Protokoll der 47. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

Objekttyp: **Group**

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): **28 (1909)**

PDF erstellt am: **26.05.2024**

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.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Tagesordnung
für den Juristentag zu Aarau.

Montag den 6. September, Vormittags 8 Uhr.

1. Eröffnung durch den Präsidenten.
2. Wahl der Stimmenzähler und der Sekretäre.
3. Aufnahme neuer Mitglieder.
4. Wahl der Rechnungsrevisoren.
5. Diskussionsthema: **Jugendgerichte.**
   Referent: Herr Prof. Dr. *Hafter*, in Zürich.
   Korreferent: Herr Prof. Dr. *Gautier*, in Genf.
6. Motion Dr. *Morel*, in St. Gallen, auf Verschiebung der Jahresversammlung auf den Frühling.
7. Mitteilungen.

Dienstag den 7. September, Vormittags 8 Uhr.

1. Vorlage der Jahresrechnung und Bericht der Revisoren. Budget.
2. Bericht der Kommission der schweizerischen Rechtsquellen.
3. Diskussionsthema: **Der Tarifvertrag.**
   Referent: Herr Oberrichter Dr. *Lang*, in Zürich. — Korreferent: Herr Bundesrichter Dr. *Gottofrey*, in Lausanne.
4. Mitteilungen.

Protokoll

der

47. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

abgehalten

am 6. und 7. September 1909 in Aarau

Verhandlungen vom 6. September 1909

Vorsitz: Herr Bundesrichter Dr. A. Reichel.

I.

Um halb 9 Uhr eröffnet Herr Bundesrichter *Reichel* die Verhandlungen im Grossratssaal des Rathauses mit folgenden Worten:

Geehrte Anwesende, Kollegen und Freunde!

Als es sich darum handelte, den Zeitpunkt unserer Aarauer Tagung zu bestimmen, waren wir dem Wunsche unserer hiesigen Freunde folgend genötigt, den Termin früher anzusetzen als sonst. Darunter hat der Zeitpunkt der Versendung der Referate etwas gelitten, was wir zu entschuldigen bitten.

Ueber das abgelaufene Vereinsjahr ist nicht sehr viel mitzuteilen. Immerhin wird Sie einiges interessieren.

Wir sind mit der juridischen Fakultät der französischen Universität Rennes in einen Schriftenwechsel eingetreten. Wir erhalten deren Publikationen und senden dafür die unsrigen. Die Publikationen von Rennes werden in der Bibliothek des Bundesgerichtes aufgestellt, stehen aber den Vereinsmitgliedern auf Wunsch zur Verfügung.

Im Laufe des Monats Juni fanden die Festlichkeiten der Calvinfeier (Grundsteinlegung des Denkmals und Universitätsgründung) in Genf statt, zu welcher der Sprechende als Präsident

des Schweizerischen Juristenvereins eine Einladung erhielt, die an dieser Stelle noch einmal bestens verdankt wird. Bei der Grundsteinlegung des Calvindenkmals war der Verein vertreten durch seinen Vizepräsidenten Herrn Dr. Lefort in Genf, bei der Universitätsfeier durch den Sprechenden. Die schönen Tage von Genf werden denen, die sie mitgeniessen konnten, unvergesslich bleiben.

Ein nicht so erfreuliches Kapitel sind die Finanzen des Vereins. Der Vorstand des Vereins trägt sich mit dem Gedanken, in Bälde eine Statutenänderung zu beantragen, deren Gegenstand eine Erhöhung des Jahresbeitrages bilden soll. Unser Jahresbeitrag beträgt bis jetzt seit der Gründung des Vereins in den 60er Jahren fünf Franken. Wenn das bisher genügt hat, so haben sich die Verhältnisse so gestaltet, dass wir damit nicht mehr auskommen können. Das liegt in folgenden Tatsachen begründet.

Die Druckkosten steigen mit jedem Jahre. Sie wissen, dass jedes Vereinsmitglied alle Publikationen des Vereins gratis erhält. Sie brauchen nur einen Jahrgang mit Referaten und zwei Preisaufgaben, wie den letzten zu nehmen, um zu begreifen, dass der Verein dem Mitglied für dessen Leistung eine vollwertige Gegenleistung macht.

Das ist aber nicht das einzige, was die Jahresrechnung belastet. Die Verwaltungskosten sind zwar unerheblich, aber wir subventionieren regelmässig die Annales de la jurisprudence von Blonay und wir werden in dieser Tagung an Sie herantreten mit dem Antrage, ein wissenschaftliches Werk gemäss § 9 der Vereinsstatuten in erheblichem Umfange zu subventionieren.

Ich kann Ihnen bei dieser Gelegenheit auch mitteilen, dass das Werk meines Kollegen Herrn Bundesrichter Dr. Schurter über den schweizerischen Civilprozess in gutem Fortschreiten befindlich ist. Herr Schurter hat seine diesjährigen Ferien wieder geopfert; er erklärte mir, dass er bestimmt hoffe, im Laufe des nächsten Jahres das Manuskript zu einem ersten Bande fertig zu stellen. Wir werden bei Ihnen um die Ermächtigung zu einem definitiven Vertragsschlusse mit Herrn Schurter und zur Drucklegung einkommen, wobei wir auch

die Eidgenossenschaft um eine Subvention angehen werden, da die Finanzkräfte des Vereins allein nicht ausreichen würden.

Sie sehen, dass die Erfüllung aller dieser Aufgaben, wozu noch die jährliche Subventionierung der Schweizerischen Rechtsquellen mit Fr. 1000 kommt, eine wohlgefüllte Kasse voraussetzt und dass es nicht angeht, mit jährlichen Defiziten die Rechnung abzuschliessen.

Die Aussicht auf das baldige Zustandekommen einer umfassenden Arbeit über schweizerisches Civilprozessrecht führt mich auf den Gedanken, mit ein paar Worten darauf hinzuweisen, welche Bedeutung das Inkrafttreten des schweizer. Civilgesetzes für das kantonale Prozessrecht haben wird.

Das Bundesrecht hat schon bis zu diesem Zeitpunkte einen sehr erheblichen Einfluss auf die kantonalen Civilprozesse ausgeübt. Ich erinnere in dieser Beziehung, abgesehen von den Bestimmungen der Staatsverträge, hier nur an die freie Beweiswürdigung des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, an das Civilstandsgesetz mit seinen Gerichtsstandsbestimmungen und insbesondere das Betreibungs- und Konkursgesetz, das, selbst ein Teil des Civilprozesses, mit der Ordnung des Zwangsvollstreckungsverfahrens aus Geldschulden und Kautionsansprüchen eine ganze Reihe anderer prozessrechtlicher Verfahren entweder selbst geordnet oder die Kantone zur Neuordnung auf Grundlage eidgenössischer Normen gezwungen hat. Man ist dabei, ohne einen bestimmten Satz der Bundesverfassung anrufen zu können, immer von dem Gedanken ausgegangen, dass der Bund, wo er zur Regelung des materiellen Rechtes die Kompetenz besitzt, auch befugt ist, diejenigen Bestimmungen aufzustellen, welche zur Garantie der Durchführung seiner Normen in den Kantonen erforderlich sind. Das führte zum Erlass von Vorschriften über das Verfahren.

Das Civilgesetz ist auf diesem Wege weiter fortgeschritten; es löst Fragen, die zur Zeit des Obligationenrechtes noch unlösbar schienen, auf dem Boden der Kompetenz des Bundes (Beweisbarkeit der Rechtsgeschäfte), es stellt allgemeine Rechtsregeln auf, die früher nur in einzelnen Bundesgesetzen für die betreffende Materie gültig waren (Beweiskraft der öffentlichen

Urkunde), und es enthält auch sonst eine Reihe von Vorschriften aus dem Gebiete des Prozessrechtes, welche tief in das kantonale Recht eingreifen. Ich kann hier nicht auf alle Details eingehen und will nur die Hauptsachen Revue passieren lassen.

Schon von Prof. Martin[1]) ist darauf hingewiesen worden, wie die ganze Stellung des Richters nach dem neuen Civilgesetz eine bedeutungsvolle und inhaltsreichere wird, ich möchte sagen nicht nur qualitativ, sondern auch quantitativ wächst. Eine ganze Reihe von Aufgaben, die noch in einzelnen Kantonen den Verwaltungsbehörden zugewiesen waren, gehen an den Richter über. Ich erinnere z. B. an die Verschollenheitserklärung, die im Kanton Bern durch Verwaltungsbehörden besorgt wird. Aber inhaltsreicher wird die Stellung, umfangreicher die Gewalt des Richters nicht nur dadurch, dass er vielfach auf sein freies Ermessen angewiesen wird, sondern auch dadurch, dass die gesetzliche Formulierung, wenn auch in einer klaren und schönen Sprache gesetzt, im ganzen eine knappe, jedenfalls nirgends eine weitläufige ist. Der Rechtsstoff, der im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch in 2385 Artikeln abgehandelt wird, ist im Civilgesetz in 1618 (ich nehme das OR. nach der Botschaft des BR. v. 1. VI. 09 dazu) abgehandelt und dabei fällt die Kürzung wesentlich auf die neuen Teile, Personen-, Erb- und Sachenrecht; denn das Recht der Schuldverhältnisse des BGB. mit 614 Artikeln ist ungefähr gleich im Umfange, wie das neue OR. mit 602 Artikeln. Ich will damit keineswegs behaupten, dass das CG. etwa an Unvollständigkeit leidet: es ist alles darinnen; nur muss es der Richter zu finden wissen.

Dazu kommt, dass nach dem viel umstrittenen Art. 1 der Richter in der Gesetzesanwendung eine besonders freie Stellung bei sogenannten Lücken des Gesetzes angewiesen erhält. Im bisherigen kantonalen Recht wurde er entweder schlechthin auf das Gesetz (Glarus Ziv. Pr. § 242) oder „auf das

[1]) *Martin, A.,* Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse, mémoire publié à l'occasion du Jubilé à l'Université 1559—1909. Genève 1909.

Herkommen und allgemeinen Rechtsgrundsätze" (Luzern § 233) oder „auf die allgemeinen Grundsätze der Gesetzgebung und des Rechtes" (Bern § 281) verwiesen, während man fast behaupten könnte, dass der Richter an seine eigene Weisheit verwiesen wird, wenn es in Art. 1 CG. heisst:

„Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde."

Allerdings hat er dabei „bewährter Lehre und Ueberlieferung" zu folgen; aber immerhin ist er es doch, der die Regel aufstellt, welche er seinem Entscheide zu Grunde legt.

Die Auffassung, die man von der Aufgabe des Richters bei der Gesetzesanwendung hatte, hat im Laufe der Zeiten gewechselt.

Wenn beim Beginn unserer Rechtsbildung zur Zeit der Vorherrschaft ungeschriebenen Herkommens und Gewohnheitsrechtes der Richter die Aufgabe hatte, das Recht zu finden, d. h. in seinem Spruche zu bestimmen, was eigentlich der Gewohnheit und dem Herkommen entspreche, so wird mit dem Beginn des geschriebenen Rechtes seine Stellung eingeschränkter. „Dy schöppin sullin orteyl finden nach geschriebenem rechte und nicht nach willkore von rechts wegin."

Man hatte vor dem geschriebenen Rechte, als man zu kodifizieren anfing, eine besondere Hochachtung, wie es in der Einleitung der ersten Berner Stadtsatzung von 1539 heisst:

„Dann ie augenschinlich warhafft dz die communen und versamlungen der menschen, so durch stattuten, gesatzte und geschrybene recht geurteylet und geregiert, nit allein in irem wesen uffrecht belyben, sonders mit der zyt, ie grösser, herrlicher und fryer worden, vnnd dagegen die lannd, stett oder herrschaften, die durch sonndriger lütten gut dünken geuallen vnd gwalt urtheylen vnnd regierung haben vnnd dulden müessen, gar nit bestanden, sonders vnndergangen vnnd zu nüt worden sind." [1])

[1]) Schweizer. Rechtsquellen II. Abt. Dr. Welti: Die Rechtsquellen des Kantons Bern, 1. Teil Stadtrechte I. Bd. Das Stadtrecht von Bern 1218—1539. S. 262.

Man begreift, dass bei diesem Stolz auf das geschriebene Recht man vom Richter verlangte, dass er sich an die Satzung halte.

Zu einer weiteren Beschränkung des Richters gelangte die Zeit der Aufklärung von einem anderen Gesichtspunkte. Als man anfing, unter dem Einfluss gelehrter Rechtswissenschaft, die systematischen Kodifikationen zu machen, war man von dem Glauben beherrscht, den ja schon Justinian bei Zusammenstellung des römischen Rechtes gehegt hatte, dass das Gesetz alles enthalte, was zur Entscheidung eines Rechtsstreites notwendig sei. Der Richter, als Diener des Gesetzes, habe nur den richtigen Paragraphen herauszufinden, auf den er seinen Ausspruch zu gründen habe. Man ging so weit, ihm die Auslegung des Gesetzes verbieten zu wollen. Trotz dieser Bindung an das Gesetz entwickelte sich in der glänzenden Schule des gemeinen Rechtes eine Lehre von der Auslegung des Gesetzes, die dem Richter in der Gesetzes- und Rechtsanalogie Mittel in die Hand gab, wie er sich bei Lücken im Gesetze zu verhalten habe. Aber seine Hauptaufgabe blieb doch, den „Willen des Gesetzgebers“ zu erforschen. Das ist aber schliesslich auch eine Fiktion; denn der Faktoren, die auf das Zustandekommen eines Gesetzes einwirken, sind so viele, dass man kaum von einem einheitlichen Willen des Gesetzgebers sprechen kann.

