34)</sup> Huber, Zwei Fragen betreffend den widerrechtlichen Vertrag, SJZ 15 S. 3.

<sup>35)</sup> Tuhr, OR S. 247; Oser-Schönenberger Art. 18 N. 11.

lative (lit. B)<sup>36</sup>). Das erste ist der Fall, wenn schlechthin der Abschluss eines bestimmten Vertrags verboten ist. Eine relative liegt vor, wenn der Abschluss eines Vertrags an sich erlaubt ist, aber für seinen Inhalt Schranken bestehen, z. B. Höchstpreise (lit. a); dahin gehören auch die Verträge, die in einem bestimmten Sinne eine Bewilligung erheischen (lit. b), und schliesslich die Vorschriften, die für gewisse Waren bestimmte Merkmale verlangen, z. B. hinsichtlich der Qualität (lit. c). Es ist eine Eigenart der relativen Beschränkung (lit. a—c), dass die durch sie statuierte Rechtswidrigkeit durch eine generelle oder spezielle behördliche Genehmigung beseitigt werden kann.

Die Bedeutung und Folgen der Nichtigkeit, soweit sie hier in Frage kommen wird, sind bereits allgemein erörtert worden, vorne Ziff. I lit. C.

#### **B. Absolute Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts.**

##### a) Tatbestände.

1. Durch die mittlerweile wieder aufgehobenen<sup>37</sup>) Erlasse, die der Durchführung der wegen des abessinischen Krieges beschlossenen Völkerbundssanktionen gegen Italien dienten, wurde die Ausfuhr, Wiederausfuhr und Durchfuhr von Waffen, Munition und Kriegsmaterial nach Abessinien und Italien verboten<sup>38</sup>); ferner wurden gegenüber Italien zahlreiche Rechtsgeschäfte finanzieller Art untersagt, sofern nicht schweizerische Unternehmen in Frage standen<sup>39</sup>). Ähnliche Massnahmen wurden gegen-

<sup>36</sup>) Diese Einteilung deckt sich nicht etwa mit derjenigen bei Tuhr, OR S. 220/1 oder Oser-Schönenberger Art. 20 N. 15, sondern überschneidet sich damit.

<sup>37</sup>) A. S. 52, 532.

<sup>38</sup>) BRB über die Ausfuhr, Wiederausfuhr und Durchfuhr von Waffen, Munition und Kriegsmaterial nach Abessinien und Italien vom 28. Oktober 1935, A. S. 51, 693.

<sup>39</sup>) BRB über die in Ausführung des Art. 16 des Völkerbundsvertrags gegenüber Italien zu ergreifenden finanziellen Massnahmen, vom 12. November 1935, A. S. 51, 717.

über Spanien wegen des spanischen Bürgerkrieges getroffen<sup>40</sup>); auch ist die Ausreise zur Teilnahme am Krieg und die finanzielle Unterstützung der Kriegführenden verboten worden<sup>41</sup>). Aus wirtschaftspolitischen Gründen ist es verboten, bestimmte Erzeugnisse der Uhrenindustrie an Personen zu verkaufen oder zu übergeben, deren Name oder Geschäftssitz dem Verkäufer unbekannt sind, oder sie an Dritte im Auftrag solcher Personen zu versenden<sup>41a</sup>).

2. Einfuhrverbote polizeilicher Art<sup>42</sup>) gehören zum normalen Rüstzeug unserer Rechtsordnung. Sie sind hier nicht weiters zu behandeln. Anders ist es mit den ausserordentlichen, ins Gebiet des Abwehrkampfes der Wirtschaft gehörenden Einfuhrverboten. So ist vorübergehend die Einfuhr von Hartkäse französischen Ursprungs verboten worden<sup>43</sup>). Die übrigen Einfuhrverbote sind relative Verbote und gehören in den Zusammenhang von lit. C<sup>44</sup>).

3. Zu nennen ist weiters das wieder aufgehobene Verbot des Handels mit Reichsmarknoten<sup>45</sup>).

4. Kauf- und Tauschverträge über Waren, die gemäss Verfügung VII vom 22. Oktober 1936 der Beschlagnahme verfallen sind, sind verboten<sup>46</sup>).

---

<sup>40</sup>) BRB betr. die Ausfuhr, Wiederausfuhr und die Durchfuhr von Waffen . . . vom 14. August 1936, A. S. 52, 637.

<sup>41</sup>) BRB betr. das Verbot der Teilnahme an den Feindseligkeiten in Spanien vom 14. August 1936, A. S. 52, 639. BRB betr. Massnahmen zur Durchführung des Verbots der Teilnahme an den Feindseligkeiten in Spanien vom 25. August 1936, A. S. 52, 645.

<sup>41a</sup>) A. S. 53, 1115, Art. 7, hinten S. 587a, N. 278.

<sup>42</sup>) Z. B. seuchenpolizeiliche, so A. S. 53, 614; 52, 164; 53, 614; oder wo ein Einfuhrmonopol des Bundes besteht: z. B. steht nach dem Getreidegesetz die Einfuhr von Backmehl ausschliesslich dem Bund zu, A. S. 49, 439, Art. 22.

<sup>43</sup>) A. S. 47, 799; 48, 33.

<sup>44</sup>) Hinten S. 583a.

<sup>45</sup>) A. S. 51, 532; 53, 804.

<sup>46</sup>) A. S. 52, 811, Art. 11.

5. Durch den BRB über den Schutz der Landeswährung vom 19. Juni 1936<sup>47)</sup> sind allgemein Handlungen verboten worden, die, in spekulativer Absicht vorgenommen, geeignet sind, die Landeswährung oder den Landeskredit zu schädigen. Das betrifft vor allem den An- und Verkauf von Gold auf Termin, die Belehnung von Gold oder Devisen und die Anschaffung von Devisen auf Termin, sofern sie nicht durch ein ihr zugrunde liegendes Handelsgeschäft gerechtfertigt werden können. Vom Vorbehalt der Unterstellung weiterer, besonders zu bezeichnender Handlungen unter das Verbot ist bis jetzt nicht Gebrauch gemacht worden.

6. Im Anschluss an die Abwertung ist durch Art. 3 der Verfügung I des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements betreffend ausserordentliche Massnahmen über die Kosten der Lebenshaltung vom 27. September 1937<sup>48)</sup> eine Gruppe von Rechtsgeschäften verboten worden, die eine Erhöhung der Preise befördern könnten. Das sind:

Kaufverträge, bei denen für Waren Preise gefordert oder angenommen werden, die dem Verkäufer unter Berücksichtigung seiner Selbstkosten einen mit der allgemeinen Wirtschaftslage unvereinbaren Gewinn verschaffen;

Rechtsgeschäfte mit dem Zweck einer Verabredung oder Verständigung, welche die Erzielung solcher Gewinne bezweckt;

Kaufverträge zum Zweck, die Waren, wenn auch nur vorübergehend, ihrer bestimmungsgemässen Verwendung zu entziehen und damit einen mit der allgemeinen Wirtschaftslage unvereinbaren Gewinn zu erzielen;

Verträge zum Zweck des Ankaufs oder der Anhäufung von Waren in einer den normalen laufenden Bedarf übersteigenden Menge;

---

<sup>47)</sup> A. S. 52, 485.

<sup>48)</sup> A. S. 52, 744.

Rechtsgeschäfte, die einem solchen Ankauf oder einer solchen Anhäufung Vorschub leisten<sup>49)</sup>.

7. Gemäss BRB betreffend die Verbilligung des Mehl- und Brotpreises vom 14. Dezember 1936, Art. 4<sup>50)</sup> ist es verboten, Vollmehl zu Futterzwecken zu veräussern und zu vermitteln. Ferner ist es durch Art. 5 III verboten, gewerbsmässig Vollmehl zusammen mit hellen Mehlen zu verbacken und, wie zu ergänzen sein wird, das Produkt zu verkaufen<sup>51)</sup>.

### b) Sanktionen.

Es sind drei Arten von Sanktionen zu unterscheiden: strafrechtliche, verwaltungsrechtliche und zivilrechtliche.

#### a) *Strafrechtliche.*

Es kommen z. B. vor Bussen, die bis zu 100,000 Fr. gehen<sup>52)</sup>, Gefängnis bis zu 12 Monaten<sup>53)</sup>, bei Ausländern Landesverweisung<sup>54)</sup>, Verweisungen auf das Zollstrafrecht<sup>55)</sup>. Das Verbot der Teilnahme an Feindseligkeiten in Spanien behält naturgemäss auch das Militärstrafrecht vor<sup>56)</sup>. Für Einzelheiten sei auf die betreffenden Erlasse verwiesen<sup>57)</sup>.

---

<sup>49)</sup> Die Vorschriften über die Tatbestände der beiden letzten Alineas sind heute aufgehoben (A. S. 53, 1132, Art. 2), nicht aber die übrigen.

<sup>50)</sup> A. S. 52, 1004.

<sup>51)</sup> Vgl. hinten S. 671a, ferner 599a.

<sup>52)</sup> So A. S. 52, 485, Art. 1.

<sup>53)</sup> So A. S. 52, 744, Art. 12.

<sup>54)</sup> A. S. 52, 485, Art. 5 III.

<sup>55)</sup> Zollgesetz vom 1. Oktober 1925, Art. 74 f.; A. S. 51, 693, Art. 3; A. S. 52, 637, Art. 3.

<sup>56)</sup> A. S. 52, 639, Art. 1 III.

<sup>57)</sup> Für Verfahrensfragen A. S. 53, 528. Vgl. auch BGE 43 I 134, 319, 330; 44 I 92.

*β) Verwaltungsrechtliche.*

Vorgesehen sind:

1. Beschlagnahme von Waren<sup>58)</sup> und von Druck-Erzeugnissen<sup>59)</sup>;
2. Verweigerung der Beförderung durch die Post-, Telephon- und Telegraphenverwaltung<sup>60)</sup>;
3. Einziehung von Geldbeträgen<sup>61)</sup> und Waren<sup>62)</sup>;
4. Abänderung oder Aufhebung von (begünstigenden) Massnahmen;
5. Entzug von Kontingentansprüchen;
6. Auferlegung von Untersuchungskosten;
7. Abänderung, Aufhebung oder Verbindlicherklärung von privaten Abreden oder Verträgen über Preise und preisbestimmende Faktoren<sup>63)</sup>.

*γ) Zivilrechtliche.*

Die zivilrechtlichen Folgen der Verbote, die eine absolute oder relative Beschränkung der Freiheit des Vertragsinhalts bedeuten, sind von den betreffenden Erlassen nicht immer geordnet worden. Wo es nicht geschehen ist, ist es eine Aufgabe von Doktrin und Praxis, sich darüber Rechenschaft zu geben. Da gestützt auf die entsprechenden Erlasse zur Zeit des Weltkriegs in der Schweiz<sup>64)</sup> und im Ausland die gleichen Fragen aufgeworfen worden sind, kann die damalige Gerichtspraxis und Literatur mit Nutzen herangezogen werden.

<sup>58)</sup> A. S. 52, 811. Zollgesetz Art. 102.

<sup>59)</sup> A. S. 52, 486, Art. 7; 52, 645, Art. 4.

<sup>60)</sup> A. S. 52, 639, Art. 2 II.

<sup>61)</sup> A. S. 52, 645, Art. 3.

<sup>62)</sup> Zollgesetz Art. 77 I.

<sup>63)</sup> A. S. 52, 744, Art. 11.

<sup>64)</sup> Eine systematische Zusammenstellung der Erlasse gibt Baer, Die schweiz. Kriegsverordnungen, 4 Bände, Zürich 1916 bis 1919. Vgl. auch Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 381, ferner die Aufsätze von Stucki, Wetter, Käppeli, Laur, Festgabe Schulthess, Zürich 1938, S. 125, 169, 230, 257, ferner Welti, Jahresbericht 1914/15, im Politischen Jahrbuch, Bern 1915, S. 681 f.

*αα) Sanktionen im Erlass vorgesehen.*

1. Die mehrmals zitierte Verfügung VII vom 22. Oktober 1936<sup>65)</sup> bestimmt in Art. 3: „Die Beschlagnahme erfolgt durch die Mitteilung an den Besitzer und bewirkt, dass dem Inhaber der Waren das Verfügungsrecht über diese entzogen ist“<sup>66)</sup>. In Art. 7 heisst es: „Kauf- und Tauschverträge über beschlagnahmte Waren sind nichtig, sofern sie noch nicht durch beidseitige Leistung vollzogen sind“<sup>67)</sup>. Hier ist also ausdrücklich festgestellt, dass gewisse Verträge nichtig sind; weniger eindeutig ist, für welche Verträge das zutrifft. Der in Art. 3 vorgesehene Entzug des Verfügungsrechts bezieht sich dem Wortlaut nach in erster Linie auf das dingliche Verfügungsgeschäft, das dem Vollzug obligatorischer Geschäfte dient, also entweder auf die Hingabe zu Eigentum oder zu Pfand. In Art. 7 werden nur Kauf und Tausch für nichtig erklärt; nun kann aber das Eigentum auch auf Grund anderer Verträge, z. B. Schenkung oder Verfügung von Todes wegen, übertragen werden, ferner, originär, durch Verbindung und Vermischung; schliesslich kann eine dingliche Verfügung auch gestützt auf einen Pfandvertrag erfolgen. Wenn einerseits jedes dingliche Verfügungsgeschäft verboten und andererseits nur Kauf und Tausch nichtig sein sollen, so klafft da ein Widerspruch. Entweder bezieht sich das Verbot dinglicher Verfügungsgeschäfte nur auf die dingliche Perfektion der ausdrücklich als nichtig erklärten obligatorischen Geschäfte, nämlich Kauf und Tausch — oder es bezieht sich auf jedes dingliche Verfügungsgeschäft, dann müssen alle obligatorischen und andern Geschäfte nichtig sein, nicht nur Kauf und Tausch, sondern auch Schenkung, Verfügung von Todes wegen, Pfandvertrag usw. Denn es wäre sinnlos, diese Geschäfte einerseits gültig zu lassen und andererseits das ihrer Erfül-

---

<sup>65)</sup> A. S. 52, 811.

<sup>66)</sup> Diese Vorschrift ist identisch mit A. S. 32, 52, Art. 2 I Satz 2.

<sup>67)</sup> Diese Bestimmung ist identisch mit A. S. 32, 52, Art. 5.

lung dienende dingliche Verfügungsgeschäft für ungültig zu erklären. Es bleibe dahingestellt, ob das Verfügungsverbot des Art. 3 nicht auch noch jede tatsächliche Verfügung betreffen will, z. B. eine Ortsveränderung der beschlagnahmten Ware, ihren Verbrauch, ihre Verarbeitung usw.<sup>68)</sup>.

Würde es sich hier um eine aus dem normalen Gesetzgebungsplan heraus entstandene Norm handeln, so wäre ohne weiteres anzunehmen, dass nur Kauf und Tausch nichtig seien und die Verfügungsbeschränkungen sich bloss auf diese zwei Verträge beziehen; denn Einschränkungen der Privatautonomie sind restriktiv zu interpretieren. Bei dem Erlass über die Beschlagnahme handelt es sich aber um eine unter dem Druck der Verhältnisse entstandene Verfügung, bei der eine freiere Auslegung am Platz ist<sup>69)</sup>. Auszugehen ist deshalb von der ratio des Erlasses.

Von den verschiedenen Instituten, die unter dem Ausdruck „Beschlagnahme“ begriffen werden, sind in diesem Zusammenhang zwei von Bedeutung: zunächst das pönale der Einziehung von corpora delicti, Bestechungsgeldern und andern Sachen, die mit einer strafbaren Handlung im Zusammenhang stehen<sup>70)</sup>, dann das Recht des Staates in Zeiten grosser Not, private Rechte an Sachen, Forderungen<sup>71)</sup> und immateriellen Gütern aufzuheben und die betreffenden Rechtsgüter an

---

<sup>68)</sup> Vgl. A. S. 32, 52, Art. 2 II.

<sup>69)</sup> BGE 47 II 62. Huber, Zwei Fragen betr. den widerrechtlichen Vertrag, SJZ 15 S. 25.

<sup>70)</sup> Z. B. Art. 58, 59 des Schweiz. Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937, Urheberrechtsgesetz Art. 54, Zollgesetz Art. 77. Dazu kommt noch eine im Rahmen eines Zivilprozesses als vorsorgliche Verfügung mögliche Beschlagnahme, so die Beschlagnahme eines Streitgegenstandes zum Schutz gegen seine Veränderung, ferner Urheberrechtsgesetz Art. 52.

<sup>71)</sup> Als Beschlagnahme in diesem Sinn ist aufzufassen die Inanspruchnahme clearingpflichtiger Forderungen durch den Staat, BGE 61 III 207, 62 I 200; Hug, Das Clearingrecht und seine Einwirkung auf die vertraglichen Schuldverhältnisse, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1936, S. 454a f.

sich zu ziehen. In diesem Sinn spielt die Beschlagnahme im Rahmen der sogenannten Wehrwirtschaft die allergrösste Rolle, indem der Staat bei Krieg davon den weitesten Gebrauch macht<sup>72)</sup>. Auch in der Schweiz kannte man diese Art der Beschlagnahme zur Zeit des Weltkriegs. Die im Anschluss an die Abwertung erlassene Vorschrift hat ihr Vorbild im BRB betreffend die Bestandesaufnahme und die Beschlagnahme von Waren vom 11. April 1916<sup>73)</sup>, der generell die Beschlagnahme von Waren vorsah. Es handelte sich darum, entweder für staatliche Verwaltungen<sup>74)</sup> oder für die Allgemeinheit Waren zu einem behördlich festgesetzten Preis sicherzustellen, immer aber aus einer Notlage heraus. Deshalb war die ratio dieser Erlasse natürlich die, in absoluter Weise jede Verfügungsmöglichkeit der Privaten aufzuheben.

Die Beschlagnahme auf Grund der Verfügung VII vom 22. Oktober 1936 kann an sich beide erwähnten Funktionen haben: die pönale, als Sanktion für die Übertretung von Vorschriften betreffend die Lebenskosten<sup>75)</sup>, und die notrechtliche, zur Sicherstellung der Versorgung des Landes. Was die zweite angeht, so kann nun aber retrospektiv gesehen von einer Notlage nach der Abwertung durchaus nicht gesprochen werden. Zum Unterschied von der Kriegszeit war die Versorgung nicht gefährdet, noch hatte die Spekulation — nicht zuletzt in-

---

<sup>72)</sup> Vgl. neuestens das noch nicht in Kraft getretene BG über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern vom 1. April 1938, Art. 7. Über Fragen der Wehrwirtschaft die bei Hug S. 455a zitierte Literatur, ferner Streiff, Wirtschaftliche Kriegsvorsorge 1937; Meiss, Betrachtungen über die Beziehungen zwischen Krieg und Wirtschaft, Diss. Zürich 1937.

<sup>73)</sup> A. S. 32, 145, ergänzt durch A. S. 32, 52 und 75. Das Verzeichnis einer Reihe weiterer Erlasse bei Huber, SJZ 15 S. 26 N. 7.

<sup>74)</sup> Z. B. für die Militärverwaltung Uniformtuch, BGE 46 II 273.

<sup>75)</sup> So auch schon ausdrücklich A. S. 32, 52, vgl. deren Art. 1 in Verbindung mit der sogenannten Kriegswucherverordnung, A. S. 30, 376 und 32, 280 usw.

folge der strengen Prohibitivmassnahmen — die Möglichkeit gehabt, die Lebenskosten erheblich zu beeinflussen. Für die in der Sicherstellung der Landesversorgung bestehende Funktion der Beschlagnahme fehlt deshalb jeder sich aus einer Notlage rechtfertigende Grund, die zivilrechtlichen Folgen einer Beschlagnahme ausdehnend anzuwenden<sup>76)</sup>. Bleibt die pönale Funktion: wenn auch hier formell nicht die Anwendung eines Strafgesetzes in Frage steht, so handelt es sich doch materiell um eine solche, so dass hier die für das Strafrecht geltende Maxime angewendet werden mag, dass eine ausdehnende Auslegung verpönt und insbesondere der Analogieschluss verboten ist<sup>77)</sup>. Alle diese Überlegungen führen mich zum Schluss, dass Art. 3 und 7 der Verfügung VII vom 22. Oktober 1936 einschränkend auszulegen sind: nichtig sind nur Kauf und Tausch<sup>78)</sup> und nur die ihrer dinglichen Perfektion dienenden Verfügungsgeschäfte<sup>79)</sup>; nicht zuletzt auch auf Grund des öfters zu zitierenden Grundsatzes in dubio pro libertate, d. h. wo das öffentliche Recht ins Privatrecht eingreift, ist im Zweifel eine einschränkende Auslegung der zivilrechtlichen Wirkungen des Eingriffs am Platz<sup>79a)</sup>.

Unabhängig von der Frage, auf welche Geschäfte sich das Verfügungsverbot und die Nichtigkeit erstreckt, ist diejenige der Rückwirkung. Aus Art. 7 muss entnommen werden, dass die Nichtigkeit auch bereits bestehende

<sup>76)</sup> In dieser Hinsicht war das Bundesgericht bei der Beurteilung der zivilistischen Bedeutung einer militärischen Beschlagnahme sogar zur Kriegszeit sehr zurückhaltend, BGE 47 II 59; es stellte durchaus auf die ratio der betreffenden Massnahme ab, 47 II 62.

<sup>77)</sup> So auch für in Kriegserlassen enthaltene Strafbestimmungen BGE 45 I 90; 46 I 172.

<sup>78)</sup> Für andere Verträge ist Art. 3 in diesem Fall eine *lex imperfecta* oder *minus quam perfecta*, je nachdem hier eine Straffolge angenommen wird oder nicht, was m. E. zu verneinen ist: in dubio pro reo und *nulla poena sine lege*.

<sup>79)</sup> A. M. Hug, S. 537a N. 292.

<sup>79a)</sup> BGE 44 II 427.

obligatorische Verträge betrifft, sofern die Beschlagnahme vor ihrer Erfüllung erfolgt<sup>80)</sup>. Nur wenn die Leistungen beidseitig ausgeführt sind, bleibt der Vertrag gültig. Hat z. B. bei einem Kreditkauf nur der Verkäufer erfüllt, so ist der Vertrag nichtig, d. h. die Ware geht an den Verkäufer zurück und der Käufer braucht nichts zu bezahlen<sup>81)</sup>.

Wie ein Erlass, der die Beschlagnahme von Sachen und Rechten vorsieht, sich über allfällige Beschränkungen der obligatorischen und dinglichen Verfügungen auszusprechen hat, so sollte er auch die Frage entscheiden, ob die beschlagnahmten Objekte durch Dritte auf dem Weg der Zwangsvollstreckung mittelst Betreibung auf Pfändung, Pfandverwertung und Konkurs oder durch Arrest in Anspruch genommen werden können. Für die dem Clearing<sup>82)</sup> unterliegenden Forderungen ist das ausdrücklich verneint worden<sup>83)</sup>. Auch für Sachen, die sich im Besitz eines auszuliefernden Ausländers befanden, ist schon früher das gleiche entschieden worden<sup>84)</sup>, wobei allerdings eine staatsvertragliche Pflicht zur Ablieferung der betreffenden Gegenstände bestand. Die Verfügung VII schweigt über diese Frage. Für die Entscheidung sind die gleichen Überlegungen massgebend wie für die Frage der Nichtigkeit. Da nur die pönale Funktion der Beschlagnahme aktuell ist, so besteht m. E. kein tragbarer Grund, die Zwangsvollstreckung durch Dritte aus-

---

<sup>80)</sup> BGE 44 II 427.

<sup>81)</sup> Entsprechend bei Pränumerandokauf, Fuchs, Zivilrechtliche Kriegsentscheidungen des K. K. Obersten Gerichtshofs, Wien 1919, Nr. 58 S. 286.

<sup>82)</sup> Das ebenfalls eine Beschlagnahme darstellt, vorhin N. 71.

<sup>83)</sup> Kreisschreiben Nr. 25 und 26 des Bundesgerichts, vom 25. Januar und 4. April 1936, BGE 62 III 1, 49, Urteil 61 III 207, dazu Hug 462a f., Rosset, Les accords de clearing et les obligations contractuelles, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1936, S. 282a f.

<sup>84)</sup> BGE 32 I 548.

zuschliessen<sup>85)</sup>. Anders wäre es nur, wenn die Beschlagnahme<sup>86)</sup> auch die Funktion der Abwehr einer Notlage hätte; dann dürften Objekte, die der Beschlagnahme unterliegen, selbstverständlich nicht für die privaten Zwecke der Gläubiger in Anspruch genommen werden.

2. Aus Rechtsgeschäften, die durch den BRB über den Schutz der Landeswährung vom 19. Juni 1936<sup>87)</sup> verboten sind, entsteht gemäss Art. 8 keine Forderung. Diese Formulierung ist die gleiche, die das OR hinsichtlich der Forderungen aus Spiel und Wette (Art. 513 I) enthält, und sie deckt sich materiell mit derjenigen hinsichtlich der Lohnforderung aus Heiratsvermittlung (Art. 416) und der Forderungen aus dem Kleinvertrieb geistiger Getränke und für Wirtszechen (Art. 186). In allen diesen Fällen liegen Naturalobligationen vor, denen die Rechtsordnung die Klagbarkeit versagt; wenn aber freiwillig eine Leistung erfolgt, so kann sie nicht (wie beim nichtigen Geschäft) zurückgefordert werden (OR Art. 514 II)<sup>88)</sup>. Aus diesem Grundsatz ergibt sich für die zum Schutz der Landeswährung verbotenen Geschäfte, dass vor allem aus Verträgen über den Kauf und Verkauf von Gold auf Termin, die Verpfändung von Gold oder Devisen, den Kauf von Devisen auf Termin<sup>89)</sup>, keine klagbare Forderung entsteht. Sind die Verträge erfüllt worden, so sind sie gültig. Ist die Verpfändung von Gold oder Devisen erfolgt, so hat der Verpfänder keine Forderung auf Rückgabe des Pfandes und der Pfandnehmer keine auf Rückzahlung der geliehenen Summe.

---

<sup>85)</sup> A. M. Hug S. 466a N. 156. Unzulässig wäre es natürlich, wollte die Gegenpartei aus dem für nichtig erklärten Kauf- oder Tauschvertrag sich auf dem Umweg über die Zwangsvollstreckung schadlos halten.

<sup>86)</sup> Wie diejenige zur Kriegszeit und wie die clearingrechtliche.

<sup>87)</sup> A. S. 52, 485.

<sup>88)</sup> Tuhr, OR S. 28; Oser-Schönenberger Vorbem. N. 58 zu Art. 1—67, S. 10.

<sup>89)</sup> Soweit dieser nach Art. 2 I lit. c des betreffenden Erlasses verboten ist.

*ββ) Sanktionen im Erlass nicht vorgesehen.*

1. Grundsatz. Die unter lit. *αα* nicht aufgezählten Erlasse enthalten keine Vorschriften über die zivilrechtlichen Sanktionen. Der Ausgangspunkt für die Behandlung des Problems ist die Frage, ob die Übertretung jedes Verbots<sup>90)</sup> die Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge habe. Der interessante Gegenstand kann hier nicht erschöpfend behandelt werden; ich muss mich auf die Grundzüge beschränken.

Im älteren römischen Recht galt der Grundsatz, dass ein Geschäft nur nichtig war, wenn das Gesetz neben dem Verbot die Nichtigkeit ausdrücklich vorsah. Durch die Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. wurde im Jahre 439 die Auslegungsregel aufgestellt, das Verbotsgesetz sei im Zweifel eine *lex perfecta* (Cod. I. 14, 5, 1)<sup>91)</sup>. Diese Maxime galt durchwegs in der gemeinrechtlichen Lehre und Praxis des 19. Jahrhunderts<sup>92)</sup>. Das BGB sieht gegenteilig in § 134 vor: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“ Für die Frage, wann dieses letztere der Fall ist, stellen Literatur und

---

<sup>90)</sup> Für die Frage, was ein Verbot sei, ist nicht auf die grammatikalische Form eines Satzes abzustellen; jedes Gebot kann ebensogut als Verbot formuliert werden, und umgekehrt. Als Verbot wird in diesem Zusammenhang vielmehr die, in der Regel mit einer Strafsanktion versehene, Norm betrachtet, die den Abschluss oder einen bestimmten Inhalt eines Vertrages missbilligt (ähnlich Endemann, Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze 1887, S. 75.) Ob auch für die Übertretung von Geboten die Nichtigkeit in Frage kommt, ist bestritten. Die Frage fällt hier ohnehin ausser Betracht.

<sup>91)</sup> Sohm, Institutionen des römischen Rechts 1928, S. 218 N. 11; Dernburg, Pandekten 1900, § 31. Eingehend Endemann S. 9 f. Es sei auch an die in diesem Zusammenhang aktuelle Unterscheidung erinnert von *lex imperfecta* (keine Strafe, keine Nichtigkeit), *lex minus quam perfecta* (Strafe, keine Nichtigkeit), *lex perfecta* (keine Strafe, Nichtigkeit), *lex plus quam perfecta* (Strafe und Nichtigkeit).

<sup>92)</sup> Endemann S. 2, 67, 107.

Judikatur bei Schweigen des Gesetzes vor allem auf den Zweck des Verbots ab<sup>93</sup>). Während des Kriegs und der Nachkriegszeit häuften sich in Deutschland die Verbote, so dass sich ein reiches Material über die Auslegung des § 134 anhäufte<sup>94</sup>).

Auch in der Schweiz wurde die Frage der zivilrechtlichen Folge der Verbotsgesetze (OR Art. 20) vor allem zur Kriegszeit aktuell<sup>95</sup>). Das Bundesgericht hat folgenden Standpunkt eingenommen: beidseitig widerrechtliche Geschäfte seien nicht schlechthin nichtig, sondern nur dann, wenn die betreffende (Gebots- oder) Verbotsbestimmung die Nichtigkeit als zivilrechtliche Folge der Übertretung anführe, oder wenn nach Sinn und Zweck des betreffenden Gesetzes die Nichtigkeit als gewollt angenommen werden müsse<sup>96</sup>); denn, so argumentiert das Bundesgericht, die Rechtsordnung kenne noch andere Wege, um einem Verbot Nachachtung zu verschaffen, nämlich Strafsanktionen, zivilrechtliche Verantwortlichkeiten z. B. nach OR Art. 41 f., bei der Aktiengesellschaft wegen Erwerbs eigener Aktien gemäss rev. OR 754 f., ferner unter Umständen die Verneinung der Nachlasswürdigkeit (SchKG Art. 306 Ziff. 1, vgl. aber den BRB betreffend Abänderung des BRB über die Sanierung von Banken vom 13. Juli 1937, Art. 1). Die Literatur steht auf dem gleichen Boden<sup>97</sup>).

---

<sup>93</sup>) So schon Dernburg, Pandekten, § 31.

<sup>94</sup>) Zitate bei Staudinger-Riezler 1935, § 134, und Enneccerus-Nipperdey 1931, I § 189. Ferner die Kommentare zu § 134, so Oertmann 1927, Soergel 1937, Warneyer 1929, Bessau-Oegg-Sayn 1934, ferner Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II 2, § 69 Ziff. I.

<sup>95</sup>) Huber in SJZ 15 S. 1 f.

<sup>96</sup>) So BGE 45 II 281, 551; 47 II 464, gleich schon früher 34 II 686; 41 II 485, und besonders hinsichtlich des Verbots des Erwerbs eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft (altOR Art. 628, rev. OR 659) 43 II 295, 60 II 315.

<sup>97</sup>) Tuhr, OR S. 221; Oser-Schönenberger Art. 20 N. 20 f.; Huber in SJZ 15 S. 25 f.; Henggeler, Die Abwertung

Die erwähnte Maxime bedarf einiger Anhaltspunkte, die erst ihre Handhabung ermöglichen<sup>98)</sup>. Zunächst gilt sie nach der herrschenden Meinung nur, wenn ein Vertrag von beiden beteiligten Parteien aus gesehen widerrechtlich ist. Richtet sich dagegen das Verbot insbesondere nur gegen die subjektive Beteiligung der einen Partei, dann sei der verbotswidrige Vertrag nicht nichtig<sup>99)</sup>. Wo das Verhalten beider Parteien widerrechtlich ist, sollte, wenn man sich auf den Boden der herrschenden Meinung stellt, m. E. kumulativ abgestellt werden auf:

die Frage, welchen Zweck das Verbot erreichen will und welche Interessen es schützen will; die Frage, ob die Nichtigkeit zur Durchsetzung des Verbotes notwendig sei; ob die Nichtigkeit zur Durchsetzung des Verbotes ein taugliches Mittel sei; ob der durch die Nichtigkeit bewirkte Nachteil in einem vernünftigen Verhältnis stehe zu dem erstrebten Ziel; ob die Widerrechtlichkeit durch eine generelle oder spezielle Bewilligung vermieden werden kann; wenn ja, so weist das auf die Vermutung hin, dass die Nichtigkeit nicht am Platz ist.

Soweit die — ergänzte — Antwort der herrschenden Meinung auf die Frage, welches die zivilrechtliche Folge der Übertretung eines Verbotsgesetzes sei, insofern sie im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist.

Es kann nicht übersehen werden, dass das von der herrschenden Meinung verwendete Kriterium in den seltensten Fällen einen zwingenden Schluss erlaubt. Denn meist ist eben gerade fraglich, ob Sinn und Zweck

---

des Schweizerfrankens . . . Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1937, S. 191a.

<sup>98)</sup> Darüber Huber in SJZ 15, S. 25; Endemann, Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze 1887, S. 112 f.

<sup>99)</sup> Oser-Schönenberger Art. 20 N. 20, 21; Burckhardt, Methode, S. 209 f. Als Indiz für die Gültigkeit des Vertrags betrachten die Einseitigkeit des Verbots Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II 1 § 69 I; Enneccerus-Nipperdey I § 177 I und die dort zitierte deutsche Judikatur; Oegg-Sayn-Bessau § 134 N. 2; Oertmann § 134 N. 2b.

des Gesetzes die Nichtigkeit des verbotswidrigen Vertrags erfordern. Diese Schwierigkeit wäre nur zu vermeiden, wenn entweder im Zweifel jede Widerrechtlichkeit im Sinne von OR Art. 20 und folglich jede Verbotswidrigkeit die Nichtigkeit nach sich zöge<sup>100</sup>), (was der Wortlaut von OR Art. 20 eigentlich vermuten lässt), oder aber, wenn es nur dann der Fall wäre, sofern das betreffende Verbotsgesetz es ausdrücklich vorsähe. Jede Mittellösung wird zu Interpretationsschwierigkeiten führen, so auch die vom Bundesgericht angewandte. Es wäre deshalb wünschenswert, zu einer sichern Lösung zu gelangen. Die Übertretung eines Verbotsgesetzes im Sinn von OR Art. 20 sollte in jedem Fall die Nichtigkeit des Vertrags nach sich ziehen. Es ist doch gegen jede Folgerichtigkeit, dass der Staat einerseits ein Verhalten verbietet und unter Umständen sogar bestraft, andererseits aber im Zivilprozess einer klagenden Partei zur Durchsetzung ihres — von ihm an und für sich missbilligten — Anspruchs verhilft<sup>101</sup>). Man kann sich da eigenartige Situationen ausdenken; z.B. dass das selbe Gericht gleichzeitig als Strafinstanz einen Angeklagten wegen der Übertretung eines Verbots verurteilt und ihm als Zivilinstanz einen auf den gleichen Tatbestand gestützten Anspruch zuspricht. Es sei auch an folgendes erinnert: der gleiche Tatbestand kann eine juristische Unmöglichkeit oder eine Widerrechtlichkeit bedeuten, je nachdem die Ausführung eines Geschäfts tatsächlich verhindert wird oder nicht. Das ist aber vielfach ein Zufall. Wenn z. B. ein bestimmter Stoff aus irgendwelchen Gründen nicht gehandelt werden darf, so liegt juristische Unmöglichkeit vor, falls der Verkehr tatsächlich verhindert wird, z. B. durch Ingewahrsamnahme aller Vorräte; dagegen handelt es sich um Widerrechtlichkeit, sofern das nicht der Fall ist. Beim einen

---

<sup>100</sup>) Ausgenommen, wo andere Sanktionen vorgesehen sind, wie in OR Art. 21, 31.

<sup>101</sup>) So auch Burckhardt, Methode, S. 208 f.; Hug, Das Clearingrecht . . . S. 541a N. 301.

Tatbestand ist der Vertrag ohne weiteres nichtig, beim andern wäre er es nach der herrschenden Meinung möglicherweise nicht. Es spricht gegen alle Konsequenz, dass hier eine verschiedene zivilistische Sanktion möglich sein soll.

Es ist vorhin als Lösung postuliert worden, jedes im Sinne von OR Art. 20 widerrechtliche Geschäft sollte nichtig sein. Das bedarf noch weiters der Erläuterung. Ein Verbot kann sich zunächst gegen den Inhalt eines Vertrags richten; verboten ist dann ein bestimmtes Verhalten, z. B. einen Diebstahl zu begehen. Oder das Verbot kann sich gegen den Abschluss eines Vertrages richten; verboten ist es dann, ein bestimmtes Verhalten, das an sich erlaubt ist, zum Gegenstand eines Vertrags zu machen, z. B. auf Lebenszeit Dienste zu leisten. Schliesslich kann ein Verbot sich allein gegen die subjektive Beteiligung einer Person an einem Vertrag richten, bei dem an und für sich weder der Inhalt verboten ist, noch die Tatsache des Abschlusses. Dieser letztere Tatbestand fällt nicht unter OR Art. 20; der betreffende Vertrag ist deshalb nicht nichtig. Hierhin gehört es z. B., wenn ein Ausländer entgegen den fremdenpolizeilichen Vorschriften eine Erwerbstätigkeit ausübt und in deren Rahmen einen Vertrag abschliesst. Dieser Vertrag ist folglich gültig<sup>102</sup>).

Häufig werden unter den letzteren Tatbestand des Verbots einer subjektiven Beteiligung an einem Vertrag Fälle subsumiert, die nicht darunter gehören. So wird gesagt, der Vertrag eines nicht approbierten Heilkundigen mit einem Patienten über ärztliche Behandlung sei gültig, desgleichen der Vertrag eines Apothekers mit einem Kunden über den Verkauf von Gift; denn es sei dem Publikum nicht verboten, sich von einem nicht approbierten Heilkundigen behandeln zu lassen oder Gift zu kaufen<sup>103</sup>).

<sup>102</sup>) So mit Recht BGE 62 II 111.

<sup>103</sup>) Oser-Schönenberger Art. 20 N. 21; Burckhardt, Methode, S. 209 f.

Wenn sich ein Verbot nur an die eine Partei richtet, so sei der gleichwohl abgeschlossene Vertrag gültig. Der Irrtum liegt m. E. hier darin, dass in diesen zwei Beispielen (und andern) eben nicht die subjektive Beteiligung einer Person an einem Vertrag verboten ist, sondern ein bestimmter Vertragsinhalt: nämlich die nicht schulgerechte medizinische Behandlung und der unkontrollierte Giftverkauf. Beides soll das Publikum vor Schaden bewahren. Wäre die kritisierte Auffassung richtig, so müssten die Klage des Patienten gegen den lässigen Heilkundigen auf Durchführung der Behandlung und die Klage des Kunden auf Lieferung des verkauften Giftes vom Gericht geschützt und der Vollzug des Urteils vom Staat erzwungen werden; das kann aber nicht wohl der Sinn der betreffenden Verbotsgesetze sein. Zu Unrecht wird von der herrschenden Meinung auf das rein formelle und häufig zufällige Kriterium abgestellt, ob sich ein Verbot bloss an eine Partei richte oder an beide; in den zwei obigen Beispielen sollen die Verträge gültig sein, weil sich das Verbot des Arztnens bloss an den nichtpatentierten Heilkundigen richtet, und nicht auch an den Patienten, und das Verbot des Giftverkaufs bloss an den Apotheker, und nicht auch an den Kunden. Massgebend ist vielmehr, wie erwähnt, ob einzig die subjektive Beteiligung einer Person an einem Vertrag verboten ist; nur in diesem einen Fall ist der Vertrag gültig. In allen andern Fällen ist der Vertrag ungültig, gleichgültig ob sich das Verbot gegen den Inhalt des Vertrags oder gegen den Abschluss richtet, im Sinne, wie es dargetan worden ist.

Entsprechend diesen Grundsätzen ist die Frage zu lösen, ob Verträge, die gegen die vorne aufgezählten Verbote verstossen, nichtig seien. Gelegentlich ergeben sich die gleichen Resultate, ob man vom Standpunkt der herrschenden Meinung ausgeht oder vom davon abweichenden, der soeben vertreten worden ist. Wo notwendig, soll die Frage der Nichtigkeit eines bestimmten Vertrags von beiden Standpunkten aus geprüft werden.

2. Bei den Verboten der Ausfuhr, Wiederausfuhr und Durchfuhr von Kriegsmaterial im italienisch-abessinischen und im spanischen Krieg handelt es sich um die Frage der Nichtigkeit von Verkäufen, Fracht- und Speditionsverträgen u. ä., ferner von finanziellen Transaktionen wie Darlehen, Schenkungen u. ä.<sup>104</sup>). Die Verbote sind entweder in Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten der Schweiz<sup>105</sup>) oder zum Schutz der schweizerischen Neutralität<sup>106</sup>) erlassen worden<sup>107</sup>). Verbotswidrig ist der Inhalt widersprechender Verträge; sie sind deshalb nichtig<sup>108</sup>). Selbst wenn man sich fragen würde, ob nicht bloss die subjektive Beteiligung von Personen, die den schweizerischen Gesetzen unterstehen, verbotswidrig sei, könnte doch ein solcher Vertrag als gegen den schweizerischen ordre public verstossend nicht geschützt werden. Nichtig müssen auch die Verträge sein, die gegen das Verbot des Verkaufs von Produkten der Uhrenindustrie an unbekannte Käufer verstossen, weil auch hier der Inhalt eines Vertrags getroffen wird; anders wäre die Lösung vermutlich nach der herrschenden Meinung, die den Vertrag schützen würde, weil das Verbot sich nur an eine Partei richtet, den Verkäufer.

3. Einfuhrverbote. Wenn eine Sache verbotswidrig schwarz über die Grenze gelangt, so ist nach der Auffassung der herrschenden Meinung<sup>109</sup>) im Prinzip ein darüber abgeschlossenes Geschäft gültig. Anders wäre es nur, wenn es im Sinn und Zweck des Verbotes läge, jeden Handel mit der Ware auszuschliessen, so bei Sachen, deren Einfuhr aus seuchenpolizeilichen Gründen verboten ist (vorne lit. B a) Ziff. 2). Nach der in dieser Arbeit ver-

<sup>104</sup>) A. S. 51, 717; 52, 645.

<sup>105</sup>) Sanktionen gegen Italien.

<sup>106</sup>) Massnahmen im spanischen Krieg.

<sup>107</sup>) Vgl. die Ingresse der betreffenden Erlasse, ferner BGE 44 I 94.

<sup>108</sup>) So für die Kriegszeit Huber in SJZ 15 S. 4.

<sup>109</sup>) So für Schmuggelware Oser-Schönenberger Art. 20 N. 21.

tretenen Auffassung muss ein solches Geschäft schlechthin nichtig sein.

4. Verbot des Handels mit Reichsmarknoten. Gemäss den vorne erwähnten Grundsätzen ist ein Kauf über Reichsmarknoten nichtig. Wollte man sich der Auffassung der herrschenden Meinung anschliessen, so müsste untersucht werden, ob sich die Nichtigkeit aus Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt, was anhand des lakonischen Erlasses<sup>110)</sup> gar nicht möglich ist. Man müsste schon die Urheber der Verfügung darüber befragen — eine zum mindesten unelegante Methode.

5. Das Verbot von zur Preissteigerung geeigneten Geschäften<sup>111)</sup> deckt sich in der Hauptsache mit demjenigen, das in der VO gegen die Verteuerung von Nahrungsmitteln und andern unentbehrlichen Bedarfsgegenständen vom 10. August 1914<sup>112)</sup>, der sogenannten Kriegswucherverordnung, enthalten war. Hinsichtlich der von diesem Verbot betroffenen Rechtsgeschäfte hat das Bundesgericht gestützt auf die vorhin mitgeteilten allgemeinen Erwägungen die Nichtigkeit angenommen<sup>113)</sup>. „Denn die gedachte Vorschrift<sup>114)</sup>“ — sagt das Bundesgericht<sup>115)</sup> — „will solche Geschäfte als illegitim und irregulär ausschliessen, die als volkswirtschaftlich überflüssig und schädlich erscheinen, indem sie im wirtschaftlichen Leben des Landes keine nützliche Funktion erfüllen, sondern bloss privatwirtschaftlichen Spekulationen dienen, und daher die Wirtschaftsordnung stören, insbesondere durch Herbeiführung von Preissteigerungen nachteilig wirken . . .“ Wenn man diese Überlegung auf die hier zur Diskussion stehende Vorschrift anwendet, so ergibt sich

<sup>110)</sup> A. S. 51, 532; 53, 804.

<sup>111)</sup> A. S. 52, 744, Art. 3. Es sei daran erinnert, dass diese Vorschriften noch in Kraft sind, ausgenommen Art. 3 lit. d.

<sup>112)</sup> A. S. 30, 376, abgeändert und ergänzt durch A. S. 32, 165.

<sup>113)</sup> BGE 45 II 280, 47 II 464.

<sup>114)</sup> Art. 1 lit. c der Kriegswucherverordnung, der dem Art. 3 lit. c der Verfügung I (A. S. 52, 744) entspricht.

<sup>115)</sup> BGE 45 II 282, vgl. auch 44 I 207.

auch nach der von der herrschenden Meinung befürworteten Lösung, und um so mehr nach der hier vertretenen Auffassung, zwangsläufig die Nichtigkeit verbotswidriger Geschäfte. Wenn auch nicht zu übersehen ist, dass nach Kriegsausbruch die Lebensmittelversorgung der Schweiz sehr gefährdet war<sup>116)</sup>, wovon im Augenblick der Abwertung nicht die Rede sein konnte, so war doch nicht der Schutz der Landesversorgung das Motiv für die Wucherverordnung des Bundesrates und die darauf gestützte Auffassung des Bundesgerichtes, sondern ganz allgemein die Bekämpfung der Preistreiberei<sup>117)</sup>. Dieses Motiv war in genau gleicher Masse am Platz hinsichtlich der Verfügung I vom 27. September 1936<sup>118)</sup>.

Wann im Einzelfall ein Rechtsgeschäft unter das Verbot des Art. 3 der Verfügung I vom 27. September 1936 fällt und folglich nichtig ist, kann allgemein nicht gesagt werden. Beim Tatbestand von Art. 3 lit. b und c dieser Verfügung gehört zum objektiven Tatbestandsmoment der Teilnahme an Verabredungen und des Ankaufs von Waren, die ihrer bestimmungsgemässen Verwendung entzogen werden sollen, das subjektive Moment der Absicht, einen mit der allgemeinen Wirtschaftslage unvereinbaren Gewinn zu erzielen; ob das subjektive Moment gegeben ist, hängt von der Würdigung des Einzelfalles ab. Aber auch die objektiven Momente bieten Schwierigkeiten<sup>119)</sup>: ist z. B. der in Art. 3 lit. a der Verfügung I erwähnte, mit der allgemeinen Wirtschaftslage unvereinbare Gewinn nur gegeben, wenn die Höchstpreise des Art. 1 überschritten sind? Dann würden die dafür

---

<sup>116)</sup> Bonjour, Die Geschichte der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert, Band II, S. 639 f. der Geschichte der Schweiz von Nabholz, Muralt, Feller, Bonjour, ferner die vorne N. 64 zitierte Literatur.

