

**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:** 62 (1943)

**Heft:** 7

**Rubrik:** Protokoll der 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 09.04.2026

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

# Protokoll

## der 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

abgehalten am 4.—6. September 1943  
in Freiburg

---

Sitzung vom Sonntag, den 5. September 1943,  
in der Aula der Universität

*Präsident :*

Professor August Simonius,  
Präsident des Schweiz. Juristenvereins.

Die Sitzung wird um 9.15 Uhr eröffnet.

### I.

Der *Präsident* verliest seinen Jahresbericht und hält folgende Ansprache an die Versammlung:

Hochgeehrte Herren Bundesräte!  
Verehrte Herren Kollegen!  
Meine Damen und Herren!

Das 82. Vereinsjahr, über das Ihnen Ihr Präsident zu berichten hat, verlief im Rahmen des Gewohnten. Beim Rückblick denkt man unwillkürlich an das bekannte, jedoch nur halb wahre Wort „Les peuples heureux n'ont pas d'histoire“.

Dem wäre nicht so, und wir könnten uns nicht zum vierten Male während dieses entsetzlichen Krieges in der üblichen Weise versammeln, wenn nicht Gott über unser Land seine schützende Hand gehalten hätte. Für uns dürfte sich heute geziemen, den Männern, die an der Spitze

des Staates, auf den festen Willen des Volkes sich stützend, Selbständigkeit und Neutralität der Eidgenossenschaft mit Geschick und Ausdauer zu wahren verstehen, unsere dankbare Verehrung zu bezeugen. Jeder wird sodann in der juristischen Landsgemeinde dieses Jahres wohl den Anlass sehen, im stillen das Gelübde zu erneuern, möge kommen, was da wolle, mit allen Kräften für Freiheit und Wohlfahrt der Heimat einzustehen. Das alte stolze Freiburg, wo die ehrwürdige Murtener Linde steht und um sie herum noch so viele andere Zeugen jener Zeit erhalten sind, in der es galt, den Bestand der Eidgenossenschaft mit Todesmut zu sichern, ist gewiss dafür der rechte Ort.

Unseren Freiburger Freunden, die ungeachtet der Schwierigkeiten, die mit der Dauer des Krieges beständig wachsen, den Mut hatten, uns in ihre Stadt zu laden und für die Vorbereitungen dieser Tagung keine Mühe scheuten, sei herzlich gedankt. Dass die Freiburger Universität, die in wenigen Jahrzehnten für eine der Richtungen des religiösen und geistigen Lebens der Schweiz eine glänzende, weit über die Grenzen des Landes hinaus angesehene Vertreterin und damit ein Hort christlicher Humanität geworden ist, dem die dankbare Achtung auch des reformierten Eidgenossen gebührt, ihre prächtige neue Aula für unsere Sitzungen zur Verfügung stellt, ist uns eine hohe Genugtuung. Bezeugt sie doch dadurch, dass sie unsere Arbeit am Rechte als eines den höchsten Taten des Geistes gewidmeten Raumes würdig erachtet. Die Freiburger juristische Fakultät, schon durch eines ihrer Mitglieder an unseren Beratungen hervorragend beteiligt, hat es sich überdies zu unserer Freude nicht nehmen lassen, den Juristenverein mit einer Festschrift zu ehren.

Der Vorstand hielt im Laufe des Vereinsjahres drei Sitzungen ab.

Er war wiederum bemüht, für die Diskussion an den Juristentagen und für die Preisaufgaben Themata zu wählen, deren Behandlung dem Verein gestatten, auf Gesetz-

gebung und Rechtsprechung auch fernerhin Einfluss zu üben. Ich darf von neuem mit grosser Befriedigung feststellen, dass wir trotz der Ungunst der Zeit mit der Bitte, Referate zu übernehmen, bei unseren Mitgliedern stets wieder Gehör finden. Vor allem möchte ich den Referenten dieses Jahres danken, den Herren Lachenal, Capitaine, von Steiger und Oswald.

Unsere Preisarbeit über die Allgemeinverbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge hat zwei Bearbeiter gefunden. Somit ist das Pendel nach den extremen Ausschlägen in den beiden vorangegangenen Jahren (1941 acht Preisarbeiten, 1942 keine) wieder in eine ruhigere Bewegung getreten. Unsere Erkenntlichkeit den Mitgliedern des Preisgerichts, den Herren Egger, Battelli und Scherrer, gegenüber bringe ich schon hier zum Ausdruck.

Auch die Veränderungen im Mitgliederbestand, 22 Todesfälle, 15 Austritte, 22 Eintritte im Laufe des Jahres, sind als normal zu bezeichnen. Dennoch scheint es mir, dass noch lange nicht alle Juristen, die uns willkommen wären, dem Juristenverein angehören. Ich gestatte mir darum zum dritten Male, an die Mitglieder die Bitte zu richten, im Werben für den Verein nicht nachzulassen.

Durch den Tod hat der Verein seit dem letzten Juristentage folgende Mitglieder verloren:

Dr. *Oscar Busch*, 1873—1942, geboren in Winterthur, eröffnete 1897 eine Anwaltspraxis in Zürich. 1909 wurde er als juristisch-kaufmännischer Direktor in die Firma Brown Boveri in Baden berufen, in der er bis 1932 wirkte. Er beschäftigte sich mit Untersuchungen über die politischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen einer Völkerverständigung und gab darüber ein Buch heraus. 1897 wurde er Mitglied des Juristenvereins.

Dr. *Anton Georg Züblin*, 1872—1942, führte seit 1908 eine Advokaturpraxis in Zürich. Er war Mitglied der Auf-

sichtskommission für Rechtsanwälte beim Obergericht. Von 1920 bis 1926 kommandierte er als Oberst eine Infanteriebrigade. Er diente dem Lande auch als Delegierter für den Abschluss der neuen internationalen Konvention über die Behandlung von Verwundeten und Kriegsgefangenen sowie als Delegierter für die Abrüstungskonferenz. Mitglied des schweizerischen Juristenvereins war er seit 1899.

*Arnaldo Bolla*, Dr. jur., 1885—1942, amtete von 1908 an als Bezirksgerichtspräsident in Bellinzona und eröffnete daselbst 1911 eine Advokaturpraxis, deren ausgedehnte Geschäfte er bis zu seinem Tode führte. Als Liberaler wurde er 1909 in den Grossen Rat des Kantons Tessin gewählt, dem er bis 1939 angehörte und den er 1915 und 1936 präsidierte. Von 1918 bis 1928 war er Stadtpräsident von Bellinzona, 1920 zunächst in den Nationalrat gewählt, sass er von 1921 bis 1922 im Ständerat. Im Jahre 1935 trat er in diesen Rat wieder ein und betätigte sich daselbst in mehreren Kommissionen, insbesondere in denjenigen für die Revision des Obligationenrechts und für das Strafgesetzbuch. Er wurde auch Präsident der Finanz- und Mitglied der Vollmachtenkommission. In den Juristenverein ist er 1908 eingetreten.

*Heinrich Laurer*, 1864—1942, war bis zu seinem Rücktritt im Jahre 1932 während mehr als vierzig Jahren Verhörrichter in Chur. Neben strafrechtlichen widmete er sich auch psychologischen und psychiatrischen Studien. Er ist 1898 Mitglied des Juristenvereins geworden.

Dr. *Thomas Holenstein*, Oktober 1942 im vierundachtzigsten Altersjahr gestorben, eröffnete 1886 seine Anwaltspraxis in St. Gallen. Während vierzig Jahren stand er der Administration des früheren fürstbischlichen Stiftes vor. Von 1887 bis 1932 war er als Konservativer Mitglied des

Grossen Rates des Kantons St. Gallen. Er beteiligte sich an der Verfassungsrevision von 1890 als Sekretär des Verfassungsrates. Im Nationalrat sass er von 1902 bis 1928. Neben historischen Abhandlungen veröffentlichte er ein Buch über „Die konfessionellen Artikel und der Schulartikel in der Bundesverfassung“. Er war eines der ältesten Mitglieder des Juristenvereins, in den er 1883 eingetreten ist.

Dr. *Karl Escher*, 1868—1942, Sohn des Oberrichters Jakob Escher, widmete sich in Zürich während fünfundvierzig Jahren dem Beruf eines Richters. 1896 wurde er Substitut beim Bezirksgericht, 1898 Bezirksrichter, 1910 Oberrichter. Er war von 1923 bis 1926 Vizepräsident und von 1927 bis 1928 Präsident des Obergerichts. Nach seinem Rücktritt, 1936, amtete er noch bis 1941 als Ersatzmann dieses Gerichts. Er sass im Verwaltungsrat des Zürcher Stadttheaters und im Vorstand der Kinderheilstätte Aegeri. In den Juristenverein wurde er 1889 aufgenommen.

*Auguste Roulet*, 1886—1942, war Advokat und Notar in Neuenburg. Er diente der Stadt als Conseiller général und dem Kanton als Mitglied des Grossen Rates. Ausserdem war er Präsident des Verwaltungsrates der Versicherungsgesellschaft „La Neuchâteloise“. Mitglied des Juristenvereins wurde er im Jahre 1920.

*Elie Perrig*, 1856—1942, war Advokat, von 1882 bis 1931 Gerichtspräsident in Brig. Daneben bekleidete er von 1883 bis 1941 das Amt eines Handelsregisterführers. Seiner Gemeinde diente er als Bürgerrat und Bürgermeister. Von 1885 bis 1915 gehörte er als Vertreter der katholisch-konservativen Partei dem Grossen Rat des Kantons Wallis an. Ausserdem war er von 1900 bis 1938 Präsident des Verwaltungsrates der Bank in Brig, an deren Gründung er sich beteiligt hatte, und sass während mehreren Jahren im Vorstand der Bäckereigenossenschaft in Brig und im Verwaltungsrat der Hotels Seiler. In den Juristenverein ist er 1887 eingetreten.

*Dietrich Schindler-Stockar*, Dr. jur. et phil., 1864 bis 1942, widmete sich zunächst dem Studium der romanischen Philologie, das er 1887 mit dem Doktorexamen abschloss. Er wurde sodann Attaché an der Gesandtschaft in Wien. 1895 erwarb er in Zürich den juristischen Doktor und eröffnete daselbst 1897 eine Advokaturpraxis, in der er sich vielfach mit Fragen des internationalen Rechtes befasste. Der Zürcher Kirche diente er als Mitglied der Kirchenpflege in den Gemeinden Neumünster und Grossmünster. Er war Mitbegründer und Mitglied der Leitung der Nervenheilanstalt Hohenegg in Meilen, Vorstandsmitglied des Freien Gymnasiums, der Mission für Südafrika und Präsident der schweizerischen Vereinigung für Innenkolonisation. Er betätigte sich auch in wirtschaftlichen Unternehmungen, so als Präsident der „Allianz“-Treuhandgesellschaft, der Continental Licht- und Apparatebaugesellschaft in Dübendorf und der Marathon-Edelstahl-Aktiengesellschaft. Seit 1912 war er schwedischer Generalkonsul in Zürich. In den Juristenverein ist er 1907 eingetreten.

Dr. *Otto Böckli*, Januar 1943 im vierundfünfzigsten Lebensjahr gestorben, eröffnete nach dem 1912 bestandenen Staatsexamen ein Anwaltsbureau in Kreuzlingen, dessen Führung kurze Zeit durch die Bekleidung einer Gerichtsschreiberstelle beim Obergericht des Kantons Thurgau unterbrochen wurde. Vom thurgauischen Justizdepartement wurde er mit der Überarbeitung der neuen Prozessordnung betraut und verfasste einen Kommentar zu diesem Gesetz. Er war Ersatzmann des Obergerichts und Mitglied der Anklagekammer. An der landwirtschaftlichen Winterschule in Arenenberg erteilte er Unterricht über Rechtslehre und Bürgerkunde. Im Zusammenhang damit veröffentlichte er einen Leitfaden über eidgenössische und thurgauische Verfassungskunde. Er gehörte während einer Amtsdauer als Vertreter der Freisinnig-demokratischen Partei dem Grossen Rate an. Mitglied des Juristenvereins wurde er 1923.

*Gustave Nahrath*, docteur en droit, Januar 1943 mit neunundsechzig Jahren gestorben, betätigte sich seit dem 1897 bestandenen Berner Staatsexamen als Advokat in Neuveville mit Ausnahme der Jahre 1903 bis 1914, in denen er als avocat-conseil im Ausland weilte. Er war Mitglied des Grossen Rates des Kantons Bern und der Kommission für die Kantonsschule in Porrentruy. In den Juristenverein ist er 1939 eingetreten.

*Elisabeth Balsiger-Tobler*, Dr. jur., Januar 1943 mit sechsundvierzig Jahren gestorben, führte seit 1926 eine Advokaturpraxis in Zürich. Sie war Gründerin der Ehe- und Sexualberatungsstelle in Zürich, Präsidentin des Vereins ehemaliger Handelsschülerinnen und Mitglied der Aufsichtskommission der Töchterschule. Ihr Eintritt in den Juristenverein erfolgte 1939.

*Karl Kistler*, 1867—1943, wurde, als Fürsprecher, 1893 Gerichtsschreiber und 1897 Präsident des Bezirksgerichts in Brugg. 1905 erfolgte seine Wahl in das aargauische Obergericht, dem er bis 1935 angehörte, und das er wiederholt präsiidierte. Daneben erteilte er Unterricht über Staats- und Rechtskunde an der landwirtschaftlichen Winterschule in Brugg. Er war Mitglied der kantonalen Justizkommission und Rechtskonsulent des schweizerischen Jagdschutzvereins. 1895 ist er in den Juristenverein eingetreten.

*Adolf Aufranc*, 1879—1943, geboren in Cincinnati (USA.), bestand im Jahre 1904 nach absolviertem Rechtsstudium das Notariatsexamen in Bern. 1924 wurde er Regierungsstatthalter und Gerichtspräsident in Nidau. Er bekleidete diese Ämter bis zu seinem Tode. Ausserdem war er Präsident des Verwaltungsrates und der Direktion der Ersparniskasse Nidau, Vizepräsident der Kommission des Bezirksspitals in Biel und Vizepräsident des Verwaltungsrates der seeländischen Lokalbahn. Er wurde 1941 Mitglied des Juristenvereins.

Dr. *Carl Spahn*, Februar 1943 im achtzigsten Lebensjahr gestorben, doktorierte in Bern mit einer Dissertation über den sozialpolitischen Standpunkt des schweizerischen Nationalökonom *Durion de Sismondi*. Er wurde dann Schreiber am Obergericht in Schaffhausen und Verhörrichter. Von 1894 bis 1917 amtete er als Stadtpräsident von Schaffhausen und war als solcher Begründer zahlreicher städtischer Werke. 1896 erfolgte seine Wahl in das Obergericht, dem er bis 1925 angehörte und dessen Vizepräsidentschaft er während neun Jahren innehatte. Im Grossen Rat des Kantons Schaffhausen, den er zweimal präsierte, sass er von 1892 bis 1920. 1901 trat er in den Nationalrat ein. Hier wurde er in die Finanzkommission gewählt, ferner in die Kommissionen für das Zivilgesetzbuch und das Obligationenrecht, für die Einführung des eidgenössischen Grundbuchs, für die Haager Konvention über Gesetze und Gebräuche des Landkrieges, für die Generalakte der Konferenz von Algesiras und für Eisenbahnkonzessionen; im ersten Weltkrieg war er Mitglied der Neutralitätskommission und nachher Präsident der Kommission für den Eintritt der Schweiz in den Völkerbund. Er trat 1919 vom Nationalrat zurück. Seither beteiligte er sich an der Leitung industrieller Unternehmen. Daneben war er Präsident der schweizerischen Delegation für die Bodenseeregulierung, der eidgenössischen Wasserrechtskommission und der Kommission für den Ausbau des Rheins zwischen Basel und dem Bodensee. Mitglied des Juristenvereins wurde er im Jahre 1896.

Dr. *Otto Schnabel*, 1865—1943, eröffnete 1889 nach Abschluss seiner Studien ein Advokaturbureau in Zürich. Er war längere Zeit Präsident der Oberrekurskommission in Steuersachen. Mehrere Reisen führten ihn nach Südamerika und Afrika. Er wurde 1889 in unseren Verein aufgenommen.

Dr. *Otto Isler*, 1875—1943, war nach Abschluss seiner Studien in Bern kurze Zeit Schreiber am Bezirksgericht in

Schaffhausen und eröffnete dann daselbst ein Advokaturbureau. Präsident und später Ehrenmitglied des kaufmännischen Vereins, erteilte er Rechtsunterricht an der Handelsschule und veröffentlichte im Auftrag des Schweizerischen kaufmännischen Vereins Lehrmittel für den Rechtsunterricht. Von 1910 bis 1935 war er Vizepräsident des Stadtschulrates in Schaffhausen. Er gehörte auch dem grossen Stadtrat und bis 1914 dem Grossen Rate an. Später war er Bankrat der Schaffhauser Kantonalbank. In den Juristenverein ist er 1906 eingetreten.

Dr. *Rudolf Gallati*, 1880—1943, Sohn eines Bundesrichters, etablierte sich 1905 als Rechtsanwalt in Glarus. Von 1905 bis 1908 war er Redaktor der „Neuen Glarner Zeitung“. 1908 als Liberaler in den Gemeinderat gewählt, amtierte er 1914 bis 1920 als Stadtpräsident. Er war von 1909 bis 1926 Mitglied des Landrates. 1926 trat er in den Regierungsrat ein. Als Finanzdirektor verfasste er ein neues Steuergesetz. Er wurde 1932 Landesstatthalter und war von 1938 bis 1941 Landammann. 1939 erfolgte seine Wahl in den Nationalrat; er betätigte sich daselbst in der Finanzkommission. Der Juristenverein hat ihn 1907 aufgenommen.

Dr. *Hugo Marthaler*, 1874—1943, geboren in Wettlingen, war von 1898 an zuerst Auditor und dann Substitut am Bezirksgericht Winterthur. Im Jahre 1903 eröffnete er eine Anwaltspraxis in Zürich. Während zweier Amtsperioden sass er im Grossen Stadtrat und war längere Zeit Mitglied der Kreis- und Zentralschulpflege in Zürich und der Armenkommission Aussersihl. Seit 1900 hat er dem Juristenverein angehört.

Dr. *Max Schwabe*, 1874—1943, führte zunächst eine Advokaturpraxis in Basel. 1915 bis 1924 war er als Vertreter der Freisinnig-demokratischen Partei Mitglied des Landrates von Baselland. Er wurde 1923 in das Ober-

gericht dieses Kantons gewählt und 1933 zu dessen Präsidenten bestellt. Daneben war er Mitglied der Prüfungskommission für die Advokatur, Präsident der Basellandschaftlichen Steuerrekurskommission, des Einigungsamtes und der Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs. Er hat Werke über rechtswissenschaftliche Probleme veröffentlicht, 1930 „Die selbstbestimmende Einheit der Körperschaft“, 1936 und 1939 zwei Bände über „Erkenntnistheoretische Grundlagen der Rechtswissenschaft“. Der Eintritt in den Juristenverein erfolgte 1903.

Dr. *Walter Stooss*, 1892—1943, Sohn des Bundesrichters Alfred Stooss, eröffnete 1919 ein Advokaturbureau in Lausanne. 1920 wurde er ständiger juristischer Mitarbeiter und Direktionssekretär der Chemischen Fabrik vormals Sandoz in Basel. Er avancierte 1922 zum Prokuristen, 1928 zum Vizedirektor, 1933 zum Direktionsmitglied und 1941 zum Delegierten im Verwaltungsrat. Als Oberst der Artillerie war er seit 1939 Artilleriechef einer Division. Er amtete eine zeitlang als Ersatzrichter am Appellationsgericht und zu wiederholten Malen als Mitglied internationaler Schiedsgerichte. In den Juristenverein ist er 1919 eingetreten; 1920 wurde er zum Sekretär der Jahresversammlung in Basel bestimmt.

*Gustav Brentano*, 1885—1943, begann seine Laufbahn als Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Baden und etablierte sich daselbst 1910 nach bestandem Staatsexamen als Fürsprech und Notar. 1913 übernahm er den Vorsitz des gewerblichen Schiedsgerichts und bekleidete diese Stelle bis zu seinem Tode. Mitglied des Juristenvereins war er seit 1912.

Ich bitte die Versammlung, sich zu Ehren der verstorbenen Mitglieder zu erheben.

Seit der letzten Versammlung hat der Vorstand folgende Mitglieder aufgenommen:

*Arnold*, Eduard, Bundesrichter, Lausanne.  
*Becker-Lieni*, Hans, Dr., Zivilgerichtspräsident, Ennenda.  
*Cavalli*, Remo, Dott. in legge, avvocato e notaio, Locarno.  
*de Courten*, Paul, Doct. en droit, avocat et notaire, Monthey.  
*Gelzer*, Michael, Advokat, Substitut der Staatsanwaltschaft,  
 Basel.  
*Gysin*, Dr. Rudolf, Strafgerichtsschreiber, Liestal.  
*Lotz*, Dr. Peter, Advokat, Basel.  
*Meyer*, Dr. Gerold, Rechtsanwalt, Cham.  
*Ochsenbein*, Dr. Denys, Sekretär des Bundesgerichts,  
 Lausanne.  
*Payot*, Jean, avocat et notaire, La Chaux-de-Fonds.  
*Pfister*, Dr. Heinrich, Sekretär des Bundesgerichts,  
 Lausanne.  
*v. Planta*, Dr. Louis, Advokat, Sekretär der Vereinigung  
 schweizerischer Gaswerke, Zürich.  
*Porret*, Jean, avocat, Le Locle.  
*Troller*, Dr. Alois, Rechtsanwalt, Luzern.  
*Weiser*, Dr. Felix, Justiziar der BIZ., Basel.  
*Esseiva*, Paul, docteur en droit, Fribourg.  
*Gautschi*, Georg, Rechtsanwalt, Zürich 1.  
*Hagemann*, Dr. Max, Basel.  
*v. Mandach*, Th., Fürsprecher, Bern.  
*Müller*, Dr. Walter, Basel.  
*Pestalozzi*, Dr. Anton, Zürich.  
*Wiemken*, Dr. H., Gesellschaft für Chemische Industrie,  
 Basel.

Ihren *Austritt* haben erklärt:

*Balsiger*, Dr. Hermann, Rechtsanwalt, Alt-Oberrichter,  
 Zürich.  
*Fazy*, Dr. Robert, ancien juge fédéral, Lausanne.  
*Fritschi*, Dr. Max, Alt-Kantonsrichter, St. Gallen.  
*Gency*, François, Genève.  
*Guinand*, Pierre, Genève.  
*Gutstein*, Dr. Ludwig, Rechtsanwalt, Zugerberg.

*Koch*, Pierre, Genève.

*Kummer*, Ernst, Alt-Oberrichter, Bern.

*Lampert*, Ulrich, Fribourg.

*Meyer*, Henri, Fribourg.

*Müller*, Gottfried, Zürich.

*Oechslin*, Dr. J. C., Sarnen.

*Paccaud*, Auguste, ancien juge cantonal, Lausanne.

*Schürch*, Ernst, gew. Chefredaktor des „Bund“, Bern.

*Stahelin*, Dr. Theodor, Basel.

Der Vorstand fasste nur einen Beschluss, der vom Gewohnten abweicht. In der Erwägung, dass die Möglichkeit bestehen sollte, neben den Referaten, deren Gegenstände in der Regel ein bis zwei Jahre zum voraus bestimmt werden, dann und wann auch etwas ganz Aktuelles am Juristentag zur Sprache zu bringen, ohne jedoch die Sitzungen allzusehr zu belasten, hat er sich entschlossen, dieses Jahr versuchsweise eine kurze Mitteilung über ein Thema von augenblicklichem Interesse auf die Traktandenliste zu setzen. Wir sind Herrn Bundesrichter Nägeli, der sich vor wenigen Wochen zur Übernahme dieser Mitteilung bereit gefunden hat, zu grossem Dank verpflichtet.

Kein eigentliches Vereinsgeschäft, immerhin aber eine Sache, die den Juristenverein nahe berührt, ist der Plan, in der Schweiz Akademien der einzelnen Wissenschaften zu gründen, die in einer Gesamtakademie zu vereinigen wären.

Den ersten Schritt haben die Mediziner getan; sie liessen einen bis in die Einzelheiten ausgedachten Vorschlag für eine schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften im Druck erscheinen und wollen demnächst schon zur Gründung schreiten. Die medizinische Akademie ist als eine Körperschaft von etwa dreissig Gelehrten gedacht, deren Wahl den Fakultäten und den medizinischen Gesellschaften obliegen soll. Ihre Hauptaufgabe wird die Abhaltung wissenschaftlicher Beratungen und

die Herausgabe eines Bulletins darüber sein; als Nebenaufgaben sind vorgesehen die Sammlung und die Verwaltung von Fonds für die Forschung, für die Unterstützung des akademischen Nachwuchses und für Stipendien an Studierende. Von dieser Organisation versprechen sich die Mediziner wesentliche Förderung und Erhöhung des Ansehens ihrer Wissenschaft in der Schweiz und namentlich im Ausland.

Ob für andere Fächer, somit auch für die Jurisprudenz, ähnliche Einrichtungen wünschbar seien, liess die nationale Vereinigung schweizerischer Hochschuldozenten an ihrer Tagung vom 20. Juni durch Vertreter mehrerer Wissenschaften erörtern. Nach Verständigung sämtlicher Mitglieder des Vorstandes hat sich daselbst Ihr Präsident gegen die Gründung einer juristischen Akademie in der Art der geplanten medizinischen ausgesprochen. Von den angeführten Gründen seien nur die wichtigsten, die zugleich für den Juristenverein eine besondere Bedeutung haben, hier erwähnt.

Seit zweiundachtzig Jahren ist die Abhaltung wissenschaftlicher Diskussionen Aufgabe des schweizerischen Juristenvereins. Ihm gehören auch diejenigen Rechtsgelehrten an, die als Mitglieder einer Akademie in Betracht kämen. So spitzt sich die Frage zunächst dahin zu, ob ein besseres Ergebnis von diesen Diskussionen zu erwarten wäre, wenn man sie in das engere Gremium einer Akademie verlegte. Diskussionen über juristische Gegenstände bestehen nun vorwiegend darin, dass in gemeinsamer Aussprache vom Gesetzgeber oder von einem Richter gefällte Werturteile überprüft und etwa auch neue Werturteile gebildet werden, die Vorschlägen für die Auslegung oder die Schaffung von Rechtssätzen als Grundlage zu dienen haben. Unerlässliche Voraussetzung eines Erfolges ist neben juristischem Können Vertrautheit mit den Lebensverhältnissen, die den Anlass zu einer ersten Wertung gegeben haben oder die neu zu regeln sind. Nun vermag auch der beste Jurist nicht mit allen Verhältnissen vertraut zu sein, die

unsere weitverzweigte Rechtsordnung erfasst. Deshalb sind in einem Verband mit zahlreichen, auf sehr verschiedenen Gebieten tätigen Mitgliedern für das Vorhandensein der erforderlichen Erfahrung die Chancen weit grösser als in einer kleinen Körperschaft selbst von ausgezeichneten Juristen. Eine Akademie hätte infolgedessen kaum die gleiche, sicher keine grössere Autorität als der Juristenverein.

Vielleicht stärker noch spricht gegen eine juristische Akademie folgende Erwägung: Da die wertende Tätigkeit des Juristen auf die Gerechtigkeit zielt, mit andern Worten auf die Verwirklichung sittlicher Grundsätze, wäre der Anspruch auf Leitung der Rechtswissenschaft, den eine Akademie erheben müsste, zugleich ein Anspruch auf sittliche Führung. Wie fremd uns die Unterwerfung unter eine Führung dieser Art erschiene, wenn eine kleine Gruppe von Gelehrten sie inne hätte, braucht kaum gesagt zu werden. Wir hielten vielmehr von jeher darauf, dass jeder Jurist, der die nötigen Fähigkeiten besitzt, an der kritischen Arbeit seiner Wissenschaft nach deren Methode selbständig sich beteiligt und das Ergebnis seiner Untersuchung frei vertritt. Der Juristenverein will gerade dafür ein geeignetes Forum bilden. Dabei setzen wir allerdings voraus, dass über den letzten Masstab der Kritik, über die Gerechtigkeit, kein Zweifel besteht, in der Annahme, dass jedem, der in der christlichen Tradition dieses Landes aufwächst, das Gebot, die Menschenwürde zu achten, von Jugend an vertraut sei. Wenn darin eine Wandlung einträte, könnten Ermahnungen, die von einer Akademie ausgingen, wenig ausrichten, während ein grosser Verein, in dem das Humanitätsgebot als selbstverständlich gilt, die wankend gewordene Überzeugung eines Mitgliedes vielleicht wieder zu stärken vermöchte.

Der Freundschaft unter den Juristen sodann, die neben der Pflege der Rechtswissenschaft ein Ziel unseres Vereines ist, wären die Wahlen in eine Akademie, die so leicht Ärger und Missgunst zur Folge hätten, kaum sehr zuträglich.

Denkt man endlich vorwiegend an den Eindruck auf das Ausland, so kommt es mir vor, als wolle man durch Anziehen einer Perücke und eines seidenen Rockes über die Grenzen hinaus imponieren; denn eine Körperschaft von dreissig Erlesenen wäre weitgehend eine Nachahmung der auswärtigen Akademien des 17. Jahrhunderts, die gerade die Jurisprudenz nie wesentlich gefördert haben. Das Ausland wird der schweizerischen Rechtswissenschaft, wenn sie Hüterin einer von humanem Geiste erfüllten Rechtsordnung zu bleiben versteht, die Achtung ohnehin nicht versagen.

Sollten sich einmal die schweizerischen Juristen vor eine endgültige Entscheidung über ihre Beteiligung an einer schweizerischen Gesamtakademie gestellt sehen, dürfte der schweizerische Juristenverein auf Grund seiner Leistungen jedenfalls berechtigt sein, dabei ein gewichtiges Wort mitzureden. Ich hoffe, dass es ihm dann gelingt, zu einer Lösung beizutragen, die unsere bewährten freiheitlichen Gewohnheiten nicht verleugnet und dem Verein seine eigenartige Stellung im Rechtsleben erhält.

Gehen wir über den Kreis der eigenen Geschäfte noch etwas weiter hinaus und treten wir ein in die nächste Umwelt unseres Vereins, die nichts anderes sein kann als das Recht der Schweiz, fällt unser Blick wieder auf die zunehmende Fülle der durch den Krieg veranlassten Vorschriften und zunächst auf das den Vollmachten des Bundesrates entsprungene sogenannte Notrecht. Von der staatsrechtlichen Begründung des Notrechts wird morgen die Rede sein. Schon zum voraus möchte ich eine von beiden Referenten vertretene Ansicht festhalten. Das Notrecht ist geltendes Recht, was angesichts der durch grundsätzliche Zustimmung bei Volk und Behörden sichergestellten Anwendung im Ernste nie hätte bestritten werden dürfen. Es ist auch im ganzen sittlich gerechtfertigt, nicht schon wegen der Zustimmung, die es findet, aber weil es unentbehrlich ist, um unseren Staat und da-

mit alles zu erhalten, was in seiner Rechtsordnung der Gerechtigkeit entspricht. Ist das zugegeben, brauche ich nicht zu fürchten, dass der Wunsch, den ich jetzt vorbringe, der übrigens mehr die äussere Erscheinung als den Inhalt des Notrechts betrifft, missverstanden werde. Niemand verlangt von einer Rechtsetzung, die unter dem Druck täglich andringender Bedürfnisse erfolgt, die gepflegte Form eines im Laufe von Jahrzehnten ausgereiften Gesetzes. Dennoch kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass für die Form nicht immer alles geschieht, was im Rahmen des Möglichen liegt. Die Zahl der gebildeten Juristen in unserem Lande ist gross genug, dass jede Departementsstelle, sei sie auch mit Arbeit überhäuft, stets ohne Zeitverlust eine vollwertige Rechtsbelehrung einzuholen vermöchte. Wenn Erlasse so abgefasst sind, dass sie einer Tageszeitung berechtigten Anlass zu einer witzigen Besprechung unter dem Striche geben, was kürzlich der an sich harmlosen Verfügung des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements „betreffend die Prämierung von Hengsten und Zuchtfamilien, sowie das Beschälwesen“ zugestossen ist, so kann das, eben weil die Verordnungen Bestandteil des geltenden Rechtes sind, die Majestät des Rechtes überhaupt verletzen. Auch stehen in rechtlichen Dingen Form und Inhalt in sehr enger Beziehung. Vielleicht hätte sich mancher Erlass, ohne seinen Zweck zu verfehlen, leichter in das Gebäude des geltenden Rechtes eingefügt, wenn ihn die geschickte Hand eines mit den Zusammenhängen vertrauten Juristen zurechtgeschliffen hätte. Der hohe Stand unserer Rechtskultur ist bedingt durch eine beständige, nie unterbrochene Zusammenarbeit der rechtsetzenden Behörden mit der Wissenschaft. Er bliebe kaum erhalten, wollte man diese damit vertrösten, dass es ihr freistehe, nachher, wenn sich einmal die Wasser der Überschwemmung verzogen haben, das abgelegte Gestein zu untersuchen. Wissen wir überhaupt, ob ein solches Nachher, ein Augenblick ganz ruhigen Besinnens, in absehbarer Zeit für uns kommen wird?

Dass sogar die ordentliche Gesetzgebung gegenwärtig anfängt, einem Juristen, dem an einer harmonischen Eingliederung neuer Regeln in das schon geltende Recht etwas gelegen ist, Sorgen zu bereiten, weil es nachgerade so aussieht, als wirke die schon eingelebte Gewohnheit, Notverordnungen zu erlassen, auch auf die Abfassung von Bundesgesetzen, ist wohl noch ernster zu nehmen. Einer Verordnung, die ein rasches, unter allen Umständen erfolgreiches Zugreifen durch eine Behörde ermöglichen soll, deren Geltung zudem zeitlich beschränkt ist, können übertriebene Kasuistik, übertriebenes Häufen von Strafsanktionen und selbst die Unterlassung einer allseitigen Prüfung, wie weit das Gewicht der zu wahren Interessen oder das Fehlen eines ausreichenden Schutzes durch die bisherige Rechtspflege neue Bestimmungen wirklich rechtfertigt, schliesslich noch eher verziehen werden als einem Gesetze. Denn ein Gesetz, das etwa von Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht oder Strafgesetzbuch ohne ganz triftige Gründe abweicht, das vermeidbarer Kasuistik verfällt, erschüttert in stärkerem Masse die Rechtssicherheit und setzt Rechtsprechung und Wissenschaft der Gefahr aus, in ihrer für ein gesundes Rechtsleben unentbehrlichen schöpferischen Kraft zu erlahmen. Das bekannte römische Dictum „*plurimae leges pessima civitas*“ verdient heute noch Beachtung.

---

Die durch den Krieg und die ihm vorangehende Krise bedingte Rechtsetzung hat wohl auf keinem Gebiet unserer Rechtsordnung anerkannten Grundsätzen stärker Abbruch getan als auf dem des Privatrechts. Ist auch nicht zu leugnen, dass unter den gegebenen Umständen dieser Abbruch in vielen Fällen notwendig war, müssen wir uns doch bewusst sein, dass eine Grenze, die im einzelnen vielleicht schwer zu ziehen ist, nicht überschritten werden darf, wenn in unserem Staate die Freiheit und in unserem Rechte der Gedanke der Gerechtigkeit lebendig bleiben sollen.

Schweizerische Juristen haben deswegen in letzter Zeit immer häufiger, von verschiedenen Gesichtspunkten aus, aber mit gleichem Ernst, ihre Stimme zugunsten des Privatrechts erhoben. Wir wurden eindrucklich an die sittliche Grundlage unserer Zivilgesetzgebung gemahnt, vor den Gefahren allzu häufiger Erschütterung der Vertragstreue gewarnt und schliesslich daran erinnert, dass die bewährte Lehre vom Rechtsgeschäft, die im Mittelpunkt des Privatrechts steht, sich aller Notgesetzgebung gegenüber zu behaupten vermag. Das sind Beweise eines festen Willens, kollektivistischen Strömungen der Gegenwart zum Trotz, jene Grenze einzuhalten, zugleich aber auch Zeichen dafür, dass unsere Rechtswissenschaft sich anschickt, eine Bahn zu verlassen, die mit scheinbar unwiderleglicher Folgerichtigkeit zur Geringschätzung des Privatrechts führen muss.

