

# Das Problem der Gesetzgebung über das internationale Privatrecht der Schweiz

Autor(en): **Fritzsche, Hans**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **46 (1927)**

Heft 2

PDF erstellt am: **23.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895990>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Das Problem der Gesetzgebung über das internationale Privatrecht der Schweiz.

Von Prof. HANS FRITZSCHE, Zürich.<sup>1)</sup>

## INHALTSVERZEICHNIS.

I. Die Quellen des geltenden Rechtes . . . . .	232
II. Die Revisionsbestrebungen der Jahre 1900 bis 1907 .	233
III. Kritik des heutigen Rechtszustands . . . . .	240
1. Das internationale Recht als blosser Anhang des interkantonalen . . . . .	240
2. Rückwirkungen dieser Behandlung auf die Gestal- tung des internationalen Rechts . . . . .	248
3. Befriedigen die mit dem geltenden Recht gemachten Erfahrungen? Notwendigkeit einer Neuordnung .	252
IV. Bestehen die früheren Hindernisse einer gesetzlichen Ordnung noch heute fort? . . . . .	258

### I. Die Quellen des geltenden Rechts.

Bei der Ordnung des IPR stehen in der Schweiz noch heute die beiden grossen Methoden der Rechtsbildung: ungesetztes und gesetztes Recht, nebeneinander in Geltung.

Als man Ende der 70er Jahre des 19. Jahrhunderts an die Kodifikation des schweizer. Obligationenrechts ging, zweifelte man nicht an der Kompetenz des eidgenössischen Gesetzgebers zur Aufstellung von Normen des internationalen Rechts. Aber man fand es schliesslich für richtig, die ganze Frage der Wissenschaft und Praxis zu überlassen.<sup>2)</sup> So ist es bis zum heutigen Tage geblieben und auch die letzte, jetzt im Gange befindliche Neugestaltung des Handelsrechts hat grundsätzlich daran nicht gerührt.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Nach einem Vortrag vom 28. November 1926 in der Schweiz. Vereinigung für internationales Recht.

<sup>2)</sup> ZschwR. NF 44 S. 225 a, 258 a.

<sup>3)</sup> Vgl. die Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1925 über das internationale Obligationenrecht (ZschwR. NF 44 S. 220 a,

Anders im Gebiete des Personen-, Familien- und Erbrechts. Schon das Bundesgesetz über Feststellung und Beurkundung des Zivilstands und der Ehe vom 24. Christmonat 1874 enthielt Bestimmungen über die Behandlung von Schweizern im Ausland und von Ausländern in der Schweiz. Ebenso das Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Brachmonat 1881. Die wichtigsten, bis zum heutigen Tage massgebenden Normen aber brachte das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, das eine erschöpfende Ordnung auch der internationalen Probleme des Personen-, Familien- und Erbrechts beabsichtigte.<sup>4)</sup> Allerdings stehen die interkantonalen Probleme im Vordergrund. (Titel I Art. 1 bis 27.) Der Titel II aber befasst sich in 4 Artikeln (Art. 28 bis 31) mit den zivilrechtlichen Verhältnissen der Schweizer im Ausland, Titel III in 3 Artikeln (Art. 32—34) mit den zivilrechtlichen Verhältnissen der Ausländer in der Schweiz. Das Gesetz ist „notre petit Code de Droit international privé“. (Mentha.)

Eine wichtige Ergänzung findet dies Gesetzesrecht durch einige Staatsverträge, deren wichtigste, die Haager Übereinkünfte, in den folgenden Darlegungen eine Rolle spielen.

## II. Die Revisionsbestrebungen der Jahre 1900 bis 1907.

Das war die Lage, die der Gesetzgeber des schweizer. Zivilgesetzbuches vorfand. Wird er die schwere, unabge-

---

272 a, 336 a). Da der Verfasser dort seine Auffassung dargelegt hat und nachdem der Juristenverein mehrheitlich einer Resolution zugestimmt hat, es sei die Revision der Gesetzgebung über das internationale Privatrecht mit Einschluss des Obligationenrechts beförderlich an die Hand zu nehmen (ebenda S. 355 a), bleibt im folgenden das Obligationenrecht ausser Betracht.

<sup>4)</sup> Vgl. z. B. BE 31 I 468: Das ganze Personenrecht, auch die im ZivVerhG. nicht ausdrücklich erwähnte juristische Person, fällt unter das Gesetz.

klärte, auch mit politischen Rücksichten belastete Materie des IPR mit in sein Werk einbeziehen und in welcher Weise?

Man weiss, dass Eugen Huber die Aufgabe angetreten hat, dass aber das Ziel nicht erreicht worden ist. Statt der geplanten, auf die Dauer angelegten Neuordnung ist schliesslich eine Lösung gewählt worden, die nach dem Urteil aller als blosser Notbehelf, als Provisorium, ins Leben getreten ist. Wenn heute, nach etwa 20 Jahren, das Problem der Gesetzgebung über das IPR erneut ins Auge gefasst werden soll, so ist es notwendig, namentlich für die jüngere Generation, den lehrreichen Gang jener Gesetzgebungsarbeiten in aller Kürze in Erinnerung zu rufen.

Über die ursprünglichen Pläne Eugen Hubers orientiert sein Vorentwurf von 1900 mit den Erläuterungen.<sup>5)</sup>

Er prüft die Frage, ob nicht die Materie richtigerweise in ein Spezialgesetz zu verweisen sei, und entschliesst sich zur Bearbeitung im Gesetzbuch selbst.

Und zwar werden in 21 Paragraphen des Personen-, Familien- und Erbrechts unmittelbar an die Ordnung des internen Rechts gleich auch die internationalen Beziehungen angefügt.

Diese Einzelbestimmungen sollten zusammengefasst werden durch einen allgemeinen Artikel der Einleitung (Art. 5) und weitere allgemeine Bestimmungen des Schlusstitels. Solche waren auch skizziert unter der Überschrift: Die Anwendung fremden und einheimischen Rechts. (Ziffern I—V.) Indessen war hier beigefügt, dass die Ausarbeitung dieses Titels auf den Schluss der Kodifikation verschoben werde und es sich hier mehr nur um eine vorläufige Aufklärung über den Inhalt des Titels handle.<sup>6)</sup>

<sup>5)</sup> Erläuterungen 2. Ausgabe I S. 33 f.

<sup>6)</sup> Über die Vorlage vgl. Marcusen, Niemeyers Z. XI 37; Barazetti, ebenda XII 270; Meili, Das IPR und die Staatenkonferenzen im Haag, Zürich 1900 S. 20, und insbesondere:

Die Aufnahme dieser Vorschläge durch die Kritik war im ganzen kühl und namentlich Meili äusserte sich absprechend und in einer die gedeihliche Fortarbeit kaum fördernden Weise.<sup>7)</sup>

Die in den Jahren 1901 und 1902 tagende Grosse Expertenkommission hat die das internationale Recht beschlagenden Artikel des Vorentwurfs sofort von ihren Beratungen ausgeschieden. „Es war wie ein Heiligtum, das von einem Engel mit feurigem Schwert bewacht wurde, welcher jedes profane Auge von diesen Bestimmungen ferngehalten hat.“<sup>8)</sup>

So geht der bundesrätliche Entwurf eines Zivilgesetzbuchs vom 28. Mai 1904 ohne alle internationalprivatrechtlichen Bestimmungen an die Bundesversammlung. Immerhin bemerkt die Botschaft: Der Schlusstitel, in welchem u. a. das Verhältnis des schweizerischen zum ausländischen Recht geordnet werden soll, liege im Entwurf vor. Er werde demnächst einer kleinen Experten-

---

Die Kodifikation des schweiz. Privat- und Strafrechts, 1901, S. 107 f. — Für die Geschichte der sich anschliessenden gesetzgeberischen Tätigkeit vgl. J. Kaufmann, Niemeyers Z. XXII S. 448.

<sup>7)</sup> „Nach meiner Überzeugung entsprechen die im Vorentwurfe enthaltenen Bestimmungen über das internationale Privatrecht in keiner Weise den Aufgaben, welche an diesen Rechtszweig gestellt werden. Es ist sehr zu bedauern, dass die betreffenden Vorschläge vor ihrer Publikation nicht einem Kreise schweizerischer Spezialisten unterbreitet worden sind. Insbesondere wäre doch zu erwarten gewesen, dass man vorher wenigstens diejenigen Juristen darüber gehört hätte, welche die Schweiz an den Staaten-Konferenzen 1893, 1894 und 1900 im Haag vertreten haben.

Von der Annahme der vorgeschlagenen Normen kann meines Erachtens keine Rede sein. Diese Vorschläge enthalten zweifellos den schwächsten Teil des ganzen Vorentwurfs, der einer völligen Umarbeitung und Ausgestaltung bedarf.“ (Siehe letztgenannte Schrift S. 114.)