Heute hat man endlich erkannt, dass kein auch noch so detailliertes und umfassendes Gesetz auf absolute Vollständigkeit Anspruch erheben kann; denn der Gesetzgeber hat nur den einen Faktor der Rechtsanwendung in der Hand. Er baut sein System der abstrakten Rechtsregeln, bei dem ihm die Erfahrung der vergangenen Zeiten zu Hilfe kommt. Worüber ihm aber keine Gewalt zusteht, das sind die tatsächlichen Verhältnisse, auf die das Gesetz Anwendung finden soll. Die Schwierigkeit in der Anwendung liegt nicht sowohl im Verständnis der Rechtssätze als in ihrer Verwendung für den gegebenen Fall. Und wenn der Richter verspricht: Da mihi factum, dabo tibi jus, so kostet es ihn manchmal verzweifelte Anstrengungen, um diesem Versprechen nachzukommen. Man mag ein Gesetz noch so gut kennen, plötzlich begegnet man

einem neuen Tatbestand, bei dem die ganze bisherige Weisheit zusammenbricht und man im Schweisse seines Angesichts nach einer Lösung suchen muss.

Ich glaube, Art. 1 hat dem Richter die Erfüllung dieser Aufgabe nur erleichtern wollen. Es wird im ersten Absatze auf „Wortlaut und Auslegung“ verwiesen. Beides zusammen ist in erster Linie massgebend erklärt, und es gehört zusammen, wie die Siamesischen Zwillinge. „Alle Auslegung fängt beim Worte an.“ Wenn auch in Absatz 2 mit vielleicht übergrosser Bescheidenheit gleich bei Beginn des Gesetzes von möglichen Lücken gesprochen wird, so ist doch gewiss festzuhalten, dass auch unser CG., wie jedes moderne Gesetz, nicht nur eine zufällige Aneinanderreihung zusammenhangsloser Vorschriften enthält, sondern ein wohlüberlegtes System von Rechtsnormen, und dass daher in dem System selbst das Postulat umfassender Ordnung des Gegenstandes liegt. Die Lücken sind also, soweit nicht etwa bewusste Nichtordnung irgend eines Rechtsinstitutes vorliegt (wie z. B. der Selbsthilfe, die nur beim Besitz in Art. 926 erwähnt ist), nicht etwas Gewolltes, sondern sie entstehen ungewollt. Man muss sich jedenfalls hüten, vorschnell eine Lücke anzunehmen und aus eigener Weisheit zu entscheiden, wo man bei näherem Zusehen durch Auslegung eine Rechtsregel aus dem Zusammenhang des Gesetzes hätte finden können. Sollte der Richter aber wirklich auch bei aufmerksamster Auslegung keine Vorschrift im Gesetze finden, so hat er die bewährte Lehre und die Ueberlieferung, d. h. sein ganzes Können und Wissen vom Rechte anzuspannen, um zu einer adäquaten Lösung zu gelangen, einer Lösung, die gleichkommen soll derjenigen, die der Gesetzgeber geben würde, wenn er jetzt den Fall zu regeln hätte.

Wenn wir nun noch einen raschen Gang durch die verschiedenen Gebiete des Prozessrechtes machen, so finden wir:

Partei- und Prozessfähigkeit. Diese Institute sind ja nur die prozessualische Seite der Rechts- und Handlungsfähigkeit. Mit der grundlegenden Neuordnung im CG. werden sich für das Auftreten der Parteien vor Gericht manche Neuerungen ergeben. Ich kann hier nicht Einzelnes verfolgen und will

nur auf die ausschliessliche Prozessfähigkeit des Ehemanns in Prozessen gegen Dritte um das eingebrachte Gut der Ehefrau aufmerksam machen (168_2), während sonst die Ehefrau trotz Eintritt in das eheliche Verhältnis unter jedem Güterstande prozessfähig bleibt (168_1).

Gerichtsstände. Das Civilgesetz ordnet eine ganze Reihe von Gerichtsständen:

Art. 35. Für die Verschollenheitserklärung ist der Richter des letzten schweizerischen Wohnsitzes oder, wenn der Verschwundene überhaupt nicht in der Schweiz gewohnt hat, der Richter der Heimat zuständig.

Art. 111. Für den Eheeinspruch ist zuständig der Richter des Ortes, wo das Verkündigungsbegehren angebracht wurde.

Art. 144. Für die Klage auf Scheidung oder Trennung der Ehe ist der Richter des Wohnortes des klagenden Gatten zuständig.

Dasselbe gilt nach Art. 136 für die Klage auf Ungültigkeit der Ehe. Wird die Klage auf Nichtigkeit einer Ehe von Amtes wegen vom Staatsanwalt angehoben (Art. 121), oder klagen die Eltern auf Ungültigkeit (Art. 128), so fehlt eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes.

Art. 61, 7 g Einführungsbestimmungen. Der im Auslande wohnende schweizerische Ehegatte behält den Heimatsgerichtsstand für eine Scheidungsklage. Doch werden Urteile zuständiger auswärtiger Gerichte auch dann in der Schweiz anerkannt, wenn die Scheidung nach schweiz. Recht nicht möglich war.

Art. 61, 7 h ibidem. Ein Ausländer kann an seinem schweizerischen Wohnsitze auf Scheidung klagen, sobald er nachweist, dass der Gerichtsstand von seinem Heimatsstaat anerkannt wird und der Scheidungsgrund dort nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch zugelassen ist.

Diese beiden letzten Bestimmungen gelten natürlich nur unter dem Vorbehalt der Haager Konvention über die Ehescheidung.

Art. 261. Zuständig für die Ehelicherklärung eines Brautkindes ist der Richter am Wohnsitz des Gesuchstellers (überlebender Elternteil oder Brautkind selbst). Wird die Ehelich-

erklärung gerichtlich angefochten, so ist zuständig der Richter des Wohnsitzes der Eltern oder der Richter, der die Ehelicherklärung ausgesprochen hat (Art. 262).

Art. 305, 306. Die Anerkennung eines ausserehelichen Kindes ist anzufechten bei dem Richter des für die Anerkennung zuständigen Civilstandsamtes.

Art. 312. Die Vaterschaftsklage ist am Wohnsitze der klagenden Partei zur Zeit der Geburt oder am Wohnsitz des Beklagten anzubringen. Der ausserehelichen Schwängerer kann nun nicht mehr durch Ueberschreiten der Kantonsgrenze sich unter den Schutz des Art. 59 der BV. bringen.

Art. 313. Gegen einen Schweizer im Ausland kann, wenn Mutter und Kind ebenfalls im Ausland wohnen, die Klage an seinem Heimatort angebracht werden.

Art. 329. Die Alimentationsklage unter Verwandten ist beim Wohnsitz des Pflichtigen zu erheben.

Art. 358. Klagen auf Ungültigerklärung oder Herabsetzung einer Verfügung des Erblassers, auf Herausgabe oder Teilung der Erbschaft sind am letzten Wohnsitz des Erblassers anzubringen.

Im Vorbeigehen mag darauf hingewiesen werden, dass diese neuen Gerichtsstandsnormen den besonderen Schutz des Bundesgerichtes auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses geniessen (vergl. Art. 189 OR.).

Beweis. Die allgemeine Regelung der *Beweislast* kann man mit einigen Gesetzen (z. B. Genf, Bern) als dem Gebiete des Prozesses angehörig betrachten, während sie richtiger dem materiellen Rechte angehört. Immerhin greift der Satz des Art. 8 CG. insofern in das Prozessrecht ein, als der erkennende Richter, und das ist auch der Bundesrichter, im Endurteil die richtige Verteilung der Beweislast nachprüfen kann, was die bisherige Praxis des Bundesgerichtes immer anerkannt hat, während ihm manche kantonale Prozessrechte (z. B. Bern) dies entziehen wollen.

Die Zulassung des Gegenbeweises gegen die mit öffentlichem Glauben versehene Urkunde (Art. 9) war schon in einzelnen Bundesgesetzen aufgestellt (z. B. Schuldbetreibungs-

und Konkursgesetz Art. 8 Absatz 3). Jetzt ist der Gegenbeweis allgemein im Civilprozess als zulässig zu erachten, wodurch diejenigen kantonalen Rechte (wie z. B. Uri), die den Gegenbeweis ausschliessen, derogiert sind. Der zweite Absatz unseres Art. 9, der besondere Formen für den Nachweis der Unrichtigkeit des Inhalts der öffentlichen Urkunde ausschliesst, will besagen, dass dieser Nachweis mit jedem Beweismittel erbracht werden kann, welches die betreffende kantonale Prozessordnung überhaupt zulässt.

Endlich bringt Art. 10, der Schlussartikel der Einleitung, die Lösung des Streites zwischen deutscher und französischer Rechtsauffassung über die Beweisbarkeit mündlich abgeschlossener Rechtsgeschäfte. Das französische Recht und die ihm allerdings in vielfacher Variation folgenden Schweizerrechte (Genf, Neuenburg, Waadt, Wallis und Freiburg), haben bis auf den heutigen Tag daran festgehalten, dass bei Ueberschreitung einer gewissen Wertgrenze der Zeugenbeweis über mündliche Uebereinkünfte ausgeschlossen ist. Damit wurde in indirekter Form ein Zwang auf die Menschen ausgeübt, ihre Verträge in schriftliche Form zu kleiden. Bei Erlassung des OR, war diese Rechtsauffassung noch so stark, dass man stillschweigend, trotzdem das OR. auf dem Boden des formlosen Vertragsschlusses als Regel stand, die französische Auffassung als dem Prozessrechte angehörend für fortgeltend angenommen hat. Im CG. hat man nun, ohne auf grossen Widerstand zu stossen, den Schnitt getan. In dem Vorberatungsstadium hat man sich auch gefragt, ob man nicht die Vermittlung in einer Art Ueberstürzung des französischen Rechtsgedankens darin suchen sollte, die Schriftlichkeit von einem gewissen Wertbetrage an, für alle Rechtsgeschäfte zur Perfektionsform zu machen, wie bei der Bürgschaft, wofür sich gewiss vieles hätte sagen lassen; aber schliesslich hat man die Lösung im Sinne des freien Beweises gewagt.

Wenn man diese verschiedenen Beweisregeln überblickt, dazu das Prinzip von Treu und Glauben, das in Art. 2 (als Richtschnur für das Handeln des Einzelnen allerdings) aufgestellt ist und das in weitem Umfange geltende freie Ermessen

des Richters, und dabei bedenkt, dass in einer ganzen Reihe eidgenössischer Gesetze (Eisenbahnhaftpflichtgesetz, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz [Anfechtungsklage], Elektrizitätsgesetz), wozu nun das Ehescheidungsverfahren in Art. 158 kommt, das Prinzip der freien Beweiswürdigung ausdrücklich aufgestellt ist, so wird man sich billig fragen dürfen, ob die Kantone, welche die Bindung der richterlichen Ueberzeugung an die Herbeischaffung bestimmter Beweismittel als Prinzip der Beweislehre beibehalten haben, auch jetzt noch daran festhalten können. Verfassungsmässig können sie es natürlich, aber das Prinzip ist so durch das eidgenössische Recht durchlöchert, dass praktisch genommen sein Wert kein sehr grosser mehr sein kann. Ist auch m. A. nach das freie Ermessen des Richters nicht durchgehends als eine Beweisregelung aufzufassen, so wird doch die Stellung des Richters gegenüber dem Prozesstoff eine andere. Wo es nicht Beweisregel ist, kann man sagen, dass die Notwendigkeit, Beweis zu führen, stark zurücktritt; denn der Richter ist souverän zu bestimmen, aus welchen tatsächlich *gegebenen* Elementen er sich seine Ueberzeugung bilden will, wobei selbstverständlich nicht seine Willkür, sondern die Erlangung der der Gewissheit gleichkommenden hohen Wahrscheinlichkeit massgebend sein soll.