So selbstverständlich wie etwa noch einem Montesquieu erscheint die Anerkennung des Privatrechts neben dem öffentlichen Rechte, der lois civiles neben den lois politiques, der Doktrin im allgemeinen längst nicht mehr. In ihr wurde sogar die Ansicht vertreten, dass die durch freie private Verträge vollzogene Regelung von Lebensverhältnissen Willkür bedeute und somit ein Schönheitsfehler am sonst wohlgestalteten Gebäude des Rechtes sei. Als eine Ursache dieser Wandlung darf die mit der Aufgabe der alten Lehre von den Menschenrechten oft verbundene gänzliche Ablehnung des Naturrechts, die Verkennung der notwendigen Eingliederung des Rechts in die sittliche Ordnung angesehen werden; doch ist das nur eine mittelbare Ursache. Unmittelbar hat eine Quellenlehre sie hervorgerufen, die den Staat als den einzigen Schöpfer allen Rechtes betrachtet.

Zu Beginn des 18. Jahrhunderts wäre der Gedanke, dass die staatliche Gesetzgebung die Freiheit der Gestaltung privatrechtlicher Beziehungen aufheben oder auch nur stark beschränken könnte, schon deshalb kaum fassbar gewesen, weil das Privatrecht noch zum grössten Teil

geschriebenes oder ungeschriebenes Gewohnheitsrecht war, hinter dem eine *ratio scripta* stand, das römische Recht. Als aber später der Staat immer deutlicher den Anspruch auf ausschliessliche Macht in der Gesellschaft erhebt, seine Gesetze wesentlich vermehrt und daran geht, auch Kodifikationen des Privatrechts zu schaffen, schwindet allmählich das Verständnis für die anderen Rechtsquellen und überhaupt für die mannigfaltigen Kräfte, die an der Entstehung des Rechtes mitwirken. Nunmehr gilt bald die staatliche Gesetzgebung allein als Rechtsquelle. Die Verfassung, die dem Gesetzgeber vorschreibt, wie er vorzugehen hat, bildet angeblich für jeden Rechtssatz das logische und das faktische Prius. Der Begriff der Geltung, der die tatsächliche Anwendung einer Regel bezeichnet, deckt sich schliesslich mit dem Begriff der Gültigkeit, des verfassungsmässigen Zustandekommens eines Gesetzes. Je mehr das Bewusstsein letzter, ausserhalb des positiven Rechtes stehender Normen, die auch für den Gesetzgeber massgebend sind, im Laufe des 19. Jahrhunderts verblasst, desto stärker neigt man zur Annahme, mit der Gültigkeit sei zugleich auch die Rechtfertigung eines Satzes gegeben.

Von der doppelten Gleichung, Geltung gleich Gültigkeit und Gültigkeit gleich Rechtfertigung, auf die Allweisheit oder doch wenigstens auf eine dem Einzelnen unter allen Umständen weit überlegene Vernunft des Gesetzgebers zu schliessen, liegt sehr nahe. Regelungen, die von Einzelnen für ihre Verhältnisse auf Grund der ihnen vom Privatrecht gewährten Freiheit getroffen wurden, erscheinen dann eben als minderwertig und oft nur deshalb als erträglich, weil die stille Hoffnung besteht, der weise Gesetzgeber werde einmal Zeit finden, auch solche Beziehungen von sich aus zu ordnen.

Diese Lehre hat durch ihre Einfachheit und scheinbare Geschlossenheit viele geblendet und daran gehindert, klar zu erkennen, dass sie letzten Endes die Forderung einer totalen Zwangsorganisation in sich schliesst. Um sie aus den Angeln zu heben, ist zunächst ihr Widerspruch mit

den Tatsachen nachzuweisen. Dies geschieht vor allem durch die Feststellung, dass die Geltung eines Rechtsatzes, selbst eines verfassungsmässig entstandenen, eine bestimmte Einstellung der einzelnen Glieder der Gesellschaft voraussetzt, und dass neben den Gesetzen stets auch geltende Rechtsregeln auf andere Art zur Entstehung kommen. Damit ist der geheimnisvolle Zauber um die Person des Gesetzgebers gebrochen. Seine Tätigkeit wird als menschliches Handeln erkannt, in gleicher Weise sittlichen Grundsätzen unterstellt, wie das Verhalten des einzelnen Menschen. Deshalb liegt noch keine Rechtfertigung in der Gültigkeit, so wenig diese mit der Geltung zusammenfällt. Nicht anders als irgendein Vertrag, kann auch ein Gesetz gerecht oder ungerecht sein. Der Weg für eine unbefangene Würdigung des Privatrechts steht jetzt wieder offen.

Keiner grossen Phantasie bedarf es, um sich vorzustellen, was mit den öffentlichen Einrichtungen unseres Staates geschähe, wenn die durch das Privatrecht gewährte Freiheit verschwände und alle Bürger in ihrer ganzen Existenz von der Staatsgewalt abhängig wären. Eine demokratische Verfassung muss auf Menschen abstellen, die in ihren privaten Verhältnissen, den persönlichen und den wirtschaftlichen, weitgehend frei sich zu bewegen, die deren Gestaltung frei zu bestimmen und für Einhaltung ihres gegebenen Wortes verantwortlich zu sein vermögen.

Dieser Zusammenhang war wohl schon Montesquieu bekannt: „Il faut“, schreibt er, „que les lois se rapportent à la nature et au principe du gouvernement, soit qu’elles le forment, comme font les lois politiques, soit qu’elles le maintiennent, comme font les lois civiles“, und an anderer Stelle: „les lois civiles ne font défaut que dans un état despotique, parce qu’il n’y a presque point de gens qui aient une volonté propre et qui par conséquent doivent répondre de leur conduite devant un juge“.

Den angemessenen Umfang der privaten Freiheit im Rahmen der Rechtsordnung zu bestimmen, ist höchste

Aufgabe der juristischen Kunst. Für eine Demokratie ist ein richtiges Gleichgewicht zwischen Freiheit und Zwang Lebensbedingung; denn jeder übermässige Eingriff in die Privatautonomie zehrt an einem Kapital, dessen die Demokratie zum Leben bedarf. Eine für sie günstige Entwicklung geht nicht auf fortschreitende Beschränkung der Freiheit, sondern auf Vermehrung der Möglichkeiten für einen jeden, tatsächlich von ihr Gebrauch zu machen. Ich darf Sie hier an Balzacs „Peau de chagrin“ erinnern: Da wird ein Mensch geschildert, der geheimnisvoll mit einem Stückchen Leder derart verbunden ist, dass seine Lebenskraft abnimmt, sooft der Umfang des Leders zurückgeht, und dass er stirbt, sobald das Leder ganz verschwindet. Setzt man an die Stelle des Balzacschen Helden die Demokratie und an die Stelle des Leders die privatrechtliche Freiheit, gibt uns das Märchen vom Verhältnis beider ein sehr eindrückliches Bild.

Nun erschöpft sich die Rechtfertigung des Privatrechts nicht im Nachweis seiner Unentbehrlichkeit für ein demokratisches Staatswesen. Sie kann sich auf allgemeinere Gründe berufen.

Mit dem ersten, von römischen Juristen unternommenen Versuch einer begrifflichen Unterscheidung des Privatrechts vom öffentlichen Recht wurde von seiten der Rechtswissenschaft die Tatsache anerkannt, dass der grosse Gedanke einer Pflicht zur Gerechtigkeit nicht nur dem Mitbürger, sondern einem jeden Menschen gegenüber, auch in das positive Recht Eingang gefunden hatte; denn damals war die private Rechtsfähigkeit vom Bürgerrecht im Staate unabhängig geworden. Diese Funktion des Privatrechts hat ihre Bedeutung nicht verloren.

Nur durch die Freiheit, die neben dem Schutz der Persönlichkeit das Privatrecht gewährt, wird die geltende Ordnung dem Umstand gerecht, dass der Mensch weit mehr ist als ein *Záon πολιτικόν*. Wie sollte er seine Aufgabe in der Welt erfüllen, wenn ihm freies Handeln unter eigener

Verantwortung in der Gesellschaft versagt wäre? Die Möglichkeit eines Missbrauchs der Freiheit, von der man gegenwärtig so viel spricht, bildet kein Argument zugunsten ihrer Beseitigung; auch im Bereich der Freiheit ist der Mensch sittlichen Grundsätzen unterworfen, zur Gerechtigkeit verpflichtet; gerade da gilt für ihn das Gebot der Nächstenliebe.

In unseren Tagen drängt sich leicht die bange Frage auf, ob die Einsicht in den Wert des Privatrechts, ob überhaupt eine wissenschaftliche Erkenntnis gegen den Lauf der Geschehnisse etwas auszurichten vermag. Ein Jurist braucht sie nicht zu fürchten; vollzögen sich gesellschaftliche Wandlungen wirklich mit absoluter, von menschlichem Wollen unabhängiger Notwendigkeit, gäbe es keine Rechtswissenschaft, wie wir sie verstehen. Wer, der grossen Tradition dieser Wissenschaft folgend, eine begründete Ansicht vertritt, darf überzeugt sein, auch wenn ihm ein augenblicklicher Erfolg nicht beschieden ist, dass für Recht und Gerechtigkeit etwas getan sei. Beruht nicht auf dieser Überzeugung die Zweckbestimmung des schweizerischen Juristenvereins?

---

## II.

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung folgende Herren als Sekretäre:

*Lucien Poffet*, Gerichtsschreiber, Murten.

*Paul Esseiva*, Dr. jur., Freiburg.

## III.

### *Aufnahme neuer Mitglieder.*

Es haben folgende Damen und Herren ein Gesuch um Aufnahme in den Schweizerischen Juristenverein gestellt:

- Aebi*, Dr. Kurt, Rechtsanwalt, Zürich 1.  
*Aeby*, Henri, greffier-adjoint du Trib. cant., Fribourg.  
*Barbey*, Claude, avocat-stagiaire, Genève.  
*Blancpain*, Pierre, docteur en droit, Fribourg.  
*Brunner*, Hans Ernst, Fürsprecher, Bern.  
*Butterfass*, Frl. Dr. Hanny, Basel.  
*Currat*, André, greffier, Châtel-St-Denis.  
*Currat*, Gilbert, notaire, Châtel-St-Denis.  
*Depuoz*, Joseph, docteur en droit, avocat, Fribourg.  
*Droux*, Henri, avocat, Fribourg.  
*Dufour*, Dr. Ami, Zürich 1.  
*Esseiva*, François, directeur de la Bibliothèque cantonale  
et vice-président du tribunal de la Sarine, Fribourg.  
*Frossard*, Joseph, avocat, Bulle.  
*Gaugler*, Dr. Hans Viktor, Basel.  
*Gigon*, Frl. Dr. Marguerite, Basel.  
*Glasson*, Pierre, avocat, docteur en droit, Bulle.  
*Gloor*, Dr. Max O., Zürich 3.  
*de Gottrau*, Bernard, docteur en droit, avocat, Fribourg.  
*de Gottrau*, Othmar, notaire, Fribourg.  
*von Graffenried*, Rudolf, Notar, Bern.  
*Grand*, Louis, avocat, Romont.  
*Guggenheim*, Charles, avocat, Fribourg.  
*Humbel*, Dr. M., Fürsprecher, Bern.  
*Huwiler*, Michel, avocat, Fribourg.  
*Kaeslin*, Dr. Th., Luzern-Seeburg.  
*Kägi*, Dr. Werner, Privatdozent für Staatsrecht, Zürich 6.  
*Lautenschlager*, Dr. H., Rapperswil (St. Gallen).  
*Meyer*, Francis, docteur en droit, greffier du Tribunal  
cantonal, Fribourg.  
*Michel*, Gaston, licencié en droit, Fribourg.  
*Moser*, Max, avocat, Genève.  
*Muller*, Dr. Roland, Zürich 7.  
*Pillonel*, Alfred, avocat, Estavayer-le-Lac.  
*Poffet*, Lucien, greffier du tribunal, Morat.  
*Poffet*, Stéphane, docteur en droit, avocat, Fribourg.  
*Python*, José, juge cantonal, Fribourg.

*Rübel*, Dr. E., Bezirksgericht, Horgen.  
*Ruffieux*, Léon, juge cantonal, Fribourg.  
*de Salis*, Rodo, docteur en droit, La Tour-de-Peilz.  
*Schaub*, Marc-Antoine, licencié en droit, Versoix-la-Ville.  
*Schneider*, Frl. Dr. Esther, Basel.  
*Schnorf*, Dr. Rolf, Rechtsanwalt, Rüslikon.  
*Staebelin*, Frl. Marguerite, licenciée en droit, Fribourg.  
*de Techtermann*, Pierre, avocat, Fribourg.  
*Uldry*, Pierre, docteur en droit, avocat et banquier, Fribourg.  
*Uldry*, Raymond, avocat, Fribourg.  
*Vallat*, J., avocat, Porrentruy.  
*Vonlanthen*, Dr. Albert, avocat, Fribourg.  
*de Weck*, Dr. Nicolas, président du tribunal, Morat.  
*de Weck*, Pierre, procureur général, Fribourg.  
*von der Weid*, Philippe, docteur en droit, Fribourg.  
*Wuilleret*, René, docteur en droit, avocat, Fribourg.  
*Zollet*, Dr. Josef, Notar, Düringen.

Sämtliche Bewerber werden von der Versammlung stillschweigend und einstimmig aufgenommen.

Gemäss Antrag des Präsidenten werden die Traktanden 4 und 5 auf den folgenden Tag verschoben.

Herr Prof. Dr. *von Overbeck*, Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg, entbietet der Versammlung die Grüsse der Fakultät und überreicht den Anwesenden eine Festschrift, die der Präsident verdankt.

#### IV.

##### *Diskussion über das Thema :*

*„Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz.“*

Der *Präsident* erteilt das Wort dem Referenten französischer Sprache Herrn Dr. *Georges Capitaine*, Advokat und Privatdozent an der Universität Genf, welcher seine

bereits veröffentlichte Ausführungen folgendermassen zusammenfasst:

N'ayant pas eu le temps d'être plus bref dans mon rapport écrit, pour des raisons militaires, j'entends bien ici respecter le délai imparti pour mon exposé verbal. Je n'ai d'ailleurs pas grand'chose à ajouter à ce que vous avez pu lire, si ce n'est pour donner encore quelques précisions sur des points essentiels de la question débattue.

Il importe avant tout que l'on sache que les deux rapporteurs ont élaboré leurs travaux, d'une façon absolument indépendante, ne s'étant ni vus, ni connus avant la réunion de ce jour. La lecture de leurs exposés le fait d'emblée ressortir. Alors que les profondes et scientifiques recherches de M. le Dr. von Steiger pourraient aisément être qualifiées de partie dogmatique des unions d'entreprises (Unternehmenszusammenfassungen) d'une façon générale, j'ai donné à mon étude un caractère plutôt de synthèse, en la restreignant tout spécialement à la holding, c'est-à-dire à la société de contrôle et de participations proprement dite. Et cette constatation me permet de prétendre qu'il est rare de trouver, parmi les rapports et co-rapports présentés à nos assemblées, des travaux constituant un tout aussi harmonieux et se complétant d'une façon aussi heureuse que ceux qui font l'objet de la discussion de ce jour.

Par ailleurs, bien que partant parfois de prémices différentes, il n'y a pas de divergences essentielles sur les questions abordées en commun par les deux rapporteurs. Seuls quelques points de détails les séparent, pour aboutir cependant à des conclusions identiques.

M'étant confiné à l'étude des principaux points de droit ayant trait exclusivement à la holding comme société de contrôle et de participations au sens restreint du terme, en laissant intentionnellement de côté toutes les autres unions d'entreprises, j'ai alors cherché à pousser ma synthèse non seulement dans le domaine du droit civil, mais

encore dans ceux du droit fiscal et du droit public. D'accord avec M. von Steiger lorsqu'il dit que l'examen de la holding en matière fiscale nécessiterait à lui seul une étude spéciale, je n'ai cependant pas cru devoir le laisser entièrement de côté. La question fiscale également en cette matière, n'est-elle pas le point crucial du développement de ce genre de sociétés à l'heure actuelle dans notre pays? En l'admettant, j'ai tenu à faire ressortir succinctement l'état actuel de nos législations fédérales et cantonales en cette matière, en insistant spécialement sur certaines erreurs qui pourraient être graves de conséquences pour les finances publiques. D'où ma conclusion No. 7, qui répond d'ailleurs aux aspirations de tous ceux qui s'intéressent à la politique d'expansion commerciale et industrielle de notre pays.

Et je veux pour preuve de la nécessité d'aborder franchement cette question fiscale le fait suivant, appris tout récemment: les art. 59 Arrêté du Conseil fédéral concernant l'impôt pour la défense nationale et 14 Arrêté concernant la nouvelle contribution de sacrifice pour la défense nationale déterminant à 20% le taux de la participation minimum au capital de la société dominée pour pouvoir bénéficier du privilège de taxation. En outre, ces deux articles prévoient que si ce taux de participation n'est pas atteint, le privilège sera nonobstant accordé si la valeur de la participation, pour l'impôt de défense nationale, atteint au moins deux millions de francs. Il semble donc bien que le critère d'application de ces dispositions réside dans l'influence prépondérante exercée par une holding sur une autre société, influence que l'on a pris la peine de déterminer en chiffre. Cela ressort en tout cas nettement des al. 1 de ces deux articles. Et cependant l'Administration fédérale des Contributions n'est pas de cet avis. Se fondant sur la partie de phrase prescrivant que la valeur de la participation, pour l'impôt de défense nationale, doit atteindre au moins 2 millions, elle refuse le privilège dans le cas suivant: une holding avait,

bien avant la guerre, des participations dans des sociétés étrangères pour une valeur nominale et en francs suisses de beaucoup supérieurs à deux millions. La valeur boursière de ces titres étant tombée, ainsi que le change de la monnaie étrangère, il s'est trouvé qu'au 31 décembre 1942 la valeur en francs suisses de ces participations n'atteignait plus deux millions, ce qui fit refuser le privilège de taxation. La ratio legis des nouvelles prescriptions fiscales et le simple bon sens n'ont pas tenu devant une interprétation ad absurdum de l'administration. Et l'on en arrive ainsi à ce résultat comique que lorsque la situation d'une holding est favorable parce que la valeur de ses participations est stable ou monte, elle bénéficie d'un dégrèvement, alors qu'elle doit payer l'impôt en plein si la valeur comptable de ses participations baisse, c'est-à-dire si sa situation financière est défavorable!

Qu'on comprenne qu'après cela et tout en restant des plus compréhensifs quant aux besoins des finances publiques, il faille au moins s'écrier en ce domaine très spécial „Caveant consules“.

Je me suis spécialement arrêté dans mon étude à la question du bilan de la holding, tant au point de vue formel que matériel. A ce sujet, il existe une petite divergence avec M. von Steiger, qui n'est pas favorable à un formalisme en ce domaine. La présentation de bilans „réduits à leur plus simple expression“ autorisée il est vrai par les art. 958 et ss. C. O., a été souvent la cause de véritables duperies. Les pays voisins s'en sont bien rendus compte, lorsque dans les récentes revisions de leurs lois sur les sociétés, il ont imposé certaines règles d'intérêt public dont nous devrions nous inspirer pour améliorer l'instrument précieux que nous a donné le C. O. révisé. D'où ma conclusion 3.

Et que l'on veuille bien ne pas qualifier ma suggestion du bilan amalgamé, que la pratique devrait exiger pour les importantes holdings de „casse-tête chinois“! Il s'agit d'un problème de technique de bilan que tout comptable

digne de ce nom peut assez facilement résoudre. L'exemple que j'ai donné en simple juriste voulait démontrer sa réalisation possible, même en cas de participation partielle et tout spécialement les avantages qu'une telle présentation peut procurer à tous les intéressés à la holding (actionnaires et créanciers).

Un autre point sur lequel il existe une petite divergence avec M. le Dr. von Steiger est celui de l'acquisition d'actions de la holding par sa société contrôlée. M. von Steiger voudrait l'interdire en principe, en se basant sur les prescriptions de l'art. 659 C. O., alors que j'estime que la question doit être plutôt tranchée dans chaque cas d'espèces sur la base notamment des principes de l'art. 2 C. c. s. C'est en tout cas aller beaucoup trop loin que d'interdire d'une façon absolue toute acquisition d'actions par une société dont le 10% du capital se trouve en mains de la société en question, comme le fait l'art. 8 de la récente loi française sur les sociétés, du 4 mars 1943, qui n'est certainement qu'une loi de circonstance. Il y a des cas d'espèces où de telles acquisitions doivent pouvoir être admises sans danger pour aucun des intéressés à la société. C'est aussi là l'opinion de M. Siegwart.

Dans un but d'orientation générale, je suis pour l'adjonction obligatoire des mots „société holding“ ou „société de participations“ à la raison sociale de ce genre de sociétés. En accord avec ce que fait actuellement le R. C., M. von Steiger se contente de soumettre à un examen matériel et officieux les seules sociétés qui d'elles-mêmes apportent cette adjonction à leur raison sociale. Cela ne me paraît pas suffisant et l'on éviterait bien des tromperies du grand public en général, si toute entreprise, dont plus du 50% du capital social est destiné à l'acquisition de participations, devait obligatoirement être qualifiée par sa raison sociale de „société holding“ s'agit-il d'une holding pure ou d'une holding mixte. L'examen du bilan faciliterait l'observation de cette prescription.

Et je termine par où j'ai débuté dans mon exposé écrit: l'importance et le rôle future des sociétés holdings, spécialement en Suisse. C'est un fait que leur nombre et leur volume en capital aient diminués ces dernières années pour des raisons très spéciales. Mais les reconstructions d'après-guerre seront d'une telle importance, qu'elles vont nécessiter des groupements de forces financières et économiques très puissantes, que le système de la holding est le mieux à même de constituer d'une façon rapide, judicieuse et proportionnée aux circonstances. On remarque déjà chez certaines nations en guerre la tendance de l'Etat à se décharger sur de puissants groupements privés d'une partie des tâches purement industrielles qu'il avait cru pouvoir prendre en mains au début des hostilités. L'ère de la grosse industrie, de la standardisation et de la rationalisation n'est pas terminée. Preuve en est cette récente communication de New York que reproduit la N. Z. Z. du 31 août 1943. (Ce, malgré l'opinion contraire de Rosset dans „Le crépuscule des sociétés financières“.)

Il était donc indiqué que nous cherchions à savoir, du point de vue juridique, où nous en étions en Suisse dans ce domaine, en Suisse, où notamment les holdings internationales auront toujours des raisons politiques pour y fixer leur domicile légal, si elles n'y sont pas chassées par des mesures arbitraires. Nos études auront au moins prouvé que, même aux périodes les plus troublées de l'histoire, le juriste suisse sait encore s'intéresser à tout ce qui peut contribuer à unir, à aider, à reconstruire. Il faut espérer que la holding bien comprise et basée sur des principes étudiés et reconnus sera un des leviers servant à réparer les fautes des hommes!

Herr Dr. *Werner Ed. v. Steiger*, Fürsprecher und Privatdozent an der Universität Bern, fügt seinem gedruckten Referat folgende Ausführungen bei:

Wenn das gleiche Thema zweien Referenten zur Bearbeitung gegeben wird, so lassen sich zwei Methoden be-

folgen: Entweder es wird eine Arbeitsteilung verfügt — hier hätte man z. B. die wirtschaftlichen und die damit eng zusammenhängenden steuerrechtlichen Seiten des Holdingproblems dem einen, die zivilrechtlichen Seiten dem andern Referenten zuweisen können — was den Vorteil hat, dass Wiederholungen und Doppelspurigkeiten vermieden werden. Oder aber jeder Referent bearbeitet selbständig das ganze Thema, was auch Vorteile haben kann, insofern nämlich als jedenfalls die wichtigeren Fragen von zwei Bearbeitern überprüft werden, was eine zuverlässigere Grundlage für die spätere Beurteilung bildet, jedenfalls dann, wenn zwei Referenten wirklich selbständig, d. h. unabhängig voneinander gearbeitet haben. Hier wurde nun, wie dies schon Herr Capitaine ausgeführt hat, in der Tat die zweite Methode befolgt; die beiden Referenten haben sich heute zum erstenmal getroffen. Im grossen und ganzen kamen in den beiden Referaten die gleichen Fragen zur Behandlung, und in einer Reihe von wesentlichen Punkten stimmen auch die Lösungen überein. Die Unterschiede liegen mehr in den Betonungen — sowohl der Fragen als in den Antworten; auf eigentliche Differenzen komme ich dann noch kurz zu sprechen.

Die Diskussionsgrundlage wurde überdies ergänzt durch die mir soeben noch zugekommene neueste Arbeit des Herrn P. R. Rosset: „Le Crépuscule des Sociétés financières“. — ein etwas elegischer Auftakt zu den heutigen Verhandlungen. Es kommen darin Fragen zur Behandlung, die für die Rechtspraxis der HG von Bedeutung sind und auf die ich daher einleitend kurz hinweisen möchte. Rosset wirft die Frage auf, ob Finanzgesellschaften, insbesondere die international arbeitenden HG, in Zukunft noch eine Existenzmöglichkeit haben und wie es mit ihrer Existenzberechtigung steht. Anlass zu diesen Ausführungen gab vor allem der Rückgang des Aktienkapitals der sogenannten Finanzgesellschaften, das 1932 noch rund 2 989 000 000 Fr. betrug, bis 1942 aber auf 1 684 000 000 Fr. zurückging. Nach Rosset sind es

drei Momente, die die Existenz der HG gefährden: Einmal die politischen Faktoren, so die Kriegsgesetzgebung mit ihren Beschlagnahmungen, Affidavits usw. Dann die wirtschaftlichen Faktoren, insbesondere die monetäre Situation, verbunden mit den Transferschwierigkeiten für Kapital, Dividenden und Zins usw. Schliesslich auch rechtliche Faktoren, und zwar steuerrechtliche wie zivilrechtliche. In steuerrechtlicher Hinsicht liegt die Gefährdung der HG zunächst allgemein in der zunehmenden Fiskalität, besonders aber in der Methode der mehrfachen Besteuerung des Unternehmereinkommens bei den verschiedenen verbundenen Unternehmen und beim Aktionär der HG. In zivilrechtlicher Hinsicht birgt nach Rosset das Fehlen einer Spezialgesetzgebung für HG erhebliche Nachteile in sich: Einerseits fehlen Sondernormen zur Verhinderung von Misständen, die gerade dem Holdingverhältnis eigen sind. Andererseits müssen Normen des gemeinen Rechtes, insbesondere des Gesellschaftsrechtes, auf Holdingverhältnisse angewendet werden, für die sie nicht passen. Auf einzelne Punkte kommen wir noch zurück. Hier interessiert uns vor allem die Feststellung, dass von kompetenter Seite der Ruf nach einer Spezialgesetzgebung ertönt, die namentlich folgende Punkte betreffen würde: Geschäftsbericht und Bilanz der HG; Verantwortung der Verwaltung der HG für ihr Tun und Lassen in den Tochtergesellschaften; Ausdehnung der Kontrolle der HG auch auf ihre Untergesellschaften.

Wenn wir den Gesamtfragenkomplex, wie er sich auf Grund der bisherigen Entwicklung der beiden heutigen Referate und der neuesten Arbeit Rossets darstellt, überblicken, so scheinen mir namentlich folgende Fragen im Vordergrund zu stehen:

1. Die Mehrheitsherrschaft und ihre Grenzen: Die mit jeder Mehrheitsherrschaft verbundenen Gefahren bilden allerdings ein allgemein verbandsrechtliches Problem, auf unserem Gebiete ein allgemein aktienrechtliches. Es wurde aber nicht festgestellt, dass dieses Problem in

bezug auf das Holdingverhältnis besonders akut ist, m. a. W. dass die Mehrheitsherrschaft sich im Holdingverhältnis in besonders nachteiliger Weise ausgewirkt habe. Es ist bezeichnend, dass unsere Rechtsprechung sich eigentlich recht wenig mit dem Missbrauch der Mehrheitsherrschaft zu befassen hatte und dass, wo sie es tun musste, es sich zur Hauptsache um gewöhnliche Aktiengesellschaften und keineswegs um HG handelte. Allerdings kommt nicht jeder Zwist vor die Gerichte, sondern manches wird durch Schiedsgerichte erledigt oder direkt unter den Beteiligten oder auch einfach hingenommen. Aber die Rechtsprechung ist doch ein recht zuverlässiger Gradmesser für den Stand der Dinge. Dazu kommt, dass bei HG in der Regel besondere Verhältnisse bestehen, da diese meist von vornherein unter ganz bestimmten Umständen und mit bestimmten Majoritätsverhältnissen begründet werden, die den Beteiligten bekannt sind, auch den Minderheiten. Zwei Gefahrenmomente sind allerdings zu berücksichtigen:

Einmal bei nachträglichem Erwerb der Majorität durch eine Gruppe, verbunden mit einer Struktur- und Zweckänderung des Unternehmens. Kann sich die Minderheit hiegegen wirksam zur Wehr setzen und welche Minderheit? Massgebend hiefür ist, was man unter dem Zweck versteht, s. OR 648/49. Wenn, wie Capitaine anzunehmen scheint, der Zweck gemäss OR 648 nur im Gewinnstreben besteht, jede konkrete Ausführungsform aber Gegenstand (= Geschäftsbereich) sein soll, dann könnte, auf Grund von OR 648, eine Mehrheit von  $\frac{2}{3}$  des Aktienkapitals auch das Gewinnstreben einer Gesellschaft aufheben (z. B. im Interesse anderer Unternehmen); und zur Änderung des konkreten Zweckes bedürfte es dann bloss noch eines Mehrs von  $\frac{2}{3}$  der vertretenen Stimmen (OR 649, andere Regelung durch die Statuten vorbehalten). Dieser Auffassung kann ich nicht beipflichten. Die AG ist, ihrem Wesen nach, überhaupt Erwerbsgesellschaft, die Ausnahme in OR 620, 3 bestätigt die Regel. Der Aktionär hat ja auch, von Gesetzes wegen und jedenfalls dem Grundsatz

nach, ein wesentliches Recht auf Dividende, sofern die Statuten nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügen. Dem Gewinnstreben kommt daher nur die Bedeutung eines Motives zu. Der Zweck der Gesellschaft dagegen, im Sinne von OR 648, besteht in dem zu verwirklichenden allgemeinen Ziel, z. B. Verwertung eines Patentes, während Gegenstand des Unternehmens (= Geschäftsbereich im Sinne von OR 649) die besondere Tätigkeitsform, d. h. die Form der Verwirklichung des allgemeinen Zieles bedeutet, z. B. Verwertung des Patentes durch Fabrikation oder durch Erteilung von Lizenzen. Dass auch die allgemeine Zielrichtung der AG mit Mehrheitsbeschluss geändert werden kann (OR 648), ist bekanntlich scharf kritisiert worden, speziell unter Hinweis auf den gegenteiligen Grundsatz des Vereinsrechtes, und Burckhardt (Einführung) hat den Satz, dass keinem Gesellschafter die Umwandlung des Gesellschaftszweckes aufgenötigt werden dürfe, zu einem Axiom des Verbandsrechtes überhaupt erhoben. Positivrechtlich besteht nun aber bei AG die Möglichkeit einer Änderung auch des allgemeinen Zweckes durch Mehrheitsbeschluss. Um so mehr ist aber eine restriktive Auslegung des Begriffes „Zweck“ im oben erwähnten Sinne am Platz. Praktisch kommt diesen Unterscheidungen gerade im Konzernwesen eine besondere Bedeutung zu.

Das zweite Gefahrenmoment, auf welches Rosset mit Recht hingewiesen hat, besteht in einer Entfremdung des Aktionärs der HG von der eigentlichen Unternehmenstätigkeit, insbesondere der Unter- und Nebengesellschaften. Die Möglichkeit, sich in die Verhältnisse Einblick zu verschaffen und darauf einzuwirken, wird geringer, je grössere Dimensionen und kompliziertere Form das Holdingverhältnis angenommen hat. Aber auch in dieser Hinsicht bestehen eben bei HG besondere Verhältnisse, die den Beteiligten in der Regel zum voraus bekannt sind und mit denen sie sich abfinden müssen, wenn sie an Grossunternehmen mitmachen wollen. Zudem besteht die

Möglichkeit einer differenzierten Stellung derjenigen Aktionäre, die mit dem Unternehmen in besonderer Weise verbunden sind und für die also die Einsicht und die Mitwirkung einen praktischen Sinn haben — der Typus des Gross- und Daueraktionärs — in Gegensatz zum Aktionär, der nur in unbedeutendem Masse und vorübergehend am Unternehmen interessiert ist. Ich komme darauf noch im Zusammenhang mit Bilanz und Geschäftsbericht der HG zurück.

2. Das Problem der Abhängigkeit und ihrer Grenzen verdient darum besondere Aufmerksamkeit, weil in Praxis und Doktrin Tendenzen festzustellen sind, die mir nicht unbedenklich erscheinen. In der Praxis zeigt sich die Tendenz, bestimmte Funktionen, die durch Gesellschaftsrecht bestimmten Gesellschaftsorganen, also Verwaltung und Generalversammlung zugewiesen sind, in die Hände Aussenstehender, speziell herrschender Unternehmen zu legen, z. B. die Wahl der Organe abhängiger Unternehmen (verbindliches Vorschlagsrecht), Abänderung der Statuten, Festsetzung der Bilanzen und der Gewinnverteilung. In der Doktrin macht sich, Hand in Hand mit der Praxis, die Tendenz bemerkbar, die formale Natur der Gesellschaften stärker zu betonen, als dies den wirklichen Verhältnissen entspricht. Demgegenüber habe ich in meinem Referat die grundsätzliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit jedes Unternehmens, bzw. seiner Organe, in bezug auf solche Funktionen betont. Verbände bedeuten Realitäten so gut wie Einzelpersonen. Der Verbandswille ist eine erhebliche Tatsache wie der Einzelwille. Allerdings, Gesellschaften sind Zweckgemeinschaften und in ihrer Tätigkeit auf den Zweck beschränkt, der beliebig weit oder eng gefasst werden kann. Aber innerhalb ihres Zweckbereiches sind die Gesellschaften Realitäten und darum weist ihnen das Gesetz ein bestimmtes Mass von eigener Betätigung und eigener Verantwortung zu. An diesen Erfordernissen ist festzuhalten, wenn unser Verbandsleben seinen innern Wert beibehalten soll. Gerade

in der Schweiz haben wir besonders Anlass dazu, den Verbänden und ihren Organen ihr Eigenleben zu bewahren, da wir ja von früh an ein sehr lebendiges und kräftiges Gemeinschaftsleben entwickelt haben, das auf der tätigen Mitwirkung der daran Beteiligten beruhte.

3. Das Problem der Haftung und der Verantwortung: Im Referat habe ich dieses Problem namentlich im Hinblick auf Haftung der Verantwortung des herrschenden Unternehmens oder seiner Organe gegenüber dem abhängigen behandelt. Dabei wurde unterschieden zwischen: Verantwortung der Verwaltung der herrschenden Gesellschaft, des herrschenden Unternehmens als solchem (OR 55, Haftung des Geschäftsherrn) und Haftung der HG als Aktionärin auf Grund von OR 41. Dieser letzten Frage namentlich kommt für die weitere Entwicklung unseres Verantwortungs- und Haftungsrechtes besondere Bedeutung zu. Sie ist sehr heikel und verdient jedenfalls eine noch eingehendere Prüfung.