<sup>8)</sup> Dr. A. Hoffmann, Sten. Bulletin des Ständerats April 1907 S. 126.

kommission vorgelegt und dann mit einer besonderen Botschaft an die Bundesversammlung geleitet werden. (S. 4.)

In der Tat ist ein von Eugen Huber verfasster und mit Motiven versehener Entwurf zuerst in Lausanne einer kleinen Spezialkommission vorgelegt und dann, im September 1904, durch eine Expertenkommission in Langenthal durchberaten worden.<sup>9)</sup> Das Ergebnis ist niedergelegt in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betr. die Ergänzung des Entwurfs eines schweizer. Zivilgesetzbuchs durch die Anfügung des Obligationenrechts und der Einführungsbestimmungen, vom 3. März 1905. Der erste Abschnitt des Schlusstitels behandelt in 33 Artikeln, also recht eingehend, „die Anwendung schweizerischen und fremden Rechts“. Die Motive (S. 56 bis 64) sind äusserst interessant, ohne allerdings in Einzelheiten einzugehen.<sup>10)</sup> Der wichtigste Grundgedanke dieser Vorlage war: Übergang für die Ausländer in der Schweiz zum Prinzip der Nationalität, aber mit der wichtigen Ausnahme, dass diejenigen Ausländer, die sich der Schweizerbevölkerung assimiliert haben, dem Rechte des schweizer. Wohnsitzes unterstellt werden sollten. Schon der Vorentwurf 1900 beruhte auf diesem Grundgedanken, nur wurden 1905 die unterscheidenden Merkmale zwischen den beiden Kategorien von Ausländern anders festgestellt. Der Vorentwurf wollte das schweizer Recht anwenden auf diejenigen Ausländer, die seit ihrer Geburt oder seit 10 Jahren ohne Unterbruch ihren Wohnsitz in der Schweiz gehabt haben. Der Entwurf von 1905 dagegen wollte

<sup>9)</sup> Bericht über die Anpassung und Revision des Obligationenrechts und über die Einführungsbestimmungen zum ZGB. (Für die Expertenkommission als Manuskript gedruckt im August 1904.) Dazu Entwurf des Schlusstitels, ebenfalls gedruckt. — Über die Verhandlungen der Langenthaler Expertenkommission existiert ein gedrucktes Protokoll, das indessen nur die Anträge und Beschlüsse enthält.

<sup>10)</sup> Entwurf und Motive sind wiederabgedruckt in der 2. Ausgabe der Erläuterungen zum Vorentwurf, Band I S. 477.

aus praktischen Gründen lediglich auf die Tatsache der Geburt in der Schweiz abstellen. „Da — nach dem Vorschlag von 1900 — auf die Dauer des Wohnsitzes in der Schweiz ganz besonders Bezug hätte genommen werden müssen und vermutlich sich dabei die wünschenswerte Sicherheit oft hätte vermissen lassen, gaben wir schliesslich der einfachen Unterscheidung den Vorzug, dass als Ausländer, die dem schweizerischen Recht nach Domizilprinzip unterstellt sein sollen, diejenigen fremden Niedergelassenen bezeichnet werden, die in der Schweiz geboren sind.“ (Botschaft 1905 S. 59.)<sup>11)</sup>

Dieser Übergang zum Nationalitätsprinzip wurde, trotz der grossen und wichtigen Ausnahme für die in der Schweiz geborenen Ausländer, zur Klippe, an der schon in der Kommission des Nationalrates die Vorlage scheiterte. Diese Kommission fand in ihrer Mehrheit, es sei richtiger, beim gegenwärtigen Stand der Dinge, d. h. bei den Grundsätzen stehen zu bleiben, die im Gesetz vom Jahre 1891 über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter aufgestellt sind, also mit wenig Ausnahmen beim Domizilprinzip. So kam die Kommission auf die Lösung, es sei das ganze ZivVerhG mit einigen wenigen unumgänglichen Anpassungen in den Schlusstitel hinüberzunehmen.<sup>12)</sup> Ohne Diskussion folgte der Nationalrat diesen Anträgen.

<sup>11)</sup> Die wichtigen Vorschläge lauteten:

Vorentwurf 1900. Art. II des Schlusstitels: Die Bestimmungen des Personen-, Familien- und Erbrechts gelten für die Ausländer, sobald sie entweder seit ihrer Geburt oder seit zehn Jahren ohne Unterbruch ihren Wohnsitz in der Schweiz gehabt haben. — Andere Ausländer werden nach dem Rechte beurteilt, dem sie nach ihrem heimatlichen Rechte unterstellt sind.

Entwurf 1905 Art. 1745: In den Fragen des Personen-, Familien- und Erbrechts gilt für die Ausländer das schweizerische Recht, wenn sie in der Schweiz geboren sind und ihren Wohnsitz haben. — Andere Ausländer werden nach dem Rechte beurteilt, das ihre Heimat für sie als massgebend erklärt.

<sup>12)</sup> Vgl. E. Huber, Sten. Bulletin Nationalrat 1906 S. 1089. Ebendort S. 1079 die Vorlage der Kommission.

Diesem Vorgehen aber trat der Ständerat nicht bei. Es erscheint richtig, wenn hier die Lösung, wie sie dann Gesetz wurde, mit den Worten des Vorsitzenden der ständerätlichen Kommission, Dr. A. Hoffmann, wiedergegeben wird. Gegen den Vorschlag, das ZivVerhG dem ZGB einzuverleiben, machte die Kommission geltend: „Das Gesetz von 1891 kann, abgesehen von der Frage des internationalen Rechts, zurzeit noch nicht aufgehoben werden. Es muss beibehalten werden für die Fälle, wo kantonales verschiedenes Recht zur Anwendung kommt. Wenn das richtig ist, und wenn nach nationalrätlichem Vorschlag vorgegangen würde, so hätten wir zwei Texte nebeneinander für ein und dasselbe Gesetz. Das geht offenbar nicht an, das führt zu Rechtsunsicherheiten und Verwirrungen. — Es ist sodann der nationalrätlichen Kommission bei dieser Art des Vorgehens der Vorwurf zu machen, dass sie sich eigentlich gar nicht überlegt hat, was an dem Gesetz von 1891, das ja dem Willen des Gesetzgebers entsprechend nur ein Provisorium bis zur Einführung des einheitlichen Zivilrechts hätte sein sollen, antiquiert ist (denn solche Partien des Gesetzes sind zweifellos vorhanden), sondern dass man eben mechanisch das ganze Gesetz reproduziert. Sodann hat sich Ihre Kommission folgendes gesagt: Wir befinden uns mit dem internationalen Privatrecht in einem Übergangsstadium. Es ist noch nichts definitiv Abgeklärtes vorhanden. Wir dürfen uns auch zugestehen, dass bei aller Reserve, die wir den internationalen Konventionen entgegenbringen müssen (und nach den Erfahrungen, die wir gemacht haben, mit Grund), es doch möglich ist, dass wir in die Zwangslage versetzt werden, in Zukunft noch weiteren internationalen Konventionen unsere Zustimmung zu geben. Es scheint daher auch von diesem Gesichtspunkte aus besser, noch abzuwarten, was uns die nächste Zeit bringen wird. — Aus diesen Gründen glaubt Ihre Kommission, es sei richtiger, für einmal provisorisch bei dem Gesetze von 1891 stehen zu bleiben und es unverändert

beizubehalten, dann aber schon in Aussicht zu nehmen, dass wir in nächster Zeit aus diesem Provisorium herauswollen und das internationale Privatrecht definitiv regeln müssen.“<sup>13)</sup> Dementsprechend beantragte die Kommission, im Schlusstitel das ZivVerhG für die Rechtsverhältnisse der Schweizer im Ausland und der Ausländer in der Schweiz und soweit kantonales verschiedenes Recht zur Anwendung kommt, als weiter in Kraft zu erklären. Gleichzeitig wurden die durch den Wegfall des Handlungsfähigkeits- und des Zivilstandsgesetzes unumgänglich gewordenen Zusätze vorgeschlagen, wie sie dann im wesentlichen Gesetz geworden sind.<sup>14)</sup>

Diesen Anträgen stimmte der Ständerat zu. Er beschloss ausserdem: „Der Bundesrat wird eingeladen, eine Vorlage betreffend Anwendung schweizerischen und fremden Rechts (Internationales Privatrecht) der Bundesversammlung so rechtzeitig zu unterbreiten, dass auch diese Bestimmungen, wenn möglich gleichzeitig mit dem Zivilgesetzbuch, in Kraft gesetzt werden können.“<sup>15)</sup>

Die Vereinigten Kommissionen beider Räte, die gemeinsam die letzten Differenzen bereinigten, stellten sich auf den Standpunkt des Ständerates mit dem einzigen Unterschied, dass der Gesetzgebungsauftrag an den Bundesrat „als unnötig“<sup>16)</sup> weggelassen werden sollte. Nationalrat und Ständerat traten diesen Anträgen bei.<sup>17)</sup> In welchem Sinne es schliesslich geschah, ergibt sich wieder am besten aus den Worten des ständrätlichen Kommissionsreferenten Dr. A. Hoffmann: „Beide Räte sind darin einig, dass das Internationale Privatrecht heute nicht definitiv geregelt werden kann, dass wir ein Pro-

<sup>13)</sup> Sten. Bulletin Ständerat 1907 S. 127.