<sup>117)</sup> Dazu BGE 44 I 212, ferner Enneccerus-Nipperdey I § 177 I; Oertmann § 134 N. 2a α; Warneyer § 134 N. III.

<sup>118)</sup> A. S. 52, 744.

<sup>119)</sup> Darüber ein Artikel „Rechtliches zur Preiskontrolle“, Neue Zürcher Zeitung Nr. 1803 vom 20. Oktober 1936.

vorgesehenen straf-, verwaltungs- und zivilrechtlichen Sanktionen genügen; oder kann der Tatbestand von Art. 3 lit. a auch erfüllt sein, obgleich die Preisvorschriften innegehalten sind? Für diese Fragen sei auf die Kasuistik zu den Kriegsverordnungen verwiesen<sup>120)</sup>.

Der Zweck der Abwertung war es, vor allem dem Export und der Fremdenindustrie aufzuhelfen. Die Preisvorschriften mussten deshalb nicht nur den Binnenhandel treffen, auf den sie in erster Linie zugeschnitten scheinen, sondern ebensogut den Aussenhandel. Auch die Erhöhung der Exportpreise ist verboten. Das ergibt sich aus der Formulierung von Abs. III des Art. 1 der Verfügung I<sup>121)</sup>: „In Ausführung des in Art. 1, Abs. I festgelegten Grundsatzes wird das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement für die Preise von Exportwaren besondere Vorschriften erlassen“<sup>122)</sup>. Folglich gilt die Konsequenz der Nichtigkeit auch hier für Geschäfte, die die behandelten Verbote von Geschäften, die zur Preissteigerung geeignet sind, missachten. Das unterscheidet die nach der Abwertung getroffene Regelung von derjenigen in der Kriegswucherverordnung<sup>123)</sup>, die vom Bundesgericht nur auf Binnengeschäfte angewendet wurde<sup>124)</sup>.

6. Gemäss Art. 4 des BRB betreffend die Verbilligung des Mehl- und Brotpreises vom 14. Dezember 1936<sup>125)</sup> besteht ein Verbot, „Vollmehl zu Futterzwecken zu verarbeiten, zu veräussern, zu vermitteln oder zu verwenden.“ Soweit das Verarbeiten und Verwenden des Mehles in Frage steht, gehört der Tatbestand in den Zu-

<sup>120)</sup> BGE 43 I 130, 44 I 204, 216, 45 II 280, 46 I 169.

<sup>121)</sup> A. S. 52, 744.

<sup>122)</sup> Besondere Vorschriften für Exportwaren sind nur hinsichtlich der Uhren in der A. S. publiziert worden, indem eine Preiserhöhung vorgeschrieben worden ist, A. S. 52, 790, 792; für Käse ist die Ausfuhr von einer Bewilligung abhängig gemacht worden, A. S. 52, 834, 836.

<sup>123)</sup> A. S. 30, 376.

<sup>124)</sup> BGE 43 II 788, 46 II 169.

<sup>125)</sup> A. S. 52, 1004.

sammenhang von § 15. Dagegen fragt es sich, ob Veräusserungsgeschäfte und ihnen dienende Vermittlungsgeschäfte nichtig sind. Nach der herrschenden Meinung muss dahin argumentiert werden, dass der Bund mit grossen finanziellen Opfern den Preis des Vollmehls tief hielt<sup>126)</sup> und es verwerflich und volkswirtschaftlich schädlich ist, Vollmehl zu Futterzwecken zu missbrauchen. Durch Art. 5 III des gleichen Erlasses ist es den Bäckern verboten, gewerbsmässig Vollmehl zusammen mit hellern Mehlen zu verbacken. Der Vertrag, insbesondere der Verkauf, über verbotswidrig hergestelltes Brot wäre nach der herrschenden Meinung nicht nichtig, da sich das Verbot nur an den Bäcker richtet. Richtigerweise muss in allen diesen Fällen festgestellt werden, dass schlechthin der Missbrauch von Vollmehl verboten ist; deshalb ist hier der Inhalt bestimmter Verträge missbilligt und sind diese folglich nichtig.

### **C. Relative Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts.**

#### a) Preisvorschriften.

##### *α) Tatbestände.*

Zahlreiche Erlasse sehen für den Kaufvertrag Preisvorschriften vor. Es handelt sich dabei sowohl um Höchst- wie um Tiefstpreise, wobei es vom zivilistischen Standpunkt aus keinen Unterschied bedeutet, ob sie in einem Erlass konkret angegeben sind, oder ob eine Behörde, gestützt auf eine generelle Ermächtigung, solche Vorschriften erlässt. Besonders im Anschluss an die Abwertung sind zahlreiche Preisvorschriften ergangen, die allerdings seither zum Teil wieder aufgehoben worden sind<sup>127)</sup>.

<sup>126)</sup> A. S. 52, 1004; 53, 64, 793, 898, 900, 1134; 54, 75.

<sup>127)</sup> Durch BG über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern vom 1. April 1938, Art. 8, erhält der Bundesrat Kompetenz zur Aufstellung von Preisvorschriften im Falle unmittelbarer Kriegsgefahr. Auch in normalen Zeiten

Um eine Übersicht zu erhalten, werden die Preisvorschriften eingeteilt in solche, die sich auf den grundlegenden BB betreffend die Überwachung von Warenpreisen vom 20. Juni 1936 (lit.  $\alpha\alpha$ ), solche, die sich auf den Abwertungsbeschluss stützen (lit.  $\beta\beta$ ) und die übrigen, d. h. solche, die mit keinem dieser Erlasse direkt zusammenhängen (lit.  $\gamma\gamma$ ).

*$\alpha\alpha$ ) Preisvorschriften auf Grund des BB betreffend die Überwachung von Warenpreisen vom 20. Juni 1936.<sup>128)</sup>*

Durch diesen Bundesbeschluss sind grundsätzlich die Preise aller Waren, deren Preisbildung infolge bundesrechtlicher Vorkehren über Produktion, Einfuhr, Ausfuhr oder Inlandabsatz von Waren auf Grund des BB über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland vom 14. Oktober 1933<sup>129)</sup> und infolge sonstiger Schutz- oder Hilfsmassnahmen nicht frei ist, der staatlichen Überwachung unterstellt worden. Das gleiche kann bei Waren geschehen, bei denen die Preisbildung durch verbandsmässige Zusammenschlüsse und Kartellabreden gebunden ist; solche Abreden mussten der Eidg. Preiskontrollstelle angemeldet werden<sup>130)</sup>. Zur Durchführung der Überwachung ist dem Bundesrat die Kompetenz gegeben worden, Preisvorschriften aufzustellen und geeignete Massnahmen zu ihrer Durchführung zu ergreifen. Das ist zunächst geschehen in einer VO betreffend die Überwachung von Warenpreisen vom 29. Juni 1936<sup>131)</sup>. Vom zivilistischen Standpunkt aus ist wichtig, dass der Bundesbeschluss noch keinerlei Beschränkung des Inhalts der Verträge enthält, sondern es wird erst dem Bundesrat die Kompetenz

kennt die Rechtsordnung Preisvorschriften, z. B. Tarife von Anwälten, Ärzten, Dienstmännern, Eisenbahnunternehmungen.

<sup>128)</sup> A. S. 52, 504, verlängert bis Ende 1939 durch A. S. 53, 1040.

<sup>129)</sup> A. S. 49, 811, verlängert bis Ende 1939 A. S. 51, 792; 53, 1038.

<sup>130)</sup> A. S. 52, 642.

<sup>131)</sup> A. S. 52, 509.

gegeben, solche Beschränkungen — die einzelnen Preisvorschriften — aufzustellen. Das ist denn auch in einer allerdings nicht grossen Reihe von Erlassen des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements, auf das die Kompetenz dazu delegiert worden war<sup>131a)</sup>, geschehen<sup>132)</sup>. Die praktische Bedeutung des Bundesbeschlusses vom 20. Juni 1936 ist durch die Abwertung und die in ihrem Gefolge getroffenen Preisvorschriften beschränkt worden.

Gestützt auf den zitierten Bundesbeschluss wurden Preisvorschriften erlassen für Automobilluftreifen und -schläuche<sup>133)</sup>, Schachtelkäse<sup>134)</sup>, Radioapparate<sup>135)</sup>, Zündhölzer<sup>136)</sup>.

*ββ) Preisvorschriften auf Grund des BRB über ausserordentliche Massnahmen betreffend die Kosten der Lebenshaltung vom 27. September 1936<sup>137)</sup>.*

Um eine im Anschluss an die Abwertung<sup>138)</sup> zu erwartende Teuerung zu verhindern<sup>139)</sup>, wurde das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement durch den in der Überschrift genannten Erlass generell ermächtigt, Preisvorschriften über die Warenpreise, über die Tarife der Hotels, Pensionen, privaten Lehr-, Heil- und Kuranstalten<sup>140)</sup> Tarife

<sup>131a)</sup> Art. 2 BB vom 20. Juni 1936, Art. 3 VO vom 29. Juni 1936, A. S. 52, 504, 509.

<sup>132)</sup> Zur Beratung des Volkswirtschaftsdepartements und der Preiskontrollstelle ist eine Preiskontrollkommission eingesetzt worden, A. S. 53, 87, vgl. 54, 129.

<sup>133)</sup> Verfügung Nr. 1, A. S. 52, 536, aufgehoben durch Vfg. Nr. 4, A. S. 52, 673.

<sup>134)</sup> Vfg. Nr. 2, A. S. 52, 570, aufgehoben durch Vfg. Nr. 5, A. S. 52, 674.

<sup>135)</sup> Vfg. Nr. 6/7, A. S. 53, 650, 705.

<sup>136)</sup> Vfg. Nr. 8/9, A. S. 53, 812, 847.

<sup>137)</sup> A. S. 52, 742.

<sup>138)</sup> BRB betreffend Währungsmassnahmen vom 27. September 1936, A. S. 52, 741.

<sup>139)</sup> Über die grundsätzliche Bedeutung dieser Fragen Schorer, Die Abwertung, Jena 1938, S. 202 f.

<sup>140)</sup> A. S. 52, 831.

für Gas und Elektrizität, Honorare, über Miet- und Pachtzinse zu erlassen. Durch die Verfügung I des Eidg. Volkswirtschaftsdepartementes betreffend ausserordentliche Massnahmen über die Kosten der Lebenshaltung vom 27. September 1936<sup>141)</sup> sind solche Preisvorschriften im einzelnen erlassen worden: die Gross- und Detailpreise jeder Art von Waren, die oben genannten Tarife, die Miet- und Pachtzinse dürfen ohne behördliche Genehmigung nicht erhöht werden<sup>142)</sup>. Der Ausführung dieser generellen Vorschrift dienen eine Reihe von weiteren Verfügungen, für deren Inhalt auf ihren Wortlaut verwiesen sei<sup>143)</sup>.

Im Zusammenhang mit dem BRB vom 27. September 1936<sup>144)</sup> stehen ferner der BRB und die Verfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements über die Preisgestaltung von Futter- und Streuemitteln vom 13. Oktober 1936<sup>145)</sup>, bzw. 12. November 1936<sup>146)</sup>, die den Importeuren von Futter- und Streuemitteln, die die Preise nicht erhöhten, die Vergütung gewisser Beträge in Aussicht stellten. Die Vergütung<sup>147)</sup> wurde aufgehoben durch Art. 2 des BRB über die Erhebung von Preiszuschlägen auf Futtermitteln vom 29. Dezember 1936<sup>148)</sup>; statt dessen wird jetzt von den Importeuren ein Preiszuschlag erhoben<sup>149)</sup>. Ausgleichsbeiträge wurden ebenfalls ausbezahlt an Handels-, Hafer- und Rollgerstenmühlen sowie an

---

<sup>141)</sup> A. S. 52, 744, ergänzt durch Vfg. VIII (A. S. 52, 832), abgeändert durch Vfg. XII (A. S. 53, 805), diese durch Vfg. XIII (A. S. 53, 1132).

<sup>142)</sup> Vfg. I vom 27. September 1936, Art. 1 I.

<sup>143)</sup> Vfg. II bis XI, A. S. 52, 752, 755, 764, 790, 792, 806, 811, 832, 852, 872; 53, 143.

<sup>144)</sup> A. S. 52, 742.

<sup>145)</sup> A. S. 52, 775.

<sup>146)</sup> A. S. 52, 838.

<sup>147)</sup> Die ein indirektes, auf Verhütung von Preiserhöhungen zielendes Zwangsmittel darstellt.

<sup>148)</sup> A. S. 52, 1058.

<sup>149)</sup> Vgl. ferner A. S. 53, 171, 651, 811, 1126; 54, 48, 130, 293.

Teigwarenfabriken<sup>150)</sup>, ferner an Handlungsmühlen<sup>151)</sup>, sofern sie die behördlich genehmigten Preise einhielten und das Vollmehl vorschriftsgemäss herstellten. Durch den grundlegenden BRB betreffend die Verbilligung des Mehl- und Brotpreises vom 14. Dezember 1936<sup>152)</sup> wurden für Mehl (Art. 2) und Vollbrot (Art. 6) spezielle Höchstpreise festgesetzt, die nachträglich einmal erhöht und einmal erniedrigt wurden<sup>153)</sup>.

Durch die Verfügung XII vom 20. September 1937<sup>154)</sup> wurde die Tragweite des Art. 1 der Verfügung I<sup>155)</sup> erstmals eingeschränkt. Die Verfügung XIII vom 22. Dezember 1937<sup>156)</sup> schränkte den Umfang der Preisvorschriften nochmals ein, indem Art. 1 der Verfügung I und der durch die Verfügung XII eingefügte Artikel 1 bis folgendermassen formuliert wurden:

Art. 1. Vorbehalten die nachstehenden Ausnahmen und Bestimmungen wird die Festsetzung der Grosshandels- und Detailpreise und der Tarife für Honorare freigegeben.

Der behördlichen Genehmigung bedürfen weiterhin die Erhöhungen der Tarife der Hotels, der Tarife für Gas und Elektrizität sowie der Miet- und Pachtzinse.

Die bisherigen Preisregelungen für Fichten- und Tannennutzholz, Leder und Häute, Altwaren und Neuabfälle können von den vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement bezeichneten Organen fortgeführt werden.

Art. 1 bis. Die Preise jeder Art von Waren und die Tarife für Honorare unterliegen weiterhin der staatlichen Überwachung.

---

<sup>150)</sup> A. S. 52, 852; 53, 839.

<sup>151)</sup> A. S. 53, 898, 900 Art. 2 II, 1134 Art. 3; 54, 75 Art. 4.

<sup>152)</sup> A. S. 52, 1004.

<sup>153)</sup> A. S. 53, 64, 793.

<sup>154)</sup> A. S. 53, 805, in Kraft getreten am 27. September 1937.

<sup>155)</sup> A. S. 52, 744.

<sup>156)</sup> A. S. 53, 1132.

Das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement oder die von ihm bezeichneten Organe behalten sich vor, Waren und Tarife für Honorare, deren Preise oder Ansätze unangemessen sind, durch besondere Weisungen erneut dem Genehmigungsverfahren zu unterstellen und im Preise oder Ansatz zu senken.

Die Anordnung der im wiedergegebenen Artikel 1 bis Abs. I vorgesehenen staatlichen Preisüberwachung ist eine Ermächtigungsvorschrift ohne direkte zivilistische Bedeutung; es gilt das hinsichtlich des BRB vom 26. Juni 1936 Gesagte. Neu ist der Vorbehalt, dass gemäss Abs. II durch besondere Weisungen Preise und Tarifansätze gesenkt werden können. Auf den ersten Blick möchte es scheinen, dass hier durch eine nachträgliche Preisfestsetzung in ein schon bestehendes Rechtsgeschäft eingegriffen werden könne. Das wäre eine Rückwirkung von Preisvorschriften, die kaum beabsichtigt worden ist. Sondern mir scheint, es wollte hier die Drohung geäussert werden, dass bei einer durch die wirtschaftliche Lage nicht gerechtfertigten Preis- oder Honorarerhöhung erneut Preisvorschriften erlassen würden, deren Ansätze tiefer stünden als diejenigen, die dazu Anlass gaben. Im übrigen gelten immer noch die strengen Vorschriften von Art. 3 der Verfügung I vom 27. September 1936<sup>157)</sup>.

Es ist hier nicht am Platz, diese Vorschriften in allen Einzelheiten zu besprechen; obwohl sie heute grösstenteils nurmehr retrospektiv von Bedeutung sind, ist es von Interesse, im Sinne unserer Fragestellung ihre Tragweite als Beschränkungen der rechtsgeschäftlichen Freiheit hervorzuheben. Die zitierten Erlasse haben während der Zeit ihrer unbeschränkten Gültigkeit für alle Arten von Verträgen, die unter die Preisvorschriften fallen, insbesondere alle Kaufverträge, eine Schranke für die Gestaltung des Inhalts aufgerichtet, indem für die

---

<sup>157)</sup> A. S. 52, 744, ausgenommen Art. 3 lit. d; A. S. 53, 1132, Art. 2.

eine, in Geld bestehende vertragliche Leistung eine Maximalgrenze festgesetzt worden ist, die bisherige Höhe der Leistung. Diese Maximalgrenze darf nur überschritten werden, wenn eine behördliche Bewilligung vorliegt. Wird sie ohne behördliche Bewilligung überschritten, so ist der Vertrag rechtswidrig im Sinne von OR Art. 20; die Rechtswidrigkeit wird dagegen ausgeschlossen, wenn die Bewilligung erteilt worden ist.

Es sei noch hervorgehoben, dass die Verfügung I vom 27. September 1936 in Art. 3 das Verbot einer Anzahl von Geschäften enthält, die indirekt der Preissteigerung dienen können; es handelt sich hier nicht um eine relative Beschränkung der Freiheit in der Wahl des Inhalts des Rechtsgeschäfts, sondern um eine absolute, die vorne unter lit. B zu behandeln war.

*γγ) Übrige Preisvorschriften.*

Schon vor der Einführung einer allgemeinen Preisüberwachung (oben lit. αα) sind auf einigen Gebieten Preisvorschriften erlassen worden, und zwar nicht nur gegen oben, wie die bis jetzt behandelten, die vor allem dem Schutz der Konsumenten dienen<sup>158)</sup><sup>159)</sup>, sondern auch gegen unten.

<sup>158)</sup> Die Erlasse im Anschluss an die Abwertung scheinen zwar auch dahin aufgefasst worden zu sein, dass Minimalpreise festzusetzen seien, um dem Postulat gewerblicher und kleinhandlenderischer Kreise nach dem sogenannten gerechten Preis entgegenzukommen (Henggeler, Die zivilrechtlichen Folgen . . . S. 190a). Ohne dass zu diesem Postulat grundsätzlich Stellung genommen wird, ist doch zu sagen, dass Erlasse, die die Vermeidung der Erhöhung der Lebenskosten bezwecken, nicht gerade das geeignete Mittel sind, um Tiefstpreise vorzuschreiben. Eher schon wäre der BB vom 20. Juni 1936 heranzuziehen, der Preisvorschriften auch gegen unten zulässt (Art. 1 IV), vgl. die Ingressse der zahlreichen Erlasse über die Sanierung der Verkaufspreise in der Uhrenindustrie, die regelmässig auf Art. 1 Ziff. 1 und Art. 2/3 der VO betr. die Überwachung von Warenpreisen vom 29. Juni 1936 Bezug nehmen.

<sup>159)</sup> Art. 1 IV des BB vom 20. Juni 1936, Art. 2 VO vom 29. Juni 1936, Art. 1 I BRB vom 27. September 1936 (A. S. 52, 742).

Keine Preisvorschriften, sondern nur die Einräumung der Kompetenz zu Untersuchungen über die Preisgestaltung bei Mehl und Brot, und zwar im Interesse des Konsumenten, enthält das Getreidegesetz<sup>160</sup>). Auch sind dort Massnahmen vorgesehen, um durch indirekten Zwang eine Herabsetzung der Preise zu erzielen, so durch Einfuhr von Backmehl auf eigene Rechnung der Bäcker oder Herabsetzung des Ausgleichzollzuschlags auf ausländisches Backmehl<sup>161</sup>). Gemäss Art. 4 des BRB über die Verwendung von Kernobstalkohol als Motortreibstoff vom 30. Mai 1936<sup>162</sup>) ist vorgesehen, dass der Bundesrat die Höhe der Benzinverkaufspreise prüfen werde; eine Kompetenz zum Erlass von Preisvorschriften liegt darin nicht.

1. Zahlreich sind die Vorschriften, die eine Sanierung der Verkaufspreise in der Uhrenindustrie bezwecken, indem ein Verbot des Verkaufs der Produkte dieser Industrie unter den behördlich vorgeschriebenen Preisen oder zu günstigeren als den behördlich genehmigten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen aufgestellt wird<sup>163</sup>). Dass es sich hier um die Allgemeinverbindlicherklärung von durch Verbandsbeschlüsse festgesetzten Preisvorschriften handelt, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle; vom Aussenseiter des betreffenden Verbandes aus gesehen sind es einfach behördliche Preisvorschriften<sup>164</sup>). Mit Geneh-

<sup>160</sup>) A. S. 49, 439, Art. 25 f.

<sup>161</sup>) Art. 27 II. Die Einfuhr von Backmehl ist normalerweise ein Monopol des Bundes, Art. 22 I.

<sup>162</sup>) A. S. 52, 428. Dieser BRB ist bis heute noch nicht vollzogen worden.

<sup>163</sup>) Vgl. BRB zur Ergänzung des BRB vom 30. Dezember 1935 zum Schutze der schweiz. Uhrenindustrie, vom 13. März 1936 (A. S. 52, 143), ersetzt durch den bis Ende 1939 geltenden BRB zum Schutze der schweiz. Uhrenindustrie vom 29. Dezember 1937 (A. S. 53, 1115, Art. 5 f.), ferner die Erlasse 52, 169, 614, 615, 790, 792; 53, 138, 146, 348, 553, 674, 745, 841, 970; 54, 23, 167, 238, 277. In den Vfg. A. S. 52, 615; 53, 138; 54, 23 werden eingehende Vorschriften für die Berechnung des Selbstkostenpreises aufgestellt.

<sup>164</sup>) Hinten S. 646a.

migung des Volkswirtschaftsdepartements kann von den Preisvorschriften abgewichen werden<sup>165)</sup>.

Kleinindustrielle, die von der zu diesem Zweck errichteten Treuhandstelle finanzielle Hilfe entgegennehmen wollen, müssen sich verpflichten, jede Art von Geschäftsführung, die gegen die allgemeinen Interessen der Uhrenindustrie verstösst, zu unterlassen<sup>166)</sup>; das betrifft wohl vor allem die Preisgestaltung; es wird also ein indirekter Zwang auf Einhaltung der Minimalpreise ausgeübt.

2. Im Rahmen der Regulierung des Milchhandels kann das Volkswirtschaftsdepartement übertriebene Handelsspesen herabsetzen, und bei Unterbietungen, die gegen die allgemeinen Interessen verstossen, kann es dem daran beteiligten Milchhandel Abgaben auferlegen<sup>167)</sup>. Auch hier liegt ein zum mindesten indirekter Zwang zur Einhaltung von Mindestpreisen vor.

3. Eine Einfuhrbewilligung für Speisekartoffeln wird nur erteilt, wenn der Importeur inländische Speisekartoffeln zu behördlich festgesetzten Richtpreisen ankauft<sup>168)</sup>. Es wird also ein — wenn auch bloss indirekter — Zwang ausgeübt.

4. Überhaupt ist im Tatbestand des — direkten und indirekten — Kontrahierungszwangs häufig primär oder sekundär<sup>169)</sup> eine Preisvorschrift enthalten. Das Nötige darüber ist bereits in § 4 gesagt worden<sup>170)</sup>.

### *β) Sanktionen.*

#### *αα) Strafrechtliche.*

Es sind jeweils in erster Linie Bussen vorgesehen. Eine zusätzliche Massnahme ist die Veröffentlichung der

<sup>165)</sup> A. S. 53, 1115, Art. 9.

<sup>166)</sup> A. S. 48, 830, Art. 3 lit. d.

<sup>167)</sup> A. S. 53, 544, Art. 14; dazu BBl 1938 I 144 f., 1937 I 326.

<sup>168)</sup> A. S. 50, 560; 51, 539; 53, 758.

<sup>169)</sup> Das heisst, indem Preise zum vornherein oder bei mangelnder Einigung der Parteien behördlich festgesetzt werden.

<sup>170)</sup> Vorne S. 512a f., 523a.

Namen von Personen, die den Preisvorschriften zuwiderhandeln<sup>171)</sup>. Gelegentlich sind die strafrechtlichen Sanktionen verbunden mit verwaltungsrechtlichen<sup>172)</sup>.

*ββ) Verwaltungsrechtliche.*

Zu nennen sind:

1. Beschlagnahme von Waren<sup>173)</sup>,
2. Abänderung oder Aufhebung von (begünstigenden) Massnahmen<sup>174)</sup>,

<sup>171)</sup> Verfügung III vom 1. Oktober 1936, A. S. 52, 755.

<sup>172)</sup> Die Höchstpreisvorschriften richten sich nur an die eine Partei, den Verkäufer. Demgegenüber gab es zur Kriegszeit Höchstpreisvorschriften, die sich an Käufer und Verkäufer richteten und beide mit Strafe bedrohten, Huber SJZ 15 S. 256.

Vgl. aus der Kriegszeit im übrigen BGE 44 I 206, 216; ferner Hafter und Boven, Sozialwucher, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1920.

<sup>173)</sup> A. S. 52, 811.

<sup>174)</sup> A. S. 52, 509, Art. 8; 52, 744, Art. 11. Über die Bedeutung dieser Vorschrift entnehme ich einer von der Eidg. Preiskontrollstelle freundlichweise erteilten Auskunft: „Unter den in den zitierten Artikeln erwähnten ‚Massnahmen‘, bzw. ‚Schutz- oder Hilfsmassnahmen‘ sind alle staatlichen Massnahmen zu verstehen, die irgendeinen Eingriff in die freie Preisbildung bewirken. Insbesondere ist dabei zu denken an die auf den Bundesbeschluss betreffend wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland vom 14. Oktober 1933 basierenden Eingriffe: zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, zum Schutze der nationalen Produktion (Kontingentierung der Einfuhr, Verpflichtung zur Übernahme von Inlandware beim Import von kontingentierten Artikeln etc.), zur Förderung des Exportes (Produktive Arbeitslosenfürsorge, Exportzuschüsse, Übernahme des Exportrisikos etc.). Die Abänderung oder Aufhebung dieser Schutz- oder Hilfsmassnahmen soll neben den Bussen-Sanktionen mithelfen, Missbräuche zu verhindern und unerwünschte Nebenerscheinungen auszuschalten. Dabei kommen, wie aus obiger Aufzählung hervorgeht, vor allem Reduktion, Sperre oder Entzug von Kontingenten in Betracht, was in Ziffer c von Art. 1 der Verfügung I erwähnt ist, dann aber auch der Entzug der Vergünstigung zur Ablieferung von Inlandware, die von den Kontingentsinhabern zu übernehmen wäre, oder Entzug von Privilegien, die bei Durchführung von Preisvorschriften mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse eventuell eingeräumt worden sind.“

3. Entzug von Kontingentsansprüchen<sup>175)</sup> und Ausfuhrbewilligungen<sup>176)</sup>,
4. Auferlegung von Untersuchungskosten<sup>177)</sup>,
5. Abänderung, Aufhebung oder Verbindlicherklärung von privaten Abreden oder Verträgen über Preise und preisbestimmende Faktoren<sup>178)</sup>.

Hier ist übrigens darauf hinzuweisen, dass gelegentlich ein indirekter Zwang ausgeübt wird, die Preise niedrig zu halten, ohne dass eine ausdrückliche Preisvorschrift besteht und folglich eine Preiserhöhung eine Rechtswidrigkeit darstellen würde. So wurden, wie bereits angedeutet, den Importeuren von Futter- und Streuemitteln Vergütungen in Aussicht gestellt, wenn sie die Preise nicht erhöhten<sup>179)</sup>. Durch verschiedene Erlasse wird den Handlungsmühlen eine Vergütung, der sog. Mahllohnausgleich, zuerkannt, sofern sie die von den regionalen Müllerverbänden beschlossenen und von der Eidg. Getreideverwaltung genehmigten Preise und Lieferungsbedingungen einhalten und das behördlich vorgeschriebene Vollmehl<sup>180)</sup> vorschriftsgemäss liefern<sup>181)</sup>. Hier wird also der indirekte Zwang nicht nur eingesetzt, um die Einhaltung der Preisvorschriften zu erreichen, sondern auch um eine vorschriftsgemässe Herstellung von Mehl zu fördern.

#### *γγ) Zivilrechtliche.*

Die zivilrechtlichen Sanktionen sind leider, mit einer einzigen Ausnahme, in den Erlassen nicht vorgesehen, so dass die Grundsätze über die zivilrechtlichen Folgen der Übertretung von Preisvorschriften durch Doktrin und Praxis zu entwickeln sind<sup>182)</sup>.

<sup>175)</sup> A. S. 52, 509, Art. 8.

<sup>176)</sup> A. S. 53, 1115, Art. 5.

<sup>177)</sup> A. S. 52, 509, Art. 8; 52, 744, Art. 11.

<sup>178)</sup> A. S. 52, 509, Art. 8; 52, 744, Art. 11. Hinten S. 649a N.65.

<sup>179)</sup> A. S. 52, 775, 838 (aufgehoben durch 52, 1058, Art. 2).

<sup>180)</sup> A. S. 52, 1004.

<sup>181)</sup> A. S. 53, 898, 900, Art. 2 II, 1134, Art. 3; 54, 75, Art. 4.

<sup>182)</sup> Demgegenüber sahen zur Kriegszeit zahlreiche Erlasse

1. Höchstpreise. Die zivilrechtlichen Sanktionen sind zunächst zu untersuchen für die unter lit. *a*), *aa*) und *ββ*) aufgezählten Höchstpreisvorschriften. Die herrschende Meinung geht von der Frage aus, ob der Vertrag, der gegen ein in der Preisvorschrift liegendes Verbot verstösst, nichtig sei im Sinne von OR Art. 20<sup>183</sup>). Das wird verneint, weil, wie vorne allgemein erörtert, sich aus der Natur eines Verbotsgesetzes allein noch nicht die zivilrechtliche Nichtigkeit ergebe<sup>184</sup>). Das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Versorgung des Landes spreche für eine Teilnichtigkeit, indem der Vertrag nur für die den zulässigen Höchstpreis übersteigende Preisquote nichtig sei<sup>185</sup>). Auf diesem Boden steht auch das Bundesgericht in Anwendung von Preisvorschriften aus der Kriegszeit<sup>186</sup>). Zur Stützung dieser Auffassung wird u. a. auf die Praxis des Bundesgerichtes zu alt OR Art. 628 (rev. OR Art. 659) verwiesen<sup>187</sup>), das die Nichtigkeitserklärung des Erwerbs eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft ablehnt<sup>188</sup>).

---

die zivilrechtlichen Sanktionen mehr oder weniger bestimmt vor, Huber, SJZ 15 S. 254.

<sup>183</sup>) Verschiedene Erlasse der Kriegszeit sahen die Nichtigkeit ausdrücklich vor, Huber SJZ 15 S. 255 N. 3.

<sup>184</sup>) Henggeler, Die Abwertung des Schweizerfrankens und ihr Einfluss auf die zivilrechtlichen Verhältnisse, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1937, S. 191a; Huber, Gegen die Höchstpreisvorschriften verstossende Verträge, SJZ 15 S. 25 f., 253 f.; Tuhr, OR S. 221 N. 35. A. M. ein Einsender in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 1803 vom 20. Oktober 1936.

<sup>185</sup>) Huber, SJZ 15 S. 26, 272 f.; Tuhr, S. 221 N. 35; Henggeler, S. 192a. Ferner die Eidg. Preiskontrollstelle in einer Bekanntmachung, Neue Zürcher Zeitung a. a. O. Diese Bekanntmachung hat nicht gesetzgeberische Bedeutung, sondern ist eine Meinungsäusserung.

<sup>186</sup>) BGE 47 II 464.

<sup>187</sup>) Henggeler S. 191a.

<sup>188</sup>) BGE 43 II 295, 60 II 315.

Die deutschen Literatur und Judikatur, die sich im Anschluss an die zahlreichen Höchstpreisvorschriften<sup>189)</sup> der Kriegs- und Nachkriegszeit vielfach mit diesen Fragen zu befassen hatten, sind durchwegs der gleichen Auffassung wie die schweizerischen<sup>190)</sup>.

Es ist jetzt, zunächst für den Kaufvertrag, zu prüfen, ob die von der herrschenden Meinung befürwortete, auf OR Art. 20 II gestützte Teilnichtigkeit mit der Folge der Herabsetzung der Preise sich dogmatisch rechtfertigen lasse; es wird sich zeigen, dass das nicht der Fall ist.

Gemäss OR Art. 20 II gilt soviel: Ist bei einem aus mehreren Teilen zusammengesetzten Vertrag nur ein Teil nichtig, so bleiben die übrigen Teile des Vertrags gültig, sofern nicht anzunehmen ist, die Parteien hätten den Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen. Ist das wirklich der gleiche Tatbestand wie der hier zur Diskussion stehende? Teilnichtigkeit im Sinne von OR Art. 20 ist vor allem gegeben, wenn eine Nebenklausel des Vertrags ungültig ist, z. B. ein Konkurrenzverbot<sup>191)</sup> oder eine Verfallklausel beim Pfandvertrag<sup>192)</sup>, allenfalls noch, wenn beim Verkauf einer grössern Anzahl von

---

<sup>189)</sup> Verzeichnis bei Stier-Somló und Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 1928, V S. 964.

<sup>190)</sup> Enneccerus-Nipperdey I § 177 I, 179 I und dort zitierte Praxis; Hedemann, Schuldrecht 1921, S. 52; Oertmann § 134 N. 3cγ; Warneyer § 134 N. III; Staudinger-Riezler § 134 N. 21 und dort zitierte Praxis. Die Begründung dieses Autors weicht von derjenigen der herrschenden Meinung ab. Es sei nicht anzunehmen, der Vertrag bestehe aus zwei Teilen, einem gültigen und einem nichtigen, weil der entsprechende Parteiwille nachgewiesen werden müsste; sondern der Preis sei durch den Richter analog zu BGB § 655 (= OR Art. 417) auf das erlaubte Mass herabzusetzen. Es ist zu beachten, dass die Übervorteilung nach BGB § 138 II Nichtigkeit bewirkt, also die gleiche Wirkung hat wie ein widerrechtliches oder unsittliches Geschäft, BGB § 134, § 138 I.

<sup>191)</sup> Oser-Schönenberger Art. 20 N. 63.

<sup>192)</sup> Tuhr, OR S. 202.

Gegenständen die Lieferung eines Teils unmöglich ist<sup>193</sup>). Bei der Überschreitung eines Höchstpreises handelt es sich dagegen darum, ob das Essentiale eines Kaufs, Werkvertrags, Mandats usw., nämlich die Geldleistung, verbotswidrigerweise festgesetzt worden ist. Figürlich gesprochen, bezieht sich die richtigerweise auf OR Art. 20 II gestützte Teilnichtigkeit auf horizontal geordnete (koordinierte) Teile, die sog. Teilnichtigkeit hinsichtlich eines Überpreises dagegen auf vertikal geschichtete Teile des Vertragsinhalts.

Die Bestimmung von OR Art. 20 II ist logisch das Gegenstück zu derjenigen von OR Art. 2: wenn im Gesetz vorgesehen ist, dass ein Vertrag zustande kommt, obwohl über einzelne Teile noch keine Einigung eingetreten ist, so muss auch vorgesehen sein, dass ein Vertrag aufrecht bleibt, wenn nachträglich einzelne Teile wegfallen<sup>194</sup>). Die Teile eines Vertrags, die nach OR Art. 2 das Entstehen eines Vertrags nicht zu hindern vermögen, können nur Nebenpunkte sein; auf Grund der obigen Ausführungen muss das gleiche für diejenigen Teile des Vertrags zutreffen, deren Wegfallen gemäss OR Art. 20 II den Bestand des Vertrags nicht beeinträchtigt. Ob aber ein Preis im Rahmen einer Höchstpreisbestimmung bleibt,

---

<sup>193</sup>) BGE 36 II 201.

<sup>194</sup>) Dieses Korrespondieren der beiden Normen bezieht sich zunächst auf ihr objektives Moment. Auf den ersten Blick scheint das subjektive Moment nicht zu korrespondieren: in OR Art. 2 ist eine Vermutung aufgestellt, dass die Parteien trotz fehlender Einigung über die Nebenpunkte gebunden sein wollen; in Art. 20 II ist die Schlussfolgerung des Gesetzes (in negativer Formulierung) an die Annahme eines hypothetischen Parteiwillens (Tuhr, OR S. 201) geknüpft (dass die Parteien den Vertrag ohne den ungültigen Teil nicht geschlossen hätten). Zwischen einem vermuteten und einem hypothetischen Willen besteht praktisch jedoch vielfach kein Unterschied. Das ist im Lichte der obigen Ausführungen kein Zufall. Vgl. auch Fick Art. 20 N. 7 und Oser-Schönenberger Art. 20 N. 62, die davon sprechen, dass auf die Aufrechterhaltung des Vertrags nach Art. 20 II „als Regel“ zu schliessen sei.

ist gewiss kein Nebenpunkt<sup>195)</sup>, da es sich hier ja um ein ausserordentlich wichtiges Moment handelt<sup>196)</sup>. Aus dogmatischen Gründen lehne ich deshalb die Anwendbarkeit von OR Art. 20 II auf den Tatbestand der Überschreitung einer Höchstpreisvorschrift ab. Die Anwendung von OR Art. 20 II setzte übrigens eine Untersuchung darüber voraus, ob die Parteien den Vertrag auch zum erlaubten Preis abgeschlossen hätten<sup>197)</sup>, was gelegentlich übersehen wird<sup>198)</sup>. Es wäre m. E. ein Vorteil, wenn die Prüfung dieser Hypothese wegen der ihr naturgemäss innewohnenden Unsicherheit vermieden werden könnte. Aber selbst wenn man grundsätzlich OR Art. 20 II an und für sich für anwendbar betrachten würde, so wäre die Anwendung dann ausgeschlossen, wenn der zur Diskussion stehende Tatbestand durch eine Norm geordnet würde, die im Verhältnis zu Art. 20 II eine *lex specialis* wäre<sup>199)</sup>. Ob das der Fall ist, ist nun zu prüfen.

Aus der angestellten Betrachtung ergibt sich, dass in Wirklichkeit nicht das Problem der Teilnichtigkeit in Frage steht, sondern ein spezielleres und seinem Wesen nach verschiedenes: die Herabsetzung einer Geldleistung. Diese ist in zwei Fällen ausnahmsweise vom OR vorgesehen, in Art. 163 III bei der Konventionalstrafe und in Art. 417 beim Mäklerlohn<sup>200)</sup>; eine zunächst fragliche analoge Anwendung auf den Tatbestand der Preisüberschreitung ist aber nicht begründet<sup>201)</sup>, sondern mass-

---

<sup>195)</sup> Vgl. auch Oser-Schönenberger Art. 2 N. 4, 9, 14.

<sup>196)</sup> Dass gemäss OR Art. 212 ein Kaufvertrag entstehen kann, ohne dass ein Preis vereinbart ist, beweist nicht das Gegenteil, denn hier handelt es sich um marktgängige Ware. Art. 212 ist eine Auslegungsregel.

<sup>197)</sup> Staudinger-Riezler § 134 N. 21.

<sup>198)</sup> Eine eigene Lösung postuliert Huber SJZ 15 S. 258, 272 f.

<sup>199)</sup> BGE 43 II 806, 51 II 169, 53 II 319, 56 II 194.

<sup>200)</sup> Für den Werklohn ist in Art. 373 II eine Erhöhung in Aussicht genommen.

<sup>201)</sup> Anders Staudinger-Riezler § 134 N. 21.

gebend sind folgende Überlegungen: Eine behördliche Preisvorschrift setzt für die von ihr betroffenen Verträge ein bestimmtes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung fest. Sobald die Preisvorschrift überschritten ist, so ist ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entstanden. Das ist nichts anderes als die objektive Seite des Tatbestandes der Übervorteilung im Sinne von OR Art. 21. Statt dass es der Würdigung im Einzelfall überlassen bleibt, unter Heranziehung aller konkreten Umstände festzustellen, worin das normale Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht und wann folglich das eine Übervorteilung bedeutende Missverhältnis eingetreten ist, ist hier durch die Preisvorschriften generell die Relation von Leistung und Gegenleistung bestimmt worden. Es ist also zu prüfen, ob die Lösung des Problems wirklich auf dem Boden von OR Art. 21 gefunden werden kann.

Zu beachten ist, dass zur objektiven Voraussetzung des Missverhältnisses noch eine subjektive kommt, die Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns der übervorteilten Partei durch die Gegenpartei<sup>202)</sup>. Ist auch dieses subjektive Moment im Fall der Überschreitung eines Höchstpreises gegeben? Man könnte argumentieren, wenn jemand trotz bestehender Höchstpreisvorschriften einen diese verletzenden Vertrag abschliesst, dann liege entweder Notlage vor — denn andernfalls wäre es wohl meist möglich, die Gegenpartei durch die Drohung mit einer Strafanzeige wegen Zuwiderhandelns gegen die Preisvorschriften zum Nachgeben zu bringen — oder dann handle es sich um Unerfahrenheit — bei der heutigen Intensität der Publizistik und dem Umfang der öffentlichen Diskussion in wirtschaftlichen Fragen<sup>203)</sup> ist es kaum mehr möglich, dass ein nicht völlig

<sup>202)</sup> Darüber BGE 61 II 35, 44 II 186, 41 II 579.

<sup>203)</sup> Es sei an alle die Zeitungsartikel und die öffentlichen Vortrags- und Diskussionsversammlungen erinnert, die nach der Abwertung einsetzten.

Unerfahrener von den Preisvorschriften nichts weiss; oder schliesslich sei es Leichtsinns, wenn einer einen entsprechenden Vertrag eingeht, obwohl er nicht in Not ist und den Sachverhalt kennt<sup>204</sup>). Aus den gleichen Gründen, so könnte man weiters schliessen, werde auch das vom Bundesgericht<sup>205</sup>) geforderte Bewusstsein des Übervorteilenden vom Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung fast immer gegeben sein.

Ist diese Argumentation richtig? Die Norm von OR Art. 21 deckt nach der objektiven Seite so genau den zur Diskussion stehenden Tatbestand der Überforderung, dass sich zum mindesten eine Prüfung lohnt. Interessant ist, dass durch die erwähnte Argumentation der Begriff des offenbaren Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung objektiviert wird. Das ist im Verhältnis zum normalen Tatbestand keine Komplikation, sondern eine Vereinfachung: das Missverhältnis wird dadurch um so offener, d. h. augenscheinlicher<sup>206</sup>). Das Streben nach Objektivierung von subjektiven Momenten in den gesetzlichen Tatbeständen ist übrigens eine häufige Erscheinung, sogar gerade auf dem Gebiet der Übervorteilung. Nach Art. 17 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes und Art. 43 II des Motorfahrzeuggesetzes sind Vereinbarungen anfechtbar, die offenbar unzulängliche Entschädigungen festsetzen; das gleiche galt schon nach Art. 9 II des BG betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des BG vom 25. Juni 1881 hinsichtlich der Fabrikhaftpflicht<sup>207</sup>). In keiner dieser Normen ist die

---

<sup>204</sup>) A. M. Staudinger-Riezler § 134 N. 21.

<sup>205</sup>) BGE 53 II 488, 54 II 190, im Gegensatz zu Tuhr, OR S. 280 N. 3.

<sup>206</sup>) BGE 53 II 488.

<sup>207</sup>) Eine Objektivierung subjektiver Tatbestandsmomente findet sich z. B. auch auf dem Gebiet des richterlichen Ermessens (Oftinger in ZBJV 71 S. 23 N. 1) und der Auslegung der Rechtsgeschäfte nach objektiven Auslegungsregeln; das ist eine interessante Erscheinung, die mit dem Wesen des Rechts zusammenhängt.

Rede von Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinne, die indessen in der obigen Konstruktion bei der Übertretung von Preisvorschriften durchaus ihren Platz haben.

Würde man die zivilrechtlichen Folgen der Übertretung von Preisvorschriften gestützt auf OR Art. 21 ordnen, dann könnte sich der Übervorteilte binnen Jahresfrist auf die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags berufen (OR Art. 21). Dadurch würde das gelegentlich geäußerte<sup>208)</sup> Postulat, das Interesse der Allgemeinheit an der Versorgung des Landes und folglich der Aufrechterhaltung des Vertrags sei zu berücksichtigen, insofern erfüllt, als es dem Belieben des Übervorteilten überlassen bliebe, den Vertrag unangefochten zu lassen. Könnte bei einem Kauf die Ware nicht mehr zurückgegeben werden (weil sie z. B. verbraucht oder weiterveräußert worden ist), so handelte es sich ohnehin nur um die Rückgabe der Beträge, um die beide Parteien bereichert sind<sup>209)</sup>; nach Verrechnung der Beträge hätte dann einfach nurmehr der Übervorteilende seinen Überpreis zurückzugeben, womit meist praktisch das gleiche Ergebnis einträte wie nach der Konstruktion der Teilnichtigkeit.

Gegen die Anwendung der Vorschrift von OR Art. 21 lässt sich ins Feld führen, „dass<sup>210)</sup> man es mit der Bekämpfung nicht des gewöhnlichen, sondern des Sozialwuchers zu tun hat, also nicht sowohl damit, die bei den einzelnen Warentransaktionen beteiligten Privaten zu schützen — wozu vielmehr in erster Linie die ordentlichen Bestimmungen des Straf- und Zivilrechts über wucherische Übervorteilung dienen —, sondern damit, die Allgemeinheit gegen in bestimmten Bevölkerungskreisen sich geltend machende Auswüchse des persönlichen Egoismus zu verteidigen, deren Überhandnahme das Gemeinwohl gefährdet.“<sup>211)</sup> Diese Argumentation, sie be-

---

<sup>208)</sup> Huber SJZ 15 S. 26; Henggeler S. 192a.

<sup>209)</sup> BGE 47 II 465.

<sup>210)</sup> Wie das Bundesgericht in anderem Zusammenhang sagt.

<sup>211)</sup> BGE 43 II 789.

trifft die Kriegswucherverordnung<sup>212)</sup>, ist insofern nicht ganz zutreffend, als sie Ursache und Wirkung nicht auseinanderhält. Ob es sich um eine Wucherverordnung oder um OR Art. 21 handelt, immer handelt es sich um einen Verstoss gegen das Postulat eines angemessenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung und damit um eine Verletzung der Rechtsordnung. Die Wirkung nun dieser Verletzung ist verschieden; im einen Fall schädigt sie direkt bloss die Interessen des Vertragsgegners, im andern Fall dagegen auch die Interessen der Allgemeinheit. Was geahndet wird, ist aber eben der Verstoss gegen die Rechtsordnung, und nicht die Wirkung davon; fraglich ist die Art der Ahndung. Nun darf zwar auch nicht übersehen werden, dass die Situation zu Kriegsbeginn wesentlich krasser war, als sie es nach der Abwertung je geworden wäre, weil damals wegen der Unterbindung der Zufuhr in die Schweiz eine Verknappung der Lebensmittel und andern Bedarfsgegenstände drohte, was zur Zeit der Abwertung keineswegs der Fall war; vielmehr war von dem grossen Warenüberfluss auf dem Weltmarkt eine automatische Preisregulierung zu erwarten.