In der letzten Arbeit Rossets wurde nun auch die Verantwortung der Verwaltung der HG für ihr Tun und Lassen in den Untergesellschaften gegenüber den Aktionären der Holdinggesellschaft zur Frage gestellt. Rosset verneint eine solche Verantwortung auf dem Boden des geltenden Rechtes, da die Verwaltung in dieser Hinsicht nur den Aktionären der Untergesellschaften verantwortlich sei. Ich bin anderer Ansicht. Die Verwaltung der Beteiligungen und damit der kontrollierten Unternehmen, gehört zum eigentlichen Geschäftskreis der Verwaltung der HG. Sie ist dieser gegenüber für ihr Tun und Lassen genau so gut verantwortlich, wie wenn sie statt Beteiligungen andere Aktiven zu verwalten und zur Erreichung des Gesellschaftszweckes einzusetzen hätte. Eine Ergänzung der Gesetzgebung in dieser Hinsicht erscheint mir daher unnötig.

#### 4. Sonderfragen.

Bilanzen und Geschäftsberichte: Hier ist vor allem die Bewertung der Beteiligungen wichtig, s.

OR 667. Im Referat wurde diese Frage nur kurz behandelt, da die Diskussion hierüber eigentlich mit den Verhandlungen des Juristenvereins von 1940 als abgeschlossen gelten kann, und zwar mit dem Resultat, dass schon auf Grund von Wortlaut und Zweck von OR 665 dauernde Beteiligungen wie dauernde Anlagen bilanziert werden können. Seither erging der Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1941, wonach dauernde Beteiligungen zu ihrem innern Wert, den sie für das Unternehmen selber, und zwar zur Zeit der Bilanzierung, aufweisen, eingesetzt werden dürfen — aber nicht müssen. Nach den seinerzeit gefallenen Voten wäre es wohl wünschenswert, dass diese Ordnung obligatorisch würde, damit auch Überbewertungen (d. h. wenn der Kurswert über dem innern Wert liegt) unterbleiben. Zunächst sind aber die mit der neuen Ordnung gemachten Erfahrungen abzuwarten. Vielleicht wird die neue Ordnung als Gewohnheitsrecht in das Zivilrecht übergehen.

Darstellung der Bilanzen und Offenlegungspflicht: Hier kann man sich in der Tat fragen, ob, wie Capitaine und Rosset meinen, eine eingehendere Darstellung der Beteiligungsverhältnisse sowie auch der gegenseitigen Forderungen und Verbindlichkeiten verbundener Unternehmen wünschenswert ist. Normen in diesem Sinne enthalten z. B. das englische und das deutsche Aktienrecht. Die Frage ist aber, einmal, ob man durch allgemeine, notwendigerweise schematische Vorschriften das gewünschte Ziel erreichen würde; ferner, ob dieser Lösung nicht praktische Nachteile gegenüberstehen, unter denen dann schliesslich das Unternehmen und mit ihm die Aktionäre zu leiden hätten. Mir scheint, dass man es, solange nicht deutliche Misstände festzustellen sind, besser bei der bisherigen lapidaren gesetzlichen Ordnung bewenden lassen sollte, die ein differenziertes Vorgehen je nach den Verhältnissen des einzelnen Falles ermöglicht. Es spielen hier gewichtige Fragen, namentlich der internationalen Konkurrenz, mit. Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass

bei HG in der Regel besondere Verhältnisse vorliegen, die den wirklich Interessierten, und zwar sowohl Aktionären als Gläubigern, in der Regel bekannt sind oder über die sie sich, soweit nötig, Kenntnis verschaffen können. Und auch hier gilt der Erfahrungssatz, dass nicht alle in gleicher Weise an der Einsichtnahme in die Geschäftsverhältnisse einer HG interessiert und dazu legitimiert sind. Wo sich die wirklich Interessierten mit der Verwaltung hierüber nicht direkt verständigen können, bleibt jedenfalls den Aktionären immer noch das Recht auf Auskunfterteilung gemäss OR 667, das ja nötigenfalls erzwungen werden kann. Auf dieser Grundlage aber vermag man den legitimen Interessen, und zwar sowohl des Unternehmens, des Aktionärs und des Gläubigers, wohl besser Rechnung zu tragen als durch Erlass von Vorschriften, die meistens dann doch nicht erzwungen werden könnten und u. U. nur Unberufenen dienen würden.

Kontrolle: Sowohl Capitaine als Rosset verlangen vermehrte Kompetenzen der Kontrollstelle der HG, so namentlich auch Einblick in die Verhältnisse der Untergesellschaften. Rosset verlangt sogar Wahl der Kontrollstelle der Untergesellschaften durch die Aktionäre der HG. Eine solche Lösung käme natürlich nur in Frage im eigentlichen Kontrollverhältnis, also nicht bei den blossen Beteiligungsgesellschaften im Sinne meines Referates. Sie erscheint mir aber auch „de lege ferenda“ bedenklich, da ja auch in beherrschten Gesellschaften starke Minderheiten bestehen können, die mit der HG nichts zu tun haben und deren Recht auf Mitwirkung bei der Wahl der Kontrollstelle nicht aufgehoben werden sollte. Eine solche Norm würde übrigens ein zweiseitiges Schwert darstellen, da die HG mit diesem Wahlrecht auch Missbrauch treiben könnte, zum Nachteil der Minderheiten in den kontrollierten Gesellschaften. Übrigens scheint mir eine solche Neuerung auch nicht nötig zu sein, da ja bereits OR 728 Abs. 2 die Verwaltung verpflichtet, der Kontrollstelle über Alles Auskunft zu erteilen, was zur Beurteilung der Bilanz er-

forderlich ist. Wenn und insoweit als die HG die andern Unternehmen beherrscht und die Verwaltung der HG über die Verhältnisse der Untergesellschaften Auskunft erteilen kann, muss sie dies also schon auf Grund des geltenden Rechtes tun. Verweigert sie dies, so wird die Kontrollstelle diesem Umstand in ihrem Bericht Erwähnung tun müssen, worauf u. U. wieder das Recht auf Auskunfterteilung gemäss OR 667 zum Spielen kommt.

5. Zu den Schlussfolgerungen nur noch eine Bemerkung:

Manche unter Ihnen werden vielleicht gefunden haben, dass ich in meinen Schlussfolgerungen etwas gar gelassen in die Zukunft blicke und dem geltenden Recht etwas viel zutraue. Ich gebe zu, dass Verschiedenes verbessert und ergänzt werden könnte. Aber wir haben nun erst seit 1937 ein neues Aktienrecht, das denen, die sich wirklich darum interessieren und die es angeht, die nötigen Mittel zur Verwirklichung ihrer Rechte in die Hand gibt. Jetzt schon wieder mit einer Revision zu kommen, erschiene mir verfrüht, und ich kann auch keinen genügenden Anlass dazu feststellen. Bedingung ist allerdings, dass der Richter da, wo er angerufen wird, dann wirklich auch den im Gesetz verankerten Grundsätzen Nachachtung verschafft. Vergessen wir nicht, dass die beiden grössten Rechtssysteme, das römische und das angelsächsische, sich weitgehend auf dem Boden der Rechtsprechung entwickelt haben und dieser Methode gerade ihre Stärke verdanken.

Ich habe Vertrauen auch in unsern gesunden Sinn für das Gemeinschaftsleben, wie er unsere ganze Rechtsentwicklung charakterisiert hat, ganz besonders auf dem Gebiete des Zusammenarbeitens im Verband.

Der *Präsident* eröffnet die Diskussion, an welcher folgende Herren teilnehmen:

Dr. *Joseph Henggeler*, Rechtsanwalt in Zürich:

Die beiden Herren Referenten kommen in ihren sehr umfassenden und sorgfältigen Referaten übereinstimmend

zum Ergebnis, dass die Einführung einer Spezialgesetzgebung für Holdinggesellschaften (HG) sich für das schweizerische Recht erübrige. Herr Dr. Capitaine erachtet immerhin einige Sonderbestimmungen wünschenswert. Mir scheint recht zweifelhaft, und ich möchte auf Grund meiner praktischen Erfahrungen verneinen, dass für solche Bestimmungen ein Bedürfnis besteht.

Ausgangspunkt bildet dabei die Tatsache, dass Missstände bei der bisherigen Entwicklung in der Schweiz sich nicht ergeben haben. Dabei ist festzustellen, dass eine grosse Gruppe von HG, und zwar gerade diejenigen, bei welchen die grössten Publikumsinteressen bestehen, bereits unter einer strengen Aufsicht steht. Denn wie die Herren Referenten dargetan haben, sind schon seit 1935 alle HG den Bestimmungen des Bankengesetzes und damit der Aufsicht der Eidgenössischen Bankenkommision unterstellt, soweit sie nicht den Charakter von industriellen und kommerziellen Holdinggesellschaften besitzen, deren Kreis durch die Praxis der Bankenkommision und des Bundesgerichts eng begrenzt ist. Die dem Bankengesetz unterstellten HG unterstehen der Pflichtkontrolle durch vom Bundesrat hiefür anerkannte Treuhandgesellschaften. Stellen diese bei deren jährlichen Kontrollen irgendwelche Mängel fest, so greift die Bankenkommision ein. Nun ist mir bekannt, dass bei diesen Pflichtkontrollen die Revisionsgesellschaften selbstverständlich sich auch über die finanzielle Lage der der HG angeschlossenen Gesellschaften informieren. Als Unterlagen hiefür stehen nicht nur deren detaillierte Abschlüsse, sondern regelmässig auch Kontrollberichte von Buchsachverständigen zur Verfügung, sofern nicht die Revisionsstelle selbst auch bei den abhängigen Gesellschaften revidiert; das letztere ist zurzeit für ausländische Gesellschaften allerdings fast unmöglich. Trotz der seit bald einem Jahrzehnt bestehenden Kontrolle ist mir bisher kein Fall bekannt geworden, wo die Revisionsstellen Anlass zu Beanstandungen wegen ungenügender Auskunfterteilung oder gar die Bankenkommision Gründe

zum Einschreiten gefunden hätten. Man wird also feststellen dürfen, dass in diesen der staatlichen Kontrolle unterstellten Gesellschaften keine Missbräuche sich bisher gezeigt haben, die ein Eingreifen des Gesetzgebers im Sinne der Ermöglichung weitergehender Kontrollen angezeigt erscheinen lassen. Aber auch die nicht dem Bankengesetz unterstellten HG erfüllen zum grossen Teil die Voraussetzungen von OR 723 und unterstehen daher von Gesetzeswegen der Prüfung durch unabhängige Buchsachverständige. Auch diese fordern über die Lage der von der HG abhängigen Gesellschaften regelmässig sachgemässe Auskünfte und Unterlagen ein.

Grosse Bedenken möchte ich sodann auf Grund meiner praktischen Erfahrungen — namentlich in den jetzigen Verhältnissen, aber auch allgemein — gegenüber den Vorschlägen auf Einführung einer Pflicht zur Spezifikation der Beteiligungen zum Ausdruck bringen. Gewiss gibt es HG, welche diese Angaben ohne Bedenken machen können. Aber bei Einführung des schweizerischen Bankengesetzes ist bewusst abgelehnt worden, eine Spezifikationspflicht für die Wertschriften in das gesetzliche Bilanzschema aufzunehmen, und auch bei der Revision des Obligationenrechts vom 18. Dezember 1936 hat der Gesetzgeber an dieser Auffassung festgehalten. Hier kommt vor allem den Interessen unserer grossen schweizerischen industriellen HG eine starke Bedeutung zu. Diese Gesellschaften sind, wie Herr Dr. Capitaine in sehr klarer Weise durch sein Referat zum Ausdruck gebracht hat, zwangsweise durch die Entwicklung, speziell die Zollschranken, dazu geführt worden, ihre Fabrikation für ausländische Märkte in die einzelnen Länder zu verlegen, zuerst durch Filialbetriebe, dann zu deren Verselbständigung als juristische Personen ausländischen Rechts. Eine Rechtspflicht zur detaillierten Aufführung aller dieser Beteiligungen kann sich im internationalen Konkurrenzkampf unter Umständen sehr ungünstig auswirken. Eine zu weitgehende Auskunftspflicht ist daher in gleicher

Weise den Interessen der Gesellschaft wie denjenigen ihrer Aktionäre schädlich. Die Lage ist für unser kleines Land mit seinem begrenzten Wirtschaftsgebiet von vornherein eine andere als bei Staaten mit grossen einheitlichen Wirtschaftsgebieten, wo die Tochtergesellschaften grossenteils im gleichen Lande tätig sind. Zu einer gesetzlichen Spezifikationspflicht liegt für die Schweiz um so weniger Grund vor, als auch die Staaten, welche grosse Wirtschaftsgebiete umfassen, sie keineswegs verlangen. Zwar sieht das deutsche Aktiengesetz in Art. 128, Al. 2, Ziffer 8, vor, dass der Geschäftsbericht über die Beziehungen zu Konzerngesellschaften Aufschlüsse gibt. Der Umfang dieser Auskunftspflicht ist aber keineswegs abgeklärt, und es kann anhand der Geschäftsberichte führender deutscher Unternehmungen festgestellt werden, dass die Beteiligungen, insbesondere die ausländischen, gar nicht oder nur beschränkt angeführt werden. Der englische Companies act 1929, Art. 126, Al. 1, statuiert nicht etwa eine Spezifikationspflicht für die Beteiligungen, sondern regelt lediglich die bilanzmässige Berücksichtigung der Verluste abhängiger Gesellschaften durch die HG; dabei wird sogar ausdrücklich festgelegt, dass die geforderten Angaben in Globalposten ohne Detaillierung erfolgen können. Mir ist wiederum aus praktischen Erfahrungen bekannt, dass englische Grossunternehmungen eine Spezifikation der Beteiligungen da mit allem Nachdruck abgelehnt haben, wo die Interessen der Gesellschaften dagegen gesprochen haben. Es ist mir aber auch bekannt, dass unsere schweizerischen industriellen HG grosse Bedenken gegen derartige Spezifikationen besitzen, weil sich daraus unter Umständen erhebliche Schädigungen ihrer Interessen ergeben können. Bei dieser Lage muss aber das Interesse des Aktionärs auf detaillierte Angaben gegenüber den Interessen der Gesellschaft als wirtschaftliches Unternehmen zurücktreten. Auch der Vorschlag, die Spezifikation auf den ergänzenden mündlichen Geschäftsbericht zu beschränken, der in der Generalversammlung erstattet wird, bietet keinen genügen-

den Schutz; denn an der Generalversammlung kann jedermann teilnehmen, der sich auch nur eine einzige Aktie für den Tag der Generalversammlung verschafft, so dass eine an der Generalversammlung gegebene Spezifikation praktisch der breitesten Öffentlichkeit zur Verfügung steht.

Ausserordentlich interessant und instruktiv sind die Ausführungen des Herrn Dr. Capitaine über die konsolidierte Bilanz und das dafür gegebene rechnerische Beispiel. Solche konsolidierte Bilanzen sind zweifellos ein wertvolles Informationsmittel für die Verwaltung einer Gesellschaft. Aber die Aufstellung begegnet in der Praxis doch erheblichen Schwierigkeiten, namentlich unter den jetzigen Transfererschwerungen. Irgendeine Regelung, welche die Publikation solcher konsolidierter Bilanzen den Gesellschaftsorganen vorschreiben würde, erscheint daher inopportun; Herr Dr. Capitaine will übrigens auch selbst nicht etwa eine gesetzliche Pflicht hiefür statuieren. Man wird daher auch hier die Entwicklung der noch wenig vollkommenen Praxis abwarten dürfen, ehe der Gesetzgeber irgendeine Regelung trifft. Die gleiche Auffassung möchte ich auch bezüglich der Pflicht zur Aufnahme eines den Charakter als HG andeutenden Zusatzes in der Firma der Gesellschaft vertreten; hier ist die Praxis des Eidgenössischen Handelsregisters bereits auf dem Wege, das gleiche Ziel zu erreichen, und man wird diese Praxis sich ruhig entwickeln lassen können.

Denn es darf nicht vergessen werden: das Aktionärrecht hat sich aus der Praxis heraus entwickelt. So sind beispielsweise die Begriffe der Vorzugsaktien und der Genussscheine, die Abgrenzung der Stellung verschiedener Aktienkategorien gegeneinander unter der Herrschaft des alten OR entstanden, ohne dass das Gesetz auch nur eine Andeutung darüber enthalten hätte, und diese Begriffe haben sich in der schweizerischen Aktienpraxis eingeführt, ohne dass es zu irgendwelchen ernsthaften Missbräuchen gekommen wäre. Auch das Bundesgericht hatte sich nur mit wenigen Fällen zu befassen und musste meines Wissens

nur einmal an Stelle des Gesetzgebers eine Lücke im Recht ausfüllen. In den heute zur Diskussion stehenden Fragen ist die Entwicklung noch im Fluss. Missbräuche sind nicht festzustellen. Ich möchte daher das, was Herr Präsident Simonius in seinen gehaltvollen Worten heute angeführt hat, auch für die vorliegenden Probleme angewendet wissen: eine zu starke Kasuistik der Gesetzgebung hemmt die natürliche Rechtsentwicklung. Mit Recht hat auch Herr Dr. von Steiger in seinem Referat warnend auf die Gefahr jeder Spezialgesetzgebung, Starrheit und (oft nur vorübergehend gerechtfertigte) Tendenz hingewiesen. Der einzige Punkt, wo meines Erachtens der schweizerische Aktiengesetzgeber in Abweichung von den Grundsätzen des Aktienrechts anderer Staaten den Verhältnissen nicht genügend Rechnung getragen hat, ist derjenige der Bewertungsvorschriften für Dauerbeteiligungen. Dass diese Vorschriften in der geltenden ordentlichen Gesetzgebung ungenügend sind, ist allgemein anerkannt, und der Mangel ist einstweilen durch die Bewertungsvorschriften der Bundesratsbeschlüsse vom 27. Dezember 1939 und 14. Januar 1941 behoben. Diese Regelung stützt sich auf Art. 5 der Schlussbestimmungen zum neuen Handelsrecht und gilt einstweilen bis Ende 1944. Hier erscheint eine Überleitung der bezüglichen Bestimmungen in die ordentliche Gesetzgebung erwünscht.

Meiner besonderen Befriedigung möchte ich darüber Ausdruck geben, dass Herr Dr. Capitaine auch die steuerlichen Fragen in sein Referat einbezogen hat. Hier besitzt, wie er überzeugend darlegt, das eidgenössische Steuerrecht besonders in der Ertragsbesteuerung noch eine sehr willkommene Regelung; sie steht stark zurück hinter der fortgeschrittenen Entwicklung sowohl des englischen wie des deutschen Fiskalrechts. Die gegebene Lösung liegt darin, dass durch das Holdingprivileg der volle Abzug der Einnahmen aus abhängigen Gesellschaften, auf jeden Fall der bereits bei diesen mit Ertragssteuern belasteten Beträge, bei der Ertragsbesteuerung der HG zugelassen wird.

Dr. *Paul Graner*, Fürsprecher, in Zürich:

Will man zum ganzen Fragenkomplex auch nur kurz Stellung nehmen, so ist es m. E. gegeben, vorerst die Entwicklung und Bedeutung unserer Finanz- und Holdinggesellschaften zu skizzieren. Die erwähnten Gesellschaften haben im Laufe der letzten 50 Jahre eine eminente Bedeutung erlangt, wobei sie namentlich der Finanzierung neuer Industrien dienten, und zwar vorwiegend auf dem Gebiete der Elektrizitätswirtschaft, des Verkehrswesens und der Maschinenindustrie (erinnert sei an die Bank für elektrische Unternehmungen in Zürich; Motor-Columbus in Baden; Schweiz.-Amerikanische Elektrizitätsgesellschaft in Zürich; Schweiz. Gesellschaft für elektrische Industrie in Basel; Société Financière Italo-Suisse in Genf, u. a. m.). Hierdurch wurden zahlreiche Unternehmungen im In- und Auslande errichtet und mit den notwendigen Kapitalien versehen, die u. a. ansehnliche Exporte ermöglichten und eine für unsere schweizerische Volkswirtschaft äusserst fruchttragende Tätigkeit entwickelten. Etliche dieser Gesellschaften wurden auch gegründet zwecks finanzieller Zusammenfassung von Tochtergesellschaften industrieller Unternehmungen, welche durch Schutzzölle und andere Massnahmen des Auslandes gezwungen wurden, ihre Fabrikation ins Ausland zu verlegen oder die dortigen Anlagen besonderen Gesellschaften zu übertragen (z. B. die Holdinggesellschaften der Nestlé-, Aluminium-, Maggi-, Bally-, Wander- u. a. Unternehmungen). Schliesslich wurden in den letzten Jahren zufolge der politischen Neutralität und der gesunden Währungsverhältnisse unseres Landes verschiedene Sitze ausländischer Finanz- und Holdinggesellschaften in die Schweiz verlegt, wobei in ausgeführter Weise das rev. OR durch Art. 14 der Schluss- und Übergangsbestimmungen (Sitzverlegung ohne Liquidation und Neugründung) und durch Art. 711 Abs. 2 (Ausnahmen von der Nationalitätsvorschrift) eine solche Sitzverlegung begünstigt. Unbestreitbar haben die Finanz- und Holding-

gesellschaften wesentlich zur Industrialisierung unseres Landes und zur Entfaltung von Fremdenverkehr, Handel und Gewerbe beigetragen, wobei auch nicht zuletzt ihre Auslandsgeschäfte und ihr Kapitalexport Schweizer Arbeit und Kapital in alle Welt hinausgetragen und dadurch zu einem grossen Teil unserer Wirtschafts- und Finanzpolitik das heutige hohe internationale Ansehen und Vertrauen verschafft haben. Sie sind auch erneut berufen, in der Nachkriegszeit im Ausland wiederum schweizerische Pionierarbeit zu leisten und in besonderem Masse im Inland durch ihre langfristigen Kreditmöglichkeiten an der Verwirklichung der Arbeitsbeschaffungsprojekte (Kraftwerkbau, Exportförderung, Ausbau der Transportanstalten usw.) tatkräftig mitzuwirken. Die grosse Bedeutung des Holdingproblems kommt auch statistisch dadurch zum Ausdruck, dass diese 1826 Holdinggesellschaften ein Kapital von 1740 Millionen Franken repräsentieren, wovon die 36 bankgesetzlich erfassten Finanz- und Holdinggesellschaften (Art. 1—56 sowie Art. 7/8 BkG) ein Kapital von rund 400 Millionen Franken mit einer Bilanzsumme von rund 700 Millionen Franken ausweisen, während alle Banken im eigentlichen Sinne (inkl. Raiffeisenkassen) rund 100 Institute zählen mit einem Gesamtkapital von 1512 Millionen Franken. Eine solche Entwicklung war und ist auch weiterhin nur möglich im Rahmen einer liberalen Gesetzgebung, die frei von hemmenden Sondervorschriften und einschneidenden Verfügungen die erforderliche Elastizität gewährleistet.

Wenn man nun aber gleich von Sondervorschriften spricht, so denkt man unwillkürlich an die bankgesetzlichen Bestimmungen und Erlasse, die als Produkt der damaligen bekannten Banken Krisen und Sanierungen im Interesse des Gläubigerschutzes auch die Finanz- und Holdinggesellschaften in gewissem Umfange erfassen. Art. 1 des Bankengesetzes, welcher über den Geltungsbereich legiferiert, bestimmt diesbezüglich, dass den Vorschriften dieses Gesetzes (und zwar ohne Ausnahmen) nur die bank-

ähnlichen Finanzgesellschaften unterstehen, die sich öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen. Diejenigen Gesellschaften, die sich nicht öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen, d. h. nicht mit Publikumsgeldern arbeiten, sind lediglich den Art. 7 und 8 des Bankengesetzes unterstellt, mit andern Worten nur den Vorschriften über die Auslandsanlagen und über die periodische Einreichung von Bilanzen an die Schweizerische Nationalbank, damit diese auch hier die Entwicklung des Geld- und Valutamarktes genau verfolgen, die zu dessen Regelung erforderlichen Massnahmen sicherer treffen sowie zuverlässiger beurteilen kann, wann und inwieweit sie gegen Kapitalanlagen im Ausland Einsprache erheben soll. Dem Bankengesetz ausdrücklich nicht unterstellt sind alle industriellen und kommerziellen Finanzgesellschaften (echten Holdinggesellschaften und Konzerne), auch wenn sie mit Drittgeldern arbeiten. Über die erwähnten Begriffe selbst gibt das Bankengesetz keine Definitionen, sondern man überliess es der Fachbehörde, der Eidgenössischen Bankenkommission, hier die notwendigen Richtlinien und Verfügungen zu treffen.

Merkmal der bankähnlichen Finanzgesellschaft ist nun nach heutiger Praxis die Anlage der Gesellschaftsaktiven bei einer grundsätzlich unbeschränkten Zahl von Unternehmen, die unter sich und mit der Finanzgesellschaft keine wirtschaftliche Einheit bilden, wobei es irrelevant ist, ob die betreffenden Unternehmen ein und demselben Wirtschaftszweige (z. B. der Elektrizitätsbranche) oder verschiedenen Wirtschaftszweigen angehören. Entscheidend für die Bankähnlichkeit sind auch nicht die Art der inneren Verwaltungsorganisation, der Beruf und die Zusammensetzung der Mitglieder der verantwortlichen Gesellschaftsorgane, die Firmenbezeichnung, der statutarische Wortlaut des Zweckparagraphen und die Art der Mittelbeschaffung, sondern einzig und allein die tatsächlichen Verhältnisse hinsichtlich Anlage der Gesellschaftsaktiven, wie sie sich im Einzelfalle aus den Bilanzen,

Akten, Korrespondenzen und dergleichen Unterlagen ergeben. Ergibt diese Prüfung der Unterlagen eindeutig, dass die Gesellschaftsaktiven bei einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen angelegt sind, die unter sich und mit der Finanzgesellschaft keine wirtschaftliche Einheit bilden, so haben wir eine bankähnliche Finanzgesellschaft oder unechte Holdinggesellschaft. Damit komme ich zu folgender Definition:

Eine Finanzgesellschaft oder unechte Holdinggesellschaft ist jede als juristische Person oder in anderer Rechtsform gegründete Unternehmung, die ihre Gesellschaftsaktiven in Form der Krediterteilung oder Effektenübernahme bei einer oder mehreren Gesellschaften, die unter sich und mit der Dachgesellschaft keine wirtschaftliche Einheit bilden, anlegt, mit der Absicht, entweder in den finanzierten Gesellschaften Kontrollfunktionen oder sonstige Gesellschaftsinteressen auszuüben oder durch weitverzweigte Verteilung des Risikos eine sichere und gutverzinsliche Kapitalanlage zu erreichen.

Diese Gesellschaften, mögen sie nun nach ihrer wirtschaftlichen Struktur „Kapitalanlage-Gesellschaften“, „Investment Trusts i.w.S.“, „Assets-Companies“, „Management Trusts“, „Kontrollgesellschaften“, „Effektenübernahmegesellschaften“ oder „Finanzierungsgesellschaften“ sein, sind sämtlichen Vorschriften des Bankengesetzes unterstellt, wenn sie sich öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen, d. h. durch Empfehlungen in der Presse, durch Rundschreiben und Prospekte an Personen, die nicht zum Gesellschafterkreis gehören, oder durch sonstige Auskündigung in den Schaufenstern oder ausserhalb der Geschäftsräume Publikumsgelder (in der Regel Obligationengelder) entgegennehmen; siehe auch BGE Bd. 62 I 31 ff./35 ff./271 ff. und Komm. Stauffer zum OR S. 143 ff. Da hier der Gläubigerschutz an erster Stelle steht, sei deshalb die Bedeutung und Auswirkungen der einschlägigen Vorschriften kurz skizziert.

Erstens verlangt das Bankengesetz eine einwandfreie innere Organisation, wonach der Aufgabenkreis sachlich und geographisch genau abzugrenzen ist (Holdingcharakter und Geschäftstätigkeit der Firma also klar hervorgehen) und weiter besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden sind. Die Befugnisse zwischen Verwaltungsrat, Ausschuss, Direktion und Kontrollstelle sind so abzugrenzen, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist, wobei noch als weitere Sicherung hinzukommt, dass der Präsident des Verwaltungsrates grundsätzlich nicht als Delegierter in die Geschäftsführung abgeordnet werden darf. Abgesehen von der besseren Feststellung der Verantwortlichkeiten, will man dadurch insbesondere auch erreichen, dass die Direktion als rein technisches Organ vorerst die Geschäfte von gewisser finanzieller Tragweite unter dem Gesichtswinkel der Struktur und Vermögenslage der Gesellschaft eingehend prüft und erst, gestützt auf eine solche technische Prüfung, von der Oberbehörde verabschiedet werden dürfen.

Zweitens bestimmt das Gesetz, dass ein angemessenes Verhältnis zu bestehen hat zwischen den eigenen Mitteln und den gesamten Verbindlichkeiten sowie zwischen den greifbaren Mitteln und leicht verwertbaren Aktiven einerseits und den kurzfristigen Verbindlichkeiten andererseits. Darnach haben die eigenen Mittel in der Regel 10% der reinen Verbindlichkeiten zu betragen. Wenn hier behördlicherseits beabsichtigt sein sollte, den genannten Prozentsatz auf 30, eventuell sogar auf 50% zu erhöhen, oder auch die Entgegennahme von Fremdgeldern durch sonstige erschwerende Vorschriften beschränken zu wollen, so muss allerdings jenen beigespflichtet werden, die erklären, dass solche Beschränkungen angesichts der einleitend genannten Zukunftsaufgaben (Kraftwerkbau, Exportförderung, Auslandgeschäft usw.) untragbar wären und auch nicht notwendig sind.

Das zweite Prozentverhältnis, welches die Kassa- und Gesamtliquidität betrifft, spielt bei den meisten Finanz- und Holdinggesellschaften praktisch keine Rolle, da in der Regel keine kurzfristigen sondern nur langfristige Drittgelder entgegengenommen werden, wobei die erforderliche Liquidität angesichts der feststehenden Fälligkeiten geraume Zeit zuvor festgestellt werden kann.

Abschliessend und meines Erachtens sehr zweckmässig geregelt ist in Art. 5 des Bankengesetzes die Frage der Äufnung und Verwendung des gesetzlichen Reservefonds, wonach im Minimum 5% des jährlichen Reingewinnes dem genannten Fonds zuzuweisen ist (bis dieser 20% des nominellen Grundkapitals erreicht hat), der ausschliesslich zur Deckung von Verlusten und zur Vornahme von Abschreibungen verwendet werden darf. Die obligationenrechtlichen Bestimmungen über den gesetzlichen Reservefonds, insbesondere also Art. 671 (mit Ausnahme der Ziffern 1 und 2 des Absatzes 2, welche über die Zuweisung der Agio- und Kaduzierungsgewinne legiferieren), fallen, gestützt auf die Ausnahmenvorschrift des Art. 16 der Schluss- und Übergangsbestimmungen des OR, hier nicht in Betracht.

Drittens statuiert das Bankengesetz durch besondere Vorschriften über Jahresrechnungen und Bilanzen eine vermehrte Publizität. Danach müssen die Jahresrechnungen formell, entsprechend den Grundsätzen der Bilanzklarheit und Bilanzkontinuität, nach bestimmtem Schema aufgestellt werden.

Diese formellrechtlichen Bilanzierungsvorschriften haben sich in der Praxis bewährt und gewährleisten die gewünschte Publizität. Ein Mehreres (wie z. B. eine detaillierte Aufteilung nach Ländern, Spezifikation der Beteiligungsquoten und ähnliche Angaben) würde den tragbaren Rahmen überschreiten und die schutzwürdige Geheimsphäre der Gesellschaft empfindlich tangieren.

Materiellrechtlich ist die Bewertung nach den obligationenrechtlichen Vorschriften über die Aktiengesell-

schaften vorzunehmen, also nach den allgemeinen Vorschriften der Art. 958 ff. OR und den speziellen Bilanzierungsvorschriften der Art. 662 ff. OR. Wie die Herren Referenten treffend ausführen, empfindet man es tatsächlich als grosse Lücke, dass das OR keine Sondervorschrift über die Bewertung der dauernden Beteiligungen enthält. Denn einmal hat die Praxis gezeigt, dass die Bewertungsvorschrift des Art. 667 OR für solche dauernde Beteiligungen eine allzu starre Norm darstellt, die sich gerade in Krisenzeiten höchst ungerecht und nachteilig für diejenigen Gesellschaften auswirkt, die solche Beteiligungen in Form von Aktienpaketen übernommen haben. Ebenso starr ist die Norm des Art. 665 OR, die für technische Anlagen und immaterielle Werte geschaffen und zweckmässig ist, nicht aber für dauernde Beteiligungen, wo hier die Eskomptierung eines allfälligen Mehrwertes durch die theoretische Annahme eines Verkaufs und gleichzeitigen Kaufes zum entsprechenden höheren Wert den Grundsätzen der Bilanzwahrheit widersprechen würde. Da die Bewertung dieser dauernden Beteiligungen nicht unter dem Gesichtspunkt des Kurswertes, sondern des Beteiligungsrechtes zu erfolgen hat, wäre es deshalb begrüssenswert, wenn die im Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1941 über die Bewertung von Obligationen, Pfandbriefen und dauernden Beteiligungen getroffene Lösung im OR Eingang finden würde; sie lautet:

„Dauernde Beteiligungen mit oder ohne Kurswert können zu dem Werte in die Bilanz eingesetzt werden, der ihnen im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird, für das Unternehmen zukommt. Dabei dürfen eine vorsichtige Kapitalisation des in Schweizer Franken eingehenden Ertrages sowie die besonderen Geschäftsvorteile, welche mit der Beteiligung verbunden sind, angemessen berücksichtigt werden.“

Viertens wird im Bankengesetz dem Gläubigerschutz noch in besonderem Masse Genüge getan, dass diese Fi-

nanz- und unechten Holdinggesellschaften ihre Jahresrechnungen alljährlich durch eine externe Revisionsstelle revidieren lassen müssen. Diese Revision, die nur von einwandfreien, von der Bankenkommision besonders anerkannten Treuhandgesellschaften und Revisionsverbänden durchgeführt werden kann, ist eine formelle und materielle Prüfung mit Nachbewertung aller Positionen der Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung, wobei im abschliessenden Revisionsbericht mit aller Deutlichkeit die finanzielle und wirtschaftliche Lage des Unternehmens hervorgehen muss. Bei Holdinggesellschaften ist selbstverständlich (und dies gilt auch für die Revisionen nach Art. 723 OR), dass diese materielle Revision auch eine entsprechende Überprüfung der Jahresrechnungen der Tochtergesellschaften bedingt, ansonst die Revisionsstelle der Dachgesellschaft nicht in der Lage ist, sich ein abschliessendes Werturteil über die Vermögens- und Gesamtlage der Holdinggesellschaft zu bilden. Diese erweiterte Prüfung kann lediglich dann unterbleiben, wenn selbständige äquivalente Revisionsberichte der Revisionsstellen bzw. internen Kontrollstellen der einzelnen Tochtergesellschaften vorliegen und sich die Revisionsstelle der Dachgesellschaft in ihrem Revisionsbericht auf diese verlassen kann. Da die Revision in die tiefsten Geheimspähren der Unternehmung eindringt, ist es begreiflich, dass dieser Revisionsbericht nur dem Verwaltungsrat, der Direktion und Kontrollstelle vorgelegt werden kann. Doch sorgen die erschwerten Verantwortlichkeitsbestimmungen dafür, dass allfällige Mängel unverzüglich behoben werden, und zudem erhält die Bankenkommision von Gesetzesverletzungen und sonstigen Misständen durch die Revisionsstelle ohne weiteres Kenntnis, welche dann letzten Endes die erforderlichen administrativen und gerichtlichen Schritte einleiten kann. (Z. B. Anordnung einer Bilanzbereinigung oder Sanierung; Anhebung einer Strafklage usw.).