<sup>14)</sup> Die Zusätze zum ZivVerhG erscheinen erstmals im Sten. Bulletin des Ständerats 1907 S. 148.

<sup>15)</sup> Sten. Bulletin Nationalrat 1907 S. 353.

<sup>16)</sup> Eugen Huber, Sten. Bulletin Nationalrat 1907 S. 364.

<sup>17)</sup> Sten. Bulletin Nationalrat 1907 S. 373, Ständerat 1907 S. 319 und 332.

visorium festsetzen müssen. Das Provisorium besteht darin, dass das ZivlVerhG beibehalten und eine Reihe von Bestimmungen für die Übergangszeit getroffen werden. Der Ständerat wünscht nun, dass diese Übergangszeit so kurz als möglich bemessen werde und hat daher den grundsätzlichen Beschluss gefasst, von dem ich Ihnen Kenntnis gegeben habe. Nun ist aber nicht zu verkennen, dass die Ausführung des Auftrages dem Bundesrat nicht möglich sein wird. Gerade jetzt ist die weitere Entwicklung des Internationalprivatrechts durch Konventionen im Fluss, und gerade jetzt ist die Stellung, welche die Schweiz gegenüber derartigen Konventionen in Zukunft einzuhalten hat, eine ganz unsichere. Es ist heute schon unzweifelhaft, dass diese Frage in 1 oder 2 Jahren nicht abgeklärt sein wird. Wir haben uns daher überzeugen müssen, dass es richtiger ist, den grundsätzlichen Beschluss, den der Ständerat gefasst hat, wieder fallen zu lassen. Der Bundesrat wird die Sache nicht aus den Augen lassen und ist gewiss mit uns der Ansicht, dass man sobald als möglich aus dem unbefriedigenden Provisorium, das wir mit der Beibehaltung des Gesetzes von 1891 geschaffen haben, herauskommen muss.“<sup>18)</sup>

Dies „unbefriedigende Provisorium“ steht nun seit 15 Jahren in Kraft. So ist es wohl nicht verfrüht, wenn die Fragen gestellt werden:

Ist der Zustand wirklich unbefriedigend? Hat sich vielleicht das Provisorium besser bewährt als man erwartete? Bestehen die Hindernisse, die damals einer definitiven Ordnung entgegenstanden, noch heute zu Recht? Ist auch heute eine erfolgreiche ganze Arbeit ausgeschlossen?

### III. Kritik des heutigen Rechtszustandes.

1. Das internationalrechtliche Problem ist bei Schaffung des Niedergelassenengesetzes von

<sup>18)</sup> Sten. Bull. Ständerat 1907 S. 319.

1891 bloss nebenbei, als Anhang des interkantonalen, behandelt worden. Es wäre ein Zufall, wenn bei solcher Methode der Gesetzgebung eine selbst für die damalige Zeit befriedigende Ordnung gefunden worden wäre. Ein Blick auf die Geschichte der mühseligen Gesetzesarbeit ist unerlässlich, um diesen Satz zu begründen.

Das diese Arbeiten völlig beherrschende Problem ist die Ordnung der interkantonalen Beziehungen, und zwar ausschliesslich die Frage: Sollen Schweizerbürger, die nicht in ihrem Heimatkanton ihren Wohnsitz haben, dem Privatrecht und der Gerichtsbarkeit ihres Heimat- oder des Wohnsitzkantons unterstehen?

Hierauf allein bezog sich der Gesetzgebungsauftrag, den im Jahre 1862 National- und Ständerat dem Bundesrat gaben: „Der Bundesrat wird eingeladen, zu untersuchen, ob nicht nur in Erledigung früher erteilter Aufträge der Bundesversammlung betreffend die Frage der Besteuerung (1861), sondern auch über die Rechtsverhältnisse und den Gerichtsstand der schweizerischen Niedergelassenen überhaupt (im Personen- und Erbrechte, in Ehesachen, im Vormundschaftswesen u.s.f.) allgemein gültige Normen aufzustellen, beziehungsweise ein die Hoheitsrechte der Kantone gegenüber den Niedergelassenen und den abwesenden Bürgern bestimmendes Kompetenzgesetz zu entwerfen sei.“<sup>19)</sup> Kompetenzkonflikte zwischen Kantonen, die das Wohnsitzprinzip anwandten und solchen, die ihre in anderen Kantonen niedergelassenen Bürger dem Heimatrecht unterstellten, waren an der Tagesordnung und sie hatten sich infolge der die Freiheit der Niederlassung schützenden Grundsätze der Verfassung von 1848 mächtig verstärkt. Schon 1862 legte der Bundesrat einen ersten, von Bundesrat Dubs verfassten Ent-

---

<sup>19)</sup> Escher, Das schweiz. interkantonale Privatrecht, 1895 S. 10.

wurf vor.<sup>20)</sup> Er umfasste die sämtlichen, damals wichtigen interkantonalen Probleme: familienrechtliche, vormundschaftliche, erbrechtliche Verhältnisse, aber auch Besteuerung und Konkurs. Von internationalen Beziehungen ist dagegen keine Rede.<sup>21)</sup>

Der Entwurf wurde in der Bundesversammlung beraten, aber man kam nicht zum Ziel. Es bestanden grosse und begründete Zweifel, ob der Bund auf Grund der Verfassung von 1848 zum Erlass eines solchen Gesetzes kompetent war. Es zeigten sich auch bei der materiellen Beratung sofort tiefe Gegensätze und Meinungsverschiedenheiten in der Frage: Heimat- oder Wohnsitzrecht? So gelangte der Nationalrat zu dem Beschluss, unter den gegebenen Umständen auf die Weiterberatung zu verzichten und den Bundesrat einzuladen, zu geeigneter

<sup>20)</sup> Vgl. Botschaft BBl. 1862 III 509. Der Entwurf mit den verschiedenen in den Räten angebrachten Veränderungen ist abgedruckt bei Ullmer, Die staatsrechtliche Praxis der schweiz. Bundesbehörden, II S. 414.

<sup>21)</sup> Es darf wohl darauf hingewiesen werden, in wie bestimmter Weise auch die das Gebiet des Privatrechts beschlagenden Konflikte als solche der kantonalen Gesetzgebungshoheiten empfunden und erkannt wurden. Es ist wohl kein Zufall, dass der erste selbständige Bearbeiter des schweizerischen internationalen Privatrechts, Friedrich von Wyss, auf Grund dieser ihm vor Augen stehenden interkantonalen Konflikte, soviel ich sehe, als erster die öffentlich-rechtliche Natur des internationalen Privatrechts behauptet hat. In seiner 1853 erschienenen Arbeit (ZschwR. AF Bd. 2 S. 37) sagt er: „Allerdings gehört die Kollisionslehre nicht dem Privatrechte selbst, sondern, ähnlich wie die verwandte Lehre von den Gerichtsständen, dem öffentlichen Rechte an, und es ist auch richtig, dass politische Konvenienz auf die detaillierte Gestaltung diesfälliger gesetzlicher Bestimmungen oft mit Einfluss übt. Aber dies hindert nicht, dass die fraglichen Grundsätze nicht wahres Recht seien. Der Hauptsache nach hängen sie sehr genau mit der gesamten Bildung und Auffassung des Rechts in dem betreffenden Staate zusammen und sind nichts weniger als willkürlicher und zufälliger Art.“ — Für die öffentlich-rechtliche Natur des internationalen Privatrechts tritt neuerdings Georg Streit in der Festgabe für F. Fleiner mit guten Gründen ein (S. 318).

Zeit und in „gutfindender Form“ der Bundesversammlung neue Anträge über den Gegenstand vorzulegen.<sup>22)</sup>

Es war zunächst die verfassungsrechtliche Grundlage zu schaffen. Sowohl die zwei missglückten Revisionsversuche von 1865 und 1872, als die Totalrevision von 1874 befassten sich mit dem Problem. Auch bei diesen Vorschlägen und Diskussionen sind ausschliesslich die interkantonalen Fragen ins Auge gefasst worden.<sup>23)</sup> So bezogen sich auch die 1865 und 1872 vorgeschlagenen Texte ganz ausdrücklich nur auf Inländer anderer Kantone. Der heute geltende Text von 1874 enthält zwar die ausdrückliche Beschränkung auf Schweizerbürger nicht mehr. Er unterscheidet sich einzig hierin vom Text der verworfenen Vorlage von 1872. Allein es war dies keine bewusste und auf Grund eingehender Beratung beschlossene Ausdehnung auf die internationalen Verhältnisse. Vielmehr handelte es sich um eine in letzter Stunde von der Redaktionskommission vorgenommene Änderung.<sup>24)</sup> Infolgedessen trat denn auch die Frage der Verfassungsmässigkeit erneut auf, als nun die 2. Vorlage eines Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter den schüchternen Versuch machte, die internationalen Verhältnisse in die bundesrechtliche Ordnung einzubeziehen.