Gleichwohl kann man die Anwendung von OR Art. 21 nicht als gangbaren Weg betrachten, will man dem Wortlaut des Gesetzes nicht Zwang antun. Denn die Vorschrift erheischt eben doch in jedem Einzelfall eine Untersuchung darüber, ob die subjektiven Tatbestandsmomente — Ausbeutung der Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsin — vorhanden sind. Wünschbar ist aber eine allgemeingültige, von diesen subjektiven Momenten mit der ihnen inwohnenden Unsicherheit nicht beeinträchtigte Lösung. Da eine solche aus dogmatischen Gründen weder gestützt auf OR Art. 20 II noch Art. 21 oder eine andere Gesetzesbestimmung gefunden werden kann, muss sie sich auf ZGB Art. 1 stützen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Konstruktion von der Teilnichtigkeit, wenn auch ihre Begründung nicht haltbar ist, doch ein praktisch brauch-

<sup>212)</sup> A. S. 30, 376.

bares Ergebnis zeitigt, das sich durchaus empfiehlt. Demgemäss scheint mir die richtige Lösung diese zu sein: bei Übertretung einer Höchstpreisvorschrift ist dem Richter in Anwendung von ZGB Art. 1 die Befugnis einzuräumen, den Preis auf das erlaubte Mass herabzusetzen; diese Massnahme hat nicht von Amtes wegen zu erfolgen<sup>213</sup>), sondern auf Antrag. Das ist deshalb angebracht, weil es von Vorteil ist, wenn für das richterliche Eingreifen der Entschluss der geschädigten Partei massgebend ist. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass diese darauf verzichtet, was unter Umständen wieder seine Vorzüge hat, da die Preisvorschriften in jedem Fall eine scharfe Beschränkung des Vertragsinhalts sind.

Der Überforderer hat im Prinzip Schadenersatz zu bezahlen, da in der Überforderung eine gegen Treu und Glauben verstossende Handlung liegt<sup>214</sup>), und zwar meist im Umfange des negativen Vertragsinteresses<sup>215</sup>). Hat ein Verkäufer einen Vertrag nicht erfüllt und weist der Käufer bei der Geltendmachung des Schadenersatzes nach, dass er die Ware zu einem Preis weiterverkauft hatte oder hätte, der über einem Höchstpreis stand, dann ist gleichwohl nicht der vereinbarte (verbotswidrige) Preis der Schadensberechnung zugrunde zu legen, sondern der Höchstpreis<sup>216</sup>). Das ergibt sich ohne weiteres aus dem Wesen des Höchstpreises.

Keine Bedeutung hat hier<sup>217</sup>) die Frage der Rückwirkung der Höchstpreisvorschriften, weil im Anschluss

---

<sup>213</sup>) Wie das bei der Teilnichtigkeit der Fall wäre, BGE 45 II 551.

<sup>214</sup>) Die Schadenersatzpflicht wäre je nachdem auf OR Art. 41 oder culpa in contrahendo zu stützen, vorne S. 533a; die gleiche Schadenersatzpflicht entstünde übrigens bei der Teilnichtigkeit, BGE 45 II 553.

<sup>215</sup>) BGE 61 II 234.

<sup>216</sup>) Dazu Fuchs Nr. 22 S. 84, Nr. 41 S. 188, Nr. 47 S. 232, Nr. 50 S. 250.

<sup>217</sup>) Zum Unterschied von der Kriegszeit, Huber SJZ 15, S. 274 f.

an die Abwertung nur die ungerechtfertigte Teuerung von einem bestimmten Datum, vom 28. September 1936 an, verhindert werden sollte. Auch die Preisvorschriften auf Grund des BB betreffend die Überwachung von Warenpreisen vom 20. Juni 1936 wollen nur künftige Preiserhöhungen verhindern.

Die bisherigen Ausführungen haben zunächst den Kaufvertrag betroffen. Art. 1 der Verfügung I vom 27. September 1936<sup>218)</sup> verbietet aber in der ursprünglichen Fassung nicht nur die Erhöhung von Kaufpreisen, sondern auch die Erhöhung der Tarife der Hotels, der Lehr- und Kuranstalten usw.<sup>219)</sup>, der Tarife für Gas, Elektrizität und für Honorare und die Erhöhung der Miet- und Pachtzinse. Die Lieferung von Elektrizität und Gas beruht auf Sukzessivlieferungsverträgen, verbunden mit einem Kauf auf Abruf, stellen also eine Sonderart des Kaufvertrags dar<sup>220)</sup>. Die obigen Ausführungen gelten für sie ohne weiteres.

Das Verbot der Erhöhung der Tarife für Honorare bezieht sich vermutlich vor allem auf Advokaten, Ärzte und andere freie Berufe. Ob hier Mandat, Werkvertrag oder gar Mäklervertrag vorliegt, kommt auf den Einzelfall an; die Lösung ist die gleiche wie beim Kauf.

Beim Mietvertrag und Pachtvertrag sind verschiedene Tatbestände denkbar, die für den Pachtvertrag zum Teil durch die noch in Kraft stehende<sup>221)</sup> Verfügung XI vom 25. Februar 1937<sup>222)</sup> geregelt worden sind; die Vorschriften gelten sinngemäss für Weidegelder und Sömmerungszinse. Wo es sich um ein Objekt handelt, das noch nie verpachtet war (z. B. ein Neubau oder ein

---

<sup>218)</sup> A. S. 52, 744.

<sup>219)</sup> A. S. 52, 832.

<sup>220)</sup> BGE 48 II 372; ZBJV 52, 548. Stricker, Der Energielieferungsvertrag, Diss. Bern 1926 S. 2; Zencke, Der Gaslieferungsvertrag, Diss. Heidelberg 1907.

<sup>221)</sup> A. S. 53, 1132.

<sup>222)</sup> A. S. 53, 143.

bisher vom Eigentümer selber benütztes oder bewirtschaftetes Objekt), darf der Pachtzins nur mit Zustimmung der zuständigen Behörde festgesetzt werden<sup>223</sup>). Für den Mietvertrag fehlt eine solche Regelung; gestützt auf die allgemeine Vorschrift des Art. 1 der Verfügung I<sup>224</sup>) scheint mir, dass hier nur von einer Zinserhöhung gesprochen werden kann, wenn mit Sicherheit ein üblicher Zins nachgewiesen werden kann, demgegenüber der fragliche Zins als übersetzt erscheint. Hat ein Miet- oder Pachtvertrag aus einem der im OR vorgesehenen Gründe ein Ende gefunden, so darf mit dem neuen Mieter oder Pächter kein höherer Zins vereinbart werden als mit dem alten; für die Bestimmung des Zinses, den der alte Mieter oder Pächter bezahlt, ist der betreffende Vertrag massgebend<sup>225</sup>). Dabei macht es keinen Unterschied, ob eine Kündigung vor dem 28. September 1936<sup>226</sup>) oder nachher erfolgt ist; so ist es ausdrücklich für den Pachtvertrag angeordnet worden<sup>227</sup>). Gleichgültig ist auch, ob nach erfolgter Kündigung ein neuer Vertrag mit einem neuen Mieter oder Pächter oder dem alten abgeschlossen wird. Die gleichen Grundsätze wie bei der Kündigung gelten sinngemäss, wenn ein Kauf die Miete oder Pacht gebrochen hat (OR Art. 259, 289).

Speziell für den Pachtvertrag bestimmt Art. 2 IV der Verfügung XI noch: „Vertraglich gleitende Pachtzinse, die auf die jeweiligen Produktenpreise abstellen (z. B. Milchpreis), bedürfen der behördlichen Genehmigung, sofern der auf Grund der Produktenpreise errechnete Pachtzins höher wäre als vor dem 28. September 1936“<sup>228</sup>). Nach Art. 3 gilt: „Die Bestimmung des Pacht-

<sup>223</sup>) Verfügung XI, Art. 2 III.

<sup>224</sup>) A. S. 52, 744.

<sup>225</sup>) A. S. 52, 744, Art. 5 II; 53, 144, Art. 2 II.

<sup>226</sup>) Dem Stichtag für das Verbot der Preiserhöhungen, A. S. 52, 744, Art. 1, 5.

<sup>227</sup>) A. S. 53, 144, Art. 2 I.

<sup>228</sup>) Darüber Guisan, La dévaluation du franc suisse, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1937, S. 280a.

zinses erfolgt nach Massgabe des Ertragswertes oder nach einer dem Ertragswert nahekommenden ortsüblichen Schätzung.“ Für die Festsetzung des Pachtzinses ist ein besonderes Verfahren vorgesehen.

Über die zivilrechtlichen Folgen der Übertretung der erwähnten Vorschriften sagt Art. 8 I: „Soweit Pachtzinse den vorliegenden Bestimmungen widersprechen, sind sie unverbindlich.“ Die Pachtzinse können nun allerdings nicht unverbindlich (d. h. ungültig) sein — ein Zins ist ein Geldbetrag<sup>229)</sup> —, sondern höchstens die vertragliche Festsetzung der Zinse. Ist diese aber ungültig, so ist es auch der ganze Vertrag, denn ohne gültige Bestimmung eines Pachtzinses kann ein Pachtvertrag nicht existieren, weil ihm eines der zwei essentialia negotii fehlt. Quid iuris? Mit dieser Ungültigkeit kann kaum die Nichtigkeit des ganzen Pachtvertrags gemeint sein, sonst müssten ja die Wirkungen der Nichtigkeit ex tunc eintreten, d. h. der Pächter müsste ausziehen und der Verpächter den Zins zurückgeben. Es gilt wohl die gleiche Lösung wie beim Kauf: der Überzins (d. h. die Differenz zwischen dem geforderten und dem erlaubten Zins) ist zurückzugeben. Beim Mietvertrag fehlt eine Bestimmung wie diejenige des Art. 8 I der Verfügung XI; es gilt deshalb ohne weiteres die gleiche Regelung wie beim Kauf.

Eine Ermächtigung an eine Behörde, eine Kündigung als unzulässig zu erklären, wie sie der Kriegserlass BRB betreffend Schutz von Mietern gegen Mietzinserhöhungen und Kündigungen vom 18. Juni 1917 vorgesehen hat<sup>230)</sup>, enthalten die hier zu behandelnden Vorschriften nicht; heute haben wir das Gegenteil der damals herrschenden Wohnungsnot.

In Art. 8 II der Verfügung XI wird bestimmt: „Auf die durch diese Verfügung gegebenen Rechte kann nicht verzichtet werden.“ Diese Norm ist eine Tautologie. Denn es handelt sich gar nicht um Rechte, sondern um

<sup>229)</sup> Oder in natura eine Quote der Erträgnisse, OR Art. 275 II.

<sup>230)</sup> A. S. 33, 397, Art. 4, dazu BGE 44 I 66.

öffentlich-rechtliche Pflichten, nämlich die Pachtzinse nicht zu erhöhen. Reflektorisch entsteht dadurch scheinbar ein Recht dessen, der vom Verbot der Zinserhöhung profitiert. Genau genommen ist es aber kein (privatrechtliches, subjektives) Recht, sondern der Reflex eines zwingenden Verbots, auf dessen Befolgung ein Rechtsgenosse per definitionem nicht verzichten kann<sup>231</sup>). Verzichten kann man nur auf subjektive Rechte<sup>232</sup>).

Die gleiche Lösung hinsichtlich der zivilrechtlichen Sanktionen wie beim Kauf gilt auch für die Tarife der Hotels, Pensionen, Lehr-, Kur- und Heilanstalten; hier liegt meist ein gemischter Vertrag vor, der Elemente des Miet-, Kauf- und Dienstvertrags, des Mandats usw. enthält.

2. Tiefstpreise. Gemäss BRB zum Schutz der schweizerischen Uhrenindustrie vom 29. Dezember 1937<sup>233</sup>) ist die Voraussetzung der Erteilung einer Bewilligung zum Export oder Ankauf zum Zweck des Exports die schriftliche Erklärung des Bewerbers, dass er die von den Minimalpreisvorschriften betroffenen Produkte nicht unter den Tiefstpreisen gekauft hat und sie nicht darunter weiterverkauft. Diese Bestimmung wäre sinnlos, hätte eine Verletzung der Preisvorschriften schlechthin die Ungültigkeit des Geschäfts zur Folge. Vielmehr kann die zivilrechtliche Sanktion einer Verletzung der Tiefstpreisvorschriften nur analog geordnet sein zur Regelung bei der Verletzung von Höchstpreisvorschriften: die Preise sind vom Richter auf Antrag hinaufzusetzen<sup>234</sup>).

---

<sup>231</sup>) Ebensowenig kann z. B. der Nachbar eines Bauherrn darauf verzichten, dass der Neubau nicht eine gesetzlich vorgeschriebene Höhe überschreitet. Der Nachbar hat kein „Recht“; aus der Baubeschränkung erwächst eben bloss reflektorisch ein Vorteil.

<sup>232</sup>) Burckhardt, Organisation S. 75 f. Der Pächter kann es bloss unterlassen, bei einer Verletzung der Vorschrift Strafanzeige einzureichen. Das ist aber etwas ganz anderes.

<sup>233</sup>) A. S. 53, 1115, Art. 5 IV lit. b.

<sup>234</sup>) A. M. Staudinger-Riezler § 134 N. 22: Höchstpreisvorschriften hätten keine zivilistische Wirkung.

Bei den Minimalpreisvorschriften der Uhrenindustrie wird regelmässig vorgesehen, dass vor dem Inkrafttreten eines Erlasses abgeschlossene Verträge, deren Preise und Zahlungsbedingungen dem betreffenden Erlass nicht konform sind, bis zu einem bestimmten Datum erfüllt sein müssen<sup>235</sup>). Sind die Verträge bis zu diesem Datum nicht erfüllt, so darf die Lieferung nur zu den im Erlass vorgesehenen Preisen und Bedingungen erfolgen. In diesem Fall tritt also Rückwirkung der Preisvorschriften ein.

Um die Befolgung der Minimalpreise in der Uhrenindustrie zu erreichen, sind neben den üblichen strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen eine Reihe von indirekten Zwangsmitteln vorgesehen. So ist die Voraussetzung der Erteilung einer Ausfuhrbewilligung die Verpflichtung, sich an die Preise zu halten<sup>236</sup>); Uhrengehäuse aus Gold und aus Platin erhalten den amtlichen Kontrollstempel erst, wenn sie mit der Verantwortlichkeitsmarke eines bestimmten Verbandes versehen sind; diese wird bloss gewährt, wenn der sie verlangende Fabrikant die Minimalpreise und Lieferungsbedingungen einhält<sup>237</sup>).

## b) Vorschriften über bewilligungspflichtige Geschäfte.

### a) *Allgemeines.*

Von einer absoluten Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts ist gesprochen worden, wenn ein Vertrag schlechthin unmöglich oder widerrechtlich ist. Was insbesondere die Widerrechtlichkeit betrifft, so äussert sie sich regelmässig in einem Verbotsgesetz, das ebenfalls absolut lautet; d. h. ein bestimmter Vertrag ist schlechthin verboten. Anders bei der relativen Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung

---

<sup>235</sup>) Z. B. A. S. 53, 746, Art. 3; 54, 167.

<sup>236</sup>) A. S. 53, 1115, Art. 5 III.

<sup>237</sup>) A. S. 50, 345, Art. 13, 9; A. S. 50, 21.

des Vertragsinhalts. Hier ist die Widerrechtlichkeit nicht absolut und das sie statuierende Verbot ebenfalls nicht, sondern ein bestimmter Vertrag ist bloss in einem gewissen Rahmen rechtlich, bzw. widerrechtlich. Eine Eigenart dieser relativen Widerrechtlichkeit ist es nun, dass sie regelmässig durch eine behördliche Bewilligung aufgehoben werden kann; es wird der Zustand hergestellt, der ohne die von der Bewilligung durchbrochene allgemeine Vorschrift bestanden hätte<sup>238)</sup>. Das hat sich schon bei den Preisvorschriften gezeigt: sie gelten nicht absolut, sondern sie dürfen mit behördlicher Bewilligung über- oder unterschritten werden<sup>239)</sup>. Eine solche Bewilligungspflicht ist auch in zahlreichen Erlassen anderer Gebiete als den Preisvorschriften vorgesehen. Immer handelt es sich um Verbotsgesetze: ein bestimmtes Rechtsgeschäft ist verboten, es sei denn, eine Bewilligung sei erteilt worden, z. B. eine Einfuhr- oder Ausfuhrbewilligung.

Die Bewilligung wird gelegentlich generell erteilt, meist aber speziell, d. h. das einzelne Rechtsgeschäft ist bewilligungspflichtig. Eine Mittelstellung zwischen speziellen und generellen Bewilligungen nehmen die Einfuhr- und Ausfuhrkontingente ein. Die generellen Bewilligungen sind ein der Rechtsordnung von jeher geläufiges Institut: die Bewilligungen, die es zur Ausübung einzelner Berufe braucht (z. B. der Advokaten, Notare, Ärzte, Apotheker, Händler mit Edelmetallschmelzgut usw.<sup>240)</sup>) sind nichts anderes<sup>241)</sup>; weniger geläufig sind der Rechtsordnung die

---

<sup>238)</sup> Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht I, Zürich 1934, S. 70.

<sup>239)</sup> A. S. 52, 744, Art. 1 I; 53, 1115, Art. 9.

<sup>240)</sup> A. S. 50, 345, Art. 24 f. Über den öffentlich-rechtlichen Aspekt der Bewilligung Ruck, S. 70; Fleiner, Institutionen 1928, S. 405 f.

<sup>241)</sup> Während die Rechtsgeschäfte, die bestimmten Personen überhaupt verboten sind, unter die absolute Widerrechtlichkeit fallen; so das Verbot, dass Mitglieder des Bundesrates oder Bundesgerichts einen „ändern Beruf oder Gewerbe treiben“ dürfen (BV Art. 97, 108 III), oder das Verbot, dass Advokaten Streitige

speziellen Bewilligungen, wenn sie auch die ordentliche Gesetzgebung bereits ausnahmsweise verwendet hat<sup>242</sup>).

*β) Tatbestände.*

*αα) Einfuhrbewilligungen.*

Die Beschränkung der Einfuhr ist ein wichtiges Mittel im Kampf gegen wirtschaftliche Krisen. So erforderten schon die Schwierigkeiten der Nachkriegszeit die Drosselung des Imports: BB betreffend die Beschränkung der Einfuhr vom 18. Februar 1921<sup>243</sup>), der bis 31. März 1926 galt und gestützt auf den für zahlreiche Waren eine Einfuhrbewilligung vorgeschrieben wurde. Die gleiche Erscheinung wiederholte sich in der gegenwärtigen Krise<sup>244</sup>). Gestützt auf den BB über die Beschränkung der Einfuhr vom 23. Dezember 1931<sup>245</sup>) und den BB über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland vom 14. Oktober 1933<sup>246</sup>) wurden ausserordentlich viele Erlasse publiziert, die für die Einfuhr einer sehr grossen Anzahl von Warenkategorien eine Bewilligung vorsehen. Nicht weniger als 53 Bundesratsbeschlüsse und 55 Verfügungen des Volkswirtschaftsdepartements geben

---

Forderungen nicht erwerben dürfen, z. B. § 16 des bernischen Advokatengesetzes vom 10. Dezember 1840.

<sup>242</sup>) Hinten bei lit. *β*, *αα*.

<sup>243</sup>) A. S. 37, 130; 40, 492.

<sup>244</sup>) Auch die Kriegszeit hatte, wenn schon aus andern Gründen, zur Einführung der Einfuhrbewilligungen gezwungen (A. S. 32, 34 usw.). Über diese Fragen Stucki, 25 Jahre schweiz. Aussenhandelspolitik, Festg. Schulthess, Zürich 1938, S. 123 f. Selbst die normale Gesetzgebung kennt das Institut der Einfuhrbewilligung; der Bund hat z. B. das Einfuhrmonopol für gebrannte Wasser, kann aber unter gewissen Voraussetzungen Privaten eine Einfuhrbewilligung erteilen, Art. 27 f. Alkoholgesetz, A. S. 48, 425.

<sup>245</sup>) A. S. 47, 785, verlängert bis 31. Dezember 1933 (A. S. 48, 492), dann aufgehoben und ersetzt durch A. S. 49, 811.

<sup>246</sup>) A. S. 49, 811, gültig bis 31. Dezember 1939, A. S. 51, 792; 53, 1038.

darüber Auskunft<sup>247</sup>). In den einschlägigen Bundesratsbeschlüssen werden regelmässig die Waren genannt, für deren Einfuhr eine Bewilligung nötig ist; gestützt auf die ihm delegierte Kompetenz zählt das Volkswirtschaftsdepartement in seinen zugehörigen Verfügungen die Länder auf, auf deren Waren die Bewilligungspflicht gegebenenfalls beschränkt ist, sofern sie nicht die Waren jeden Ursprungs trifft<sup>248</sup>). Im ersteren Fall können beim Grenzübertritt der Ware Ursprungszeugnisse verlangt werden<sup>249</sup>); auch können für den Grenzübertritt bestimmte Zollstellen bezeichnet werden<sup>250</sup>). Das Volkswirtschaftsdepartement setzt u. U. für einzelne Waren und Länder die Kontingente fest<sup>251</sup>). Für die Erteilung der Einfuhrbewilligungen sind bestimmte Grundsätze massgebend, die in Art. 3 der VO des Bundesrates über die Beschränkung der Einfuhr vom 1. Februar 1932<sup>252</sup>) umschrieben sind<sup>253</sup>). Häufig ist die Bewilligungspflicht auf die Einfuhr von Waren zum Gebrauchszolltarif beschränkt, während die Einfuhr ohne Bewilligung nur zu einem erhöhten Zollansatz möglich ist<sup>254</sup>). Vielfach wird die Bewilligung zur Einfuhr nur erteilt, wenn kompensationsweise Waren ausgeführt werden können<sup>255</sup>); oder die Importeure werden

<sup>247</sup>) Für Einzelheiten sei auf die in den Registern der A. S. verzeichneten Erlasse verwiesen. Einige Erlasse stützen sich, ihrem Inhalt entsprechend, auf den BB betreffend den passiven Luftschutz der Bevölkerung vom 29. September 1934, A. S. 50, 666.

<sup>248</sup>) So z. B. A. S. 48, 410, 502 usw.

<sup>249</sup>) A. S. 48, 67, Art. 5.

<sup>250</sup>) Z. B. A. S. 48, 224, 272.

<sup>251</sup>) A. S. 48, 67, Art. 2.

<sup>252</sup>) A. S. 48, 67.

<sup>253</sup>) Besondere Anforderungen bestehen für die Einfuhr von Kartoffeln (A. S. 50, 560; 51, 239), Schlachtvieh und Fleisch (A. S. 52, 164; 53, 453), Pferden (A. S. 53, 648), Kunstgegenständen (A. S. 51, 275, ersetzt durch 54, 241), Luftschutzmaterial (A. S. 51, 285, 773; 52, 666).

<sup>254</sup>) Z. B. A. S. 48, 70, 108, 156.

<sup>255</sup>) Z. B. ausdrücklich vorgesehen in A. S. 52, 164, Art. 4; 53, 453; darüber allgemein Stucki, 25 Jahre schweizerische Aussenhandelspolitik, Festgabe Schulthess 1938, S. 136 f.

mit Auflagen belastet<sup>256</sup>), wodurch sie z. B. nach einem bestimmten Schlüssel Inlandware abzunehmen haben<sup>257</sup>).

Für die Erteilung der Einfuhrbewilligungen ist in der Regel die Sektion für Einfuhr des Volkswirtschaftsdepartements zuständig<sup>258</sup>), in einzelnen Fällen aber auch andere, formell private Körperschaften<sup>259</sup>); so die Schweiz. Zentralstelle für Kohleneinfuhr in Basel<sup>260</sup>), die Carbura, Zentralstelle für den Import flüssiger Brennstoffe in Zürich<sup>261</sup>), der Verband Schweiz. Schmierölimporteure in Zürich<sup>262</sup>), der Schweiz. Bierbrauerverein in Zürich<sup>263</sup>), die Textiltreuhandstelle in Zürich<sup>264</sup>), die Zentralstelle<sup>265</sup>), später Genossenschaft für Getreide und Futtermittel<sup>266</sup>), die Schweiz. Zentralstelle für Buttersversorgung<sup>267</sup>). Eine spezielle Stellung nimmt die Schweiz. Zentralstelle für Schlachtviehverwertung<sup>268</sup>) ein. Diese Körperschaften üben bei der Erteilung von Bewilligungen eine behördliche Funktion aus; eine von ihnen ausgestellte Bewilligung hat die gleiche Bedeutung wie eine von einer staatlichen Behörde ausgestellte. Sie unterstehen behördlicher Aufsicht<sup>269</sup>). Verstösse im Verkehr mit ihnen werden geahndet<sup>270</sup>).

<sup>256</sup>) A. S. 49, 118, Art. 2 I.

<sup>257</sup>) Vorne S. 515a/516a.

<sup>258</sup>) Ausnahmsweise auch das Eidg. Gesundheitsamt, Veterinäramt, Departement des Innern, die Alkoholverwaltung, Tabaksektion der Eidg. Oberzolldirektion, Abteilung für Landwirtschaft des Volkswirtschaftsdepartementes.

<sup>259</sup>) A. S. 48, 222, Art. 3, darüber hinten S. 643a, 654a f., 659a.

<sup>260</sup>) A. S. 48, 309.

<sup>261</sup>) A. S. 48, 309; 49, 163, 862; 51, 521; 52, 428, Art. 2 III.

<sup>262</sup>) A. S. 48, 309; 49, 163.

<sup>263</sup>) A. S. 48, 309.

<sup>264</sup>) A. S. 48, 783; 49, 115, 389, 863, 943; 50, 503; 51, 79; 52, 643; 53, 984.

<sup>265</sup>) A. S. 48, 394.

<sup>266</sup>) Vgl. N. 273.

<sup>267</sup>) A. S. 48, 117.

<sup>268</sup>) A. S. 52, 164.

<sup>269</sup>) So ausdrücklich für die Textiltreuhandstelle, z. B. A. S. 49, 389, 863.

<sup>270</sup>) A. S. 48, 309, Art. 9.

Wie die staatlichen Stellen<sup>271)</sup>, können auch sie für die Erteilung der Bewilligungen Gebühren erheben<sup>272)</sup>. Es besteht die Möglichkeit, die Einfuhrbewilligungen pauschal an solche Zentralstellen zu erteilen, damit sie die Kontingente, bzw. Einzelbewilligungen an die Importeure erteilen<sup>273)</sup>.

*ββ) Ausfuhrbewilligungen.*

Ausfuhrbewilligungen sind an sich keine der hier untersuchten Periode spezifische Erscheinung; die Ausfuhr elektrischer Energie bedarf z. B. normalerweise einer behördlichen Bewilligung<sup>274)</sup>. Zahlreiche relative Ausfuhrverbote bestanden naturgemäss zur Kriegszeit<sup>275)</sup>, zum Teil allerdings aus andern Gründen als diejenigen, die hier zu untersuchen sind, und die sich meist als wirtschaftliche Verteidigungsmassnahmen darstellen. Zum Unterschied von den relativen Einfuhrverboten sind die relativen Ausfuhrverbote nicht zahlreich.

Wer Uhren für den Export kaufen oder sie ausführen will, braucht eine Bewilligung, deren Erteilung an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist, namentlich wenn der Bewerber nicht bestimmten Organisationen der Uhrenindustrie angehört<sup>276)</sup>; das Volkswirtschaftsdepartement kann Ausnahmen von dieser Bewilligungspflicht gestatten. Die Ausfuhr von Uhren zum persönlichen Gebrauch oder zum Verschenken ist nicht bewilligungspflichtig. Einer spe-

<sup>271)</sup> A. S. 48, 67, Art. 4 und die 32 Gebührentarife.

<sup>272)</sup> A. S. 48, 309, Art. 8.

<sup>273)</sup> A. S. 48, 222, Art. 3. So an die Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, A. S. 49, 134, 258, 318, 388, 835; 50, 229, 565; 52, 120, 156; an die Schweiz. Zentralstelle für Butterversorgung, A. S. 48, 117; an den Verband schweiz. Viehimporteure und die Viehbörse des Verbandes schweiz. Metzgermeister, A. S. 52, 164.

<sup>274)</sup> VO über die Ausfuhr elektrischer Energie vom 4. September 1924.

<sup>275)</sup> Vgl. bei Bär, Die schweizerischen Kriegsverordnungen, 4 Bände, Zürich 1916—1919, das Sachregister unter „Ausfuhrverbote“.

<sup>276)</sup> A. S. 53, 1115, frühere Erlasse 50, 213; 51, 821; 52, 143.

ziellen Bewilligung bedarf es zum Export nach den USA.<sup>277)</sup> Auch hier ist die Bewilligung an bestimmte Bedingungen geknüpft. In allen Fällen wird die Bewilligung von der Schweiz. Uhrenkammer oder der Fiduciaire horlogère suisse erteilt<sup>278)</sup>.

Im Anschluss an die Abwertung ist die Ausfuhr von Käse der Bewilligungspflicht unterstellt worden<sup>279)</sup>; die Bewilligung ist an gewisse Voraussetzungen geknüpft.

Im Zusammenhang mit den Sanktionen des Völkerbundes im italo-abessinischen Krieg wurde ein Verbot gewisser finanzieller Geschäfte erlassen, sofern sie nicht schweizerischen Unternehmungen zugute kommen sollten; für solche bestand ein bloss relatives Verbot, d. h. mit Bewilligung der Nationalbank waren gewisse begrenzte Darlehen gestattet<sup>280)</sup>. Für eine Anzahl für kriegerische Zwecke geeigneter Waren wurde damals allgemein die Ausfuhrbewilligung eingeführt; der Export konnte genehmigt werden, wenn die Waren nicht für Italien bestimmt waren<sup>281)</sup>.

\* \* \*

Die Kontingentierung der Ausfuhr im Zusammenhang mit Clearingabkommen gehört nur beschränkt in diesen Zusammenhang und ist vom bisherigen negativ abzugrenzen. Die Durchführung dieser Abkommen kann es notwendig machen, die Ausfuhr nach bestimmten Ländern zu drosseln<sup>282)</sup>. Es ist deshalb vorgesehen, dass für einzelne Waren die (Clear-

<sup>277)</sup> A. S. 52, 217.

<sup>278)</sup> Schlechthin verboten ist der Verkauf oder die Übergabe von Waren, deren Ausfuhr bewilligungspflichtig ist, an Personen, deren Name oder Geschäftssitz dem Verkäufer unbekannt sind, oder der Versand an Dritte im Auftrage solcher Personen, A. S. 53, 1115, Art. 7.

<sup>279)</sup> A. S. 52, 834, 836.

<sup>280)</sup> A. S. 51, 717, Art. 2.

<sup>281)</sup> A. S. 51, 720.

<sup>282)</sup> Darüber Hug S. 434a f.

ing- oder Clearingkontingents-) Zertifikate<sup>283</sup>), die die Voraussetzung der Clearingberechtigung<sup>284</sup>) darstellen, und die Ursprungszeugnisse, die von den Behörden des Bestimmungslandes einer Ware, vor allem auf Grund eines Clearingabkommens<sup>285</sup>), verlangt werden<sup>286</sup>), nur innerhalb gewisser Kontingente ausgestellt zu werden brauchen. Dadurch wird der Exporteur veranlasst, nicht zu exportieren, falls nicht die Voraussetzungen der Clearingberechtigung gegeben sind. Es besteht also hinsichtlich der Ausfuhr keine direkte Bewilligungspflicht, sondern ein indirekter Zwang, nicht über den Rahmen der Clearingberechtigung hinaus zu exportieren. Nicht die Erlaubtheit der Ausfuhr einer Ware hängt also von einer Ausfuhrbewilligung ab, sondern die Clearingberechtigung. Es ist deshalb anzunehmen, dass ohne Bewilligung exportiert werden kann, sofern nicht das Clearing beansprucht wird, so vor allem bei Tauschgeschäften<sup>287</sup>). Gleich zu halten ist es, wenn die Clearingberechtigung für eine Forderung aus Export vom Abschluss eines Kompensationsgeschäftes<sup>288</sup>) abhängig gemacht ist. Die Analyse zeigt, dass diese mit der Clearingberechtigung zusammenhängenden Geschäfte rechtlich verschieden sind von den übrigen hier behandelten Tatbeständen der Ausfuhrbewilligung; praktisch ist das Ergebnis freilich vielfach identisch, nämlich eine Kontrolle und Drosselung der Ausfuhr.

*γγ) Andere Bewilligungen.*

Ausfuhr und Einfuhr stellen das Hauptkontingent der bewilligungspflichtigen Geschäfte. An weitem sind zu nennen:

1. Wer Luftschutzmaterial verkaufen will, braucht eine generelle Bewilligung, die an bestimmte Voraus-

<sup>283</sup>) A. S. 51, 495, Art. 3.

<sup>284</sup>) Das ist das Recht, aus dem Clearing für seine Forderung bezahlt zu werden, Hug 412a f.

<sup>285</sup>) Hug 434a.

<sup>286</sup>) A. S. 51, 495, Art. 4; 51, 427, 523.

<sup>287</sup>) Hug S. 558a.

<sup>288</sup>) Über solche Hug S. 430a N. 84, 436a N. 103, 557a f.

setzungen geknüpft ist. Der Verkauf von Luftschutzmaterial ist also ein bewilligungspflichtiges Gewerbe<sup>289)</sup>.

2. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass hinsichtlich Grundeigentums, das in Festungsgebiet gelegen ist, verschiedene Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen ohne Bewilligung verboten sind, so namentlich die Veräusserung und dingliche Belastung<sup>290)</sup>. Ferner enthält die Bankengesetzgebung<sup>291)</sup> und diejenige für Kreditkassen mit Wartezeit<sup>292)</sup> sehr zahlreiche Vorschriften über bewilligungspflichtige Geschäfte.

3. Verträge über Milchlieferungen bedürfen für ihre Gültigkeit der Genehmigung der Abteilung für Landwirtschaft des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements, ausgenommen Verträge, die vom Zentralverband Schweiz. Milchproduzenten und seinen Unterorganisationen abgeschlossen sind; die Bestimmung kann vom Bundesrat auch auf Verträge über Rahmlieferungen ausgedehnt werden<sup>293)</sup>.

4. Ein Eisenbahn- oder Schiffsunternehmen, das ein Gesuch gestellt hat, um vom Bund in Verbindung mit den Kantonen zur Krisenhilfe ein Darlehen zu erhalten, darf grundsätzlich neue Betriebsausgaben nur mit Zustimmung des Eidg. Post- und Eisenbahndepartements beschliessen<sup>294)</sup><sup>295)</sup>.

### *γ) Sanktionen.*

#### *αα) Strafrechtliche.*

Es sind jeweils die üblichen Strafdrohungen vorgesehen, Busse oder Gefängnis oder beides verbunden, ferner Verweisungen aufs Zollstrafrecht<sup>296)</sup>.

<sup>289)</sup> A. S. 52, 666.

<sup>290)</sup> A. S. 53, 162, 822, 1012; 54, 42, 109, 269.

<sup>291)</sup> Bankengesetz Art. 8, 9, A. S. 51, 117.

<sup>292)</sup> Z. B. A. S. 51, 85, Art. 23 III, 24 I, 28, 29 IV, 33 IV, 38, 41, 46 IV, 49.

<sup>293)</sup> A. S. 50, 247, Art. 7.

<sup>294)</sup> A. S. 54, 49, Art. 3 III, hinten S. 630a.

<sup>295)</sup> Verschiedene bewilligungspflichtige Geschäfte gibt es ferner im Clearingrecht, Hug, S. 554a.

<sup>296)</sup> A. S. 49, 811, Art. 6.

*ββ) Verwaltungsrechtliche.*

Vorgesehen sind: Beschlagnahme von Waren<sup>297)</sup> und Ausschluss von der Erteilung von Bewilligungen<sup>298)</sup>.

*γγ) Zivilrechtliche.*

1. Ein- und Ausfuhrbewilligungen. Die Bewilligungspflicht hat eine gewisse Ähnlichkeit mit der Genehmigungspflicht der Geschäfte urteilsfähiger Unmündiger durch den gesetzlichen Vertreter (ZGB Art. 19, 280, 410). Der Unterschied liegt jedoch in folgendem: die Genehmigungsbedürftigkeit der Geschäfte des urteilsfähigen Unmündigen betrifft sowohl das Verpflichtungsgeschäft wie das Verfügungsgeschäft<sup>299)</sup>, wobei es die Meinung hat, dass die Genehmigung des ersteren auch die Genehmigung des zweiten in sich begreife. Anders — mit wenigen später zu erwähnenden Ausnahmen — die bewilligungspflichtigen Geschäfte der Ein- und Ausfuhr: die Bewilligungspflicht erstreckt sich regelmässig allein auf das Verfügungsgeschäft<sup>300)</sup>. Es ist z. B. nicht verboten, über eine ausfuhrbewilligungspflichtige Ware einen Kaufvertrag mit einem ausländischen Käufer abzuschliessen, wohl aber die Ware ohne Ausfuhrbewilligung über die Grenze zu senden. Fehlt die Ausfuhrbewilligung und wird die Ware an der Grenze zurückbehalten, so entsteht eine nachträgliche (juristische) Unmöglichkeit der Erfüllung (OR Art. 119). Zum Unterschied von der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter zeigt sich also, dass die behördliche Bewilligung im hier verstandenen Sinn kein Gültigkeitsrequisit des Verpflichtungsgeschäfts ist. Anders als bei den Geschäften des urteilsfähigen Unmündigen<sup>301)</sup>

<sup>297)</sup> So A. S. 51, 285, Art. 10; 52, 217, Art. 3 III. Zollgesetz Art. 77.

<sup>298)</sup> So A. S. 48, 67, Art. 6; 51, 495, Art. 5; 52, 217, Art. 7.

<sup>299)</sup> Also z. B. den Abschluss eines Kaufvertrags wie die seiner Erfüllung dienende Eigentumsübertragung.

<sup>300)</sup> Vgl. dazu BGE 47 II 62.

<sup>301)</sup> Enneccerus-Nipperdey I § 189 I 3; Tuhr, OR S. 187.

kann man deshalb hier nicht von einer schwebenden Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts sprechen<sup>302</sup>).

Dadurch ist über die zivilistische Bedeutung der bewilligungspflichtigen Ein- und Ausführungsgeschäfte, praktisch also vor allem von Kaufverträgen, das Notwendige gesagt: die obligatorischen Verträge, d. h. die Verpflichtungsgeschäfte, sind nicht verboten, folglich auch nicht widerrechtlich<sup>303</sup>); sie kommen ohne Bewilligung gültig zustande<sup>304</sup>). Widerrechtlich ist dagegen das bewilligungslose Verfügungsgeschäft, d. h. der Transport der Ware über die Grenze; da dem der Zollbann entgegensteht, handelt es sich um den Tatbestand der (nachträglichen) Unmöglichkeit<sup>305</sup>)<sup>306</sup>).

Besteht Unmöglichkeit der Erfüllung eines Vertrags (praktisch immer eines Kaufs), der vor Einholung einer Bewilligung abgeschlossen worden war, weil die Ware nicht über die Grenze kommt, so stellt sich die Frage der Schadenersatzpflicht. Es sind dabei verschiedene Tatbestände zu unterscheiden. Ist ein Vertrag abgeschlossen worden, obwohl beide Parteien gewusst haben, dass eine Bewilligung nötig ist, dann ist der Vertrag als

---

<sup>302</sup>) A. M. Staudinger-Riezler § 138, N. 7.

<sup>303</sup>) Anders ein Entscheid bei Fuchs, Zivilrechtliche Kriegsentscheidungen des K. K. Obersten Gerichtshofs, Wien 1919, N. 15 S. 59, wo von relativer Nichtigkeit die Rede ist.

<sup>304</sup>) Während ein Geschäft, dem ein Gültigkeitsrequisit fehlt, wie die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Geschäft des urteilsfähigen Unmündigen, nicht zustande kommt, sondern unvollendet ist, Tuhr, OR S. 199, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II 1 S. 274.

<sup>305</sup>) Das alles gilt natürlich bloss vom Standpunkt des schweizerischen Rechts aus, wenn ein auf diese Fragen bezüglicher Prozess von einem schweizerischen Gericht beurteilt wird. Ein ausländisches Gericht würde sich vermutlich hüten, schweizerische Verbotsgesetze als verbindlich anzusehen, so wenig wie ein schweizerisches Gericht ausländische Verbotsgesetze anzuerkennen braucht, BGE 42 II 183.

<sup>306</sup>) Über die Übertragbarkeit von Ausfuhrbewilligungen zur Kriegszeit BGE 42 II 219, 43 II 787.

bedingt aufzufassen, sofern eine entsprechende Klausel in den Vertrag aufgenommen worden ist<sup>307</sup>). Tritt die Bedingung nicht ein, so fällt der Vertrag dahin und eine Schadenersatzpflicht entsteht nicht. Fehlt eine solche Klausel, so gilt soviel: Handelt es sich um eine Gattungssache, so ergeben sich die Konsequenzen der Nichterfüllung nach OR Art. 97 f.<sup>308</sup>), gleichgültig, ob die Notwendigkeit einer Bewilligung keiner Partei oder bloss dem Käufer oder bloss dem Verkäufer bewusst war. Im letztern Fall ist ohnehin anzunehmen, der Verkäufer habe das Risiko der Nichterteilung der Bewilligung auf sich genommen<sup>309</sup>). Handelt es sich dagegen um eine Speziessache, so fällt der Vertrag nach OR Art. 119 dahin; gleich ist es zu halten bei einer gemischt generischen Obligation.<sup>310</sup>)

War beiden Parteien oder dem Käufer die Bewilligungspflicht bewusst, so entsteht keine Schadenersatzpflicht. War sie dagegen dem Verkäufer bekannt und hatte er sie dem Käufer verschwiegen, so ist er schadenersatzpflichtig, denn er durfte den Vertrag nicht schliessen, wenn er nicht sicher war, ihn erfüllen zu können<sup>311</sup>). Der

<sup>307</sup>) BGE 42 II 372, 484.

<sup>308</sup>) Genus perire non potest, BGE 43 II 793. Ausgenommen, wo im Sinn der zur Kriegszeit entwickelten Lehre von der Nichtzumutbarkeit der Leistung auch bei Gattungssachen OR Art. 119 oder besser die auf ZGB Art. 1 gestützte *clausula rebus sic stantibus* angewendet werden kann; darüber Oser-Schönenberger Art. 119 N. 6, 7; Tuhr, OR S. 495. Hinsichtlich der hier fraglichen Geschäfte wird das selten der Fall sein. Über die Pflicht des Schadenersatzfordernden Käufers zu einem Deckungskauf BGE 43 II 80, 170, 214, 784.

<sup>309</sup>) BGE 54 II 337.

<sup>310</sup>) BGE 57 II 508, Tuhr, OR S. 51.

<sup>311</sup>) Dazu BGE 42 II 372, 43 II 83, 57 II 513. Es scheint mir richtiger, auch in diesem Fall OR Art. 119 anzuwenden, und nicht OR Art. 97 (wie Tuhr, OR S. 494 N. 7 es tut); denn der Schuldner hat ja nicht die Unmöglichkeit der Erfüllung verschuldet, sondern sein Verschulden bezieht sich auf die Tatsache, dass er den Vertrag abgeschlossen hat, ist also je nach Auffassung ein

Verkäufer ist gleichermassen schadenersatzpflichtig, wenn er die Bewilligungspflicht hätte kennen sollen<sup>312</sup>), was sogut wie immer der Fall ist — *error iuris nocet*. Entsteht die Bewilligungspflicht nachträglich, weil sie nach Abschluss eines Vertrags, aber vor seiner Erfüllung eingeführt wird, so fällt der Vertrag, wenn die Bewilligung nicht erteilt wird, ebenfalls nach OR Art. 119 dahin. Eine Schadenersatzpflicht entsteht dann nur unter gewissen Voraussetzungen. Wenn z. B. ein relatives Einfuhrverbot erlassen worden ist und der Käufer unterlässt es, den ausländischen Verkäufer sofort zu benachrichtigen, so dass dieser die Ware an die Grenze spedierte, dann hat der Käufer für den dadurch entstandenen Schaden aufzukommen. Der Schaden kann bestehen aus den Transportkosten usw.; wenn die Ware verdorben ist, aus deren Wert<sup>313</sup>). Eine gleiche Benachrichtigungspflicht ist bei einem Ausfuhrverbot anzunehmen. Ihre Verletzung bedeutet *culpa in contrahendo* oder unerlaubte Handlung (OR Art. 41)<sup>314</sup>).

Die bisherigen Ausführungen gelten nicht für die Ausfuhrbewilligungen in der Uhrenindustrie<sup>315</sup>). Hier ist ausdrücklich schon der Abschluss des Kaufvertrags zum Zweck der Ausfuhr ohne Bewilligung verboten. Gleich verhielt es sich zur Kriegszeit mit der Ausfuhr von Butter und Käse: gemäss BRB betreffend Verkauf von Butter und Käse vom 21. November 1915<sup>316</sup>) war der Abschluss von Kaufverträgen zum Zweck der Ausfuhr verboten. Das Bundesgericht hat in einem ersten diese Bestimmung betreffenden Urteil die Frage offen gelassen,

---

deliktisches oder quasikontraktliches, d. h. die Schadenersatzpflicht ist auf OR Art. 41 oder *culpa in contrahendo* zu stützen.

<sup>312</sup>) BGE 57 II 513.

<sup>313</sup>) Fuchs Nr. 14 S. 53.

<sup>314</sup>) Anders im Entscheid Fuchs Nr. 14 S. 53, wo vertragliche Haftung angenommen wird.

<sup>315</sup>) A. S. 53, 1115 Art. 5; 52, 217.

<sup>316</sup>) A. S. 31, 414, Art. 4.

wann anzunehmen sei, dass ein Kaufvertrag zum Zweck der Ausfuhr abgeschlossen sei<sup>317)</sup>; in einem weitem Urteil<sup>318)</sup> hat es sie dahin beantwortet, dass die Absicht der Ausfuhr zum Inhalt des Vertrags gehören müsse, es also nicht genüge, wenn sie ein Motiv des Abschlusses bilde, vor allem also, wenn die Ausfuhr nur von einer Partei beabsichtigt sei. Diese Lösung ist auf die zitierten Erlasse über den bewilligungspflichtigen Uhrenexport anwendbar. In beiden Urteilen wurde die Frage offen gelassen, ob ein Vertrag nichtig wäre, wenn die Ausfuhrabsicht im erwähnten Sinn bewiesen wäre, aber die Bewilligung fehlte. Die Lösung richtet sich nach den vorne angestellten allgemeinen Erwägungen<sup>319)</sup>. Wer mit dem Verfasser ein verbotswidriges Geschäft als schlechthin nichtig ansieht, sobald nicht bloss die subjektive Beteiligung am Geschäft verboten ist, wird auch ein solches ohne Bewilligung abgeschlossenes Geschäft als nichtig ansehen; denn die Bewilligung hat ja den Sinn, eine prinzipiell gegebene Widerrechtlichkeit aufzuheben. Wer auf dem Boden der herrschenden Meinung steht, muss untersuchen, ob nach Sinn und Zweck des Erlasses die Nichtigkeit als gewollt anzunehmen ist.

Auch bei den im Rahmen der im abessinischen Krieg gegen Italien ergriffenen Sanktionen relativ verbotenen Darlehen<sup>320)</sup> war nicht bloss das Verfügungsgeschäft bewilligungspflichtig, sondern auch schon das Verpflichtungsgeschäft.

2. Andere Bewilligungen. Der Verkauf von Luftschutzmaterial ist ein bewilligungspflichtiges Gewerbe, wie z. B. das des Apothekers. Entsprechend den früher entwickelten Grundsätzen muss ein Vertrag, der mit einer ohne Bewilligung handelnden Person abgeschlossen wird, nichtig sein; anders urteilt vermutlich die herrschende Meinung.