Fünftens sind in diesem Zusammenhang noch die besonderen Verantwortlichkeits- und Strafbestimm-

mungen zu nennen, wobei die ersteren nun formell und materiell mit den Verantwortlichkeitsvorschriften der Art. 752 ff. OR weitgehendst übereinstimmen. Dasselbe ist übrigens auch der Fall bei der Kapitalherabsetzung, wo die Art. 732 ff. OR Platz greifen und Art. 11 des Bankengesetzes lediglich noch die Gewährleistung einer ausreichenden Liquidität verlangt und ausserdem präzisiert, dass ein allfälliger Buchgewinn nicht nur ausschliesslich zu Abschreibungen wie in Art. 732 Abs. 4 OR vorgeschrieben, verwendet werden darf, sondern auch zu Reservestellungen.

Das Bankengesetz enthält nun aber nicht nur „bittere Pillen“, wie man oft zu sagen pflegt, sondern in Gefahrenmomenten und Krisenzeiten einer Unternehmung auch sehr wertvolle und bisweilen äusserst geschätzte Schutzmittel für die Gesellschaft selbst. Die Zeit erlaubt mir, sie nur dem Namen nach zu nennen. So der vom Bundesrat gewährte Fälligkeitsaufschub und die von der Bankenkommision angeordnete Bankenstundung. Sodann das elastisch gehaltene bundesrätliche Sanierungsverfahren, oft besser bekannt unter dem Namen „Lex Leu“ und „Lex Spar- und Leih“, mit Vorverfahren vor Bankenkommision und anschliessendem Genehmigungsverfahren vor Bundesgericht und schliesslich das den Bankverhältnissen speziell angepasste Nachlassverfahren mit Stundungs-, Prozent- und Liquidationsvergleich. Die Bestimmungen beider Verfahren sind oft schon bei Sanierungen auf anderen Wirtschaftsgebieten, bei notleidenden Gemeinden usw. herangezogen und adoptiert worden und werden auch bei der kommenden Revision des SchKG eine gewichtige Rolle spielen. Selbst im Konkursfalle kann das Bundesgericht Sondervorschriften erlassen.

Als letzte Sondervorschrift, zum Schutze bestimmter wirtschaftlicher Landesinteressen erlassen, und die ihre besondere Bedeutung dadurch dokumentiert, dass ihr auch die Finanz- und unechten Holdinggesellschaften unterstehen, die sich nicht öffentlicher Annahme fremder Gelder

empfehlen, ist diejenige des Art. 8 BkG zu nennen, welche das Auslandsanlagegeschäft regelt. Danach müssen solche Geschäfte von über 10 Millionen Franken oder, wenn die Geldmarktlage oder die wirtschaftlichen Verhältnisse es erheischen, auch kleinere Auslandsanlagegeschäfte der Nationalbank gemeldet werden. Diese ist befugt, mit Rücksicht auf die Landeswährung, die Gestaltung des Zinsfusses auf dem Geld- und Kapitalmarkt oder die wirtschaftlichen Landesinteressen an die Ausführung solcher Geschäfte Bedingungen zu knüpfen oder Einsprache zu erheben, in welchem Falle das in Frage stehende Auslandsanlagegeschäft nicht abgeschlossen werden darf. Hält man sich die einleitend wiedergegebene Entwicklung und Bedeutung dieser Gesellschaften vor Augen, so muss man gestehen, dass diese Vorschriften an der Grenze des Tragbaren stehen. Man darf bei solchen Geschäften nie übersehen, dass sie unserem Handel und unserer Wirtschaft äusserst nutzbringende Beziehungen und Arbeitsmöglichkeiten und nicht zuletzt unseren heutigen Ruf als internationales Finanzzentrum eingebracht haben. Wohl ist zuzugeben, dass eine Auslandsanlage besondere Risiken in sich schliesst, aber die gesammelten Erfahrungen lehren immer wieder, dass die seinerzeit entstandenen Verluste grösstenteils auf höhere Gewalt zurückzuführen sind, die aber in ihrem Ausmass weit hinter dem Nutzen stehen, den diese Auslandsanlagegeschäfte unserer Wirtschaft gebracht haben. Man verfällt hier eben leicht in den Fehler, eingetretene Verluste unter dem Gesichtspunkt der Erkenntnisse zu beurteilen, die man erst durch die Tatsache des Verlustes erlangt hat. Es ist dies eine grundfalsche Einstellung, denn die Verschuldensfrage muss jeweils in erster Linie nach den Verhältnissen bei Eingehung eines Geschäftes geprüft werden und sodann unter dem Gesichtspunkt der korrekten Überwachung bei der Abwicklung.

Diese kurz erörterten Sondervorschriften haben sich in der bisherigen Praxis als vollauf genügend und zweckentsprechend erwiesen, und für eine etwaige Erweiterung

derselben lässt sich kein schutzwürdiger Grund anführen. Das Bundesgericht hat denn auch mit Recht einer damals etwas stark betonten Unterstellungsdynamik in den zitierten Entscheiden in Bd. 62 I 31 ff./35 ff./271 ff. oberste Grenzen gesetzt und durch den grundsätzlichen Entscheid vom 24. Juni 1937 i. S. Saged, Genf, die Gläubigerinteressen weniger berührenden Kapitalverwaltungsgesellschaften (die in der Regel ausschliesslich das Vermögen einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person oder eines geschlossenen Interessenkreises verwalten) und Fixed-Trusts bzw. Investment Trusts i. e. S. (zu welchen beispielsweise der America-Canada Trust Fund, die Société Internationale de Placements u. a. gehören) von der Unterstellung ausgenommen. Aus ähnlichen Erwägungen hat auch der Gesetzgeber selbst alle kommerziellen und industriellen Finanzgesellschaften, d. h. alle echten Holdinggesellschaften, von den erörterten bankgesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich befreit.

Eine solche echte Holdinggesellschaft — womit ich zur zweiten Definition komme — ist jede als juristische Person oder in anderer Rechtsform gegründete Unternehmung, die ihre Gesellschaftsaktiven in Form der Krediterteilung oder Effektenübernahme bei einer bestimmten Gruppe von Unternehmungen anlegt, die der gleichen Industrie- oder Handelsbranche angehören, ferner unter sich und mit der Holdinggesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bilden und zudem untereinander im Kontrollverhältnis stehen.

Dabei wurde namentlich zu Recht betont, dass ein Gläubiger bei einer solchen Holdinggesellschaft das Risiko einer Kapitalanlage meist besser abzuschätzen vermag als bei den erwähnten Finanz- und unechten Holdinggesellschaften und deshalb eines besonderen Schutzes nicht bedürfe. Dies namentlich mit Rücksicht darauf, dass hier die Beteiligungen auf einen bestimmten Wirtschaftszweig beschränkt bleiben und im wesentlichen permanente An-

lagen darstellen, welchen die Muttergesellschaft ihre ständige und nachhaltige Aufmerksamkeit zuwendet. Das Risiko, welches den dauernden Beteiligungen einer industriellen oder kommerziellen Holdinggesellschaft anhaftet, ist seiner Natur nach auch nicht finanzieller sondern rein industrieller oder kommerzieller Art, m. a. W., das Risiko beschränkt sich auf die Erzeugung und den Absatz von Produkten und besteht nicht im Handel mit Wertpapieren. Zudem werden Publikumsgelder nur selten in Anspruch genommen, in der Regel nur in Form von Aktienzeichnungen, während Obligationen oder andere Fremdgelder sich bei den echten Holdinggesellschaften nicht oder nur in untergeordnetem Masse vorfinden.

Es darf auch füglich behauptet werden, dass für eine einwandfreie innere Organisation (mit Anlehnung der Handelsregisterpraxis betreffend Firmabezeichnung und Umschreibung der Geschäftszweige an die erwähnten bankgesetzlichen Vorschriften über die innere Organisation) und einen geordneten Geschäftsgang dieser Holdinggesellschaften die obligationenrechtlichen Vorschriften vollauf genügen, und auch dem Auslandsanlagegeschäft kommt bei diesen Gesellschaften nicht der Charakter und die Bedeutung zu wie bei den erstgenannten Unternehmen, die einer Sonderregelung als im wirtschaftlichen Landesinteresse liegend, rufen würde. Im einzelnen wäre allerdings eine Korrektur in dem besprochenen Sinne wünschenswert, dass einmal unter den speziellen Bewertungsvorschriften, die im zitierten Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1941 getroffene Bewertungslösung für „dauernde Beteiligungen“ allgemein übernommen wird und sodann in Art. 723 OR, nebst der Herabsetzung der kapitalmässigen Beschränkung von 5 000 000 Fr. auf 1 000 000 Fr. und der ausschliesslichen Zulassung von nur der Schweizerischen Kammer für Revisionswesen angeschlossenen Treuhandgesellschaften, Revisionsverbänden und diplomierten Bücherexperten, die bankgesetzlichen Revisionsgrundsätze als analog anwendbar erklärt werden, wodurch auch klar-

gestellt würde, dass die Revision jeweils die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung zu umfassen hat (revisionstechnisch lassen sie sich nicht trennen) und bei Holdinggesellschaften eine Revision der einzelnen Tochterunternehmen in sich schliesst. Begrüssenswert wäre ferner eine Klarstellung von Art. 671 Abs. 4 OR betreffend Verwendung des gesetzlichen Reservefonds. Streng rechtlich halte ich an meiner Auffassung, die übrigens in einem jüngsten Aufsatz im Septemberheft der „Schweiz. Aktiengesellschaft“ bestätigt wurde, fest, dass der gesetzliche Reservefonds auch bei Holdinggesellschaften, die ja besonders krisenempfindlich sind, nur zur Deckung von Verlusten und Vornahme von Abschreibungen verwendet werden sollte. Mit Rücksicht darauf, dass bei diesen kommerziellen und industriellen Holdinggesellschaften die Gläubiger und Gesellschafter oft identisch sind oder einen mehr oder weniger verwandtschaftlichen Kreis bilden und ausserdem die Risiken besser abgeschätzt werden können, darf einer largeren Verwendung dieses Fonds zugestimmt werden in dem Sinne, dass es der Praxis überlassen sein soll, im konkreten Fall zu entscheiden, ob eine Verwendung dieses Fonds zu Dividenden, Tantiemen und ähnlichen Ausschüttungen berechtigt war oder nicht. Eine erweiterte Bilanzpublizität halte ich indessen aus den bereits genannten Gründen nicht für notwendig und zweckmässig, da weitere Aufteilungen und Spezifikationen die schutzwürdige Geheimsphäre der Gesellschaft erheblich tangieren würden.

Zwei Wünsche möchte ich aber namentlich in den Vordergrund stellen, welche grundsätzlicher Natur sind und deren Verwirklichung im besonderen Interesse der Holdinggesellschaften gelegen wäre; nämlich die Einführung der „nennwertlosen Quotenaktie“ sowie eine Erweiterung der Steuerprivilegien. Da bei Holdinggesellschaften Konjunkturen und Krisen sich besonders stark ausprägen, hat die Praxis gezeigt, dass diese Gesellschaften durch den verpflichteten Ausweis ihres Kapitals

in der Bilanz oft in kurzen Intervallen rein gesetzmässig zu Bilanzbereinigungen und Sanierungen gezwungen wären. Die gewünschte Überbrückung dieser oft nur vorübergehenden Situation kann in der Regel wohl durch eine freiwillige Verständigung der Beteiligten erreicht werden, befriedigt aber nicht. Die Einführung nennwertloser Quotenaktien würde nicht nur die begehrte Bilanzentlastung bringen, sondern auch zu einer stabilen und gesunden Entwicklung wesentlich beitragen; dass hiefür übrigens ein direktes Bedürfnis besteht, zeigt auch die ausländische Praxis, vornehmlich in Amerika und Frankreich. Der Genusschein allein kann diese Aufgabe nicht übernehmen, da er nur Forderungsrechte nicht aber Mitgliedschaftsrechte verkörpern kann und ausserdem in letzter Zeit stark in Misskredit geraten ist.

Eine weitergehende steuerrechtliche Privilegierung liegt nicht nur im Interesse der Holdinggesellschaften und in letzter Konsequenz in demjenigen des Fiskus selbst, sondern auch im weiteren Landesinteresse, da hierdurch in vermehrter Masse bedeutende ausländische Holdinggesellschaften in unserem Lande eingebürgert werden könnten. Eine solche weitergehende Privilegierung wäre vom kantonalen wie vom eidgenössischen Gesetzgeber zu erwarten, wobei ich hier nur noch beantragen möchte, die quotenmässige Umschreibung (wie z. B. in der Wehrsteuer und im Wehropfer) fallen zu lassen (wie dies beispielsweise in Art. 13 der Kriegsgewinnsteuer bereits zum Teil der Fall ist) durch Aufnahme der hier gegebenen Definitionen, und dass ausserdem bei Anwendung der steuerrechtlichen Bewertungsregeln im Einzelfalle den tatsächlichen Verhältnissen der letzten Jahre (sagen wir 6 Jahre) jeweils gebührender Rechnung getragen wird. Ein Mehreres haben die Referenten bereits in vortrefflicher Weise ausgeführt.

*Leo Viktor Bühlmann*, Rechtsanwalt, Zürich:

Der Präsident, Prof. Simonius, schloss seine, wie immer ethisch auf hoher Linie gehaltene Eröffnungs-

ansprache mit der Devise: Unsere Arbeit an der Gestaltung des Rechtes sei dem Wohle unserer Heimat gewidmet. Dieser vaterländische Appell an die Juristen der Schweiz hat erhöhte Bedeutung im Zusammenhang mit dem Verhandlungsthema der heutigen Tagung des Schweizerischen Juristenvereins betreffend die Rechtsstellung der Holdings, Konzerne, Trusts und Pools in der Schweiz, die in der Regel internationale Kapitalkonzentrationsgebilde in der nationalen Wirtschaft sind. Die Grundtendenz der Diskussions-Vorredner, die vorwiegend aus Juristen von Holdings und Finanzgesellschaften bestehen, ist deutlich erkennbar und bewegt sich in der Richtung grösserer Freiheiten der internationalen Kapitalkonzentrationsgesellschaften auf dem schweizerischen Wirtschaftsboden und gegen die vom Referenten, Privatdozent Capitaine, vertretenen, offenbar vom schweizerischen nationalen Interesse getragenen Einschränkungen der unkontrollierten Machtbefugnisse der Holdings. Es ist daher geboten, dass sich wenigstens eine grundsätzliche, diese schweizerisch-nationale Tendenz unterstützende Stimme erhebt, und für diese glaube ich, durch die von mir geführten schweren, aber erfolgreichen Kämpfe für die Lebensfreiheit und Lebensentwicklung schweizerisch-einheimischer Industrien (auf den Gebieten der nationalen Zündholz- und Radio-Industrie u. a. m.) gegen verheerende und vernichtende Aktionen des Missbrauches solcher internationalen Kapitalkonzentrationsmächte legitimiert zu sein. Ich beschränke mich auf den tieferen Untergrund des Verhandlungsstoffes, somit auf die „Ausgangspunkte“ und „Schlussfolgerungen“ des Referenten, Privatdozent von Steiger, und verzichte bewusst auf die dazwischen liegenden speziellen Kontroversen über die Rechte der Mehrheit und der Minderheit der an den Holdings mit Kapital Beteiligten. Immerhin ist anzuerkennen, dass der Referent die macht-konzentrische Einheitstheorie von Isay ablehnt, deren Hintergründe, richtiger gesagt Umgehungsgedanken gegenüber dem rechtsethischen Allgemeininteresse bekannt sind.

In den „Ausgangspunkten“ (Seite 198a) streift der Referent selbst das vitale Machtgebiet der Holdinggesellschaften und ähnlicher Kapitalkonzentrationsgebilde im Verhältnis zur Allgemeinheit, somit zum eidgenössischen Staat, Staatsvolk und Volkswirtschaft, um alsogleich zu erklären, dass diese Gebiete nicht in den engeren Rahmen seines Abhandlungstoffes gehören. Damit hätte man sich abfinden können, wenn der Referent nicht in seinen „Schlussfolgerungen“ (Seite 336a) entschieden Stellung gegen jede Sonderschutzgesetzgebung für die Allgemeinheit auf dem Gebiete des Wirtschaftsrechtes genommen hätte. Immerhin wies der Referent objektiv darauf hin, dass legislative Bestrebungen zum stärkeren Schutz der Allgemeinheit gegen den Missbrauch der Macht von Kapitalkonzentrationsgebilden bestehen, die bereits zu bestimmten Formulierungen im Sinne einer unmittelbaren Intervention des Staates und seiner Regierung gegen katastrophale Auswirkungen auf schweizerischem Boden führten. (Motion von Nationalrat Feldmann.) Der Referent zitierte auch aus der Schrift Feldmanns „Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit“ (Seite 10) den Satz, wonach, „die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit nur das Verhältnis des einzelnen wirtschaftenden Bürgers zum Staat, nicht aber die wirtschaftlichen Beziehungen der einzelnen wirtschaftenden Bürger untereinander betrifft“.

Zum heutigen Thema: „Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz“ ist es geboten, dass der in jener vom Schweizerischen Juristenverein selbst preisgekrönten Schrift Feldmanns auch der unmittelbar angefügte Satz in lebendige Erinnerung gebracht wird, weil darin die illegale faktische Nebenregierung solcher in der Regel internationaler anonymer Kapitalkonzentrationsmächte authentisch blossgestellt ist. Derselbe lautet:

„So wurde das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte gleichsam neben der Staatsverfassung her und neben der Staatsverfassung vorbei ausgeschaltet.“

Der Referent, Privatdozent von Steiger, dessen grosse Rechtsarbeit auf diesem Spezialgebiet an sich nicht verkannt werden soll, lehnt in seinen „Schlussfolgerungen“ die Notwendigkeit jedes Spezialgesetzes zum Schutze des Staates und des Volkes gegenüber solchen Gefahren des Machtmissbrauches vorwiegend anonymer Kapitalkonzentrationsgebilde (Seite 337a seines gedruckt vorliegenden Referates) ab, indem er u. a. ausführt, dass Spezialgesetze wegen ihrer bestimmten Tendenz und Starrheit auf dem Gebiete des sich in ständiger Entwicklung befindlichen Wirtschaftsrechtes besonders unerwünscht seien — um dann am Schlusse zu dem hohen Satz überzugehen: „Und wenn es ein Gebiet gibt, wo der Kampf ums Recht in der Natur liegt, so ist es sicher das Wirtschaftsrecht.“

Selbstverständlich dürfen sich „Tendenz und Starrheit“ eines zum Schutze der Allgemeinheit erlassenen Spezialgesetzes auf dem Gebiete des Wirtschaftsrechtes nur gegen die wirkliche „Tendenz und Starrheit“ in der Verletzung des Allgemeininteresses richten. Auf dem Gebiete der Holdings, Trusts, Konzerne und Pools handelt es sich in der Regel nicht um einen „Kampf ums Recht“, sondern um einen Kampf um die Kapitalmachtstellung gegenüber den Kapitalschwächeren, somit um einen Kampf ums Recht der letzteren gegen die ersteren!

Es darf daher bei Gelegenheit des heutigen Verhandlungsthemas mindestens mit gleicher Überzeugung im Interesse der Allgemeinheit, somit des Staates, des Volkes und der einheimischen Industrie der Appell für die vom Referenten selbst als bestehend bezeichneten legislativen Sonderschutzbestrebungen gegen den Machtmissbrauch anonymer internationaler Kapitalkonzentrationsgebilde an die schweizerischen Juristen erneuert werden. Es geht im Grunde darum, den modern entarteten Kapitalismus wieder einer höheren Ordnung in der Privatwirtschaft zuzuführen, durch welche die Verwertung der gesunden einheimischen Produktivkräfte und die dadurch bedingte soziale Sicherheit der an der nationalen Gesamtwirtschaft

Beteiligten gewährleistet wird. Es ist ein staatspolitischer und verfassungsrechtlicher Irrtum, die Grundrechte der Handels- und Gewerbefreiheit als blosse „Wirtschaftsartikel“ zu betrachten und zu behandeln, denn der schweizerische historische Liberalismus hat verdienstvoll und unter schweren Kämpfen die wirtschaftlichen Privilegien des Feudalismus gebrochen, um sie nicht nur für das wirtschaftliche, sondern gleichermassen soziale Gemeinwohl von Staat und Volk freizugeben. Deshalb haben die Schweizer Juristen im Sinne der eingangs erwähnten, vom Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins vertretenen vaterländischen Devise darüber zu wachen und sich dafür einzusetzen, dass diese Freiheiten und Lebensrechte der schweizerischen Allgemeinheit nicht zu Privilegien des Feudalismus internationaler anonymer Kapitalkonzentrationsgebilde werden\*).

Dr. *Leo Fromer*, Advokat, Basel:

Wegen der beschränkten Diskussionszeit kann ich mich nur zu zwei Fragen, die in den beiden ausgezeichneten Referaten behandelt worden sind, äussern, nämlich zu einer handelsrechtlichen und zu einer steuerrechtlichen Frage.

Herr Dr. von Steiger hat die Existenz der Treuepflicht des Aktionärs im schweizerischen Recht abgelehnt, gelangt jedoch unter Zuhilfenahme des Gebotes von Treu und Glauben weitgehend zu ähnlichen Resultaten wie die Befürworter der Treuepflicht des Aktionärs. Die Kontroverse hat deshalb vorwiegend terminologische Bedeutung. In einer Hinsicht ist sie jedoch praktisch bedeutsam, nämlich bei der Frage, ob treuwidriges Verhalten eines Aktionärs zu einem vertraglichen oder einem ausservertraglichen Schadenersatzanspruch führen kann. Weil Dr. von Steiger den Machtmissbrauch seitens eines Mehrheits-

---

\*) Vide N. Z. Z. Nr. 296 / 1938 vom 18. Februar: „Die Kartellbestimmung“.

aktionärs unter gewissen Voraussetzungen als Verletzung von Art. 2 ZGB behandelt, stützt er einen Schadenersatzanspruch auf Art. 41 OR. Diese Konsequenz ist die logische Folge der Ablehnung der Treuepflicht. Sie scheint mir jedoch deswegen nicht angemessen zu sein, weil die AG. auf einem Gesellschaftsvertrag beruht und die Hintansetzung des Gesellschaftszweckes hinter die Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen unter gewissen Voraussetzungen eine Vertragsverletzung darzustellen vermag. Man wird deshalb mit Karl Wieland eine Treuepflicht des Aktionärs bejahen müssen, wobei darunter die Verpflichtung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern zu verstehen ist, bei der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte alles zu unterlassen, was eine Hintansetzung des Gesellschaftszweckes hinter die Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen zum Schaden der Minderheitsaktionäre bedeutet (vgl. ZSR Bd. 58 S. 210 ff.). Die Verletzung dieser Treuepflicht kann einen Schadenersatzanspruch begründen, der sich nicht auf Art. 41 OR, sondern auf Art. 97 OR stützt.

Die steuerrechtliche Frage, die ich kurz behandeln möchte, hängt mit der von Dr. von Steiger vertretenen sogenannten modifizierten Einheitstheorie zusammen. Ich halte diese Auffassung für gefährlich. Der Fiskus wird sich dieser Theorie immer dann bedienen, wenn die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ die Behandlung von Holdinggesellschaft und Tochtergesellschaft als Einheit rechtfertigt. Der Jurist darf aber diese wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht gelten lassen. Es hat sich nämlich in der Praxis immer wieder erwiesen, dass der Fiskus diesen auf der Reichsabgabeordnung beruhenden Grundsatz immer nur dann anwendet, wenn er zu seinen Gunsten spricht, den Steuerpflichtigen aber beim juristischen Tatbestand behaftet in jenen Fällen, bei denen eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ zugunsten des Steuerpflichtigen sprechen würde. Man wird also gut tun, dem Fiskus nicht Vorschub zu leisten durch Aufstellung einer modifizierten

Einheitstheorie, sondern bei offensichtlichen Steuerumgehungen — übrigens ein Tatbestand, der juristisch in keiner Weise geklärt ist — das richtige Recht durch Anwendung des auch im Verwaltungsrecht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben zu suchen.

Dr. *Hans Herold*, Fürsprecher und Privatdozent, Zürich:

Es darf vielleicht im Anschluss an die beiden Referate noch eine Frage kurz gestreift werden, die heute für viele Holdinggesellschaften eine beträchtliche rechtliche, aber noch eine viel grössere wirtschaftliche Bedeutung hat, diejenige der Nationalität. Wir dürfen wohl davon ausgehen, dass auch die juristische Person und damit auch die Aktiengesellschaft heute ein Personalstatut, eine Staatsangehörigkeit hat (vgl. Siegwart: Kommentar OR Einleitung Nr. 360 f., Stauffer: Kommentar Übergangsbestimmungen S. 101 f.). Der Satz, dass die nach Massgabe der schweizerischen Rechtsordnung gegründete und ihre Verwaltung von der Schweiz aus führende AG. als schweizerische zu gelten hat, dürfte schon kaum für die gewöhnliche AG., keineswegs aber für die Holdinggesellschaft in dieser absoluten Form zutreffend sein. Hier beschränkt sich der Betrieb und damit die Verwaltungstätigkeit auf einen oft sehr bescheidenen Briefverkehr; Millionenwerte werden in wenigen Arbeitsstunden betraut. Es lässt sich nicht aus dem Vorhandensein von industriellen Anlagen, Warenlagern oder aus einem ständigen Personalbestand beweisen, dass gerade zur Schweiz besondere sachliche Anknüpfungspunkte bestehen, welche die Gesellschaft als Glied der schweizerischen Volkswirtschaft erscheinen lassen und nicht nur als Gast oder Flüchtling, der bei ihr Obdach sucht.

Hatte die Schweiz während des letzten Krieges und in den anschliessenden Jahren schon aus dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Überfremdung heraus nach der Nationalität der juristischen Personen ganz allgemein,

besonders aber der Holdinggesellschaft zu fragen, so ist heute vor allem die zwischenstaatliche Regelung des Zahlungsverkehrs der Anlass, namentlich bei den Holdinggesellschaften zu untersuchen, ob sie in dem Sinne als schweizerische betrachtet werden können, dass ihnen die Möglichkeit, Clearingzahlungen nach der Schweiz zu transferieren, zuerkannt wird.

Folgende Fälle sind schon praktisch geworden:

a) Ein im Ausland wohnender und beruflich tätiger Schweizer hat alle Aktien einer Beteiligungsgesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungen sich aus den Aktien derjenigen ausländischen Gesellschaften zusammensetzen, die der Auslandschweizer vor Gründung der Beteiligungsgesellschaft besass. Hier kann die Transferberechtigung nicht ohne Rücksicht auf diejenigen Bestimmungen beurteilt werden, die für die Überweisungen von Ersparnissen der Auslandschweizer mit Wohnsitz im betreffenden Lande nach der Schweiz massgebend sind. Kann man eine solche Beteiligungsgesellschaft noch als schweizerisch bezeichnen, indem man neben dem juristischen Sitz auch noch auf die Heimatzugehörigkeit und das wirtschaftliche Interesse des Auslandschweizers abstellt, so bleibt nur noch der nackte juristische Sitz als Anknüpfungspunkt, wenn die Aktionäre nicht die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen.

b) In Fällen, wo der Zweck einer äusserlich schweizerischen Holdinggesellschaft im wesentlichen darin besteht, im zwischenstaatlichen Zahlungsverkehr Erleichterungen zu erhalten, die der Heimatstaat des Aktionärs nicht bieten kann, muss der Holdinggesellschaft der schweizerische Charakter ebenfalls abgesprochen werden. Eine Zulassung über Clearing wird in der Praxis gewährt für Auslagen, die in der Schweiz erwachsen: Miete, Steuern, Anwaltskosten, Gehälter.

c) An in der Schweiz domizilierten Dachgesellschaften internationaler Konzerne pflegt nur ein beschränktes

schweizerisches Interesse zu bestehen. Würdigt man es nach der Heimat und der wirtschaftlichen Verpflichtung der Aktionäre, ist es in der Regel sehr gering; grösser ist es, wenn man das fiskalische Interesse von Bund, Kanton und Gemeinde mitberücksichtigt, das mit den sich mehrenden Steuern und den steigenden Ansätzen immer mehr ins Gewicht fällt. Wenn die Hälfte der Bruttoeinkünfte oder noch mehr weggesteuert wird, sind in der Tat die vereinigten Fisci oft Hauptinteressenten an Holdinggesellschaften, deren schweizerischer Charakter nach den übrigen Kriterien zweifelhaft ist. Die schweizerische Clearingkommission, die erste Rekursinstanz gegen Verfügungen der Schweiz. Verrechnungsstelle ist, neigt dazu, bei der Feststellung des schweizerischen Interesses in Transferangelegenheiten von Finanz- und Holdinggesellschaften und Stiftungen nach dem Anteil des schweizerischen Interesses abzustufen. In einem Beschwerdeentscheid hat jedoch das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement sich als zweite Rekursinstanz dahin ausgesprochen, dass bei Finanz- und Holdinggesellschaften die Transferberechtigung immer dann gegeben sei, wenn diese kapitalmässige Beteiligung als mehrheitlich schweizerische betrachtet werden könne. In diesem Falle sei der Transfer vollumfänglich zuzulassen, wogegen bei Überweisungen der ausländischen Kapitalinteressen an einer Finanz- und Holdinggesellschaft diese mangels eines hinreichenden schweizerischen Interesses nicht zum Transfer zugelassen werden könne. Eine anteilmässige Berücksichtigung der allenfalls bestehenden schweizerischen Minderheitsinteressen sei praktisch nicht möglich. Im Rekursfall einer Stiftung, wo die Möglichkeit einer solchen Auseinanderhaltung erwiesen war, liess jedoch auch das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement einen teilweisen Transfer zu.

Auf die Aktienmehrheit als massgebliches Kriterium wird auch in zwischenstaatlichen Transfervereinbarungen abgestellt, welche die Ausschaltung derjenigen Gläubiger vom Verrechnungsverkehr bezwecken, die als Feinde des

Landes gelten, in dem der Schuldner der betreffenden Leistung seinen Wohnsitz hat. Diese Voraussetzungen müssen an einem bestimmten zurückliegenden Stichtag erfüllt gewesen sein, und seitherige Rechtsgeschäfte können die Transferberechtigung sowenig schaffen wie bei Wertpapieren ganz allgemein.

Die gegenwärtige Kriegszeit legt an internationale Holdinggesellschaften einen strengen Masstab an. Die Tatsache, dass die eine oder andere in der Schweiz ihren Sitz hat und von hier aus ihre Verwaltung führt, gibt ihr z. B. nach der Praxis der Bundesbehörden noch nicht ohne weiteres einen Anspruch auf diplomatischen Schutz gegenüber dem Ausland. Bevor ein solcher gewährt wird, erfolgt eine genaue Untersuchung, inwieweit wirklich ein schweizerisches Interesse an ihr besteht, wobei ähnliche Überlegungen wie bei der Transferberechtigung angestellt werden.

Wenn auch gehofft werden kann, dass die eine oder andere Fessel, welche die Tätigkeit internationaler Holdinggesellschaften heute beengt, später wieder abfällt, so muss man sich bei ihrer wirtschaftlichen und auch bei der rechtlichen Beurteilung bewusst sein, dass die Holdinggesellschaft, mindestens die internationale, nur unter einem freien Zahlungsverkehr lebensfähig ist (vgl. Rosset: „Le crépuscule des holdings.“ Hommage offert par l'université de Neuchâtel à l'assemblée annuelle de la Société suisse d'économie politique et de statistique, Neuchâtel 1943) und dass sie für unser Land destomehr an Bedeutung einbüsst, je mehr der Zahlungsverkehr mit dem Ausland durch Transferbeschränkungen aller Art eingeschränkt wird.

Der *Präsident* erteilt den Referenten das Schlusswort.

*Dr. Georges Capitaine :*

Je n'ai que peu de mots à ajouter pour clore cette discussion. Il me suffit de constater que tout le monde est d'accord pour dire qu'il n'est pas nécessaire de créer une législation spéciale dans les holdings.

En ce qui concerne le danger des renseignements nécessaires figurant au bilan, que l'on me permette simplement de renvoyer à la page 99 de mon rapport.

Enfin, si un contrôle des détails du bilan paraît désirable, une révision de la loi n'est pas indispensable pour le moment. Il est bon cependant que le législateur examine cette question.

*Dr. Werner Ed. von Steiger :*

Nur zwei Bemerkungen zu den Ausführungen des Herrn Kollega Bühlmann:

Es wäre zweifellos sehr nützlich, sich einmal mit der politischen, insbesondere mit der wirtschaftspolitischen und sozialen Rolle unserer HG zu befassen. Aber dieses Problem stand nicht zur Diskussion und konnte übrigens, mit Rücksicht auf den begrenzten Umfang des Referates, nicht einmal summarisch behandelt werden.

Sodann glaube ich nicht gesagt zu haben, dass ich dem geltenden Recht viel zumute, sondern dass ich ihm viel vertraue — und dieses Vertrauen habe ich immer noch.

Der *Präsident* dankt den Referenten für ihre grosse und wertvolle Arbeit und den Diskussionsrednern. Er hebt hervor, dass die Referenten und die Votanten es verstanden haben, den Gegenstand in den Rahmen der allgemeinen Rechtsprobleme zu stellen und gerade dadurch die wissenschaftliche Erkenntnis wesentlich zu fördern. Auch begrüsst er die von den Referenten und der überwiegenden Mehrheit der andern Redner geäusserte Ansicht, dass die Entwicklung des Rechts der Holdinggesellschaften der Rechtsprechung und der Doktrin zu überlassen sei.

## V.

Der *Präsident* erteilt hierauf das Wort Herrn Dr. *Walter Nägeli*, Bundesrichter, für seine Mitteilung über das Thema:

„*Neuerungen in der Bundesrechtspflege*“.

I. Die bei den eidgenössischen Räten liegende und zum grossen Teil schon durchberatene Vorlage eines neuen Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege<sup>1)</sup> enthält keine umstürzenden Neuerungen. Weder wird die Gerichtsbarkeit des Bundesgerichts auf neue Gebiete ausgedehnt noch seine Überprüfungsbefugnisse auf den Gebieten erweitert, die schon bisher in seine Gerichtsbarkeit fielen.

Etwas weiter umschrieben wird nur der Kreis der Entscheide, die mit der Berufung in Zivilsachen und mit der Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden können.

Die Berufung wird nicht mehr nur gegen End-(Haupt-)urteile zugelassen, sondern auch gegen gewisse Vor- und Zwischenentscheide, nämlich einmal gegen solche über die sachliche oder örtliche Zuständigkeit, wenn diese durch Bundesrecht bestimmt ist (Art. 49), sodann aber auch gegen Vor- oder Zwischenentscheide in der Sache selbst (Art. 50), wenn dadurch sofort ein Endentscheid herbeigeführt und ein so bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein Beweisverfahren erspart werden kann, dass sich die abgesonderte Anrufung des Bundesgerichts rechtfertigt (Beispiele: Der kantonale Richter hat durch Vorurteil die Einrede der Verjährung abgewiesen, und es müsste nun das Verfahren über den grundsätzlichen Bestand und die Höhe der Forderung weitergehen. Oder er hat durch ein solches Zwischenurteil in einem Schadenersatzprozesse den Grund des Anspruchs (unerlaubte Handlung, Vertrags-

<sup>1)</sup> Botschaft des Bundesrats mit Gesetzesentwurf Bbl 1943 I 97 ff., 167 ff., Sten. B. 1943 Ständerat 91—140, 193—213, Nationalrat 75—108, 184—187.

verletzung) bejaht, die Feststellung der Höhe des Schadenersatzes dagegen einem späteren, dem Endurteil vorbehalten, dem zunächst noch die Beweisführung hierüber voranzugehen hätte). Bisher musste auch in solchen Fällen das Endurteil abgewartet werden, bevor das Bundesgericht als Berufungsinstanz angerufen werden konnte, auf die Gefahr hin, dass das ganze weitere Verfahren, das dem Zwischenentscheid gefolgt war, sich nachträglich als nutzlos erwies, wenn das Bundesgericht die Rechtsfrage, die Gegenstand des Zwischenentscheides gebildet hatte, anders entschied als der kantonale Richter.