Dieser Entwurf II vom 25. Oktober 1876 (Redaktor Bundesrat Anderwerth)<sup>25)</sup> erwähnt bei der Ordnung der

<sup>22)</sup> BBl. 1863 III 329; Escher a. a. O. 11.

<sup>23)</sup> Die beste Übersicht über die Verfassungsrevisionen bietet Soldan in seinem Referat für den schweiz. Juristentag 1884, diese Zeitschr. NF 3 S. 538 f.

<sup>24)</sup> Soldan l. c. 544. — Art. 46 lautet heute: In Beziehung auf die zivilrechtlichen Verhältnisse stehen die Niedergelassenen in der Regel unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes. — Die Bundesgesetzgebung wird über die Anwendung dieses Grundsatzes, sowie gegen Doppelbesteuerung die erforderlichen Bestimmungen treffen.

<sup>25)</sup> Der Entwurf mit den folgenden Wandlungen ist abgedruckt bei v. Salis, Schweizerisches Bundesrecht, Bd. III S. 278. Dazu vgl. Botschaft BBl. 1876 IV 39 f.

erbrechtlichen Verhältnisse die Schweizer im Ausland.<sup>26)</sup> Sodann erscheint unter der Überschrift: E. Verhältnisse der Ausländer der nachfolgende, dem heutigen Recht sehr ähnliche Artikel 15:

„Die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes finden, soweit nicht Staatsverträge entgegenstehen, Anwendung auch auf in der Schweiz wohnhafte Ausländer.“

Die Botschaft bemerkt hierzu (S. 45): „Endlich unterstellt Art. 15 die Ausländer, soweit nicht Staatsverträge, z. B. mit Frankreich, entgegenstehen, den gleichen Vorschriften wie die schweizerischen Niedergelassenen. Es ist durchaus nötig, dass der Richter auch in dieser Richtung eine feste Regel zur Hand habe, um so mehr, als für ihn die Kenntnis und die Anwendung des ausländischen Rechts mit vermehrten Schwierigkeiten verbunden ist. Wenn auch den Fremden gegenüber das Wohnsitzrecht zur Geltung gebracht wird, so folgt der Entwurf dem Vorbild der meisten auswärtigen Gesetzgebungen. Natürlich wird die Anwendung des schweizerischen Rechtes nur soweit stattfinden, als die schweizerische Justiz auch die äusseren Machtmittel zur Vollziehung besitzt, und bei einigermaßen taktvoller Erwägung der Verhältnisse im einzelnen Fall sind auch keine Konflikte zu befürchten.“ Es scheint also, dass dem Richter überlassen werden wollte, unter gewissen Umständen von der Anwendung des schweizerischen Rechts Umgang zu nehmen, worin sicherlich eine eigenartige Auffassung von der Stellung des rechtsanwendenden Richters zum Ausdruck kommt.

Diese, die Ausländer beschlagende Bestimmung wurde indessen schon vom Nationalrat, der die Priorität hatte, gestrichen. Aber auch die Ordnung des interkantonalen

---

<sup>26)</sup> Art. 13. Die Verlassenschaft . . . eines ausserhalb der Schweiz domiziliert gewesenen Schweizerbürgers steht, soweit schweizerisches Recht zur Anwendung kommt, unter dem Gesetz und dem Richter der Heimat.

Rechts kam nicht zum Ziel. „Nach einer ersten artikelweisen Beratung, aus welcher voneinander abweichende Beschlüsse der eidgenössischen Räte hervorgingen, verschob die Bundesversammlung mit Beschluss vom 17./19. Dezember 1877 die Fortsetzung der Beratung auf unbestimmte Zeit. Nachdem der Nationalrat die Fortsetzung der Beratung wieder aufgenommen hatte, verwarf er nach beendigter artikelweiser Beratung am 9. Dezember 1879 mit 84 gegen 21 Stimmen den Entwurf. Durch Bundesbeschluss vom 17. Dezember 1879 wurde der Entwurf an den Bundesrat zurückgewiesen, mit der Wegleitung, denselben im geeigneten Zeitpunkt neu vorzulegen.“<sup>27)</sup>

Die Frage konnte indessen nicht mehr zur Ruhe kommen. Im Jahre 1884 nahm sich der Schweizerische Juristenverein des Problemes wieder an — er hatte schon 1867 in seiner Tagung in Glarus darüber beraten<sup>28)</sup> — und es sind vor allem die ihm erstatteten ausgezeichneten Referate von Rott und Soldan, die einen Einblick in die damaligen Nöte und Auffassungen gewähren.<sup>29)</sup> Auch hier bestätigt sich, dass die interkantonalen Fragen das Feld völlig beherrschten. Für die internationalen Beziehungen kam man über die Kompetenzfrage nicht hinaus.<sup>30)</sup>

---

<sup>27)</sup> v. Salis III 277.

<sup>28)</sup> ZschwR. AF 16 S. 3 f. (Referat von Prof. Rüttimann S. 11).

<sup>29)</sup> ZschwR. NF 3 S. 533, 651, Diskussion S. 687 ff., 720 ff.

<sup>30)</sup> Rott vertrat die These: Die Bestimmungen der Art. 46 und 47 BV beziehen sich nur auf schweizerische, in der Schweiz als Niedergelassene oder Aufenthalter wohnhafte Angehörige. Das in Ausführung dieser Verfassungsbestimmungen zu erlassende Bundesgesetz hat sich daher nur mit der Rechtsstellung dieser Personen und weder mit der Stellung der Ausländer in der Schweiz noch mit derjenigen von Schweizern im Auslande zu beschäftigen. Welches Recht auf Ausländer in der Schweiz oder auf Schweizer im Ausland anwendbar sei, hat, soweit es sich um Materien handelt, deren Ordnung den Kantonen zusteht, das kantonale Recht zu bestimmen; soweit es sich um bundesrechtlich geordnete Rechtsgebiete handelt, entscheidet das betreffende Bundesgesetz (S. 651). — Soldan dagegen bejahte die Bundeskompetenz (S. 555, 649).

Mit Botschaft vom 28. Mai 1887 brachte der Bundesrat seinen III. Entwurf ein (Redaktoren Ruchonnet und Weber), der dann nach mühseligen Beratungen Gesetz geworden ist.<sup>31)</sup>

Auch jetzt stehen die interkantonalen Fragen durchaus im Vordergrund. Immerhin wird die Frage der Bundeskompetenz zum Erlass auch internationalrechtlicher Normen aufgeworfen. Sie wird bejaht,<sup>32)</sup> wie auch das Bedürfnis nach Erlass solcher Normen. Schon dieser Entwurf enthält nun die beiden Abschnitte: „Verhältnisse der Schweizer im Ausland“ und „Verhältnisse der Ausländer in der Schweiz“, wie sie dann in das Gesetz hineingekommen sind. Die Räte haben die Bundeskompetenz zur Ordnung des internationalen Privatrechts bejaht. Aber in den Verhandlungen blieb nach wie vor das inter-

---

In der Diskussion trat ihm Leo Weber bei (S. 720), alle andern Redner sprachen nur zum interkantonalen Recht.

<sup>31)</sup> BBl. 1887 III S. 113 f.; v. Salis III S. 292; Derselbe ZschwR. NF Bd. 11 S. 342.