---

<sup>317)</sup> BGE 42 II 481.

<sup>318)</sup> BGE 42 II 485.

<sup>319)</sup> Vorne S. 549a f.

<sup>320)</sup> A. S. 51, 717.

Eine ohne Bewilligung erfolgende Veräußerung oder Belastung von Grundstücken in Festungsgebieten ist juristisch unmöglich, da der Grundbuchführer, dem die betroffenen Grundstücke angegeben werden<sup>321)</sup>, eine Eintragung im Grundbuch nicht vornehmen darf<sup>322)</sup>; es tritt Nichtigkeit des Geschäfts ein.

Auslandsgeschäfte der Banken, gegen die die Nationalbank Einsprache erhoben hat, dürfen nicht abgeschlossen werden<sup>323)</sup>. Die Bewilligung ist folglich Gültigkeitsrequisit; fehlt sie, so ist das Geschäft nicht gültig zustande gekommen. Entsprechend verhält es sich in der Regel mit den bewilligungspflichtigen Geschäften der Kreditkassen mit Wartezeit; Gültigkeitsrequisit ist auch die für Verträge über Milchlieferungen vorgesehene Genehmigung und diejenige gemäss dem vor genannten Erlass über die Unterstützung hilfsbedürftiger Eisenbahn- und Schiffsunternehmungen.

### c) Qualitätsvorschriften.

#### a) Allgemeines.

Im Regelfall kann ein Verkäufer seine Ware anbieten, ohne dass die Rechtsordnung ihm Vorschriften über deren Qualität macht. Es fragt sich dann einfach, ob das Verhältnis zwischen Qualität und Preis der Ware so beschaffen ist, dass es einen Käufer zur Annahme des Angebots bewegen kann; das ist eine ökonomische, keine juristische Frage. Diese Freiheit in der Wahl der Qualität einer in den Verkehr zu bringenden Sache ist ein Ausfluss der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhalts. Sie ist der Übersichtlichkeit halber zu unterscheiden von der Extrakommerzialität einer Ware, die sich auf die Frage bezieht, ob eine bestimmte Sache überhaupt in den Verkehr gebracht werden darf und je nachdem die Sanktion der juristischen Unmöglichkeit oder der absoluten

<sup>321)</sup> A. S. 53, 162, Art. 10 I.

<sup>322)</sup> Art. 2 lit. a.

<sup>323)</sup> Bankengesetz Art. 8 IV, A. S. 52, 117.

Widerrechtlichkeit nach sich zieht. Bei den Qualitätsvorschriften handelt es sich im Sinne der früheren Darlegungen um die relative Widerrechtlichkeit. Sie geht allerdings insofern in die Frage der Extrakommerzialität über, als man eine Sache, die den Qualitätsvorschriften nicht entspricht, unter Umständen als *res extra commercium* betrachten muss, dann nämlich, wenn es verboten ist, die vorschriftswidrige Ware in Verkehr zu bringen.

Die Rechtsordnung kennt auch normalerweise Beschränkungen in der Wahl der Qualität, namentlich aus gesundheitspolizeilichen Gründen. Dahin gehören z. B. zahlreiche Vorschriften der Lebensmittelverordnung vom 26. Mai 1936<sup>324</sup>). Aus gewerbepolizeilichen Gründen werden ebenfalls häufig Qualitätsvorschriften erlassen, die namentlich dem Schutz des Publikums vor Fälschung oder irreführenden, bzw. betrügerischen Angaben dienen<sup>325</sup>). Hier ist z. B. auch das Verbot falscher Herkunftsbezeichnungen einzureihen<sup>326</sup>), ferner in gewisser Hinsicht die Verbote der Verwendung von nationalen, territorialen und regionalen Bezeichnungen in Firmen<sup>327</sup>). Es liegt auf der Hand, dass hier überall Einschränkungen der rechtsgeschäftlichen Freiheit vorliegen; denn im Idealfall wäre es jedermann überlassen, nach seinem Belieben beschaffene

<sup>324</sup>) A. S. 52, 305, vgl. auch 51, 555, 632, verbunden mit LebensmittelVO Art. 341.

<sup>325</sup>) Vgl. z. B. BG über die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen und Edelmetallwaren vom 20. Juni 1933, A. S. 50, 345.

<sup>326</sup>) Art. 18 III des BG betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken . . . vom 26. September 1890/21. Dezember 1928. Art. 15 der LebensmittelVO vom 26. Mai 1936. Positive oder negative Vorschriften über die Bezeichnung von Waren sind Qualitätsvorschriften, indem Waren einer bestimmten Beschaffenheit mit einer bestimmten Bezeichnung benannt werden müssen oder nur Waren einer bestimmten Beschaffenheit mit einer bestimmten Bezeichnung benannt werden dürfen, oder m. a. W. Waren, für die eine bestimmte Bezeichnung gebraucht wird, eine bestimmte Beschaffenheit aufweisen müssen. Vgl. auch A. S. 52, 1034 Art. 12; 53, 5, Art. 6; 51, 389.

<sup>327</sup>) HandelsregisterVO Art. 45 f.

Ware zu veräussern, oder sie oder seine Firma zu nennen, wie er mag. Es wäre dann Sache der Gegenpartei, die Ware zu erwerben oder nicht, sich gegen unlautere Machenschaften zur Wehr zu setzen oder nicht. Sobald das anders ist, erfolgt ein Eingriff in die Privatautonomie.

Ob die Befolgung der Qualitätsvorschriften durch Kontrollen überprüft wird, die gelegentlich von einer Behörde von sich aus oder auf Anzeige hin vorgenommen werden, oder ob jede Sache einer bestimmten Kategorie vor ihrer Inverkehrsetzung zwangsweise kontrolliert werden muss<sup>328)</sup> bedeutet in diesem Zusammenhang keinen Unterschied.

### *β) Tatbestände.*

1. Eine gewisse Qualität ist gelegentlich vorgeschrieben für Waren, für die eine Einfuhrbewilligung nötig ist. So für eine grössere Anzahl von Waren gemäss Verfügung Nr. 23 vom 16. Januar 1933<sup>329)</sup>, ferner speziell für Pferde und für Luftschutzmaterial<sup>330)</sup>. Zum Schutz des Weinbaus können Stützungsaktionen vorgenommen werden, die u. U. von der Einhaltung bestimmter Qualitätsanforderungen abhängig gemacht werden<sup>331)</sup>; diese Qualitätsvorschriften gehören ins Gebiet des indirekten Zwangs<sup>332)</sup>.

<sup>328)</sup> Z. B. A. S. 50, 345.

<sup>329)</sup> A. S. 49, 37.

<sup>330)</sup> A. S. 53, 648; 50, 666, Art. 2 lit. d; 51, 285.

<sup>331)</sup> A. S. 52, 658, Art. 4.

<sup>332)</sup> Man kann hier auch erwähnen, dass für gewisse Waren bestimmte Angaben vorgeschrieben sind, so für Edelmetallwaren die Angabe des Feingehalts (A. S. 50, 345, Art. 7). Nach der Abwertung wurde für eine Reihe von Waren vorgeschrieben, dass die Qualitätsbezeichnung, die Preise je Verkaufseinheit, die Angabe, ob die Ware aus dem Inland oder Ausland stammt, durch Anschriften bekanntgegeben werden mussten (A. S. 52, 752). Laut LebensmittelVO Art. 173 f. müssen ausländische oder konservierte Eier usw. als solche gekennzeichnet sein (dazu A. S. 52, 432), desgleichen nach Art. 192 ausländisches Obst. Soweit es sich um ausländische Ware handelt, sind für diese Vorschriften wohl nicht nur lebensmittelpolizeiliche, sondern auch wirtschaftspolitische Motive massgebend gewesen.

2. Eingehende Qualitätsvorschriften bestehen für die Produkte der Milchwirtschaft<sup>333</sup>); im Zusammenhang mit den staatlichen Stützungsmaßnahmen zugunsten der Milchproduzenten soll eine Verbesserung der Qualität der Milchprodukte erstrebt werden.

3. Eine eigenartige Massnahme der ausserordentlichen Gesetzgebung ist der sog. Beimischungszwang. Es wurde vorgeschrieben<sup>334</sup>), dass Speisefette jeder Art und Herkunft nur vermischt mit inländischer Butter in Verkehr gebracht und verwendet werden dürfen. Der Zwang ist kein absoluter, indem Ausnahmen bewilligt werden können<sup>335</sup>). Der Erlass ist insofern rückwirkend, als für die Liquidation der Vorräte an unvermischten Speisefetten Fristen gesetzt sind<sup>336</sup>); d. h. nach Ablauf der Frist muss auch bereits fertiggestellten Fetten Butter beigemischt werden. Ein Beimischungszwang ist ferner für Benzin und Benzol, die motorischen Zwecken dienen, vorgesehen; es soll ihnen Kernobstalkohol beigemischt werden<sup>337</sup>). Der Zwang ist hier, anders als im vorigen Erlass, insofern ein indirekter, als von der Abnahme des Kernobstalkohols die Erteilung einer Einfuhrbewilligung abhängig gemacht ist; er kann also vermieden werden, wo eine Einfuhr nicht in Frage steht oder darauf verzichtet wird. Beim Beimischungszwang handelt es sich um Qualitätsvorschriften; denn ob man als Gold nur ein bestimmtes Metall mit einem vorgeschriebenen Feingehalt bezeichnen darf und folglich gezwungen ist, es entsprechend zu behandeln, oder

---

<sup>333</sup>) A. S. 50, 247, Art. 8 II; 53, 544, Art. 1 f.; 54, 189, Art. 3. Dazu BBl 1936 I 394, 891; 1937 I 299. LebensmittelVO Art. 39 f.

<sup>334</sup>) VO über die Förderung des Absatzes einheimischer Butter, vom 13. Juli 1934, A. S. 50, 567, aufgehoben durch A. S. 52, 82.

<sup>335</sup>) Art. 5.

<sup>336</sup>) Art. 8.

<sup>337</sup>) BRB über die Verwendung von Kernobstalkohol als Motortreibstoff, vom 30. Mai 1936, A. S. 52, 428. Der Erlass ist bis heute nicht vollzogen worden.

ob Speisefette oder Treibstoffe eine bestimmte Zusammensetzung aufweisen müssen, macht keinen Unterschied.

Einen Sonderfall stellt der BRB betreffend die Verbilligung des Mehl- und Brotpreises vom 14. Dezember 1936 dar<sup>338</sup>), durch den die Besitzer von Handmøhlen im Sinne von Art. 15 I und 16 des Getreidegesetzes verpflichtet werden, ein Vollmehl herzustellen, das den in Art. 3 des zitierten Erlasses genau umschriebenen Qualitätsanforderungen zu entsprechen hat. Diese Pflicht scheint eine absolute zu sein. Gemäss Art. 5 I sind die Bäcker und Inhaber von Brotverkaufsstellen verpflichtet, ein aus dem erwähnten Vollmehl hergestelltes Vollbrot in einwandfreier Qualität zur Verfügung der Käufer zu halten. Diese Pflicht scheint keine absolute zu sein, denn falls kein Vollbrot abgegeben wird, muss Halbweiss- oder Weissbrot zum Preise des Vollbrots verkauft werden, aber nur auf Verlangen. Auch können anstelle des Vollbrotes gewisse Schwarzbrote treten, sofern sie zum Vollbrotpreis geliefert werden (Art. 7). Die Bäcker sind also einem bloss indirekten Zwang ausgesetzt. Diese Vorschriften gehen über die Tragweite der gewöhnlichen Qualitätsvorschriften hinaus, denn hier wird nicht nur vorgeschrieben, dass eine bestimmte Ware, wenn sie in Verkehr gesetzt wird, eine gewisse Qualität ausweisen muss, sondern es wird zwingend vorgeschrieben, dass eine neue Ware überhaupt hergestellt wird.

Hinsichtlich des Beimischungszwangs und der Pflicht zur Herstellung von Vollmehl und Vollbrot erlaubt es die Konstruktion dieser Normen als Qualitätsvorschriften, die betreffenden Erlasse vom Gesichtspunkt des Zivilrechts aus systematisch zu behandeln. Rein publizistisch gesehen sind es öffentlich-rechtliche Gebote, durchaus vergleichbar dem Gebot z. B. das Trottoir mit Sand zu bestreuen oder sein Auto mit einem Richtungszeiger zu versehen.

---

<sup>338</sup>) A. S. 52, 1004, Art. 1.

*γ) Sanktionen.*

In den fraglichen Erlassen sind die üblichen straf- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen aufgezählt. Für die zivilrechtlichen ist soviel zu erwägen: wo eine Qualitätsvorschrift den Sinn hat, die Inverkehrsetzung von Waren, die den Qualitätsvorschriften nicht entsprechen, als verbotswidrig zu verhindern, sie also zu *res extra commercium* zu stempeln, wie namentlich bei gesundheitspolizeilichen Vorschriften, stellt sich die Frage der Nichtigkeit eines Vertrags; sie ist regelmässig zu bejahen, wie auch das Bundesgericht einmal festgestellt hat<sup>339</sup>). Aus den gleichen Gründen ist die selbe Sanktion bei Verträgen über qualitätsvorschriftswidriges Luftschutzmaterial anzunehmen. Nicht so bei den übrigen unter lit. β soeben aufgezählten Vorschriften. Sie sind als blosse Ordnungsvorschriften zu betrachten und berühren unmittelbar die Interessen keiner Gegenpartei, auch bedeutet ihre Missachtung keine eigentliche Verbotswidrigkeit<sup>340</sup>).

**D. Verschiedene Vorschriften.**

Der Inhalt eines Vertrags kann naturgemäss noch durch andere Vorschriften als die unter lit. B und C aufgezählten beschränkt werden, so vor allem durch solche gewerbepolizeilicher Art. Es erübrigt sich, darauf näher einzugehen. Erwähnt sei immerhin, dass in der Uhrenindustrie der Inhalt des Dienstvertrags weitgehend zwingend geordnet ist, indem für die nicht dem Fabrikgesetz unterstehenden Betriebe, also vor allem Familienbetriebe und die Heimarbeit, eingehende Vorschriften über die Arbeitszeit, die Lohnzahlung, die Arbeit jugendlicher Personen usw. erlassen worden sind.<sup>341</sup>)

<sup>339</sup>) BGE 45 II 548.

<sup>340</sup>) Nach A. S. 49, 37, Art. 3 ist z. B. bei Waren, deren Qualität nicht den betreffenden Vorschriften entspricht, Zoll nachzuzahlen.

<sup>341</sup>) A. S. 52, 778; 53, 1121, der Erlass gilt bis Ende 1939. Darüber Bericht des Bundesrates, BBl 1937 I 421 f. Vgl. auch A. S. 53, 1115, Art. 5 IV lit. d.

Ferner sei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass in der Gesetzgebung über die Banken<sup>342)</sup> und Kreditkassen mit Wartezeit<sup>343)</sup> zahlreiche positive und negative Vorschriften über den Inhalt von Verträgen enthalten sind, gleich wie das z. B. im VVG der Fall ist; alle diese Normen sind in diesem Zusammenhang als Beschränkungen des Inhalts von Rechtsgeschäften zu betrachten, und zwar als solche gewerbepolizeilicher Art<sup>344)</sup>.

### **§ 7. Abänderung der Gültigkeitsvoraussetzungen des Vertragsabschlusses.**

Die in diesem Referat zu behandelnde ausserordentliche Gesetzgebung enthält vor allem in zwei Hinsichten Normen, die für die Voraussetzungen der Gültigkeit des Vertragsabschlusses Abänderungen bedeuten: inbezug auf die Handlungsfähigkeit und die Verfügungsmacht<sup>1)</sup>.

#### **I. Beschränkung der Handlungsfähigkeit.**

1. Gemäss SchKG Art. 298 I darf ein Schuldner, dem eine Nachlaßstundung gewährt worden ist, während deren Dauer keine Bürgschaften eingehen; das bedeutet eine besondere Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit<sup>2)</sup>. Das

<sup>342)</sup> Z. B. Bankengesetz Art. 15, 17.

<sup>343)</sup> A. S. 51, 85 Art. 19 f. Darüber allgemein Reinmann, Der Kreditvertrag der schweizerischen Kreditkassen mit Wartezeit, Diss. Zürich 1937; Stamm, Die Kreditkassen mit Wartezeit, Diss. Freiburg 1936.

<sup>344)</sup> Gersbach, Der Nachlassvertrag ausser Konkurs nach dem schweizerischen BG über die Banken und Sparkassen, Diss. Zürich 1937, S. 3.

<sup>1)</sup> Eine Modifikation nicht nur der Handlungs-, sondern sogar der Rechtsfähigkeit würde es bedeuten, wenn, wie gelegentlich postuliert, nurmehr Bauern landwirtschaftliche Grundstücke erwerben könnten. Entsprechende Normen kennen einige Länder, in denen Ausländer kein Eigentum an Grundstücken oder Schiffen erwerben können.

<sup>2)</sup> Tuhr, OR S. 184 N. 13. Man kann füglich von einer Bürgschaftsfähigkeit sprechen als einem Unterbegriff der Handlungsfähigkeit und darunter die Fähigkeit verstehen, eine

bäuerliche Nachlassverfahren gemäss BB über vorübergehende rechtliche Schutzmassnahmen für notleidende Bauern vom 28. September 1934<sup>3)</sup> und dasjenige der Hotel- und Stickereiindustrie gemäss BB über vorübergehende rechtliche Schutzmassnahmen für die Hotel- und Stickereiindustrie vom 21. Juni 1935<sup>4)</sup> haben diese Vorschrift zum Zweck der Verhütung neuer Verschuldung dahin erweitert, dass dem Schuldner bei Folge der Nichtigkeit das Eingehen von Bürgschaften untersagt ist, und zwar für eine von der Nachlassbehörde festzusetzende Zeit, die mindestens so lange dauert wie die Kapitalstundung<sup>5)</sup> und im bäuerlichen Verfahren<sup>6)</sup> höchstens so lange, als eine gemäss Art. 20 oder 41 des BB errichtete Pfandforderung nicht abbezahlt ist. Die Dauer der Kapitalstundung beträgt im bäuerlichen Verfahren (Art. 14 I) höchstens vier Jahre; im Hotel- und Stickereiverfahren darf sie bis höchstens Ende 1940 dauern (Art. 7 I)<sup>7)</sup>.

---

Bürgschaft einzugehen; darüber Stauffer und Henry, Die Revision des Bürgschaftsrechts, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1935, S. 24a f., 154a f.; Lerch und Tuason, Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, Zürich 1936, S. 39 f. Die Bürgschaftsfähigkeit ist beschränkt nicht nur für den Nachlassvertragsschuldner, sondern auch für die verheiratete Frau (ZGB Art. 177 II/III), den Bevormundeten (ZGB Art. 408), Kinder unter elterlicher Gewalt (ZGB Art. 280 II), unter Beiratschaft stehende Personen (ZGB Art. 395 Ziff. 9). Die Vorschläge, die Bürgschaftsfähigkeit generell oder speziell einzuschränken (Stauffer und Henry a. a. O.; Die Revision des Bürgschaftsrechts, Bericht und Vorentwurf der Eidg. Justizabteilung 1937, S. 24 f.), sind nicht in den Vorentwurf einer Revision des Bürgschaftsrechts aufgenommen worden.

<sup>3)</sup> A. S. 50, 1075, Art. 28 lit. b, 34 III.

<sup>4)</sup> A. S. 51, 461, Art. 43 IV.

<sup>5)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 34 IV, dazu A. S. 48, 485 Art. 7 II, Hotelverfahren Art. 43 I.

<sup>6)</sup> Art. 34 IV.

<sup>7)</sup> Entsprechende Vorschriften enthält der Entwurf eines BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Betriebe Art. 68 III, 65 II, BBl 1936 II 330/31.

2. Weniger weit gehen die die Banken betreffenden Vorschriften. Eine Bank, der Stundung, Fälligkeitsaufschub oder Nachlaßstundung gewährt worden ist<sup>8)</sup>, darf je nachdem nur mit Zustimmung des Kommissärs, bzw. Sachwalters eine Bürgschaft eingehen; fehlt die Zustimmung, dann ist das Geschäft nichtig<sup>9)</sup>.

3. Kreditkassen mit Wartezeit dürfen auch ausserhalb der Zwangsvollstreckungsverfahren nur mit Zustimmung des Aufsichtsdienstes Bürgschaften eingehen<sup>10)</sup>. Die Zustimmung ist Gültigkeitsrequisit.

4. Im Rahmen des bäuerlichen Nachlassverfahrens (Art. 34 I) ist vorgesehen, dass die Nachlassbehörde — auch dies eine Massnahme zur Verhinderung neuer Überschuldung des sanierten Bauern — bei der zuständigen Behörde die Bestellung eines Beistandes oder Beirates gemäss ZGB Art. 393 oder 395 beantragen kann. Von diesen zwei Instituten lässt das erste die Handlungsfähigkeit unberührt, während das zweite eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit bedeutet. Die Meinung ist nicht die, dass die Voraussetzungen der Errichtung einer Beistand- oder Beiratschaft geändert werden sollen; die Neuerung gegenüber dem Zivilrecht besteht vielmehr darin, dass die Errichtung nicht nur auf Antrag eines Beteiligten oder durch die Vormundschaftsbehörde von Amtes wegen erfolgen kann (ZGB Art. 392 I), sondern auch auf Antrag der Nachlassbehörde<sup>11)</sup>.

---

<sup>8)</sup> Bankengesetz Art. 32 III, 27; VO des Bundesgerichts betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935, Art. 2 (A. S. 51, 248).

<sup>9)</sup> Hinten Ziff. II 2.

<sup>10)</sup> VO über die Kreditkassen mit Wartezeit vom 5. Februar 1935, Art. 13 (A. S. 51, 85).

<sup>11)</sup> Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Betriebe, BBl 1936 II 287. Dieser Entwurf sieht in Art. 66 III die (Mitwirkungs-) Beiratschaft vor.

## II. Beschränkung der Verfügungsmacht.

1. Der Handlungsfähigkeit stellt man die Verfügungsmacht (Dispositionsfähigkeit) gegenüber als die Befugnis eines Rechtssubjektes, über ein ihm oder einem Dritten zustehendes Recht zu verfügen<sup>12)</sup>. Die Rechtsordnung kennt eine ganze Reihe von Tatbeständen, bei deren Vorliegen die Verfügungsmacht beschränkt ist, so z. B. die Verfügungsmacht der Erben bei Erbschaftsverwaltung (ZGB Art. 554); vor allem enthält das Zwangsvollstreckungsrecht solche Normen: die Dispositionsunfähigkeit des Schuldners bei Pfändung, Konkurs und Nachlassvertrag (SchKG Art. 96, 204 I, 298). Die letzten Vorschriften sind beim bäuerlichen Nachlassverfahren (Art. 34 II) dahin erweitert worden, dass dem Schuldner eine Veräusserung oder Belastung von Grundstücken, Verpfändung von Vieh und Bestellung anderer Pfänder nur mit Zustimmung der Bauernhilfsorganisation erlaubt ist; im Grundbuch ist demgemäss eine Verfügungsbeschränkung im Sinn von ZGB Art. 960 einzutragen, und ZGB Art. 812 I tritt ausser Kraft<sup>13)</sup>. Das letztere gilt im Zusammenhang damit, dass zu einer neuen Belastung von Grundstücken die Zustimmung der Hoteltreuhandgesellschaft, bzw. der Stickerreitreuhandgenossenschaft erforderlich ist, auch im Nachlassverfahren der Hotel- und Stickereiindustrie<sup>14)</sup>. Ausserordentlich weitgehende Dispositionsbeschränkungen, namentlich zur Verhütung einer neuen Überschuldung, sieht der Entwurf eines BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Betriebe vor; es sei auf dessen Wortlaut verwiesen<sup>15)</sup>.

Wird trotz Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch ohne Zustimmung der erwähnten Organi-

---

<sup>12)</sup> Tuhr, OR S. 190 f.; Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 1 II S. 365; Egger, Komm. ZGB Art. 12 N. 6.

<sup>13)</sup> Vgl. auch bäuerliches Nachlassverfahren Art. 27 II, 28 lit. b, Art. 38 I lit. b.

<sup>14)</sup> Art. 43 III, ferner 33, 46 I lit. b.

<sup>15)</sup> Art. 65 f. und namentlich 76 f.

sationen eine Verfügung getroffen, so ist sie absolut nichtig<sup>16)</sup>.

2. Ist einer Bank eine Stundung im Sinne von Bankengesetz Art. 29 f. bewilligt worden, dann dürfen keine Rechtshandlungen vorgenommen werden, die eine Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen oder eine Gläubigerbegünstigung darstellen würden; Zahlungen dürfen nur mit Zustimmung des Bankenkommis­ särs geleistet werden<sup>17)</sup>. Das Stundungsgericht kann ferner insbesondere anordnen, dass der Abschluss neuer Geschäfte, die Veräußerung von Liegenschaften und die Bestellung von Pfändern zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung des Bankenkommis­ särs bedürfen (Bankengesetz Art. 32 II/III). Die Zustimmung ist Gültigkeitsrequisit, und ihr Fehlen macht das Geschäft nichtig; deshalb sind auch die in Art. 32 III genannten Anordnungen bekannt zu machen. Bei einem Fälligkeitsaufschub setzt der Bundesrat im Einzelfall entsprechende Massnahmen fest (Bankengesetz Art. 27). Im Fall der Nachlaßstundung<sup>18)</sup> trifft die Nachlass­ behörde, wenn sie der Bank die Fortführung des Geschäfts gestattet, die erforderlichen Anordnungen zur Erhaltung des Vermögensstandes und zur Verhinderung der Gläubiger­ begünstigung; die Veräußerung oder Belastung von Grund­ stücken und die Bestellung von Pfändern sind mit Zu­ stimmung des Sachwalters zulässig. Wird die Bewilligung zur Fortführung des Geschäfts nicht erteilt, so kann die Bank nur mit Zustimmung des Sachwalters Zahlungen

---

<sup>16)</sup> BGE 51 III 75, dazu Jäger, Komm. SchKG Art. 298 N. 3; Leemann, Die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch, Diss. Zürich 1937, S. 43 f., 53 f., 68 f.; Tuhr, OR S. 198; Homberger, Komm. ZGB Art. 960 N. 40; Haab, Probleme der Reform des Nachlassvertragsrechts, ZSR 47, S. 215.

<sup>17)</sup> Bankengesetz Art. 32 II, dazu Vollziehungsverordnung zum Bankengesetz vom 26. Februar 1935, Art. 49 (A. S. 51, 138), BRB über die Sanierung von Banken vom 17. April 1936, Art. 3 II (A. S. 52, 185).

<sup>18)</sup> VO betreffend Bankennachlassverfahren Art. 2 (A. S. 51, 248).

vornehmen und sonstwie über ihr Vermögen verfügen. Im Grundbuch sind Verfügungsbeschränkungen gemäss SchKG Art. 296 und ZGB Art. 960 Ziff. 2 vorzumerken; das dürfte auch der Fall sein bei der Stundung und dem Fälligkeitsaufschub (Bankengesetz Art. 32, 27). Aus der Vorschrift, dass alle diese Verfügungsbeschränkungen gleichzeitig mit dem Schuldenruf öffentlich bekannt zu machen sind<sup>19)</sup>, ist zu schliessen, dass eine ohne Zustimmung erfolgende Verfügung nichtig ist<sup>20)</sup>. Die Publikation zerstört den guten Glauben eines allfälligen dritten Kontrahenten oder Erwerbers.

3. Eine besondere Art von Dispositionsunfähigkeit bringt der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung mit sich, wie er insbesondere für die Banken vorgesehen ist. Entgegen der Auffassung, diese Art von Nachlassvertrag könne auch mittelst einer Eigentumsübertragung der schuldnerischen Vermögensobjekte abgewickelt werden<sup>21)</sup>, bestimmt die VO des Bundesgerichts über das Bankennachlassverfahren vom 11. April 1935<sup>22)</sup> in Übereinstimmung mit der früheren bundesgerichtlichen Praxis<sup>23)</sup>, dass der Schuldner Eigentümer bleibt und nur in seiner Dispositionsfähigkeit beschränkt wird. Entsprechend ist eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch vorzumerken. Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung wird dadurch verfahrensmässig dem Konkurs angeglichen.

\* \* \*

<sup>19)</sup> A. S. 51, 248, Art. 2.

<sup>20)</sup> Gersbach, Der Nachlassvertrag ausser Konkurs nach dem schweizerischen BG über die Banken und Sparkassen, Diss. Zürich 1937, S. 42 f.; Leemann a. a. O. S. 54.

<sup>21)</sup> Darüber Gersbach S. 102 f.; Haab, Die Bedeutung der VO über das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935 für die Praxis, Festgabe Götzinger, Basel 1935, S. 132 und dortige Literatur; Graner, Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, Zürich 1937, S. 338.

<sup>22)</sup> A. S. 51, 248, Art. 20 III, 23 I, dazu Gersbach S. 125 f., Haab und Graner a. a. O., Leemann a. a. O. S. 42/43.

<sup>23)</sup> BGE 56 III 91.

Eine Verwandtschaft mit den hier behandelten Beschränkungen der Handlungsfähigkeit und der Verfügungsmacht zeigen gewisse Massnahmen, die in § 14 als Beschränkungen des Rechts der Persönlichkeit dargestellt werden.

### **§ 8. Abänderung der Voraussetzungen des Erlöschens des Vertrags.**

#### **I. Bedeutung des Nachlassvertrags für die (zivilrechtlichen) Gläubigerrechte im allgemeinen.**

Es ist zunächst das Zivilrecht, das die Voraussetzungen umschreibt, unter denen die Rechtsgeschäfte, bzw. ihre Wirkungen erlöschen. Die Wirkungen einer Adoption z. B. erlöschen durch deren Aufhebung im Rahmen der Bestimmung von ZGB Art. 269; die Obligationen erlöschen durch das Eintreten der Untergangsgründe, die im OR, Art. 114 f., vorgesehen sind. Diese sind aber nicht die einzigen Untergangsgründe der Obligation. Eine Obligation auf Sach- und Dienstleistungen erlischt z. B. in ihrem ursprünglichen Gehalt dadurch, dass sie in eine Pflicht zur Zahlung von Schadenersatz umgewandelt wird (OR Art. 97 f.). Ferner kann auch das Nachlassvertragsrecht zum Erlöschen von Obligationen führen, indem ein Gläubiger bei Vorliegen eines bestimmten Quorums auch ohne die eigene Zustimmung, sogar gegen seinen ausdrücklichen Willen, auf Forderungen ganz oder zum Teil verzichten muss, oder indem die Forderungen in andere Rechte umgewandelt werden. Die Voraussetzungen, unter denen hier ein Erlöschen der Wirkungen der Rechtsgeschäfte eintritt, sind in SchKG Art. 293 f. gesetzlich geregelt<sup>1)</sup>.

Das Nachlassvertragsrecht des SchKG zeichnet sich u. a. dadurch aus, dass pfandgesicherte Forderungen von ihm nicht berührt werden. Verschiedene, durch die

---

<sup>1)</sup> Der aussergerichtliche Nachlassvertrag ist grundsätzlich als zivilrechtliche Erscheinung zu betrachten und richtet sich nach den Normen des OR.

Krise veranlasste Erlasse, die für gewisse Kategorien von Schuldner eine Neuordnung des Nachlassvertragsrechts gebracht haben, weisen vor allem die Reform auf, dass auch die pfandgesicherten Forderungen in den Nachlassvertrag einbezogen werden. Dagegen ist die Stellung der privilegierten Gläubiger (SchKG Art. 306 Ziff. 3) theoretisch unverändert geblieben<sup>2)</sup>; praktisch wird ihnen aber im Bankennachlassverfahren insofern eine Stundung auferlegt, als die Auszahlung ihrer Guthaben nur sukzessive erfolgt<sup>3)</sup>. Ferner befassen sich diese Krisenerlasse z. T. mit der Rechtsstellung von Mitverpflichteten des Schuldners, und zwar in doppelter Weise, indem in die Rechte des Gläubigers gegen diese eingegriffen wird oder in die Regressrechte der Mitverpflichteten gegen den Schuldner.

Überall handelt es sich in der Hauptsache darum, dass im Sinne, wie vorhin aufgezeigt, die Voraussetzungen des Erlöschens der Wirkungen von Rechtsgeschäften durch zwingende Normen modifiziert werden, sei es, dass Rechte des Gläubigers überhaupt erlöschen, oder dass sie reduziert oder schliesslich in andere Rechte umgewandelt werden. Indirekt wirken sich übrigens auch die Verfahrensvorschriften auf das Zivilrecht aus, indem sie die Voraussetzungen darstellen, unter denen ein Nachlassvertrag zustande kommt, der seinerseits direkt auf die (zivilrechtlichen) Gläubigerrechte einwirkt. Das gleiche gilt von der Nachlaßstundung, die ihrem Wesen nach keine zivilistische Stundung, sondern ein Hinausschieben der Vollstreckbarkeit bedeutet. Obwohl sie keinen unmittelbaren Bezug hat auf das Erlöschen von Obligationen, wird sie des Zusammenhanges wegen hier angeführt.

---

<sup>2)</sup> Vetsch, Das Krisenrecht der Zwangsvollstreckung, St. Gallen 1937, S. 54; Lampert, Die bäuerliche Entschuldung gemäss BB vom 28. September 1934, S. 31.

<sup>3)</sup> Gersbach, Der Nachlassvertrag ausser Konkurs nach dem schweizerischen BG über die Banken und Sparkassen, Diss. Zürich 1937, S. 107, 140. Es handelt sich vor allem um Sparkassenguthaben, vgl. Bankengesetz Art. 15 II, SchKG Art. 219.

Die hier zu behandelnden Erlasse bringen also insofern Eingriffe ins Zivilrecht, in seinen herkömmlichen Bestand, als sie vom gemeinen Nachlassvertragsrecht abweichen, d. h. die Art und Weise modifizieren, unter denen dieses aufs Zivilrecht einwirkt. Es ist deshalb unsere Aufgabe, sie hier zu behandeln. Dabei können aber nur die Hauptpunkte besprochen werden. Die das Nachlassvertragsrecht beschlagenden Erlasse sind so zahlreich und die von ihnen geordnete Materie ist so weitläufig, dass im wesentlichen auf die Erlasse selber und die zugehörige Literatur verwiesen werden muss<sup>4)</sup>. Insbesondere gehört eine Besprechung von Fragen des Verfahrens als solchem nicht hierher.

## II. Eingriffe in die Rechte der Pfandgläubiger.

Grosse Tragweite haben die Vorschriften, die die Einbeziehung der pfandgesicherten Forderungen in den Nachlassvertrag anordnen. Das hat sich dort als notwendig erwiesen, wo das Vermögen des Schuldners hauptsächlich aus Grundstücken besteht; hier hilft dem Schuldner der gewöhnliche, nur die Kurrentschulden einbeziehende Nachlassvertrag nicht, weil der pfandgeschützte Gläubiger ungeachtet des Nachlassvertrags Betreibung auf Pfandverwertung anheben kann. Infolge der Erfüllung des Nachlassvertrags ist der Schuldner meist nicht imstande, die Schuld zu begleichen; die Pfandverwertung bringt ihm den Verlust des lebensnotwendigen Grundstücks und somit den Ruin. Dem kann nur dadurch entgegengetreten werden, dass der Nachlassvertrag auf die pfandgesicherten Forderungen ausgedehnt wird<sup>5)</sup>. Entsprechende Massnahmen sehen vor:

### 1. BG über Pfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmungen

<sup>4)</sup> Vgl. vor allem als Überblick die Schrift von Vetsch, Das Krisenrecht der Zwangsvollstreckung, St. Gallen 1937, wo die Literatur angegeben ist.

<sup>5)</sup> Darüber Jäger, Subjekt und Objekt des Pfandnachlass-

gen vom 25. September 1917, Art. 51<sup>6)</sup>). Dem Verfahren unterliegen nur die Pfandgläubiger im Sinne des Gesetzes, nicht die Pfandgläubiger nach ZGB<sup>7)</sup>), und zwar für den vom Pfand gedeckten Teil der Forderung.

2. VO betreffend die Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen vom 20. Februar 1918, Art. 4 II<sup>8)</sup>). Die Vorschriften gelten zunächst für Schuldner von Anlehensobligationen mit einheitlichen Anlehensbedingungen, wenn sich der Anlehensbetrag auf mindestens 100,000 Fr. beläuft oder die Zahl der ausgestellten Obligationen mindestens 100 beträgt (GGV Art. 1). Die Verordnung ist in der Folge mit einigen Modifikationen für anwendbar erklärt worden auf Eisenbahn- und Schiffsunternehmungen<sup>9)</sup>, auf Eigentümer von Hotelgrundstücken<sup>10)</sup>, auf Unternehmungen der Stickerei, der Uhrenindustrie und auf vom Fremdenverkehr abhängige gewerbliche Betriebe<sup>11)</sup><sup>12)</sup> und auf Körperschaften des öffentlichen Rechts<sup>13)</sup>. Diese bunte Fülle von Erlassen soll

---

verfahrens, Festgabe Götzinger, Basel 1935, S. 158; Vetsch S. 30, 53 f.

<sup>6)</sup> Abgekürzt VZEG, A. S. 34, 19, erhänzt durch A. S. 34, 1243; 49, 247, Art. 4, 8.

<sup>7)</sup> VZEG Art. 63 II, dazu BGE 59 III 51.

<sup>8)</sup> Abgekürzt GGV, A. S. 34, 231, Abänderungen A. S. 35, 297; 36, 623; 36, 893; 51, 232, 673. Ferner 34, 1243, Art. 3; 54, 49, Art. 4.

<sup>9)</sup> A. S. 35, 297; 51, 673, Art. 1 (ergänzt durch 53, 454).

<sup>10)</sup> A. S. 51, 673, Art. 2.

<sup>11)</sup> A. S. 51, 673, Art. 3, dazu BGE 62 III 29.

<sup>12)</sup> Der BRB vom 1. Oktober 1935 (A. S. 51, 673) stützt sich auf den bis Ende 1938 geltenden BB betreffend die Ausdehnung der Bestimmungen über die Gläubigergemeinschaft vom 5. April 1935 (A. S. 51, 232); er ist ergänzt worden durch A. S. 53, 454 und hat die Erlasse A. S. 48, 709; 50, 851; 51, 34 aufgehoben. Für die Eisenbahn- und Schiffsunternehmungen gilt ausschliesslich das Verfahren gemäss A. S. 51, 673. Für die übrigen aufgezählten Schuldnerkategorien gilt dieses Verfahren wahlweise neben dem allgemeinen des GGV vom 20. Februar 1918 (A. S. 34, 231).

<sup>13)</sup> A. S. 52, 841. Der Erlass galt ursprünglich bis Ende 1937; er ist nun verlängert bis Ende 1938, A. S. 53, 978.

gelegentlich in die normale Gesetzgebung übergeführt werden durch OR Art. 1157 f.; der betreffende Abschnitt ist aber noch nicht in Kraft getreten (Übergangsbestimmungen zum OR Art. 19).

3. BB über vorübergehende rechtliche Schutzmassnahmen für notleidende Bauern, vom 28. September 1934/23. September 1936<sup>14</sup>). Das Pfandnachlassverfahren erstreckt sich auf pfandgesicherte Kapital und Zinse (Art. 14 f.); das gemeine Nachlassvertragsrecht gilt für privilegierte und Kurrentforderungen, für nicht gedeckte Zinsforderungen (Art. 37 III) und auf Verlangen des Gläubigers für ungedeckte Kapitalforderungen (Art. 37 I/II).

4. BB über vorübergehende rechtliche Schutzmassnahmen für die Hotel- und Stickereiindustrie vom 21. Juni 1935<sup>15</sup>). Das Pfandnachlassverfahren findet Anwendung auf pfandgesicherte Kapital und Zinse (Art. 2 f.); für privilegierte und Kurrentforderungen gilt das gemeine Nachlassvertragsrecht, desgleichen für die ungedeckten Zinsforderungen der pfandgesicherten Forderungen und auf Verlangen des Gläubigers für die ungedeckten Kapitalforderungen (Art. 5, 39).

5. An Massnahmen, die die Rechte der Pfandgläubiger modifizieren, enthalten die zitierten Erlasse ganze Kataloge: Herabsetzung des Betrags der pfandversicherten Forderungen, Verzicht auf das Pfandrecht oder den Rang der Pfandrechte<sup>16</sup>), Herabsetzung des Zins-

---

<sup>14</sup>) Abgekürzt „Bäuerliches Verfahren“. A. S. 50, 1075, ergänzt durch A. S. 52, 1051. Diese BB ersetzen den BB von A. S. 49, 222. Sie gelten bis Ende 1938.

<sup>15</sup>) Abgekürzt „Hotelverfahren“. A. S. 51, 461. Er gilt an Stelle der früheren Erlasse A. S. 48, 648; 50, 241. Diese wiederum haben ihre Vorläufer schon in der Kriegs- und Nachkriegszeit, A. S. 31, 361; 33, 1, 905; 36, 847. Der BB vom 21. Juni 1935 gilt bis Ende 1938.

<sup>16</sup>) VZEG Art. 51.

fusses<sup>17)</sup>, Nachlass bzw. Tilgung rückständiger Zinse<sup>18)</sup>, gänzlicher Nachlass künftiger Zinse<sup>19)</sup>, usw. Selbstverständlich unterliegen die Forderungen in jedem der aufgezählten Fälle der Nachlaßstundung<sup>20)</sup>; beim besondern Nachlassvertragsrecht der Banken ist es die einzige Massnahme, die sich auch auf pfandgesicherte Forderungen erstreckt<sup>21)</sup>.

---

<sup>17)</sup> VZEG Art. 51. GGV Art. 16 Ziff. 4, Art. 18. Hotelverfahren Art. 6 I lit. b, Art. 13. Bäuerliches Verfahren Art. 13 I Ziff. 2, Art. 17.

<sup>18)</sup> VZEG Art. 51. Hotelverfahren Art. 6 I lit. d, Art. 16 f. Bäuerliches Verfahren Art. 13 Ziff. 4, Art. 19 f.

<sup>19)</sup> VZEG Art. 51. GGV Art. 16 Ziff. 3.

<sup>20)</sup> VZEG Art. 55. GGV Art. 16 Ziff. 2, 5, 6, Art. 18. Hotelverfahren Art. 6 I lit. a, Art. 7 f., Bäuerliches Verfahren Art. 13 I Ziff. 1, Art. 14 f.

<sup>21)</sup> Bankengesetz Art. 37 VII (A. S. 51, 117). VO betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935, Art. 16, 18, 19 II (A. S. 51, 248). VollziehungsVO zum Bankengesetz, Art. 54 IV (A. S. 51, 138). Dazu Haab, in Festgabe Göttinger S. 135/6, 153 f.; Graner, Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, Zürich 1937, S. 329; Gersbach S. 39, 77 f., 105 f., 128 f. Interessant ist die Stellung der pfandgesicherten Forderungen im Preisgabevergleich, darüber Gersbach S. 142. Auch der Fälligkeitsaufschub und die Stundung im Sinne von Bankengesetz Art. 25 f. können sich auf pfandgesicherte Forderungen beziehen, Bankengesetz Art. 26, VollziehungsVO Art. 47, 57, dazu Graner S. 311, 322, Vetsch S. 43 f. Die Gläubiger können ihre immobilisierten Forderungen gegen die Bank bei der Eidg. Darlehenskasse verpfänden (A. S. 50, 496). In einem bestimmten Sinn ergibt sich eine Stundung auch für privilegierte Forderungen, vorne Ziff. I.

Für das Bankennachlassverfahren ist hervorzuheben, dass, falls Grundpfandzinsen von der Stundung ausgenommen sind, die im Rahmen der Betreibung auf Grundpfandverwertung für die Realisierung von Miet- und Pachtzinsen erlassenen Vorschriften anzuwenden sind (A. S. 51, 248, Art. 18 III, VO Zwangsverwertung von Grundstücken Art. 91 f.); das Verwertungsbegehren kann frühestens nach Ablauf der Kapitalstundung und spätestens zwei Jahre nachher gestellt werden.

### III. Eingriffe in die Rechte der Kurrentgläubiger.

1. Die zivilistische Bedeutung des Nachlassverfahrens beruht, wie bereits angedeutet, vor allem darin, dass ein Gläubiger auch gegen seinen Willen zum völligen oder teilweisen Verzicht auf seine Rechte gezwungen werden kann, sofern nur die vom Gesetz verlangten Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags erfüllt sind. Sobald nun durch einen dem gemeinen Nachlassvertragsrecht derogierenden Erlass diese Voraussetzungen reduziert werden, bedeutet das eine Verschlechterung der Stellung des Gläubigers und in unserem Zusammenhang einen Eingriff in den Bestand seiner Rechte, wie sie ihm sonst zustünden. Das ist der Fall, ob nun entgegen der gemeinen Ordnung die Pfandgläubiger in das Verfahren einbezogen werden (vorne Ziff. I), oder ob für die Pfandgläubiger wie die Kurrentgläubiger das Verfahren geändert und insbesondere die Grösse der zustimmenden Mehrheit reduziert wird oder sogar eine solche überhaupt nicht mehr erforderlich ist, usw. Solche Modifikationen sind also:

2. Die besondern Verfahrensvorschriften<sup>22)</sup> und von diesen namentlich die Vorschriften über die zum Zustandekommen des Nachlassvertrags erforderliche Mehrheit im Nachlassvertragsrecht der Eisenbahn- und Schiffs-

---

<sup>22)</sup> Für die auf die verschiedenen Erlasse verwiesen sei. Für die Banken auf: Bankengesetz Art. 25 f., 36 f. (A. S. 51, 117), VollziehungsVO Art. 44 f. (A. S. 51, 138), VO betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935 (A. S. 51, 248), VO betreffend Ergänzung der VO vom 11. April 1935 betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen, vom 26. Februar 1936 (A. S. 52, 122), BRB über die Sanierung von Banken (A. S. 52, 185, ursprünglich gültig bis Ende 1937, verlängert bis Ende 1938, A. S. 54, 7); für die Kreditkassen mit Wartezeit auf VO über die Kreditkassen mit Wartezeit vom 5. Februar 1935 (A. S. 51, 85, Art. 52 f.), BRB betreffend vom Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz abweichende Vorschriften für den Fall der Liquidation von Kreditkassen mit Wartezeit vom 5. November 1935 (A. S. 51, 705 Art. 3).

unternehmungen<sup>23)</sup>, bei Anlehensobligationen<sup>24)</sup>, im Nachlassvertragsrecht der Banken<sup>25)</sup> und der Kreditkassen mit Wartezeit<sup>26)</sup>. Gemäss diesen Vorschriften genügt es z. B. zur Sanierung von Eisenbahn- und Schiffsunternehmungen, wenn in einer Gruppe die Mehrheit der ihr Stimmrecht ausübenden Gläubiger zustimmt und die zustimmenden Gläubiger mehr als die Hälfte des gesamten Forderungsbetrags der Gruppe vertreten<sup>27)</sup> — nach SchKG Art. 305 I sind je zwei Dritteile erforderlich, und zwar muss ausdrücklich Zustimmung erfolgen, d. h. Stillschweigen gilt als Ablehnung. — Ebenso wenig ist diese Mehrheit bei Anleihen von Gläubigern des öffentlichen Rechts nötig<sup>28)</sup> und bei dem besondern Gläubigergemeinschaftsverfahren<sup>29)</sup>. Gar kein Quorum braucht es bei der Hotel- und Stickereisanierung<sup>30)</sup>, der bäuerlichen Sanierung<sup>31)</sup> und derjenigen der Kreditkassen mit Wartezeit<sup>32)</sup>. Die Bankensanierung unterscheidet sich dadurch von derjenigen nach SchKG, dass Stillschweigen als Zustimmung gilt, d. h. es dürfen nicht mehr als ein Drittel der Gläubiger ausdrücklich Einsprache erhoben haben<sup>33)</sup>; bei der Bankensanierung gemäss BRB über die Sanierung von Banken vom 17. April 1936<sup>34)</sup> ist zudem nur Summenmehrheit, nicht aber auch Kopfmehrheit erforderlich (Art. 11 lit. a). Bei der bäuerlichen Sanierung (Art. 33 III), im Bankennachlassver-

<sup>23)</sup> VZEG Art. 65 f.