Bei der Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen wird der provisorisch durch den Bundesbeschluss vom 11. Dezember 1941 (AS. 57 S. 1436) eingeführte Ausschluss der Weiterziehung in gewissen Bagatelldelicten beseitigt (nämlich bei Verurteilung zu Busse von nicht mehr als 100 Fr. wegen Beschimpfung und einfacher Körperverletzung oder zu Busse von nicht mehr als 50 Fr. wegen einer Übertretung). Das Rechtsmittel kann, wenn auch der Nationalrat dem Antrag des Bundesrats folgt, in allen von kantonalen Behörden beurteilten Bundesstrafsachen, mit Einschluss des Übertretungsstrafrechts, ergriffen werden, ohne Rücksicht auf die Art der strafbaren Handlung und die Höhe der ausgesprochenen oder in Betracht kommenden Strafe (Art. 168, neue Fassung von BStrP. Art. 268). Wie bisher kann jedoch damit nur die Verletzung eidgenössischer Rechtssätze gerügt, nicht auch die Tatbestandsfeststellung und Beweiswürdigung angefochten werden (ebenda, neue Fassung von BStrP. Art. 269, 273).

Etwas ausgedehnt werden endlich die Befugnisse des Bundesgerichts noch insoweit, als es im Berufungsverfahren in Zivilsachen einen Augenschein vornehmen oder einen Sachverständigen soll zuziehen können, wenn dies zum genauen Verständnis des Tatbestandes nötig ist. Nach der Vorlage des Bundesrats (Art. 67) und dem Beschluss des Ständerats (Sten. Bull. 1943 S. 119) sollte dies nur für Streitigkeiten über Erfindungspatente gelten; im Ge-

gensatz zum Bundesrat wollte der Ständerat zudem nur die Befragung des Sachverständigen der Vorinstanz, nicht auch eines neuen Sachverständigen zulassen. Der Nationalrat dagegen hat nicht nur in diesem Punkte die Vorlage des Bundesrats wieder hergestellt, sondern überdies die Bestimmung allgemein für alle Berufungsfälle aufgestellt, nicht bloss Patentstreitigkeiten (hingewiesen wurde in der Beratung namentlich auf Haftpflichtstreitigkeiten, Sten. Bull. 1943 S. 95—99). Über den praktischen Wert der Vorschrift wird man jedenfalls dann geteilter Meinung sein können, wenn man sich an den Wortlaut des Gesetzes hält, wonach sie dem Bundesgericht nur ermöglichen soll, den Tatbestand genau zu erfassen (verstehen), nicht etwa von den positiven tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen kantonalen Urteils in einem weiteren Umfang abzuweichen, als es sonst im Berufungsverfahren zulässig ist, nämlich bei Aktenwidrigkeit, auch dann nicht, wenn der Augenschein oder die Befragung des Sachverständigen bei freier Berufung die Feststellungen als anfechtbar erscheinen lassen sollten (s. das Votum des Kommissionspräsidenten im Nationalrat a. a. O. S. 96).

Im übrigen, abgesehen von den eben hervorgehobenen Punkten, bleibt es, was die Zuständigkeiten und den Umfang der Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts betrifft, beim Alten. Nach wie vor wird insbesondere gegen gewisse wichtige Entscheidungen aus dem SchKG (Rechtsöffnungen, Konkurserkennnisse, Bestätigung oder Nichtgenehmigung eines Nachlassvertrages) kein ordentliches eidgenössisches Rechtsmittel gegeben sein, das die einheitliche Anwendung des Bundesrechts gewährleisten würde. Nach wie vor bleibt die Streitwertgrenze von 4000 Fr. für die Berufung in vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten bestehen. Die Aufgabe, die Art. 114 BV dem Bundesgericht zuweist, für die einheitliche Anwendung der auf Grund von Art. 64 BV erlassenen Bundesgesetze zu sorgen, wird deshalb auch weiterhin auf diesem Gebiete nur sehr unvollkommen verwirklicht. In wichtigen Ge-

bieten des Vermögensrechts, namentlich des Vertragsrechts (wie Dienstvertrag, Miete), entzieht sich die Rechtsanwendung beinahe ganz der Kontrolle des Bundesgerichts, weil hier jener Streitwert nur selten erreicht wird. Bei den praktischen Schwierigkeiten, die sich einer anderen Regelung entgegenstellen, soll damit keine Kritik ausgesprochen, sondern nur eine tatsächliche Feststellung getroffen sein.

II. Auch bei dem engeren Rahmen, der der Revision des Gesetzes gezogen worden ist, war sie notwendig. Seit dem Erlass des OG von 1893 hat sich nicht nur die Zahl der Geschäfte auf den alten Tätigkeitsgebieten des Bundesgerichts stark vermehrt. Dem Gerichte sind auch bedeutende neue Aufgaben zugewiesen worden. Ich erinnere an die Ausdehnung der Zivilrechtspflege durch das Inkrafttreten des ZGB, die Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit, das Inkrafttreten des StGB mit der entsprechenden Vermehrung der Nichtigkeitsbeschwerden in Strafsachen. Die Anpassung an diese veränderten Verhältnisse durch blosse Teilrevisionen oder Sondergesetze statt einer Gesamtrevision hat zu mannigfaltigen Übelständen geführt, nicht nur zu gesetzestechnischen, sondern auch sachlichen Mängeln.

Die Materie war unübersichtlich geworden. Einzelne Zweige der Tätigkeit des Bundesgerichts waren überhaupt nicht mehr im OG geordnet, sondern ausschliesslich in besonderen Erlassen, so die Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit im Gesetze über die Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege von 1928 (VDG), das Verfahren bei betreibungsrechtlichen Rekursen gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden über Schuldbetreibung und Konkurs in einer Verordnung des Bundesgerichts von 1910. Die Abgrenzung der verschiedenen Rechtsmittel unter sich war im Gesetze nur lückenhaft und nicht mit der erforderlichen Klarheit getroffen, so vor allem für die beiden Rechtsmittel der Zivilrechtspflege, Berufung und zivilrechtliche Beschwerde, aber auch für das Verhältnis

beider zur staatsrechtlichen Beschwerde, was die Abgrenzung zwischen Berufung und zivilrechtlicher Beschwerde betrifft, zudem sachlich in wenig glücklicher Weise. Wichtige Regeln, welche die Rechtsprechung über die Voraussetzungen einzelner Rechtsmittel, insbesondere der staatsrechtlichen Beschwerde herausgearbeitet hatte, waren dem Gesetze selbst nicht zu entnehmen, so der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde und Gerichtsstandsbeschwerde nach Art. 189 III OG gegenüber besonderen eidgenössischen Rechtsmitteln, die Regeln über die Erschöpfung der kantonalen Instanzen.

Die Formalien der Einlegung des Rechtsmittels waren zum Teil ohne Not verschieden geordnet; direkte Einlegung beim Bundesgericht für die zivilrechtliche Beschwerde, dagegen beim „*judex a quo*“ für die Berufung.

Endlich nahm das Gesetz keine Rücksicht auf die sich häufende Zahl missbräuchlicher Weiterziehungen, gab keine Möglichkeit, sie in einem entsprechenden einfachen Verfahren zu erledigen, und entzog so einen erheblichen Teil der Arbeitskraft der Richter der Behandlung der Fälle, die eine eingehende Prüfung rechtfertigten.

Damit waren die Ziele der Gesetzesrevision vorgezeichnet. Die Änderungen, die das neue Gesetz bringt, bewegen sich im wesentlichen nach den angegebenen Richtungen.

III. Die Vorschriften der bundesgerichtlichen Verordnung über die Beschwerdeführung in Schuldbetreibungs- und Konkursachen und des VDG werden in das OG hineingearbeitet. Ausserhalb desselben bleibt freilich die Strafrechtspflege. Hier zählt das OG im I. Abschnitt Organisation des Bundesgerichts (Art. 12) nur die Organe auf, die das Bundesgericht aus seiner Mitte zur Ausübung der Strafrechtspflege zu bestellen hat (Anklagekammer, Kriminalkammer, Bundesstrafgericht, Kassationshof). Das Weitere ist, wie bisher, dem besonderen Gesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (BStrP) zu entnehmen; auch es wird freilich durch die Übergangsbe-

stimmungen des neuen OG (Art. 168) gleichzeitig teilweise abgeändert, namentlich im Titel „Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof“, soweit es die allgemeinen Ziele der Revision mit sich brachten. Ein anderes Vorgehen wäre hier kaum möglich gewesen, weil das Gesetz vom 15. Juni 1934 nicht nur Bestimmungen über die Tätigkeit eidgenössischer Behörden und Amtsstellen in der Strafrechtspflege enthält, sondern auch zahlreiche Vorschriften über das Verfahren bei der unterinstanzlichen Beurteilung von Bundesstrafsachen durch die kantonalen Gerichte.

IV. Der besseren Systematik, Klarheit und Vollständigkeit des Gesetzes dient es,

1. dass gewisse Anstände, die bisher im Abschnitt Zivilrechtspflege durch das Bundesgericht als einzige Instanz aufgeführt waren, in die Staats- oder Verwaltungsrechtspflege verwiesen werden; so Klagen des Bundesrats auf Einbürgerung von Heimatlosen gemäss dem Heimatlosengesetz von 1850, Bürgerrechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinden verschiedener Kantone, die Fälle des bisherigen Art. 50 Ziff. 1—4, 14 und 15 (neues Gesetz Art. 83, lit. c, Art. 111). Das wird es zugleich gestatten, bei solchen Anständen künftig, wie es ihrem Wesen entspricht, den Tatbestand von Amtes wegen zu erheben (Art. 95, 107, 115), gegenüber der strengen Verhandlungs- und Eventualmaxime des BZP.

2. Im Abschnitt Staatsrechtspflege, bisher Art. 175 bis 196, nun Art. 83—96 des Gesetzes werden auseinandergehalten:

a) die Fälle, wo die Anrufung des Bundesgerichts das Wesen einer (unbefristeten) Klage an dieses Gericht als einzig zu einer verbindlichen Entscheidung befugte Instanz hat (Art. 83; Kompetenzkonflikte zwischen Bundes- und kantonalen Behörden, staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen, einige weitere Arten von Anständen), und

b) die anderen Fälle, wo es sich um ein befristetes Rechtsmittel gegen einen behördlichen Akt handelt, der

sonst endgültig wird (Art. 84, 85; die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, von Konkordaten, Staatsverträgen, eidgenössischen Gerichtsstandsnormen sowie in Fragen der politischen Stimmberechtigung kantonaler Wahlen und Abstimmungen). Für die Verfassungs-, Konkordats-, Staatsvertrags-, Gerichtsstandsbeschwerde wird der Grundsatz der Subsidiarität nunmehr im Gesetz selbst ausgesprochen, d. h. dass die staatsrechtliche Beschwerde nur zulässig ist, wenn die behauptete Rechtsverletzung nicht sonstwie durch Klage oder ein Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer anderen Bundesbehörde gerügt werden kann (Art. 84 II). Ebenso werden in das Gesetz selbst aufgenommen die Regeln über die Erschöpfung der kantonalen Instanzen (Art. 86).

3. In denselben Zusammenhang gehört die neue Umschreibung des Begriffes der Aktenwidrigkeit bei der Berufung (Art. 55 lit. d, Art. 63). Statt „(tatsächliche) Feststellung, die mit dem Inhalt der Akten in Widerspruch steht“, soll es künftig heissen: „offensichtlich auf Versehen beruhende Feststellung“. Man hofft damit den immer wiederkehrenden Rügen wegen angeblicher Aktenwidrigkeit zu begegnen, die in Wahrheit einfach auf eine Bemängelung der kantonalen Beweiswürdigung hinauslaufen.

V. 1. Neu geordnet wird sodann — und hierin liegt eine der nötigsten Reformen — das Verhältnis zwischen den beiden Rechtsmitteln der Zivilrechtspflege, Berufung und zivilrechtlicher Beschwerde.

Die Berufung war bisher (Art. 56, 59, 61, 62 des geltenden Gesetzes) zugelassen: 1. in allen nicht vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten<sup>1)</sup> (oder, wie das alte Gesetz sich ausdrückte, in solchen, wo der Streitgegenstand seiner Natur nach keiner vermögensrechtlichen Schätzung unterliegt); 2. auf dem Gebiete des Vermögensrechts, a) ohne Rücksicht auf den Streitwert bei Streitig-

---

<sup>1)</sup> Ueber den Begriff der Zivilrechtsstreitigkeit im Gegensatz zur Zivilsache vgl. BGE 42 II 291 E. 3, 41 II 761 ff.

keiten aus dem Firmen-, Marken-, Muster- und Modellrecht, Patent- und Urheberrecht, b) im übrigen dagegen nur bei einem Streitwerte von noch mindestens 4000 Fr. (vor der letzten kantonalen Instanz). Das Bundesgericht hatte dabei frei zu prüfen, ob das angefochtene Urteil Rechtsätze des Bundesrechts verletze, aber auch nicht mehr (abgesehen von der Berichtigung geradezu aktenwidriger Feststellungen, Art. 57, 81).

Die zivilrechtliche Beschwerde (Art. 86—94 des alten Gesetzes) war eine disparate Einrichtung. Sie umfasste einerseits gewisse Anstände, in denen das Bundesgericht, wie bei der Berufung, allgemein zur richtigen Anwendung des Bundesrechts angegangen werden konnte; nämlich die Fälle, für die das Zivilgesetzbuch im Interesse des Schutzes der Persönlichkeit die Weiterziehung an das Bundesgericht besonders vorbehalten hatte, obwohl es sich nicht um Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit (Zivilrechtsstreitigkeiten) handelt: Verweigerung der Einwilligung des Vormunds zur Eheschliessung, Entziehung und Wiederherstellung der elterlichen Gewalt, Entmündigung und Stellung unter Beistandschaft sowie Aufhebung dieser Verfügungen; ausserdem die Kraftloserklärung von Pfandtiteln und Wertpapieren (Art. 86).

Andererseits war sie ein ausserordentliches Rechtsmittel zur Wahrung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts und des eidgenössischen Gerichtsstandsrechts gegenüber nicht berufungsfähigen Entscheiden in einer Zivilsache, indem solche nach Art. 87 durch zivilrechtliche Beschwerde mit der Behauptung angefochten werden konnten, die kantonale Instanz habe zu Unrecht kantonales oder ausländisches Recht statt des massgebenden eidgenössischen Rechts angewendet oder sie habe bundesrechtliche Normen über die sachliche oder örtliche Zuständigkeit der Behörden verletzt. Dabei kam es nicht darauf an, ob die Sache an sich im Endstadium berufungsfähig gewesen wäre, sondern nur, dass dies für den angefochtenen Entscheid nicht zutraf, weil er kein

Endentscheid war. In derselben Sache konnten so unter Umständen beide Rechtsmittel ergriffen werden, zunächst die zivilrechtliche Beschwerde gegen einen Zwischenentscheid und sodann die Berufung gegen das Endurteil.

Die neue Vorlage verweist demgegenüber alle Anstände, in denen das Bundesgericht allgemein zur richtigen Anwendung des Bundesrechts angerufen werden kann, in die Berufung, also neben den oben aufgeführten bisherigen Berufungsfällen auch die zivilrechtlichen Beschwerdefälle des bisherigen Art. 86, die zwar keine Zivilrechtsstreitigkeiten, wohl aber Zivilsachen sind (Art. 44—46 des neuen Gesetzes). Aber auch die Missachtung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts und eidgenössischer Zuständigkeitsnormen kann künftig in Sachen, die an sich der Natur und dem Streitwerte nach berufungsfähig sind, nur noch durch Berufung geltend gemacht werden. Deshalb wird denn auch diese schon gegen gewisse Zwischenentscheide zugelassen, gegen solche über die Zuständigkeit allgemein, gegen andere wenigstens unter den einleitend schon besprochenen besonderen Voraussetzungen (Art. 49, 50).

Für die zivilrechtliche Beschwerde, künftig Nichtigkeitsbeschwerde genannt, bleibt nur die Geltendmachung der beiden erwähnten besonderen Beschwerdegründe in Zivilsachen, die in keinem Stadium, auch nicht anschliessend an das Endurteil, berufungsfähig sind (Art. 68). Durch Hervorhebung des Grundsatzes der Subsidiarität der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 84 II) wird gleichzeitig klargestellt, dass hier auch in nicht berufungsfähigen Zivilsachen nur das besondere Rechtsmittel der Zivilrechtspflege (die Nichtigkeitsbeschwerde) zulässig ist, keine staatsrechtliche Beschwerde, gestützt auf Art. 2 Überg.-best. zur BV oder Art. 84 I lit. d des neuen Gesetzes. Damit dürfte eine saubere Lösung getroffen worden sein, in der sich auch die Parteivertreter bei einiger Überlegung sollten zurechtfinden können. Um Missgriffe zwischen Berufung und zivilrechtlicher Beschwerde, die dennoch vorkommen sollten, nach Möglichkeit unschädlich zu

machen, ist ausserdem für beide die gleiche Form der Einlegung vorgesehen, nämlich bei der Behörde, die den angefochtenen Entscheid gefällt hat (Art. 54, 69). Da überdies beide, auch die Berufung, in allen Fällen schriftlich begründet werden müssen (Art. 55, 71), wird es möglich sein, eine formell gültig erhobene Berufung auch als Nichtigkeitsbeschwerde zu behandeln und umgekehrt, wenn das andere Rechtsmittel das zutreffende ist. Der Ständerat ist den Parteien in dieser Beziehung noch weiter entgegengekommen durch den Beschluss, dass bei rechtzeitiger Einreichung einer Eingabe beim Bundesgericht eine Frist auch dann als eingehalten gelten soll, wenn die Eingabe bei einer kantonalen Behörde einzureichen gewesen wäre (Sten. Bull. 1943, S. 106—108 zu Art. 32 des neuen Gesetzes).

2. Demselben Bestreben reinlicher Scheidung der Rechtsmittel entspricht es, dass künftig Adhäsionsurteile des Strafrichters über den Zivilpunkt in Bundesstrafsachen nur noch mit der strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof weitergezogen werden können, auch wenn bei gesonderter Beurteilung des Zivilpunktes durch den Zivilrichter die Voraussetzungen der Berufung gegeben gewesen wären (Art. 168, neue Fassung von Art. 271 BStrP). Die bisher (nach dem Bundesbeschluss vom 11. Dezember 1941, Art. 9) bestehende Wahl zwischen den beiden Rechtsmitteln im Zivilpunkt wird also aufgehoben. Was im übrigen die Anfechtung solcher Adhäsionsurteile betrifft, muss ich bei der beschränkten Zeit auf die Gesetzesvorlage selbst verweisen.

VI. Die Reform wäre unvollständig, wenn nicht auch den immer zahlreicheren, offenbar missbräuchlichen Weiterziehungen entgegengetreten würde, die nur der Zahlungsflucht oder Rechthaberei entspringen. Bekanntlich bestehen hier insbesondere auf dem Gebiete der staatsrechtlichen Beschwerde aus Art. 4 BV geradezu unleidliche Zustände.

1. Als eine geeignete Abhilfe bot sich vor allem die Sicherstellungspflicht.

Wer künftig in der Zivilrechtspflege das Bundesgericht durch Klage oder ein Rechtsmittel anruft, hat die mutmasslichen Kosten des Bundesgerichts, einschliesslich der Gerichtsgebühr, in bar sicherzustellen, wenn ihm das nicht aus besonderen Gründen ausnahmsweise erlassen wird. In der Staats- und Verwaltungsrechtspflege kann der Präsident die Partei, die das Bundesgericht anruft, zu dieser Sicherstellung anhalten, wenn der Gegenstand (also namentlich der vermögensrechtliche Charakter) des Streites oder die Art der Prozessführung es rechtfertigt (Art. 150 in der Fassung des Ständerates und Nationalrates; Sten. Bull. 1943 Ständerat S. 136, Nationalrat S. 104—107, 187). Namentlich den trölerischen Rechtsverweigerungsbeschwerden dürfte damit ein wirksamer Riegel gestossen sein. Ein erheblicher Teil davon wäre nicht erhoben worden, wenn als Voraussetzung des Eintretens auch nur eine bescheidene Einschreibgebühr hätte entrichtet werden müssen. Dafür, dass auch der Bedürftige zu seinem Rechte kommt, sorgt die Vorlage, indem sie die Gewährung des Armenrechts für alle Zweige der bundesgerichtlichen Rechtspflege vorsieht, wenn das Begehren nicht aussichtslos ist (Art. 152).

2. Den noch verbleibenden trölerischen Weiterziehungen soll die Behandlung zuteil werden, die sie verdienen und die Zeit und Arbeitskraft der Richter für Wichtigeres spart. Das Gesetz bedient sich dazu des sogenannten Vorprüfungsverfahrens.

Nicht nur prozessual unzulässige Berufungen, also solche, denen gegenüber ein Nichteintretensgrund besteht, sondern auch materiell offensichtlich unbegründete können bei Einstimmigkeit ohne öffentliche Beratung, ohne Einholung einer Antwort und ohne mündliche Parteiverhandlung, wo eine solche sonst stattfinden müsste, erledigt werden (in geschlossener Sitzung oder noch einfacher auf dem Zirkulationswege; Art. 60). Dasselbe gilt für die zivilrechtliche Beschwerde (künftig Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen), staatsrechtliche Beschwerden, verwaltungs-

rechtliche Beschwerden und Klagen, Nichtigkeitsbeschwerden in Strafsachen (Art. 72, 92, 107, Art. 168, neuer Art. 275bis BStrP). Dabei genügt für die drei letzten Kategorien sogar schon die Einstimmigkeit eines Dreierausschusses der Abteilung oder Kammer für diese Art der Erledigung, während in der Zivilrechtspflege die Einstimmigkeit der ganzen Spruchabteilung nötig ist.

3. Im Interesse besserer Ausnützung der Arbeitskräfte wollte der Bundesrat ausserdem, anschliessend an die provisorische Ordnung des BB vom 11. Dezember 1941, die Zahl der Richter, die bei der Beratung der einzelnen Geschäfte in den Zivilabteilungen und (abgesehen vom Vorprüfungsverfahren) in der staatsrechtlichen Abteilung mitzuwirken haben, von 7 auf 5 herabsetzen, während bis zu dem genannten BB in den Zivilabteilungen allgemein und in der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung ausser bei gewissen Geschäften die Mitwirkung von 7 Richtern erforderlich gewesen war; in besonders wichtigen Sachen sollte immerhin ausnahmsweise der Präsident die Besetzung mit 7 Richtern anordnen oder zwei Mitglieder der Abteilung sie verlangen können (Art. 15). Der Ständerat hat auch diesen Vorbehalt noch gestrichen (Sten. Bull. S. 97—99, 122—124). Der Nationalrat dagegen hat die Ordnung hergestellt, wie sie bis zum BB vom 11. Dezember 1941 bestand: Quorum von 7 Mitgliedern in den Zivilabteilungen für alle Fälle, in der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung ausser für verwaltungsrechtliche Sachen und staatsrechtliche Beschwerden aus Art. 4 BV gegen kantonale Verfügungen, im Gegensatz zur Anfechtung allgemein verbindlicher Erlasse (Sten. Bull. S. 80—82, 89—92). Die Bereinigung dieser Differenz steht noch aus. Da sich die Kommission des Nationalrats für ihren Antrag auch auf eine Meinungsäusserung der Verwaltungskommission des Bundesgerichts gestützt hat über ungünstige Erfahrungen, die mit der Herabsetzung des Quorums gemacht worden wären, mag festgestellt sein, dass diese Meinungsäusserung weder der Ansicht aller

Richter entspricht noch auf einem Beschlusse des Gerichts beruht, wie übrigens von der Verwaltungskommission ausdrücklich hervorgehoben wurde.

Damit glaube ich Ihnen einen Überblick über die hauptsächlichen Ziele und Ergebnisse der Revision gegeben zu haben. Alle Abweichungen des neuen Gesetzes vom bisherigen Rechtszustande im einzelnen aufzuzählen, konnte nicht der Zweck dieser Mitteilungen sein, noch hätte die mir zur Verfügung gestellte Zeit hierfür ausgereicht.

Die Sitzung wird durch den *Präsidenten* nach Verdankung der Mitteilung des Herrn Bundesrichters Nägeli um 11.45 Uhr geschlossen.

---

Sitzung vom Montag, dem 6. September 1943,  
abgehalten in der Aula der Universität

*Präsident:*

Professor August Simonius.

Der *Präsident* eröffnet die Sitzung um 9.15 Uhr.

Er beglückwünscht den anwesenden Herrn alt Bundesrat Dr. h. c. *Heinrich Häberlin*, welcher heute seinen fünfundsiebzigsten Geburtstag und zugleich den fünfzigsten Jahrestag seines Beitrittes zum Schweizerischen Juristenverein feiert. Er dankt ihm für die wertvolle Unterstützung, die er dem Verein als Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements gewährt, und für die treue Freundschaft, die er ihm bis heute bewiesen hat.

Auf Antrag des *Präsidenten* beschliesst die Versammlung, an das Ehrenmitglied Herrn Professor Henri Mentha, welcher dem Juristenverein vor sechzig Jahren beigetreten ist, durch ein Telegramm ihren Gruss zu senden.

I.

Der *Präsident* teilt mit, dass noch folgende Aufnahmegesuche eingegangen sind:

*Michel, Alfred*, docteur en droit, avocat, Fribourg.

*Torricelli, Giovanni*, dottore in legge, avvocato, Lugano.

Die Bewerber werden von der Versammlung stillschweigend und einstimmig aufgenommen.

II.

*Jahresbericht des Kassiers.*

Herr Dr. *Riccardo Jagmetti*, Kassier des Schweizerischen Juristenvereins, verliest seinen Bericht:

Bericht des Quästors  
für das Rechnungsjahr vom 1. Juli 1942 bis 30. Juni 1943.

1. *Compte général.*

Die *Einnahmen* im Rechnungsjahr, verglichen mit jenen im vorangegangenen Rechnungsjahr, setzen sich folgendermassen zusammen:

	1942/1943	1941/1942
	Fr.	Fr.
Mitgliederbeiträge . . . . .	9,988.—	10,409.—
Zinsen		
aus dem Postscheckkonto-		
Guthaben . . . . .	10.35	11.80
aus dem Konto-Korrent-		
Guthaben bei der Banque		
Cantonale Vaudoise . . . . .	30.40	54.90
aus dem Wertschriftendepot		
bei der Banque Cantonale		
Vaudoise . . . . .	1,115.95	1,345.25
Zurückvergütete Portospesen .	48.20	52.75
Verkauf von preisgekrönten		
Schriften . . . . .	408.45	98.—
Zurückvergütete Quellensteuer-		
abzüge . . . . .	58.—	80.40
	11,659.35	12,052.10

Die *Ausgaben* im Rechnungsjahr, verglichen mit jenen im vorangegangenen Rechnungsjahr, setzen sich folgendermassen zusammen:

	1942/1943	1941/1942
	Fr.	Fr.
Allgemeine Unkosten . . . . .	11,087.85	7,371.47
Druckkosten . . . . .	13,238.10	5,402.85
	24,325.95	12,774.32

(Die Druckkosten“,, betreffen nur die Berichte der Referenten und die Protokollhefte der Schweizerischen Juristentage, während die übrigen Druckkosten, zum Beispiel für Zirkulare an die Mitglieder, für das neue Mitgliederverzeichnis, unter „Allgemeine Unkosten“ fallen.

Die Mehrbelastung durch die „Allgemeinen Unkosten“ ist auf den Druck der vom Schweizerischen Juristentag 1941 preisgekrönten Schriften über den „Versorgerschaden“ und des neuen Mitgliederverzeichnisses auf den 1. Januar 1943 sowie auf eine Gabe zugunsten der Schweizerischen Nationalspende im Betrage von 500 Fr. zurückzuführen.

Die Mehrbelastung durch die „Druckkosten“ ist in erster Linie auf den im Vergleich zum Vorjahre fast doppelt so grossen Umfang der Berichte der Referenten für den Schweizerischen Juristentag 1942, dann aber auch darauf zurückzuführen, dass im Rechnungsjahr 1942/1943 nicht nur das Protokollheft des Schweizerischen Juristentages 1942, sondern auch noch jenes des Schweizerischen Juristentages 1941 zu zahlen war.)

Der *Überschuss der Ausgaben* über die Einnahmen beträgt im Rechnungsjahr 1942/1943 *Fr. 12,666.60*, während sich der Überschuss der Ausgaben über die Einnahmen im Rechnungsjahr 1941/1942 auf *Fr. 722.22* belief.

Der *Minderwert der Wertschriften* am 30. Juni 1943 beträgt *Fr. 394.—*.

Das <i>Vermögen</i> des <i>Compte général</i> , das sich am 30. Juni 1942 auf . . . . .	Fr. 54,266.93
belief, wurde auf den 30. Juni 1943 um den Überschuss der Ausgaben über die Ein- nahmen von . . . . .	„ 12,666.60
Minderwert der Wertschriften von . . . . .	„ 394.—
auf . . . . .	<u>Fr. 41,206.33</u>
vermindert.	

Dieses Vermögen besteht aus

a) Wertschriften im Depot bei der Banque Cantonale Vaudoise im Be- trage von . . . . .	Fr. 32,589.—
b) einem Konto-Korrent-Guthaben bei der Banque Cantonale Vaudoise im Betrage von . . . . .	„ 1,132.20
c) einem Postscheckkonto-Guthaben im Betrage von . . . . .	„ 7,014.58
d) dem Saldo der Kleinen Kasse im Be- trage von . . . . .	„ 470.55
Das Vermögen beträgt am 30. Juni 1943 demnach . . . . .	<u>Fr. 41,206.33</u>

## 2. Fonds spécial pour la publication des sources du droit suisse.

Die *Einnahmen* im Rechnungsjahr setzen sich aus den Zinsen aus dem Wertschriftendepot, dem Bank-Konto-Korrent und einem Bank-Depotheft, aus einer Überweisung aus dem Comptes général im Betrage von Fr. 1000.— sowie aus zurückvergüteten Quellensteuerabzügen zusammen.

Diese Einnahmen belaufen sich auf . . . Fr. 6,556.75  
gegenüber Fr. 5,841.60 im vorangegan-  
genen Rechnungsjahr.

Die *Ausgaben* im Rechnungsjahr betragen  
für Bankspesen . . . . . Fr. 113.70  
für das Honorar und die Druckkosten für  
die Rechtsquellen des Kantons Bern,  
Zweiter Teil, Rechte der Landschaft,  
Dritter Band,  
„*Das Statutarrecht der Landschaft Saanen*  
*(bis 1798)*“  
bearbeitet und herausgegeben von Prof.  
Dr. iur. Hermann Rennefahrt . . . . . „ 12,744.25  
Fr. 12,857.95

Der *Überschuss der Ausgaben* über die Einnahmen beträgt im Rechnungsjahr 1942/1943 *Fr. 6,301.20*, während sich im Rechnungsjahr 1941/1942 ein *Überschuss der Einnahmen* über die Ausgaben von *Fr. 5,546.80* ergab.

Der *Minderwert der Wertschriften* am 30. Juni 1943 beträgt *Fr. 2,246.40*.

Das <i>Vermögen</i> des Fonds spécial, das sich am 30. Juni 1942 auf . . . . .	Fr. 160,398.30
belief, wurde auf den 30. Juni 1943 um den <i>Überschuss der Ausgaben</i> über die <i>Einnahmen</i> von . . . . .	Fr. 6,301.20
<i>Minderwert der Wertschriften</i> von . . . . .	„ 2,246.40 „ 8,547.60
auf . . . . .	<u>Fr. 151,850.70</u>

vermindert.

Dieses Vermögen besteht aus

- a) *Wertschriften* im Depot bei der Banque Cantonale Vaudoise im Betrage von . . . . . Fr. 150,420.—
- b) einem *Konto-Korrent-Guthaben* bei der Banque Cantonale Vaudoise im Betrage von . . . . . „ 1,430.70

Das Vermögen beträgt am 30. Juni 1943 demnach . . . . .	<u>Fr. 151,850.70</u>
---	-----------------------

### III.

#### *Bericht der Rechnungsrevisoren.*

Herr *Bernard de Vevey*, Juge de Paix in Freiburg, verliest den von ihm und Dr. *Paul Gsell*, Staatsanwalt in Frauenfeld, verfassten Revisionsbericht:

Les soussignés Dr. Paul Gsell, Procureur général à Frauenfeld, et Bernard de Vevey, Juge de Paix à Fribourg, ont examiné et vérifié les comptes de la Société suisse des Juristes, soit le compte général et le compte du fonds spécial pour la publication des sources du droit suisse, pour l'exercice 1942—43.

Ils ont constaté l'exactitude des écritures et leur complète concordance avec les pièces comptables qui leur ont été soumises.

Ils proposent à l'assemblée générale d'approuver ces comptes de l'exercice 1942—43 et de donner décharge au caissier, en le remerciant pour son travail considérable de gestion.

Antragsgemäss wird dem Kassier durch einstimmigen Beschluss Décharge erteilt. Der *Präsident* dankt ihm und den Revisoren bestens für die geleistete Arbeit.

#### IV.

##### *Bericht der Rechtsquellenkommission über das Jahr 1942/1943.*

Der Sekretär deutscher Sprache verliest in Abwesenheit des Präsidenten der Rechtsquellenkommission, Dr. Rennefahrt, folgenden Bericht:

Der Mitgliederbestand der Rechtsquellenkommission hat sich nicht verändert.

Im Berichtsjahr ist erschienen der dem Andenken des Herrn Dr. Friedrich Emil Welti (gestorben 8. März 1940) und der Frau Helene Welti-Kammerer (gestorben 14./Juli 1942) gewidmete III. Band der Rechtsquellen der Landschaft des Kantons Bern, enthaltend das Statutarrecht der Landschaft Saanen (bis 1798), 80 plus 512 Seiten.

In Vorbereitung sind Ausgaben von Rechtsquellen der Kantone:

*Zürich* : Richtebrief (P.-D. Dr. H. G. Wirz, Bern), Landschaftsrechte (Staatsarchivar Dr. A. Largiadèr).

*Waadt* : Dr. C. Martin und Dr. M. Chapuis, Lausanne.

*Wallis* : Prof. Dr. Jean Graven, Genf, und Mitarbeiter.

*Thurgau* : Dr. Bruno Meyer, Staatsarchivar, und Dr. Leisi, Rektor der Kantonsschule, Frauenfeld.

*Tessin* : Dr. Fausto Pedrotta und Schulinspektor F. Filippini, Locarno.

*Solothurn* : Dr. Charles Studer und Dr. Ambros Kocher, Solothurn.

*Schaffhausen* : Stadtbuch: Dr. K. Schib, Schaffhausen.

*St. Gallen* : Dr. K. Moser-Nef, St. Gallen, und Mitarbeiter.

*Luzern* : Dr. Josef Schmid, Staatsarchivar, Luzern.

*Glarus* : Prof. Dr. Liebeskind, Genf.

*Freiburg* : Statutarrechte von Arconciel, Corbières, Montsalvens, Rue, Tour-de-Trême, Vaulruz: Dr. B. de Vevey, Fryburg. Fryburger Notariatsformulare: Dr. A. Bruckner, Basel.

*Bern* : Statutarrechte von Interlaken (Frau Dr. M. Graf-Fuchs, Wengen), von Wangen und Aarwangen (Dr. Leist, Langenthal), von Konolfingen (Amtsschreiber Werder, Schlosswil), von Neuenstadt und Tessenberg (Oberrichter Dr. Fl. Imer, Bern); Stadtrecht von Bern, Königsprivilegien und Bündnisse (der Unterzeichnete); Fürstbistum Basel (der Unterzeichnete).

Im Kanton Neuenburg suchen die Herren André Bovet, Direktor der Stadtbibliothek, und Léon Montandon, Archivar des Staatsarchivs, die Herausgabe der Neuenburger Rechtsquellen in Gang zu bringen.

Bisher ist es noch nicht gelungen, Bearbeiter der Rechtsquellen der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, ob

und nid dem Wald, Zug, Appenzell Inner- und Ausser-Rhoden, Basel-Stadt und -Land und Graubünden zu finden.