<sup>32)</sup> Über die Kompetenzfrage lässt sich die Botschaft wie folgt vernehmen: „Es ist nach unserer Ansicht vollkommen richtig, wenn gesagt wird, dass die Art. 46 und 47 BV keinen anderen Zweck verfolgen als den, die Rechtsstellung schweizerischer, in der Schweiz als Niedergelassene oder Aufenthalter wohnhafter Landesangehöriger zu bestimmen. Um in diesem Gebiete Ordnung zu schaffen, dazu sind die beiden Artikel in die Verfassung gesetzt worden. Allein wenn die genannten Verfassungsbestimmungen keine Aufforderung an die Bundesgesetzgebung enthalten, über die zivilrechtlichen Verhältnisse ausländischer Niedergelassener in der Schweiz und über diejenigen schweizerischer Niedergelassener im Ausland zu legiferieren, so stehen sie doch einer Ausübung der gesetzgeberischen Funktion in diesen Richtungen nicht verbieternd entgegen. Es handelt sich um internationale Verhältnisse; die Regelung derselben kommt also verfassungsmässig der Bundesgewalt zu. Mit vollem Recht hat man der diesfälligen Kompetenzbestreitung entgegengehalten, dass die Eidgenossenschaft, welche ja die Rechtsverhältnisse der Schweizer im Ausland auf dem Wege des internationalen Staatsvertrags bestimmen könne, offenbar auch die Kompetenz habe, dasselbe auf dem Gesetzeswege zu tun.“

kantonale Recht durchaus im Vordergrund. Das internationale Recht erscheint als blosser Anhang zum ersteren. Dass hier Probleme von verschiedener Tragweite und möglicherweise auch von verschiedener Lösung vorliegen könnten, wird in diesen Arbeiten kaum jemals sichtbar.<sup>33)</sup> Drastisch fasst P. Wolf diese Lage in die Worte zusammen: „Dass in der Bestimmung des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Ausländer ein (solcher) Ausdruck der öffentlichen Meinung gesucht werden kann, wird wohl niemand behaupten. Im Gegenteil, es hat wohl kaum eine Gesetzesvorlage das Volk und auch die Räte weniger interessiert, als die Bestimmungen des Bundesgesetzes, welche auf die Ausländer Bezug haben.“ (A.a.O. S. 371.) Nicht viel anders aber war es mit Hinsicht auf die Ordnung der Verhältnisse der Schweizer im Ausland. Für das grundsätzliche Problem: Sollen die Schweizer im Ausland in privatrechtlicher Hinsicht mit der Heimat verbunden bleiben und in welchem Umfang? findet sich in den Materialien kaum etwas. Nach der Botschaft handelte es sich darum, die Unsicherheit für den ausländischen Richter zu heben, der nach ausländischem Internationalprivatrecht schweizerische Rechtsnormen anwenden muss und nun nicht weiss, welches der verschiedenen kantonalen Rechte in Frage kommt.<sup>34)</sup> Dass nicht nur der aus-

---

<sup>33)</sup> Wichtig sind die Berichte der Kommissionen des Nationalrats (Präsident Forrer) und des Ständerats (Eggli), siehe BBl. 1888 III 608 und 1889 III 809. Siehe weiteres bei Wolf, ZschWR. NF 13 S. 374 f.

<sup>34)</sup> Die Botschaft verweist insbesondere auf das Verhältnis zu Frankreich. Der französische Richter habe nach dem Code Civil das Güterrecht, die Handlungsfähigkeit und den Familienstand nach Heimatrecht zu beurteilen. „Wie nun, wenn in der Heimat selbst niemand recht weiss, was gelten soll, welches Recht auf diese Ehegatten anzuwenden ist . . . ? So kommt es denn nicht selten vor, dass der französische Richter über das anzuwendende Recht . . . in absoluter Ungewissheit sich befindet und, was noch bedenklicher ist, beim Repräsentanten unseres Landes und den

ländische, sondern auch der schweizerische Richter und die rechtsuchende Bevölkerung grundsätzliche Regeln über die Behandlung der Schweizer im Ausland notwendig haben könnten, ist kaum ins Auge gefasst.

2. Diese Behandlung des internationalen Rechts als blosser Anhang des interkantonalen ist von massgebendem Einfluss auf die Gestaltung des ersteren geworden.

a) Zunächst hinsichtlich des Umfangs seiner Ordnung. Das brennende, einzige Problem des interkantonalen Rechts war die Abgrenzung der Hoheitssphären zwischen den Kantonen der Heimat und des Wohnsitzes. Nur wo dieser Gegensatz in Erscheinung trat, wurde legiferiert. Darum sind auch im Gebiete des internationalen Rechts alle Fragen weggelassen, für welche die Anknüpfungsgünde Heimat oder Wohnsitz keine Rolle spielen. Schon aus diesem Grunde kamen Regeln aus dem Gebiete des Sachen-, Obligationen- und Handelsrechts nicht in Frage. Auch keine solchen über internationale Beziehungen zwischen Inländern und im Ausland wohnenden Ausländern oder ausländischen Aufenthalt im Inland. Es ist zuzugeben, dass die praktisch wichtigsten Probleme des Personen-, Familien- und Erbrechts in der Antithese: Heimat oder Wohnsitz! Platz finden. Eine vollständige, die ganze Materie des internationalen Rechts erfassende Ordnung war dagegen von vorneherein ausgeschlossen.<sup>35)</sup>

b) Aber auch inhaltlich hat das Vorbild der interkantonalen Ordnung die internationalrechtliche wesentlich bestimmt.

Das kommt am deutlichsten zum Ausdruck in der Behandlung der in der Schweiz wohnenden Ausländer.

---

schweizerischen Behörden sich darüber nicht Rats erholen kann.“  
(BBl. 1887 III 126.)

<sup>35)</sup> Auch der Titel des 1891er Gesetzes ist nur verständlich auf Grund der internen politischen Gestaltungen. Wer sie nicht kennt, wird kaum eine Ordnung des internationalen Privatrechts darin suchen.

Wird doch dies ganze Problem durch den grundlegenden Artikel 32 beherrscht:

Die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes finden auf die Ausländer, welche in der Schweiz ihren Wohnsitz haben, entsprechende Anwendung.<sup>36)</sup>

War das wirklich ein methodisch richtiger und also Erfolg verheissender Weg zur Bewältigung der in Frage kommenden Probleme? Wir glauben Nein.

„Grundlage der Analogie ist Wesensgleichheit des geregelten Tatbestandes mit dem zu beurteilenden . . . . . Auf dem richtigen Urteil über die Gleichartigkeit von Tatbeständen, auf der Erkenntnis des Erheblichen gegenüber dem Unerheblichen ruht die Sicherheit, aber auch die Schwierigkeit der analogen Rechtsanwendung. Man muss in jedem Fall reiflich mit sich zu Rate gehen, ob nicht in dem geregelten Tatbestand ein besonderes Moment liegt, welches für die vorgezeichnete Behandlung entscheidend ist.“<sup>37)</sup>

An der ausreichenden Gleichartigkeit der vom Gesetz ausdrücklich geordneten interkantonalen mit den vom Richter nach Analogie zu ordnenden internationalen Tatbeständen fehlt es ganz entschieden. Die Ordnung der Beziehungen zwischen Staatsgebilden und ihren Bevölkerungen, die jahrhundertlang in engster Zusammengehörigkeit und unter wesentlich gleichen politischen und sozialen Verhältnissen gelebt haben, und die nun durch den Bundesstaat zu einem Ganzen zusammengefasst und unter die Rechtssprechung eines Obersten Gerichtes gestellt waren, war ein Sonderfall. Es war eine Teilerscheidung des grossen politischen Problems der „Erschliessung“<sup>38)</sup> der Schweiz für die Angehörigen der verschiedenen

<sup>36)</sup> Daneben besteht nur noch Art. 33 mit der Ordnung einer Einzelfrage des Vormundschaftsrechts und Art. 34 mit dem Vorbehalt der Staatsverträge und des jetzt aufgehobenen Bundesgesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit.

<sup>37)</sup> Regelsberger, Pandekten S. 158.

<sup>38)</sup> Bolle, Das interkantonale Recht, 1907, S. 64; Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 20, 115 f.

Kantone, also eine ganz spezifisch schweizerische Angelegenheit. War doch schon die „Heimatgemeinde“ und der „Heimatkanton“ eine Erscheinung, für die sich in den umliegenden Staaten kaum ein Analogon bot.

An diesen geschichtlichen Tatsachen vermag auch nichts zu ändern, wenn die heute wohl überwiegende Meinung der Theorie das interkantonale (interprovinziale) Recht dem internationalen schlechthin gleichsetzt.<sup>39)</sup> Gewiss handelt es sich formal um ähnliche Fragen: um eine Abgrenzung der Gesetzgebungs- und Gerichtshoheit verschiedener staatlicher Gebilde, deren Bevölkerungen in Wechselverkehr stehen. Das braucht aber nicht zu inhaltlich gleicher Ordnung zu führen. Sondern hier erscheinen die „Realien der Gesetzgebung“ und sie erheischen Berücksichtigung.<sup>40)</sup>

Auch in den Bestimmungen über die Schweizer im Ausland tritt diese Abhängigkeit von den internen Problemen zutage, wenn auch der Form nach nicht ebenso

---

<sup>39)</sup> Vgl. v. Savigny, System VIII S. 19, 27, 108; Stobbe, Deutsches Privatrecht I 266; Gerber, System des Deutschen Privatrechts 16. Aufl. 1891 S. 51; Gierke I 210; v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts I 123 u. a. Dagegen Puchta, Pandekten I 226; Wächter, Pandekten I 143.