Entbindet doch auch die freie Beweiswürdigung den Richter nicht von genauer und gewissenhafter Prüfung des Beweises. Gerade beim Zeugenbeweise, der ja von altersher als die trügerischte Art des Beweises bekannt ist, wird jeder verständige Richter so vorgehen, wie es im Basler Prozess in § 137 als eine Art Anweisung vorgesehen ist:

„Dem Gericht ist im allgemeinen überlassen, die Beweiskraft der Zeugenaussagen zu würdigen. Es entscheidet dabei jedenfalls nicht die Zahl der Zeugenaussagen, sondern ist viel mehr in Berücksichtigung zu ziehen deren persönliche Glaubwürdigkeit, die Bestimmtheit und Klarheit ihrer Aussagen, sowie deren Uebereinstimmung unter sich und mit dem unbestrittenen, oder aus andern Beweismitteln sich ergebenden Hergang der Sache, sowie auch der Zeugen Kenntnis vom Sachverhalt überhaupt. Demgemäss soll die Aussage eines

einzigen Zeugen, wenn die Verhandlung Anhaltspunkte für das Gegenteil seiner Ausssage bietet, keinen vollen Beweis bilden."

Einfluss auf bestimmte Verfahrensarten. Hier sind hervorzuheben:

a) Ehescheidungs-, Trennungs- und Ungültigkeitsklagen. Art. 158, 136.

Schon in einer Reihe von kantonalen Prozessordnungen hatte man erkannt, dass der Scheidungsprozess wegen der besonderen Natur des zu Grunde liegenden Streitverhältnisses nicht den gewöhnlichen Regeln des Civilprozesses folgen könne, insbesondere dass dem Richter gegenüber den Erklärungen der Parteien eine viel grössere Selbständigkeit eingeräumt werden müsse, als es sonst bei der noch vorherrschenden Verhandlungsmaxime der Fall war. So kam man dazu, im CG. die absolute Beweiswirkung des Geständnisses, die Verbindlichkeit der Parteierklärungen überhaupt, z. B. einer Klageanerkennung, durch welche vermittelst Parteiübereinkunft eine Scheidung bewirkt werden könnte, den Eid, sowohl als zugeschobenen wie als auferlegten, gänzlich auszuschliessen, dem Richter die freie Beweiswürdigung zuzugestehen und die Vereinbarung über die Nebenfolgen von Scheidung oder Trennung an die Genehmigung des Richters zu knüpfen. Ich glaube, dass man auf diesem Wege viel wirksamer der Zulassung leichtfertiger Scheidungen begegnet, als durch eine Erschwerung der Scheidung überhaupt, die immer das Bedenkliche hat, dass das feine sittliche Band, das die Ehegatten zusammenhält, auch ohne bedeutsame äussere Erscheinungen vollkommen zerfressen sein kann und keine Zwangsgesetzgebung den Riss aufheben, nicht einmal verkleistern kann. — Gewisse statistisch hohe Scheidungsziffern aus Gerichtsbezirken, von denen bekannt ist, dass die Gerichte leicht Scheidungen gewähren, scheinen wenigstens darauf zu deuten, dass die Art der Handhabung des Gesetzes von grossem Einfluss ist, und diese geschieht im Prozess.

b) Das Verfahren der Vaterschaftsklage. Hier enthält Art. 310 Abs. 2 die Vorschrift, dass die Kantone keine Be-

weisvorschriften aufstellen dürfen, die strenger sind, als diejenigen des ordentlichen Prozessverfahrens. Dieser in der nationalrätlichen Kommission beschlossene Zusatz hindert die Kantone zum Nachteil der Klägerin, von den Bestimmungen des Beweisrechtes im ordentlichen Verfahren abzuweichen; soweit mir bekannt, ist aber das Gegenteil meistens der Fall, d. h. bei Vorhandensein gewisser Präsumptionen wird zugunsten der Klägerin entschieden. So enthält das CG. selbst in Art. 314 die Rechtsvermutung der Vaterschaft bei nachgewiesenem Umgang in der sog. kritischen Zeit (vom 300. bis 180. Tage vor der Geburt). Ein Gegenbeweis gegen diese Vermutung ist nicht zulässig, sie wird nur aufgehoben durch den Nachweis von Tatsachen, die erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen, z. B. dass er in diesem Zeitpunkt der Klägerin nicht habe beiwohnen können (vgl. Erläuterungen S. 246). — Man kann, wie bei allen diesen Fragen, streiten, ob die Aufstellung einer solchen Rechtsvermutung nicht zum materiellen Recht gehöre; aber die Grenze ist eine ausserordentlich fliessende. Das bisherige kantonale Recht behandelte sie bald im Verfahren, bald im materiellen Recht.

Das Verfahren der Kantone wird zum Teil auch dadurch beeinflusst werden, dass nach dem CG. auch dem Kinde die Vaterschaftsklage zusteht und dass das Kind durch einen Beistand, der auch den Vaterschaftsprozess durchführt, vertreten wird (311).

Zu erwähnen ist noch, dass nach Art. 586 letzt. Abs. während der Dauer des *erbrechtlichen Inventars* Prozesse mit Ausnahme von dringenden Fällen weder angehoben noch fortgesetzt werden können.

Endlich wird in den Art. 173 ff., die von der Zwangsvollstreckung zwischen Ehegatten handeln, das kantonale Prozessrecht berührt, soweit es die Zwangsvollstreckung noch beherrscht und nicht das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht an seine Stelle getreten ist.

Sie sehen aus dieser nur sehr skizzenhaften Uebersicht, wie stark der kantonale Prozess durch die Vereinheitlichung des Civilrechtes mitbeeinflusst wird und wie wir durch die

Gewalt der Entwicklung trotz der noch entgegenstehenden Verfassungsvorschrift nach und nach dazu übergleiten, auch den Civilprozess in ein eidgenössisches Gewand zu kleiden. Die heutige Generation wird das zwar kaum noch erleben; die künftige aber gewiss.

Es bleibt mir noch übrig, den Aargauer Juristen und speziell Herrn Oberrichter Dr. Merz in Aarau für die schöne Festschrift „Die Stadt Aarau als Beispiel einer landesherrlichen Stadtgründung" mit der Beilage „Bürgerrecht und Hausbesitz in den aarg. Städten" namens des Vereins den besten Dank auszusprechen. Diese wertvollen rechtshistorischen Abhandlungen werden uns eine bleibende Erinnerung an unsere Aargauer Tagung bilden.

Sie werden in meinem Eröffnungswort die Nekrologe der im Laufe dieses Jahres dahin geschiedenen Kollegen vermisst haben. Ich will Ihnen aber ersparen, diese Totenliste mit anzuhören. Sie werden im gedruckten Protokolle alles finden.

Ich erkläre hiermit die 47. Generalversammlung für eröffnet.

Anhang: Liste der verstorbenen Vereinsmitglieder.

Wir verlieren im Kanton Zürich:

Dr. *Jakob Amsler,* Nationalrat und Bankpräsident in Zürich. Er erlag einer Krankheit, die ihn schon Ende 1907 ergriffen hatte, von der er vergebens in Tunis Heilung zu finden hoffte.

J. Amsler war am 11. Oktober 1848 in Meilen geboren. Er widmete sich dem Studium der Rechte und war drei Jahre Sekretär der kantonalen Justiz- und Polizeidirektion, von 1874 bis 1878 Staatsanwalt; dann praktizierte er bis 1893 als Rechtsanwalt. Sein späteres Leben gehörte den öffentlichen Angelegenheiten und der schweizer. Volksbank.

Karl Emil Bryner, Substitut in Zürich, geboren in Neuhausen, studierte die Rechtswissenschaft in Zürich von 1883 bis 1888 und war bis zu seinem Lebensende beim Bezirksgericht Zürich tätig. 1893—1895 als Substitut des Gerichtsschreibers, 1896—1900 Bezirksrichter, 1901—1909 wieder als

Substitut. Er war einer der Gründer der Unfallversicherungsgenossenschaft schweizer. Schützenvereine.

Dr. *Jakob Escher,* gewesener Kassationsrichter in Zürich. Geboren 1818, machte er seine Universitätsstudien als Jurist teils in seiner Vaterstadt Zürich bei Keller und Bluntschli, dann in Berlin, Bonn und Göttingen. Als wohlbestallter Doktor in die Heimat zurückgekehrt, war er seinem Kanton in den verschiedensten Stellungen mit seinem gründlichen juristischen Wissen dienstbar. Vom Substituten des Unterschreibers im Bezirksgerichte an durchlief er die Stellungen des Bezirksrichters, Oberrichters, als welcher er im Jahre 1866 das neugeschaffene Handelsgericht als erster leiten musste, und eines Kassationsrichters. Aus dieser Stellung nahm er im Jahre 1899, im 82. Altersjahre, seinen Austritt, um noch zehn Jahre ein wohlverdientes otium cum dignitate zu geniessen.

Dr. *Eduard Russenberger,* gewesener Direktor der N. O. B. in Zürich. Geboren in Schleitheim im Jahre 1834, machte er seine juristischen Studien in Heidelberg und Zürich. Lange Jahre war er, in seinen Heimatkanton zurückgekehrt, Gerichtspräsident von Schaffhausen. 1873 wurde er in den Ständerat gewählt. Sein Name wurde besonders bekannt durch die Liquidation der Bern-Luzern-Bahn und der Nationalbahn. Das hierbei bewiesene Geschick verschaffte ihm einen Ruf in die Direktion der Nordostbahn, der er bis zum Jahre 1894 angehörte. Seit diesem Ausscheiden, das durch die gespannten Verhältnisse mit dem damaligen Beherrscher der N. O. B., Guyer-Zeller, mehr ein erzwungenes zu nennen war, hat er mehr im Stillen als unsichtbarer Berater bei der Organisation der Bundesbahnen mitgewirkt. Er galt als ein Mann von unbeugsamem Rechtssinn, der schon als Gerichtspräsident den Ruf peinlicher Gewissenhaftigkeit, absoluter Unparteilichkeit und Gerechtigkeit genoss.

Im Kanton Bern:

Dr. *Joseph Zemp,* gew. Bundesrat. Joseph Zemp wurde 1834 in Entlebuch geboren, absolvierte seine Gymnasialstudien in Luzern und studierte in München und Heidelberg die Rechtswissenschaft. Er doktorierte in Heidelberg 1859. In die

Schweiz zurückgekehrt, hielt er sich zunächst einige Monate in Lausanne auf zur Erlernung der französischen Sprache. Hierauf errichtete er in Entlebuch ein Advokaturbureau und später eine Filiale in der Stadt Luzern, wohin er sich täglich begab. Er erwarb sich bald eine sehr grosse Anwaltspraxis und führte insbesondere grosse Prozesse für Eisenbahngesellschaften, so dass er schon hier sich mit den Eisenbahngeschäften vertraut machte. 1863 war Zemp in den luzernischen Kantonsrat, 1871 in den Ständerat, 1872 in den Nationalrat gewählt worden. 1891 trat er als Nachfolger Weltis in den Bundesrat ein. Sein Name wird mit der Geschichte der Eisenbahnverstaatlichung in der Schweiz auf immer in rühmlicher Weise verknüpft bleiben, ein Beispiel, wie der praktische Jurist auch im öffentlichen Rechte Grosses zu leisten berufen sein kann.

Joh. Ulrich Leuenberger, Amtsnotar. Leuenberger, im Jahre 1848 geboren, erwarb sich das Patent als bernischer Notar, war eine Zeitlang Gerichtsschreiber in Langnau, eröffnete dann in Bern ein Amtsnotariatsbureau und war bald als ein gewissenhafter Geschäftsmann bekannt. Die nicht einfache, mit Erfolg durchgeführte Liquidation der bernischen Bodenkreditanstalt hob sein Vertrauen bei den Finanzinstituten. Seine Erfahrung in Finanzsachen machte ihn zum geschickten Berater seiner Klienten, die ihm ein unbegrenztes und nie getäuschtes Vertrauen entgegenbrachten. „Das Geheimnis seines Erfolges," wie ein Nekrologist im Bund sagt, „ist nicht nur seiner bewundernswerten Geschicklichkeit und Menschenkenntnis, sondern vor allem seiner strengen Rechtlichkeit zuzuschreiben und dem Wohlwollen, mit dem er einem Jeden gegenübertrat."

In Biel starb der Altersdoyen der bernischen praktizierenden Anwälte Fürsprech *Rudolf Hoffmann,* der, nachdem er eine kurze Periode das Amt eines Gerichtspräsidenten in Biel bekleidet hatte, seit mehr als 40 Jahren den Beruf eines Rechtsanwaltes ausübte. Er war ein geborener Anwalt, der mit natürlichem Scharfblick die guten und schlechten Positionen der eigenen, aber ebenso der vom Gegner vertretenen

Sache sofort überblickte und rücksichtslos auszunutzen verstand, wo sich ihm ein Vorteil bot. Rauh im Aeussern war er doch von gutem Herzen. Er hat nie eine Sache, die er für gut hielt, mangelnden Vorschusses wegen von der Hand gewiesen und mir sind aus der Zeit, als ich als frischgebackener Anwalt bei ihm in die Lehre ging, manche Fälle bekannt, in denen er bedürftige Klienten aus eigenen Mitteln unterstützte, bis sie ihren Handel gewonnen hatten.