Angesichts der starken Belastung der allgemeinen Rechnung des Schweizerischen Juristenvereins verzichtet die Rechtsquellenkommission für dieses Jahr darauf, den sonst üblichen Jahresbeitrag an den Rechtsquellenfonds zu beantragen; immerhin erwartet sie, dass in Zukunft dieser Beitrag wieder geleistet werde.

Der Bericht wird vom *Präsidenten* bestens verdankt und von der Versammlung stillschweigend genehmigt. Es wird für das kommende Jahr antragsgemäss an den Fonds für die Herausgabe Schweizerischer Rechtsquellen in Anbetracht der starken Belastung der Vereinskasse kein Beitrag geleistet. Der Präsident gibt der Hoffnung Ausdruck, dass dieser Beitrag in Zukunft wieder geleistet werden könne.

## V.

### *Bericht über die Preisarbeiten.*

Herr Dr. A. Egger, Professor in Zürich, verliest seinen Bericht über die Preisarbeiten:

Im Auftrag des Preisgerichtes, das von Ihrem Vorstande aus den Herren Prof. Maurice Battelli, Genf, Werner Scherrer, Basel, und dem Sprechenden bestellt worden war, erstatte ich Ihnen Bericht über die zwei Arbeiten, die auf das Preisausschreiben betreffend die Allgemeinverbindlicherklärung der Gesamtarbeitsverträge eingegangen sind.

1. Die eine Arbeit trägt das Motto: *tertium non datur*.

a) Die Quintessenz dieser Arbeit ist folgende: In den Schwierigkeiten, vor welche sich die freie Wirtschaft

gestellt sieht, bieten sich die Gesamtarbeitsverträge (GAV) und ihre Allgemeinverbindlichkeit (AVE) als eine Zwischenlösung zwischen einer freien und einer gebundenen Wirtschaft, als ein Mittelweg an, sei es im Rahmen des Korporationsstaates, sei es unabhängig davon. Diesen letztern Weg beschritt der Entwurf der Revision der Wirtschaftsartikel, BV Art. 31ter, und seither der BB vom 1. Oktober 1941, der nunmehr durch den BB vom 23. Juni 1943 ersetzt werden wird. Diese neue Ordnung muss auf ihre logische Richtigkeit hin geprüft werden; einer solchen Prüfung hält sie nicht stand.

Schon der GAV (OR 322/3) lässt sich nach Meinung des Autors nicht in unser Rechtssystem eingliedern: vertraglich wird die Vertragsfreiheit aufgehoben. Der Vertrag bewirkt, was nur das Gesetz bewirken kann: das logisch einzig mögliche Verhältnis von Vertrag und Gesetz ist aufgehoben. Entsprechend fehlt auch die ethische Richtigkeit. Mit dem Vertrag verfolgen die Parteien ihre Interessen, das Gesetz will eine gerechte Ordnung herstellen. Mit dem Gesamtarbeitsvertrag wird die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe privaten Verbänden überlassen. Vollends die AVE ist in sich widerspruchsvoll. Unter immer erneuter Berufung auf Walther Burckhardt wird die logische Unmöglichkeit festgestellt: einem Vertrag Geltung auch gegenüber Unbeteiligten zu verleihen, also eine Wirkung, die nur das Gesetz haben kann. Was allgemein-verbindlich, ist Gesetz; ein Vertrag kann nicht allgemein-verbindlich sein. Tertium non datur. Die AVE sprengt die logisch ausschliessliche Alternative Vertrags-Gesetz und lässt objektives Recht aus einem Vertrag hervorgehen. Das lässt sich durch keine Theorie erklären; das gibt es nur kraft positiven Rechtes. Und wiederum fehlt nicht nur die logische Folgerichtigkeit, sondern auch die ethische Berechtigung. Denn es bleibt bei dem Gegensatz der Verfolgung eigener Interessen und der Herstellung einer gerechten Ordnung durch den Gesetzgeber. Der BB ver-

wirklicht die Postulate der sogenannten Verbandstheorie. Er belässt den Verbänden die Verfügung über den GAV. In der behördlichen AVE liegt auch nicht der Erlass einer Rechtsverordnung. Vielmehr liegt ein völlig neues Rechtssetzungsverfahren vor.

Die Prüfung der Stellung dieser AVE im System des schweizerischen Rechts ergibt nach der Arbeit des Verfassers jedenfalls die Verfassungswidrigkeit: Der BB ist weder durch BV Art. 64 noch durch Art. 34ter gedeckt — er schafft weder Zivil- noch Gewerberecht. Er verstösst auch gegen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit Art. 31. Er stellt organisatorisches öffentliches Recht auf. Aber die Vorschriften der Verfassung über Kompetenzen und Verfahren der Rechtssetzung sind notwendigerweise abschliessend. Der BB verletzt deshalb auch das demokratische Prinzip, da dieses die Rechtssetzung der Bundesversammlung und der Volksabstimmung ausschliesslich überträgt. Verletzt ist auch das föderalistische Prinzip, indem neben den Rechtsquellen von Bund und Kanton eine neue Rechtsquelle eröffnet wird. Endlich auch die Rechtsgleichheit: sie wird durch ein Sonderrecht der Berufskreise verdrängt.

Die Folgen dieser Systemwidrigkeit und die fehlende harmonische Einordnung in unsere Rechtsordnung zeigen sich — so führt die Arbeit weiter aus — in der Rechtspflege; grundsätzlich gibt es nur gegen kantonale Verweigerungen der AVE eine Beschwerde, und diese ist beim Bundesrat einzureichen (BB Art. 13). Ferner in der Rechtsanwendung durch den Richter: hat dieser die Bestimmungen der GAV von Amtes wegen zu kennen und anzuwenden? hat er sie als Vertrag oder als Gesetz auszulegen oder gar zu ergänzen? hat er ein Nachprüfungsrecht wie gegenüber jedem andern Vertrag? Und endlich beim Vollzug. Durch die GAV und ihre AVE wird zwingendes Recht aufgestellt, die Durchsetzung aber wird den Privaten anheim gegeben. Das

ist ebenso unrichtig, wie es unrichtig wäre, Vertragsvorschriften, die in Verfolgung privater Interessen aufgestellt wurden, von Amtes wegen erzwingen zu wollen.

Der innere Widerspruch zeigt sich nach dem Autor vor allem auch in der Gestaltung des Verhältnisses zwischen Staat und Verband: Durch den BB werden die privaten Verbände in das Rechtssetzungsverfahren einbezogen; sie werden mit einer staatlichen Aufgabe betraut, erhalten eine ihrem Wesen nach staatliche Kompetenz — ohne aber dementsprechend auch in den Staat eingegliedert zu werden. Sie bleiben privat und behalten ihre privatrechtliche Freiheit. Der Staat aber hat sich eines Teiles seiner staatlichen Hoheit begeben. Neben die Staatsgewalt tritt die Verbandsgewalt, neben das staatliche Gesetz das Verbandsgesetz, neben den politischen Staat der Verbandsstaat. Damit werden auch die Verantwortlichkeiten verwischt und herabgemindert.

Endlich zeigt sich nach dem Autor diese Zwiespältigkeit auch in den Wirkungen. Der GAV verpflichtet die Mitglieder der vertragschliessenden Verbände zu vertragsgemäsem Verhalten. Aber er wendet sich nicht direkt an die Aussenseiter. Können Dritte wegen tarifwidrigem Verhalten bestraft werden? Das sieht zwar Art. 23 in bestimmtem Umfange vor. Der Verfasser findet es jedoch unerlässlich, dass der Staat zuerst die notwendige rechtliche Grundlage schaffe dadurch, dass er eine eigene Norm aufstellt, die dem Aussenseiter diese Pflicht auferlegt, und dass er für den Fall der Nichtbeachtung seine Sanktionen in Aussicht stellt.

Die Arbeit endigt mit folgender Schlussbetrachtung: Die Entscheidung, was dem Vertrag überlassen werden soll und was das Gesetz regeln soll — diese Entscheidung wird durch die AVE dem Staate erspart. Darin liegt das Bestehende. Die AVE enthebt den Staat autoritativer Entscheidung und schafft doch eine allgemein verbindliche

Norm. Es gilt nur das vertraglich Gewollte, dieses aber wie ein Gesetz. Wenn dies so nur möglich ist auf Grund eines Antrages und wenn der Verband nach wie vor über den Vertrag die Verfügung besitzt, dann ist dies ein staatsrechtliches Novum. Es ist die Verleihung rechtssetzender Kompetenz an Verbände, die doch privat bleiben. Für die staatliche Behörde aber liegt hierin eine „klägliche Bindung“ an den privaten Willen dieser privaten Verbände.

b) In der materiellen Beurteilung dieser Arbeit gingen die Auffassungen der Preisrichter auseinander. Die Mehrheit des Preisgerichtes hegt grundsätzliche Bedenken gegen die Tendenz der Arbeit und wirft die methodische Frage auf, ob die rechtswissenschaftliche Beurteilung aktueller Gesetzgebungsfragen sich mit solchen antithetischem Denken begnügen dürfe. Dieses tertium non datur, diese Erledigung von Rechtsproblemen durch die Feststellung der logischen Unmöglichkeit — und eben dies durchzieht die ganze Arbeit — hat die zivilistische Wissenschaft des 19. Jahrhunderts auf das schwerste blossgestellt: ein Vertrag könne (zu aOR Art. 17, rev. OR 19) nur gültig oder ungültig sein, ein drittes gebe es nicht; heute ist die Teilnichtigkeit allgemein anerkannt (OR Art. 20 Abs. 2, 357). Das Sachenrecht kenne nur Eigentum und beschränkte dingliche Rechte an fremden Sachen, *jura in re aliena*; solche Rechte an eigener Sache seien logisch unmöglich, vgl. heute ZGB Art. 733, 851. Ebenso sei die Deliktsfähigkeit der juristischen Person unmöglich, weil es keine Vertretung in unerlaubtem Handeln geben könne, vgl. heute ZGB Art. 55 Abs. 2, und ebenso wiederum könne es keine Deliktsfähigkeit der Kollektivgesellschaft geben, weil diese keine juristische Person sei, vgl. heute rev. OR Art. 567 Abs. 3, ebenso wenig die Verbürgung eines Kollektivgesellschafters für eine Schuld der Kollektivgesellschaft, weil man sich nicht für eine eigene Schuld verbürgen könne, vgl. heute rev. OR Art. 568 Abs. 3.

Solche Zwischengebilde weist denn auch das heutige Recht eine ganze Menge auf. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, sie zu bewältigen. Es sei nur erinnert an die behördliche (bundesrätliche) Genehmigung von Statuten und Geschäftsbedingungen privater Gesellschaften, wie sie das Eisenbahn-, Versicherungs- und zum Teil auch das Bankrecht aufweist, an den von Behörden aufgestellten Normalarbeitsvertrag (OR Art. 324), ferner an die gemischt wirtschaftlichen Unternehmungen (OR Art. 762), an die Zwangsverbände, die kriegswirtschaftlichen Syndikate, den Kontrahierungszwang.

Es geht auch nicht an, Vertrag und Gesetz in der Weise einander gegenüberzustellen, wie der Verfasser dies tut und den Vertrag als die Domäne der Willkür, das Gesetz als Ausdruck des Gerechtigkeitswillens hinzustellen. Das ist ebenso einseitig wie die im 19. Jahrhundert herrschende Auffassung, die nichts vom Gesetz und alles vom Vertrag erhoffte: Qui dit contractuel dit juste. Der Verfasser setzt sich denn auch nicht mit der Tatsache auseinander, dass in den heutigen GAV eine Fülle wertvollen rechtssoziologischen Materials enthalten liegt, und auch nicht mit den Bedenken, ob der von ihm vorgeschlagene Weg der Ordnung durch zwingendes Gesetzgebungsrecht nicht zu einer Überbelastung des Staates und der Gesetzgebung führen müsste.

Aus der Mitte des Preisgerichtes wurde der Arbeit aber auch grundsätzliche Billigung erklärt. Bestimmte Kreise unseres Wirtschaftslebens hegen Bedenken und ernste Befürchtungen gegen diese jüngsten Produkte der Rechtsbildung, und es kann nur begrüsst werden, wenn diese Auffassung auch von juristischer Seite vertreten und in rein juristischer Weise begründet wird, zumal, wenn es in so vortrefflicher Weise geschieht wie in der vorliegenden Arbeit.

Und in der Tat, über die juristisch-technischen Qualitäten der Arbeit äussert sich das Preisgericht einstimmig im Sinne der Anerkennung. Die Arbeit ist vortrefflich

geschrieben. Sie hat Stil. In ihrer Klarheit wirkt sie eindringlich. Sie führt ihre Auffassung mit aller Konsequenz folgerichtig durch. Sie legt klar, wo die Problematik der neuen Rechtsbildung liegt und zwingt so zu neuer Überprüfung, zu gründlicher Auseinandersetzung. Auch der Rechtsanwendung vermag die Arbeit, besonders durch das Kapitel über die Wirkungen Dienste zu erweisen. So verdient die Arbeit auf alle Fälle die Förderung durch den Juristenverein. Die juristischen Fakultäten lassen in der Dissertation ausdrücklich erklären, dass sie sich mit dem Inhalt der Doktorarbeiten nicht identifizieren. Das gilt auch für die Prämierungen durch den SJV und bedarf keiner ausdrücklichen Erwähnung.

Das Preisgericht gelangt somit einstimmig zu dem Antrag, der Arbeit: *tertium non datur* sei ein erster Preis im Betrag von 500 Fr. und ein Betrag an die Druckkosten zu bewilligen.

2. Die zweite Arbeit mit dem Motto: „*Que sais-je*“ ist bedeutend kürzer. Im ersten Teil werden auf 50 Seiten die allgemeinen Probleme erörtert, im zweiten Teil werden die Grundsätze des BB dargestellt. Die ganze Arbeit ist viel positiver eingestellt; eine grundsätzliche Ablehnung liegt ihr fern, auch wenn es ihr durchaus nicht an kritischem Sinn und selbständigen Urteilen fehlt. Sie setzt sich auch mit den beiden hauptsächlichsten Theorien, der Vertrags- und der Gesetzestheorie auseinander, die jedoch beide als zu absolut, zu starr erklärt werden. Doch lässt die Arbeit vielfach eine durchgeführte juristische Argumentation eine fruchtbare dogmatische Durchleuchtung des ganzen Rechtsstoffes vermissen. Nur ein Teil der Probleme, vor die uns der BB stellt, wird erörtert und auch dieser zumeist etwas zu summarisch.

Das Preisgericht beantragt, dem Verfasser einen zweiten Preis von 200 Fr. zu gewähren.

Der *Präsident* dankt dem Präsidenten des Preisgerichts für seinen Bericht.

Gemäss Antrag des Berichterstatters beschliesst die Versammlung einstimmig, für die Arbeit mit dem Motto: „*Tertium non datur*“, einen Preis von 500 Fr. zuzusprechen und einen Beitrag an die Druckkosten zu gewähren, dessen Höhe der Vorstand festsetzen soll. Für die Arbeit mit dem Motto: „*Que sais-je*“ wird ein Preis von 200 Fr. verabreicht.

Die erste Arbeit wurde von Frau Dr. jur. *Helene Thalmann-Antenen*, Fürsprecher in Bern, abgeliefert; die zweite stammt von Herrn Dr. jur. *André Archinard*, in Genf.

## VI.

### *Diskussion über das Thema:*

*„Die Gewaltentrennung im Bund und in den Kantonen, im besonderen vom Standpunkt der Delegation des Gesetzgebungsrechtes.“*

Der *Präsident* erteilt das Wort dem Referenten deutscher Sprache, Herrn Dr. *Wilhelm Oswald*, Professor an der Universität Freiburg, der sein bereits gedrucktes Referat folgendermassen ergänzt:

Brevis esse intendo, obscurus fio. Man denkt mit Wehmut an dieses horazische Wort und spricht es nicht gelassen aus, wenn einem die ehrenvolle Aufgabe zuge-dacht ist, vor einer so selekten Versammlung in wenigen Minuten über einen Gegenstand zu sprechen, der mitten hineinführt in die schicksalsschwere Problematik der neuzeitlichen Rechts- und Staatsphilosophie. Wir Arbeiter am öffentlichen Recht haben es heute nicht leicht. Kaum hat man sich mühsam durchgearbeitet durch den nachgerade ins Gigantische angewachsenen Stoff, fühlt man auch schon die ganze Last des Goethewortes: „Sie haben die Teile in der Hand, fehlt leider nur das geistige Band.“ In der Tat, alles Relative setzt zuletzt ein Absolutes voraus, und wohl kein anderes Rechtsgebiet konvergiert so

stark nach einem Zentrum des Denkens, nach dem philosophischen Standpunkte, wie gerade die Staatstheorie, die Wesenserkenntnis des Staates sein will und darum allgemeine Begriffe, Grundsätze und Ideale voraussetzt. Es gibt kein rechtswissenschaftliches Denken, das nicht zu philosophischen Folgerungen führte und darum umgekehrt auch keines, das nicht unter philosophischen Voraussetzungen stünde.

Immer mächtiger wird gerade in der Staatsrechtswissenschaft die Frage erhoben, ob es nicht auch für die öffentliche Wirksamkeit im Staate einen letzten Halt und eine höchste Verantwortung gebe. Vor allem in aufgewählten Zeiten erwacht mit innerer Notwendigkeit das Bedürfnis, den letzten Sinn alles staatlichen Seins zu erfassen, die staatlichen Erscheinungen zu einer die Forderungen des Verstandes und die Bedürfnisse des Gemütes befriedigenden einheitlichen Lebens- und Weltanschauung zusammenzufassen und mit Hilfe der so gewonnenen Rechtsgedanken den Staat neu aufzubauen. Die Rechtsordnung eines jeden Staates ruht jedenfalls auf dem Wertsystem einer bestimmten Weltanschauung und findet erst darin den letzten Sinn für ihre verpflichtende Kraft. Mit blosser juristischer Formallogik, d. h. der Frage, ob gegebene Gesetzesnormen unter einander widerspruchlos übereinstimmen, ist es nicht getan, namentlich nicht in einer Zeit, wo das Elend des Abendlandes furchtbar und der Schrei nach sozialer Gerechtigkeit zur Schicksalsfrage unserer Generation geworden ist. Diese schwache Ideologie schwankt denn auch in unkritischer Weise beständig hin und her zwischen dem sinnlich Wahrnehmbaren und der intellegiblen Wahrheit, zwischen dem empirisch Gegebenen und dem Inhalte der Vernunft. Angesichts des zerfallenden Staatsbewusstseins und einer in weiten Kreisen unleugbar vorhandenen Staatsverdrossenheit muss der Schwächung der politischen Idee entgegengearbeitet werden durch die Neuerfassung der Totalität des Rechtsproblems und durch Stellung der Frage, ob das aus früherer Zeit übernommene

positive Recht den Forderungen der Vernunft und den Zeitbedürfnissen entspreche, auch rücksichtlich seines juristischen Gehaltes. Das bedingt eine vertiefte Besinnung sowohl auf die in inneren Zwecken verankerte Idee des Rechts schlechthin, auf die allgemeine Rechtsidee wie auf die wahren Notwendigkeiten des nationalen Lebensganzen. Diese sind raum- und zeithaft bedingt, und das starre Festhalten an überkommenen Vorstellungen bedeutet an sich noch keine Kulturtat. Verflochten in das geistige Gesamtleben von Zeit und Geschichte, ist jede Staatstheorie abhängig von der politischen, in beständiger Entwicklung und rascher Veränderung begriffenen Gegenständlichkeit ihrer Zeit. Die tiefere philosophische Auffassung besteht immer darin, auf jeder historischen Stufe das Rationale aufzufassen, sich in verständiger Würdigung des empirischen Elementes in den Fluss der Geschichte zu stellen und das Gewordene mit den darin liegenden Keimen der Entwicklung in sich aufzunehmen. Diese grundsätzliche Einstellung ist besonders wichtig für die Schweizerische Eidgenossenschaft, die weniger einen rationalen als vielmehr einen traditionellen Charakter aufweist. Unser Staatswesen hat einen geschichtlichen Lebenssinn und ist mehr als eine sogenannte Staatsform. Das vielberufene „Wunder“ der Schweiz ist nur von ihr selbst her zu begreifen, nicht aber von einer ideologischen Leitlinie oder anationalen Doktrin her.

Ich habe in meinem schriftlichen Referate im Lichte dieser grundsätzlichen Gesichtspunkte den Wahrheitsgehalt der Lehre von der Gewaltenteilung untersucht und daraus das Fazit gezogen, dass die berühmte Maxime Montesquieus nicht als a priori gültiger Naturrechtssatz aufgefasst und in starrer Logizistik überspannt werden darf. Praktische Grundsätze dürfen nicht doktrinär in alle logischen Konsequenzen verfolgt werden, ohne Rücksicht auf die natürlichen Gegebenheiten. Es ist eine verfassungspolitische Frage und bedingt durch das Gesetz der wachsenden Staatstätigkeit, wie die Schwergewichte im

Staate verlagert werden sollen. Einfache Verhältnisse ertragen eher eine Gewaltenkonzentration als komplizierte Verwaltungsstaaten, deren Aufgaben sich täglich mehren mit der Ausdehnung der staatlichen Befugnisse. Als politisches Postulat, das mit den Grundfragen des Rechts und der Politik aufs engste zusammenhängt, entspricht die „moderatio“ Montesquieus aber durchaus unserem Empfinden und Staatsdenken. Mit ihren verschiedenen ethnischen, politischen, sozialen und konfessionellen Gruppen ist die Schweiz auf Mässigung und Gleichgewicht angewiesen. Ihre politische Geisteshaltung und Gemütsart neigt zur Weisheit in der Mitte; sie sucht die Notwendigkeiten der Ordnung mit der Wohltat der Freiheit zu versöhnen und könnte keinen Gewaltenmonismus, kein Führerprinzip im heutigen Sinne ertragen. In der richtigen Mitte zwischen zwei Extremen hat schon die griechische Philosophie den ethischen Wert gesehen. Das Tugendhafte ist das Massvolle (*μέτρος*), das, richtig aufgefasst, keineswegs gleichbedeutend ist mit schwächlicher Grundsatzlosigkeit.

Bei aller Wertschätzung des Gewaltenteilungsprinzips, das als verfassungspolitisches Ideal des politischen Liberalismus einen so nachhaltigen Einfluss auf die Praxis und Wissenschaft des modernen Staatsrechts ausgeübt hat, darf andererseits nicht übersehen werden, dass die Gewaltentrennung nicht die einzige, ja nicht einmal die hauptsächlichste organisatorische Sicherung der Freiheit ist. Ebenso bedeutsam, ja wirksamer ist die genossenschaftliche Ausgliederungsordnung unseres Staates von unten nach oben. Die Keimzellen aller wahren Demokratie sind immer noch die Selbstverwaltungskörper, insbesondere die politischen Gemeinden, und der Föderalismus ist mit guten Gründen schon als die bedeutsamste politische Garantie der staatlichen Ordnung, als die fruchtbarste und angenehmste Grundlage der Freiheit bezeichnet worden. Der Akzent liegt daher auf dem Bestand der Kantone und weniger auf der Gewaltenteilung, wobei freilich nicht zu übersehen ist, dass beide innerlich zusammenhängen.

Im übrigen ist immer wieder zu betonen, dass die Freiheit ihren letzten Halt überhaupt nicht in organisatorischen Vorkehrungen finden kann. Mit einem bloss mechanischen Balancesystem von Gewichten und Gegengewichten kann die Freiheit nicht hinlänglich verbürgt werden. Die politische Ordnung befestigt nur, erzeugt aber nicht den Hort der menschlichen Sicherheit. Das Bekenntnis zur Ordnung von Freiheit und Recht setzt eine metaphysische Staatsbegründung, eine geistig-sittliche Lebensordnung voraus, und die Rechtssicherheit hängt letzten Endes nur an der Energie des nationalen Rechtsbewusstseins; sie wird keinem Volke geschenkt und muss von jeder Generation immer wieder neu errungen werden.

Mit diesen grundsätzlichen Vorbehalten, die zu betonen mir wichtig schien angesichts der häufigen theoretischen Überspitzung der Gewaltenteilungslehre, ist aber die Beibehaltung und verfassungsrechtliche Verankerung des Grundsatzes der „*séparation des pouvoirs*“ auch für die Zukunft zu postulieren.

Von einer absoluten Durchführung des Grundsatzes kann indes bei uns nicht die Rede sein. Vielmehr sind im Rahmen des historisch Gewordenen Ausnahmen vom Grundsatz zuzulassen.

Rücksichtlich der reichlich unklaren Ausscheidung der Befugnisse des Parlamentes und der Regierung wäre andererseits eine schärfere Durchführung des Grundsatzes zu begrüßen. Die ausgedehnten verwaltungsrechtlichen und jurisdiktionellen Befugnisse des Parlamentes haben heute zum grössten Teil ihre innere Berechtigung verloren. Anlass zu kritischen Bemerkungen gibt namentlich das Budgetrecht des Parlamentes, so wie es heute verstanden wird, sowie die missbräuchliche Ausdehnung der parlamentarischen Kontrolle, aus der keine Befugnis abgeleitet werden kann, der Regierung jederzeit verbindliche Weisungen zu erteilen, sie zu jedem beliebigen Verwaltungsakt zu zwingen oder davon abzuhalten. Das Oberaufsichtsrecht des Parlamentes darf nicht zu einer Ein-

mischung in die verfassungsmässigen Kompetenzen der Regierung und damit zu einer Verwischung der Verantwortlichkeit führen. Man versteht deshalb durchaus die Forderung, dass das Parlament wieder auf seine eigentliche Aufgabe, die Gesetzesberatung und die Aufsicht über die Staatsverwaltung, zu verweisen sei. Das Gefühl, dass wir auch in Friedenszeiten eine starke und unabhängige Regierung mit grösserer innerer Autorität haben sollten, im Bunde wie in den Kantonen, ist weit verbreitet und nicht unberechtigt.

Über die Verschiebungen und Übergriffe im Bereiche der richterlichen Gewalt habe ich das Erforderliche in meinem schriftlichen Referate gesagt. Rücksichtlich der Verwaltungsrechtspflege ist ergänzend noch auf das interessante Referat zu verweisen, das Paul Speiser über diesen Gegenstand, unter besonderer Berücksichtigung der Gewaltentrennung, an der Tagung des Schweiz. Juristenvereins vom Jahre 1889 in Luzern gehalten hat.

Von ungleich grösserer Bedeutung als die soeben gestreiften Fragen ist jedoch das Verhältnis zwischen der gesetzgebenden Gewalt als solcher und der Exekutive, insofern die eigentliche Tätigkeit der ersteren, nämlich die Rechtssetzung, in Frage kommt. Gerade auf diesem Gebiete scheiden sich die Geister. Unter dem Einfluss ausländischer Staatstheorien und Ideologien sind vereinzelt auch bei uns Stimmen laut geworden, welche die herkömmliche Kompetenzausscheidung als überlebt bezeichnen und der Exekutive ein fast unbeschränktes Verordnungsrecht einräumen möchten. Die Entwicklung, welche das Notrecht, vor allem dasjenige des Bundes, in der Kriegszeit zwangsläufig genommen hat, scheint ihnen recht zu geben. Es ist doch weitaus leichter und bequemer, wenn veraltete und unzweckmässige Vorschriften auf dem Wege einer rasch zu schaffenden und ohne grosse Mühe wieder abänderlichen Verordnung ergänzt oder ersetzt werden können, als wenn das auf dem längeren und schwierigeren Weg der ordentlichen Gesetzgebung geschehen muss.

Unsere Demokratie bedarf nun freilich in mehrfacher Hinsicht einer Blutauffrischung und Anpassung an die veränderten sozialen Verhältnisse, aber die politische Freiheit und das Bewusstsein der Mündigkeit sitzt uns Schweizern doch zutiefst in den Knochen, als dass wir auf die Dauer verzichten möchten auf das Mitspracherecht bei der Gesetzgebung und uns abfinden könnten mit einer „Rationalisierung“ der Demokratie in Bausch und Bogen. Wir nehmen grundsätzlich lieber einen etwas schwerfälligen Apparat als das Gefühl der Unfreiheit in Kauf. Die Eidgenossenschaft, deren Lebensgesetz die Freiheit ist, hat sich definitiv gegen die Diktatur entschieden.

Die Ausschaltung des Parlamentes und des Volkes von der Gesetzgebung zöge notwendig auch bei uns die Beseitigung des Unterschiedes zwischen Verfassung, Gesetz und Verordnung nach sich. Alle drei Rechtsquellen würden auf die gleiche Stufe gestellt, und die vollziehende Gewalt erhielte die Möglichkeit, nach Belieben auch die obersten Grundsätze des Staates zu ändern, die ganze Gesetzgebung ihren jeweiligen Wünschen anzupassen, sich nicht nur die unteren Verwaltungsbehörden, sondern auch die Gerichte dienstbar zu machen. Selbst das Kollegialsystem in unserer obersten Landesbehörde liefe Gefahr, durch das Führerprinzip ersetzt zu werden, und wir hätten bald den von gewissen Leuten so heissersehnten „Landammann der Schweiz“. Wenn der Gesetzesgedanke fahren gelassen würde, dann wären auch die Freiheitsrechte des einzelnen Bürgers gefährdet; denn das hängt zusammen.

Und welches wäre nach Beseitigung des Grundsatzes der Gewaltentrennung das Schicksal der Kantone? Selbstverständlich könnten nicht zwei Gewalten nebeneinander unbeschränkt regieren, eine eidgenössische und eine kantonale; die erstere müsste den Vorrang haben, und damit wäre es um die Souveränität der Kantone und um den föderalistischen Aufbau unseres Staatswesens geschehen. Der Bund brauchte den Kantonen bloss die Finanz- und

Steuerhoheit zu entziehen, und damit wäre auch ihr Schicksal besiegelt; sie wären der Gleichschaltung ausgeliefert.

Ein Bundesrat, der nicht mehr das Volk und das Parlament im Rücken hätte, wäre auch allen Zumutungen von aussen wehrlos ausgeliefert. Die Mediationszeit liefert dafür Beispiele, und auch die Geschichte der Helvetik redet eine deutliche Sprache.

Nicht uninteressant ist in diesem Zusammenhang ein Ausspruch, den Bismarck, der Wegbereiter des totalitären Staates, anlässlich einer Volksrede in Dresden nach seiner Entlassung durch Wilhelm II. getan hat: „Vielleicht habe ich selber unbewusst dazu beigetragen, den Einfluss des Parlaments auf sein jetziges Niveau herabzudrücken. Ich wünsche nicht, dass er auf die Dauer auf demselben bleibt. Ich möchte, dass das Parlament wieder zu einer konstanten Majorität gelangt; ohne die wird es die Autorität nicht haben, die es braucht. Es bleibt die Pflicht der Volksvertretung, dass sie die Regierung kritisiert, kontrolliert, warnt, unter Umständen führt. Ohne einen solchen Reichstag bin ich in Sorgen für die Dauer und die Solidität unserer nationalen Entwicklung.“

Das Schweizervolk ist nun seit Jahrzehnten mündig und daran gewöhnt, an den Geschicken des Staates aktiven Anteil zu nehmen. Es ist gewiss nicht unfehlbar, aber der Staat ist daran noch nicht zugrunde gegangen. Seine Ausschaltung als gesetzgebender und politischer Faktor hätte gefährliche Spannungen zur Folge, die sich ganz sicher in gleicher Weise äussern würden wie in den Zeiten der ausgehenden Helvetik.

Ist deshalb vor einem solchen Experiment und vor unangebrachten Kompromissen mit wesensfremden Staatstheorien zu warnen, so verdient anderseits auch die überspitzte gesetzgebungsstaatliche Tendenz, wie sie von gewissen Theoretikern präkonisiert wird, keinen Beifall. Ich habe mir die Freiheit genommen, dagegen in meinem Referate ziemlich munter zu polemisieren.

Gewiss sollen Rechtssätze von fundamentaler Bedeutung am Vorrang des volksbeschlossenen Gesetzes teilhaben und auch nur in ebenso feierlicher Form abgeändert werden können. Dass indes jede Delegation des Gesetzgebungsrechts durch die Legislative grundsätzlich abzulehnen sei, kann nicht die Meinung des Verfassungsgesetzgebers gewesen sein. Das ist praktisch auch nicht möglich. Der sogenannte „Allgemeinvorhalt des Gesetzes“ ist im schweizerischen Staatsrecht nie bis in die letzten Konsequenzen durchgehalten worden. Ich habe das in meinem schriftlichen Referate nachgewiesen und dabei insbesondere die Bedeutung hervorgehoben, die der Gemeindeautonomie als ursprünglicher Rechtsquelle in gewissen Kantonen zukommt.

Die Natur der Dinge ist eben oft stärker als ein rechtspolitisches Ideal. Das Gewaltenteilungsschema muss sich hier eine gewisse Korrektur gefallen lassen. Die Lehre des totalitären demokratischen Positivismus von der sogenannten Geschlossenheit der rational-konstruktiven Staatstheorien in dem Sinne, dass sie auch aus Gründen und Notwendigkeiten der politischen und rechtlichen Existenz nicht durchbrochen werden dürfen, ist eine Illusion. Die Schweiz ist in diesem Sinne kein vollendeter Rechtsstaat. Wichtiger als die doktrinäre Überspannung des rein formalen Rechtsstaatsgedankens ist seine bewusste Ausrichtung auf die höheren Werte einer geistig-metaphysischen und damit sozialen Ordnung. In diesem Sinne muss der „Wille zum Recht“, der das eigentliche Lebensprinzip und die Lebenskraft der Eidgenossenschaft ist, verstanden werden, wenn die schweizerische Staatsidee, die mehr sein will als blosse Verwirklichung einer rationalistisch-technischen Ordnung, jene höchste Verwirklichung der Staatlichkeit erreichen soll, die allein den Namen „Rechtsstaat“ verdient. Der formale Rechtsstaatsgedanke darf nicht zu einem ideologisch getarnten Eingeständnis eines erstorbenen Lebenswillens und eines verkrüppelten Rechtsbewusstseins werden. Die richtige Idee

des schweizerischen Rechtsstaats geht über die bloss formale Konzeption des Rechts hinaus durch eine metaphysische Bindung und vertieftere Verknüpfung mit den Gesetzen geistiger und sozialer Ordnung. Sie ist gleichzeitig Erfüllung und Überwindung der individualistischen Rechtsstaatsidee.

Im Verordnungsproblem, für das Montesquieu in seinem Schema keinen Platz vorgesehen hat und dessen Systematisierung der rechtsstaatlichen Doktrin von jeher Schwierigkeiten gemacht hat, wollen gewisse Leute das Extrem: die einen aus theoretischen Gründen, die andern aus Vereinfachung. Die Wahrheit liegt indes auch hier in der Mitte. In keinem Staate ist die Gesetzgebung ausschliesslich an ein bestimmtes Organ gebunden. Die Gewaltentrennung schliesst nicht aus, dass der vollziehenden Gewalt ein gewisses vernünftiges Mass von Verordnungs-kompetenz eingeräumt wird. Was insbesondere die sogenannte selbständige Polizeiverordnung anbelangt, stehe ich vorbehaltlos auf dem Standpunkt, den Herr Prof. Schindler in seiner bekannten Kontroverse gegen seinen Kollegen Giacometti eingenommen hat. Unsere Regierungen, sowohl der Bundesrat im Hinblick auf Art. 102, Ziff. 8—10 der BV, wie die kantonale Exekutive, müssen die notwendige Bewegungsfreiheit haben im Kampf für Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit. Das ist ein altes Erbstück unserer Demokratie und seit Jahrhunderten im Rechtsbewusstsein unseres Volkes verwurzelt. Mit dem blossen Hinweis darauf, die Polizeiverordnungen seien zur Zeit des Erlasses der kantonalen Verfassungen als blosser Verwaltungsverordnungen aufgefasst worden, inzwischen aber unter dem Einfluss der liberal-rechtsstaatlichen Ideologie zu Rechtsnormen geworden, kann ein jahrhundert-altes Gewohnheitsrecht nicht unterbrochen werden. Tatsächlich nehmen denn auch grundsätzlich alle Regierungen ein gewisses Polizeiverordnungsrecht in Anspruch, und das Bundesgericht ist ihnen in erfreulicher Aufgeschlossenheit soweit wie möglich entgegengekommen. Wenn der Ge-

setzgeber der Regierung eine so delikate Aufgabe zuweist, müssen ihr auch die adäquaten Mittel für ihre gute Erfüllung eingeräumt werden. Der abstrakten, für alle Fälle geltenden Regelung gebührt jedenfalls der Vorzug vor der Einzelanordnung, da sie allein die Rechtsgleichheit verbürgt. Die Normgemässheit — und das ist der tiefere Sinn der Rechtsstaatsidee — ist immer ein Zeichen allen Kulturfortschrittes.