In der schweizerischen Literatur mussten wohl die Unterschiede in die Augen fallen. Vgl. Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht I S. 56. Sehr prägnant Roguin, Conflits, in der Vorrede: „Il faut d'ailleurs éviter de croire que des solutions identiques doivent forcément être adoptées dans les deux domaines (Droit intercantonal et Droit international). Au contraire, en ce qui touche la Suisse, les mêmes circonstances (abaissement des barrières cantonales, mélange toujours plus grand des populations, unification progressive du droit), qui peuvent engager le législateur à se rallier à l'intérieur au principe du domicile, sont tout autant de motifs d'adopter à l'extérieur celui de la loi d'origine. Comme l'histoire du droit italien ou allemand le montre, le progrès de l'unité nationale amène l'accentuation de la nouvelle législation dans les rapports avec l'étranger.“

<sup>40)</sup> E. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung S. 281; W. Burckhardt, Über Allgemeingültigkeit des internationalen Privatrechts, Festgabe für E. Huber S. 263, insbesondere 290.

deutlich. Es musste sich als natürliche Folge der für die Ausländer in der Schweiz getroffenen Ordnung (Wohnsitzrecht auf Grund von Art. 2) ergeben, dass man in erster Linie mit der nämlichen Behandlung der Schweizer im Ausland rechnete und also nur den Ausnahmefall ordnete, in welchem nach dem Auslandsrecht allfällig schweizer Recht zur Anwendung kommen sollte. Es ist ja auch bereits hervorgehoben worden, wie wenig man darauf ausgegangen ist, eine erschöpfende, grundsätzliche Ordnung dieser Verhältnisse vom Standpunkt der Heimat aus zu versuchen. (Vgl. oben S. 247.) So erklärt sich die Aufstellung der bloss subsidiären Ordnung des Artikels 28:

Soweit nicht Staatsverträge besondere Bestimmungen enthalten, gelten für die personen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer, welche im Ausland ihren Wohnsitz haben, folgende Regeln:

1. Sind diese Schweizer nach Massgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht unterworfen, so erstreckt sich die Anwendung des ausländischen Rechts nicht auf ihre in der Schweiz gelegenen Liegenschaften; es gilt vielmehr in Bezug auf solche Liegenschaften das Recht und der Gerichtsstand des Heimatkantons.

2. Sind diese Schweizer nach Massgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht nicht unterworfen, so unterstehen sie dem Recht und dem Gerichtsstand des Heimatkantons.<sup>41)</sup>

Derart erweist sich die Methode des Gesetzgebers als unrichtig. Das soll nicht heissen, dass die von ihm gewählten Lösungen notwendig unrichtig sein müssen und dass man sie nun ins Gegenteil verwandeln soll. Hätte man aber die richtigen Lösungen gefunden, so wäre das nicht der befolgten Methode, sondern dem Zufall zu ver-

---

<sup>41)</sup> Dazu kommen nur noch die Art. 29 und 30 betr. Vormundschaft, sowie Art. 31 betr. eheliches Güterrecht, bei deren Redaktion wiederum die Frage: welches von mehreren in Frage kommenden kantonalen Rechten gilt? im Vordergrund steht.

danken. Und wenn eine neue Ordnung sich als wünschbar ergäbe, soll man in neuer, selbständiger, auf die internationalen Probleme direkt hinzielender Methode zu Werke gehen.

3. Sind die mit dem heutigen Rechtszustand gemachten Erfahrungen gut? Soll das Provisorium von 1907 unverändert weiter bestehen?

Es ist nicht einfach, diese umfassende Frage in einigen wenigen Seiten zu behandeln und die eigene Stellungnahme mit ausreichenden Gründen zu belegen. Man müsste in viele Einzelheiten eingehen und Schritt für Schritt die heute geltenden Lösungen herauschälen und sie auf ihre innere Richtigkeit nachprüfen. Eine solche Einzelarbeit kann hier nicht versucht werden. Vielmehr handelt es sich darum, die in eigener Tätigkeit gesammelten Erfahrungen zusammenzufassen mit dem Bewusstsein, dass darin notwendig ein nicht restlos zu beweisendes subjektives Wertes liegt, das der Ergänzung durch die Erfahrungen anderer bedarf. Doch ist dies Urteil völlig deutlich: ich bin überzeugt davon, dass der heutige Rechtszustand schwere Mängel hat, die dringend der Verbesserung bedürfen. Sie seien wie folgt zusammengefasst:

a) Rein äusserlich genommen ist die Arbeit mit dem Gesetz von 1891 und seinen Zusätzen von 1907 unbequem und nur dem Eingeweihten möglich. Von den Vorzügen des Zivilgesetzbuches hinsichtlich Sprache, Aufbau und Übersichtlichkeit ist im Gebiete des internationalen Privatrechts nichts mehr zu spüren. Das ist um so bedauerlicher, wenn man erwägt, wie schwer es gerade in diesem Gebiete dem Interessenten (z. B. Schweizern im Ausland, ausländischen Anwälten und Gerichten) wird, zur Klarheit zu kommen. Das heute praktisch fast allein wichtige internationale Recht ist hinter dem interkantonalen<sup>42)</sup> versteckt und nötigt so den Leser zu einem

<sup>42)</sup> Das interkantonale Privatrecht hat heute dem internationalen gegenüber nur noch verschwindende Bedeutung. Um so stärker treten die im ZivVerh G. enthaltenen Gerichtsstands-

Umweg über Zustände, die ihm in vielen Fällen kaum mehr verständlich sind. Das mag dem schweizer Juristen, der diese Entwicklungen miterlebt hat, übertrieben scheinen. Der Lehrer aber, dem daran liegt, die Jungmannschaft einzuführen und ihr dauerndes Interesse für diese wichtigen Gebiete zu wecken, wird das Bedauern über diesen unklaren und wenig anziehenden Zustand der Gesetzgebung nicht los.

b) Schlimmer sind freilich die fast unübersteiglichen Hindernisse, die der Praxis in Anwendung der wenigen das internationale Recht beschlagenden Bestimmungen des Gesetzes erwachsen sind.

Vorab in Auslegung des Analogieartikels 32 hinsichtlich der Behandlung der Ausländer in der Schweiz. Da sei erinnert an die von Wolf eröffnete unglückselige Kontroverse über die Frage: Bezieht sich die analoge Anwendung auf Titel I oder auf Titel II oder auf beide zusammen? Alle Autoren, die schweizerisches internationales Privatrecht behandelten, haben sich um diese schreckliche Kontroverse bemüht, von der man erst in jüngster Zeit erkannt hat, dass sie auf einer völlig verkehrten Fragestellung beruht.<sup>43)</sup> Wenn man auch geneigt ist, in erster

---

bestimmungen hervor. In dieser Materie herrscht heute ein Chaos eidgenössischen und kantonalen Rechts, an dessen Beseitigung das schweizerische Rechtsleben ein dringendes praktisches Interesse hätte. Vgl. hierzu Schurter, Bundeszivilprozessrecht S. 421, insbesondere S. 461, 467.

<sup>43)</sup> Vgl. die Übersicht bei Stauffer, Das internationale Privatrecht der Schweiz zu Art. 32. Ferner Mutzner, Zur Frage des ehelichen Güterrechts der Ausländer in der Schweiz, SJZ. 18 S. 135, der ausführt: „Diese Gesetzesauslegung ist bisher wesentlich erschwert worden durch die von Wolf im Jahre 1894 inaugurierte verfehltete Fragestellung, ob auf die Ausländer in der Schweiz die Bestimmungen des ersten oder des zweiten Titels analog anwendbar seien.“ Eine neueste Arbeit von Charles Simon d, *Les étrangers domiciliés en Suisse*, Lausanne 1926, führt die Kontroverse weiter, mit dem kräftigen Schluss: „Nous ne saurions conclure l'étude par analogie que nous venons de faire sans protester contre l'incohérence de la loi et la sottise de son art. 32.“ (P. 27 f.)

Linie der Theorie den Vorwurf zu machen, dass sie sich ohne Not in unfruchtbare Gelände begeben hat, so kann man doch das Gesetz nicht freisprechen von dem Vorwurf, dass es zu solchen Verirrungen Anlass bot. Im übrigen wäre nicht richtig anzunehmen, es sei diese Kontroverse das unschädliche Übungsfeld der paar Spezialisten, die ihren Scharfsinn der Materie zugewendet haben. Sie hatte ihre sehr bedeutungsvollen praktischen Auswirkungen, wie sie vor allem in der dornenvollen Materie des ehelichen Güterrechts zutage treten.