Im Kanton Freiburg:

Louis Ody, Staatsrat. Geboren im Jahre 1869, machte er seine juridischen Studien in Innsbruck, München, Berlin und Paris und erwarb sich zwischenhinein den Grad eines Licencié en droit. Im Jahr 1898 wurde er Regierungsstatthalter des Greyerzerlandes. Die Geschicklichkeit, die er als Verwaltungsbeamter entwickelte, bewirkte, dass er im Jahr 1906 in den Staatsrat des Kantons berufen wurde, in welchem er bis zu seinem Tode die Direktion der Polizei innehatte.

Louis Fasel, Notar in Freiburg; er begann mit praktischen Studien als Angestellter auf den Bureaux der Anwälte Girod, Perrier & Weck und besuchte die Vorlesungen der Universität Freiburg. 1897 erhielt er das Notariatspatent für den Sensebezirk. 1905 wurde er zum Vizepräsidenten des Bezirksgerichtes Tafers, dessen Gerichtsschreiber er gewesen war, und zum Friedensrichter von Tafers gewählt. Er verliess Tafers, um in der Stadt Freiburg ein Notariatsbureau zu gründen, das er bis zu seinem Tode führte.

Im Kanton Solothurn:

Leo Burkart, gewesener Gerichtsschreiber. Geboren 1867, machte er als Bureauarbeiter auf der Gerichtsschreiberei Solothurn-Lebern und bei Fürsprech M. von Arx praktische Studien, war dann eine Zeitlang Sekretär auf dem Finanzdepartement. 1890 bestand er das Examen als Gerichtsschreiber und versah bis 1897 die Stelle eines Gerichtsschreibers in Solothurn.

Im Kanton Schaffhausen:

Staatsschreiber *Hans Wolf.* Hans Wolf war 1858 in Schaffhausen geboren. Er durchlief die Schulen seiner Vaterstadt und machte darauf juristische Studien auf den Universi-

täten München, Heidelberg und Zürich. Anfangs der 80er Jahre kam er nach Schaffhausen zurück, betrieb eine Zeitlang den Anwaltsberuf und liess sich 1886 zum Staatsschreiber wählen. Dieses Amt bekleidete er 23 Jahre lang, bis ihn Krankheit zwang, die Feder niederzulegen.

Im Kanton St. Gallen:

Dr. *Karl Beck*, geboren 1870. Dem aus der Familie eines Schreinermeisters stammenden strebsamen jungen Mann, der frühzeitig beide Eltern verlor, wurde es nicht leicht, seinen Drang nach höherer Bildung zu befriedigen. Dennoch gelang es ihm, in Zürich, München und Bern Jurisprudenz zu studieren. Er kehrte als wohlbestallter Doctor juris in seine Heimatstadt zurück, wo er als Rechtspraktikant in das Anwaltsbureau des Herrn Scherrer eintrat. 1897 wurde er nach vorübergehender Tätigkeit am Bezirksgericht Zürich als Bezirksamtsschreiber von St. Gallen gewählt, in welcher Stellung er bis zu seinem Tode blieb.

Karl Gmür, gewesener Kantonsrichter. Karl Gmür wurde geboren im Jahr 1844 in St. Gallen. Er lag in München, Heidelberg, Zürich und Paris dem juristischen Studium ob, war dann von 1868 bis 1872 auf dem Advokaturbureau Geel in Mels tätig; im Jahre 1872 wurde er Sekretär des Justizdepartements in St. Gallen, blieb in dieser Stellung bis er 1878 Staatsanwalt wurde, welches Amt er bis 1885 innehatte. Hierauf etablierte er ein Anwaltsbureau und war daneben von 1889 bis 1896 Mitglied, von 1894 an auch Vizepräsident des Bezirksgerichts St. Gallen. Im Jahr 1895 wurde er zum Kantonsrichter erwählt und blieb dies bis 1899, als ihn ein Schlaganfall ereilte, der seinen Rücktritt vom Amte zur Folge hatte.

Im Kanton Tessin:

Chichecio-Scalabrini, Riccardo. Geboren 1856, machte er seine juristischen Studien in Genf. Im Kanton Tessin erwarb er sich die Befähigung zum Anwalt und Notar. 1885 wurde er Gerichtsschreiber in Bellinzona und avancierte zum Präsidenten des Bezirksgerichtes, welche Stellung er bis zu seinem Tode bekleidete.

Im Kanton Waadt:

Eugène Mercanton, Mitglied des kantonalen Obergerichtes. 1886 war er als Greffier substitut du Tribunal cantonal in die Beamtenkarriere eingetreten, im nämlichen Jahre noch wurde er Untersuchungsrichter und im Jahre 1895 wurde er zum Oberrichter gewählt. Bei seinem Tode wurde von ihm gesagt: C'était un juriste de valeur, un juge consciencieux, d'une parfaite intégrité. Dans toutes les fonctions qu'il a revêtues, il a laissé le souvenir d'un serviteur dévoué et d'un grand travailleur.

Arnold Roy, Notar in Rolle. Geboren 1853, machte er seine theoretischen und praktischen Studien in Lausanne. Er eröffnete in Rolle ein Notariatsbureau und bekleidete die Stellung eines Bezirksgerichtsschreibers. Das Vertrauen seiner Mitbürger berief ihn als Syndic an die Spitze des Gemeinwesens von Rolle, doch konnte er aus Gesundheitsrücksichten dieses Amt nur während einer verhältnismässig kurzen Dauer (1898—1904) bekleiden.

Im Kanton Genf:

Jules Emile Emmanuel Roguin, geboren 1823. Nach Beendigung seiner Studien liess er sich in seiner Heimatstadt Yverdon als Anwalt nieder, trat früh in das politische Leben und war schon in den 60er Jahren Mitglied des waadtländischen Staatsrates. 1863—1875 war er Mitglied des Ständerates. In diesem Jahre wurde er von der Bundesversammlung in das damals neugeschaffene Bundesgericht gewählt. Als er im Jahre 1890 demissionierte und Genf zum Wohnsitz wählte, bot ihm der Genfer Staatsrat den Lehrstuhl des öffentlichen Rechtes an, den er noch während 16 Jahren bekleidete. Uns allen war der Verstorbene als eifriges Mitglied des Juristenvereins bekannt, dessen Versammlungen er noch bis in die letzten Jahre seines hohen Alters besucht hat. Er hat dem Vorstand angehört und 1891 und 1892 das Präsidium innegehabt. — Der Charakterkopf und die originelle Persönlichkeit wird allen, die ihn gekannt haben, in lebhafter Erinnerung bleiben.

II.

Wahl der Stimmenzähler:

Es werden gewählt die Herren: Dr. jur. *Walter Gautschi,* Aarau, und Dr. *Ph. Dunant,* Genf.

III.

Wahl der Sekretäre:

Gewählt werden die Herren: Dr. *Albert Furter,* Wohlen (Aargau), und Dr. *Fréd. Martin,* Genf.

IV.

Als Rechnungsrevisoren werden bezeichnet die Herren: Oberrichter *Haller,* Zofingen, und *Albert Gampert,* notaire, Genf.

V.

Als neue Mitglieder wurden im Laufe des Jahres vom Vorstand aufgenommen:

1. *Ems, Emile,* licencié en droit, Fribourg.
2. *Zimmerli, Karl,* Staatsanwaltsubstitut, Aarau.
3. *Herzog, Paul,* Dr., Rechtsanwalt, Zürich.
4. *Holer, O.,* Dr., Zürich.
5. *Trüeb, Hans,* Dr., Fürsprecher, Bern.
6. *Kaufmann, Jos.,* Rechtsanwalt, Zürich.
7. *Meerwein, Paul,* Dr., Advokat, Basel.
8. *Graber, A.,* Fürsprech, Luzern.
9. *His, Eduard,* Dr., Basel.
10. *v. Arx, Adrian,* Dr., Gerichtspräsident, Olten.
11. *Huguenin, Raoul,* Dr., Bundesgerichtssekretär, Lausanne.

In der heutigen Sitzung wurden als Mitglieder aufgenommen:

1. *Müri, Hs.,* Dr., Regierungs- und Nationalrat, Aarau.
2. *Ringier, Hans,* Fürsprech, Zofingen.
3. *Fischer, Otto,* Fürsprech und Bankkontrolleur, Aarau.
4. *Keller, Alfred,* Dr., Fürsprech und Notar, Brugg.
5. *Rohr, Hans,* Dr., Handelsgerichtsschreiber, Aarau.
6. *Laager, Fritz,* Dr., Fürsprech, Schöftland.

7. *Haller, Ernst*, Dr., Fürsprech, Aarau.
8. *Meyer, O.,* Dr., Fürsprech, Aarau.
9. *Küchler, G.,* Dr., Fürsprech, Muri.
10. *Hasler, H.,* Fürsprech, Direktor des aargauischen Versicherungsamtes, Aarau.
11. *Stocker, Friedrich,* Dr., Bankdirektor, Baden.
12. *Schatzmann, Hans,* Dr., Fürsprech, Gerichtsschreiber, Laufenburg.
13. *Wildi, Eugen,* Dr., Fürsprech, Zofingen.
14. *Keller, G.,* Dr., Fürsprech, Aarau.
15. *Rohner, Otto,* Dr., Rechtsanwalt, Altstätten (St. Gallen).

Entschuldigt haben sich wegen Fernbleibens an der heutigen Sitzung die Herren:

1. *Brenner,* Dr., Bundesrat.
2. *Fleiner,* Prof. Dr.
3. *Winkler,* Dr., alt Bundesrichter.
4. *Burkard,* Prof. Dr.
5. *Gabuzzi,* Dr., Regierungsrat.
6. *Müri,* Dr., Regierungsrat.

VI.

Referat über **Jugendgerichte** von Herrn Prof. Dr. *Hafter* in Zürich.

Herr Präsident, Hochgeehrte Herren Kollegen!

„Der schweizerische Jurist nimmt bis heute der Jugendgerichtsfrage gegenüber eine eigenartige Stellung ein. Es ist Zurückhaltung, während andere Kreise (Jugendfürsorge, Lehrerschaft) diese Fragen bereits erörtert haben.

Die Gründe dafür sind leicht zu ersehen.

Es gehen gemeinnützigen Laienkreisen Schädlichkeiten, die die Strafprozesse für den Jugendlichen zur Folge haben, eher auf, sie bekommen vielfach die Folgen zu sehen, die dem Richter zumeist weniger bekannt werden.

Anderseits ist der Jurist zurückhaltender, da er die nicht kleinen juristischen Schwierigkeiten sieht, die bei der gesetzgeberischen Lösung der Frage zu überwinden sind. Es sind prozessuale Fragen (B.V. Art. 64bis Abs. 2). Es handelt sich

um die Zukunft der Gerichtsorganisation, das gerichtliche Verfahren und die Rechtssprechung, die den Kantonen noch überlassen sind.

Wir wollen uns darüber klar sein, dass diese Tatsache grosszügige gesetzgeberische Reformen wesentlich erschwert, und ich erkläre es mit der Kleinlichkeit und Zersplitterung der prozessrechtlichen Verhältnisse, dass bei uns in der Jugendgerichtsfrage noch fast nichts gegangen ist. — Anregungen finden sich in Genf und Waadt. Man ist zum Teil in den Anfängen stecken geblieben.

Anders im Ausland. Hier treffen wir auf eine Geschichte (s. Referat). Wir verweisen auf Amerika, wo die Jugendgerichte im öffentlichen Leben eine grosse Rolle spielen, auf das konservative England (abschliessende Regelung, Kindergesetz von 1908), auf Deutschland und ebenso auf Oesterreich (Plan einer reichsgesetzlichen Regelung).

Alle diese Länder sind weiter als wir. Das ist deshalb besonders bemerkenswert, weil, abgesehen von verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten, der Boden für eine Reform ein guter ist.

Wir finden allgemeines und verständnisvolles Interesse für Neugestaltung des Jugendrechts im eidgenössischen Strafgesetzentwurf mit materiellen Bestimmungen über das Jugendstrafrecht, die weithin Zustimmung und Anerkennung finden. (Vergleiche Entwurf April 1908, Art. 10 ff.) Da diese Artikel die materiellrechtliche Grundlage für eine richtig erfasste Jugendgerichtsbarkeit bilden, ist eine kurze Skizze am Platze.

Bis zu 14 Jahren ist das Kind nicht delikts- und straffähig im Rechtssinn, bloss die Fürsorgebehandlung soll hier Geltung haben. Für das Alter von 14 bis 18 Jahren, für sogenannte Jugendliche, existiert bedingte Delikts- und Straffähigkeit. Hier ist zugleich die Domäne der Jugendstrafgerichtsbarkeit. Weil es sich um delikts- und straffähige Menschen handelt und eventuell auch Bestrafung eintritt, ist ein Strafprozess durchzuführen, aber nicht der ordentliche herkömmliche Strafprozess, sondern ein Verfahren, in dem die Fürsorgegedanken im Vordergrund liegen.