Im übrigen wäre es sicherlich Vogelstrauspolitik, die Augen vor der Tatsache zu verschliessen, dass die heutige Demokratie ganz andere legislatorische Aufgaben zu bewältigen hat, als die Regenerationszeit sich das vorgestellt hat. Ich denke hier vornehmlich an die neuzeitlichen Aufgaben der Wirtschaftsgesetzgebung, die zu einem Prüfstein der Demokratie geworden ist und sie vor ganz neue Probleme stellt. Das allgemeine Anwachsen der Staatsgewalt, bedingt durch die Überhandnahme der Bundeskompetenzen und den Interventionismus eines Staates, der sich unter dem Drucke der veränderten Verhältnisse aus seiner eigenen Sphäre hat heraustreiben lassen und nun ausserhalb seiner eigentlichen Wirksamkeit mit vielgeschäftigen Zugriffen seine Ratlosigkeit in den beunruhigten wirtschaftlichen und kulturellen Ordnungen zu verdecken sucht, stellt die liberal-rechtsstaatliche Doktrin vor ein folgeschweres Dilemma: entweder anerkennt sie den juristischen Pluralismus in dem Sinne, dass den Berufsverbänden in ihrem Bereiche eine weitgehende legislative Autonomie eingeräumt und der Staat so von den Wirtschaftsfragen entlastet wird, oder sie muss sich zu einer starken, mit der nötigen Rechtssetzungsbefugnis ausgestatteten Exekutive bequemen, da diese in erster Linie Gewähr für eine unparteiische Entscheidung wirtschaftlicher Interessenkämpfe bietet. Man kann die Exekutive zwar auch unter Druck setzen, aber — wie mir scheinen will — doch weniger leicht als die Parlamente, die selber interessengebunden sind und immer mehr unter diesem Gesichtspunkte gewählt werden.

Das Verordnungsrecht der Legislative gefällt mir als unbefriedigende Zwischen- und Kompromisslösung nicht recht. Mit den Verordnungs Kompetenzen sollte grundsätzlich die Exekutive ausgestattet sein, schon deshalb, weil es dann praktischer herauskommt. Die Wirtschaftsgesetzgebung muss zudem dynamisch gestaltet werden und kann schon deshalb auf dem ordentlichen Wege der Gesetzgebung nicht restlos gelöst werden, auch wenn dafür gesorgt wird, dass gewisse Mängel, welche der herkömmlichen Demokratie anhaften, beseitigt werden. Der Gesetzgebungsapparat sollte jedenfalls in einer Weise organisiert werden, dass er einigermaßen normal arbeitet. Dazu gehört im Bund die Anpassung der Unterschriftenzahl beim Referendum und der Initiative an die seit 1874 stark angewachsene Bevölkerungsziffer. In den Kantonen sollte man sich ebenfalls ernstlich fragen, ob nicht das obligatorische Referendum durch das fakultative ersetzt oder doch erheblich eingeschränkt werden sollte.

Ich trete also für eine starke Regierung ein dort, wo es sich gehört und soweit es sich mit unserer demokratischen Geisteshaltung verträgt. Es geht nicht an, wenn die Demokratie im 20. Jahrhundert eine echte Wirklichkeit bleiben soll, die aus dem 19. Jahrhundert ererbten demokratischen Einrichtungen samt und sonders für sakrosankt zu halten, ohne zu begreifen, dass ein Wandel in diesen Institutionen eingetreten ist. Ohne eine gewisse Übertragung der Vollmachten der gesetzgebenden Organe auf die Exekutive können die ausserordentlich komplexen Probleme der Nachkriegszeit nicht in Angriff genommen werden.

Der heutige Weltkrieg wird alle Völker zwingen, ihre politischen, insbesondere wirtschaftspolitischen Anschauungen einer zeitaufgeschlossenen Revision zu unterziehen. Auch die Schweiz wird sich in etwas umstellen müssen, wenn sie der Welt Vorbild sein will für die grosse Idee eines geeinten Europas und wenn das prophetische Wort Victor Hugos in Erfüllung gehen soll: „La Suisse finira par avoir raison en Europe.“

Je wichtiger aber die Verordnungs Kompetenzen der Exekutive werden, um so unerlässlicher ist es, das Verordnungsrecht in den Verfassungen ausdrücklich zu regeln, und zwar im Sinne einer rationellen Verteilung der Kompetenzen zwischen dem Gesetzgeber und der vollziehenden Gewalt, um ein Abgleiten in die Willkür und den Missbrauch zu verhindern.

Der vertretene Standpunkt bedeutet keine undemokratische Geisteshaltung. Es ist eine schiefe Alternative, das Erstarren der Exekutive in seinen verschiedenen Formen in die Nachbarschaft autoritärer, d. h. antidemokratischer Auffassungen zu bringen und diese allgemeine Erscheinung mit der Preisgabe individueller Freiheitsrechte und schlussendlich mit der Verleugnung des rechtsstaatlichen Gedankengutes auf eine Linie zu stellen. Die Dinge liegen viel komplizierter.

Im übrigen möchte ich es meinem verehrten Korreferenten überlassen, die Diskussion über das sogenannte Vollmachtenregime einzuleiten. Ich vertrete aber auch rücksichtlich des Staatsnotrechts die Ansicht, dass es abwegig ist, von „Verfassungsbruch“, von „kommissarischer Diktatur“ und anderen Ungereimtheiten zu reden. Wir wollen vielmehr dem Bundesrat dankbar sein, dass er uns vor Krieg und Hungersnot bewahrt hat. Primum vivere, deinde philosophari. Gesetzgeberische Erlasse, die vom Rechtsbewusstsein eines Volkes und der für sein Schicksal verantwortlichen Behörden getragen sind, besitzen den vollen Wesensgehalt des Rechts, und kein senkrechter Schweizer wird behaupten wollen, die Landesverräter z. B. seien widerrechtlich erschossen worden, wiewohl auch das mit dem Vollmachtenregime zusammenhängt (Verordnung vom 28. Mai 1940 betreffend Abänderung und Ergänzung des Militärstrafgesetzes).

Ich schliesse mit dem berühmten Ausspruch von Thiery: „Il ne faut pas aliéner la liberté et pour ne pas être tenté de l'aliéner, il ne faut pas en abuser.“

Der Referent französischer Sprache, Herr *Paul Lachenal*, Advokat in Genf, fügt seiner ebenfalls veröffentlichten Abhandlung folgendes bei:

Préalablement à toute considération, permettez-moi de souligner l'attention que j'ai vouée à la recommandation qu'avec raison notre Bureau m'avait exprimée, de m'en tenir aux limites assignées par ses instructions et précisées à notre imprimeur. Je crois m'y être exactement conformé, et si je le relève, c'est à seule fin de marquer mon effort constant de demeurer, un peu sèchement sans doute, au coeur de notre sujet. D'aucuns pourraient s'étonner d'un raccourci où je me suis borné à exposer l'évolution et l'application de la séparation des pouvoirs dans la démocratie suisse. C'est intentionnellement. Je savais que mon éminent et très docte co-rapporteur, le Professeur Oswald, consacrerait à ce chapitre nécessaire les développements qu'il comporte de toute évidence, notamment en droit suisse comparé, et j'ai pensé qu'il suffirait, quant à moi, de situer en quelques traits déterminants, le régime qui pendant près d'un siècle a commandé notre vie publique. Je me suis arrêté au domaine fédéral, comme étant celui qui accapare nos préoccupations et auquel la question posée, qu'enveloppe une formule proprement juridique — dont les clerics ont aussitôt saisi la clarté — nous invitait manifestement à nous limiter.

Sous l'angle largement ouvert de la délégation du droit de légiférer, c'est la question aiguë des pleins pouvoirs fédéraux qui est visée, leur origine, leur nature, leur légitimité, tant en regard du principe de la séparation des pouvoirs que de la Constitution.

A l'encontre de la plupart des constitutions cantonales, la Constitution fédérale dans sa pureté doctrinale — si l'on ose parler de pureté doctrinale à son propos et dans son état actuel — ne consacre pas le principe de la séparation des pouvoirs.

D'une manière générale et sous réserve des attributions directement assignées soit au Conseil fédéral et au

Tribunal fédéral, soit aux Cantons, c'est à l'Assemblée fédérale qu'il appartient, par voie législative, d'assurer l'application de la Constitution Fédérale. Sous les dites réserves, l'Assemblée fédérale absorbe le pouvoir législatif. Sauf intervention du referendum, son pouvoir d'interprétation est entier. C'est elle qui, en arrêtant le contenu de chaque loi, détermine aussi bien l'étendue de l'action qu'elle entend exercer elle-même, que, par voie de conséquence, l'étendue concédée à cette autre action, action complémentaire qui assurera l'exécution de la loi.

Cette exécution est du ressort du Conseil Fédéral, dont les compétences sont de trois ordres: gouvernemental, exécutif et juridictionnel. Les compétences d'ordre gouvernemental et d'ordre exécutif sont l'objet de controverses qui, aujourd'hui encore, sont loin d'être résolues, j'allais dire apaisées.

L'usage que le Conseil fédéral a fait de sa compétence gouvernementale est conforme à l'interprétation du Tribunal fédéral, que l'on considère l'art. 102 chiffre 9 de la Constitution, visant la sûreté extérieure de la Suisse ou que l'on considère le chiffre 10 du même article visant la sûreté intérieure.

En prenant ses arrêtés relatifs aux interdictions du port d'uniformes de parti, d'exportation d'armes, de munitions et de matériel de guerre à destination de l'Espagne livrée à la guerre civile et de participation à cette guerre; ou relatifs encore à l'interdiction d'exportation provoquée par la guerre italo-éthiopienne, le Conseil fédéral a agi dans l'ordre et le cadre de ses compétences gouvernementales.

Un éminent juriste l'en a vivement critiqué, à notre avis d'une manière qui n'est pas justifiée.

Contester au Conseil fédéral la compétence d'édicter de pareilles défenses dans l'intérêt de notre neutralité et pour l'observation de nos rapports internationaux, conduirait à le placer dans l'impossibilité de remplir, avec efficacité, sa mission — telle qu'il la tient de la Constitution. De même et avec tout autant de légitimité et de justifi-

cation constitutionnelle, ses décisions purement administratives ou d'espèce s'avérant insuffisantes, le Conseil fédéral a-t-il été amené à agir, par la voie de prescriptions générales, pour réprimer des attaques toujours plus nombreuses et perfides contre l'ordre à l'intérieur du pays. Et le Tribunal fédéral de lui reconnaître la compétence de recourir à l'institution de règles juridiques de portée générale; comme aussi de reconnaître la constitutionnalité des sanctions pénales attachées à ses prescriptions, pour autant que ses ordonnances présentent un caractère temporaire et que la sanction soit proportionnée au bien à protéger.

En regard de notre sujet, tel que nous rappelons qu'ils a été formulé: „Séparation des pouvoirs au point de vue de la délégation du droit de légiférer“, il convient de constater que les compétences ici en cause existent par elles-mêmes et non par délégation du pouvoir législatif. Elles participent de ce qu'on est convenu d'appeler „le pouvoir réglementaire“.

Les ordonnances et règlements édictés par le Conseil fédéral pour l'exécution des lois fédérales ou des arrêtés fédéraux n'impliquent pas davantage de la part de l'Assemblée fédérale une délégation de sa compétence législative, même dans les cas où l'arrêté charge expressément le Conseil fédéral d'y pourvoir. Pareille délégation n'est ni autorisée, ni prévue par la Constitution. Sans doute n'y a-t-il pas de règles sans exception et nous avons signalé les modifications apportées, dans le domaine des douanes, à la loi fixant les tarifs en vigueur, modifications d'ordre législatif édictées par le Conseil fédéral en vertu d'une délégation de compétence. Il n'en reste pas moins qu'en elle-même pareille délégation est contraire à l'esprit de la Constitution. Le pouvoir législatif, répétons-le en nos propres termes, exprime un mandat dont le législateur doit s'acquitter lui-même et dont il ne saurait se démettre en le transférant au pouvoir exécutif.

Si j'insiste, c'est que les juristes ne sont pas unanimes. Aussi bien n'ai-je pas éludé le débat, mais ce matin, je

vous dois de me résumer, si ce n'est même seulement de les évoquer. Les dispositions nécessaires à la mise en oeuvre et à l'application de la loi ressortissent au pouvoir exécutif dans son domaine, comme au juge dans le sien. Pour expliquer et justifier un pouvoir que, très simplement et de toute évidence, comporte la tâche à laquelle il répond, point n'est besoin de suivre l'avis de ceux qui, réservant au législateur seul le pouvoir d'édicter la „règle de droit“ sont dès lors contraints d'admettre en faveur du Conseil fédéral de la part de l'Assemblée, une délégation de compétence législative, à leurs yeux inconstitutionnelle, mais sanctionnée par un droit coutumier. Au surplus, cette compétence, d'ordre exécutif, reste subordonnée au contrôle souverain de l'Assemblée fédérale, comme généralement elle demeure dans le cadre et sous l'empire de la Constitution et de la législation.

Tout cela vaut pour le régime constitutionnel normal. Qu'en est-il du régime des pleins pouvoirs?

Vous connaissez nos conclusions. Elles s'inspirent d'une préoccupation d'entière objectivité et d'une information exacte qui n'omette aucun des arguments opposés au point de vue auquel en définitive nous nous sommes rangés. Sans doute, au cours de notre revue, n'avons-nous pas épuisé toutes les sources de documentation, ni toute la littérature politique et juridique ou juridico-politique qui lui est relative. Mais nous avons le sentiment, sinon d'avoir réussi à faire le point exact de la question, du moins sans arrière-pensée et sans esprit de polémique, d'avoir contribué à confronter les opinions les plus autorisées et les plus représentatives. Ainsi espérons-nous avoir facilité le débat qui s'introduit.

Bien que non prévu par la Constitution, le régime des pleins pouvoirs, avons-nous conclu, n'est pas, par ce fait, hors du droit. Imposé par la nécessité et accepté comme tel par la volonté générale, il puise dans cette manifestation tacite de la conscience publique son caractère de

droit public, pour le moment non écrit. Il en a la valeur juridique et la force obligatoire.

A cet égard, deux constatations forcent l'attention. D'une part, en quatre occasions répondant chacune à une notion constante de l'état de nécessité — menace des intérêts les plus essentiels, si ce n'est même menace de l'existence du pays — les Chambres fédérales depuis 1848 ont accordé au Conseil fédéral, en 1859 et en 1870, des pouvoirs spéciaux, en 1914 et 1939 des pleins pouvoirs. D'autre part, chaque fois le peuple suisse en a accepté le régime, en tant que régime d'exception imposé par une nécessité temporaire, et l'a soutenu par son adhésion libre, volontaire. C'est donc que ce régime de nécessité n'est point un régime innové, improvisé, artificiel, extérieur à notre droit public, surgi à l'improviste et le surprenant, mais qu'il a pris racine dans la vie et dans l'histoire de la nation. La collectivité lui a donné son adhésion. Cette adhésion éclate au jugement de chacun et personne ne le conteste. Selon l'avis de ceux-là mêmes qui mettent en question la „légalité“ du régime, cette adhésion lui confère sa légitimité.

Certains juristes ont cherché à faire rentrer les pleins pouvoirs dans la Constitution écrite. Nous avons examiné leurs théories, mais nous avons dû les écarter. Solliciter dans ce sens une interprétation hardie, c'est précisément — dangereusement — faciliter la tentation de recourir à cette procédure dans des circonstances qui n'offrent pas le caractère de danger et de nécessité auquel ce régime exceptionnel doit sa raison d'être. Mieux vaut reconnaître que le régime des pleins pouvoirs n'est pas prévu par la constitution écrite.

Notre avis est partagé par la grande généralité des auteurs. Il paraît concorder également avec celui du Tribunal fédéral.

Qu'il me soit permis de mettre ici l'accent sur deux de nos observations.

La première: D'une façon générale, on ne peut que souscrire à la manière dont le Conseil fédéral a réglé la

question délicate et difficile du contrôle administratif des décisions prises par ses sous-ordres dans l'activité qu'ils exercent en vertu de ses arrêtés extraordinaires. Mais cette appréciation approbative comporte une réserve: la pratique selon laquelle ce sont les Départements eux-mêmes, ou parfois de simples services subordonnés, qui déterminent les autorités de recours compétentes en dernier ressort, est critiquable. Certaines ordonnances du Département de l'Economie Publique ou des offices qui en dépendent, excluent, par exemple, de leur propre autorité, le droit de recours au Conseil fédéral, alors que les arrêtés sur lesquels ces ordonnances se fondent ne contiennent aucune disposition particulière à cet égard. J'ai visé notamment deux ordonnances, l'une du Département fédéral de l'Economie Publique sur l'approvisionnement du pays en carburants et combustibles liquides, l'autre de l'Office fédéral de guerre pour l'alimentation sur le contingentement des céréales panifiées. Le moins que l'on puisse dire, c'est que ces ordonnances ne sont pas justifiables. Elles risquent de discréditer ce régime; elles affaiblissent son autorité. Les pleins pouvoirs donnent au Conseil fédéral la faculté de s'écarter, dans la mesure nécessaire, des dispositions constitutionnelles en vigueur, mais le Conseil fédéral seul possède ce droit et il ne saurait le déléguer à ses sous-ordres, ni accepter qu'ils se l'arrogent. Aussi bien, lorsqu'un arrêté du Conseil fédéral ne prévoit aucune restriction au droit de recours, les dispositions de la loi sur la juridiction administrative et disciplinaire devraient-elles être maintenues et appliquées.

La seconde: Sous notre intitulé „Les pleins pouvoirs en cas de crise économique“, nous avons, en particulier, relevé la critique des mesures prises entre les deux guerres par les pouvoirs politiques de la Confédération, en vertu d'arrêtés votés d'urgence. Nous avons, à ce propos, relevé la singularité menaçante et révélatrice d'une tendance, d'un raisonnement, manifestés à plusieurs reprises et visant à justifier „l'urgence“, en présentant comme état

de nécessité une situation créée en bonne partie par la propre et libre volonté de l'Etat, par la politique qu'il a délibérément suivie, en dépit des avertissements qui lui avaient été adressés, notamment et avant tout des avertissements de son Gouvernement.

Nous insistons d'autant plus sur le danger de ce raisonnement sophistique et sur la tendance d'arrêts votés sous le coup de la soi-disant nécessité, que de nombreux juristes attendent de l'introduction d'un article constitutionnel, régularisant le régime des pleins pouvoirs, une garantie effective contre leur répétition abusive. „Ab uno disce omnes!“

Nous l'avons dit: d'abord, en l'état actuel, un tel article ne pourrait que consacrer la pratique des autorités fédérales, de sorte que, pour le moment, il ne paraît pas répondre à une véritable et urgente nécessité.

On peut, d'autre part, se demander si son introduction dans la Constitution écrite, même dans les termes très larges que nous avons envisagés, n'atténuerait pas le caractère rigoureusement exceptionnel que doit revêtir le régime des pleins pouvoirs et si, étant donnée la tendance révélée par l'application de la clause d'urgence, cet article nouveau n'ouvrirait pas la porte à un usage sinon immodéré, en tout cas moins strictement et moins rigoureusement exceptionnel des pleins pouvoirs, en un mot un usage qui contredise le caractère pour ainsi dire solennel de l'état de nécessité qui le légitime.

Je ne saurais me clore sans constater notre accord de principe et sur tous les points importants entre le Prof. Oswald et moi-même, nos conclusions, sans se superposer se rapprochent sensiblement. Au cas, cependant, où les interprétant peut-être erronément elles tendraient à obtenir d'un texte constitutionnel réformé une répartition des compétences respectives de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral plus conforme, dans l'idée du Prof. Oswald, à la doctrine classique et pure de la séparation des pouvoirs, je lui demanderai de s'expliquer encore. En parti-

culier, sa 4<sup>me</sup> conclusion ne m'apparaît pas justifiée, puisqu'aussi bien elle aurait pour effet d'entraver le pouvoir législatif de l'Assemblée fédérale, autorité suprême à laquelle la Constitution ne saurait ni retirer ni mesurer le droit de légiférer aussi loin, aussi complètement qu'elle peut en décider en l'un quelconque des domaines qu'elle lui reconnaît, conséquemment ni lui retirer ni mesurer le droit de déterminer elle-même le domaine réservé et propre au pouvoir réglementaire du Conseil fédéral. Pour ma part, enfin, je ne discerne pas les conflits que supposent les conclusions 3 et 4, ni le bénéfice qu'en devrait retirer le jeu normal de nos institutions législatives et gouvernementales.

En terminant, je tiens encore à constater l'entier accord qui s'est établi spontanément entre le juriste choisi sans doute par votre Comité en raison de son expérience politique et le savant juriste de la Haute Ecole de Fribourg.

Der Präsident erteilt nach kurzer Pause folgenden Diskussionsrednern das Wort:

Herr Dr. *Joseph Piller*, Staatsrat in Freiburg:

Sous l'angle du principe de la séparation des pouvoirs, je n'ai rien à ajouter aux excellents travaux des éminents rapporteurs. Ils ont dit tout ce qu'on pouvait dire quant à la possibilité de déléguer, de céder ou de conférer le pouvoir ou le droit de légiférer.

Mais on peut atteindre à une certitude plus complète en envisageant le problème sous l'angle des fonctions de l'Etat. Ce sont, en effet, les fonctions qui sont l'essentiel, la raison d'être et la tâche fondamentale de l'Etat.

Le but de l'Etat, sa raison d'être, est d'assurer l'ordre social, d'une part, et d'autre part de promouvoir le bien commun. Pour réaliser ce double but il doit déployer des activités diverses: il doit dire le droit, l'exprimer d'abord pour l'appliquer ensuite; il doit administrer; il doit faire

exécuter les décisions qu'il prend ou que prennent ses organes; il doit surtout gouverner, et pourvoir ainsi à ce qu'exige le bien commun.

Qui sera chargé de ces diverses tâches? A ce sujet, appliquant l'essentiel de la théorie classique de la séparation des pouvoirs, on pourrait dire: le pouvoir législatif dira le droit, c'est-à-dire qu'il exprimera sa volonté par des actes qui auront le nom de loi; les tribunaux appliqueront cette loi en tant que cela est requis par la collision d'intérêt entre deux personnes placées sur un pied d'égalité, ou en tant qu'il s'agit du respect de dispositions d'ordre pénal; dans les autres cas l'application de la loi incombera au pouvoir exécutif.

Mais cette construction, établie pour opposer les pouvoirs l'un à l'autre et placer ainsi des contre-poids afin de mieux sauvegarder la liberté individuelle, est purement idéologique; elle est factice et fautive et ne correspond pas à la réalité qui elle est plus vaste et plus complexe. C'est ainsi que ni l'activité administrative, ni surtout l'activité gouvernementale, pourtant fondamentale dans l'Etat, n'y trouvent leur place.

Or, que voyons-nous dans la réalité, sinon que chacun des pouvoirs exerce, dans certaines limites, chacune des activités étatiques: Le Parlement dit le droit, oui, mais il administre aussi — le budget par exemple —; il procède à des actes de gouvernement: nominations, et peut même, dans certains cas, être juge (contentieux administratif, Haute Cour).

Le Gouvernement gouverne. Il administre aussi et pourvoit au bon fonctionnement des services publics. Il juge en tant que contentieux administratif. Enfin il dit le droit et l'exprime en prenant les arrêtés d'exécution qu'exigent les lois, en appliquant la loi journallement et aussi en collaborant de façon constante à l'activité législative du Parlement.

Les tribunaux jugent, mais ils disent aussi le droit en l'appliquant, créant la jurisprudence qui est aussi une

source de droit, *praeter legem* et même *contra legem*. Ils administrent en prenant les mesures aptes à assurer le meilleur fonctionnement de la justice. Ils procèdent même à des activités gouvernementales: nominations, par exemple.

Que devient dans toute cette affaire la délégation du pouvoir de légiférer?

A la base de la théorie de la séparation des pouvoirs, il y a comme point de départ l'idée de la suprématie de la loi, parce que la loi est l'expression de la volonté générale. On en déduit cette idée fautive de la suprématie de l'organe qui fait la loi: le Parlement. Il suit de là qu'en se plaçant sur l'angle de la séparation des pouvoirs on arrive difficilement à des conclusions satisfaisantes quant au problème en général.

Si par contre, nous prenons comme point de départ la théorie des fonctions de l'Etat en considérant les activités auxquelles celui-ci doit faire face, il nous apparaît, à moins que je ne m'abuse, que le problème ne présente plus des difficultés juridiques difficilement surmontables. Assurer l'ordre et promouvoir le bien commun, telle est la tâche de l'Etat dans la Société. Telle est par conséquent celle de tous les organes de l'Etat. Ce bien commun ne sera assuré et sauvegardé que si chaque organe, sans chercher à diviser pour régner, collabore avec les autres en se considérant comme la partie d'un même tout. Il ne le sera que si chaque organe prend à temps, selon son rôle propre et en la forme appropriée, les mesures et les initiatives indispensables.

Le Gouvernement, dans ses attributions soit gouvernementales, soit administratives, soit exécutives ou, le cas échéant judiciaires, ne saurait avoir à cet égard ni moins de droits, ni moins de devoirs que n'importe quel autre pouvoir. Son obligation de prendre, dès qu'elles s'avèrent nécessaires au bien commun, les mesures indispensables à la conservation de l'Etat, est d'autant plus impérieuse pour lui qu'il est l'organe permanent, le seul dont l'action ne comporte ni répit, ni suspension, ni interruption.

Sa fonction même exige cela; il n'a pas besoin de délégation, ni d'autorisation spéciale. En prenant ces mesures, qu'elles soient d'ordre législatif, administratif ou même judiciaire, il ne fait qu'accomplir les obligations de sa charge, et plus particulièrement de sa charge gouvernementale, qui est d'assurer le bien commun et, dès lors, avant tout, de veiller à l'existence de l'Etat. Car l'existence est pour l'Etat le bien suprême.

En proclamant solennellement ce devoir, le Parlement, comme il l'a fait en 1939, n'a fait que rappeler une évidence qu'il était bon et salutaire de rappeler. Il n'a rien conféré au Conseil fédéral que celui-ci n'eut pas déjà étant donné les circonstances, et le Conseil fédéral n'exerce pas ses pouvoirs en lieu et place d'un autre pouvoir; il joue simplement son rôle, le rôle que lui imposent les circonstances dont ni lui ni nous ne sommes les maîtres.

La solution adoptée (que tous connaissent) est pleinement conforme à la nature même des choses, à la réalité juridique et en même temps à la réalité politique.

Elle cadre avec la théorie des fonctions que nous venons d'esquisser.

Herr Dr. *Dietrich Schindler*, Professor, Zürich:

Beide Referenten haben mit Recht anerkannt, dass die Schweiz die Gewaltentrennung in einer ihr eigenen Weise durchgeführt hat und dass das Verordnungsrecht der Regierung der Verfassung keineswegs widerspricht, auch wenn diese sich darüber ausschweigt. Das Verordnungsrecht ist auch tatsächlich, wie z. B. die Erfahrung von Zürich seit 1831 zeigt, von der Einführung der liberalen Verfassungen an sowohl als selbständiges wie als delegiertes Recht stets gehandhabt worden. Ob der Begriff der Delegation beibehalten wird oder die Auffassung vertreten wird, die Regierung erlasse Ausführungsverordnungen gestützt auf ein ihr zustehendes „pouvoir réglementaire“, ist nicht von grosser Bedeutung. Mir scheint,

dass der Begriff der Delegation zutreffender ist, weil der Umfang der Verordnungskompetenz nicht verfassungsrechtlich feststeht, sondern vom auszuführenden Gesetz abhängig ist, es also der Gesetzgeber ist, der dem Inhaber der Verordnungsgewalt mehr oder weniger Befugnisse überlässt. Doch ist daran festzuhalten, dass die Delegation nur an eine Instanz erfolgen kann, die kraft ihrer verfassungsmässigen Stellung zur Setzung von Rechtsnormen qualifiziert ist. Das trifft für den Bundesrat und die kantonalen Regierungen jedenfalls zu.

Die Grenzziehung zwischen Gesetz und Verordnung kann nicht nach einem allgemeingültigen Schema geschehen. Zwar ist es selbstverständlich, dass der Gesetzgeber nicht seine ganze Kompetenz an die Regierung abtreten kann. Aber auf der andern Seite geht es zu weit, von ihm zu verlangen, dass er jeden Satz, den man als Rechtssatz bezeichnen könnte, selbst erlässt. Der Umfang der Kompetenz ist je nach dem Rechtsgebiet verschieden (Verwaltungsrecht einerseits, Privatrecht andererseits). Zu beachten ist bei der Grenzziehung zwischen Gesetz und Verordnung auch die Eigenart des schweizerischen Staatsrechtes. Der Umstand, dass wir für die Gesetzgebung das Referendum kennen, verbietet uns, den Weg der formellen Gesetzgebung zu überlasten. Deshalb kann uns das Ausland, wo ein Parlament jährlich Hunderte von Gesetzen erlässt, für unsern Gesetzesbegriff nicht vorbildlich sein. Die besondere Verfahrensform, die wir für die Gesetzgebung kennen, hat ihren unvermeidlichen Einfluss auf den Inhalt dessen, was als Gesetz erlassen wird. Mit anderen Worten: die Existenz des Referendums spricht zugunsten einer nicht allzu engen Umschreibung der Verordnungskompetenzen.

Die Frage der Gewaltentrennung und der Delegation gesetzgeberischer Kompetenzen hat heute einen etwas andern Aspekt als 1848 und 1874. Damals standen die abstrakte, generelle Norm (Gesetz oder Verordnung), die auf unbeschränkte Zeit gilt und widersprechende Normen

aufhebt, und die einfache Vollziehung einander gegenüber. Die Hauptmasse des heute gesetzten Rechts liegt aber dazwischen. Dieses Recht weist Merkmale des einen und andern auf. Die Erlasse zum Schutz notleidender Wirtschaftszweige, diejenigen mit Bezug auf die Kriegswirtschaft, die Landesversorgung usw. sind nur beschränkt generell, sie gelten entweder nur für bestimmte Personen oder für bestimmte Zeit oder doch nur für die Dauer bestimmter äusserer Umstände; dieses Recht hebt widersprechendes Recht nicht auf, es drängt es nur in seinem Geltungsbereich vorübergehend beiseite. Das ist eine Kategorie von Rechtssätzen, welche die Schöpfer der Verfassung nicht — jedenfalls nicht im heutigen Umfang — vorausgesehen haben. Wird dieses Recht vom Standpunkt des Vorbehalts des Gesetzes aus betrachtet (es handelt sich ohne Zweifel um Eingriffe in Freiheit und Eigentum), so bedarf es der gesetzlichen Grundlage, und sofern für den Bund neue Kompetenzen in Anspruch genommen werden, der Verfassungsrevision. Aber von einem andern Standpunkt aus gesehen fehlt ihm für die wahre Gesetzgebung und die wahre Verfassungsrevision, wie sie die Schöpfer der Verfassung im Auge hatten, ein wesentliches Merkmal. Es ist das Merkmal der Dauer, genauer des Definitivums. Denn diese Massnahmen sind allein bedingt durch äussere Umstände, die ihrer Natur nach vorübergehend sind und — wenn sie schliesslich auch lange andauern — eminent unstabil, der Möglichkeit täglichen Wechsels unterworfen sind. Weil die Umstände unstabil sind, kann das auf sie zugeschnittene Recht nicht stabilisiert werden, also insofern den Charakter eines Gesetzes, resp. eines Verfassungssatzes nicht annehmen.

Da unsere Verfassung für die Bewältigung dieser Schwierigkeiten nicht recht vorgesorgt hat, nehmen wir hier Zuflucht zum Notrecht. Wie dem Inhalt, so steht es auch der Art seiner Entstehung nach gleichsam in der Mitte zwischen abstrakt-genereller Norm und konkreter Einzelmassnahme.

Zum Thema Verfassung und Notrecht möchte ich noch eine kurze Bemerkung machen. Es wird heute überwiegend die Ansicht vertreten, dass das Notrecht ausserhalb der Verfassung stehe, auch von denjenigen, die sich im übrigen zum Notrecht durchaus positiv einstellen. Ich fürchte, dass man mit einer solchen Behauptung zuviel beweist. Es besteht denn doch eine enge Verbindung unseres heutigen Notrechts mit der Verfassung: Erstens sind es die obersten, verfassungsmässig bestellten Behörden, die das Notrecht setzen. Zweitens liegen die notrechtlichen Massnahmen in der Linie der normalen Kompetenzen der Bundesversammlung und des Bundesrates, wie sie in Art. 86, Ziffer 6 und 7, und Art. 102, Ziffer 9 und 10, umschrieben werden. Niemand bestreitet, dass das Notrecht zur Erfüllung der dort umschriebenen Aufgaben dient. Wenn diese Bestimmungen für sich allein nicht zur Begründung des Notrechts ausreichen, so liegt der Grund nicht in ihrer Formulierung, sondern in andern Vorschriften der BV. Ganz anders wäre es, wenn etwa das Bundesgericht die notrechtlichen Erlasse aufgestellt hätte, oder eine kantonale Regierung für die ganze Schweiz derartige Befugnisse in Anspruch nähme oder sich gar ein revolutionäres Komitee an die Stelle der verfassungsmässigen Behörden setzen würde; dann hätte man es mit Erlassen auf Grund einer Machtanmassung zu tun, die allerdings ausserhalb der Verfassung ständen.

Die Ausübung notrechtlicher Kompetenzen durch Bundesversammlung und Bundesrat ist jedoch nicht eine Machtanmassung, sondern nur, könnte man sagen, eine Kompetenzdehnung. Man hat es hier mit einer Erscheinung zu tun, die derjenigen in einem lebendigen Organismus analog ist: einzelne Organe werden über das gewöhnliche Mass hinaus, aber in einer, ihrer Funktionsart entsprechenden Weise, beansprucht, weil ein anderes Organ vorübergehend aussetzt; es handelt sich um eine zwar ausserordentliche, aber dem Gesamtsystem des Organismus angepasste, unentbehrliche Betätigung, ja eine solche,

in der sich die Lebensfähigkeit eines Organismus erst recht bezeugt. Jeder Staat ist in einer gewissen, hier nicht näher zu erörternden Weise ein Organismus, weshalb solche Analogien aus den organischen Geschehen der Sachlage besser gerecht werden, als die formale Logik, deren scheinbare Schlüssigkeit auf der suggestiven, aber falschen Übertragung einer der Mathematik und Geometrie analogen Argumentationsweise auf Staat und Recht beruht. Kurz gesagt: das Notrecht geht zwar über die Verfassung hinaus (es ist ein *ius praeter constitutionem*), aber es steht nicht einfach neben der Verfassung auf Grund originärer Entstehung (wie revolutionäres Recht), sondern es ist in der Verfassung verwurzelt, und gewinnt daraus, neben der Evidenz seiner Unentbehrlichkeit, seine Legitimität und Legalität.

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

Ich möchte vom Standpunkt des Theoretikers einige Bemerkungen machen. Mit Rücksicht auf die Begrenzung der Redezeit auf zehn Minuten muss ich mich auf ganz wenige Punkte beschränken, wobei ich naturgemäss auf das vielgestaltige Referat von Professor Oswald nicht eingehen kann.