In ihren Folgen weniger übersichtlich und im Inland weniger fühlbar sind die Unsicherheiten der Auslegung, zu denen Art. 28 bezüglich der Schweizer im Ausland geführt hat. Aber sie sind kaum weniger schlimm. Vor allem, weil hier in erster Linie der Richter des Auslands einen sicheren Einblick in die Tragweite der Bestimmung haben sollte. Was ist gemeint mit dem Ausdruck: „ausländisches Recht?“ Kommt nur das materielle Recht oder auch das ausländische Kollisionsrecht in Frage? Es ist die bekannte Crux der Verweisung (*renvoi*), die hier der Gesetzgeber vor dem Ausleger aufgerichtet hat mit dem unvermeidlichen Erfolg, dass die theoretisch möglichen Meinungen vertreten wurden und der Rechtszustand dadurch in grösste Unsicherheit geriet.<sup>44)</sup>

Diese an die grundsätzlich wichtigsten Bestimmungen anknüpfenden Erfahrungen führen zu dem sicheren Schluss: Das jeder Gesetzgebung vorschwebende Ideal einer wenigstens klaren, leicht erkennbaren Lösung ist nicht erreicht.

---

<sup>44)</sup> Vgl. Stauffer a. a. O. S. 118; Piller, *La condition juridique des Suisses à l'étranger*, Fribourg 1918, S. 30. Das am besten bekannte praktische Problem ist die Streitfrage der erbrechtlichen Behandlung der Schweizer in Deutschland. (Vgl. Stauffer a. a. O.) Die Unklarheit der schweizerischen Autoren über die Bedeutung von Art. 28 hat lange Zeit dazu geführt, dass die deutschen Gerichte das deutsche Recht anwandten, während neuere Urteile sich eine andere Auffassung von Art. 28 zu eigen machen und darauf gestützt das Heimatrecht anwenden.

c) Hat aber die Praxis solche Schwierigkeiten aus eigenen Kräften besiegt? Hat nicht vielleicht das Bundesgericht auch in diesem Gebiet allen andern Instanzen einen einheitlichen Weg gezeigt, sodass mit einem mangelhaften Gesetz ein erträglicher Zustand erreicht ist, ähnlich wie im Obligationenrecht?<sup>45)</sup> Wir möchten diese Frage nicht bejahen. Das ist kein Vorwurf, sondern eine blosser Feststellung. Es wäre auch bei der Lückenhaftigkeit und Unsicherheit der Texte kaum anders denkbar. Es handelt sich da oft um mühselige Auslegungsversuche, um spitzige und schwierige Deduktionen, deren Resultat nicht immer als die einzig mögliche Lösung einleuchtet, bei der man sich ohne weiteres beruhigen könnte. So dauern Unsicherheiten fort und so behält die ganze Materie vielfach den Charakter des Unfertigen, Unsicheren.<sup>46)</sup> Es tritt das auch immer wieder bei den

---

<sup>45)</sup> Vgl. Homberger, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht, Bern 1925, S. 2, ferner die Übersicht über die bundesgerichtliche Rechtssprechung in ZschwR. NF 44 S. 228 a. Die Frage, ob nicht trotzdem im Gebiete des Obligationenrechts eine gesetzgeberische Ordnung wünschenswert wäre, ist damit nicht entschieden. Immer wieder höre ich Klagen von Praktikern über die auch in diesem Gebiete fortbestehende Unsicherheit und den Wunsch nach gesetzlicher Regelung. Vgl. auch an letztgenannter Stelle S. 336 a.

<sup>46)</sup> Zum Beweise für die mangelnde Durchschlagskraft solcher Entscheidungen sei etwa auf folgende Beispiele hingewiesen: auf die fortbestehende Unsicherheit bei Behandlung der Jahrgabe an Ausländer mit inländischem Wohnsitz (BE 38 II 3, man prüfe diese Motive auf ihre Verständlichkeit! Dagegen etwa Hafer, Kommentar Personenrecht 2. Aufl. Art. 15 Anm. 16 und dortige Zitate). Oder die Frage der Verschollenerklärung von Ausländern, für welche entgegen der Rechtssprechung des Bundesgerichts (42 II 324, 46 II 498) mehrere kantonale Gerichte die inländische Zuständigkeit bejaht haben. (Siehe etwa Stauffer Art. 23 Anm. 4.) Oder die mit der bundesgerichtlichen (43 II 279, 47 I 11) im Widerspruch stehende Praxis der welschen Gerichte in der Frage der Zulassung von Ehescheidungen von niedergelassenen Franzosen. (Secretan, Le divorce et la séparation de corps dans les relations franco-suissees, Lausanne 1925.)

unteren Instanzen deutlich in Erscheinung. Sobald eine solche Frage auftaucht, zeigt sich die verschiedene Rechtsauffassung der Parteien, Meinungsverschiedenheit im Gericht und eine endliche Lösung, zu der man kein volles Vertrauen hat.

d) Selbst wenn aber diese letzteren Darlegungen auf einer unrichtigen Gesamtwürdigung des heute praktisch erreichten Zustandes beruhen sollten und wenn man sagen wollte: „Die Praxis hat die wesentlichen Streitfragen abgeklärt, man nehme sich nur die Mühe, sie in ihren Feinheiten richtig zu erfassen,“ so wäre damit das Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung noch nicht endgültig verneint. Denn dann erhöhe sich die weitere Frage: Besteht nicht trotzdem das Bedürfnis, die Ergebnisse der Praxis durch die Gesetzgebung festzuhalten und ihnen damit diejenige Sicherheit und Erkennbarkeit zu verleihen, an die wir für die Probleme des internen Rechts gewöhnt sind? Und diese Frage wäre sicherlich zu bejahen. Die Rechtssicherheit, die Erkennbarkeit des geltenden Rechts ist im internationalen Verkehr vielleicht noch wichtiger als im internen. Gerade hier geht in unzähligen Fällen das

---

Für das Fortbestehen schwieriger Kontroversen wegen der Unsicherheit der Texte sei etwa hingewiesen auf die Fragen der Handlungsfähigkeit der ausländischen Ehefrau, der Unterhaltspflicht ausländischer Ehegatten, der Massnahmen zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft gegenüber Ausländern, der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für Rechtsgeschäfte zwischen ausländischen Ehegatten, auf die ganze, kaum entwirrbare Lehre des ehelichen Güterrechts im internationalen Verkehr, auf die vielen Kontroversen im Recht der Kindschaft und Vormundschaft. Unter den Lücken des Gesetzes ist wohl eine der bedenklichsten das Fehlen aller Vorschriften über juristische Personen, insbesondere auch der handelsrechtlichen. (Vgl. C. Wieland, *Ausländische Unternehmungen und Handelsgesellschaften*, diese Zeitschrift 43 S. 216 f.) Diese wenigen Beispiele müssen hier genügen. Ein eindringender Nachweis würde sich zu einem eigenen Buche auswachsen. Aber ich glaube nicht, dass jemand von dieser Materie und ihrer Behandlung im heutigen Recht der Schweiz einen prinzipiell abweichenden Gesamteindruck bekommen kann.

Bedürfnis nach einem sicheren, klaren Recht sogar demjenigen nach einem vollkommenen, sachlich völlig befriedigenden, vor. Denn nirgends ist die Vermeidung von Prozessen mit ihren unvermeidlichen Schwierigkeiten und Enttäuschungen so sehr anzustreben, wie im internationalen Rechtsverkehr.

e) Schliesslich könnte die Meinung vertreten werden, es handle sich hier doch um ein Sondergebiet von geringer praktischer Bedeutung, sodass sich der Aufwand einer neuen Gesetzgebung nicht lohne. Das ist zwar bei der Arbeit am Zivilgesetzbuch nie behauptet worden und es wäre sicher eine völlige Verkennung der Lage in der Gegenwart und für die Zukunft. Gewiss wird es einzelne Gebiete der Schweiz geben, wo die internationalen Rechtsfragen den Gerichten wenig zu schaffen machen. Aber das gilt nach der sicheren Erfahrung nicht für die Städte- und Grenzkantone mit ihrer auch heute noch ausserordentlich hohen Ausländerzahl.<sup>47)</sup> Eine starke Fremdenkolonie wird immer vorhanden bleiben, selbst wenn die Einbürgerungsgesetzgebung zu deren weiteren Herabsetzung beitragen sollte. Und ebenso bleibt die Ordnung der Rechtsverhältnisse der Schweizer im Ausland eine Aufgabe von dauernder Bedeutung. Dazu kommen aber die unzähligen internationalen Beziehungen, in denen Inländer mit Ausländern im Ausland stehen. Diese Beziehungen werden nicht abnehmen, sondern wachsen und die geographische und wirtschaftliche Lage der Schweiz werden zur Folge haben, dass diesen Fragen immer eine hervorragende Bedeutung zukommt.

So werden wir immer wieder zu dem Schlusse geführt: Die gesetzliche Neuordnung des internationalen Privatrechts der Schweiz entspricht einem dringenden Bedürfnis.<sup>48)</sup>

---

<sup>47)</sup> Es ist richtig, dass die Zahl der in der Schweiz niedergelassenen Ausländer seit 1910 zurückgegangen ist (1910: 552,011, 1920: 402,385).