Art. 11 Str.G.E. sieht nämlich in erster Linie Anstalts- und Heilbehandlung dieser Jugendlichen vor, wenn sie verwahrlost, verdorben oder krank sind, nur die als normal und schuldig befundenen jugendlichen Verbrecher werden bestraft. — Strafmittel: Verweis oder abgesonderte Einschliessung von drei Tagen bis zwei Monaten, wozu bedingter Aufschub dieser Einschliessung kommen kann.

Dieses Jugendstrafrecht hat wenig Widerspruch gefunden, ein gewisser Nachhall ist auch schon in den Kantonen fühlbar. Ein Bedürfnis, hier zu reformieren, war schon vor dem eidgenössischen Str.G.B. vorhanden. Wir verweisen auf Obwalden 1908, Entwürfe und Anregungen in Zürich, Schaffhausen, Thurgau etc.

Die Ergänzung liegt in der kantonal zu regelnden Jugendgerichtsbarkeit, aber sie, auch allein für sich betrachtet, ist reif zur Reform, auch da, wo man aus dem einen oder andern Grunde noch beim herkömmlichen materiellen Jugend-Strafrecht bleiben will. Natürlich ist die gemeinsame Neugestaltung wünschenswert; wo sie nicht erhältlich, beginne man vorläufig beim Jugend-Prozess, wie es Deutschland tut.

Wenden wir dagegen nicht ein, das Bedürfnis dazu fehle. Gewiss, speziell die jugendliche Kriminalität spielt nicht überall eine gleich grosse Rolle, aber sie besteht doch überall und insbesondere in grössern Städtekantonen sind es alljährlich Hunderte von Jugendlichen, die vor dem Strafrichter stehen. (S. Ref. 2 Anm. 1, wo nur Verurteilte aufgeführt sind.)

Alle diese Tatsachen sollen der heutigen Diskussion zum Untergrund dienen.

Aber wie soll nun diese besondere Jugendgerichtsbarkeit beschaffen sein? Lange wurde geschwankt, ob nicht ein eigentlicher Gesetzentwurf zu formulieren sei. (So formulierte Vorschläge haben oftmals auch eindringlichern Erfolg.)

Im Hinblick auf die Verschiedenheiten der kantonalen Gesetzgebungen hielt ich es für ratsamer, nur Leitsätze aufzustellen. An sie knüpfe ich jetzt an, an sie mag man sich auch in der Diskussion halten, ich verweise daher auf die gedruckten Thesen.

Der kantonale Gesetzgeber, der Jugendgerichtsbarkeit einführen will, hat in zwei Richtungen vorzugehen.

1. Ergänzung der Gerichtsverfassung (organisatorische Bestimmungen sind nötig).
2. In der Pr. O. selbst ist die Einfügung eines besondern Titels nötig:

Verfahren gegen Jugendliche.

Jugendliche Personen zwischen 14 und 18 Jahren, die die Straftat begangen haben, fallen in Betracht. Auch für sie gilt Offizialprinzip im Verfahren. Die ordentlichen Untersuchungsbehörden nehmen die Sache an die Hand. Doch zeigt das Verfahren eine Reihe von Besonderheiten:

Mehr als bei erwachsenen Beschuldigten ist nötig eine genaue Tatbestandsfeststellung, eingehende Aufklärung der persönlichen Verhältnisse (Eltern, Familie, Erziehung, Gesundheitszustand, Schule etc.). Daher wird verlangt obligatorische Mithilfe der Jugendfürsorge (Vomundschafts- und Schulbehörden, private Jugendschutzvereine etc.

Daher ist stets die Anhandnahme am Wohnort des Beschuldigten, forum domicilii, nicht forum delicti commissi massgebend.

Da in dem sich entwickelnden Prozessverfahren überall die Jugendfürsorgegedanken zum Durchbruch kommen sollen, gelten schon im Untersuchungsstadium als weitere Besonderheiten:

Die Verhaftung ist noch mehr als sonst zu vermeiden, wo nötig, soll der Vollzug in einer Anstalt, Familie oder getrennt von andern Verbrechern erfolgen.

Sorge für Verteidigung von den ersten Anfängen an: sei es nun vermehrte Heranziehung der Eltern und gesetzlichen Vertreter oder besonderer Verteidiger, wo es nötig ist. Dabei sind als Verteidiger nicht nur patentierte Rechtsanwälte, sondern überhaupt Personen, die sich über Eignung irgendwie ausweisen, namentlich in der Jugendfürsorge tätige Leute — auch Frauen, zuzulassen.

Vor allem ist Gewicht darauf zu legen, dass Eltern und Vormünder für den Prozess interessiert werden.

Im übrigen erfolgt die Abwicklung und Untersuchung im herkömmlichen kantonalen Verfahren, den Schluss bildet die Anklageerhebung oder die Einstellung. Nur eines ist noch zu erwähnen: Wenn Einstellung erfolgt, soll auch der Sistierungsbehörde das Recht bleiben, den Jugendlichen fürsorglich zu behandeln (Erziehungsanstalt, Heilanstalt). E.G. Str.G.E. Art. 32.

Anklageerhebung beim Jugendgericht.

Ueber seine Gestaltung sind Bände geschrieben worden. Noch kein Vorschlag hat allgemein Gnade gefunden. Mein Vorschlag ist der folgende:

Wir haben es zu tun mit einem Strafgericht, da ja delikts- und straffähige Personen zu beurteilen sind und eventuell Verurteilung zu einer Strafe eintritt. Aber es ist ein Straf-Sondergericht.

Es ist zu bilden bei jedem erstinstanzlichen Gericht (Bezirksgericht, Amtsgericht). Den Vorsitz führt ein geeigneter, beamteter Richter, wenn möglich juristisch gebildet (Gerichtspräsident!), dazu zwei Laien, Beisitzer, die zu wählen sind aus Kreisen, die in der Jugendfürsorge stehen (Aerzte, Lehrer, Vormundschaftsbeamte, tätige Mitglieder von Jugendschutzvereinen, kurz Personen mit verständnisvollem Interesse für die Jugend).

Vor diesem Gerichtshof kommen alle gerichtlich zu beurteilenden Verfehlungen Jugendlicher (Verbrechen, Vergehen, Uebertretungen). Also tritt Konzentration vor diesem Spezialgericht und Ausschaltung namentlich der Schwurgerichte ein.

Aber mit dieser Verweisung vor ein solches Spezialgericht ist es allein nicht getan. Um gewisse Schädlichkeiten des Strafprozesses zu vermeiden, sind noch folgende Verfahrensregeln angebracht, die wir als zweckmässig anerkannt haben: Die Verhandlungen des Jugendgerichtes sind so zu legen, dass Berührung mit andern Verbrechern vermieden wird, namentlich mit erwachsenen Verbrechern. Die Beurteilung erfolgt in besondern Räumen und zu besondern Zeiten. Nötig ist die Trennung des Verfahrens nach diesen Gesichtspunkten. Jugend-

liche und Erwachsene, die an einer Straftat beteiligt sind, sollen getrennt beurteilt werden.

Aehnliche Rücksichten auf die Jugendlichen führen zum Ausschluss bezw. zur Beschränkung der Oeffentlichkeit. Wenn wir den „Fall“ der Oeffentlichkeit nach Möglichkeit vorenthalten, nützen wir der Zukunft des Jugendlichen und verhindern ein falsches Heldentum. Zuzulassen sind nahestehende Personen (Eltern, Pflegeeltern, Vormünder) und solche, die sich in der Jugendfürsorge betätigen.

Zuzustimmen ist auch § 191 zürch. Str.Pr.E., wonach der Angeschuldigte von den Parteivorträgen der Beteiligten und der Beratung ausgeschlossen wird. Zwar ist es ein starker Eingriff in die prozessualen Rechte des Angeklagten, aber die Ausschliessung ist mit Fürsorgerücksichten leicht zu rechtfertigen und ungefährlich, weil die andern Massnahmen sichern, dass die Verteidigungsrechte des Angeklagten nicht zu kurz kommen.

Anderseits ist Kontumazialverfahren unzulässig; wo die Erfassung der Persönlichkeit des Angeklagten eine so grosse Rolle spielt, darf der Richter auf den persönlichen Eindruck natürlich nicht verzichten.

Das sind die Hauptlinien des Jugend-Prozesses. Nur noch hinzuzufügen ist, dass ich Rechtsmittel, — Berufung und Beschwerde — durchaus zulasse; als Besonderheit ist zu erwähnen, dass der amtliche Verteidiger (Beistand) ein selbstständiges Recht auf Einlegung von Rechtsmitteln — also eventuell gegen den Willen des Angeklagten besitzt. Die fürsorgende Stellung, die der Beistand einnimmt, rechtfertigt das.

Für weitere Einzelheiten wird auf das gedruckte Referat verwiesen.

Betrachten Sie nun die Jugendgerichtsbarkeit als Ganzes, so hoffe ich behaupten zu können, in ihrer Ausgestaltung lassen sie sich leicht organisch den kantonalen Prozess-Gesetzgebungen einfügen, es liegt darin nichts Fremdes und Gewagtes, das sich mit unsern Einrichtungen nicht verträgt, und wir haben nicht in unkritischem Masse „Amerikanismus“ gehuldigt.

Dabei ist die ganze Frage reif zu abschliessender gesetzlicher Regelung. Erfahrungen und Materialien sind in genü-

gender Menge vorhanden. Der kantonale Gesetzgeber kann vorgehen.

Es braucht kaum neue Beamte. Die Ausgaben für Zuziehung der Beisitzer im Jugendgericht fallen kaum in Betracht. Die Mithilfe der Fürsorgeorgane verursacht kaum Kosten, da zumeist gemeinnützige Vereine hier wirken.

Wenn aber der Gesetzgeber abschliessende Regelung noch nicht wagen will, weil ihn die ausländischen Erfahrungen nicht überzeugen, so mag man vorgehen wie in Deutschland:

Die Durchführung der Gedanken der Jugendgerichtsbarkeit ohne Gesetzesänderung ist erfolgt so gut als möglich. Durch blosse administrative Geschäftsordnung und Geschäftsverteilung kann schon einiges erreicht werden: Es erfolge die Bestellung eines ständigen Referenten im Gericht für Jugendsachen, Einschränkung der Verhaftungen, Sorge für besonders gute Verteidigung, vermehrte Heranziehung der Eltern und Vormünder, wenn ein Jugendlicher angeklagt ist, man ordne das Verhältnis zwischen Untersuchungsbeamten und Gerichten einerseits und den Jugendfürsorgeorganen (amtlichen und privaten) anderseits, durch Heranziehung der Letztern wo immer möglich.

Auch die gesonderten Verhandlungen im Hauptverfahren sind auf dem Wege der Geschäftsordnung zu erreichen mit Verhandlung der Jugendprozesse zu Zeiten, da keine andern erfolgen. Die Oeffentlichkeit können wir nach geltenden Rechten zwar nicht ausschliessen, aber denkbar ist der Wunsch gegenüber der Presse, sie möchte im Interesse der Zukunft des Angeklagten auf die Berichterstattung verzichten.

So ungefähr sind in Deutschland die Jugendgerichte administrativ eingerichtet. In einer Verhandlung in Berlin fiel vor allem die halboffizielle Anwesenheit einer Dame auf (Vertreterin der Zentrale für Jugendfürsorge). Dieser Zentrale werden während der Untersuchung die Akten sämtlicher Prozeduren vorgelegt und sie wird zu Recherchen veranlasst, in der Hauptverhandlung wird sie zugelassen zur Stellung von Anträgen. Wo nötig und möglich, hat die Zentrale bis zum Tage der Hauptverhandlung schon die erforderlichen fürsorglichen Massnahmen vorbereitet.

Was so schon bei gegebenen gesetzlichen Rahmen in Deutschland möglich war, sollte auch bei uns durchführbar sein, aber es sollte auch bei uns höchstens Verlegenheitlösung sein.

Das Richtige, das Erstrebenswerte, das Erreichbare ist die gesetzliche Regelung."

Co-Rapporteur: M. le Prof. Dr. *Alfred Gautier* (Genève):

D'une façon générale le corapporteur se déclare d'accord avec le rapporteur qui a cherché à faire une œuvre en rapport avec nos institutions nationales. Il est d'accord surtout avec la méthode de travail. Les dispositions du projet de Code Pénal Suisse, exigent impérieusement la création de tribunaux pour enfants, et même sans cela il faut constater que l'opinion publique réclame cette institution. La Confédération ne peut actuellement pas légiférer sur la procédure; aussi les cantons doivent-ils élaborer des lois sur *la création de tribunaux pour adolescents,* mais ces lois doivent cadrer avec le projet de Code Pénal Fédéral et avec le droit pénal cantonal, même si ces lois ont le caractère de lois provisoires.

A Genève les deux projets, qui ont été élaborés, ont le défaut de n'être pas raccordés avec le projet de Code Pénal Fédéral.

Jusqu'à présent le juge qui est appelé à juger un enfant est très embarassé; il ne sait que faire n'étant pas renseigné sur les circonstances intéressant l'enfant. Comment arriver à faire de la besogne utile?