Das Referat von Dr. Lachenal zeichnet sich durch grosse Konzentration aus. Es behandelt erstens nur das Bundesverfassungsrecht und zweitens von diesem hauptsächlich den Staatsnotstand.

Die erstere Beschränkung hat allerdings eine nachteilige Konsequenz. Man kann nämlich die Bundesverfassung nicht richtig verstehen, wenn man nicht berücksichtigt, dass sie an die zeitlich vorausgegangene kantonalsstaatsrechtliche Entwicklung anknüpft, soweit nicht spezifisch föderative Probleme in Frage stehen. Weil Lachenal diesen Zusammenhang nicht beachtet, hat er erklärt, dass das Prinzip der Gewaltentrennung der BV fremd sei. Das trifft aber sicher nicht zu.

Schon rein äusserlich verweist die BV. auf dieses Prinzip, wenn sie im zweiten Abschnitt die Bundesversammlung, den Bundesrat und das Bundesgericht in eigenen Unterabschnitten nebeneinander stellt. Dass zwischendurch ausserdem ein Unterabschnitt der Bundeskanzlei gewidmet ist, erklärt sich daraus, dass diese ein für die Bundesversammlung und den Bundesrat gemeinsames Organ bildet.

Aber auch in der Sache besteht kein Zweifel. Das Prinzip der Trennung der Gewalten umfasst bekanntlich drei Komplexe: a) die Trennung der Funktionen, b) die Trennung der Organe, c) die Trennung der Personen. b und c sind streng durchgeführt, besonders scharf c: Niemand kann gleichzeitig Mitglied zweier der genannten Behörden sein. Dieser manchmal z. B. für die Bundesbeamten beanstandete Grundsatz lässt sich nur aus dem Gewaltentrennungsprinzip erklären.

Das Prinzip ist aber auch unentbehrlich für die Abgrenzung von a, nämlich der Funktionen untereinander. Dann in Art. 85 und 102 BV. sind zum Teil die gleichen Angelegenheiten, und zwar sogar mit übereinstimmenden Worten aufgezählt: äussere Sicherheit, Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz, innere Sicherheit, Handhabung von Ruhe und Ordnung; vgl. Art. 85 Ziffer 6 und 7, Art. 102 Ziffer 9 und 10. Da es unmöglich ist, eine konkurrierende Kompetenz von Bundesversammlung und Bundesrat anzunehmen, ist der Sinn nur zu ermitteln, wenn man das Gewaltentrennungsprinzip als grundlegend erachtet. D. h. auf dem betreffenden Sachgebiet ist die Bundesversammlung kompetent, soweit es sich um Angelegenheiten der Legislative handelt, der Bundesrat, soweit Angelegenheiten der Exekutive in Frage stehen.

Lachenal bedient sich im Grunde genommen selbst dieses Arguments, wenn er die Kompetenz des Bundesrats in bezug auf die äussere und innere Sicherheit abgrenzen und die Einrichtung der Bundesversammlung ausschliessen

will. Denn ohne Berücksichtigung des Gewaltenteilungsprinzips wäre auch die umgekehrte Argumentation möglich, nämlich, dass die Bundesversammlung alle diese Kompetenzen besitzt, weil die Angelegenheit in Art. 85 aufgezählt ist. Nur unter dem Gesichtspunkt der Zuweisung zur Exekutive ist der Ausschluss der Ingerenz der Legislative zu begründen.

Allerdings ist die Gewaltentrennung im schweizerischen Staatsrecht sowohl der Kantone wie des Bundes nur ein sekundäres Prinzip, über dem als primäres Prinzip die Souveränität des Volkes, bzw. im Bund des Volkes und der Kantone steht. Die Gewaltenteilung betrifft nur die vom Volk, bzw. vom Volk und von den Kantonen eingesetzten Behörden. Darum ist es, nebenbei bemerkt, nicht richtig, wenn der Ausschluss des Referendums gegenüber Akten der Legislative manchmal als Einbruch in das Gewaltentrennungsprinzip behandelt wird, während es sich richtigerweise um einen Einbruch in die Souveränität des Volkes bzw. der Kantone handelt.

Die Berücksichtigung beider Prinzipien für das Verständnis und die Auslegung des Verfassungsrechtes ist nicht zu entbehren. Wie ich in meinem Buch „Allgemeine Rechtslehre“ dargelegt habe, ist das oberste Auslegungsprinzip, auf das in letzter Instanz rekurriert werden muss, die Gesamtanschauung der rechtsetzenden Faktoren, die Grundvorstellung derselben, der leitende Ideenkomplex, der tragende Gedanke, das vorrechtliche Gesamtbild, die tragende vorrechtliche Grundidee (vgl. a. a. O. S. 109 f.). Alle diese Ausdrücke sind gleichbedeutend. Wenn man sich dessen bewusst ist, wird in der Regel der unüberbrückbar scheinende Gegensatz zwischen Naturrecht und positivem Recht praktisch ausgeschaltet. Denn indem man nach dieser tragenden vorrechtlichen Grundidee fragt, wird auf der einen Seite der Boden des positiven Rechts nicht verlassen, der bei richtiger Auffassung mit Formalismus gar nichts zu tun hat, da das Recht eine sinn- und zweckerfüllte Ordnung ist. Auf der andern Seite aber

zeigt sich, dass die meisten Prinzipien, für die man sich auf das Naturrecht als Stütze glaubt berufen zu müssen, in dem tragenden rechtlichen Ideenkomplex enthalten sind.

Auf diesem Boden findet auch das Notstandsrecht seine sichere Grundlage, und, wie ich ausdrücklich hervorheben will, seine positivrechtliche Grundlage. Der Grundgedanke ist von beiden Referenten im wesentlichen übereinstimmend entwickelt worden. Wenn die staatliche Existenz in Gefahr ist, genügt die normale Kompetenzordnung nicht, sondern eine ausserordentliche wird notwendig. Um ihren Bestand zu retten, muss die Demokratie sich im Fall der äussersten Gefahr vorübergehend einer monokratischen Konzentration der Staatsgewalt anvertrauen. Das ist das jeder Demokratie wohlbekanntes Vorbild der römischen Diktatur, der man im zwanzigsten Jahrhundert das Attribut „kommissarische“ Diktatur im Gegensatz zu der auf Dauer berechneten „soveränen“ Diktatur beigelegt hat. Es besteht also kein Grund, vor der Anwendung des Ausdrucks „kommissarische Diktatur“ aus demokratischen Velleitäten das Gruseln zu bekommen, da es sich dabei um eine besonders wirksame Existenzgarantie für die Demokratie handelt.

Da nun diese vorübergehende monokratische Konzentration der Staatsgewalt zu dem eisernen Gedankeninventar der demokratischen Ideologie gehört, ist sie auch kein Fremdkörper in dem ideellen Grundbestand der schweizerischen Demokratie, sondern im Gegenteil ein untrennbares Glied derselben. Sonst wäre es auch nicht erklärlich, warum man, wie Lachenal m. E. zutreffend anführt, jedesmal, wenn sich die Situation der äussersten Gefahr für die Existenz des Staates ergeben hat, wie 1798, 1799, 1859, 1870, 1914 und 1939 ohne das geringste Zaudern der Bundesexekutive ausserordentliche Vollmachten übertragen hat. Angesichts dieser kontinuierlichen Haltung muss man feststellen, dass ebenso wie die Gewaltentrennung als staatliches Grundprinzip für normale Zeiten die Gewaltenkonzentration als staatliches

Grundprinzip für anormale Zeiten gegolten hat und darum zu den für das positive Recht massgebenden Grundvorstellungen im Sinn jener erwähnten obersten Auslegungsregel gehört.

Dieser Gedankengang dürfte auch im Unterbewusstsein für Giacometti ein Rolle gespielt haben, wenn er dem Vollmachtenregime den Charakter der Legitimität zubilligt. Es ist schade, dass er sich durch gewiss ehrenwerte Besorgnisse davon hat abhalten lassen, von der Legitimität auch auf die Legalität zu schliessen. Denn diese steht ja keineswegs im Gegensatz dazu, sondern besitzt vielmehr darin ihre eigentliche Grundlage, wie für die neuere Staatsrechtswissenschaft keinem Zweifel unterliegt. Nebenbei bemerkt hat Giacometti seine These von der Illegalität der Notrechtserlasse im Grunde genommen selbst wieder aufgegeben, worauf ich ausdrücklich aufmerksam machen möchte, wenn er in seinem zweiten Aufsatz in den Basler Nachrichten diese Erlasse als für die Bürger rechtsverbindlich erklärt, allerdings mit dem speziellen Argument, dass sie wegen Art. 113 III der BV. vor dem Bundesgericht nicht angefochten werden können. Illegalität und Rechtsverbindlichkeit schliessen sich nämlich aus. Was rechtsverbindlich ist, ist auch legal.

Schliesslich ist es sogar durchaus möglich, die positivrechtliche Zulässigkeit des Vollmachtenregimes mit einer formulierten Bestimmung der BV. in Zusammenhang zu bringen, nämlich mit Art. 2, der den Bundeszweck ausdrücklich ausspricht: „Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt.“ Auch hier ist darauf zu verweisen, dass die neuere Staatsrechtstheorie in derartigen programmatischen Verfassungsbestimmungen durchaus nicht etwa nur die „historisch interessante Mitteilung eines politischen Gedankens der Gründer des Bundes“ sieht, wie der führende

Kommentar sich ausdrückt (Burckhardt, 3. Aufl. S. 11), sondern ihnen materiellrechtliche Bedeutung beimisst. Mangels Zeit kann dies hier nicht näher belegt werden. Erwähnt sei nur, dass Art. 2 — ebenso wie Art. 1 über die Zusammensetzung des Bundes —, welche beiden Artikel die konstituierenden Elemente, Substrat und Zweck der Eidgenossenschaft als Gesamtstaat zum Gegenstand haben, allen übrigen, die genauere rechtliche Gestaltung des Bundes bestimmenden Vorschriften vorangehen (vgl. hiezu etwa Nawiasky, Aufbau und Begriff der Eidgenossenschaft, S. 25, 26, 36). In diesem Sinn kann man Schindler beistimmen, während seine Berufung auf Art. 71 nicht überzeugt, weil dort neben der Ausübung der obersten Gewalt des Bundes durch die Bundesversammlung die Rechte des Volks und der Kantone *expressis verbis* vorbehalten sind.

Leider erlaubt es wieder die zeitliche Beschränkung der Diskussion nicht, darzulegen, welche spezielle Gestaltung man dem Gedanken der ausserordentlichen Gewaltkonzentration in seiner spezifisch schweizerischen Prägung theoretisch korrekt geben muss, insbesondere wie dabei der Gedanke der vorübergehenden Diktatur eine sehr interessante Demokratisierung erfahren hat und wie, darauf aufbauend, die Fragen von Rechts wegen zu beantworten sind, die Lachenal über die Inkraftsetzung, Ausübung, Kontrolle und Beendigung der ausserordentlichen Vollmachten aufwirft und mit politischem Fingerspitzengefühl behandelt. Man kann den Grundgedanken vielleicht kurz folgendermassen skizzieren, wobei es auf jedes Wort ankommt:

In einem Augenblick akuter Gefahr, in dem keine Zeit zu verlieren ist, tritt die gewählte Repräsentation des souveränen Volkes und der souveränen Kantone unverzüglich zusammen und überträgt im Namen der Inhaber der Souveränität der allein zu sofortigem Handeln befähigten obersten Exekutivbehörde des Landes Vollmacht und Auftrag, alles für die Existenz der Gesamtheit Notwendige

vorzukehren und ihr darüber von Zeit zu Zeit Rechenschaft zu erstatten.

Aus dieser grundsätzlichen Formulierung lassen sich die oben genannten Fragen mit ziemlicher Sicherheit eindeutig beantworten, und zwar in streng logischer Methode, worauf ich als Jurist und Staatsrechtstheoretiker angesichts der gelegentlichen Anzweiflung ihrer Berechtigung den grössten Wert legen möchte. So folgt beispielsweise aus der Ablösung der Gewaltentrennung durch die Gewaltenkonzentration der Ausschluss jeglicher nicht von dem Vollmachthaber selbst vorgesehenen richterlichen Kontrolle, aus der Überwachungsfunktion der Bundesversammlung gegenüber dem Vollmachtgebrauch, die gleiche grundsätzliche Stellungnahme der Legislative gegenüber den vom Bundesrat delegierten Unterbehörden wie gegenüber ihm selbst, die Inkompetenz der Bundesversammlung, die Ausübung der Vollmachten an sich zu ziehen usw. Es bestätigt sich hier wieder wie in allen Fällen, dass die Logik, als die Fähigkeit richtig zu denken, keineswegs im Widerspruch steht mit einer sinnvollen Lösung der gestellten sachlichen Probleme, sondern sogar ihre unverzichtbare Voraussetzung ist.

Herr Dr. *Edm. Binet*, notaire, Genf:

Je voudrais tout d'abord féliciter notre comité du choix qu'il a fait en mettant le sujet d'aujourd'hui à notre ordre du jour.

Ce sujet est bien propre à intéresser tout juriste et, je dirais même tout citoyen, car il est moins nécessaire que dans un autre domaine du droit d'être un spécialiste de la question pour avoir quelques idées à son sujet.

A vrai dire, on peut se demander s'il s'agit bien en l'espèce de la séparation des pouvoirs. Quand on voit l'organe du pouvoir exécutif investi de compétences législatives, quand on voit, M<sup>e</sup> Lachenal nous le dit, ce même pouvoir appelé à trancher les recours administratifs, c'est en réalité les trois pouvoirs réunis dans la même main et

il s'agit davantage d'une réunion des pouvoirs que d'une séparation des pouvoirs.

Le régime des pleins pouvoirs ainsi que le souligne le rapporteur est en dehors du droit écrit.

Notre pays, en cas de guerre européenne, est dans une situation telle que des solutions rapides et immédiates doivent être prises.

Le salut du pays devient la loi suprême, loi supérieure, s'il le faut à la Constitution elle-même.

Dès lors il s'agit davantage d'un problème politique que d'un problème juridique.

L'homme de la rue admet les entorses apportées au jeu de nos institutions à conditions que ceux qui en sont les auteurs lui inspirent confiance et à condition qu'il y ait indéniablement nécessité.

Ce régime répond, d'autre part, chez les jeunes générations à un besoin d'autorité, besoin que les hommes plus âgés, de la génération libérale, ne ressentent peut-être pas au même titre.

L'opinion admet, d'une manière générale, le régime des pleins pouvoirs avec les limites indiquées par le rapporteur, quand bien même ce régime n'est pas expressément constitutionnel.

Elle admet des solutions comme la privation de l'indigénat pour les Suisses indignes quoiqu'en dise l'un de nos confrères dans un article de revue paru récemment.

On ne peut pas se placer au point de vue de Sirius. Il faut tenir compte des contingences et se rappeler que notre pays est en danger.

Si par ci par là, des réserves sont formulées, elles portent sur la sphère d'actions du régime que l'on voudrait voir se cantonner dans les domaines qui sont indiscutablement en rapport avec la situation qui met en danger l'existence du pays et par contre laisser de côté les autres questions. Mais cette distinction est difficile à établir dans un monde où le social, l'économique et le politique sont étroitement liés.

Elles portent aussi sur la limitation dans le temps, et ceux qui les formulent désirent que ce régime exceptionnel cède le pas à la procédure normale dès que la situation redeviendra normale.

Mais la situation redeviendra-t-elle normale? Qui peut dire quand et ce que sera la normale. Dans cette situation soi-disant redevenue normale, nos institutions pourront-elles tranquillement fonctionner comme par le passé. Qui le sait!

Il est permis de penser que notre régime constitutionnel n'est pas apte à fonctionner en période de crise et qu'il n'est viable qu'en période de calme.

Or la période de calme a pris fin au mois d'août 1914 et elle ne reviendra peut-être pas.

Serons-nous contrains de maintenir le système des pleins pouvoirs après la guerre et si oui jusqu'à quand?

C'est à l'assemblée fédérale qu'il appartiendra d'en décider et nos représentants auront là la tâche délicate entre toutes d'interpréter la volonté du peuple et de décider s'il y a ou s'il n'y a pas état de nécessité.

Je me rallie sur ce point aux conclusions du rapporteur. Je pense aussi que notre Constitution aura plutôt besoin d'une refonte complète que de l'adjonction d'un article dont la rédaction n'irait pas sans difficulté.

Il y a toutefois dans le chapitre concernant le contrôle des pleins pouvoirs et notamment les recours, un argument qui m'a causé un certain malaise juridique.

Le recours au Conseil fédéral, nous dit Me Lachenal, p. 380, est ouvert contre les décisions prises par ses Départements. Il est l'autorité suprême en cette matière. Toutefois le Conseil fédéral n'a pas la possibilité de trancher ces recours. Aussi délègue-t-il ce pouvoir soit à des départements ou services fédéraux, soit à des commissions spéciales.

M<sup>e</sup> Lachenal justifie cette procédure par deux raisons. Tout d'abord pour la raison que le temps ferait défaut

aux membres du conseil exécutif et là nous n'avons aucune peine à le croire. Mais l'autre raison nous paraît moins pertinente. Les questions à trancher sont, aux dires du rapporteur, tellement spéciales que seul un expert en la matière peut arriver à y voir clair.

Cet argument me paraît présenter un certain danger au point de vue juridique, car il introduit une notion nouvelle dans l'administration de la justice, à savoir que seuls les experts sont qualifiés non seulement pour comprendre, mais pour trancher certaines questions spéciales.

Le droit administratif cantonal connaît aussi le recours administratif et ceux qui ont l'occasion de présenter de pareils recours ont parfois le sentiment fâcheux que le chef a tranché dans tel ou tel sens parce qu'il s'agissait d'une matière si complexe qu'il n'a pu faire autrement que de s'en rapporter à l'opinion d'un sous-ordre plus versé que lui en la matière.

Il y a là une espèce d'abdication de nature à affaiblir la foi que l'on doit avoir dans l'autorité appelée à trancher le recours.

On ne verrait guère dans un tribunal pénal un juge se refuser à trancher un litige de nature très spéciale — disons de nature comptable — pour la raison qu'il n'a pas les compétences nécessaires, et charger l'expert-comptable de prononcer la condamnation. Le juge doit trancher.

Si l'on doit admettre en principe que le Conseil fédéral peut se décharger sur d'autres organes du soin de trancher les recours, je préférerais que l'on dise que c'est faute de temps plutôt que faute de compétence et que l'on chargeât de cette tâche les commissions pénales plutôt que les organes administratifs.

Ma remarque est d'ailleurs faite du point de vue tout à fait théorique de celui qui n'a pas eu à recourir contre ces arrêtés si complexes et elle ne m'empêche nullement d'adresser un tribut de respectueuse gratitude aux magistrats qui assument la lourde tâche du pouvoir exécutif.

Herr *Eug. Borel*, Advokat und Professor, Genf:

Dans le problème, objet de nos délibérations, ce qui est d'actualité, c'est de déterminer le caractère juridique, en droit public suisse, du régime des pleins pouvoirs institué depuis trois ans. A cet égard, il importe de dire bien haut que ce régime n'est pas, comme on l'a soutenu, un régime de violation du droit légitimé par les circonstances. En elle-même, cette thèse implique une irrémédiable contradiction. En regard du droit, nulle violation n'est légitime, et, pour y donner vigueur juridique, il ne saurait suffire — si vrais qu'ils soient — de célébrer les services rendus au pays par le régime en cause et la sagesse avec laquelle nos autorités l'ont pratiqué jusqu'ici.

Les pleins pouvoirs sont en vigueur de droit; on peut leur appliquer le mot de Burckhardt: „Recht ist, was gilt“, et, sans figurer dans la constitution écrite, le régime a été intégré dans notre droit public non écrit par des précédents décisifs; il est accepté et reconnu comme tel par la conscience juridique de notre peuple, base fondamentale du droit. Et, loin de demeurer hors du droit, il est ici, comme par exemple en droit pénal la légitime défense, intégré dans le droit, et par là même placé sous son empire et soumis aux conditions et limites fixées par lui.

A cet égard, et de par ce caractère juridique qui lui est ainsi reconnu, le régime des pleins pouvoirs n'est de droit qu'en raison, dans la mesure et pendant la durée de la nécessité qui le fait naître; cette nécessité est celle que nous imposent des circonstances étrangères (telle la guerre) dont nous ne sommes pas maîtres, et elle ne saurait être confondue avec les embarras que nous devons à notre aventureuse politique interne.

C'est ici que réside, pour nous, un risque trop grave pour être négligé. Déjà entre les deux guerres, le Conseil fédéral a réclamé des pleins pouvoirs pour remédier à la détresse des finances fédérales, déséquilibrées par l'excès des largesses qui lui sont imposées.

Toujours davantage sévit chez nous la tendance de vivre de la manne fédérale; d'où une impasse à laquelle on ne sera que trop facilement porté à trouver remède dans les pleins pouvoirs enlevant au peuple et aux cantons une décision que leur réserve la Constitution. Le danger est aggravé par le fait que l'opinion publique, autrefois très attachée au respect du droit, se laisse aller aujourd'hui, sous l'empire de préoccupations d'intérêt matériel, à une indifférence regrettable à l'égard du règne de la loi; preuve en soient, par exemple, les loteries dont actuellement plusieurs continuent à sévir au delà du délai légal pendant lequel elles étaient permises. Le remède réside avant tout en un redressement de notre conscience publique, et c'est à nous, juristes, serviteurs du droit, qu'il appartient de contribuer par tous nos efforts au réveil qui s'impose.

Der *Präsident* schliesst hierauf die Diskussion und erteilt den Referenten das Schlusswort:

Herr Dr. W. Oswald:

Die vorgerückte Stunde gestattet nicht, zu den verschiedenen Voten kritisch Stellung zu nehmen.

Rücksichtlich des Notverordnungsrechts sei lediglich noch bemerkt, dass der zu allen Zeiten und bei allen Völkern geltende Grundsatz „*Salus populi suprema lex esto*“ zu Unrecht angerufen wird zur Rechtfertigung von Massnahmen von ganz untergeordneter Bedeutung, denen jedes Merkmal der Notwendigkeit und Dringlichkeit fehlt. Dass in dieser Hinsicht auch bei uns mit den Notverordnungen schon Missbrauch getrieben wurde, könnte anhand mehrerer Beispiele erhärtet werden. Drastisch scheint mir das folgende zu sein:

Durch Art. 53 des Bundesbeschlusses vom 31. Januar 1936 (Finanzprogramm 1936) wurde der Bundesrat ermächtigt, Massnahmen zu treffen, die er zur Erhaltung des

Landeskredits als notwendig und unaufschiebbar erachten sollte. Gestützt darauf erliess der Bundesrat am 17. April 1936 einen Beschluss über die Sanierung von Banken, der durch einen weiteren Bundesratsbeschluss vom 13. Juli 1937 ergänzt wurde. Danach wurde als Art. 11bis eine neue Bestimmung eingeführt, dessen Alinea 2 lautete: „Verantwortlichkeitsklagen, die von einer Bank, über welche das Sanierungsverfahren oder das gerichtliche Nachlassverfahren eröffnet wurde, gegenüber ihren Organen erhoben werden, sind vom Bundesgericht als einziger Instanz in beschleunigtem Verfahren zu entscheiden.“

Der Urheber dieses Beschlusses war sich offenbar nicht klar darüber, dass die Bundesgesetzgebung den Begriff des beschleunigten Verfahrens nirgends umschrieben hat und dass es vor Bundesgericht ein solches Verfahren daher nicht gibt. Wir Juristen verstehen unter einem summarischen Verfahren jedenfalls etwas ganz Bestimmtes und nicht bloss die vage Anweisung an das Bundesgericht, derartige Streitigkeiten fortan „etwas rascher zu erledigen“! Vom staatsrechtlichen Standpunkt aus stellt sich auch die Frage, ob es zur Erhaltung des Landeskredits wirklich notwendig war, einen derart schwerwiegenden Eingriff in die Gerichtszuständigkeit vorzunehmen. Kümert das wirklich den Landeskredit, ob Verantwortlichkeitsklagen gegen die Verwaltungsratsmitglieder irgendeines obskuren Bänkleins zunächst bei den Gerichten des Kantons und dann erst beim Bundesgericht, oder ob sie direkt, ohne Rücksicht auf den Streitwert, bei diesem Gerichte angebracht werden? Abgesehen von der Belastung, die eine solche Regelung für das Bundesgericht mit sich bringen müsste, liegt in dieser Art zu legiferieren eine Gefährdung der Autorität der Bundesbehörden.

Die Notgesetzgebung darf sich nicht vom Bestreben leiten lassen, eine angeblich unbefriedigend geordnete Materie besser zu regeln und allerlei Neuerungen durchzuführen, die sich auf dem Wege der ordentlichen Gesetzgebung nicht so leicht verwirklichen lassen; es ist vielmehr

immer die Frage zu prüfen, ob eine bestimmte Massnahme auch wirklich durch ein dringendes Landesinteresse gefordert werde.

In dieser Hinsicht vermag u. a. auch der Vollmachtenbeschluss vom 11. November 1941 nicht restlos zu überzeugen, der in Art. 5 bestimmte, dass die einen Ausländer heiratende Schweizerin das Schweizerbürgerrecht nur dann beibehalte, wenn sie andernfalls unvermeidlich staatenlos würde. Die Staatenlosigkeit gelte nicht als unvermeidlich, wenn das heimatliche Recht des Ehemannes der Frau die Möglichkeit gebe, durch Abgabe einer Erklärung oder durch Stellung eines Gesuches dessen Staatsangehörigkeit zu erwerben und sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch mache. In diesem Falle wird sie also staatenlos, während doch von höchster Stelle aus immer wieder betont wurde, man dürfe von uns aus keine solchen Fälle schaffen. Man wird kaum behaupten können, die zitierte Vorschrift sei durch die äussere oder innere Sicherheit des Landes gefordert worden; sie bedeutet vielmehr eine bewusste Reaktion gegen die Praxis des Bundesgerichts, das im Rekurse einer Waadtländerin, die einen Franzosen geheiratet, aber es versäumt hatte, ein Gesuch um Aufnahme in die französische Staatsangehörigkeit zu stellen, dahin entschied, dass diese Person Schweizerin geblieben sei, da sie sonst staatenlos würde.

Ist somit der Hinweis auf die unbestreitbaren Mängel der Notgesetzgebung bis zu einem gewissen Masse und in manchen Fällen berechtigt und Masshalten in den Notverordnungen geboten, so darf anderseits ihr Rechtscharakter und die Notwendigkeit ihres Erlasses im gegenwärtigen Zeitpunkt durchaus nicht bestritten werden. Ebensovienig dürfen die Schwierigkeiten verkannt werden, mit denen eine solche Gesetzgebung zu kämpfen hat. Es liegt in der Natur der Sache, dass Noterlasse, die den rasch ändernden Verhältnissen auf dem Fusse folgen müssen, nicht mit der gleichen Sorgfalt vorbereitet und aufeinander abgestimmt werden können wie ordentliche Gesetze, die

auf die Dauer berechnet sind und schon deshalb zu grösserer Umsicht anspornen. Wie wohl niemand wird behaupten wollen, dass die vom Parlamente durchberatenen Gesetze keine Mängel hätten, müssen wir — abgesehen von staatsrechtlichen Erwägungen — schon aus Gründen der Rechtssicherheit wieder zur ordentlichen Gesetzgebung zurückkehren, wenn einmal wieder einigermaßen normale Zustände eingeleitet sind.

Rücksichtlich der in der Wissenschaft eingehend erörterten Frage, ob die Rechtspflegeorgane die Pflicht haben, die Gültigkeit der Notverordnungen einer Prüfung zu unterziehen oder nicht, dürfte wohl der Gedanke, dass man den Gerichtsbehörden ein Urteil von solcher Tragweite anheimgibt, praktisch undurchführbar sein. Die Entscheidung über das Vorliegen einer staatlichen Zwangslage oder eines Notstandes betrifft eine wesensmässig politische Frage und steht als solche der Regierung und letzten Endes dem Parlamente zu. Die Weigerung des Bundesgerichts, die Notverordnungen des Bundesrates auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen, verdient daher m. E. Zustimmung. Das Notrecht als politische Gesamtentscheidung ist zur Hauptsache eine Angelegenheit des Bundes. Im kantonalen Gesetzgebungsbereich hingegen, wo nur in geringem Umfange Raum für Noterlasse besteht, ist die richterliche Überprüfung, sofern sie sich eine weise Zurückhaltung auferlegt, eher tragbar.\*)

---

\*) Im Kanton Waadt hatte am 29. August 1939 der Grosse Rat dem Staatsrat allgemeine Vollmachten erteilt, analog denjenigen, welche die Bundesversammlung am folgenden Tage dem Bundesrat übertrug. In Ausübung dieser Vollmachten erliess am 3. Dezember 1940 der Staatsrat eine Verordnung, durch welche die von Wasserwerken auf Grund privater Berechtigung erzeugte Kraft mit einer Steuer von 6 Fr. pro PS belegt wurde. Dieser Erlass wurde vom Bundesgericht als verfassungswidrig erklärt (BGE 67 I S. 19 ff.). In diesem Urteil bestätigte das Bundesgericht seine frühere Praxis, wonach es gegenüber kantonalen Notverordnungen berechtigt ist, zu prüfen, ob bei ihrem Erlass die Voraussetzungen des Notverordnungsrechts gegeben waren.

Der *Präsident* dankt den Referenten für ihre hochstehenden Abhandlungen und allen Rednern für ihre Voten. Er ist überzeugt, dass Referate und Diskussion eine Frage, die manchen beunruhigt hat, erheblich zu klären vermochten und, weil sie geeignet sind, dem Rechtsgefühl des Bürgers eine Wegleitung zu geben, nicht nur der Wissenschaft, sondern auch dem Lande gedient haben. Er schliesst sich den Referenten und der Mehrheit der Diskussionsredner an, die grundsätzlich das Notrecht als einen in den heutigen Verhältnissen gerechtfertigten Bestandteil unserer Rechtsordnung betrachten.

Die Versammlung wird daran erinnert, dass der letzte Redner, Herr Prof. Borel, vor fünfundsünfzig Jahren in den Verein eingetreten ist. Der Präsident spricht ihm seinen Glückwunsch aus und dankt ihm für alles, was er zur Förderung der Bestrebungen des Vereins bis auf diesen Tag getan hat.

## VII.

### *Wahlen in den Vorstand.*

Auf Vorschlag des Vorstandes werden folgende Herren einstimmig in den Vorstand gewählt:

Herr *Alexandre Martin-Achard*, Professor und Advokat in Genf,

Herr Dr. *Joseph Plattner*, Obergerichtspräsident, Frauenfeld.

Ferner werden die Rechnungsrevisoren, nämlich die Herren:

*Bernard de Vevey*, Juge de Paix, in Freiburg, und Dr. *Paul Gsell*, Staatsanwalt, in Frauenfeld,

sowie der Suppleant, Dr. *Armin Schweizer*, Advokat in Rüschlikon, in ihrem Amte bestätigt.

## VIII.

*Wahl des Präsidenten :*

Die Amtsperiode des bisherigen Präsidenten ist abgelaufen.

Herr Dr. *Wilhelm Schönenberger*, Bundesrichter, wird durch Akklamation zum Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins gewählt.

Der *Präsident* beglückwünscht den neuen Präsidenten sowie die neuen Mitglieder des Vorstandes.

## IX.

*Bestimmung des Versammlungsortes für 1944.*

Auf Einladung der St.-Galler Juristen, die mit Beifall verdankt wird, beschliesst die Versammlung einstimmig, den Juristentag des Jahres 1944 in St. Gallen abzuhalten.

Um 11.45 Uhr schliesst der Präsident die Sitzung und die Jahresversammlung 1943.

---

Nachtrag zur Diskussion über „Die Gewaltentrennung“.  
(Der Text ist uns erst nach Beendigung des Satzes zugekommen)

Herr Prof. Dr. *M. Bridel*, Lausanne:

Les dix minutes qui sont rigoureusement comptées à ceux qui veulent prendre la parole dans cette discussion me forcent à me limiter et à ne pas même examiner plusieurs des problèmes passionnants proposés aujourd'hui à nos méditations. Je me bornerai à revenir sur la question des ordonnances dites supplétives (en allemand: gesetzvertretende Verordnungen), soit sur la question de la „délégation“ de la compétence législative.

Tout le monde reconnaît que cette prétendue délégation n'est pas expressément prévue par la constitution; mais je pense qu'il faut aller plus loin et dire qu'elle est contraire à la constitution, et qu'en déléguant à une ordonnance du gouvernement une *materia legis* quelconque, les Chambres renversent l'ordre des compétences, tel qu'il est impérativement fixé par les art. 85 ch. 2 et 102 ch. 1 CF. La doctrine suisse étant aujourd'hui très divisée, sur ce point, c'est surtout la coutume que l'on a invoquée devant nous ce matin: pratiquée couramment depuis des dizaines d'années, la délégation de la compétence législative aurait acquis la force du droit coutumier *praeter constitutionem* et même *contra constitutionem*. Et cependant il est pour le moins douteux que nous trouvions ici tous les éléments nécessaires à l'établissement d'une règle coutumière.

D'ailleurs, même si la coutume était fixée dans le sens qu'on nous dit, nous devrions encore nous demander si elle est saine, et recommandable, ou s'il n'y aurait pas de bonnes raisons de l'abandonner. Ne voit-on pas, en effet, que les facilités, les commodités que la délégation de la compétence législative donne à l'assemblée délibérante comportent d'autre part des dangers très réels? Car enfin, que signifie la conformité de l'administration à la loi, la „*Gesetzmässigkeit*“ de l'administration, lorsque la loi (matérielle) est faite par ceux-là même qui doivent l'exécuter?

Pour démontrer ces dangers, il n'est pas nécessaire d'évoquer le spectre du fascisme. Non, il suffit de signaler certaines ordonnances édictées en Suisse, en pleine démocratie, sur la base d'une délégation des Chambres fédérales. En voici un exemple tiré du fameux Arrêté du Conseil fédéral du 17 avril 1936 concernant l'assainissement de banques. D'après le texte primitif de cet arrêté, le bénéfice d'une procédure d'assainissement ne pouvait être accordé qu'aux établissements dont les dirigeants ne s'étaient pas rendus coupables d'actes déloyaux ou de grande légèreté (art. 306 ch. 1 LP). Mais en 1937 déjà, l'arrêté était révisé: on renonçait à cette condition de moralité; et les mauvaises langues d'insinuer alors que le seul but de cette modification était de rendre l'arrêté applicable à une certaine banque dont l'administration n'avait pas été un modèle d'honnêteté.

Bref, l'ordonnance supplétive destinée à remplacer la loi risque fort de n'être qu'un acte d'exception servant in casu à éluder la loi. Je viens d'en donner un exemple. J'en pourrais citer un autre tout aussi frappant, mais le temps me manque pour cela. Peut-être dira-t-on, d'ailleurs, que ces exemples ne prouvent rien, que les lois aussi ne sont pas toujours parfaites, que cela tient à l'imperfection des hommes et non pas des institutions, et que

l'assemblée délibérante elle-même n'est pas moins faillible que le gouvernement. Mais cette réponse ne me paraît pas décisive. En effet, l'esprit du législateur est naturellement tourné vers ce qui est général et plus ou moins permanent. L'esprit de l'administration est au contraire tourné vers l'immédiat et vers l'espèce. Quand on substitue l'organe exécutif au Parlement dans l'oeuvre de la législation, on s'expose fatalement à le voir légiférer pour des cas particuliers et de plus en plus particulier. Un des caractères spécifiques de la loi — sa généralité — s'estompe; on affaiblit sa nature normative; on compromet même le règne de l'Etat de droit. Pour maintenir l'héritage politique du dix-neuvième siècle, auquel nous tenons tant, il est indispensable au contraire que les règles de droit ne soient pas posées par ceux qui sont chargés de les appliquer. Dans ce sens, le principe de la séparation des pouvoirs n'a pas encore perdu toute valeur et toute actualité.

---