<sup>24)</sup> GGV Art. 15 f., 28 III. A. S. 36, 893 Ziff. IV; 52, 851, Art. 3. Dazu Wyler, Sanierungen und Obligationäre, Zürich 1936, S. 19 f.

<sup>25)</sup> A. S. 51, 138, Art. 54; 51, 248, Art. 13; 52, 185, Art. 9 II, 11 lit. a.

<sup>26)</sup> A. S. 51, 85, Art. 52; 51, 705.

<sup>27)</sup> VZEG Art. 65 I.

<sup>28)</sup> A. S. 52, 841, Art. 3 III.

<sup>29)</sup> A. S. 51, 673, Art. 11.

<sup>30)</sup> Hotelverfahren Art. 41 I.

<sup>31)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 33 IV.

<sup>32)</sup> A. S. 51, 85, Art. 52 VI.

<sup>33)</sup> A. S. 51, 248, Art. 13; 52, 185, Art. 9 II, Art. 11 lit. a.

<sup>34)</sup> A. S. 52, 185.

fahren<sup>35)</sup> und bei Kreditkassen mit Wartezeit<sup>36)</sup> findet keine Gläubigerversammlung statt<sup>37)</sup>. Bemerkenswert ist auch, dass die Dauer der Nachlaßstundung regelmässig grösser ist als nach SchKG<sup>38)</sup>, und das Erfordernis der Nachlasswürdigkeit (SchKG Art. 306 Ziff. 1) im Bankennachlassverfahren abgeschwächt<sup>39)</sup> oder fallengelassen ist<sup>40)</sup>.

3. Einen besondern Nachlassvertrag können auch der bäuerliche Pächter und der Hotelpächter durchführen<sup>41)</sup>. Die zutreffenden Massnahmen können bestehen in einer Stundung des Pachtzinses oder in dessen Herabsetzung. Die Stundung kann sich auf verfallene oder künftige Zinse erstrecken<sup>42)</sup>, bei der bäuerlichen Sanierung auch auf andere Verpflichtungen<sup>43)</sup>. Eine gemäss OR Art. 293 angesetzte Frist kann verlängert, bzw. ihre Wirkung eingestellt werden<sup>44)</sup>. Die Herabsetzung der Pachtzinse kann sich auf verfallene oder künftige Zinse beziehen<sup>45)</sup>. Der landwirtschaftliche Pächter kann u.U. eine Verlängerung des Pachtvertrags um höchstens vier Jahre verlangen<sup>46)</sup>.

<sup>35)</sup> Bankengesetz Art. 37 V (vgl. die widersprechende Ordnung von A. S. 51, 138 Art. 51 I, und 51, 248, Art. 7 I, dazu Gersbach S. 67/68).

<sup>36)</sup> A. S. 51, 85, Art. 52 V.

<sup>37)</sup> Wohl aber bei der Hotelsanierung, Hotelverfahren Art. 39 II.

<sup>38)</sup> Hotelverfahren Art. 34, Bäuerliches Verfahren Art. 27, Bankengesetz Art. 57 III.

<sup>39)</sup> Bankengesetz Art. 37 VI.

<sup>40)</sup> A. S. 53, 877, Art. 1, dazu Gersbach S. 82 f., Haab in Festgabe Göttinger S. 141/42.

<sup>41)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 43 f., Hotelverfahren Art. 60 f.

<sup>42)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 43 f., Hotelverfahren Art. 64 II.

<sup>43)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 43 lit. b.

<sup>44)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 43 lit. a, 51 II, Hotelverfahren Art. 62 IV.

<sup>45)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 52 III, Hotelverfahren Art. 63 II.

<sup>46)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 50. Diese Massnahme erinnert an die entsprechende zur Kriegszeit, vorne S. 579a.

4. Gemäss dem besondern Verfahren für die Gläubigergemeinschaft bei Anleihsobligationen können auch andere als die Anleihsgläubiger ins Verfahren einbezogen werden, also auch Kurrentgläubiger, wenn die Billigkeit es verlangt<sup>47)</sup>; das gleiche gilt, wenn die Finanzlage des Schuldners es erheischt, für Anleihsgläubiger von Körperschaften des öffentlichen Rechts<sup>48)</sup>.

5. In diesen Zusammenhang gehört im Nachlassvertragsrecht der Banken die Einführung der besondern Institute des Fälligkeitsaufschubs<sup>49)</sup> und der Stundung<sup>50)</sup>. Der erste bedeutet ein Hinausschieben der Fälligkeit einer Forderung<sup>51)</sup>, die zweite, wie auch die gewöhnliche Nachlaßstundung nach SchKG<sup>52)</sup>, hindert die materiellrechtliche Fälligkeit und den Zinsenlauf einer Forderung nicht, sondern schiebt bloss formellrechtlich die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung hinaus, indem sie die in SchKG Art. 317 g aufgezählten Wirkungen hat<sup>53)</sup>.

6. Im Bankennachlassverfahren gelten abweichend vom gemeinen Recht die während des Nachlassverfahrens auf den nicht pfandgesicherten Forderungen aufgelaufenen Zinsen im Zweifel als nachgelassen<sup>54)</sup>; Gleiches ist für die Kreditkassen mit Wartezeit vorgesehen<sup>55)</sup>.

---

<sup>47)</sup> A. S. 51, 673, Art. 5.

<sup>48)</sup> A. S. 52, 841, Art. 9.

<sup>49)</sup> Bankengesetz Art. 25 f., VollziehungsVO Art. 44 f.

<sup>50)</sup> Bankengesetz Art. 29 f., VollziehungsVO Art. 44 f.

<sup>51)</sup> Graner S. 312, 322.

<sup>52)</sup> BGE 39 II 798.

<sup>53)</sup> So ist z. B. eine Verrechnung möglich im Rahmen von A. S. 51, 248, Art. 32, nicht aber bei Fälligkeitsaufschub, OR Art. 120 I. Dazu Henggeler, Die Verrechnung bei Fälligkeitsaufschub und Stundung gemäss dem BG über die Banken und Sparkassen . . ., Festgabe Schulthess, Zürich 1938, S. 299 f.; Haab in Festgabe Göttinger S. 148/9; Jäger, Juristische Probleme moderner Bankensanierungen, Festgabe Scherz, Zürich 1937, S. 13 f.

<sup>54)</sup> A. S. 51, 248, Art. 21 II, ausgenommen für privilegierte Gläubiger, Gersbach S. 112/13, 140.

<sup>55)</sup> A. S. 51, 705, Art. 2, 3.

#### IV. Eingriffe in die Rechte der Bürgschaftsgläubiger des Schuldners.

Im bäuerlichen Nachlassverfahren (Art. 21) findet sich der Grundsatz, dass die Bürgschaftsverbindlichkeiten des Schuldners mit der auf die Kurrentforderungen entfallenden Nachlassdividende abzufinden seien. Diese Norm hat aber nur die Bedeutung eines platonischen Trostes; denn: wenn die Nachlassbehörde es im Hinblick auf die Art der Eingehung der Bürgschaft oder deren Rückwirkungen auf den Hauptschuldner oder allfällige Mitbürgen als angebracht ansieht, kann sie auf die Bürgschaftsforderung eine herabgesetzte Dividende anweisen oder sie ohne Dividende als erloschen erklären.

Diese Regelung dürfte in der ordentlichen Gesetzgebung beispiellos sein<sup>56)</sup>. Sie schafft einen neuen, bisher weder im allgemeinen Teil des OR noch im besondern Bürgschaftsrecht bekannten Untergangsgrund einer Obligation, den einer behördlichen<sup>57)</sup> Aufhebung aus Gründen der Kommiseration oder Opportunität. Ferner verstößt sie gegen einen Fundamentalsatz<sup>58)</sup> des Nachlassvertragsrechts, den der Gleichbehandlung der Kurrentgläubiger unter sich; es wird eine diskriminierte Klasse von Gläubigern geschaffen, die weniger als die andern erhalten, oder gar nichts, eben die Bürgschaftsgläubiger<sup>59)</sup>. Diese

---

<sup>56)</sup> Vgl. aber hinten S. 631a, 661a.

<sup>57)</sup> Es braucht nicht einmal eine richterliche Aufhebung zu sein, da auch administrative Behörden Nachlassbehörden sein können, Jäger, Komm. SchKG Art. 293 N. 3.

<sup>58)</sup> Par condicio creditorum. Jäger, Komm. SchKG Art. 306 N. 2, 302 N. 4, Gersbach S. 90, Haab in ZSR 47 S. 195 f. Vgl. auch GGV Art. 4 I (dazu BGE 63 III 181), OR Art. 1171 II. Die Frage ist kontrovers (vgl. die bei Vetsch S. 66 N. 175/6 zitierte Literatur), doch zu Unrecht. Eine Ausnahme vom Grundsatz enthält VZEG Art. 78.

<sup>59)</sup> Die Ordnung ist in den Entwurf eines BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Betriebe aufgenommen worden (Art. 58), BBl 1936 II S. 327.

Regelung scheint mir bedenklich; sie ist nicht geeignet, der Rechtssicherheit und der Hebung der gesunkenen Schuldnermoral förderlich zu sein. Statt rückwirkend — auf das kommt es hinaus — rechtsgültig entstandene Bürgschaften aufzuheben, sollte die Lösung in der Erschwerung der Eingehung der Bürgschaften gefunden werden, was ja die im Wurf befindliche Revision des Bürgschaftsrechts zu tun verspricht<sup>60</sup>). Wenn schon die Gründe, die zu der kritisierten Ordnung geführt haben, vollauf zu würdigen sind, so sollten doch nicht zeitgebundene Opportunitätserwägungen eine der Grundsäulen nicht nur unserer Rechtsordnung, sondern unserer Kultur erschüttern: den Grundsatz der Vertragstreue.

#### V. Eingriffe in die Rechte der Gläubiger von Mitverpflichteten des Schuldners.

Nach gemeinem Nachlassvertragsrecht berührt der Abschluss eines Nachlassvertrags die Rechte des Gläubigers gegen Mitverpflichtete des im Nachlassvertragsverfahren befindlichen (Haupt-) Schuldners nicht<sup>61</sup>), d. h. gegen Bürgen, Mitschuldner und Gewährspflichtige<sup>62</sup>). Entgegen dieser Ordnung sieht das Nachlassvertragsrecht des bauerlichen Sanierungsverfahrens und desjenigen für die Hotel- und Stickereiindustrie auch eine Einbeziehung der Mitverpflichteten in das Verfahren über den (Haupt-) Schuldner vor, indem zunächst Massnahmen zu ihrer Entlastung vorgesehen sind; dann aber auch Massnahmen, die eine Beschneidung der Regressrechte der Mitverpflichteten gegen den (Haupt-) Schuldner be-

---

<sup>60</sup>) Die Revision des Bürgschaftsrechts, Bericht und Vorentwurf der Eidg. Justizabteilung, Juni 1937.

<sup>61</sup>) Und zwar schlechthin nicht, wenn der Gläubiger dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt hat, SchKG Art. 303 I; hat er ihm zugestimmt, so muss er die in SchKG Art. 303 II vorgesehenen Vorkehren erfüllt haben.

<sup>62</sup>) Über deren Begriff Jäger, Komm. SchKG Art. 216 N. 1.

deuten. Sie sind hier kurz darzustellen<sup>63</sup>). Der Kürze halber soll nur vom Hauptfall, der Mitverpflichtung des Bürgen, die Rede sein. Die Abweichungen vom gemeinen Nachlassvertragsrecht sind vor allem die folgenden:

1. Die dem Hauptschuldner gewährte Stundung kann auch auf den Solidarbürgen ausgedehnt werden<sup>64</sup>); schon bevor das geschehen ist, kann der Solidarbürge Einstellung der Betreibung auf zwei Monate verlangen, wenn er für eine Kapitalforderung vor dem Hauptschuldner betrieben wird<sup>65</sup>). Bei der einfachen Bürgschaft (OR Art. 495) kann der Gläubiger in jedem Fall erst dann gegen den Bürgen vorgehen, wenn die dem Hauptschuldner gewährte Kapitalstundung abgelaufen ist<sup>66</sup>). Die dem Hotelpächter gewährte Stundung kann auch auf dessen Bürgen ausgedehnt werden<sup>67</sup>).

2. Der Bürge haftet nicht für den durch eine Zinsfussbeschränkung der Kapitalschuld entstehenden Ausfall<sup>68</sup>), unter Umständen<sup>69</sup>) auch nicht für den Ausfall, der durch Reduktion der rückständigen Zinse entstanden ist<sup>70</sup>).

---

<sup>63</sup>) Für weitere Fragen und die Kritik der Ordnung Jäger in Festgabe Göttinger S. 187 f. Ferner Lerch und Tuason, Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, Zürich 1936, S. 120 f. Zu Ziff. III bis V dieses Paragraphen vgl. auch Die Revision des Bürgschaftsrechts, Bericht und Vorentwurf der Eidg. Justizabteilung, Juni 1937.

<sup>64</sup>) Bäuerliches Verfahren Art. 22 II, dazu BGE 61 III 59, Hotelverfahren Art. 22 II.

<sup>65</sup>) Bäuerliches Verfahren Art. 22 III, Hotelverfahren Art. 22 III. Für eine weitere Stundungsmöglichkeit vgl. BGE 59 III S. 188 und Jäger in Festgabe Göttinger S. 196 f.

<sup>66</sup>) Bäuerliches Verfahren Art. 22 I, Hotelverfahren Art. 22 I.

<sup>67</sup>) Hotelverfahren Art. 64 V.

<sup>68</sup>) Bäuerliches Verfahren Art. 23 I, Hotelverfahren Art. 23 I, lit. b.

<sup>69</sup>) Bei Nachweis der Gefährdung seiner Existenz, Hotelverfahren Art. 23 I lit. a.

<sup>70</sup>) Nach Bäuerlichem Verfahren Art. 23 I wird überhaupt nicht gehaftet.

3. Der Bürge haftet beim Hotelnachlassverfahren<sup>71)</sup> nicht für den Ausfall, der dem Gläubiger aus der Teilnahme mit der ungedeckten Kapitalforderung am Nachlassvertrag der Kurrentforderungen erwächst, sofern er dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt hat. Beim bäuerlichen Nachlassverfahren<sup>72)</sup> hat der Bürge Anspruch auf eine angemessene Herabsetzung des Haftungsbetrags, sofern seine eigene beschränkte Leistungsfähigkeit sie erfordert.

Aus diesen Vorschriften ergibt sich, dass der Bürge trotz der Ausdehnung des Nachlassvertrags auf ihn bei den gedeckten Kapitalien noch haftet für die dem Hauptschuldner belassene Pflicht zur Verzinsung und bei den ungedeckten Kapitalien für die Verluste, die aus der Unverzinslichkeit oder der Reduktion des Zinsfußes erwachsen sind<sup>73)</sup>; in beiden Fällen kann ihm keine Stundung gewährt werden. Anders ist es bei der Hotel- und Stickereiindustrie<sup>74)</sup>, sofern der Gläubiger es unterlassen hat, dem Sachwalter die Bürgschaft anzumelden: in diesem Fall erstreckt sich die dem Hauptschuldner gewährte Kapitalstundung auch auf die erwähnten Verpflichtungen des Bürgen, die sonst davon ausgenommen wären<sup>75)</sup>.

## VI. Eingriffe in die Rechte der Mitverpflichteten des Schuldners.

### A. Abweichungen vom OR.

Das Nachlassvertragsrecht der Hotel- und Stickereiindustrie und das bäuerliche Nachlassvertragsrecht haben nicht nur die Rechte des Gläubigers gegen die Bürgen und anderen Mitverpflichteten des (Haupt-) Schuldners beschränkt, sondern auch die Regress- und

<sup>71)</sup> Hotelverfahren Art. 23 I lit. c.

<sup>72)</sup> Art. 23 II.

<sup>73)</sup> Jäger in Festgabe Göttinger S. 189.

<sup>74)</sup> Hotelverfahren Art. 35 III.

<sup>75)</sup> So Jäger in Festgabe Göttinger S. 189 N. 44, vgl. auch BIZR 36 Nr. 14.

andern Rechte, die den Bürgen und weitem Mitverpflichteten nach OR gegenüber dem (Haupt-) Schuldner zustehen, und zwar in folgender Hinsicht:

1. Während der Dauer der dem Hauptschuldner erteilten Kapitalstundung kann der Solidarbürge keinen Rückgriff (OR Art. 505) auf den Hauptschuldner ausüben<sup>76)</sup>.

2. Nach Abschluss des Nachlassverfahrens steht dem Bürgen nach dem Hotelnachlassverfahren<sup>77)</sup> der Rückgriff nur zu, wenn er nachweist, dass der Hauptschuldner zu neuem Vermögen oder ausreichendem Erwerb gekommen ist. Der Hauptschuldner hat also hier die gleiche Einrede wie ein Schuldner nach Abschluss eines Konkursverfahrens, wenn ein Verlustscheinsgläubiger eine neue Betreibung anhebt (SchKG Art. 265 II).

3. Während der Dauer der Kapitalstundung kann der Bürge die in OR Art. 502 und 503 vorgesehenen Rechte nicht ausüben<sup>78)</sup> und

4. kann er nicht, wie in OR Art. 512 vorgesehen, vom Hauptschuldner Sicherstellung, bzw. Befreiung von der Bürgschaft verlangen<sup>79)</sup><sup>80)</sup>.

#### **B. Abweichungen vom SchKG.**

Nach SchKG Art. 303 ist die Haftung der Bürgen und andern Mitverpflichteten darnach abgestuft, ob der Gläubiger dem Nachlassvertrag zugestimmt hat oder nicht. Hat er nicht zugestimmt, so haften sie ohne weiteres; hat er zugestimmt, dann haften sie nur, wenn er ihnen mindestens zehn Tage vor der Gläubigerversamm-

---

<sup>76)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 22 III, Hotelverfahren Art. 22 IV.

<sup>77)</sup> Hotelverfahren Art. 23 II, 53.

<sup>78)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 22 IV, Hotelverfahren Art. 22 V.

<sup>79)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 22 V, Hotelverfahren Art. 22 VI.

<sup>80)</sup> Verschiedene der in Ziff. IV und V dieses Paragraphen angeführten Massnahmen sind vorgesehen im Entwurf eines BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Betriebe, Art. 21, 33—35, 59, BBl 1936 II S. 249 f., 283, 309 f.

lung deren Ort und Zeit mitgeteilt und ihnen die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung angeboten hat oder sie ermächtigt hat, an seiner Statt über den Beitritt zum Nachlassvertrag zu entscheiden. Abweichend von dieser Ordnung gilt beim

1. Hotelanierungsverfahren (Art. 23 I), dass die Bürgen ohne Rücksicht darauf haften, ob die Pfandgläubiger dem Nachlassvertrag zugestimmt haben oder nicht<sup>81)</sup>.

2. Bankennachlassverfahren<sup>82)</sup>, dass die Rechte gegen die Bürgen bestehen bleiben, auch wenn der Gläubiger gegen den Nachlassvertrag nicht ausdrücklich Einsprache erhoben hat; die Bürgen können an Gläubigers Statt Einwendungen gegen den Nachlassvertrag nur erheben, wenn und soweit sie den Gläubiger vorher befriedigt haben<sup>83)</sup>.

## VII. Weitere Merkmale des besonderen Nachlassvertragsrechts.

Das Nachlassvertragsrecht der wiederholt zitierten Erlasse weist noch eine Reihe bemerkenswerter Besonderheiten auf, von denen einige des Zusammenhanges wegen erwähnt werden sollen.

### A. Umwandlung von Gläubigerrechten in Mitgliedschaftsrechte.

Ein Merkmal des ausserordentlichen Nachlassvertragsrechts ist auch der verhältnismässig breite Raum, den die Umwandlung von Gläubigerrechten in Mitgliedschaftsrechte einnimmt<sup>84)</sup>. Zivilistisch gesehen bedeutet diese Massnahme das Erlöschen einer Obligation und das Entstehen eines neuen, aber korporativen Rechts. Sie ist

<sup>81)</sup> Für das bäuerliche Verfahren vgl. ZBJV 73 S. 69 und für einzelne sich daran knüpfende Fragen Jäger in Festgabe Götzinger S. 190 f.

<sup>82)</sup> A. S. 51, 248, Art. 12.

<sup>83)</sup> Dazu Haab in Festgabe Götzinger S. 141, Gersbach S. 74 f.

<sup>84)</sup> Dazu Stauffacher, Zwangsaktionäre, SJZ 31, S. 209 f.

schon vorgesehen im Eisenbahnnachlassverfahren<sup>85)</sup> und im Gläubigergemeinschaftsverfahren bei Anlehensobligationen<sup>86)</sup>. Im Bankennachlassverfahren gilt die Vorschrift, dass nur ausnahmsweise die Beteiligung an einer neu zu gründenden Gesellschaft die Auszahlung einer Dividende ersetzen darf (sog. Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung)<sup>87)</sup>; einer Abfindung durch Beteiligungen an der Bank selber steht bei einem Prozentvergleich diese Einschränkung nicht entgegen<sup>88)</sup>. Die Massnahme bedeutet in jedem Fall eine Härte für den Gläubiger, um so mehr als das Zustandekommen eines solchen Nachlassvertrags erleichtert ist im Vergleich zum gemeinen Nachlassvertragsrecht (vorne Ziff. II 1). Es ist nicht ohne Reiz, nachzuschlagen, was man früher über diese Massnahme dachte; das Bundesgericht<sup>89)</sup> wollte sie möglichst eingeschränkt wissen, „weil die zwangsweise Umwandlung von Forderungen in Aktien einen derart aussergewöhnlichen Eingriff in die Gläubigerrechte bedeutet, dass sie nur als aussergewöhnliches und nicht als normales Mittel zur Sanierung stattfinden und gewissermassen nur als Ersatz für den dem Gläubiger im Konkurs auszustellenden Verlustschein dienen sollte.“

#### **B. Abänderung der Gültigkeitsvoraussetzungen der Rechtsgeschäfte und Eingriffe ins Persönlichkeitsrecht.**

Die Erlasse über das bäuerliche Nachlassverfahren und dasjenige der Hotel- und Stickereiindustrie enthalten bemerkenswerte Abänderungen der Voraussetzungen der Gültigkeit des Vertrags und Eingriffe ins Recht der Per-

---

<sup>85)</sup> VZEG Art. 51 II, 53 II, 65 II.

<sup>86)</sup> GGV Art. 16, Ziff. 10, verschärft durch A. S. 51, 673, Art. 8, OR Art. 1173 Ziff. 9.

<sup>87)</sup> A. S. 51, 248, Art. 41 I.

<sup>88)</sup> Vgl. A. S. 52, 182, Art. 12 II; 53, 677 Art. 2 = Art. 11bis von 52, 185, dazu Graner S. 340/1, Haab in Festgabe Göttinger S. 134, Gersbach S. 90/91, 109, Vetsch S. 54 f.

<sup>89)</sup> BGE 45 III 105.

sönlichkeit; sie sind an ihrem Ort zu behandeln (§§ 7 und 14).

### C. Praktische Tragweite des Bankennachlassverfahrens.

Formell gilt die Verordnung betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935<sup>90)</sup> nur für Banken und Sparkassen; mit Recht ist jedoch darauf hingewiesen worden<sup>91)</sup>, dass ihre praktische Tragweite darüber hinausgeht, indem sie Probleme behandelt, die für den Nachlassvertrag im allgemeinen von grösster Bedeutung sind. Ihre Lösungen sind dazu bestimmt, das im gemeinen Recht sehr knapp geordnete Nachlassvertragsrecht zu ergänzen. So sei bloss erwähnt, dass neben dem Stundungs- und Prozentvergleich der Preisgabevergleich (Liquidationsvergleich, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) nicht nur zugelassen, sondern eingehend geordnet<sup>92)</sup>, der sog. Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung dagegen bloss ausnahmsweise zugelassen wird<sup>93)</sup>. Ferner ist die fürs gemeine Nachlassvertragsrecht kontroverse Frage geordnet, wann eine Forderung entstanden sein muss, um unter den Nachlassvertrag zu fallen<sup>94)</sup>.

Insoweit in den vorhergehenden Betrachtungen im Bankennachlassverfahren Besonderheiten im Hinblick auf das Zivilrecht festgestellt worden sind, ist denkbar — und es muss darauf hingewiesen werden —, dass sie künftig auf dem Umwege über das gemeine oder anderweitige besondere Nachlassvertragsrecht auch sonst auftreten werden,

---

<sup>90)</sup> A. S. 51, 248.

<sup>91)</sup> Haab in Festgabe Götzingers S. 130 f., Gersbach S. VI, 22 f., 99 f.

<sup>92)</sup> A. S. 51, 248, Art. 21 f., dazu BGE 63 III 157.

<sup>93)</sup> Art. 41 I. Über den Inhalt des Bankennachlassverfahrens Haab in Festgabe Götzingers S. 148 f., Gersbach S. 99 f., 114 f.; Uldry, Le concordat des instituts bancaires, Diss. Freiburg 1937.

<sup>94)</sup> A. S. 51, 248, Art. 22 I; 52, 122, dazu Haab in Festgabe Götzingers S. 136 f., Gersbach S. 110 f.

selbstverständlich unter Wahrung der am entsprechenden Ort vorgesehenen Voraussetzungen und Verfahren.

#### **D. Die besondern Hilfsorganisationen.**

Im bäuerlichen Nachlassverfahren und in demjenigen der Hotel- und Stickereiindustrie wirken spezielle Organisationen mit, die dazu berufen sind, dem Schuldner finanzielle Hilfe zu leisten und ihm mit Rat und Tat beizustehen.

1. Die Hoteltreuhandgesellschaft<sup>95)</sup> ist schon am 12. September 1921 gegründet worden; am 29. Mai 1931 ins Liquidationsstadium getreten, wurde sie durch den BB über Hilfsmassnahmen des Bundes zugunsten des notleidenden Hotelgewerbes vom 30. September 1932 ermächtigt<sup>96)</sup>, den Liquidationsbeschluss aufzuheben; im gleichen Erlass wurde sie mit der Verwaltung von Subventionen betraut. In den Nachlassverfahren gemäss den Bundesbeschlüssen von 1932, 1934 und 1935 wurden ihr eine ganze Reihe von Aufgaben in- und ausserhalb des Nachlassvertragsverfahrens überbunden. So begutachtet sie Nachlassgesuche (BB vom 21. Juni 1935 Art. 30 II 51 II, 62 II), nimmt überhaupt am Verfahren teil, kann Anträge stellen und Rechtsmittel ergreifen (Art. 42 V, 45 51 III, 57 I), übt eine Aufsicht über das Unternehmen des Schuldners aus (Art. 43, 11), in deren Rahmen u. a. ihre Zustimmung zur Errichtung neuer Grundpfänder erforderlich ist, was die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung gemäss ZGB Art. 960 erheischt und die Ausserkraftsetzung der Bestimmung von ZGB Art. 812 I<sup>97)</sup> bedeutet (Art. 43 III); sie ist berechtigt, für dem

---

<sup>95)</sup> Darüber A. S. 37, 309; 38, 440; 40, 463 und die bei Vetsch S. 37 N. 93 zitierte Literatur, seither vor allem Seiler, Das Hotelhilfsinstitut des Bundes und seine Tätigkeit, Festgabe Schulthess, Zürich 1938, S. 337 f.

<sup>96)</sup> A. S. 48, 493.

<sup>97)</sup> „Ein Verzicht des Eigentümers auf das Recht, weitere Lasten auf das verpfändete Grundstück zu legen, ist unverbindlich.“

Schuldner gewährte Darlehen besonders vorgesehene Pfandrechte eintragen zu lassen (Art. 6 I lit. f., 44, 46 I lit. b.). Schliesslich hat sie auch Anteil am Bewilligungsverfahren betreffend die Erstellung oder Erweiterung eines Gasthofes<sup>98)</sup>.

Die Hoteltreuhandgesellschaft ist formell eine auf privatrechtlicher Basis errichtete Aktiengesellschaft; materiell dürfte sie als öffentlich-rechtliche Organisation zu bezeichnen sein, ähnlich der Schweiz. Verrechnungsstelle, die als öffentlich-rechtliche Körperschaft konstituiert ist, für die aber im übrigen das Genossenschaftsrecht massgebend ist<sup>99)</sup>. Der Bund übt die Aufsicht über die Organisation aus, besitzt bis auf nicht ganz 10% das Aktienkapital, bezeichnet den Präsidenten des Verwaltungsrats und ist im Verwaltungsrat vertreten, genehmigt Statuten, Geschäftsreglement und Rechnungsabschluss, kann jederzeit die Auflösung verfügen, usw.<sup>100)</sup> — alles durchaus ähnlich den Verhältnissen bei der Verrechnungsstelle. Die praktischen Arbeiten technischer Art werden durch eine private Treuhandfirma besorgt<sup>101)</sup>. Der Hauptgrund, weshalb diese Organisation, gleich wie die in Ziff. 2 und 3 zu behandelnden, öffentlich-rechtlicher Natur ist, ist jedoch dieser: sie erfüllt öffentlich-rechtliche Aufgaben in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren, im Rahmen einer Funktion, die nur eine Organisation öffentlichen Rechts innehaben kann.

2. Die Stickereitreuhandgenossenschaft<sup>102)</sup> geht ebenfalls auf die Nachkriegszeit zurück; die Grundlage für ihre Errichtung wurde geschaffen durch den BB betreffend staatliche Hilfeleistung für die Schweizer. Stickereiindustrie vom 13. Oktober 1922<sup>103)</sup>. Als haupt-

<sup>98)</sup> A. S. 51, 803, Art. 2, 3.

<sup>99)</sup> A. S. 50, 752; 52, 199.

<sup>100)</sup> Darüber Seiler S. 339 f.

<sup>101)</sup> Über die umfangreiche Tätigkeit der Hoteltreuhandgesellschaft Seiler S. 343 f.

<sup>102)</sup> Darüber die bei Vetsch S. 38 N. 97 zitierte Literatur.

<sup>103)</sup> A. S. 38, 538.

sächliche Trägerin der Bundeshilfe für die notleidende Stickereiindustrie wurden ihr wiederholt erhebliche Subventionen ausgerichtet<sup>104</sup>).

Im Sanierungsverfahren nimmt sie die gleiche Stellung ein und hat die selben Aufgaben wie die Hotel-treuhandgesellschaft<sup>105</sup>). Für ihre rechtliche Qualifikation gilt das gleiche wie für diese: sie ist ebenfalls formell eine privatrechtliche Assoziation, materiell aber eine öffentlich-rechtliche<sup>106</sup>).

3. Die Bauernhilfsorganisationen (Bauernhilfskassen) sind von den Kantonen zu schaffende Organisationen<sup>107</sup>), deren Statuten staatlicher Genehmigung<sup>108</sup>) und deren Tätigkeit staatlicher Aufsicht unterliegen<sup>109</sup>). Sie gehören deshalb ohne Rücksicht auf ihre privatrechtliche Form dem öffentlichen Recht an.

Im Nachlassverfahren entspricht ihre Stellung derjenigen der beiden behandelten Organisationen: sie begutachten das Nachlassgesuch (BB vom 28. September 1934, Art. 5, 45 II), schätzen die Grundpfänder (Art. 24, 31 II), führen das freiwillige Sanierungsverfahren durch (Art. 7 f.), nehmen am amtlichen Sanierungsverfahren teil (Art. 6 I, 31 III, 33 III, 34 I, 57 bis), können Anträge stellen (Art. 10 I, 12 I, 16 I, 29 I, 34 IV, 40 II) und Rechtsmittel ergreifen (Art. 36), als Sachwalter amten (Art. 30 III); sie üben unter Umständen eine Aufsicht aus über den Betrieb des Schuldners (Art. 34 I, 46 IV), wozu gehört, dass die Errichtung neuer Grundpfandrechte von ihrer Zustimmung abhängt, was wiederum die Vormerkung einer Verfügungs-

---

<sup>104</sup>) Darüber die Botschaft des Bundesrates in BBl 1936 I S. 336, ferner A. S. 50, 497; 52, 216.

<sup>105</sup>) Hotelverfahren Art. 59.

<sup>106</sup>) Vgl. z. B. A. S. 38, 538, Art. 1: der Bund ist am Kapital beteiligt und genehmigt die Statuten.

<sup>107</sup>) A. S. 48, 485, Art. 3, 5; 49, 222, Art. 7.

<sup>108</sup>) Auch des Bundes, A. S. 48, 485, Art. 5 II.

<sup>109</sup>) A. S. 48, 485, Art. 5 I. Über die bahnbrechend gewesene bernische Bauernhilfskasse Salzmann, Bauernhilfskassen und bäuerliches Notrecht im Kanton Bern, ZBJV 70, S. 155 f.

beschränkung nach ZGB Art. 960 und die Ausserkraftsetzung der Bestimmung von ZGB Art. 812 I nötig macht (Art. 27 II, 34 II); für dem Schuldner gewährte Darlehen können sie ein speziell geordnetes Pfandrecht eintragen lassen (Art. 20, 41, 42) und auch dem Pächter Kredithilfe gewähren (Art. 46 II).

#### **E. Der Entwurf eines BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Betriebe.**

Dieser im Stadium der parlamentarischen Behandlung befindliche Entwurf<sup>110)</sup> bringt weitgehende Modifikationen des Zivilrechts. Es ist schon sporadisch darauf hingewiesen worden, dass einige der hier behandelten Vorschriften des bauerlichen Nachlassvertragsrechts dort vorgesehen sind; aber auch andere Vorschriften kehren wieder. So sind hinsichtlich der Grundpfandschulden folgende Massnahmen vorgesehen (Art. 10 des Entwurfes): Amortisation oder Abfindung ungedeckter Grundpfandforderungen (Art. 14 f.), Stundung gedeckter Forderungen (Art. 28 f.), Zinsbeschränkung für gedecktes Kapital (Art. 38); eine amtliche Tilgungskasse (Art. 40 f.), die dem Schuldner die nötige finanzielle Hilfe gewährt, ist am Verfahren beteiligt (Art. 44 f.), im Sinne, wie es die Bauernhilfsorganisationen im geltenden Recht sind. Zur Sicherung der entschuldeten Betriebe (Art. 65 f.) sind eine weitgehende Aufsicht über den Schuldner und verschiedene rechtliche Massnahmen vorgesehen, so z. B. das Erfordernis der Zustimmung der Tilgungskasse zu jeder rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung bis zum Ablauf von 20 Jahren (Art. 74), ferner Massnahmen zur allgemeinen Verhütung neuer Überschuldung (Art. 76 f.), zu denen die Einführung einer Belastungsgrenze (Art. 76 f., 83) und die Pflicht zu Amortisationen (Art. 79) gehören. Weiters werden die Vorschriften des ZGB (Art. 619—621, 625) über das bauerliche

<sup>110)</sup> Botschaft und Entwurf BBl 1936 II S. 209 f., vgl. ferner Weiss, Reformbestrebungen im schweizerischen Hypothekarrecht im Anschluss an die Wirtschaftskrise, St. Gallen 1937.

Erbrecht aufgehoben, ersetzt und ergänzt. Auch Schutzmassnahmen für Pächter sind vorgesehen, naturgemäss vor allem Stundung und Herabsetzung des Pachtzinses (Art. 86 f., 91 f.).

### VIII. Bedeutung des Konkursverfahrens und des Zivilprozesses für die (zivilrechtlichen) Gläubigerrechte.

1. Die Ordnung des Konkursverfahrens übt bekanntlich weitgehende Wirkungen aus auf die materiellen Rechte der Gläubiger des Gemeinschuldners; man spricht hier von materiellem Konkursrecht. So fallen z. B. Pfandsachen in den Konkurs (SchKG Art. 198), der Zinsenlauf hört mit der Konkurseröffnung auf (SchKG Art. 209), die Konkurseröffnung bewirkt die Fälligkeit der gegenüber dem Gemeinschuldner bestehenden Forderungen (SchKG Art. 208), usw. Prinzipiell ist denkbar, dass hier durch eine Modifikation der Gesetzgebung die Rechtsstellung der Gläubiger materiell verändert werden könnte. Obwohl die neuere besondere Ordnung des Zwangsvollstreckungsrechts auch am Konkursrecht Änderungen angebracht hat<sup>111)</sup>, dürfte das nicht der Fall sein, ausgenommen in-

<sup>111)</sup> Eisenbahn- und Schiffsunternehmungen: A. S. 54, 49, Art. 8. Banken: Bankengesetz Art. 36, VollziehungsVO Art. 44 f. Kreditkassen mit Wartezeit: A. S. 50, 668, Art. 1 lit. c gibt dem Bundesrat Kompetenz, vom Zivil- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht abweichende Vorschriften zu erlassen, so A. S. 51, 85, Art. 53 f.; 51, 705; 52, 809, Art. 1; 53, 42. Bei Banken und Kreditkassen mit Wartezeit werden z. B. die Befugnisse der Gläubigerversammlung der Konkursverwaltung übertragen (Bankengesetz Art. 36 II, A. S. 51, 85, Art. 54 I). Überhaupt ist auf Kreditkassen das summarische Verfahren anzuwenden, A. S. 51, 705, Art. 1. Vgl. auch BGE 63 III 47.

Modifikationen des gemeinen Konkursverfahrens enthält auch das BG über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen inländischer Lebensversicherungsgesellschaften vom 25. Juni 1930 Art. 18 f. (A. S. 47, 617) und neuerdings auch die in Ausführung von OR Art. 873 erlassene VO des Bundesgerichts über den Genossenschaftskonkurs vom 20. Dezember 1937 (A. S.

soweit als jede das Konkursverfahren beschlagende Vorschrift indirekt von Bedeutung ist für den Bestand und Inhalt des subjektiven obligatorischen und dinglichen Rechts. Zu erwähnen ist einzig, dass Darlehen, die vom Bund in Verbindung mit den Kantonen als Krisenhilfe an private Eisenbahn- und Schiffsunternehmungen gegeben werden, im Konkurs privilegiert sind<sup>112)</sup><sup>113)</sup>.

2. Die Zivilprozessordnung ist in folgender Hinsicht von Bedeutung für die subjektiven zivilen Rechte der Gläubiger: durch prozessuale Vorschriften kann die Geltendmachung von Rechten modifiziert oder ausgeschlossen werden. Wird z. B. ein Prozess wegen eines prozessualen Fehlers des Klägers abgeschrieben oder wird einer Klageprovokation nicht Folge geleistet, so kann das je nachdem den Verzicht auf das materielle subjektive Recht bedeuten oder bloss die Herbeiführung der Unklagbarkeit unter Belassung einer Naturalobligation<sup>114)</sup>. Schliesslich kann eine Zivilprozessordnung durch ihre

---

54, 15). Von der im Bankengesetz Art. 36 III eingeräumten Kompetenz hat das Bundesgericht bis jetzt keinen Gebrauch gemacht.

<sup>112)</sup> BB über Krisenhilfe zur Aufrechterhaltung des Betriebs privater Eisenbahnen und Schiffsunternehmen vom 22. Oktober 1937, Art. 8 (A. S. 54, 49; frühere Erlasse A. S. 49, 247 Art. 8, 34, 1243, Art. 8). Erwähnenswert ist noch, dass gegen die Gewährung eines solchen Darlehens Einsprache erhoben werden kann, wofür z. T. das Verfahren nach VZEG anwendbar ist (A. S. 54, 49, Art. 4), dass ferner das Darlehen aus den Einnahmenüberschüssen vorweg zurückzuerstatten ist (Art. 7) und dass die Liquidation eines Unternehmens, das ein Darlehensgesuch gestellt hat, während einer gewissen Zeit nur auf Verlangen des Bundesrates, oder wenn sie von anderer Seite verlangt wird, nur mit dessen Zustimmung angeordnet werden kann (Art. 9). Der Erlass gilt bis Ende 1939 (Art. 13); eine Darstellung gibt Volmar, Der BB über Hilfeleistung an notleidende Transportanstalten . . ., Festgabe Scherz Zürich 1937, S. 61 f., speziell 104 f.

<sup>113)</sup> Über die Bedeutung des Clearingrechts für die Zwangsvollstreckung Hug S. 462a f., Rosset S. 282a f., vorn S. 545a.

<sup>114)</sup> Die Frage, ob im Nachlassvertrag für den nachgelassenen Teil einer Forderung eine Naturalobligation übrigbleibt, ist m. E.

Fristen, Vorschriften über Sistierungen usw. die Geltendmachung eines Anspruchs verzögern.

In diesen Hinsichten ist es an sich denkbar, dass die in diesem Referat erörterte ausserordentliche Gesetzgebung ins Zivilrecht eingreift. Das ist indessen bloss in einem Fall geschehen: Durch den BRB betreffend Vorschriften für Konkurs und anderweitige Liquidationen von Kreditkassen mit Wartezeit vom 27. Oktober 1936<sup>115)</sup> wird angeordnet, dass Zivilprozesse, in welchen eine Kreditkasse Klägerin oder Beklagte ist, mit dem Datum des Liquidationsbeschlusses sistiert werden. Sehr weit geht die Vorschrift, dass bei andern als konkursrechtlichen Liquidationen Zivilprozesse, in denen die Kasse Beklagte ist, nicht wieder aufgenommen werden; die daherigen Forderungen sind im Kollokationsplan gleich zu behandeln wie die nicht eingeklagten Forderungen. Die Bedeutung dieser Norm besteht darin, dass der Bestand einer Forderung überhaupt nicht in einem ordentlichen gerichtlichen Verfahren festgestellt werden kann; dagegen werden Schiedsgerichtsverfahren weitergeführt<sup>116)</sup>.

#### IX. Behördliche Aufhebung von Verträgen.

Ganz verschieden von den bisher behandelten Endigungsgründen einer Obligation ist der folgende: als Sanktion auf die Übertretung gewisser Vorschriften ist vorgesehen, dass das Volkswirtschaftsdepartement Verträge, die dieser Übertretung dienen, aufheben kann. Das ist ein erstaunliches Vorgehen; denn normalerweise ist es Sache des Richters, im Rahmen eines Zivilprozesses die Frage der zivilrechtlichen Folgen einer Verbotswidrig-

---

zu verneinen, so auch BGE 28 II 580. A. M. Gersbach S. 113 und die dort in N. 32 zitierte Literatur.

<sup>115)</sup> A. S. 52, 509, Art. 2, dazu Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, Festgabe Fleiner Zürich 1937, S. 75 N. 110.

<sup>116)</sup> A. S. 53, 42, Art. 3, 4.

keit zu prüfen und gegebenenfalls die Nichtigkeit eines Vertrags festzustellen.

Erfolgt eine solche behördliche Aufhebung, dann ist unter den gleichen Voraussetzungen Schadenersatz zu zahlen, wie bei richterlicher Nichtigkeitsklärung eines Vertrags, wenn die eine Partei die Widerrechtlichkeit kannte, die andere nicht<sup>117)</sup>.

Hierhin gehören:

1. Das Volkswirtschaftsdepartement ist ermächtigt, Verträge aufzuheben, die die Umgehung der Bestimmungen über die Regelung der Milchproduktion und die Erhebung von Abgaben auf Konsummilch oder der zugehörigen Ausführungsvorschriften bezwecken<sup>118)</sup>.

2. Die gleiche Behörde kann als Sanktion bei Widerhandlungen gegen die Vorschriften über die Überwachung von Warenpreisen Verträge über Preise und preisbestimmende Faktoren aufheben oder abändern<sup>119)</sup>.

## II. Abschnitt:

### **Die Beschränkung der Assoziationsfreiheit.**

#### **§ 9. Beschränkung der Organisationsfreiheit.**

##### I. Allgemeines.

Die bisherige Darstellung des zweiten Teils des Referates erstreckte sich auf die verschiedenen Beschränkungen der Privatautonomie auf dem Gebiet des Vertragsrechts. Parallel dazu lassen sich Vorschriften nachweisen, die die entsprechenden Beschränkungen auf dem Gebiet des Rechts der Assoziationen bringen, also Beschränkungen der Assoziationsfreiheit bedeuten; sie sind hier in § 9—13 zu betrachten.

Die Rechtsordnung kann den Assoziationen der Privaten allgemein in dreifacher Weise gegenüberstehen:

<sup>117)</sup> Vorne S. 533a.

<sup>118)</sup> A. S. 53, 531; 53, 544, Art. 24.

<sup>119)</sup> A. S. 52, 509, Art. 8 II lit. b; 52, 744, Art. 11 II lit. b.

1. sie kann sie schlechthin verbieten; 2. sie kann sie prinzipiell zulassen, aber die Voraussetzungen ihrer Gründung, ihren Zweck, die zu dessen Erreichung dienenden Mittel und die Voraussetzungen ihres Erlöschens, bzw. der Endigung der Mitgliedschaft bei ihnen, normieren; 3. sie kann zwangsweise die Gründung einer Assoziation oder den Beitritt eines Privaten zu einer Assoziation veranlassen.

Die zweite Alternative ist diejenige, die der herkömmlichen Einstellung der Rechtsordnung entspricht. Die Privatautonomie wirkt sich dahin aus, dass es prinzipiell der Entschliessung der Privaten überlassen bleibt, ob sie eine Assoziation gründen oder sich einer bestehenden anschliessen, mit einem Wort, ob sie sich organisieren wollen; ich nenne das die Organisationsfreiheit. Die in diesem Referat zu behandelnde ausserordentliche Gesetzgebung weist Normen auf, die in der Tat eine Beschränkung der Organisationsfreiheit bedeuten, indem sie zwangsweise die Gründung einer Assoziation oder den Beitritt eines Privaten zu einer solchen veranlassen, also einen Organisationszwang vorsehen. Wo ein solcher besteht, ist naturgemäss auch die Freiheit in der Wahl des Partners (§ 10) und die Freiheit in der Wahl des Zwecks und der Mittel (§ 11) beschränkt; desgleichen werden die Voraussetzungen des Erlöschens der Assoziationen oder der Mitgliedschaft bei solchen modifiziert (§ 13).

Der Organisationszwang als solcher ist keine dem schweizerischen Recht neue Erscheinung. Gemäss ZGB Art. 703 können die Kantone sogenannte Zwangsgenossenschaften schaffen; wenn Bodenverbesserungen nur durch ein gemeinschaftliches Unternehmen ausgeführt werden können und zwei Dritteile der beteiligten Grundeigentümer, denen zugleich mehr als die Hälfte des beteiligten Bodens gehört, dem Unternehmen zugestimmt haben, so sind die übrigen Grundeigentümer zum Beitritt verpflichtet<sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Darüber Kunz, Das Institut der Zwangsgenossenschaft im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1918, S. 43; Haab, Komm. ZGB Art. 703 N. 8 f.; Vogel, Die rechtliche Struktur

Auch auf andern Gebieten des eidgenössischen<sup>2)</sup> wie kantonalen<sup>3)</sup> öffentlichen Rechts sind Zwangsorganisationen vorgesehen worden. Diesen Zwangsorganisationen gesellt nun die ausserordentliche Gesetzgebung einen weitem Typus bei, indem in der Milchwirtschaft die Bildung von sog. Zwangskartellen vorgesehen wird; sie sind hier in erster Linie zu erörtern.