Ici on est en présence de deux tendances. L'une veut un véritable procès, une action pénale, l'autre se contente de mesures administratives. Le projet du rapporteur est par trop procédurier, et un peu formaliste. Il est certain qu'il ne faut pas faire à tout prix de l'exotisme, mais on peut créer pour les adolescents une procédure moins solennelle et moins formaliste.

Le co-rapporteur se déclare d'accord avec le rapporteur pour que les enfants jusqu'à 14 ans ne soient pas déférés au tribunal. Ils ne sont pas sujets de délits; ils doivent être soumis à la juridiction scolaire et à des mesures administratives. Par conséquent, il faut adopter le terme „*tribunal pour*

adolescents" et non „*pour enfants.*" D'autre part, il faut prendre comme âge maximum 18 ans, et soumettre au tribunal spécial, tous les jeunes gens qui ont commis un délit avant 18 ans.

M. le Prof. Gautier est d'accord pour que le tribunal ne soit saisi que d'*infractions,* et non qu'il suffise d'un état immoral ou de mauvaises habitudes pour que le tribunal puisse statuer, comme c'est le cas dans certaines législations américaines. Il faut un tribunal spécial confié à un juge de carrière et ayant une compétence générale. Comme le rapporteur, M. le Prof. Gautier demande que le ou les juges soient des juristes; il faudrait éviter de charger de ces fonctions le juge des tutelles qui a autre chose à faire.

Il est d'accord également pour qu'on évite les arrestations préventives, si c'est indispensable il faut séparer les jeunes gens des autres prévenus; les parents des prévenus doivent être entendus ainsi que les représentants légaux.

Quant à la publicité elle doit être exclue; même la presse ne doit pas être admise aux débats, sans cela le résultat ne sera pas atteint.

Le corapporteur examine ensuite les points sur lesquels il n'est pas entièrement d'accord avec le rapporteur. M. le Prof. Gautier ne voudrait pas que le juge d'instruction ordinaire soit compétent, cela n'est pas nécessaire et cela présente des inconvénients. Tout d'abord le juge d'instruction ordinaire se ferait difficilement une méthode spéciale de travail en ce qui concerne les adolescents. Il aurait des difficultés à se renseigner comme il le faudrait. Au surplus un tribunal spécial ne servirait à rien si pendant toute l'instruction le jeune délinquant est mêlé aux autres prévenus et soumis aux formes ordinaires d'instruction. On a proposé des fonctionnaires spéciaux pour l'instruction des délits commis par les adolescents. Cela serait un luxe. La vraie solution est l'instruction par le *juge du procès;* cela permet d'arrêter en route les affaires qui peuvent être solutionnées d'emblée et cela a le grand avantage que le juge de jugement est parfaitement renseigné sur la personnalité de l'adolescent qui comparait devant lui.

M. le Prof. Gautier voudrait que le tribunal soit confié plutôt à un *juge unique* qu'à un collége de juges. Un seul juge a un caractère plus paternel et l'on peut plus facilement trouver un spécialiste. Si l'on prend un collége de juges, on est obligé de recourir à des juges civils qui ne sont pas spécialistes.

Mais il est certain, que le juge unique peut et doit faire appel aux laïques qui le renseigneront sans le majoriser. Ils ne doivent pas concourir au jugement. Dans trois phases de la procédure les laïques peuvent concourir utilement:

Dans l'*enquête,* il faut appeler les maîtres des jeunes délinquants, les parents, les experts. Il faudra recourir aux laïques pour hospitaliser les prévenus etc.

Dans le *jugement,* les laïques peuvent être consultés, mais ils ne doivent pas juger. Le juge doit être maître chez lui.

Pendant l'*exécution de la peine* ou de la mesure d'éducation, les laïques peuvent être employés pour la surveillance de l'enfant à titre de patron ou de curateur.

En ce qui concerne la *procédure,* il ne faut pas de vaines formalités, ni de mise en scène. Il faut donc exclure les formes ordinaires de jugement. Un local spécial est indispensable et ne doit pas être situé dans le même bâtiment que les autres salles des tribunaux.

En ce qui concerne la *défense,* pour les uns, elle doit être étendue, pour les autres, elle doit être supprimée. La question est controversée; en tous cas il faut éviter tout débat oratoire. Il est certain qu'avec un bon juge il n'est pas besoin de défense, puisque le juge doit lui-même être le défenseur naturel de l'enfant. Ce qu'il faut empêcher à tout prix, c'est que le jeune homme soit soustrait à la mesure qui lui est nécessaire.

Quant aux *voies de recours,* elles peuvent être supprimées, les garanties du tribunal spécial étant suffisantes. En résumé, le second rapporteur se déclare d'accord avec les conclusions du premier sous les réserves ci-après:

„1° l'instruction du procès sera conduite par le juge lui-même ou par un magistrat spécial.

2° Le juge unique devrait être préféré au collége de juges.

3° Le concours des non-juristes est indispensable, mais ils ne doivent pas participer au jugement.

4° Après le jugement le juge devra garder le contact avec l'adolescent, tant personnellement que par l'intermédiaire d'un patron controlé par lui.

5° Le juge statuera sans solennité et dans un local distinct des salles d'audience pour adultes.

6° Tant que des fonctionnaires spéciaux de surveillance n'auront pas été institués, l'adolescent devra être pourvu d'un défenseur.

7° Il n'y a pas lieu de maintenir les voies de recours.

8° Les condamnations prononcées contre un adolescent ne seront pas inscrites au casier judiciaire."

Der Präsident verdankt die Referate und eröffnet:

Diskussion.

Herr Dr. *Silbernagel* bemerkt: Die Herren Professor Hafter und Prof. Gautier haben die Freundlichkeit gehabt, auch einige kleinere publizistische Arbeiten des Sprechenden in den Kreis ihrer Erörterungen zu ziehen. Ich möchte mir deshalb gestatten, auch ihren Referaten einige Worte beizufügen, zunächst Worte des Dankes für ihr warmes Eintreten für eine Reform des Strafverfahrens gegen Jugendliche.

Herr Professor Hafter hat es in seinem gedruckten Referate als eine Utopie bezeichnet, dass an Stelle des Strafrechts ein Fürsorgerecht treten könne, er hat dabei den Ton auf das Wort Strafrecht gelegt. Ich kann dieser Auffassung nicht beistimmen. Die Entwicklung in den andern Staaten weist nach einem andern Ziele hin. In den Vereinigten Staaten von Amerika ist der Jugendrichter allgemeiner Versorgungsbeamter. Die straffällige Jugend bildet nur einen Teil der versorgungsbedürftigen Jugend, die der Richter unter seinen Schutz nimmt. Dort ist ein solches Verfahren allerdings geboten durch die ungenügende anderweitige staatliche Fürsorge für unbemittelte Jugendliche. Sehen wir uns aber auf unserem

Kontinent um. In Deutschland ist der Amtsrichter, der Vormundschaftsrichter gleichzeitig Jugendrichter. Die Weisung der Justizverwaltung in Preussen geht dahin, alle Strafsachen, die Jugendliche betreffen, also auch diejenigen, für die sonst die Landgerichte zuständig wären, womöglich diesen Vormundschaftsrichtern zu unterstellen. Der Entwurf des Reichsjustizamtes will es dem Ermessen der Staatsanwaltschaft überlassen, ob sie straffällige Jugendliche der Vormundschaftsbehörde überweisen oder vor ein Jugendgericht ziehen will und dabei soll einzig ausschlaggebend sein nicht die Beurteilung der Einsichtsfragen, sondern ob das öffentliche Interesse die Verweisung vor das Jugendgericht fordert. In Frankreich hat das Gericht im Verfahren gegen straffällige Jugendliche das Gutachten eines Conseil de tutelle, also auch einer Art Fürsorgeausschusses einzuholen, und der Vorschlag der französischen Gefängnisgesellschaft geht nun dahin, es möchten diesem Conseil de tutelle entscheidende Kompetenzen verliehen werden. Herr Professor Hafter zitiert selbst den Genfer'schen Gesetzesentwurf von Herrn Maunoir mit seiner Chambre de Juridiction de l'Enfance, die trotz der richterlichen Leitung ein Fürsorgeausschuss mit Fürsorgekompetenz ist. Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch selbst stellt den Fürsorgezweck voran. Ist es nicht Fürsorgerecht, wenn er bestimmt, dass der in eine Zwangserziehungsanstalt Eingewiesene so lange darin zu verbleiben hat, als er und seine Erziehung es erfordert und der in eine Besserungsanstalt Verbrachte so lange, bis er gebessert ist? Diese Bestimmungen nehmen sich eigentümlich aus in einem Strafgesetzbuch und gehören eigentlich eher in ein besonderes Jugendgesetz, wie man es in Deutschland anstrebt. Meine Herren, der Strafzweck soll nicht ganz ausgeschlossen werden, aber er soll zurücktreten hinter den Fürsorgezweck. Die Freiheitsbeschränkung in der Fürsorgemassnahme wirkt ja für den Jugendlichen auch als Strafe. Die Hauptsache aber ist nicht die Strafe, sondern die Rettung des Jugendlichen vor weitern Verbrechen, die Gewinnung und Erhaltung des fehlbaren Jugendlichen für die rechtschaffene menschliche Gesellschaft.

Darum möchte ich auch den Vorschlag der Jugendschutzkommission nicht so ohne weiteres von der Hand weisen. Ich erachte ihre Einführung für wünschbar, wenn auch nicht für unbedingt notwendig. Zunächst würden sie in Funktion treten für schulpflichtige Kinder. Da ist ein Jugendgericht nicht am Platze. Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch sieht nun allerdings Strafkompetenzen der Schule vor. Wo eine Jurisdiktion der Schule noch nicht besteht, wünscht man sie herbei; wo sie aber eingeführt ist, wie in Basel, verlangen die Lehrer in Vereinen und Behörden ihre Abschaffung und Uebertragung der Straffunktionen an eine Behörde ausserhalb der Schule.

Ich möchte die Kompetenzen einer solchen Jugendschutzkommission auch erweitern auf die Behandlung leichterer Delikte von Straffälligen von 14 bis 18 Jahren. Auch das bedingt eine Abänderung im Vorentwurf zum schweizerischen Strafgesetzbuch, im Sinne einer Zulassung solcher Jugendschutzkommissionen. Alle straffälligen Jugendlichen über 14 Jahre an diese Jugendschutzkommission zu weisen, geht zu weit. Ich gehe hier von einem frühern Vorschlage meinerseits zurück. Der Sprung wäre sonst zu gross für unsere schweizerischen Verhältnisse. Für solche Jugendliche über 14 Jahre, die sich schwere Vergehen haben zu Schulden kommen lassen, soll ein Jugendgericht nach dem Vorschlage Hafter amtieren. Die Ueberweisung erfolgt durch die Staatsanwaltschaft. Aber auch bei diesem Jugendgericht soll der Fürsorgezweck praevalieren. Die Mehrzahl der Richter soll im Versorgungs- und Erziehungswesen, besonders im Versorgungswesen erfahren sein, wobei das Gericht auch nach dem Entscheid den Kontakt mit dem Jugendlichen aufrecht erhalten kann. Wenn auch Aerzte als Richter gewonnen werden können, ist dies gut. Als Statthalter denke ich mir für Basel einen Präsidenten des Waisenamtes, wenn einmal unser Vormundschaftswesen reorganisiert und das Versorgungswesen damit verschmolzen ist. Den Vorsitz möchte ich einem strafrechtlich gebildeten Richter, z. B. einem Strafgerichtspräsidenten überlassen, aber nicht etwa zur Wahrung des Strafzwecks, sondern zum Rechts-

schutz für den Jugendlichen selbst, damit von strafrichterlicher Seite mitgeprüft wird, ob der Angeschuldigte das ihm vorgeworfene Delikt auch wirklich begangen hat. Man kann die obigen Rollen von Statthalter und Präsident auch vertauschen. Dies wäre ein Vorschlag für Basel. Herr Professor Hafter geht m. E. zu weit, wenn er ein einheitliches Schema für die Schweiz Ihnen unterbreitet. Darüber, wie das Gericht und die Voruntersuchung im Verfahren gegen Jugendliche zu organisieren seien, besteht in Deutschland noch viel Uneinigkeit, die sich auch am deutschen Jugendgericht in Charlottenburg zeigte. Das Verfahren in England ist ein anderes, als das in Deutschland und dieses wieder ein anderes, als das geplante in Frankreich, und in Deutschland bestehen wieder Differenzen zwischen den Einrichtungen in Preussen, in Württemberg und Bayern.