<sup>48)</sup> Während dieser Aufsatz beendet wurde, ist das erwähnte Buch von Simond eingegangen. Es ist interessant, dass es sich

#### IV. Bestehen die früheren Hindernisse einer gesetzgeberischen Ordnung noch heute fort?

1. Namhafte Vertreter der Theorie des IPR haben den Standpunkt vertreten, in diesem Gebiete habe die Gesetzgebung nichts zu suchen. Es ist die Savigny'sche Leugnung des Berufes unserer Zeit zur Gesetzgebung, die sich auf diesem Spezialgebiet noch aufrechterhält und zu ihrer Rechtfertigung geltend macht, es sei auf dem Wege der Praxis und Wissenschaft das Ideal eines allgemeingültigen IPR eher zu erreichen als auf dem Wege von Gesetzgebungen, die in den einzelnen Ländern verschiedene Prinzipien befolgen und dann solche Unterschiede dauernd festhalten werden.<sup>49)</sup>

Man wird nun im Gebiete des IPR das Ideal nicht aufgeben, dass der nämliche Rechtsfall ohne Rücksicht auf

---

in der Beurteilung des gesetzgeberischen Problems vollkommen mit dem hier vertretenen Standpunkt deckt. Ich zitiere seine Schlussfolgerungen: „L'insuffisance des dispositions législatives en matière de droit international privé, et le système d'application par analogie adopté par la loi fédérale de 1891, sont les deux causes principales des difficultés presque insurmontables que nous avons rencontrées dans notre étude. — C'est pourquoi nous concluons à la nécessité de légiférer d'une façon claire et précise pour régler la situation juridique des étrangers domiciliés en Suisse et d'édicter à leur égard des dispositions à eux directement applicables. En effet, il faudra tout d'abord se rendre nettement compte que les conflits internationaux ne sauraient être réglés de la même manière que les conflits intercantonaux. En effet, les raisons qui militent, en matière internationale, en faveur de la loi du domicile sont inexistantes en matière internationale et d'autres raisons feront prévaloir l'application de la loi nationale. Dans chaque matière il conviendra d'établir en termes précis le principe applicable et éviter à tout prix les transactions et les combinaisons de deux principes différents. — Notre étude nous permet de conclure à l'insuffisance du droit international privé en Suisse et à la nécessité d'y remédier au plus vite.“ (S. 188.) Ich hebe immerhin hervor, dass ich mir die hierin enthaltenen positiven Vorschläge nicht, oder wenigstens noch nicht, zu eigen mache.

<sup>49)</sup> Es sei statt aller andern auf v. Bar, I S. 14, verwiesen, bei dem ja auch der Zusammenhang mit Savigny deutlich ist.

den jeweils zur Entscheidung berufenen Gerichtshof nach derselben Rechtsordnung beurteilt werden sollte. Man wird auch jeden Versuch, eine solche international gleiche Ordnung herbeizuführen, im Interesse des Rechtslebens mit Sympathie verfolgen und ihn nach Möglichkeit unterstützen. Aber darum handelt es sich hier nicht, sondern um die Frage: Werden Theorie und Rechtsprechung aus sich selbst einen solchen universellen Rechtszustand herbeiführen können und ist es infolgedessen die Pflicht des Gesetzgebers, ihnen das Feld zu überlassen? Diese Frage aber darf heute, nach den Erfahrungen der letzten Jahrzehnte, ruhig verneint werden. An ständiger Fühlungnahme der Vertreter des internationalen Rechts mit Theorie und Praxis anderer Länder hat es nicht gefehlt. Bewundernswerte theoretische Gebäude einheitlichen Rechts sind in vielen Ländern aufgeführt worden. So viel bedeutungsvolle Anregungen aber auch von ihnen ausgegangen sind: eine international übereinstimmende Ordnung hat sich nirgends durchgesetzt, vor allem auch nicht in jenen Ländern, die keine Ordnung durch den Gesetzgeber versucht haben. Man darf daher auch vom Standpunkt der Wissenschaft aus sicherlich den einzelnen Ländern volle Freiheit geben, diese Frage nach Massgabe der eigenen Bedürfnisse selbständig zu lösen. Und da wird es natürlich sein, dass in den Ländern mit kodifiziertem Recht diese Methode auch das internationale Recht ergreift. Schliesslich sind auch Gesetze nicht unabänderlich, noch stehen sie dem Abschluss ergänzender Staatsverträge entgegen.

2. Nach früheren Darlegungen (siehe oben S. 238 u. 239) war die Rücksicht auf die damals abgeschlossenen Haager Verträge bei Erlass des Zivilgesetzbuchs ein wichtiger Grund, um einstweilen auf eine Kodifikation des internationalen Rechts zu verzichten. Besteht heute dieser Grund noch zu Recht? Wir glauben nicht. Die Schweiz soll nach wie vor am Ausbau der Haager Ordnung mitwirken. Zwei Dinge aber sind nicht ausser Acht zu lassen:

Noch auf lange Zeit hinaus wird die Haager Vereinheitlichung nur Teilgebiete des IPR erfassen. Sie wird andererseits immer bloss eine gewisse Anzahl von Staaten in sich schliessen, während viele andere ihr fernbleiben werden. Für beide Fälle muss die Schweiz eine selbständige Ordnung des IPR ausbauen. Diese Aussichten sind zu bedauern, aber sie scheinen nach den Ergebnissen und Perspektiven der Konferenz von 1925<sup>50)</sup> völlig zweifelsfrei. Es ist also unnötig und unrichtig, die interne selbständige Ordnung mit Hinblick auf diese Entwicklungen zurückzuhalten.<sup>51)</sup> Das Bessere würde da zum Feind des Guten.

3. Wenn man den Gang der Gesetzgebungsarbeiten zum Zivilgesetzbuch verfolgt, so lässt sich nicht verkennen, dass die internationalrechtlichen Teile damals erhebliche Schwierigkeiten boten. Es ist verständlich, dass jene Gesetzgeber, die eine Riesenarbeit getan hatten und das unsichere Ende noch vor sich sahen, schliesslich erlahmten und die ohnehin schwere Fracht nicht überladen wollten.

Es ist ganz sicher, dass auch heute keine leichte Arbeit zu tun bleibt. Das Problem selbst ist in seiner Bedeutung noch nicht genügend erkannt. Zu viele Fachleute stehen ihm heute noch teilnahmslos gegenüber. Es gilt, die „Realien“ erneut eingehend zu studieren<sup>52)</sup> und aus dem reichen Arsenal der Theorie die angemessenen Grundsätze herauszufinden.

---

<sup>50)</sup> Vgl. Dr. V. Merz, Die fünfte Haager Konferenz für internationales Privatrecht, Zürich, Orell Füssli 1927. Dazu die offiziellen Protokolle, La Haye, Imprimerie Nationale 1926.

<sup>51)</sup> Über diese Frage haben sich am Juristentag 1925 mehrere Redner ausgesprochen, mit Ausnahme von Prof. Sauser-Hall alle im Sinne obiger Darlegungen (vgl. ZschWR. NF 44, S. 336 a ff.).

<sup>52)</sup> Es liegt mir daran, in dieser Hinsicht besonders auf die Verhältnisse der Schweizer im Ausland hinzuweisen. Die heute bestehenden Zustände aufzuklären ist besonders schwierig. Diese Dinge stehen uns nicht vor Augen. Und doch stehen sie in enger Verbindung mit dem Problem: Heimat- oder Wohnsitzrecht für die Ausländer in der Schweiz.

Aber solche Schwierigkeiten dürfen auch nicht überschätzt werden.<sup>53)</sup> Vor allem würde uns verfehlt erscheinen, wollte man zur Vereinfachung die Arbeit von Anfang an auf blosses Flickwerk beschränken.<sup>54)</sup> Vielmehr muss der Gesetzgeber sein Ziel in einem vollständigen Spezialgesetz über das schweizerische Internationalprivatrecht erblicken. Es wird darin die würdige Vollendung des Werkes von Eugen Huber liegen.

---

<sup>53)</sup> Vgl. die optimistische Beurteilung durch Prof. Gutzwiller a. a. O. S. 337 a.

<sup>54)</sup> So wäre es m. E. methodisch unrichtig, wollte man einen Gesetzesredaktor von vorneherein darauf beschränken, die heute bestehende Praxis in Worte zu fassen, oder wenn das Obligationen- und Handelsrecht ohne weiteres ausgeschlossen werden sollte. An eine solche Aufgabe sollte man nicht mit gebundenen Händen herangehen. Solche Fragen müssen aus den grossen Zusammenhängen heraus beantwortet werden, über die zurzeit noch keine genügende Übersicht besteht.

---