In allen aufgezählten Fällen liegt ein direkter Organisationszwang vor. Bei der Behandlung der verschiedenen Beschränkungen der Privatautonomie auf dem Gebiet des Vertragsrechts hat es sich wiederholt gezeigt, dass die Rechtsordnung ein bestimmtes Verhalten des Rechtssubjekts nicht durch einen direkten Zwang, mittelst eines kategorischen Befehls, zu erreichen sucht, sondern durch einen indirekten Zwang, indem die Nichtbefolgung irgendeiner Auflage wirtschaftliche Folgen nach sich zieht oder ihre Befolgung die Voraussetzung einer staatlichen Bewilligung ist. Entsprechend wird es sich zeigen, dass auf dem jetzt zu behandelnden Gebiet öfters ein indirekter Organisationszwang eingesetzt wird.

## II. Insbesondere: Die Zwangskartelle der Milchwirtschaft.

### A. Kartelle und Zwangskartelle im allgemeinen.

Zum Begriff des Kartells gehört es, dass es einen vertraglichen oder statutarischen Zusammenschluss von selbständig bleibenden Rechtssubjekten zum Zweck der Marktregelung darstellt<sup>4)</sup>. Es ist also eine Assoziation, der Güterzusammenlegung in der Schweiz, Diss. Zürich 1937 S. 58 f.

<sup>2)</sup> Z. B. BG betreffend die eidg. Oberaufsicht über die Forstpolizei vom 11. Oktober 1902 Art. 28 (A. S. 19, 492; 40, 12; 45, 289), BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (Art. 33 III, 36, 37 (A. S. 33, 189).

<sup>3)</sup> Kunz S. 40 f.

<sup>4)</sup> Über die zahlreichen Streitfragen Nägeli, Die Doppelgesellschaft, Diss. Zürich 1935/36, S. 45 f. und die dort und bei Brunner, Zwangskartelle, Diss. Zürich 1936, S. 4 f. zitierte Literatur.

die sich in eine der vom Privatrecht zur Verfügung gestellten Organisationsformen kleidet; im schweizerischen Recht kommen einfache Gesellschaft, Verein, G. m. b. H. und Genossenschaft<sup>5)</sup> und als Kombination zweier von diesen Formen die Doppelgesellschaft<sup>6)</sup> in Frage. Das wirtschaftliche Motiv der Gründung eines Kartells ist das der Bekämpfung der Konkurrenz zwischen den Angehörigen des gleichen Erwerbszweigs oder zum mindesten das der Ordnung ihrer Wettbewerbsbeziehungen. Die Mitglieder eines Kartells begeben sich eines Teils ihrer Handlungsfreiheit, indem sie Bindungen z. B. hinsichtlich der Preisgestaltung, der Lieferungsbedingungen, der Absatzgebiete, der Absatzmengen, der Produktionsmengen auf sich nehmen; darüber hinaus bleiben sie organisatorisch selbständige Unternehmungen, was das Kartell u. a. vom Konzern und Trust unterscheidet<sup>7)</sup>. Die Erreichung des Kartellzwecks erheischt die Ausübung eines doppelten Druckes: einerseits auf die Kartellmitglieder, um sie zur Einhaltung der ihnen durch das Kartell auferlegten Pflichten zu veranlassen (sog. innerer Organisationszwang), andererseits auf die Gegenkontrahenten der Mitglieder und die nicht angeschlossenen Konkurrenten, die Aussenseiter, um jene zur Boykottierung der Aussenseiter, bzw. diese zum Anschluss an das Kartell zu veranlassen (sog. äusserer Organisationszwang). Diesem Druck sind naturgemäss die den privatrechtlichen Mitteln überhaupt gesetzten Grenzen gezogen. Das trifft um so mehr zu, als die Rechtsordnung u. U. die Zwecke und die Tätigkeit der Kartelle missbilligt, als gegen das Recht der Persönlichkeit, die guten Sitten, oder sogar die öffentliche Ordnung<sup>8)</sup>, d. h. vor allem — wegen der Erzielung von Preissteigerungen — als gegen die Interessen der Allgemeinheit verstossend<sup>9)</sup>.

<sup>5)</sup> Friedländer, Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa, Zürich 1938, S. 110 f.

<sup>6)</sup> Nägeli S. 1 f.

<sup>7)</sup> Statt vieler Friedländer S. 11 f.

<sup>8)</sup> Für die schweizerische Praxis Friedländer S. 109 f.

<sup>9)</sup> BB betreffend die Überwachung der Warenpreise vom

Einer solchen negativen Einstellung der Rechtsordnung zu den Kartellen steht diametral entgegen die Situation, da sich der Staat den von einem bestimmten Kartell erstrebten Zweck zu eigen macht und sich des Mittels der Kartellierung zur Erreichung dieses Zweckes bedient. Je nachdem veranlasst dann der Staat die Gründung eines Kartells, zwingt Aussenseiter zum Beitritt, verhindert die Auflösung des Kartells oder den Austritt von Mitgliedern. In den beiden ersten Alternativen ist dieser Kartellzwang nichts anderes als ein Anwendungsfall des in Ziff. I definierten Organisationszwangs; es entsteht ein sog. Zwangskartell. Darunter ist also ein Kartell zu verstehen, das durch staatlichen Zwang entsteht oder bei dem die Dauer oder der Eintritt, bzw. Austritt eines Mitgliedes staatlichem Zwang unterliegt.

## **B. Die Zwangskartelle der Milchwirtschaft im einzelnen.**

### a) Grundsatz.

Die europäische Gesetzgebung kennt zahlreiche Zwangskartelle<sup>10)</sup>; sie stellen, ökonomisch betrachtet, einen qualifizierten Fall der Einflussnahme des Staates auf die Wirtschaft dar und sind um so häufiger, je weiter diese fortgeschritten ist. Die Schweiz kennt sie bis heute *de lege lata* bloss in der Milchwirtschaft<sup>11)</sup>. Die verschiedenen Milchpreisstützungsaktionen des Bundes hatten bei den zuständigen Instanzen die Überzeugung geweckt,

---

20. Juni 1936 Art. 1 III (A. S. 52, 504), VO Art. 1 Ziff. 3 (A. S. 52, 509), Verfügung Nr. 3 vom 10. August 1936 (A. S. 52, 642). Vgl. auch den vom Bundesrat im Rahmen der Partialrevision der Wirtschaftsartikel der BV vorgeschlagenen Art. 32 II lit. c BV, dazu Botschaft, BBl 1937 II S. 888.

<sup>10)</sup> Friedländer S. 99 f., 115 f., 145 f., 187 f., 213 f., 226, 268, 272, 276, 296, 306; Brunner S. 27 f.

<sup>11)</sup> Eine einlässliche Darstellung gibt Brunner, Zwangskartelle, Zürich 1936, der insbesondere die Zwangsorganisationen der Milchwirtschaft darstellt. Für alle Einzelfragen sei auf diese Arbeit verwiesen. Vgl. ferner Nägeli, Die Doppelgesellschaft, Diss. Zürich 1935/36, S. 98 f.

dass die Erreichung des erstrebten Zieles — Preisregelung, Qualitätsverbesserung und Eindämmung der Produktion — durch die den milchwirtschaftlichen Genossenschaften nicht angeschlossenen Milchproduzenten und durch Aussenseitergenossenschaftler erschwert wurden<sup>12)</sup>. „Die Milchversorgung ist gestört, denn einmal profitiert der Aussenseiter ganz einseitig von der staatlichen Milchpreisstützung, ohne andererseits die gesamten Lasten auf sich zu nehmen, und zudem ist sein Beispiel geeignet, andere Produzenten zum Selbstausmessen zu verleiten. In diesem Falle oder bei Milchbezug aus Nachbargemeinden wird aber der Absatz der Milchverwertungsgenossenschaften, resp. von deren Sammelstellen an Konsummilch geringer, die Menge der Verarbeitungsmilch dagegen grösser, und die Gefahr einer Senkung des von den Milhhändlern bezahlten Preises tritt näher.“<sup>13)</sup>

Durch den BB über eine weitere Fortsetzung der Bundeshilfe für die schweizerischen Milchproduzenten und für die Linderung der landwirtschaftlichen Notlage vom 28. März 1934 Art. 6<sup>14)</sup> wurde deshalb dem Bundesrat die Kompetenz erteilt, einzelnen Milchproduzenten die Pflicht aufzuerlegen, sich bestehenden Milchverwertungsgenossenschaften anzuschliessen; einzelstehende Milchgenossenschaften können verpflichtet werden, sich einer Sektion des Zentralverbandes schweizerischer Milchproduzenten<sup>15)</sup> anzuschliessen<sup>16)</sup>.

---

<sup>12)</sup> Näheres bei Brunner S. 40 f.

<sup>13)</sup> Entscheid des Bundesrates vom 12. März 1935, zitiert bei Brunner S. 76.

<sup>14)</sup> A. S. 50, 247. Art. 3 bis 6 sind gültig bis 30. April 1939, A. S. 53, 159, Art. 6.

<sup>15)</sup> Der Träger der Stützungsaktionen des Bundes ist, A. S. 48, 146, Art. 2 und die folgenden BB über die Fortsetzung der Bundeshilfe für die Milchproduzenten.

<sup>16)</sup> Ausführungsvorschriften in VO über Milchproduktion und Milchversorgung vom 30. April 1937 (A. S. 53, 544), die folgende Erlasse aufgehoben hat: A. S. 49, 263; 50, 321, 583; 51, 217, 624.

In Verbindung mit dieser Zwangskartellierung wird die Milchwirtschaft noch durch verschiedene weitere Bestimmungen über Preisvorschriften, Qualitätsverbesserungen und Einschränkungen der milch- und viehwirtschaftlichen Produktion geregelt, die an ihrem Ort besonders behandelt sind<sup>17)</sup>.

Ein Zwangskartell ist de lege ferenda vorgesehen im Entwurf eines BB über den Transport von Personen und Sachen mit Motorfahrzeugen auf öffentlichen Strassen, Art. 10<sup>18)</sup>: der Bundesrat kann die Inhaber von Transportbewilligungen verpflichten, sich zu einem unter seiner Aufsicht stehenden Zentralverband zusammenzuschliessen oder diesem beizutreten. Die Statuten sowie die darin näher bezeichneten Beschlüsse dieses Verbandes bedürfen der Genehmigung des Bundesrates. Er kann sie für alle Beteiligten rechtsverbindlich erklären und bestimmt in diesem Fall den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens.

#### b) Durchführung der Zwangskartellierung.

Der Zwangskartellierung unterliegen zunächst einzelne Milchproduzenten, die nicht genossenschaftlich organisiert sind<sup>19)</sup>. Voraussetzung ist zunächst die, dass sie „Milch in den Verkehr bringen“, dann die erwähnte des Aussenseitertums, und ferner diejenige, dass die Mehrheit der Milchproduzenten des betreffenden Einzugsgebiets bereits genossenschaftlich organisiert ist<sup>20)</sup>. Diese

---

<sup>17)</sup> Vorne S. 565a, 598a, hinten S. 652a, 669/670a. Über die Verhältnisse in der Milchwirtschaft und die Massnahmen zu ihrer Gesundung vgl. die verschiedenen Botschaften zu den erwähnten Bundesbeschlüssen, vor allem die letzten BBl 1936 I 381, 1937 I 285, 1938 I 133. Über das Ausmass der milchwirtschaftlichen Organisationen BBl 1937 I S. 307 f.: die nichtorganisierten Milchproduzenten machten damals nicht ganz 5% aus.

<sup>18)</sup> BBl 1937 II S. 208, dazu Botschaft a. a. O. S. 183 f.

<sup>19)</sup> A. S. 50, 247, Art. 6 I lit. b; 53, 544, Art. 9 II lit. b.

<sup>20)</sup> Wobei es gleichgültig ist, ob die Milchproduzenten rechtlich Mitglieder der Genossenschaft sind oder bloss tatsächlich

letztere Voraussetzung ist insofern bemerkenswert, als sie den in der Ordnung verschiedener Zwangsgenossenschaften des schweizerischen Rechts<sup>21)</sup> enthaltenen Gedanken aufnimmt, nicht schlechthin einen Organisationszwang auszuüben<sup>22)</sup>, sondern auf eine vorhandene freiwillig zustimmende Mehrheit abzustellen und nur die Minderheit dem Zwang auszusetzen. Da die ganze Ordnung einer „zweckentsprechenden Verwertung und Verwendung der Milchproduktion“ dienen soll<sup>23)</sup>, ist naturgemäss eine weitere Voraussetzung die, dass die Zwangskartellierung diesem Ziele förderlich ist.

Der Organisationszwang kann sich auch auf Aussen-seitergenossenschaften erstrecken, die gezwungen werden, sich einer Sektion des Zentralverbandes schweizerischer Milchproduzenten anzuschliessen<sup>24)</sup>. Statt dessen können sie auch bloss gezwungen werden, die Milch einer solchen Sektion mit gleichen Rechten und Pflichten wie Verbandsgenossenschaften abzuliefern.

Grundsätzlich kann sich der Organisationszwang in zweifacher Hinsicht auswirken: indem durch einen gesetzgeberischen Erlass oder eine behördliche Verfügung ein Zwangskartell unmittelbar gegründet, bzw. ein Aussen-seiter unmittelbar angeschlossen wird<sup>25)</sup>, oder aber indem bloss die Verpflichtung gesetzt wird, das Zwangskartell zu gründen oder ihm beizutreten. In der schweizerischen Milchwirtschaft ist die zweite Methode angewandt und von dieser allein die zweite Alternative: die Abteilung für Landwirtschaft des eidg. Volkswirtschaftsdepartements, auf die der Bundesrat die Kompetenz delegiert hat, kann

---

deren Bestimmungen befolgen, vgl. die bei Brunner S. 76 wieder-gegebene Praxis des Bundesrates.

<sup>21)</sup> So auch in ZGB Art. 703.

<sup>22)</sup> Wie bei zahlreichen ausländischen Zwangskartellen.

<sup>23)</sup> A. S. 50, 247, Art. 6 I; 53, 544, Art. 9 II.

<sup>24)</sup> A. S. 50, 247, Art. 6 I lit. a; 53, 544, Art. 9 II lit. a.

<sup>25)</sup> So zahlreiche ausländische Zwangskartelle, Brunner S. 58 f., Friedländer an den vorhin in N. 10 zitierten Stellen.

den Betroffenen bloss die Pflicht auferlegen, sich einer bestehenden Organisation anzuschliessen. Der entsprechenden Verfügung geht jeweils ein Verständigungsverfahren voraus<sup>26)</sup>. Die Pflicht ist naturgemäss eine solche sowohl des Aussenseiters, sich zu organisieren, wie der Genossenschaft, ihn aufzunehmen. Ist die Aufnahme erfolgt, so unterliegt das neue Mitglied den genossenschaftlichen Bestimmungen hinsichtlich der Ablieferung seiner Milch.

Auch bei Nichterfüllung der auferlegten Pflicht, sich zu organisieren, kann die Behörde nicht unmittelbar den Anschluss, bzw. die Aufnahme verfügen, sondern sie ist auf die Einsetzung von Sanktionen beschränkt, und zwar strafrechtliche (Busse und Gefängnis) und verwaltungsrechtliche (Beschlagnahme von Milch, Schliessung von Betrieben usw.)<sup>27)</sup>.

Zu erwähnen ist noch, dass die milchwirtschaftlichen Organisationen auch eine von den staatlichen Behörden auf sie delegierte Kontrolltätigkeit auszuüben haben, um die Durchführung der verschiedenen Vorschriften zu überwachen, die der Eindämmung und Qualitätsverbesserung der Produktion dienen. Ob diese Vorschriften direkt in einem staatlichen Erlass enthalten sind oder auf Bestimmungen des Verbandes beruhen, macht dabei keinen Unterschied; auch im letzteren Fall unterstehen nicht-organisierte wie organisierte Produzenten der Kontrolle<sup>28)</sup>. Die Stellung der milchwirtschaftlichen Organisationen wird auch dadurch gestärkt, dass sie über die von den Milchdetailisten zu entrichtende Krisenabgabe hinaus von ihren Mitgliedern eine Ausgleichsabgabe beziehen dürfen und beim Bezug der Krisenabgabe eine Sonderstellung einnehmen und den Bezug durchführen können<sup>29)</sup>.

<sup>26)</sup> BBl 1937 I S. 308/09, Brunner S. 78 f.

<sup>27)</sup> A. S. 53, 544, Art. 16 f. Die Vorschriften stützen sich auf A. S. 49, 243, Art. 8; 50, 247, Art. 10; 53, 159, Art. 8. Allfällig Geschädigten ist eine Zivilklage vorbehalten, A. S. 53, 544, Art. 21 III.

<sup>28)</sup> A. S. 53, 544, Art. 5, 7, 22; A. S. 54, 189, Art. 10, 20.

<sup>29)</sup> A. S. 50, 247, Art. 3; A. S. 53, 531.

## c) Juristische Natur der Zwangskartelle.

Wie schon bei der Bauernhilfsorganisation, der Hotel-treuhandgesellschaft und der Stickereitreuhandgenossenschaft (vorne § 8 Ziff. VII lit. D) stellt sich auch hier die Frage nach der rechtlichen Natur: Gehören die Zwangskartelle dem öffentlichen oder Privatrecht an? Die Frage ist ebenso umstritten<sup>30)</sup> wie schwierig, weil man es mit Assoziationen zu tun hat, die auf den ersten Blick Merkmale sowohl des öffentlichen wie privaten Rechts aufweisen. Die Beantwortung hängt davon ab, wie man öffentliches und Privatrecht abgrenzt; dann fragt es sich, ob die betreffenden Organisationen öffentlich-rechtlichen Aufgaben dienen, deren Verfolgung nach sachlichen Kriterien erfolgt, und dies in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren. Das ist das Unterscheidungsmerkmal. Erfasst man den Begriff des öffentlichen Rechts im Gegensatz zu dem des Privatrechts in der Weise, wie sie im ersten Teil dieser Arbeit angedeutet worden ist, dann muss man die Zwangskartelle dem öffentlichen Recht zuweisen<sup>31)</sup>; denn sie dienen einer öffentlichen Aufgabe (Gesundung des Milch- und Milchproduktenmarktes und der landwirtschaftlichen Verhältnisse im allgemeinen) in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren (vor allem hinsichtlich der erwähnten Kontrollbefugnisse der Genossenschaftsfunktionäre und des Krisenabgabebezugs), für ihre Handlungen sind sachliche Erwägungen massgebend. Damit ist nicht gesagt, dass de lege lata sämtliche Konsequenzen gezogen sind, die sich aus der Auffassung dieser Organisationen als solchen öffentlichen Rechts ergeben, z. B.

<sup>30)</sup> Vgl. die bei Brunner S. 207 f. erwähnten Anschauungen, ferner Fleiner, Institutionen 1928, S. 128/9; Burckhardt, Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat, ZBJV 70, 97 f.

<sup>31)</sup> So auch der Bundesrat im Zusammenhang mit dem geplanten Zwangskartell des Strassentransportgewerbes, BBl 1937 II S. 185/6, ferner Burckhardt, Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat, ZBJV 70 S. 118 f; Nawiasky, Rechtsfragen des wirtschaftlichen Neuaufbaues, Zürich 1935, S. 17, 45.

hinsichtlich der Stellung ihrer Funktionäre, deren Verantwortung, des Instanzenzugs usw. Aus diesen wenigen Bemerkungen ergeben sich ebenso viele Fragen, die hier aufzuwerfen ich mich begnügen muss.

Was von den Zwangskartellen gesagt ist, gilt sinngemäss auch für andere Organisationen, die in einem öffentlichen Verfahren öffentliche Zwecke verfolgen, so, wie schon früher erwähnt, die Bauernhilfsorganisationen, die Hoteltreuhandgesellschaft, die Stickereitreuhandgenossenschaft, die Butyra, die übrigen Importzentralen usw.<sup>32)</sup>.

### III. Andere Zwangsassoziationen.

Neben den Zwangskartellen kennt die Rechtsordnung andere Zwangsassoziationen, die sich von ihnen durch die Verschiedenheit des Zwecks unterscheiden. Schon erwähnt worden sind die Zwangsgenossenschaften (vorne Ziff. I); weitere sind die folgenden:

1. Durch den BB über Hilfsmassnahmen zugunsten des notleidenden Hotelgewerbes vom 30. September 1932<sup>33)</sup> wird die schweizerische Hoteltreuhandgesellschaft verpflichtet, eine paritätische Arbeitslosenkasse zu errichten, die sog. PAHO.

2. Durch den BB über eine vorübergehende Hilfsaktion zugunsten notleidender Kleinindustrieller der Uhrenindustrie vom 23. Dezember 1932 ist der Bundesrat ermächtigt worden, eine Treuhandstelle zu gründen, die die Trägerin der Stützungsaktionen des Bundes sein soll<sup>34)</sup>.

### IV. Indirekter Assoziationszwang.

Im letzten Absatz von Ziff. I ist schon darauf hingewiesen worden, dass die Rechtsordnung Assoziationen kennt, hinsichtlich derer nicht eine unmittelbare Verpflichtung zur Organisation besteht wie bei den Zwangs-

---

<sup>32)</sup> Hinten S. 654a f., 658/59a.

<sup>33)</sup> A. S. 48, 493, Art. 4.

<sup>34)</sup> A. S. 48, 830.

kartellen, sondern der Zwang ist ein bloss indirekter, seine Nichtbefolgung hat wirtschaftliche Nachteile. Dahin gehören:

1. Die Importzentralen, die u. U. die Einfuhrbewilligungen erteilen oder die pauschal eine Einfuhrbewilligung erhalten und die eingeführte Ware mittels Kontingenten an die Importeure verteilen; sie sind in § 6 Ziff. II lit. C. b aufgezählt worden<sup>35)</sup>. Es ist nun denkbar, dass Einfuhrbewilligungen, bzw. Kontingente nur an Importeure erteilt werden, die Mitglieder der betreffenden Assoziationen sind; es besteht folglich ein indirekter Assoziationszwang<sup>36)</sup>. Solche Institute bestanden schon während der Kriegszeit. So besass die Genossenschaft schweizerischer Käseexportfirmen das Monopol für die Ein- und Ausfuhr von Milch und Milchprodukten<sup>37)</sup>. Dahin gehörten auch die von der Société suisse de surveillance économique geschaffenen Syndikate (SSS). Wer nicht Mitglied eines solchen Syndikates war, konnte nicht importieren<sup>38)</sup>.

2. Will der Eigentümer oder Pächter eines Hotelbetriebs die Rechtswohlthaten des Pfandnachlassverfahrens in Anspruch nehmen oder eine finanzielle Unterstützung erlangen, so muss er sich über die Zugehörigkeit zu der für dieses Gewerbe errichteten paritätischen Arbeitslosenkasse (PAHO) ausweisen<sup>39)</sup>. Diese Kasse ist hinsichtlich ihrer Entstehung eine auf unmittelbarem Zwang

---

<sup>35)</sup> Vorne S. 585a.

<sup>36)</sup> Nicht so bei der Butyra, A. S. 48, 117 Art. 5; vgl. auch Brunner S. 120 f.

<sup>37)</sup> A. S. 32, 316, dazu Lustenberger, Die Organisation des schweizerischen Käsehandels seit 1914, Diss. Bern 1926, S. 5 f.; Brunner S. 36 f., 120 f.

<sup>38)</sup> Matti, Über die rechtliche Natur der SSS, ZBJV 55 S. 158, ferner Salis-Burckhardt, Bundesrecht I Nr. 69, II Nr. 784, Nr. 824 Ziff. II—IV, Nr. 827.

<sup>39)</sup> Vorne Ziff. III. A. S. 48, 493, Art. 3, 4; A. S. 51, 461, dazu BGE 61 III 28, 180; 62 III 73.

beruhende Zwangsorganisation; dagegen beruht die Mitgliedschaft auf einem bloss mittelbaren Zwang.

3. Besitzer und Pächter von Schiffliohnstickmaschinen erhalten eine Entschädigung, wenn ihre Maschinen während längerer Zeit stillstehen, sofern sie der Genossenschaft Krisenfonds der Schweiz. Schiffliohnstickerei als Mitglied beigetreten sind<sup>40)</sup><sup>41)</sup>.

## V. Negative Abgrenzung: Andere Massnahmen der Marktregelung.

### A. Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen.

#### a) Allgemeines.

Das Zwangskartell hat den Zweck, eine Marktregelung durch einen Zwang zur Assoziation im Schosse eines Kartells zu erzielen. Der gleiche Zweck der erzwungenen Marktregelung kann auch dadurch erreicht werden, dass die der Marktregelung dienenden Massnahmen einer bestehenden Assoziation oder Vereinbarungen zwischen mehreren Assoziationen durch staatlichen Akt als für Dritte, die den betreffenden Assoziationen nicht angehören, verbindlich erklärt werden. Das ist die sog. Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen, die heute der politischen Diskussion<sup>42)</sup> reichen Stoff liefert, nachdem

<sup>40)</sup> A. S. 48, 833, Art. 3.

<sup>41)</sup> Keine Zwangsorganisation ist das als Genossenschaft aufgezugene Kartell Schweizerische Käseunion, die Nachfolgerin der Genossenschaft schweizerischer Käseexportfirmen; gleichwohl untersteht sie öffentlicher Aufsicht, A. S. 53, 159, Art. 4. Vgl. BBl 1937 I S. 301 f., 1936 I S. 406 f.

Die schweizerische Zentralstelle für freiwilligen Arbeitsdienst in Zürich ist keine Zwangsorganisation, erfüllt aber öffentlich-rechtliche Aufgaben. Philippson, Die rechtliche Ordnung des freiwilligen Arbeitsdienstes in der Schweiz, Diss. Bern 1937, S. 54 f. Vorne S. 518a, hinten S. 656a, 659a.

<sup>42)</sup> Auf die hier nicht einzutreten ist, ebensowenig auf die gesetzgebungspolitische Frage der Opportunität des Institutes:

der Bundesrat dieses Institut im Rahmen der Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung<sup>43)</sup> auf breiter Basis in der schweizerischen Gesetzgebung zu verankern beantragt. Zwangskartell und Allgemeinverbindlicherklärung verfolgen das gleiche Ziel, aber mit verschiedenen juristischen Mitteln; der Unterschied besteht darin, dass der Allgemeinverbindlicherklärung das assoziative Moment fehlt: die nicht organisierten Rechtsgenossen, auf die die Verbindlichkeit von Verbandsbeschlüssen oder -vereinbarungen ausgedehnt wird, werden nicht an die Assoziation angeschlossen<sup>44)</sup>.

Das schweizerische Recht kennt eine Vorstufe<sup>45)</sup> des Instituts im Gesamtarbeits- und im Normalarbeits-

---

Es sei auch verwiesen auf das Genfer Gesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivarbeitsverträgen vom 24. Oktober 1930 (Loi Duboule); darüber ein Rechtsgutachten Giacometti im Jahresbericht für 1936 des Arbeitgeberverbandes schweizerischer Maschinen- und Metallindustrieller, Zürich 1937. Dieses Gesetz ist mittlerweile vom Bundesgericht aufgehoben worden, BGE 64 I 16. Der Entwurf eines BG vom 11. April 1919, das den gleichen Zweck verfolgte, ist s. Z. vom Volk verworfen worden.

<sup>43)</sup> Art. 32 II lit. c, dazu Botschaft BBl 1937 II S. 848 f., 889 f. Dass die Formulierung vom Nationalrat abgeändert worden ist, ändert am Grundsatz nichts.

<sup>44)</sup> Doch bewirkt das Institut naturgemäss einen starken Anreiz zum „freiwilligen“ Beitritt, der praktisch die Bedeutung eines indirekten Zwanges im Sinne von Ziff. IV dieses Paragraphen haben kann. Deshalb sieht die Botschaft zu der Partialrevision der Wirtschaftsartikel der BV S. 855 vor, dass die Verbände, die die Allgemeinverbindlicherklärung von Beschlüssen und Vereinbarungen beantragen wollen, von Gesetzes wegen jedem Berufsgenossen den Beitritt offen halten müssen.

Allgemeinverbindlich erklärte Verbandsbeschlüsse und -vereinbarungen können auch anderen Zwecken dienen als der hier hervorgehobenen Marktregelung, z. B. der Ordnung der Arbeitsverhältnisse.

<sup>45)</sup> Logisch, nicht genetisch; ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung solcher Verträge wurde bei der Beratung der Revision des OR abgelehnt, Salis-Burckhardt, Bundesrecht N. 1276.

vertrag (OR Art. 322—324)<sup>46)</sup>. Der durch die ausserordentlichen Wirtschaftsverhältnisse der letzten beiden Jahrzehnte hervorgerufenen Gesetzgebung war es vorbehalten, das Institut zu entwickeln. Die Allgemeinverbindlichkeit wird einem Verbandsbeschluss oder einer Vereinbarung zwischen Verbänden regelmässig durch einen staatlichen Akt erteilt; der Verbandsbeschluss oder die Vereinbarung weist dann, mit diesem Sigillum versehen, alle Merkmale eines gesetzgeberischen Erlasses auf<sup>47)</sup>; eine Widerhandlung zieht die in den Erlassen, die die Allgemeinverbindlichkeit dekretieren, angedrohten Strafen und allfälligen Sanktionen nach sich. Der Unterschied zwischen einem gewöhnlichen gesetzgeberischen Erlass und einem allgemeinverbindlich erklärten Verbandsbeschluss ist nicht ein logischer, sondern ein genetischer; das Verfahren der Erzeugung ist verschieden. Die zuständige Behörde ist übrigens zur Allgemeinverbindlicherklärung nicht verpflichtet, sondern nach einer materiellen Prüfung der Verhältnisse nur befugt. Der Extremfall des Instituts wäre die einem Verband erteilte Kompetenz, ohne staatliche Intervention aus eigener Machtvollkommenheit seinen Beschlüssen die Allgemeinverbindlichkeit zu verleihen; er besteht in der schwei-

---

<sup>46)</sup> Es ist unrichtig, wenn behauptet wird (z. B. Neue Zürcher Zeitung Nr. 940 vom 26. Mai 1938), der Normalarbeitsvertrag bedeute einen allgemeinverbindlichen Verbandsbeschluss. Weniger deshalb, weil der Normalarbeitsvertrag dispositives Recht schafft, die allgemeinverbindlichen Verbandsbeschlüsse und -vereinbarungen dagegen meist zwingendes Recht schaffen, sondern weil das *Procedere* ein anderes ist. Beim Normalarbeitsvertrag sind Beschlüsse und Vereinbarungen von Verbänden nicht begriffsnötiges Element; die Verbände oder gemeinnützigen Vereinigungen werden bloss „angehört“ (OR Art. 324). Die Vereinbarungen welcher Verbände lägen z. B. einem Normalarbeitsvertrag für Dienstmädchen zugrunde? (vgl. den zürcherischen Normalarbeitsvertrag für Dienstmädchen, Beschl. des Reg. Rates vom 24. Dezember 1924, Ges. Slg. 33, 71).

<sup>47)</sup> Über die verschiedenen Theorien Brunner S. 132 N. 2 lit. a—d. Vgl. auch Nawiascky S. 38, 76, 79.

zerischen Rechtsordnung nicht<sup>48)</sup> und ist auch nicht für die im Wurf befindliche Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vorgesehen<sup>49)</sup>. Staatsrechtlich gesehen bedeutet die staatliche Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen so viel, dass den betreffenden Verbänden eine (öffentlich-rechtliche) Funktion im Gesetzgebungsverfahren des Staates übertragen wird, ähnlich etwa derjenigen des Bundesrates, der den Eidg. Kammern die Gesetze vorschlägt (BV Art. 102 Ziff. 4).

Das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung gibt Anlass zu einer Reihe von Fragen, auf die hier leider nicht näher eingegangen werden kann. Immerhin soviel: Kann z. B. die Behörde, die die Allgemeinverbindlichkeit ausspricht, diese ohne Zustimmung des betreffenden Verbandes aufheben? Das dürfte zu bejahen sein. Kann sie den ganzen Beschluss oder die Vereinbarung ohne Zustimmung des Verbandes aufheben? Vermutlich nein. Kann der Verband ohne Zustimmung der Behörden den Beschluss aufheben? Das ist anzunehmen. Diese Antworten ergeben sich aus einer genetischen Betrachtungsweise, die darauf abstellt, von wem die beiden Elemente stammen, aus denen sich die Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen zusammensetzt, dem internen Verbandsbeschluss oder der Vereinbarung und dem behördlichen Akt der Allgemeinverbindlicherklärung<sup>50)</sup>.

Eine Prognose zu stellen, welchem der beiden in ihrem Zweck verwandten Institute die Zukunft gehört, ob dem Zwangskartell oder der Allgemeinverbindlicherklärung, ist nicht leicht. Der Bundesrat scheint die

<sup>48)</sup> Wohl aber ist er 1935 vom Verband Schweizer Müller anscheinend postuliert worden, darüber Brunner S. 133 f.

<sup>49)</sup> Dem betreffenden Verband würde dadurch ein Teil der Gesetzgebungskompetenz des Staates übertragen.

<sup>50)</sup> Diese Fragen sollen im Fall der Einführung des Instituts in die BV durch ein Ausführungsgesetz geregelt werden, *Botenschaft* BBl 1937 II S. 889.

zweite zu begünstigen; in der Botschaft zur Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung<sup>51)</sup> wird gesagt: „Die Einführung von Zwangsverbänden soll ausdrücklich ausgeschlossen sein.“ D. h. die Allgemeinverbindlicherklärung dürfte nur erfolgen, wenn die Assoziationsfreiheit nicht beeinträchtigt werde<sup>52)</sup>.

#### b) Anwendungsfälle.

Aus der gegenwärtigen Gesetzgebung sind zu nennen:

1. Durch den BB vom 13. Oktober 1922 betreffend staatliche Hilfeleistung für die schweizerische Stickereiindustrie<sup>53)</sup> wird der Bundesrat ermächtigt, Verträge, die zwischen wirtschaftlichen Verbänden über Stichpreise und Löhne abgeschlossen worden sind, für die betreffenden Erwerbsgruppen allgemeinverbindlich zu erklären.

2. Die Vorschriften der Statuten und Reglemente der Genossenschaft Krisenfonds der schweizerischen Schiffli Lohnstickerei können für die der Genossenschaft nicht angehörenden Schiffli Lohnsticker als verbindlich erklärt werden<sup>54)</sup>.

3. Die Minimalpreisvorschriften der Verbände der Uhrenindustrie sind allgemeinverbindlich auch für Unternehmungen, die ihnen nicht angehören<sup>55)</sup><sup>56)</sup>.

<sup>51)</sup> S. 890.

<sup>52)</sup> Abs. II lit. d des vorgeschlagenen neuen Art. 32 BV. Es ist indessen daran zu erinnern, dass das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung in jedem Fall einen indirekten Assoziationszwang bewirkt.

<sup>53)</sup> A. S. 38, 538.

<sup>54)</sup> A. S. 48, 833, Art. 10.

<sup>55)</sup> A. S. 53, 1115, Art. 8, ferner die Ausführungen vorne S. 564a und hinten S. 669a. Über wirtschaftliche Fragen Renggli, Die Ordnung der Uhrenindustrie als Beispiel einer Industrie-Regelung, Festgabe Scherz 1937, S. 43 f.; Schild, Sanierungsbestrebungen in der schweizerischen Uhrenindustrie, Diss. Neuenburg 1936; Stadler, Die Konzentrationsbewegung in der schweizerischen Ebauches-Industrie, Diss. Bern 1936; Dérobert, Les conventions horlogères, Genf 1936.

<sup>56)</sup> Eine entsprechende Ordnung wurde von den Verbänden der Schuhfabrikation, des Schuhgross und -kleinhandels angestrebt,

4. Die Trinkgeldordnung für das Hotelgewerbe, an sich eine Vereinbarung zwischen einem Arbeitgeber- und einem Arbeitnehmerverband<sup>57)</sup>, die die Ordnung des Trinkgeldwesens bezweckt, konnte vom Bundesrat, gestützt auf eine ausdrückliche Ermächtigung<sup>58)</sup>, allgemeinverbindlich erklärt werden<sup>59)</sup>.

5. Die frühere Ordnung der Milchwirtschaft<sup>60)</sup> sah vor, dass Vorschriften des Zentralverbandes schweizerischer Milchproduzenten und seiner Sektionen über die Kontingentierung der Milchlieferungen, die Verwendung von Ersatzfuttermitteln und die Düngung von der Abteilung für Landwirtschaft auch für nichtorganisierte Produzenten als verbindlich erklärt werden konnten. Die heute geltenden Vorschriften<sup>61)</sup> enthalten diese Ermächtigung nicht mehr.

6. Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden über die wöchentliche Ruhezeit können durch eine Kantonsregierung und wo die Ordnung für mehrere Kantone gilt, durch das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement allgemeinverbindlich erklärt werden<sup>62)</sup>.

7. Anscheinend ist eine Allgemeinverbindlicherklärung vorgesehen für die geplante Ordnung des Strassentransportgewerbes<sup>63)</sup><sup>64)</sup><sup>65)</sup>.

aber vom Volkswirtschaftsdepartement verweigert, Schweizerische Gewerbezeitung Nr. 21 vom 21. Mai 1938.

<sup>57)</sup> Schweiz. Hotelierverein Basel und Union Helvetia Luzern.

<sup>58)</sup> A. S. 51, 234, Art. 3.

<sup>59)</sup> A. S. 52, 465, 468, 537; sie konnte erstmals auf 1. Oktober 1937 gekündigt werden, was nicht geschehen ist, so dass sie weiterhin gilt.

<sup>60)</sup> A. S. 49, 263, Art. 6.

<sup>61)</sup> A. S. 53, 544.

<sup>62)</sup> A. S. 50, 460, Art. 28.

<sup>63)</sup> Botschaft BBl 1937 II S. 185.

<sup>64)</sup> Über ausländische Anwendungsfälle des Instituts Brunner S. 140 f.

<sup>65)</sup> Bei Widerhandlungen gegen Preisvorschriften, die auf Grund des BB vom 20. Juni 1936 (A. S. 52, 504, 509) oder der Preisvorschriften nach der Abwertung erlassen worden sind,

**B. Preisvorschriften und Betriebsbeschränkungen.**

Auch Preisvorschriften und (generelle und spezielle) Betriebsbeschränkungen, wie man sie z. B. im Verbot der Erweiterung von Warenhäusern usw. kennt, dienen der Marktregelung. Sie werden deshalb gelegentlich mit dem Begriff des Zwangskartells in Beziehung gebracht<sup>66)</sup>; zu Unrecht. Es fehlt ihnen das assoziative Moment; sie gehören deshalb in den Komplex der Beschränkungen des Inhalts der Verträge, bzw. des Eigentums, vorne § 6, hinten § 15.

**§ 10. Beschränkung der Freiheit in der Wahl des Partners.**

Wie es im Begriff der Vertragsfreiheit liegt, dass der Private frei ist in der Wahl der Person, mit der er einen Vertrag abschliessen will (vorne § 5), so liegt es im Begriff kann als Sanktion vom Volkswirtschaftsdepartement u. a. „die Abänderung, Aufhebung oder Verbindlicherklärung von privaten Abreden oder Verträgen über Preise oder preisbestimmende Faktoren“ erfolgen (A. S. 52, 509, Art. 8 II lit. b; 52, 744, Art. 11 II lit. b). Gemäss einer Auskunft des Chefs der Preiskontrollstelle, Herrn Dr. Imfelds, über die Tragweite dieser Bestimmungen „ist von der Allgemeinverbindlicherklärung nur insoweit die Rede, als dieselbe als Sanktion gegen fehlbare Firmen anwendbar ist. Da diese sog. administrativen Sanktionen nur im Falle von Widerhandlungen anwendbar sind, dies in der Regel somit voraussetzt, dass bereits Preisvorschriften ergangen sind, ist eine Allgemeinverbindlicherklärung von privaten Abreden oder Verträgen in der Regel nur in bezug auf preisbestimmende Faktoren oder im Sinne einer Aufhebung von vorher auf Grund von besondern Verhältnissen ergangenen Sondervorschriften denkbar. Als solche preisbestimmende Faktoren kommen etwa in Betracht: Rabatte, Berechnung der Fracht und Verpackung, Zahlungsbedingungen etc. Es ist allerdings auch der Fall der Allgemeinverbindlicherklärung von Preisen denkbar bei Vorliegen von Widerhandlungen gegen Preisvorschriften. So z. B. bei Widerhandlungen gegen festgelegte Maximalpreise, wenn Maximalpreise überschritten werden, weil in bestimmten Gebieten oder an bestimmte Abnehmer aus Konkurrenzgründen so tiefe Preise gemacht werden müssen, dass ohne Überschreitung der Maximalpreise der notwendige Durchschnittspreis nicht erzielt würde.“

<sup>66)</sup> Darüber Brunner S. 38 f.; so Friedländer S. 22, 116.

der Assoziationsfreiheit, dass er sich assoziieren kann mit wem er will. Durch die Beschränkung der Vertragsfreiheit wie der Assoziationsfreiheit wird das eine wie das andere u. U. aufgehoben. Bei allen Formen des im vorangehenden Paragraphen geschilderten Assoziationszwangs ist die Freiheit in der Wahl des Partners beschränkt: der zur Assoziation Gezwungene muss sich mit denjenigen Partnern zusammentun, die ihm direkt oder indirekt zugewiesen werden.

### **§ 11. Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Zwecks und der Mittel der Assoziation.**

Der Zweck einer Assoziation und die zur Verfolgung dieses Zwecks verwendeten Mittel sind es, die das Wesen einer konkreten Assoziation ausmachen; in ihrer Wahl ist der Private in den Schranken der Rechtsordnung frei. Indessen kennt die Rechtsordnung von jeher vom gemeinen Recht abweichende, bestimmte Gruppen von Assoziationen treffende Normen; es sei an die Eisenbahnunternehmungen und Versicherungsgesellschaften, in letzter Zeit an die Banken und Kreditkassen mit Wartezeit und die verschiedenen einzelnen Unternehmen erinnert, an denen sich der Bund zu Sanierungszwecken beteiligt hat<sup>1)</sup>. In vermehrtem Masse trifft das zu bei den verschiedenen Arten von Zwangsorganisationen.

#### **I. Bei den Zwangskartellen der Milchwirtschaft.**

##### **A. Positiv.**

Die Zwangskartelle der Milchwirtschaft dienen der Preisregelung, der Qualitätsverbesserung und der Eindämmung der Produktion; das ist der Zweck, der diesen Assoziationen zwangsläufig auferlegt ist. Die Mittel, die seiner Verwirklichung dienen, sind in den staatlichen

---

<sup>1)</sup> Allgemeine Schweiz. Uhrenindustrie AG. (A. S. 47, 661), Schweiz. Diskontbank (A. S. 49, 255), Schweiz. Volksbank (A. S. 49, 975) usw.

Erlassen vorgeschrieben<sup>2)</sup>. In der Regel richten sie sich nicht bloss an (freiwillig oder durch Zwang) organisierte, sondern an alle Milchproduzenten. Die betreffenden Vorschriften gehören deshalb gleichzeitig in den Zusammenhang der Beschränkungen der Vertragsfreiheit und des Inhalts des dinglichen Rechts, so die Qualitätsvorschriften und die zahlreichen Vorschriften über Betriebsbeschränkungen, Art der Bebauung und Fütterung usw. (§ 6, 15). Spezifisch kartellmässig sind dagegen Kontingentierungsmassnahmen, die von den Verbänden der Milchwirtschaft zu treffen sind<sup>3)</sup> und die

---

<sup>2)</sup> Vor allem in den verschiedenen BB über die Bundeshilfe für die schweiz. Milchproduzenten, dann A. S. 53, 544; 54, 189; 52, 13 usw.

<sup>3)</sup> A. S. 53, 544, Art. 4; 49, 243, Art. 6; 51, 228, Art. 3. Dazu die Botschaften des Bundesrates BBl 1938 I S. 126 f., 1937 I S. 297 f., 1936 I S. 392. Ferner Brunner S. 220 f., speziell S. 248 f. Die Botschaften betonen, dass die Kontingentierungsmassnahmen unpopulär sind. Mitte Mai 1938 machte folgende Agenturmeldung die Runde durch den Blätterwald: „Der Vorstand des Innerschweizerischen Bauernbundes hat einstimmig beschlossen, die Durchführung direkter Massnahmen zur Einschränkung der Milchproduktion (Kontingentierung) zu verweigern, bis alle vorgeschlagenen indirekten Massnahmen ergriffen worden seien. Als solche bezeichnete er insbesondere Erschwerung und Verteuerung der Fett- und Öleinfuhr, Förderung des Getreide-, Kartoffel- und Hackfrüchtebaues unter gleichzeitiger Zusicherung von Preisen, die einem Milchpreis von 20 Rp. entsprechen, Förderung der Viehmast und des Nutzviehabsatzes, Freigabe des inländischen Käsehandels und Erleichterung des Käseexportes, Umstellung der Militärverpflegung auf reine Landesprodukte usw. Den Nationalräten und Ständeräten der Urschweiz und der Kantone Luzern, Aargau und Zug wird nahegelegt, die bäuerlichen Forderungen der Innerschweiz in der Bundesverwaltung viel energischer als bisher zu verteidigen und zu vertreten.“ Also ungefähr das Gegenteil von dem, was der Bund erstrebt. Die Milchwirtschaft scheint an einem *circulus vitiosus* zu leiden; die Preisstützung reizt zu vermehrter Produktion an, diese hat die natürliche Tendenz, auf die Preise zu drücken, was wiederum eine Preisstützung erfordert, die aber durch die zur Verfügung stehenden Subventionsmittel begrenzt ist.

sich auf die Milchlieferungen und die Preisgarantie beziehen<sup>4)</sup>).

Schon ein gewöhnliches Kartell gibt den Beteiligten eine starke Macht in die Hand; nicht umsonst verstummt der Ruf nach staatlicher Aufsicht nicht<sup>5)</sup>. Noch bedeutender ist die Machtstellung des Zwangskartells, so dass sich hier die Notwendigkeit einer behördlichen Kontrolle zwangsläufig ergibt. Sie ist denn auch vorgesehen<sup>6)</sup>—Der Bundesrat übt zur Wahrung der öffentlichen Interessen insbesondere die Aufsicht aus über die Geschäfts- und Rechnungsführung der Schweiz. Käseunion, der Zentralstelle für Buttersversorgung und vor allem des Zentralverbands schweizerischer Milchproduzenten und verpflichtet diese Organisationen zur öffentlichen Rechnungsstellung<sup>7) 8)</sup>.

#### **B. Negativ.**

Keinerlei staatlicher Zwang wird ausgeübt hinsichtlich der Rechtsform der Kartelle. Die einschlägigen Vorschriften sprechen zwar durchwegs von Genossenschaften als dem häufigsten Fall<sup>9)</sup>; doch ist damit anscheinend

<sup>4)</sup> Das heisst, die Preisgarantie gilt nur für eine bestimmte Quote der Produktion eines Produzenten. Es bestehen darüber eingehende Vorschriften. Dazu neuestens A. S. 54, 189, Art. 11, 12. Der Zweck der Kontingentierung ist, zu verhindern, dass der mittelst Subventionen aus öffentlichen Mitteln garantierte Preis als Anreiz zu vermehrter Produktion dient.

<sup>5)</sup> Vgl. über die in der Schweiz vorhandenen Bestrebungen Botschaft BBl 1937 II S. 888; über ausländische Aufsichtsgesetze Friedländer S. 20.

<sup>6)</sup> A. S. 53, 544, besonders Art. 4. Für Einzelheiten Brunner S. 268 f. Vgl. auch A. S. 50, 247, Art. 7.

<sup>7)</sup> A. S. 53, 159, Art. 4. Über die Kontrollmassnahmen BBl 1937 I S. 305 f.: Teilnahme an Sitzungen, Kontrolle der Geschäfts- und Rechnungsführung.