Alles ist noch im Fluss, im Stadium der Versuche. Erst die Erfahrung einiger Jahre wird uns zeigen, welches Verfahren für die ganze Schweiz vorzuziehen wäre. Darum könnte ich Ihnen eine Abstimmung über die Thesen A, sowie über Thesen 3 und 4 des Herrn Referenten und über die Gegenthesen des Herrn Korreferenten nicht empfehlen. Der Herr Referent selbst hat vom Vorschlage einer Abstimmung abgesehen. Dagegen dürften die Thesen B 1 und 2 des Herrn Professor Hafter und die Thesen 5, 6 und 8 des Herrn Professor Gautier auf Ihre einstimmige Zustimmung rechnen. Ich glaube kaum, dass sich hiegegen irgendwelche Opposition bei Ihnen erheben wird. Dagegen wird über die Richtigkeit der andern Leitsätze Streit bestehen. Herr Professor Hafter will die Voruntersuchung den ordentlichen Untersuchungsbehörden überlassen.

Ich weise darauf hin, dass das Verfahren an einzelnen Orten anders geregelt ist. So wirken in Westfalen Fürsorgeausschüsse, die sogenannten Hammer Fürsorgeausschüsse, unabhängig von den ordentlichen Untersuchungsbehörden bei der Voruntersuchung mit. Diese Regelung der Voruntersuchung ist für uns noch keine abgeklärte Frage. Auch den Erprobungsbeamten möchte ich bei der Untersuchung nicht missen. Er soll über die persönlichen Verhältnisse des Angeschuldigten,

über seine Charaktereigenschaften Erkundigungen als Hilfsperson des Richters einziehen, damit das Gericht weiss, was es mit dem schuldig Befundenen anfangen soll. Dazu ist er zweifellos besser geeignet als die Polizei. Gleich ist die Stellung des deutschen Jugendgerichtshelfers. Der Erprobungsbeamte könnte auch Berufsvormund zugleich sein. Die übrige Voruntersuchung, die Feststellung des Vorhandenseins der Voraussetzungen des Deliktstatbestandes kann ja dann den ordentlichen Untersuchungsbehörden vorerst noch belassen werden. Kann sich ein Kanton einen besondern Untersuchungsrichter für Jugendsachen leisten, so wäre eine solche Organisation natürlich vorzuziehen. Dagegen möchte ich nicht ohne weiteres der Einführung des amerikanischen Erprobungsbeamten in der dortigen Gestaltung des Amtes das Wort reden. Der amerikanische Erprobungsbeamte ist Untersuchungsrichter, Ankläger und Verteidiger in einer Person. Die Einführung eines solchen Inquisitionsverfahrens bei uns halte ich für bedenklich, und ebenso trage ich noch Bedenken, dem Vorschlag von Herrn Professor Gautier zuzustimmen und die ganze Voruntersuchung durch den Jugendrichter selbst vornehmen zu lassen.

Dann kann ich auch dem Vorschlag des Herrn Professor Hafter auf Einführung eines Dreiergerichts für Jugendstrafsachen nicht zustimmen. Gegen eine derartige Regelung im Entwurf des Reichsjustizamtes hat sich u. a. schon Professor von Liszt entschieden gewandt.

Ich möchte das Dreiergericht durch ein Fünfergericht ersetzt wissen, da ein solches mehr Autorität besitzt und für die richtige Behandlung des Jugendlichen grössere Gewähr bieten kann. Besonders bei schweren Straffällen sollte ein Fünfergericht amtieren. Ich kann mich deshalb auch dem Vorschlag des Herrn Professor Gautier, alle Strafsachen von Jugendlichen vor einen einzelnen Jugendrichter zu weisen, nicht anschliessen. Denken Sie an die Möglichkeit, dass ein solcher Einzelrichter entscheiden müsste, ob ein Jugendlicher einen Mord begangen hat oder nicht und die Folge daraus ziehen müsste. Solche Einzelrichter wären auch für unsere Verhältnisse dann — aber erst dann — angezeigt, wenn wir

Aussicht hätten, ganz ideale Richter zu erhalten, wie es Lindsey in Denver allen Berichten nach sein soll.

Herr Professor Hafter schlägt Ihnen sodann die Einführung einer Berufungsinstanz vor. Herr Professor Gautier negiert die Zulassung von Rechtsmitteln gegen den Entscheid des Jugendrichters. Ich bin ganz damit einverstanden, dass zur Berichtigung gewisser formeller Verstösse des Jugendgerichts eine Kassationsinstanz bestehen soll, dagegen möchte ich von der allgemeinen Zulassung der Berufung abraten. Die wenigsten Kantone werden sich Jugendgerichte zweiter Instanz leisten können. Ist aber die zweite Instanz nicht als Jugendgericht organisiert, dann beseitigt man wieder den wichtigen Schutz für den Jugendlichen. Ein blosser Referent für Jugendsachen bei der zweiten Instanz, nach dem Vorschlag von Herrn Professor Hafter kann nicht genügen. Der Fürsorgezweck würde so nicht genügend gewahrt.

These B 4 des Herrn Referenten endlich ist zu detailliert gefasst. Jeder Kanton wird es hier wieder verschieden halten.

Ich möchte schliessen mit dem besten Dank an die Herren Referenten für ihre Referate und für die Gelegenheit, die sie uns geboten haben, uns im Schosse des Juristenvereins einmal über diese Frage auszusprechen.

Herr Fürsprecher *Sessler*, Bern: Ein kurzes Wort über die drei ersten Vorschläge des Korreferenten, die meiner Ansicht nach in engstem Zusammenhange miteinander stehen: Ich begrüsse die Tendenz des Korreferates, das das Verfahren in Jugendgerichtssachen möglichst einfach und losgelöst von den gewöhnlichen formellen Prozessvorschriften gestalten möchte, namentlich bin ich auch einverstanden mit der Aufhebung der Zäsur zwischen Untersuchung und Hauptverhandlung und damit, dass die Untersuchung durch den nämlichen Richter geführt wird, der die Hauptverhandlung leitet, — letzteres aber nur unter der Bedingung, dass — entgegen dem Vorschlag 2 des Korreferenten — zur Beurteilung des Jugendlichen ein Kollegialgericht (drei Mitglieder) eingesetzt wird. Wenn wir ein Kollegialgericht haben und nicht nur — nach Vorschlag 3 des Korreferenten — die Mitwirkung von Nichtjuristen, welche

an der Urteilsfällung nicht teilnehmen, so wird diese Lösung ein Korrektiv bilden gegen die befürchtete Machtfülle des untersuchenden Richters, der zugleich urteilender Richter ist, gegen allfällige Vorurteile desselben. Bei Einsetzung eines Kollegialgerichtes wird die vom Referenten befürchtete Gefahr verschwinden, dass wir bei Verwischung der Zäsur zwischen Untersuchung und Hauptverhandlung in die Inquisitionspraxis hineinsteuern.

Prof. Dr. *Eugène Borel* (Genève):

Les personnes, qui se sont occupées de la question des tribunaux pour enfants, ne sont pas d'accord par le fait que les unes sont des juristes et que les autres se placent au point de vue purement éducatif. L'orateur se rattache plutôt à la seconde catégorie. Le but est de ramener l'adolescent qui a fauté, et c'est en faisant appel à ses sentiments que l'on pourra obtenir des résultats.

Le point important est que l'adolescent reconnaisse que la mesure est prise dans son intérêt, pour cela il faut qu'il ait une confiance absolue dans le juge qui le considère comme un ami.

Si l'on se place à ce point de vue, il est fâcheux de maintenir la séparation entre l'information et le jugement; le travail du juge d'instruction est inutile s'il n'est pas juge en définitive.

Quant à la composition du tribunal, cela sera plus simple de trouver un juge unique qui sera beaucoup plus près de l'adolescent, mais s'il faut faire une concession, il faut mieux adopter le *collége de juges* que la *défense*. L'orateur ne peut admettre la présence d'avocat; cela n'est pas nécessaire de défendre l'accusé contre le tribunal.

Pour la même raison, il n'est pas nécessaire d'instituer des voies de recours.

Le rôle le plus important du juge pour les adolescents sera en définitive de rester en contact avec le condamné.

Quant à la réalisation pratique de l'idée, pour le moment ce n'est que dans les grandes agglomérations que l'on pourra arriver à un résultat. Il faut donc procéder un peu par empirisme et se servir des expériences faites.

Dr. *Le Fort*, juge à la Cour, Genève, reconnaît que la position des juges, qui doivent juger des enfants, est pénible. Il appuie l'idée de confier l'instruction au juge qui aura à statuer, car c'est la seule manière de le renseigner.

Quant à la défense il faut la maintenir, car le défenseur consciencieux pourra rendre des services. L'audience ne doit pas être publique, mais on pourra admettre des personnes s'intéressant aux adolescents qui comparaîtront. En ce qui concerne la composition du tribunal, le collége de juges paraît être la meilleure forme, avec un des juges comme juge informateur.

Dr. *Ph. Dunant*, avocat, (Genève):

Il faut qu'il y ait de l'unité dans l'instruction, dans le jugement et dans l'exécution de la peine. Pour cela il est nécessaire qu'une seule personne instruise l'affaire, la juge et en surveille l'exécution. La conséquence est donc plutôt le juge unique et la suppression des voies de recours.

Herr Professor Dr. *Zürcher:* Gewiss dürfen wir das amerikanische Vorbild nicht einfach nachahmen, sondern wir müssen die leitenden Gedanken in unsere Verhältnisse und Traditionen umsetzen. Zu diesem Behufe ist es aber notwendig, den Grundgedanken nachzugehen und dieses ist die Erprobung, die Grundlage des modernen, amerikanischen Strafensystems: Dem Angeklagten überall, wo es möglich, die Freiheitsstrafe zu ersparen, durch Mahnungen und andere Massnahmen ihn zur Selbsterziehung aufzumuntern. So soll auch der Jugendrichter nicht nur die Freiheitsstrafe, sondern sogar Anstaltserziehung möglichst lange dem Jugendlichen ersparen.

Daher darf dem Urteil der Jugendrichter keine Rechtskraft beigemessen werden, es soll jederzeit nachgeprüft werden können, ob die angeordneten Massnahmen zu strenge oder zu milde waren und durch andere ersetzt werden sollen. Zustimmung also zu These 4 des Korreferenten und ebenso zu These 8, die Feststellung der Straftat, die ja für den Jugendrichter eine symptomatische Bedeutung hat, erfolgt nicht im Dispositiv, sondern lediglich in den Erwägungen.

Sodann ist nicht zu vergessen, dass dem Erprobungssystem die Institution des Erprobungsbeamten den festen Rück-

halt gibt: In der Untersuchung erforscht er die persönlichen und Familienverhältnisse, er ist Sachverständiger, der dem Richter die zweckmässigsten Anordnungen vorschlägt, er ist damit zugleich Verteidiger, indem er den Jugendlichen vor unnötiger Strenge schützt, er ist derjenige, der die Ausführung der richterlichen Anordnung und den Jugendlichen überwacht und dem Letztern als Berater zur Seite steht.

Alle diese Funktionen müssen erfüllt sein. Schon in Amerika hat aber ein energischer Präsident, so Lindsey in Denver, die meisten dieser Funktionen selber übernommen, man kann sie auch teilen, auch bietet das Vormundschaftsrecht des schweizerischen Z.G.B. Formen für die Schutzaufsicht.

Die Referenten beschränken das Jugendgericht auf das Jugendalter mit Ausschluss des Kindesalters. Daraus entsteht eine Lücke und zwar hat nach dem Vorentwurf die Verwaltungsbehörde das Kind zu versorgen. Die Schule soll es bestrafen, aber jemand soll entscheiden, wem das Kind zu überweisen sei.

Das S.Z.G. stellt eine Reihe von Kinder- und Jugendschutzbestimmungen auf; wäre es nicht gut, ihre Handhabung auch dem Jugendrichter zu übertragen, wenn auch dadurch Civil- und Strafgerichtsbarkeit in einer Person vereinigt würden?

Zur vollen Entwicklung kommt das Jugendgericht natürlich erst dann, wenn das Jugendstrafrecht des Strafgesetzentwurfes in Kraft getreten. Aber wir brauchen den Zeitpunkt nicht abzuwarten, sondern wir wollen schon jetzt den Kantonen die Einführung empfehlen, im Grunde sind wir einig und wenn wir in den Einzelheiten auseinandergehen, so ist es auch gut, wir geben dann den Kantonen keine Schablone, sondern wir lassen sie frei in der Ausgestaltung und schliesslich wird die Erfahrung uns lehren, welches die beste Form ist.

Herr Präsident *Reichel:* Ich glaube, auch der Anwalt, der — wie der Staatsanwalt — Gehilfe des Richters sein sollte, ist als Verteidiger zuzulassen. Unter allen Umständen sind Anwälte zuzulassen, wenn man die Jugendgerichte als Strafgerichte und nicht bloss als Fürsorge-Anstalten ansehen will.

Schlusswort des Referenten Herrn Professor Dr. *Hafter:* Ich verlange keine Abstimmung über eine einzelne These, im wesentlichen sind wir einig.

Ich halte daran fest, dass ein Kollegialgericht (unabhängig vom Untersuchungsrichter) urteilen soll, damit allfällige Fehler des Einzelrichters verhindert werden können, besonders wenn man die Weiterziehung verhindern will.

Verteidiger, als Beistände und Berater des Richters sind nötig. Man soll Anwälte nicht ausschliessen, aber auch andere zulassen.