<sup>8)</sup> Mit Recht wesentlich ausgebaut ist die Aufsicht über das geplante Zwangskartell des Strassentransportgewerbes, BBl 1937 II S. 185/6, 208, vorne S. 638a.

<sup>9)</sup> Der Zentralverband schweiz. Milchproduzenten, seine regionalen Unterverbände und die meisten Sektionen sind Genossenschaften.

nicht die Meinung verbunden, dass die Rechtsform der Genossenschaft die allein zulässige sei. In der Tat soll es auch Milchverbände geben, die als einfache Gesellschaften organisiert sind<sup>10)</sup>, was den Schluss erlaubt, dass auch die andern für die Kartelle verwendbaren Rechtsformen zulässig sind. Das um so mehr, als der Staat keinerlei Kontrolle der Statuten auszuüben<sup>11)</sup> und diese auch nicht etwa selber festzusetzen scheint<sup>12)</sup>. Dagegen gehen natürlich die zwingenden staatlichen Vorschriften den Bestimmungen der Statuten vor (vgl. z. B. hinten § 13)<sup>13)</sup>.

## II. Bei den andern Zwangsassoziationen.

Hier herrscht naturgemäss a fortiori eine Zweckgebundenheit vor<sup>14)</sup>. Die paritätische Arbeitslosenkasse für das Hotelgewerbe soll eine allgemein schweizerische sein. Der Bundesrat hat festzustellen, ob dieser Bedingung Genüge geleistet ist, er hat also die Statuten daraufhin zu prüfen. Im übrigen ist die Kontrolle der Statuten und die Aufsicht diejenige, die allgemein für subventionierte Arbeitslosenkassen vorgesehen ist<sup>15)</sup>. Entsprechendes ist für die Treuhandstelle für Kleinindustrielle der Uhrenindustrie anzunehmen<sup>16)</sup>.

## III. Beim Tatbestand des indirekten Assoziationszwangs.

1. Wo ein indirekter Assoziationszwang herrscht, vor allem also bei den Importzentralen, besteht auch indirekt ein Zwang hinsichtlich des Zwecks und der Mittel.

<sup>10)</sup> Brunner S. 159.

<sup>11)</sup> Brunner S. 154/5.

<sup>12)</sup> Das ist eine Inkonsequenz, da bei andern auf direktem und indirektem Zwang beruhenden Assoziationen eine solche Kontrolle ausgeübt wird, vgl. nachstehend Ziff. II, III.

<sup>13)</sup> Eine Genehmigung der Statuten ist vorgesehen für das geplante Zwangskartell des Strassentransportgewerbes, vorhin N. 8.

<sup>14)</sup> A. S. 48, 493, Art. 4.

<sup>15)</sup> A. S. 41, 235.

<sup>16)</sup> A. S. 48, 830.

Da allgemein das Volkswirtschaftsdepartement, bzw. dessen Sektion für Einfuhr mit dem Vollzug der Vorschriften über die Einfuhr betraut ist<sup>17)</sup>, stehen diese Organisationen, was die ihnen delegierte Bewilligungstätigkeit betrifft, unter behördlicher Aufsicht<sup>18)</sup>. Die Erteilung von Einfuhrbewilligungen erfolgt gestützt auf Kontingente, ohne dass daraus aber auf den Kartellcharakter der betreffenden Organisationen zu schliessen wäre.

2. Eine eigenartige Stellung nehmen die Schweizerische Zentralstelle für Buttersversorgung (Butyra) und die Genossenschaft für Getreide- und Futtermittel (GGF) ein. Beide sind formell ohne staatlichen Zwang gegründet worden; die Butyra als einfache Gesellschaft<sup>19)</sup>, die GGF ursprünglich als Verein<sup>20)</sup>. Beiden ist die Tätigkeit unmittelbar vorgeschrieben. Die Butyra, die als halbamtliche Organisation bezeichnet wird<sup>21)</sup>, ist Importzentrale, hat Inlandbutter zu erwerben und diese und die eingeführte Butter abzugeben<sup>22)</sup>. Die GGF funktioniert ebenfalls als Importzentrale; ferner hat sie gewisse zoll- und wirtschaftspolitische Aufgaben zu erfüllen<sup>23)</sup>. Beide unterstehen staatlicher Aufsicht und haben die Reinerträge der Bundeskasse abzuliefern. Der Reingewinn der Butyra insbesondere wird zur Milchpreisstützung herangezogen<sup>24)</sup>.

#### IV. Bei weitem Assoziationen, die öffentlich-rechtliche Funktionen ausüben.

Den bis jetzt aufgezählten Assoziationen, die teils auf direktem, teils indirektem Zwang beruhen, ist gemein-

<sup>17)</sup> A. S. 48, 67.

<sup>18)</sup> Vgl. z. B. A. S. 48, 783, ferner vorne S. 585a.

<sup>19)</sup> Brunner S. 121/2 N. 3.

<sup>20)</sup> Brunner S. 121. Über ihre Tätigkeit Burri, Die Beziehungen zwischen der schweiz. Mühlenindustrie und dem Staat, Diss. Bern 1935, S. 78 f.

<sup>21)</sup> BBl 1936 I 407.

<sup>22)</sup> A. S. 48, 117, vorne S. 585a.

<sup>23)</sup> A. S. 49, 243, Art. 4, 5, vorne S. 585/86a.

<sup>24)</sup> A. S. 53, 159, Art. 1 lit. a, und die frühern BB über die

sam, dass sie alle irgendwelche öffentlich-rechtlichen Funktionen ausüben. Das ist aber auch der Fall bei den früher behandelten Bauernhilfsorganisationen, bei der Hotel-treuhandgesellschaft und der Stickereitreuhandgenossenschaft, ferner bei der Genossenschaft Krisenfonds der schweizerischen Schiffilohnstickerei<sup>25)</sup>, der Schweiz. Zentralstelle für freiwilligen Arbeitsdienst<sup>26)</sup>, den gewerblichen Berufsverbänden, denen durch das Berufsbildungsgesetz wichtige Funktionen, wie z. B. die Durchführung von Prüfungen<sup>27)</sup>, übertragen sind, und bei den von privaten Verbänden gegründeten Kranken- und Arbeitslosenkassen.

Insofern derartige Organisationen öffentliche Aufgaben zu erfüllen haben, sind sie in ihren Zwecken und den dazu nötigen Mitteln gebunden; sie unterstehen auch hinsichtlich der Erfüllung dieser Aufgaben einer für die verschiedenen Kategorien verschieden ausgebauten behördlichen Aufsicht. Diese sollte naturgemäss am schärfsten sein, wo die privaten Assoziationen öffentliche Mittel zu verwalten haben oder irgendeine monopolistische Stellung eingeräumt erhalten, ein Postulat, dem leider nicht immer genügend nachgelebt worden ist.

Die Übertragung öffentlicher Funktionen auf private Verbände ist eine ausserordentlich interessante und schwerwiegende Erscheinung der neueren Rechtsentwicklung, die noch zahlreichen Fragen und Schwierigkeiten rufen wird.

## **§ 12. Abänderung der Gültigkeitsvoraussetzungen der Assoziationsgründung.**

Es wäre denkbar, dass die ausserordentliche Gesetzgebung parallel zu den Abänderungen der Gültigkeits-

Fortsetzung der Bundeshilfe für die schweiz. Milchproduzenten. Über die Aufsicht speziell A. S. 53, 159, Art. 4.

<sup>25)</sup> A. S. 48, 833.

<sup>26)</sup> Vorne S. 518a.

<sup>27)</sup> BG über die berufliche Ausbildung vom 26. Juni 1930, A. S. 48, 789 Art. 36, 42.

voraussetzungen des Vertragsabschlusses (§ 7) entsprechende Modifikationen hinsichtlich der Gründung einer Assoziation aufwiese. Das ist indessen nicht der Fall.

### **§ 13. Abänderung der Voraussetzungen des Erlöschens der Assoziation oder der Mitgliedschaft.**

Wie die ausserordentliche Gesetzgebung die Voraussetzungen modifiziert, unter denen die Wirkungen eines Vertrags erlöschen (§ 8), so ändert sie auch die Voraussetzungen ab, unter denen die Mitgliedschaft bei einer Assoziation oder diese selber erlischt.

#### **I. Bei den Zwangskartellen der Milchwirtschaft.**

##### **A. Positiv: Austrittsverbot.**

Das logische Gegenstück zum Organisationszwang ist das staatliche Verbot eines Austritts aus der Zwangsorganisation. Demgemäss ist denn auch vorgesehen<sup>1)</sup>, dass den Mitgliedern der milchwirtschaftlichen Organisationen der Austritt aus diesen, und den milchwirtschaftlichen Assoziationen selber der Austritt aus den übergeordneten Verbänden verboten ist, sofern der Austritt aus Gründen erfolgt, die mit den Vorschriften über die Milchproduktion, die Milchkontingentierung usw. zusammenhängen. Dagegen ist ein aus andern, z. B. persönlichen, Gründen erfolgender Austritt zulässig, doch bleiben die dem Ausgetretenen auferlegten Verpflichtungen betr. die Milchlieferung an Sammelstellen in Kraft. Eigenartig ist an dieser Ordnung, dass ein Milchproduzent durch behördliche Verfügung zum Anschluss an eine Assoziation gezwungen werden kann, dass ihm aber der Austritt freisteht, sofern er nur nicht aus den aufgezählten Gründen erfolgt. Soweit der Austritt aus einer Genossenschaft in Frage steht, modifiziert die erwähnte Vorschrift die Be-

---

<sup>1)</sup> A. S. 50, 247, Art. 5; 53, 544, Art. 8.

stimmungen von OR Art. 842, die — wenn auch mit einigen Einschränkungen — den Grundsatz der Freiheit des Austritts aufstellen.

Für den Fall des zulässigen Austritts kann die Genossenschaft mit den üblichen Mitteln des Privatrechts versuchen, die Mitglieder zu verpflichten, einen Rechtsnachfolger zum Beitritt zu veranlassen; auch kann statutarisch bestimmt werden, dass mit dem Erwerb eines Grundstücks oder Betriebes der Erwerber oder beim Tod eines Mitgliedes die Erben ohne weiteres Mitglieder werden (OR Art. 850 II, 847 II).

#### **B. Negativ: Ausschluss- und Auflösungsverbot.**

Dem Verbot des Austritts aus einem Zwangskartell sollte konsequenterweise entsprechen einerseits ein Verbot des Ausschlusses von Mitgliedern durch die Assoziation, andererseits das Verbot der Selbstauflösung der Assoziation. Beides fehlt in der Ordnung der Milchwirtschaft. Das ist dogmatisch betrachtet ein Widerspruch. Eine Assoziation, die öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllt, sollte sich diesen nicht ohne weiteres durch ihre Auflösung entziehen können. Praktisch wird allerdings weder der Ausschluss noch die Auflösung häufig sein, da die Erhaltung des Mitgliederbestandes und der Organisation selber zu meist im Interesse der Assoziationen liegt. Im ersten Fall könnte die Behörde zudem wieder die Aufnahme verfügen.

II. Bei den übrigen Zwangsassoziationen, beim Tatbestand des indirekten Assoziationszwangs und bei den weiteren Assoziationen, die öffentlich-rechtliche Funktionen ausüben.

Bei der PAHO und der Treuhandstelle für Kleinindustrielle der Uhrenindustrie ist hinsichtlich der Auflösung in den einschlägigen Erlassen nichts vorgesehen. Ob das, wie anzunehmen, in den Statuten geschehen ist, entzieht sich meiner Kenntnis. Aber selbst wenn das nicht der Fall wäre, so könnten sich diese Assoziationen

nicht ohne staatliche Genehmigung auflösen, sowenig wie etwa die Hoteltreuhandgesellschaft, die Stickereitreuhandgenossenschaft oder die Bauernhilfsorganisationen, da diese alle ihrem Wesen nach öffentlich-rechtliche Organisationen sind. Wie soeben gesagt, kann einer Organisation nicht eine öffentlich-rechtliche Funktion übertragen und ihr zugleich nach privatrechtlichen Grundsätzen die Freiheit gelassen werden, sich nach Belieben aufzulösen. Das gilt in erster Linie natürlich bei den durch direkten Zwang entstandenen Organisationen. Es gilt aber nicht weniger bei den in § 11 Ziff. IV genannten weiteren Assoziationen, die öffentliche Funktionen ausüben, und schliesslich bei den verschiedenen durch indirekten Zwang entstandenen Importzentralen, so auch der GGF und der Butyra. Das will nicht sagen, dass diese Folgerung de lege lata überall gezogen sei; so wird nach geltendem Recht nicht anzunehmen sein, dass ein gewerblicher Berufsverband, der die ihm nach Berufsbildungsgesetz übertragenen Funktionen ausübt, sich nicht ohne behördliche Bewilligung auflösen kann. Sondern es wollte nur angedeutet werden, dass eine widerspruchslose Ordnung dies erheischen würde.

### III. Auf Grund des Nachlassvertragsrechts.

In Anbetracht der grossen Bedeutung, die das Nachlassvertragsrecht für das Zivilrecht hat (vorne § 8), ist es nicht verwunderlich, dass es auch ins Recht der Assoziationen eingreift, indem im Rahmen eines Nachlassvertrags Mitgliedschaftsrechte ganz oder zum Teil aufgehoben oder in ihrem Inhalt verändert werden können. Es sind zu nennen:

1. Das Nachlassvertragsrecht der Eisenbahn- und Schiffsunternehmungen: Gegenstand des Nachlassvertrags kann u. a. die Umwandlung von Prioritäts- in Stammaktien sein, wobei die Prioritätsaktionäre im Verfahren wie Gläubiger behandelt werden<sup>2)</sup>.

<sup>2)</sup> VZEG Art. 51 IV (A. S. 34, 19).

2. Das Nachlassverfahren für Banken: nach OR bedeutet die Herabsetzung des Nennwerts von Aktien oder Anteilscheinen, ihre Zusammenlegung oder vollständige Abschreibung eine Statutenrevision oder sogar die Auflösung der Gesellschaft, bzw. Genossenschaft; darüber hat eine Generalversammlung zu beschliessen (OR Art. 732, 736 Ziff. 2, 874). Ist die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt, so muss ohnehin unverzüglich eine Generalversammlung einberufen werden (OR Art. 725 I, 903 III). Demgegenüber bestimmt nun der BRB über die Sanierung von Banken vom 17. April 1936, Art. 10<sup>3)</sup>, wenn ein Sanierungsplan die Herabsetzung des Nennwerts der Aktien oder Anteilscheine, deren Zusammenlegung oder vollständige Abschreibung vorsehe, so sei er nur dann der Generalversammlung zur Beschlussfassung zu unterbreiten, sofern es von Aktionären oder Genossenschaf tern, deren Aktien oder Anteilscheine mindestens einen Drittel des bestehenden Grundkapitals darstellen, während der Auflagefrist des Planes schriftlich verlangt wird. Geschieht dies, dann genügt eine einfache Mehrheit zur Zustimmung, gleichgültig ob die Statuten eine qualifizierte Mehrheit verlangen. Kommt ein Begehren auf Einberufung der Generalversammlung nicht zustande, dann gilt der Plan als stillschweigend angenommen. Die Vorschrift ist auch beim ordentlichen gerichtlichen Nachlassverfahren der Banken anwendbar<sup>4)</sup>.

Entgegen der Ordnung des OR und den darauf gestützten Vorschriften der Statuten wird hier ein neuer Modus eingeführt, um die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre und Genossenschaf ter inhaltlich zu verändern oder gar aufzuheben; ein ausserordentlich weitgehender Eingriff des Nachlassvertragsrechts ins Zivilrecht, der scharfer Kritik gerufen hat<sup>5)</sup>; leider ist er nicht ohne Ana-

<sup>3)</sup> A. S. 52, 185, gültig bis Ende 1938: A. S. 54, 7.

<sup>4)</sup> Gemäss A. S. 51, 248, vgl. 52, 185, Art. 14; 53, 677, Art. 3.

<sup>5)</sup> Jäger, Juristische Probleme moderner Bankensanierungen, Festgabe Scherz Zürich 1937, S. 38 f. Vgl. ferner BGE 62

logie: es sei an die behördliche Aufhebung von Bürgschaften, von Milchlieferungsverträgen<sup>6)</sup> und die nachstehend zu behandelnde behördliche Auflösung von Assoziationen erinnert.

#### V. Behördliche Auflösung von Assoziationen.

Es ist als eine erstaunliche Massnahme bezeichnet worden, dass das Volkswirtschaftsdepartement als Sanktion gegen die Übertretung gewisser Vorschriften Verträge aufheben kann<sup>7)</sup>; ebenso eigenartig ist es, dass es Unternehmungen, die sich gegen die Vorschriften über die Regelung der Milchproduktion oder gegen die VO über die Erhebung von Abgaben auf Konsummilch vom 23. April 1937<sup>8)</sup> oder zugehörige Ausführungsvorschriften vergangen haben, auflösen kann<sup>9)</sup>. Die Unternehmen sind meist Genossenschaften; nach Genossenschaftsrecht fehlt sogar dem Richter die Möglichkeit, eine Genossenschaft aufzulösen<sup>10)</sup>, im Gegensatz z. B. zum Recht der Aktiengesellschaft<sup>11)</sup>. Um so merkwürdiger und um so weniger zu billigen ist es, dass eine Verwaltungsbehörde dieses Recht haben soll.

### III. Abschnitt:

## **Die Beschränkungen des Persönlichkeitsrechts und des dringlichen Rechts.**

### **§ 14. Beschränkung des Persönlichkeitsrechts.**

In § 7 sind verschiedene Massnahmen besprochen worden, die eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit

---

III 140, Graner S. 344, Gersbach S. 73 N. 51a., Vetsch S. 55.

Auch die Vorschrift von OR Art. 692 ist übrigens eliminiert.

<sup>6)</sup> Vorne S. 617a, 631a.

<sup>7)</sup> Vorne S. 631a.

<sup>8)</sup> A. S. 53, 531.

<sup>9)</sup> A. S. 53, 544, Art. 24.

<sup>10)</sup> Ausgenommen den Spezialfall von OR 831.

<sup>11)</sup> OR Art. 736 Ziff. 4. Guhl, Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1937, S. 128.

oder der Verfügungsmacht (Dispositionsfähigkeit) bedeuten. Graduell unterscheiden sich von ihnen einige Vorschriften, die, ohne geradezu der Handlungs- oder Dispositionsfähigkeit Abbruch zu tun, doch eine Beschränkung des Rechtssubjekts in seinem Tun und Lassen darstellen, die sich aber nicht schon unter eine der übrigen in dieser Abhandlung dargestellten Beschränkungen der Privatautonomie subsumieren lassen. Wohl ist die Freiheit der Persönlichkeit ein Grundgedanke unseres Privatrechts; doch ist diese Freiheit keine absolute, sondern sie besteht nur innerhalb der von der Rechtsordnung gesteckten Grenzen<sup>1)</sup>. Hierhin gehören:

1. Die sehr weitgehenden Pflichten zur Duldung einer Aufsicht, die im Rahmen des bäuerlichen Nachlassverfahrens<sup>2)</sup> und des Nachlassverfahrens der Hotel- und Stickereiindustrie<sup>3)</sup> dem sanierten Schuldner auferlegt sind. Die Nachlassbehörde hat allgemein dem Schuldner diejenigen Verpflichtungen und Sicherungsmassnahmen aufzuerlegen, die geeignet sind, eine neue Überschuldung zu verhindern. Dazu gehört die Pflicht zur Buchführung<sup>4)</sup> und die Unterstellung des schuldnerischen Betriebs unter die Aufsicht der Bauernhilfsorganisation oder einer andern geeigneten Person, bzw. der Hoteltreuhandgesellschaft oder Stickereitreuhandgenossenschaft. Das Aufsichtsorgan kann dem Schuldner Weisungen erteilen<sup>5)</sup>, deren Nichtbefolgung Sanktionen nach sich zieht: die Sanierungsstundung kann

---

<sup>1)</sup> Egger, Komm. ZGB Art. 27 N. 1.

<sup>2)</sup> A. S. 50, 1075, Art. 34 I, 46 IV.

<sup>3)</sup> A. S. 51, 461, Art. 43 I.

<sup>4)</sup> Während nach gemeinem Recht eine Buchführungspflicht nur zu Lasten von Personen besteht, die im Handelsregister eingetragen sind (OR Art. 957). Eine spezielle Buchführungspflicht besteht auch für Firmen der Uhrenproduktion und des Uhrenexports, A. S. 53, 1115, Art. 12; 48, 830, Art. 3 lit. b.

<sup>5)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 12 I, ferner A. S. 48, 485, Art. 7 II, Hotelverfahren Art. 43 II.

widerrufen werden<sup>6)</sup>. Solche Weisungen können sich im Hotel- und Stickereinachlassverfahren z. B. beziehen auf die Buchführung, die Einschränkung von Unkosten, die Höhe von Gehältern und Bezügen zu Privatzwecken.

Keine Neuerung bedeutet die Pflicht zur Duldung der Aufsicht durch den Nachlassverwalter oder Bankenkommisär; die verschiedenen neuern Vorschriften sind Anwendungen des Grundsatzes von SchKG Art. 298 I. Einer weitgehenden Aufsicht sind bekanntlich auch ausserhalb der Zwangsvollstreckungsverfahren unterstellt die Banken und Kreditkassen mit Wartezeit, wie schon von jeher die Versicherungsunternehmungen, die Eisenbahnunternehmungen und die nach Kranken- und Unfallversicherungsgesetz anerkannten Krankenkassen<sup>7)</sup>.

2. Sehr ausgebaut sind die gewissen Rechtssubjekten auferlegten Pflichten zur Auskunft und zur Duldung von Kontrollen durch staatliche Organe. Diese Pflichten gehören zum notwendigen Bestand der Rechtsordnung; es sei nur ans Zivilprozess- und Strafprozessrecht und ans Zollrecht<sup>8)</sup> erinnert. Häufig stellen sie nicht nur eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts — vor allem der Geheimsphäre — dar, sondern zugleich des Eigentums (hinten § 15). Weitgehend ist z. B. die den Kreditkassen mit Wartezeit auferlegte Duldungspflicht: der Aufsichtsdienst kann jederzeit Einsicht in Geschäftsbetrieb und Rechnungswesen der Kassen nehmen und jede zur Abklärung der Verhältnisse dienende Auskunft verlangen<sup>9)</sup>; auch den Banken ist eine Auskunfts-

---

<sup>6)</sup> Bäuerliches Verfahren Art. 16 I, lit. a, Art. 29 I, 12 I, Hotelverfahren Art. 10 I lit. b, Art. 11.

<sup>7)</sup> BG betreffend Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885, KUVG Art. 1 f., VO I über die Krankenversicherung vom 7. Juli 1913, VO II über die Krankenversicherung vom 30. Dezember 1913.

<sup>8)</sup> Zollgesetz Art. 88 f. Für die zahlreichen Kontrollbefugnisse der ausserordentlichen Gesetzgebung statt vieler A. S. 53, 1115, Art. 13; 52, 504, Art. 2; 52, 742, Art. 2; 52, 872, Art. 5.

<sup>9)</sup> A. S. 51, 85, Art. 42 I.

pflicht auferlegt<sup>10)</sup>, wie von jeher den nach KUVG anerkannten Krankenkassen und Versicherungsunternehmungen.

3. Als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts ist es zu betrachten, dass der Einzelne sich — *horribile dictu* — kleiden kann wie er will. Es kann aber rechtsgeschäftlich beschränkt werden, wenn z. B. einem Ausläufer eine Uniform vorgeschrieben wird, oder durch öffentlich-rechtliche Vorschrift, z. B. zu Lasten der Militärpersonen. Dahin gehören der BRB über das Verbot des Tragens fremder Uniformen in der Schweiz vom 1. Februar 1932<sup>11)</sup> und der BRB über das Verbot des Tragens von Parteiuniformen vom 12. Mai 1933<sup>12)</sup>.

## § 15. Beschränkung des Eigentumsinhalts.

### I. Allgemeines.

Der Inhalt des Eigentums — die übrigen dinglichen Rechte können hier ausser Betracht gelassen werden — ist in jedem Augenblick die Resultante der Befugnisse, die die Gesamtheit der zwingenden Vorschriften der Rechtsordnung, soweit sie die Herrschaft des Rechtssubjekts über eine Sache betreffen, dem Rechtssubjekt belassen, und gleichzeitig der Pflichten, die sie ihm auferlegen. Diese zwingenden Vorschriften stellen die Schranken der Rechtsordnung dar (ZGB Art. 641 I); das ZGB spricht nicht ganz zutreffend<sup>1)</sup> von Beschränkungen des Eigentums. Solche enthält z. B. das Nachbarrecht, das dem Eigentümer durch Verbotsnormen vorschreibt, auf seine Anstösser Rücksicht zu nehmen (ZGB Art. 679);

<sup>10)</sup> Bankengesetz Art. 7 II, 8, 9, 19 II, 23 III lit. k usw. Im Nachlassverfahren haben sie den Gläubigern Auskunft zu geben über ihre Forderungen, A. S. 51, 248, Art. 6; 52, 185, Art. 5 II.

<sup>11)</sup> A. S. 48, 58.

<sup>12)</sup> A. S. 49, 315, ergänzt durch A. S. 54, 306.

<sup>1)</sup> Vgl. Haab, Komm. ZGB Art. 641 N. 3.

insbesondere sind ihm Betriebsbeschränkungen auferlegt: er darf z. B. nicht einen Betrieb ausüben, der unberechtigten Rauch, Dunst, Lärm usw. hervorruft (ZGB Art. 684). Massgebend für diese Beschränkungen ist das Interesse der Nachbarn. Der ausserordentlichen Gesetzgebung ist es vorbehalten geblieben, aus Gründen des öffentlichen Interesses Betriebsbeschränkungen zu statuieren, durch die nicht die physikalischen und chemischen Auswirkungen eines Betriebs vermindert werden sollen, sondern die volkswirtschaftlichen. Gemeint sind z. B. die verschiedenen Beschränkungen der Neueröffnung oder Erweiterung von Betrieben, z. B. in der Hotel- oder Uhrenindustrie. Was hier, richtig betrachtet, verboten ist, ist nicht das Aufstellen einer Maschine oder eines Gebäudes, sondern ihr Betrieb zum Erwerbzweck, also ihr Gebrauch, die Verfügung darüber (ZGB Art. 641 I); eine Erscheinung, die der erwähnten nachbarrechtlichen Betriebsbeschränkung phänomenologisch durchaus entspricht, also eindeutig als Eigentumsbeschränkung zu klassieren ist. Es ist dabei nicht einmal nötig, den umstrittenen Begriff des Eigentums an einem Unternehmen heranzuziehen<sup>2)</sup>, indem man sich sagen würde, dass die Funktionen dieses Eigentums beschränkt seien; wenn man das Eigentum an den einzelnen Sachen berücksichtigt, aus denen z. B. ein Hotel- oder ein Schuhfabrikationsunternehmen oder ein landwirtschaftlicher Betrieb besteht, so kommt man, wie gesagt, entsprechend der Ordnung in ZGB Art. 684, ebenfalls zum Ziel. Arbeitet man mit dem Begriff des Eigentums am Unternehmen, dann ist die Sachlage ebenfalls eindeutig.

Die Ausübung der einzelnen aus dem Eigentum fließenden Befugnisse geschieht, soweit es die hier fraglichen Tatbestände betrifft, durch Rechtshandlungen und

---

<sup>2)</sup> Darüber Wieland, Handelsrecht I S. 251 und dortige Literatur; Fehr, Recht und Wirklichkeit, Potsdam/Zürich 1928, S. 108 f.; Fehr, Eigentum und Unternehmen, ZSR 47 S. 1.

innerhalb dieser durch Tathandlungen (Realakte)<sup>3)</sup>. Einen Acker mit Gras zu besäen, ein Kalb zur Milchkuh aufzuziehen oder ein Gebäude als Hotel zu verwenden ist eine Tathandlung, sofern diese Akte rechtlich relevant sind, was hier vorausgesetzt ist. Die zu erörternden Eigentumsbeschränkungen bedeuten deshalb zugleich Beschränkungen in der Freiheit der Rechtshandlungen, bilden also eine Parallele zu den bisher behandelten Beschränkungen der Freiheit des Rechtsgeschäfts, besonders des Vertrags.

Die Eigentumsbeschränkungen äussern sich naturgemäss zumeist in Verboten. In der früher eingeführten Terminologie gesprochen sind es regelmässig relative Verbote, d. h. sie sehen Ausnahmen vor, indem durch eine behördliche Bewilligung einer bestimmten Rechtshandlung die Rechtswidrigkeit genommen wird. Es ist jeweils ein besonderes Bewilligungsverfahren vorgesehen.

Der durch die Rechtsordnung bestimmte Inhalt des Eigentums ist nach moderner Auffassung<sup>4)</sup> nicht nur negativ umschrieben, durch Statuierung von Verboten, sondern auch positiv, durch Statuierung von Geboten; dem Eigentümer sind nicht nur Unterlassungs- und Duldungspflichten, sondern auch Leistungspflichten auferlegt. Die Betriebsbeschränkungen gehören unter die erste Kategorie. Aber auch eine ganze Reihe Duldungspflichten hat die ausserordentliche Gesetzgebung eingeführt. Schliesslich werden Gebote, die dem Eigentümer Leistungspflichten auferlegen, zu erwähnen sein; diese sind nicht etwa eine Eigenart der ausserordentlichen Gesetzgebung, sondern gehören von jeher zur Eigentumsordnung<sup>5)</sup>, man denke an Bewirtschaftungsvorschriften in

<sup>3)</sup> Über deren Begriff Tuhr, OR S. 153, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II 1 S. 110 f.; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907, § 163 f.

<sup>4)</sup> Haab, Komm. ZGB Art. 641 N. 3 f., insbesondere 9 f. und zugehörige Zitate.

<sup>5)</sup> Fleiner, Institutionen 1928, S. 333 N. 44; Haab, Komm. ZGB Art. 641 N. 11; Bosshardt, Die Eigentumsgarantie, Diss.

Land- und Forstwirtschaft<sup>6)</sup>, Vorschriften bestimmter technischer Massnahmen im Rahmen der Bau-, Bahn- oder sonstigen technischen Polizei<sup>7)</sup>, Vorschriften bestimmter Massnahmen im Rahmen der Gesundheitspolizei usw. Vielfach stellen diese Gebote zugleich Verbote abweichender Massnahmen dar<sup>8)</sup>.

## II. Tatbestände.

### A. Generelle Betriebsbeschränkungen.

Hier sind die Erlasse zusammengefasst, die den gesamten Betrieb — wirtschaftlich begriffen — eines Unternehmens berühren, während als spezielle Betriebsbeschränkungen Massnahmen bezeichnet werden, die sich nur auf einzelne Rechtshandlungen beziehen. Die Einteilung geht allein von äusserlichen Gesichtspunkten aus.

1. Schon zur Kriegszeit musste ein sog. Hotelbauverbot erlassen werden<sup>9)</sup>, das in der Nachkriegszeit wieder aufgenommen wurde<sup>10)</sup>, bis zum 31. Dezember 1925 galt und schliesslich ins BG betr. Einschränkung der Erstellung und Erweiterung von Gasthöfen vom 16. Oktober 1924<sup>11)</sup> überging, das seither immer wieder und zu Zürich 1930, S. 41 f.; Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 255, II S. 365, 408; Wolff, Sachenrecht 1932, S. 157, § 51 V 3. Man kann die Leistungspflichten naturgemäss zugleich von der Seite des öffentlichen Rechts aus, ohne Bezug aufs Eigentum betrachten, als öffentlich-rechtliche Leistungspflichten; sie haben dann die gleiche Bedeutung wie etwa das Gebot, sich impfen zu lassen oder Militärdienst zu leisten oder Steuern zu zahlen; dazu Fleiner, Institutionen S. 384, 388; Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 646; Vogt, Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte, Diss. Zürich 1909, S. 32 f.; BGE 29 I 395.

<sup>6)</sup> Vgl. neuerdings BG über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern vom 1. April 1938 Art. 4.

<sup>7)</sup> Besonders im Zusammenhang mit der Kranken- und Unfallversicherung, vgl. z. B. A. S. 54, 118, oder im Rahmen des Motorfahrzeuggesetzes.

<sup>8)</sup> Ein Beispiel in BGE 8 S. 257, dazu Vogt, S. 116.

<sup>9)</sup> A. S. 31, 361, Art. 27 f.

<sup>10)</sup> A. S. 36, 847, Art. 52 f.

<sup>11)</sup> A. S. 41, 50.

letzt mit Gültigkeit bis zum 31. Dezember 1940 erneuert worden ist<sup>12</sup>). Verboten ohne Bewilligung ist der Neubau und die Vergrößerung eines Hotels und die Benützung von Bauten als Hotel, die vorher andern Zwecken dienten<sup>13</sup>).

2. Die Eröffnung neuer und die Erweiterung bestehender Warenhäuser, Kaufhäuser, Einheitspreisgeschäfte und Filialgeschäfte von Grossunternehmungen des Detailhandels einschliesslich der Kaufablagen von industriellen Grossunternehmungen ist erstmals der Bewilligungspflicht unterstellt worden durch den BB über das Verbot der Eröffnung und Erweiterung von Warenhäusern, Kaufhäusern, Einheitspreisgeschäften und Filialgeschäften vom 14. Oktober 1933<sup>14</sup>), ersetzt durch einen BB vom 27. September 1935, dieser neuerdings ersetzt durch den bis Ende 1939 geltenden BB vom 28. Oktober 1937<sup>15</sup>). Verboten ohne Bewilligung sind die zahlreichen in Art. 7 des BB aufgezählten Rechtshandlungen.

3. Die Neueröffnung, Erweiterung, Umgestaltung und Verlegung von Betrieben der Schuhindustrie ist verboten durch den bis Ende 1938 gültigen BRB über das Verbot der Eröffnung und Erweiterung von Betrieben der Schuhindustrie vom 30. Dezember 1935<sup>16</sup>). Unter das Verbot fallen die in Art. 3 des BRB genannten Rechts-

---

<sup>12</sup>) A. S. 46, 527; 48, 493, Art. 6; 50, 1; 51, 234. Über das Bewilligungsverfahren A. S. 41, 50, Art. 4 f., und namentlich 51, 803.

<sup>13</sup>) Darüber und über das folgende, von der Seite des Verwaltungsrechts aus geschildert, auch Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht II, Zürich 1938, S. 74 f.

<sup>14</sup>) A. S. 49, 825 (Vollzugsbestimmungen A. S. 49, 935, 957, 961; 50, 36, 280, 641; 51, 238), ersetzt durch 51, 659 (Vollzugsbestimmungen A. S. 51, 683, 742, 799; 52, 190, 223, 507, 822).

<sup>15</sup>) A. S. 53, 860 (Vollzugsbestimmung 53, 982).

<sup>16</sup>) A. S. 51, 825; 53, 1124. Frühere Erlasse A. S. 50, 469. Der BRB von 1935/37 stützt sich auf den BB über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland vom 14. Oktober 1933 (A. S. 49, 811), der bis Ende 1939 verlängert ist (A. S. 51, 792; 53, 1038).

handlungen, so z. B. die Neueröffnung oder Verlegung eines Betriebes, die Vergrößerung der den Kunden zugänglichen Geschäftsräume, die Benützung neuer, nicht mit diesen Räumen zusammenhängender Schaufenster während längerer Zeit, die Aufnahme neuer Warenkategorien oder neuer gewerblicher Tätigkeiten, die Angliederung einer Filiale usw.

4. Ohne Bewilligung ist verboten die Eröffnung neuer und die Erweiterung bestehender Schuhreparaturwerkstätten und Annahmestellen für Schuhreparaturen gemäss BB über Massnahmen zum Schutz des Schuhmachergewerbes vom 23. Dezember 1936<sup>17)</sup>; er gilt bis Ende 1938. Die unter das Verbot fallenden Rechtshandlungen sind in Art. 3 und 4 des Erlasses aufgezählt; so z. B. die Eröffnung, Verlegung, räumliche Vergrößerung eines Betriebes oder die Übernahme eines bestehenden solchen, die Vermehrung der maschinellen Einrichtungen oder der im Betrieb tätigen Personen usw.

5. Eine Bewilligungspflicht ist eingeführt worden für die Neueröffnung, Erweiterung, Umgestaltung und Verlegung von Betrieben der Uhrenindustrie, BRB zum Schutze der schweizerischen Uhrenindustrie vom 29. Dezember 1937<sup>18)</sup>. Die unter das Verbot fallenden Rechtshandlungen sind in Art. 1—4 aufgezählt; der BRB gilt bis Ende 1939<sup>19)</sup>. Als Erweiterung, bzw. Umgestaltung gilt z. B. jede bauliche Ausdehnung und die Erhöhung der Arbeiterzahl, die Einführung eines neuen Fabrikationszweigs usw.

6. Die Eröffnung neuer Milchverkaufsgeschäfte bedarf der Bewilligung, die nur bei vorhandenem Bedürf-

---

<sup>17)</sup> A. S. 52, 1034 (Vollzugsbestimmung A. S. 53, 5). Der Erlass ersetzt die frühern A. S. 50, 661 (Vollzugsbestimmungen A. S. 51, 112; 52, 807).

<sup>18)</sup> A. S. 53, 1115. Frühere Erlasse A. S. 50, 213; 51, 821.

<sup>19)</sup> Die gesamte Ordnung der Uhrenindustrie stützt sich auf den bis Ende 1939 verlängerten BB über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland vom 14. Oktober 1933 (A. S. 49, 811; 51, 792; 53, 1038).

nis erteilt wird, vgl. VO über Milchproduktion und Milchversorgung vom 30. April 1937<sup>20)</sup>; sie bezieht sich auf eine Reihe von Rechtshandlungen, die in Art. 12 der VO aufgezählt sind, so die Neueröffnung, Veräusserung und Verlegung eines Betriebs, der direkte Verkauf der eigenen Produktion an Kunden, die Strassen- und Hausbedienung.

### **B. Spezielle Betriebsbeschränkungen.**

1. Durch eingehende Bestimmungen soll eine Einschränkung der viehwirtschaftlichen Produktion (Schweine, Rindvieh, Geflügel) und der Milchproduktion<sup>21)</sup> sowie eine Förderung des Ackerbaues erzielt werden. So dürfen z. B. die Viehbestände nicht vermehrt oder müssen sogar vermindert werden; die Viehhaltung hat sich dem Bedarf oder den Fütterungsverhältnissen anzupassen; die Fütterungsart ist vorgeschrieben und die Tierhaltung darf bestimmte Bestände nicht überschreiten. Es ist verboten, die Stallungen zu vergrössern und die Viehhaltung neu einzuführen. Das Lebendgewicht, bei dem Schlachtschweine an die Schlachtbank abzugeben sind, kann vorgeschrieben werden. Die Befugnis besteht, die Einschränkung bestehender Hühnerfarmen zu verfügen und die Errichtung neuer sowie die Vergrösserung bestehender zu verbieten oder bewilligungspflichtig zu erklären usw.<sup>22)</sup>. Es handelt sich hier überall um Betriebsbeschränkungen; als Mittel sind nicht nur Verbote, sondern bemerkenswerterweise zahlreiche Gebote vorgesehen, namentlich bestimmte Fütterungsmassnahmen. Sie gehören zu den vorne generell erwähnten positiven Leistungspflichten, die durch die Eigentumsordnung dem Rechtssubjekt auferlegt werden können.

2. Die bisherigen Erlasse haben die Neueröffnung oder Erweiterung ganzer Betriebe (lit. A) oder einzelner

<sup>20)</sup> A. S. 53, 544. Frühere Erlasse A. S. 49, 263, Art. 11; 50, 321, Art. 5; 51, 217.

<sup>21)</sup> Hinten N. 37.

<sup>22)</sup> A. S. 51, 564; 52, 13, 733; 53, 544, Art. 3; 54, 189, Art. 1 f. Dazu BBl 1936 I 891, 1937 I 312.

Zweige von Betrieben (lit. B) betroffen; sie beziehen sich, metaphorisch gesprochen, auf den Umfang der Betriebe im Raum. Demgegenüber bezieht sich der BRB über die Regelung der Betriebsdauer der Schifflistickmaschinen vom 25. März 1935<sup>23)</sup> auf den Umfang in der Zeit: es wird eine Höchstbetriebsdauer bestimmter Maschinen festgesetzt.

### C. Singuläre Beschränkungen des Eigentumsinhalts.

1. Hier werden einige Vorschriften zusammengefasst, die bestimmte Rechtshandlungen verbieten, die an sich ein Ausfluss der Berechtigung des Eigentümers wären. So war es verboten, einigem Viehzeug Zucker zu verfüttern<sup>24)</sup> und ist es noch, Vollmehl zu verfüttern<sup>25)</sup>. Desgleichen besteht das Verbot, Vollmehl zusammen mit helleren Mehlen gewerbsmässig zu verbacken<sup>26)</sup><sup>27)</sup>.

2. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass aus militärischen Gründen für Festungsgebiete Eigentumsbeschränkungen aufgestellt worden sind; sie enthalten Verbote zu bauen, Bauten zu beseitigen, über die bisherige Höhe hinaus zu bauen, beschränkt dingliche Rechte einzuräumen, Grundstücke zu veräussern, usw.

<sup>23)</sup> A. S. 51, 190, verlängert bis Ende 1938 (A. S. 53, 2, 1125). Der Erlass stützt sich auf den BB vom 14. Oktober 1933 (A. S. 49 811; 51, 792; 53, 1038).

<sup>24)</sup> A. S. 50, 1315, aufgehoben durch A. S. 53, 126.

<sup>25)</sup> A. S. 52, 1004, Art. 4.

<sup>26)</sup> A. S. 52, 1004, Art. 5 III.

<sup>27)</sup> Man spricht von Rechtshandlungen gemeinhin nur bei erlaubten Handlungen (Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II 1 S. 105, 121). Das dürfte zu eng sein und der Begriff, wie schon angedeutet, allgemein auf rechtlich relevante Handlungen zu erweitern sein. Dann erübrigt sich die unnatürliche Konstruktion von Handlungen, die gleichzeitig als erlaubte Handlungen Rechtshandlungen sind und als unerlaubte es nicht sind (Tuhr a. a. O. S. 122 und Literatur dort in N. 126), was übrigens hier der Fall wäre; nach der erwähnten Konstruktion wäre Verfüttern und Verbacken als Verbindung (ZGB Art. 727) eine erlaubte, zum Eigentumserwerb führende Handlung, als verbotswidrig gleichzeitig eine unerlaubte Handlung.

Die Verbote sind zum Teil Anwendungsfälle der Norm ZGB Art. 702; die Eigentumsbeschränkungen können im Grundbuch eingetragen werden, auch sind Entschädigungsansprüche vorgesehen<sup>28)</sup>.

3. Die soeben aufgezählten Eigentumsbeschränkungen enthalten entweder Unterlassungs- oder Duldungspflichten. Zu den Duldungspflichten gehören auch die sehr zahlreichen Vorschriften, wonach ein Rechtsgenosse verpflichtet ist, seine Geschäfts- oder Fabrikationsräume und -Anlagen, seine Geschäftsbücher und Korrespondenzen, kurz seinen ganzen Betrieb der Kontrolle durch staatliche Organe zu überlassen<sup>29)</sup>. Er muss also das Betreten seiner Räume, das Einsehen und eventuell auch in amtlichen Gewahrsam Nehmen von Urkunden dulden. Regelmässig ist damit eine Auskunftspflicht verbunden. Solche Duldungspflichten, die je nachdem bloss eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts oder auch des Eigentums darstellen, sind notwendigerweise auch in der normalen Gesetzgebung<sup>30)</sup> vielfach vorgesehen, z. B. nach Zollrecht<sup>31)</sup>, Strafprozessrecht (Haussuchung) oder nach der Militärgesetzgebung<sup>32)</sup> und ganz allgemein, wo öffentliche Zwecke das Betreten von Grundeigentum durch Behörden verlangen<sup>33)</sup>. Die ausserordentliche Gesetzgebung hat sie bloss stark vermehrt.

---

<sup>28)</sup> A. S. 53, 162, 822, 1012; 54, 42, 109 und neuestens 269.

<sup>29)</sup> Vgl. statt vieler A. S. 52, 429, Art. 6; 52, 509, Art. 4; 52, 744, Art. 4; 53, 1115, Art. 113, und ferner neuerdings BG über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern vom 1. April 1938, Art. 2, 9.

<sup>30)</sup> Fleiner, Institutionen S. 332/3; Haab, Komm. ZGB Art. 641 N. 10; Bosshardt, Die Eigentumsgarantie, Diss. Zürich 1930, S. 38/39.

<sup>31)</sup> Zollgesetz Art. 88 f.

<sup>32)</sup> Militärorganisation Art. 33.

### III. Sanktionen.

#### A. Strafrechtliche.

Überall sind die üblichen Strafdrohungen enthalten.

#### B. Verwaltungsrechtliche.

In den Erlassen über generelle Betriebsbeschränkungen ist die Schliessung oder Einschränkung vorschriftswidrig eröffneter oder erweiterter Betriebe vorgesehen; prophylaktisch sind Eröffnungen und Erweiterungen zu verhindern. Der Erlass über die Einschränkung der viehwirtschaftlichen Produktion sieht vor die Einziehung von vorschriftswidrig gehaltenem Vieh und von Baumaterial für nichtbewilligte Neu- und Erweiterungsbauten. Die Baumaterialien können prophylaktisch beschlagnahmt werden<sup>34</sup>). Unter Umständen kann auch die Enteignung überzähliger Tiere angeordnet werden<sup>35</sup>). Spezielle Sanktionen sind vorgesehen im BRB vom 27. Januar 1936<sup>36</sup>): für Gebiete, wo die Vorschriften über die Einschränkung der viehwirtschaftlichen Produktion nicht befolgt werden, können Massnahmen getroffen werden, um die sich ergebende Überproduktion von andern Produktionsgebieten fernzuhalten, wozu insbesondere der Verkauf von Schweinen eingeschränkt und ihr Transport in andere Gebiete unterbunden werden kann. Im Gebiet der Milchwirtschaft können verbotswidrig Handelnde vom Genuss der Milchpreisgarantie ausgeschlossen werden oder es werden ihnen Preisabzüge auferlegt<sup>37</sup>). Gegen die vorschriftswidrige Eröffnung von Milchgeschäften sind vorgesehen „alle exekutorischen Massnahmen, wie z. B. Schliessung eines Milchverkaufsgeschäfts, Beschlagnahme der Milch, die in der Natur der Sache liegen und sich im Rahmen der ge-

---

<sup>33</sup>) BGE 56 I 271.

<sup>34</sup>) A. S. 51, 564, Art. 18.

<sup>35</sup>) A. S. 51, 564, Art. 14, ferner vorne S. 518a.

<sup>36</sup>) A. S. 52, 13, Art. 4.

<sup>37</sup>) A. S. 53, 544, Art. 21; 54, 189, Art. 19.

nannten Verordnungen bewegen<sup>38)</sup>. Hinsichtlich der Schifflistickmaschinen ist anzunehmen, dass es zum Vollzug des Erlasses gehört, einen vorschriftswidrigen Betrieb einer Maschine zu verhindern.

Der Widerstand gegen Massnahmen, die der Eigentümer im Rahmen der ihm auferlegten Duldungspflichten zu erleiden hat, muss durch Verwaltungszwang gebrochen werden<sup>39)</sup>.

### C. Zivilrechtliche Sanktionen.

Die generellen und speziellen Betriebsbeschränkungen haben insofern Bedeutung für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften, als Verträge, die ihrer Verletzung dienen, widerrechtlich sind. Soll z. B. verbotswidrig ein Neubau erstellt werden, so ist der dazu dienende Werkvertrag oder Auftrag usw. nichtig. Werden neue Waren eingeführt oder neue Gewerbszweige aufgenommen, so sind die betreffenden Kauf- oder Dienstverträge nichtig. Das ergibt sich aus den früheren Darlegungen über die Folgen der Verbotswidrigkeit<sup>40)</sup>; denn verboten ist ein bestimmtes Verhalten, die Neueröffnung oder Erweiterung eines Betriebs, d. h. zugleich alle dazu dienenden Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte. Anders wäre die Lösung vermutlich nach der herrschenden Meinung; es würde argumentiert, das Verbot richte sich einzig an die eine Partei, nämlich an den gegenwärtigen oder künftigen Betriebsinhaber, folglich seien Verträge wie die aufgezählten gültig.

Die Nichtigkeit bewirkt im Falle des Verschuldens eine Schadenersatzpflicht des Betriebsinhabers<sup>41)</sup>.

Sofern, was zu erwarten ist, der vorschriftswidrig aufgenommene Betrieb oder Betriebszweig durch verwaltungsrechtliche Exekution geschlossen oder seine Aufnahme zum vorneherein verhindert wird, so entsteht auf

---

<sup>38)</sup> A. S. 53, 544, Art. 23.

<sup>39)</sup> Executio ad omitterendum. Fleiner, Institutionen S. 216 f.

<sup>40)</sup> Vorne S. 551a.

<sup>41)</sup> Vorne S. 533a.

Seiten des Betriebsinhabers seinen Gegenkontrahenten gegenüber u. U. eine nachträgliche juristische Unmöglichkeit im Sinne OR Art. 119, die ihn ebenfalls schadenersatzpflichtig macht<sup>42)</sup>. Beim Kauf von Waren für den verbotswidrigen Betrieb wird die Unmöglichkeit regelmässig nicht anzunehmen sein, da die Leistung des Betriebsinhabers, die Zahlung, nicht unmöglich wird; ist er dagegen zur Lieferung von Waren verpflichtet, so kann sie entstehen, sofern eine Speziesobligation oder eine gemischt generische Obligation vorliegt. Kommen die Konkurrenten eines Betriebsinhabers, der unerlaubterweise einen Betrieb eröffnet oder erweitert hat, zu Schaden, so haben sie eine Schadenersatzforderung aus OR Art. 41<sup>43)</sup>; doch dürfte die Substanziierung nicht leicht sein.

Wo eine Rückwirkung einer Vorschrift statuiert ist, fragt es sich einerseits, ob ein Betroffener gegenüber dem Staat schadenersatzberechtigt ist, und andererseits, wenn ebenfalls die Rechte einer Gegenpartei berührt werden, ob auch diese gegenüber dem Staat oder dem Betroffenen einen Schadenersatzanspruch hat. Das gehört in den interessanten Fragenkomplex des Interessenausgleichs bei der Verletzung wohlervorbener Rechte<sup>44)</sup>. Die behandelten Vorschriften über die generellen und speziellen Betriebsbeschränkungen sehen öfters eine qualifizierte Rückwirkung vor, indem das Inkrafttreten zeitlich vorgeschoben wird<sup>45)</sup>. Abgesehen davon sind sämtliche Vorschriften in-

---

<sup>42)</sup> Vorne S. 531a.

<sup>43)</sup> So ausdrücklich erwähnt in A. S. 53, 544, Art. 21 III.

<sup>44)</sup> Darüber Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 96 f.; Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 185 f.; Fleiner, Institutionen S. 294 f.; Bosshardt, Die Eigentums-garantie, Diss. 1930, S. 11 f.; Vogt, Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte, Diss. Zürich 1909, S. 28. Die Fragen der Rückwirkung der Gesetze und des Schutzes wohlervorbener Rechte gehören zusammen, ohne sich zu decken, Gierke I S. 191 N. 28.

<sup>45)</sup> So A. S. 49, 825, Art. 11; 50, 469, Art. 9; 50, 661, Art. 11.

sofern rückwirkend, als sie einerseits vom Datum des Inkrafttretens an jede unbewilligte Betriebseröffnung oder -erweiterung verbieten, gleichgültig, ob dafür vom Betroffenen bereits Aufwendungen gemacht worden sind, oder andererseits, indem sie Einschränkungen auch des bestehenden Zustandes vorsehen<sup>46)</sup>. Eine Korrektur wird zunächst auf verwaltungsrechtlichem Boden versucht<sup>47)</sup>, da meist vorgesehen ist, dass die Bewilligung zur Betriebseröffnung oder -erweiterung gewährt werden kann, wenn schon seit längerer Zeit „Vorbereitungen“ getroffen worden sind und die Verweigerung der Bewilligung dem Betroffenen „grossen Schaden“ verursachen würde<sup>48)</sup>. Auch wo diese Voraussetzungen gegeben sind, besteht keine Pflicht, die Bewilligung zu erteilen. Wer muss nun den Schaden tragen, wenn die Bewilligung nicht erteilt wird, weil z. B. kein grosser, sondern bloss ein kleiner Schaden zu erwarten ist?<sup>49)</sup> Wo eine Gegenpartei des Betroffenen bereichert ist, soll sie die Bereicherung zurückgeben, so z. B., wenn der Betroffene vorgeleistet hat. Nur wo dadurch jeder Schade ausgeglichen ist, ist das Problem erledigt. In den andern Fällen bleibt immer noch zu prüfen, ob die Gegenpartei einen Schadenersatz gegen den Betroffenen hat. Das ist zu verneinen, da ihn keinerlei Verschulden trifft. Ob die Gegenpartei einen Schadenersatzanspruch gegen den Staat hat, beantwortet sich gleich wie die näherliegende Frage, ob der Betroffene einen solchen hat. De lege lata ist ein Entschädigungsanspruch ausgeschlossen, ein solcher wird nach der herrschenden Auffassung

---

<sup>46)</sup> A. S. 51, 564, Art. 1 IV, Art. 14 I; 52, 13, Art. 1.

<sup>47)</sup> A. S. 31, 361, Art. 30; 49, 825, Art. 3; 51, 659, Art. 17; 50, 661, Art. 3 lit. e.

<sup>48)</sup> Wo das nicht ausdrücklich vorgesehen ist, ist es aus Billigkeitsgründen, so scheint mir, gleich zu halten, so in der Schuh- und Uhrenindustrie und im Milchhandel.

<sup>49)</sup> Ob kleiner oder grosser Schade, darauf sollte die Rechtsordnung überhaupt nicht abstellen.

nur zugebilligt, wo eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift ihn vorsieht<sup>50)</sup>.

Damit ist aber die Frage nicht erledigt, sondern es ist zu erwägen, ob ein Entschädigungsanspruch nicht de lege ferenda richtigerweise gewährt werden sollte. Für die Beantwortung dieser Frage ist es angezeigt, darauf abzustellen, ob der dem Betroffenen bisher zugekommene Vorteil vom neuen Recht missbilligt wird oder nicht<sup>51)</sup>. Eine solche Missbilligung liegt z. B. im Absinthverbot oder läge in einer erweiternden Umschreibung des unlauteren Wettbewerbs oder in Höchst- bzw. Tiefstpreisvorschriften. Davon kann aber keine Rede sein bei den hier behandelten Betriebsbeschränkungen. Das bisherige Verhalten, gewisse Betriebe unbeschränkt ausgestalten zu können, wird nicht im obigen Sinne missbilligt, d. h. als minderwertig oder gar verwerflich dargestellt, mögen auch die Interessenten begreiflicherweise so denken; denn formellrechtlich gilt noch immer der Grundsatz der Handels- und Gewerbe-freiheit, mit dem sich die Betriebsbeschränkungen schwer vereinbaren lassen. Massgebend für die Einschränkungen sind vielmehr wirtschaftspolitische, auf eine vorübergehende Situation zutreffende Erwägungen. Das erhellt schon daraus, dass kein absolutes, sondern ein relatives

---

<sup>50)</sup> BGE 47 II 511/12; Fleiner, Institutionen S. 303; Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 195; Haab, Komm. ZGB Art. 702 N. 1. Der Bund kennt eben nicht wie (mit Ausnahme von Tessin) alle Kantone (BGE 30 I 337; Haab, Komm. ZGB Art. 641 N. 58; Vogt S. 4) eine verfassungsmässige Eigentums-garantie (BGE 47 II 511), die Entschädigungsansprüche bei Ver-letzung des Eigentums und anderer subjektiver Vermögensrechte (BGE 35 I 571, 42 I 204, 57 I 209; Haab, Komm. ZGB Art. 641 N. 59; Bosshardt S. 51) mit Einschluss von deren zukünftigen Entfaltungen (Gierke I S. 192/3; Dernburg, Pandekten I § 43 N. 8) garantieren würde.

<sup>51)</sup> Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft S. 99; Fleiner, Institutionen S. 296. Die hier angestellten Überlegungen sind allgemeingültig und folglich auch auf die andern in diesem Referat erwähnten Fälle von Rückwirkung sinngemäss anzu-wenden.

Verbot besteht, d. h. es können weitgehend Ausnahmen bewilligt werden, wobei sich der Staat gelegentlich sogar desinteressiert und sich zufrieden gibt, wenn die direkt beteiligten Wirtschaftskreise sich unter sich einigen<sup>52)</sup>; das erhellt ferner daraus, dass die Meinungen über die Opportunität der Betriebsbeschränkungen sehr gespalten sind — den Vorteilen stehen ebenso offensichtliche Nachteile gegenüber —, dass generelle Ausnahmen bestehen, die erst nachträglich aus politischen (nicht etwa wirtschaftspolitischen!) Gründen gestattet worden sind<sup>53)</sup>, und endlich daraus, dass die Erlasse regelmässig befristet sind. Wäre es anders, und würde die Rechtsordnung die besprochenen Betriebserweiterungen wirklich missbilligen, so könnten nicht aus Billigkeitsgründen Bewilligungen gewährt werden, wenn vor Erlass einer Vorschrift bereits Aufwendungen für einen neuen oder zu erweiternden Betrieb gemacht worden sind. Der Gedanke des Rechtsstaates<sup>54)</sup> fordert gebieterisch, dass hier eine Entschädigungspflicht des Staates vorgesehen wird<sup>55)</sup>. Dabei dürfte aber nicht etwa so weit gegangen werden, dass der entgangene Gewinn zu ersetzen wäre, wohl aber die in guten Treuen gemachten Aufwendungen.

Bei dieser an die Rückwirkung der fraglichen Erlasse geknüpften Konsequenz muss überhaupt daran erinnert werden, dass grundsätzlich die Nichtrückwirkung der Gesetze Regel macht<sup>56)</sup>, auch für eine Notgesetzgebung<sup>57)</sup>.

---

<sup>52)</sup> So beim sog. Warenhaus- und Filialverbot, A. S. 51, 659, Art. 6; 53, 860, Art. 13.

<sup>53)</sup> Die Genossenschaftsverbände und ihre Mitgliedsgenossenschaften beim sog. Warenhaus- und Filialverbot A. S. 53, 860, Art. 6. Eine Ordnung, die mit Rechtsgleichheit wenig mehr gemein hat.

<sup>54)</sup> Fleiner, Institutionen S. 296.

<sup>55)</sup> Wohl gleich im Grundsatz Burckhardt, Organisation S. 101.

<sup>56)</sup> Fleiner, Institutionen S. 88; Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts I S. 16 f.; Gierke I S. 190 f.

<sup>57)</sup> BGE 44 II 421, 45 I 90.

Wo ein Gesetz seine Rückwirkung vorsieht, ist das als Ausnahme zu betrachten, deren Härte für den Rechtsgenossen möglichst zu mildern ist<sup>58)</sup>, namentlich eben durch Zubilligung einer Entschädigung. Es ist eine der Nebenerscheinungen der ausserordentlichen Gesetzgebung, dass sie mehr als das sonst wohl der Fall ist, die Rückwirkung ihrer Vorschriften anordnet. Es wird auf die zahlreichen Fälle verwiesen, wo das jeweils angegeben worden ist<sup>59)</sup>.

Eine sehr weitgehende zivilistische Sanktion ist im Milchhandelserlass vom 30. April 1937<sup>60)</sup> generell vorgesehen: das Volkswirtschaftsdepartement kann Verträge aufheben und Unternehmen auflösen, die die Umgehung der Vorschriften bewirken. Die Massnahme ist in § 8 und § 13 bereits besprochen worden.

Die Duldungspflichten wollen zivilistisch besagen, dass der Eigentümer nicht den Besitzschutz anrufen und keine *actio negatoria* anstrengen kann.

Keine zivilistische Bedeutung hat die Übertretung der Gebote, die zur Einschränkung der Viehproduktion dienen sollen. Auch das Verbot der unter Ziff. II lit. C aufgezählten Rechtshandlungen vermag keine zivilistischen Folgen auszulösen, ausgenommen, wo (Ziff. 2 daselbst) im Grundbuch Eigentumsbeschränkungen vorgemerkt sind. Hier ist ein verbotswidriges Rechtsgeschäft juristisch unmöglich.

---

<sup>58)</sup> Gierke I S. 188.

<sup>59)</sup> A. S. 51, 521, Art. 2; 51, 595, Art. 4.

<sup>60)</sup> A. S. 53, 544, Art. 24.

## **Dritter Teil: Würdigung.**

### **§ 16. Von der schwindenden Allgemeingültigkeit des Rechts und von der Rechtsungleichheit.**

Justitia est constans et perpetua  
voluntas ius suum cuique tribu-  
endi. (Ulpian.)

Nach der Übersicht über die zahlreichen Beschränkungen der Privatautonomie, welche die Gesetzgebung der letzten Jahre gebracht hat, sollen hier einige sich aufdrängende Bemerkungen angebracht werden. Dabei soll weniger von formellen Dingen die Rede sein, obwohl auch da zum mindesten die übergrosse Zahl von Erlassen und deren geringe Dauerhaftigkeit symptomatisch sind<sup>1)</sup>; sondern es sollen nur einige materielle Hauptfragen herausgegriffen werden.

Das Postulat der Rechtsgleichheit ist nicht nur ein solches des Staatsrechts im engeren Sinn, vielmehr ist im Begriff des Gesetzes als eines allgemeinverbindlichen Erlasses der Gedanke enthalten, dass gleiche Fragen in einer für alle Rechtsgenossen gleichen Art gelöst werden sollen; das objektive Recht soll allgemeingültig sein. Das erlaubt selbstverständlich, dass Sonderfragen auf besondere Art gelöst werden. Demgegenüber zeigt die Gesetzgebung der letzten Jahre vielfach eine Aufspaltung der allgemeinen gesetzlichen Ordnung in eine Reihe von Sonderordnungen, und zwar eben für Fragen, die von allgemeiner Bedeutung sind. Das eindrucklichste Beispiel bietet das Nachlassvertragsrecht<sup>2)</sup>. Für Eisenbahnen, Schiffsunternehmen, Schuldner von Anlehensobligationen, Bauern, für Hotel- und Stickereiunternehmen besteht die

<sup>1)</sup> Man beachte daraufhin z. B. die Erlasse des Nachlassvertragsrechts und der generellen Betriebsbeschränkungen.

<sup>2)</sup> Das nichts anderes als einen durch das Gesetz zugunsten des Schuldners geführten Kampf gegen den Gläubiger darstellt.

Möglichkeit des Pfandnachlasses; allen andern Schuldnern ist sie verschlossen, gleichgültig, ob für sie die selben Argumente herangezogen werden könnten, die zur Privilegierung jener Schuldnerkategorien geführt haben. Es ist nicht verwunderlich, dass auch andere Schuldner die Ausdehnung des Pfandnachlassverfahrens auf sich verlangen<sup>3)</sup>. Solche Rechtsungleichheiten bestehen ferner auf dem Gebiet der Beschränkung des Eigentumsinhalts; es sei an die generellen und speziellen Betriebsbeschränkungen erinnert, die einzelne Industrie- und Handelszweige zulasten anderer privilegieren. Eine Rechtsungleichheit liegt weiters in den Beschränkungen, denen der Export- und Importhandel unterliegt, usw.

Während das 19. Jahrhundert die Beseitigung aller ständischen und lokalen Sonderrechte, Sonderstatute, Privilegien und dgl. durchführte, haben wir heute die Tendenz zur Aufspaltung der allgemeinen Ordnung in Sonderordnungen. Durchaus nicht etwa allein in der Schweiz, hier sogar in geringerem Masse, verglichen mit andern Ländern, wo bestimmte Bevölkerungsklassen ausgesprochene Vorrechte geniessen<sup>4)</sup> oder in ihrer Rechtsfähigkeit weitest gehend beschränkt werden<sup>5)</sup>. Aber das Symptom ist auch bei uns nachweisbar und muss festgehalten werden.

Man muss sich in diesem Zusammenhang oft fragen, ob unserer Zeit die Kraft fehlt, allgemeine Regeln aufzustellen, die geistige Weitsicht und moralische Entschlussfähigkeit voraussetzen, handelt es sich doch darum, das Besondere vom Allgemeinen zu scheiden, die Interessen

---

<sup>3)</sup> So die Wirte, Schweiz. Wirtezeitung Nr. 25 vom 18. Juni 1938.

<sup>4)</sup> Für Frankreich vgl. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris 1936, S. 198 f. Das eindringliche Buch verdient weiteste Beachtung.

<sup>5)</sup> In Deutschland postuliert man ein ständisches Recht; vgl. *Schriften der Akademie für deutsches Recht*, Nr. 7: *Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts*, München/Berlin 1938 (im folgenden abgekürzt „Erneuerung“), Beitrag von Huber S. 52, Nipperdey S. 103.

abzuwägen und unter diesen nur den schutzwürdigen Raum zu geben. Statt dessen begnügen wir uns mit Sondervorschriften. Es ist kein Zufall, dass in Deutschland<sup>6)</sup> unter der Herrschaft von Schlagworten wie denjenigen vom „wirklichkeitsnahen Rechtsdenken“ oder vom „konkreten Ordnungsdenken“<sup>7)</sup> die Abschaffung der allgemeinen Lehren des Privatrechts, des allgemeinen Teils des BGB<sup>8)</sup> postuliert wird, und dass konsequenterweise die Aufspaltung des BGB<sup>9)</sup> in verschiedene Einzelgesetze<sup>10)</sup>, die von keinen gemeinsamen Vorschriften beherrscht sein sollen, geplant ist. Aus dem gleichen Grunde wird gelegentlich verlangt, dass alle allgemeinen Begriffe abgeschafft, „aufgespalten“ oder „konkretisiert“ werden, wie diejenigen der Obligation<sup>11)</sup>, der Sache<sup>12)</sup>, des Rechtsgeschäfts<sup>13)</sup> und vor allem des Vertrags<sup>14)</sup>. Es soll keinen allgemeinen Vertragsbegriff mehr geben, sondern nur mehr einzelne Vertragsarten<sup>15)</sup>; Rechtsverhältnisse, die eindeutig durch den Konsens der Erklärenden zustande kommen, wie der Eheschluss, sollen kein Vertrag sein<sup>16)</sup>. Da man allem Abstrakten abhold ist, gibt es keine ab-

---

<sup>6)</sup> Darüber und über das folgende orientieren Manigk, *Neubau des Privatrechts*, Leipzig 1938, und die soeben in N. 5 zit. Schrift. Für Einzelheiten sei darauf und die bei Manigk angegebene Literatur verwiesen.

<sup>7)</sup> Darüber Manigk S. 52 f.

<sup>8)</sup> Darüber Manigk S. 5 f., Binder und Nipperdey in *Erneuerung* S. 31 f., 95 f.

<sup>9)</sup> Schlegelberger, *Abschied vom BGB*, Berlin 1937; Nipperdey in *Erneuerung* S. 95 f.

<sup>10)</sup> Darüber Manigk S. 4.

<sup>11)</sup> Darüber Manigk S. 11.

<sup>12)</sup> Darüber Manigk S. 74.

<sup>13)</sup> Darüber Manigk S. 11.

<sup>14)</sup> Darüber Manigk S. 3, 13; Schmidt-Rimpler in *Erneuerung* S. 87.

<sup>15)</sup> Z. B. schuldrechtliche, sachenrechtliche, verbandsrechtliche, arbeitsrechtliche, erbhofrechtliche, familienrechtliche, Manigk S. 39.

<sup>16)</sup> Darüber Manigk S. 50, 62, 91.

strakten Rechtsgeschäfte mehr<sup>17)</sup>; die kausale Beziehung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge wird bestritten<sup>18)</sup>.

Die soeben geschilderten Tendenzen<sup>19)</sup> stellen ein fortgeschrittenes Stadium einer Entwicklung dar, an deren Beginn die Schweiz steht. Sie beruht auf einer grundsätzlichen Verkennung des Wesens des Rechts als einer allgemeingültigen, an der Rechtsidee orientierten Ordnung von Lebensverhältnissen. Die Rechtsordnung ist nicht Beschreibung, sondern Regelung von tatsächlich geübten Beziehungen zwischen Rechtssubjekten. Jener Auffassung liegt eine Verkennung der Aufgabe der Rechtssetzung und Rechtsprechung zugrunde, die nicht nur einzelne Fälle ordnen und schlichten, sondern im Einzelfall das Allgemeingültige sehen sollen. Die Kasuistik hat nur die Vorstufe jeder praktischen und theoretischen Beschäftigung mit dem Recht zu sein<sup>20)</sup>. Die Wissenschaft insbesondere hat doch die Aufgabe, in den der rechtlichen Betrachtung zugänglichen Erscheinungen des Lebens das Gemeinsame zu suchen, es systematisch zu ordnen und daraus allgemeine Begriffe zu schaffen, die die Aufstellung allgemeiner Normen erlauben; das ist sowohl ein Postulat der Gerechtigkeit wie der Logik.

### § 17. Von der Aufhebung der Privatautonomie und der Aushöhlung des Privatrechts.

Eine wahre Idee muss mit ihrem Gegenstande übereinstimmen.

(Spinoza.)

Das Privatrecht ist in § 2 als das Gebiet der Privatautonomie bezeichnet worden. Durch die in diesem Re-

<sup>17)</sup> Darüber Manigk S. 76.

<sup>18)</sup> Darüber Manigk S. 79.

<sup>19)</sup> Die durchaus nicht etwa unbestritten bleibt, vgl. Manigk und die zur Stützung seiner abweichenden Ansichten laufend zitierten Autoren. Er sagt S. 49 mit Recht, wer „es unternimmt, die allgemeinen Begriffe im Recht als nichtvolkstümlich zu bekämpfen, müsste beim Begriff des Rechts als dem allgemeinsten anfangen“.

<sup>20)</sup> Ihre Verteidigung ist nicht von heute; es sei nur an die

ferat geschilderte Gesetzgebung ist die Privatautonomie auf weiten Gefilden des Rechts beschränkt oder gar aufgehoben worden. Nun ist zwar jede konkrete Rechtsordnung ein Kompromiss zwischen Kollektivismus und Individualismus (es sei betont, dass mit dem Gebrauch dieser zwei Begriffe keinerlei politische Einteilung vorgenommen wird, noch Sympathien verbunden werden), sieht also in jedem Fall Beschränkungen der Privatautonomie vor; massgebend ist die Dominante. Je stärker eben die durch zwingenden Rechtssatz auferlegten Beschränkungen der Privatautonomie zunehmen, desto weiter entfernt man sich von einer der Idee des Privatrechts entsprechenden Ordnung. Das bedarf keines weitem Beweises. Als bemerkenswert sei an dieser Stelle angeführt, dass die Privatautonomie in der heutigen Gesetzgebung vielfach nicht nur für die Zukunft beschränkt wird, vom Zeitpunkt des Inkrafttretens eines Erlasses aus gesehen, sondern auch für die Vergangenheit; es sei auf die ungeahnt zahlreichen rückwirkenden Massnahmen hingewiesen, auf die im Referat jeweils aufmerksam gemacht wurde.

Weniger auf der Hand liegend als die erwähnten sind einige weitere Massnahmen, die nicht durch unverhüllten staatlichen Imperativ die Privatautonomie beschränken, sondern die, verhüllt in privatrechtliche Formen, eine Aushöhlung des Privatrechts bringen. Die Anfänge dieser Erscheinung datieren von gestern; es sind die sog. gemischt wirtschaftlichen Unternehmungen, d. h. Unternehmungen, durch die der Staat<sup>1)</sup> auf privatwirtschaftlicher Basis und in privatrechtlichen Formen gemeinsam mit Privatpersonen zugleich öffentliche Zwecke verfolgt und Gewinn erstrebt, z. B. durch den Betrieb eines Elektrizitätswerks oder einer Eisenbahn. Die nächste Stufe ist die der öffentlichen Unternehmung in privat-

---

freirechtliche Bewegung erinnert. Dagegen schon Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin 1923, S. 292/3.

<sup>1)</sup> Oder Gemeinden oder andere Korporationen des öffentlichen Rechts, vgl. OR Art. 762.

rechtlicher Form, da der Staat ohne Beteiligung Privater wirtschaftet<sup>2)</sup>. Das Lob dieser Unternehmungen ist oft gesungen worden; sie erlauben es tatsächlich dem Staat, gewisse Ziele frei von bürokratischen Hemmnissen und verwaltungsrechtlichen Formalitäten zu verfolgen. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Privatrecht nicht die adäquate Form bietet für diese Unternehmungen; das Privatrecht ist das Gebiet der freien Betätigung der Privaten, nicht des Staates, der durch seine öffentlichen Zwecke gebunden ist und nach andern Kriterien handeln und entscheiden muss als der Private. Es liegt hier nicht nur ein theoretischer Widerspruch vor, sondern es müssen praktische Schwierigkeiten entstehen, sobald der Staat als quasi-privatwirtschaftlicher Unternehmer auftritt oder sich mit Privaten zusammentut. Nur ein einziges Beispiel: beteiligt sich der Staat am Kapital einer Aktiengesellschaft, so verlangt er regelmässig eine Vertretung im Verwaltungsrat. Nach Gesellschaftsrecht werden die Verwaltungsräte von der Generalversammlung gewählt (OR Art. 708 I), was eine zwingende Vorschrift ist<sup>3)</sup>; der Staat hat aber ein Interesse daran, dass seine Vertreter von ihm bestellt werden<sup>4)</sup>. Folglich gewährt man im Widerspruch zur allgemeinen Ordnung die Möglichkeit, in den Statuten dem Staat das Recht einzuräumen, selber seine Vertreter im Verwaltungsrat zu bezeichnen (OR Art. 762 I). Was geschieht nun bei Kollision der durch den staatlichen Vertreter im Verwaltungsrat gewährten staatlichen Interessen mit den privaten Interessen der durch die übrigen Verwaltungsräte vertretenen privaten Aktionäre? Können die Vertreter

<sup>2)</sup> Über diese Fragen Wieland, Handelsrecht II, München/Leipzig 1931, S. 152; Hug, Die rechtliche Organisation der öffentlichen Unternehmen von Kanton und Gemeinden, in Festgabe Fleiner, Zürich 1937, S. 146 f.

<sup>3)</sup> BGE 51 II 333/34, ausgenommen von jeher bei den Eisenbahnen, die dem Stimmrechtsgesetz vom 28. Juni 1895, Art. 6, unterstehen.

<sup>4)</sup> Z. B. BGE 51 II 330, 59 II 264.

des Staates majorisiert werden? Kann die Generalversammlung das Vertretungsrecht des Staates aufheben?<sup>5)</sup> Nach Gesellschaftsrecht ja; das harmoniert aber kaum mit dem Zweck der staatlichen Beteiligung an der Gesellschaft und der dem Staat obliegenden Verfolgung öffentlicher Interessen. Es entstehen Widersprüche. Die Verfolgung öffentlich-rechtlicher Ziele durch privatrechtliche Unternehmen ist eine *contradictio in adiecto*; sie bedeutet eine Aushöhlung privatrechtlicher Institute<sup>6)</sup>.

Das gilt in vermehrtem Masse von der neuerdings üblichen Übertragung öffentlicher Funktionen auf Assoziationen, die formell in privatrechtlichen Formen gegründet werden und existieren, wie etwa Zwangskartelle, wie die Hoteltreuhandgesellschaft, die Bauernhilfsorganisationen usw. Es wird ihnen ein Teil der staatlichen Tätigkeit und unter Umständen sogar des staatlichen Imperiums übertragen; es sei an das in § 9 Gesagte erinnert. Man spricht hier von wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörpern<sup>7)</sup> und sieht in ihnen häufig die künftige Form der Vereinigung privater und staatlicher Interessen, deren entwickelteres Stadium die berufsständische Ordnung, der Korporationenstaat ist<sup>8)</sup>. Auch wer sich zur politischen Seite der Frage nicht äussern

---

<sup>5)</sup> Das Bundesgericht behilft sich mit der Konstruktion eines wohlverworbenen Rechts auf eine solche Vertretung (BGE 59 II 288 f.), das aufs Aktienrecht gestützt wird. Der Kern der Frage liegt aber im Konflikt zwischen öffentlichen und privaten Interessen, bei dem jene vorgehen.

<sup>6)</sup> Man spricht von Rechtsmissbrauch (ZGB Art. 2) und von Missbrauch von Rechtsinstituten (Siegwart, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Freiburg 1936); heute muss man auch vom Missbrauch der Idee des Privatrechts als solcher reden.

<sup>7)</sup> Friedländer, Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa, Zürich 1938, S. 22; Fleiner, Institutionen 1928, S. 128/29; Nawiasky, Rechtsfragen des wirtschaftlichen Neuaufbaues, Zürich 1935, S. 51.

<sup>8)</sup> Darüber Burckhardt, Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat, ZBJV 70 S. 97 f.; Nawiasky, *passim*.

will, darf nicht übersehen, dass sich hier etwas in privatrechtlichen Formen abspielt, das in öffentlich-rechtliche Formen gehört; der Begriff des Privatrechts, seine Institute, werden ausgehöhlt, wenn man sie zu Zwecken gebraucht, für die sie nicht geschaffen sind. Dass auch diese Widersprüche zahlreichen praktischen Schwierigkeiten rufen, ist jeweils angedeutet worden.

Eine Aushöhlung des Privatrechts bedeuten weiters die zahlreichen Fälle, wo in einem Erlass nicht ein unmittelbarer Zwang gesetzt wird, sondern ein mittelbarer; dem Privaten droht ein wirtschaftlicher Nachteil, wenn er sich nicht fügt. Formell bleibt ihm die privatautonome Freiheit des Entschlusses gewahrt, materiell ist sie aufgehoben.

Es sei erlaubt, diese Erscheinung der Aushöhlung des Privatrechts in einen allgemeineren Zusammenhang zu rücken. Wohl in wenigen Epochen hat man — ich meine andere Länder als die Schweiz — mehr von Revolutionen geredet und weniger solche vollführt als in der unsrigen; Revolution als gewalttätiger, plötzlicher Umschwung verstanden. Statt dessen wirkt man in der Stille, vollzieht die Umwälzungen sukzessive, bringt es fertig, eine Staatsform vollständig umzubiegen, ohne auch nur einen Buchstaben der nach wie vor geltenden Verfassungen zu ändern<sup>9)</sup>. So vollzieht sich auch der Übergang von einer vorwiegend privatrechtlichen, vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit beherrschten, individualistischen, privatwirtschaftlichen Ordnung zu einer öffentlich-rechtlichen, interventionistischen, kollektivistischen Ordnung nicht offen, sondern verhüllt; eines der Mittel ist die Verwendung zivilistischer Institute zu publizistischen Zwecken: die Aushöhlung des Privatrechts. Das gilt — wie gesagt — in diesem Ausmasse für die Schweiz nicht; aber das Symptom ist da und muss vermerkt werden.

---

<sup>9)</sup> Das Vorgehen ist nicht ohne Präjudiz; es sei an die von Augustus durchgeführte Überleitung des römischen Staates von der Republik zur Monarchie erinnert.

Man kann einwenden, die Privatautonomie sei nicht nur durch die unverhüllte oder verhüllte Ausdehnung der öffentlich-rechtlichen Ordnung bedroht, sondern noch viel mehr durch die zahlreichen und weitgehenden Einschränkungen der rechtlichen und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit, die bestimmte Subjekte des Privatrechts andern Subjekten auferlegen. „Unser ganzes Wirtschaftsleben ist von privatrechtlich organisierten Gebilden durchsetzt, die mit den Mitteln des Privatrechts versuchen, die wirtschaftlichen Verhältnisse in ihrem Bereiche zu ordnen. Unter dem Druck der Verhältnisse haben diese Verbände und Organisationen begonnen, die Wirtschaft mit einem Netz von Bindungen und Beschränkungen zu überziehen, die wenn nicht die Ausschaltung, so doch eine Korrektur der Konkurrenz bezwecken. Diese Bindungen haben mit der Zeit einen Umfang angenommen, der über das Mass der staatlichen Intervention in die Wirtschaft hinausgehen dürfte“<sup>10)</sup>. Es sei nur an die zahlreichen Marktregelungen durch Kartelle und kartelloide Abmachungen erinnert<sup>11)</sup>, von denen der grösste Teil des Umsatzes an Gebrauchsgütern unmittelbar oder mittelbar beeinflusst sein dürfte. Hierhin gehören aber auch die zahlreichen Normen- oder Typenverträge, ob nun Mitglieder einer Assoziation darauf verpflichtet sind, oder ob sie nur als Muster für Verträge dienen sollen. Man denke an all die stereotypen Verträge für Kauf<sup>12)</sup>, Miete<sup>13)</sup>, Dienstvertrag<sup>14)</sup>,

<sup>10)</sup> Botschaft des Bundesrates über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der BV, BBl 1937 II S. 849.

<sup>11)</sup> Von denen die zwei bisher erschienenen Hefte der Veröffentlichungen der Preisbildungskommission des Eidg. Volkswirtschaftsdepartementes über „Kartelle und kartellartige Abmachungen in der schweiz. Wirtschaft“, Bern 1937/38, einen Begriff geben.

<sup>12)</sup> Formulare von Kartellen, Berufsverbänden usw., allgemeine Geschäftsbedingungen und Vordrucke grosser Unternehmungen.

<sup>13)</sup> Vertragsformulare der Haus- und Grundeigentümerverbände, darüber R üf, Das schweiz. Wohnungsmietrecht nach den Vertragsformularen, Diss. Zürich 1937.

<sup>14)</sup> Gesamtarbeitsverträge, Normalarbeitsverträge.

Lehrvertrag<sup>15)</sup>, Auftrag<sup>16)</sup>, Kommission, Mäklervertrag<sup>17)</sup>, Werkvertrag<sup>18)</sup>, Versicherungsvertrag, Darlehen, Verpfändung, Bürgschaft<sup>19)</sup>, usw.

Überall ist hier die Entschlussfreiheit des Privaten mehr oder weniger weitgehend eingeschränkt<sup>20)</sup>, und zwar durch Bindungen, die durchaus<sup>21)</sup> auf Rechtsgeschäft beruhen. Dass das möglich ist, liegt im Begriff der Privatautonomie begründet, der sich nur auf das Verhältnis des Rechtsgeschäfts zu staatlichen, öffentlich-rechtlichen Vorschriften bezieht, gleich wie der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit im schweizerischen Staatsrecht sich nur auf das Verhältnis des Privaten zum Staat bezieht. Beides entbehrt nicht einer gewissen Tragik; beides ermöglicht eine teilweise Aufhebung der beiden Begriffe durch sich selber: desjenigen der Privatautonomie durch den weitgehenden rechtsgeschäftlichen Verzicht auf ihre Betätigungen, desjenigen der Handels- und Gewerbefreiheit durch den übermächtigen Druck, den der wirtschaftlich Starke unter ihrem Schutz auf den Schwachen auszuüben vermag. Bei der Privatautonomie müsste der Ausweg

<sup>15)</sup> Formulare der Berufsverbände.

<sup>16)</sup> Formulare der Verbände der Anwälte, Architekten, Ingenieure.

<sup>17)</sup> Formulare der Banken, Liegenschaftsagenten.

<sup>18)</sup> Formulare der Berufsverbände, allgemeine Geschäftsbedingungen grosser Unternehmungen.

<sup>19)</sup> Formulare der Banken.

<sup>20)</sup> Nimmt man dazu die Beschränkungen der Privatautonomie durch gesetzgeberische Erlasse, so kann man sich fragen, ob sich der Rechtsverkehr nicht bald darauf beschränken wird, dass der Private überhaupt nur noch fix und fertig gelieferte Vertrags-schemen als solche bloss genehmigen oder ablehnen kann, sofern nicht noch ein Kontrahierungszwang besteht!

<sup>21)</sup> Ausgenommen beim Normalarbeitsvertrag, der auf einer den betreffenden Verbänden delegierten Gesetzgebungsgewalt beruht, vgl. Burckhardt in ZBJV 70 S. 128 und die dort zit. Literatur; Cioffi, Istituzioni di diritto corporativo, Mailand 1933, S. 223 f.; Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, 1936, S. 428 f.; Nawiasky, Rechtsfragen des wirtschaftlichen Neuaufbaues, Zürich 1935, S. 65 f.

aus dem Dilemma gefunden werden durch eine verfeinerte Handhabung der Regeln über den Schutz der Persönlichkeit, die Entstehung des Vertrags, die Willensmängel, die Übervorteilung, den Verstoss gegen die guten Sitten. Aber selbst wenn man die durch Kartellabreden usw. zum voraus übernommenen Beschränkungen der rechtlichen und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit mittelst der angegebenen Normen eliminieren würde, bliebe die Vertragsfreiheit eine zum Teil fiktive, weil es ja, auch beim schlichten Vertrag des täglichen Lebens, der Stärkere oder Intelligenter ist, der den Vertrag diktiert, oder weil zum mindesten die Umstände es sind, die die eine Partei tatsächlich zum Vertragsschluss zwingen. Nach der liberalen Rechts- und Wirtschaftsauffassung sollte das durch die freie Konkurrenz ausgeglichen werden, soweit man nicht einfach von der Fiktion ausging, dass der Rechtsgleichheit eine Wirtschaftsgleichheit entspreche. Im Prinzip sind diese Ungleichheiten im menschlichen Zusammenleben begründet und nur ein völlig kollektivistischer Staat könnte ihre Auswirkungen beseitigen — aber wohl auch nur in thesi. Es ist gut, sich an diese Tatsachen zu erinnern.

Beides, die durch zahlreiche Normen der hier behandelten ausserordentlichen Gesetzgebung vorgesehene unmittelbare Beschränkung oder stellenweise Aufhebung der Privatautonomie und die Aushöhlung des Privatrechts, zielt aufs gleiche, die Eliminierung des Privatrechts; ob das bewusst geschieht oder unbewusst, ist nicht das Entscheidende. In Deutschland postuliert man denn auch allen Ernstes die Abschaffung der Privatautonomie<sup>22)</sup> und damit logischerweise die Abschaffung der subjektiven Rechte<sup>23)</sup> und des Unterschieds zwischen privatem und

---

<sup>22)</sup> Darüber Manigk, Neuaufbau des Privatrechts, Leipzig 1938, S. 24, 69.

<sup>23)</sup> So Huber in Erneuerung S. 58, darüber Manigk S. 16, 20 f., Binder in Erneuerung S. 27.

öffentlichem Recht<sup>24)</sup>. Die Einzelperson soll nicht mehr Rechtssubjekt sein<sup>25)</sup> oder doch geringeren Rechts als die wirtschaftlichen und sozialen Verbände<sup>26)</sup> — in Frankreich spielt man mit solchen und ähnlichen Gedanken<sup>27)</sup> — in Russland hat man sie weitgehend verwirklicht. Eine deutsche Auffassung weist das Familienrecht<sup>28)</sup> und das Personenrecht<sup>29)</sup>, worunter vor allem das Recht der juristischen Personen<sup>30)</sup>, vollständig dem öffentlichen Recht zu; das Erbrecht soll ein Teil des Familienrechts sein<sup>31)</sup>. Für die Verbandsgründung insbesondere soll das Konzessionssystem eingeführt, der staatlichen Verwaltung die Befugnis zur Beaufsichtigung der Verbandstätigkeit, zur Abberufung der Verbandsleiter und zur Auflösung des Verbandes gegeben werden<sup>32)</sup>.

---

<sup>24)</sup> Fehr, Die Fortschritte des dynamischen Rechts, Festschrift Heinrich Lehmann, Berlin 1937, S. 35; Huber in Erneuerung S. 51. Darüber Binder und Nipperdey in Erneuerung S. 26, 98. Nach Huber S. 60 ist „die Beanstandung von Rechtsgeschäften und Beschlüssen . . . die Regelung des Wettbewerbs und der Werbung . . . die Bildung und Auflösung von Verbänden“ Aufgabe der Verwaltung.

<sup>25)</sup> Darüber Manigk S. 14.

<sup>26)</sup> Darüber Manigk S. 30, 103.

<sup>27)</sup> Darüber Ripert, S. 234 f., 245.

<sup>28)</sup> So Binder, Huber, Nipperdey in Erneuerung S. 34, 54, 101.

<sup>29)</sup> So Nipperdey in Erneuerung S. 102.

<sup>30)</sup> So Binder in Erneuerung S. 34.

<sup>31)</sup> So Nipperdey in Erneuerung S. 95, 102.

<sup>32)</sup> So Huber in Erneuerung S. 62.

### § 18. Apologie des Privatrechts.

Freiheit und Selbstverantwortung des Staatsbürgers sind das entscheidende Merkmal unserer politischen Verfassung . . . Sowenig wie der Schweizer in politischen Dingen eine autoritäre Herrschaft erträgt, würde er sich einer autoritären Wirtschaftsordnung unterwerfen.

(Botschaft des Bundesrates über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der BV; BBl 1937 II 856.)

Bläht sich der Staat immer mehr auf, vergrössert sich die Gemeinschaftssphäre auf Kosten der persönlichen Sphäre scheinbar unaufhaltsam, so nähern wir uns schliesslich dem totalitären Staat, der sich in alles und jedes einmischt . . .

(Botschaft des Bundesrates über die verfassungsmässige Neuordnung des Finanzhaushaltes des Bundes; BBl 1938 I 435.)

Die Darstellung des zweiten Teils dieses Referates sollte eine sine ira et studio vorgenommene Bestandesaufnahme der Beschränkungen der Privatautonomie im heutigen schweizerischen Recht sein. Die Ausführungen der beiden vorangegangenen Paragraphen wollen eine Analyse der heutigen Situation geben, die, ohne dass ein Werturteil gefällt wird, auf gewisse Tendenzen der heutigen Gesetzgebung aufmerksam machen soll; dabei ist es als lehrreich betrachtet worden, auf die Verhältnisse in andern Ländern hinzuweisen, weil die dortige Entwicklung, vom gleichen Standort ausgegangen wie die unsrige, mittelst ihres rascheren Tempos heute weiter gelangt ist als die unsrige, uns somit ein Stück des Weges zeigen kann, auf dem wir wandern.

Worum es letzten Endes geht, die prinzipielle Ordnung des Verhältnisses von Individuum und Kollektivität, das entzieht sich der Wertung wie der

Einflussnahme des Juristen als solchen. Was aber die Aufgabe des Juristen ist, will er sich nicht der „trahison des clerics“ schuldig machen (um ein sprichwörtlich gewordenes Wort zu gebrauchen), das ist der Hinweis auf die Prinzipien unserer übernommenen ordentlichen Rechtsordnung und die Bedeutung, die deren Verschiebung hat.

Unsere geltende Rechtsordnung beruht, auf eine vereinfachende doch hier wohl genügende Formel gebracht, auf individualistischen Gedanken, die man mit mehr oder weniger Richtigkeit aufs römische Recht zurückzuführen pflegt, auf kollektivistischen, die man vom germanischen Recht ableitet, und ethischen der christlichen Religion, verarbeitet, amalgamiert und in ein System gebracht mit den geistigen Werkzeugen der griechischen Philosophie, der aristotelischen Logik. Die Dosierung der Elemente, namentlich in der entscheidenden Antithese individualistischer und kollektivistischer Tendenzen, ist nie konstant, sondern wechselt unaufhörlich; es ist aber eindeutig, dass der ganze Aufbau unserer heutigen Rechtsordnung ein individualistischer ist. Davon ist schon im Ersten Teil der Arbeit ausgegangen worden; Privateigentum, Erbrecht, persönliche Freiheit, vertragliche Freiheit, Recht über seinen eigenen Körper und sein eigenes Leben sind die Anhaltspunkte dafür. Demgegenüber kennt der totalitäre, d. h. völlig kollektivistische, Staat, von dem das an den Beginn dieses Paragraphen gestellte Zitat spricht, keine andern Rechtssubjekte als sich selber; Menschen sind ihm wie Sachen, bloss Objekte. Alles Private ist ihm Privation; der Begriff des Privatrechts löst sich in sich selber auf.

Was an der heutigen Situation beklemmend ist, ist das Tempo und die Art, in der die kollektivistische Tendenz in den Vordergrund tritt und die individualistische Tendenz zurückgedrängt wird. Ein Tempo, das es nicht erlaubt, nach und nach eine dieser Tendenz adaequate Rechtsordnung zu schaffen, das aber andererseits auch nicht

konvulsivisch vorwärts eilt, einen radikalen, revolutionären Umschwung hervorrufend. Die Privatautonomie wird vielmehr unter scheinbarer Belassung des Aufbaues unserer Rechtsordnung abgebaut. In alte Schläuche wird neuer Wein gegossen, das Privatrecht wird von innen, durch Gebrauch seiner Institute und seines ganzen Aufbaues zu ihnen nicht konformen Zwecken ausgehöhlt. Das wird, geht diese Entwicklung weiter, so lange dauern, bis sich die Erkenntnis allgemein aufdrängt, dass unsere Rechtsordnung eine andere geworden ist. Wann dieser Umschwung da sein wird, kann nicht bestimmt werden. Ob er von Gutem und zu fördern oder von Übel und zu bekämpfen sei, das ist Frage der Weltanschauung. Man darf aber gleichwohl nicht die Augen vor der Tatsache verschliessen, dass wir uns auf dem Weg zu diesem Umschwung befinden, dass die heutige Entwicklung auf die Zerstörung der hergebrachten Rechtsordnung hineilt und dass, ist diese Zerstörung einmal da, ein gutes Stück unserer heutigen Kultur verändert ist. Ob dann etwas Besseres in die Lücke getreten ist, vermag nur die Zukunft zu lehren.

Diese Auffassung mag manchem pessimistisch und fatalistisch erscheinen. Sie ist insofern pessimistisch, als jede Entwicklung ins Unbekannte führt. Sie ist fatalistisch insofern, als die Entwicklung, in der wir uns befinden, von vielen nicht gewollt ist, von den scheinbar Treibenden vielfach gegen ihren Willen befördert wird. Die Schweiz zahlt ihren Tribut für die Zugehörigkeit zur europäischen Kulturgemeinschaft, für ihre geistige und wirtschaftliche Weltverbundenheit. Diese Auffassung ist insofern nicht pessimistisch, als die Zukunft gutes Altes wiederbringen oder besseres Neues uns bescheren kann; und jede kulturelle Epoche ist — wenn auch mit *beneficium inventarii* — Erbin ihrer Vorgängerin. Endlich hängt doch ein gutes Teil dessen, was werden wird, von unserem Willen ab, von unserer sittlichen Zielsetzung; möge diese nur von der nötigen Einsicht beherrscht sein.

Für meinen Teil möchte ich mit einem — in die Formulierung einer andern Feder gekleideten — Bekenntnis schliessen: „Dieses Erbgut der Jahrhunderte, das westliche Kultur heisst, ist uns anvertraut, damit wir es aus unseren sterblichen Händen den kommenden Geschlechtern überliefern, aufbewahrt, behütet, wenn es sein kann vermehrt und verbessert, wenn es sein muss geschmälert, aber um jeden Preis so rein, als unser bestes Können vermag.“\*)

---

\*) J. Huizinga, Im Schatten von morgen, deutsch von Werner Kägi, 1935, S. 181.