Die Berufung kann man fallen lassen, immerhin halte ich sie für zweckmässig.

Herrn Borel stimme ich bei, dass man frisch an die Arbeit gehen soll.

Prof. *Gautier* croit qu'aucune votation ne peut intervenir sur les thèses, mais il voudrait qu'un vœu général soit émis.

M. *Le Fort* propose un vœu, lequel amendé par M. le Prof. *Borel* dans la forme suivante:

„La Société des Juristes Suisses, reconnaissant l'utilité de l'institution des tribunaux pour adolescents, en recommande l'introduction notamment dans les cantons, dont les conditions s'y prêtent le mieux."

Ce vœu est mis aux voix et adopté à l'unanimité.

VII.

Dr. *Morel* erklärt, er ziehe seine Motion auf Verlegung des Juristentages auf den Frühling bis zur Statutenrevision zurück.

Verhandlungen vom 7. September 1909

vormittags 8½ Uhr.

Vorsitz: Herr Bundesrichter Dr. A. Reichel.

I.

Herausgabe der Rechtsquellen.

Herr Prof. *Heusler* erstattet den

Bericht der Kommission für Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen.

Von den im vorjährigen Berichte als nahe bevorstehend angezeigten Publikationen ist die eine, der vierte Band der Aargauer Stadtrechte, bearbeitet und herausgegeben von Herrn Dr. W. Merz, vor kurzer Zeit vollendet und dem Publikum übergeben worden. Er enthält in gleich sorgfältiger und gründlicher Bearbeitung die Stadtrechte von Bremgarten und von Lenzburg. Die Kommission möchte nicht unterlassen, Herrn Dr. Merz für seine treffliche Arbeit ihren besten Dank auszusprechen und sie ist überzeugt, dass sie das im Namen des gesamten Juristenvereins tun kann. Und gerne schliesst sie daran, hier am Sitze der Verlagshandlung ihre Anerkennung und ihren besondern Dank an den Verleger Herrn Sauerländer für die Sorgfalt und die schöne und vornehme Ausstattung, die er diesem Werke von Anfang an bis heute hat angedeihen lassen und die es schon äusserlich weit über ähnliche Publikationen erhebt.

Die zweite Publikation, die wir nächstes Jahr werden vorlegen können, ist den Offnungen des Kantons Zürich gewidmet, deren ersten Band sie bilden wird. Es gibt das eine ungemein reichhaltige dieser für die Landes- und Kantonsgeschichte so wichtigen Rechtsaufzeichnungen. Der Arbeit der Herausgabe hat sich Herr Dr. Hoppeler unterzogen, dessen sachkundiger Tätigkeit wir nicht nur bessere Texte der Weistümer als die bisher gedruckten, sondern auch eine ganz erhebliche Bereicherung und Vermehrung des Materials verdanken.

Ueber die Vorarbeiten, die in andern Kantonen im Gange sind, enthalte ich mich näherer Angaben, da sie noch nicht die Aussicht auf baldige Realisation eröffnen. Bloss von Genf ist erfreulicher Weise mitzuteilen, dass eine Publikation in Vorbereitung ist.

Wir ersuchen auch für das nächste Jahr wieder um Bewilligung des üblichen Kredites von Fr. 1000. —

Dieser Antrag wird zum Beschluss erhoben.

II.
Rechnungsprüfung.

Die Revisoren Dr. *Gampert* und Dr. *Haller* empfehlen Genehmigung der Jahresrechnung. Ueber die Ausgaben referiert Herr Professor Dr. *Meckenstock*. Der Antrag auf Genehmigung der Rechnung wird gutgeheissen.

Herr Prof. Dr. *Meckenstock* referiert über das

III.
Budget pro 1909/10.

Einnahmen:

Mitglieder-Beiträge	Fr. 5000
Kapitalzinse	„ 750
	Fr. 5750

Ausgaben:

Allgemeine Kosten	Fr. 1200
Annalen	„ 450
Spezialfond	„ 1000
Druckkosten	„ 2100
Preise	„ 1000
	Fr. 5750

Die Vorlage wird genehmigt.

IV.
Referat über den Tarifvertrag.

Herr Oberrichter *O. Lang* referiert (der Vortrag ist im Druck erschienen).

Der Referent resümiert u. a.: Wesentlich ist am Tarifvertrag folgendes: Während der Dauer des Vertrages hat

der Unternehmer zu den vertraglichen Bestimmungen Arbeiter anzunehmen, soweit er solche überhaupt einstellt, und der Arbeiter darf keine neuen Arbeitsbedingungen verlangen, sondern muss zu den vereinbarten Bedingungen die Arbeit annehmen, falls überhaupt bezügliche Arbeiter engagiert werden. Der Referent verweist auf die Vorschläge im gedruckten Referat.

Corapporteur: M. le juge fédéral *Gottofrey:*

Le contrat collectif est un produit de l'évolution sociale moderne. Le libéralisme économique interdisait la coalition pour ne pas rompre l'équilibre entre la force du capital et la force du travail. Mais au point de vue économique, l'équilibre n'existe pas; cette inégalité est devenue de plus en plus choquante et a abouti au résultat que l'ouvrier n'avait aucun rôle à jouer dans la conclusion du contrat de travail. L'Etat est bien intervenu au point de vue des mesures de police et d'hygiène, mais le contrat individuel a subsisté; par contre, les syndicats ont participé à la conclusion du contrat de travail, mais celui-ci comme tel ne contient aucune garantie pour l'avenir.

Pour obtenir une certaine stabilité, il fallait fixer les conditions du travail dans un accord séparé qui règle tous les contrats de travail. C'est le *contrat collectif.*

Au point de vue juridique le contrat collectif est le contrat passé entre entrepreneur et ouvriers dans le but de déterminer les conditions des contrats de travail, que les parties pourront conclure entre elles.

Par ces caractères ce contrat collectif se distingue des *contrats collectifs de travail* ou *contrat d'équipe,* du *contrat préliminaire,* d'une *société* ou d'une *coalition.* La terminologie *contrat collectif* ou *Tarifvertrag* bien qu'actuellement adoptée généralement n'est pas à l'abri de critique.

Ce contrat est-il obligatoire? Cela a été contesté dans certain pays, parce que l'on n'admettait pas la capacité de s'engager des syndicats. Au point de vue suisse, cette objection n'a plus de portée.

On peut diviser comme suit les dispositions du contrat collectif:

1° *Règles relatives aux futurs contrats de travail,* soit règles concernant le salaire, les heures de travail et la durée de celui-ci, les mesures d'hygiène, la limitation du nombre des apprentis etc.

2° *Règles relatives au contrat collectif lui-même,* devoir des parties, institution d'organes de surveillance, d'arbitrage etc.

3° *Garanties d'exécution,* soit peines conventionnelles.

Les personnes, qui interviennent au contrat collectif, sont: du côté ouvrier, nécessairement plusieurs personnes, ouvriers organisés ou non, en nombre déterminé ou non, du côté patron, soit un patron (Firmenvertrag), soit une organisation de patrons, organisation occasionnelle ou permanente. Lorsque les parties contractent par leurs organes, elles contractent par représentants, ce qui a une grande importance au point de vue des effets du contrat. En outre, d'autres personnes ouvriers ou patrons peuvent ensuite accéder au contrat collectif.

En vertu du contrat collectif, il ne naît d'obligations qu'entre les parties contractantes; entre les parties co-intéressées il ne naît aucune obligation. Il y a donc pluralité de débiteurs ou de créanciers mais pas de solidarité.

En ce qui concerne l'exécution, il y a lieu de distinguer les moyens juridiques et les moyens de combat. Les moyens juridiques sont l'action en exécution du contrat, l'action en dommages-intérêts et l'action en paiement de la clause pénale. Pour l'action en dommages-intérêts la grosse difficulté est la preuve du dommage; c'est pourquoi, si l'on veut que le contrat ait une efficacité pratique, il est nécessaire que ces dommages-intérêts aient été déterminés d'avance par une clause pénale.

Lorsque le contrat collectif est passé entre associations, trois possibilités peuvent se présenter:

L'association s'oblige elle-même.

Elle oblige ses membres.

Elle oblige elle-même et ses membres.

A cet égard les contrats collectifs sont très souvent très peu explicites. Il est très souvent difficile de voir qui est réellement engagé. En principe, il y a lieu d'admettre l'interprétation qui correspond le mieux à la volonté des parties,

c'est-à-dire, celle qui donne au contrat le maximum d'efficacité, soit l'engagement à la fois de l'association et de ses membres (théorie cumulative).

Quant à la nature juridique du contrat collectif, on l'a considéré comme un mandat, ce qui a l'inconvénient de n'obliger que les membres de l'association; on a admis également que le contrat collectif était un contrat au profit d'un tiers, ce qui n'est pas suffisant. Il a fallu admettre en outre qu'il constituait une promesse du fait d'un tiers, soit d'un *porte-fort.*

Le résultat obtenu a l'avantage de donner au contrat collectif le maximum de puissance, ce qui a une grande importance, car cela entraîne la conséquence que le syndicat n'est pas seulement obligé lui-même, mais encore que les membres eux-mêmes sont engagés. Avec ce système la sanction devient efficace, tandis que, si le syndicat seul ou si les membres seuls sont engagés, la sanction n'est pas complète. Il faut donc admettre la théorie de la cumulation des obligations des syndicats et des ouvriers.

En ce qui concerne les effets juridiques du contrat collectif, il faut se demander quels sont les effets du contrat collectif sur les contrats du travail, et en particulier si le contrat de travail dérogeant au contrat collectif est nul.

Pour résoudre cette question il faut distinguer trois cas:

1° les deux parties étaient soumises au contrat collectif;

2° une seule y était soumise;

3° ni l'une ni l'autre n'y était soumise.

Dans la première hypothèse il existe deux opinions divergentes. Suivant l'opinion la plus généralement admise, on se trouve dans ce cas en face d'une violation du contrat qui entraîne une action en exécution du contrat ou éventuellement en dommages-intérêts. D'après l'autre théorie, le contrat est nul, et il est remplacé automatiquement par le contrat collectif (*effet automatique*).

En faveur de la nullité on a soutenu que la partie, qui déroge au contrat collectif, ne renonce pas seulement à un droit individuel, mais déroge à un droit collectif, qui domine la volonté individuelle.

Ce n'est pas exact, car en réalité l'ouvrier dans le contrat collectif n'engage que sa volonté individuelle, donc la sanction, qui en dérive, est la sanction ordinaire attachée à la violation d'une obligation. On peut se demander, si la dérogation au contrat collectif ne doit pas être considérée comme contraire aux bonnes mœurs, mais ce point de vue quoique discutable, peut être admis en vertu d'une disposition expresse de la loi.

Quant à l'effet automatique, cette conséquence est contraire aux principes généraux du droit, et il n'est pas admissible de soutenir que la déclaration de volonté, que les parties ont entendu faire, soit remplacée par une autre que les parties n'ont pas voulue.

Dans la seconde hypothèse (une seule des parties est soumise au contrat collectif) il ne saurait être question de nullité; la partie qui a violé le contrat est toutefois soumise à une action de la part de son co-contractant.

Enfin dans le dernier cas (aucune des parties n'est soumise au contrat collectif) il est clair que le contrat de travail dérogeant au contrat collectif n'est pas nul.

Le co-rapporteur examine ensuite l'état de la question dans les législations étrangères, en particulier en Angleterre, Autriche, Australie, Hollande, et dans la loi genevoise du 20 mars 1904. Puis il expose les divers projets qui ont paru sur la question en Allemagne (projet Rosental) et en France (projet Doumergue et contre-projet Chambon).

Dans le premier projet de révision du CO le contrat collectif n'était traité que dans deux dispositions par trop sommaires. Dans la commission on décida de compléter ces dispositions par deux articles: 1371bis et 1371ter. On a admis en principe la forme écrite, ce qui est nécessaire. Le contrat de travail dérogeant au contrat collectif est nul; cette disposition doit être considérée comme trop absolue et doit être complétée en ce sens que la nullité ne doit être prononcée, que si les deux parties étaient soumises au contrat collectif.

Le § 2 de l'art. 1371ter a pour effet de rendre le contrat collectif comme constitutif de l'usage. Cela peut être considéré comme dangereux, parce que le contrat collectif peut être

passé par une infime minorité. Il convient donc de ne pas admettre que le contrat collectif vaut comme usage, ou tout au moins de décider, que le contrat collectif ne saurait être admis comme usage que s'il a été conclu par une forte majorité des ouvriers de la même profession et de la même contrée.

D'une façon générale, les dispositions du projet doivent être approuvées sous réserve des critiques qui viennent d'être émises.

En résumé, le règlement des rapports entre le capital et le travail ne peut se faire que par une entente amiable sur le terrain du droit. La grève et le lock-out ont tous deux des conséquences désastreuses. La statistique des grèves le prouve surabondamment. C'est donc sur le terrain du droit que la solution doit être cherchée, et la conclusion de contrats collectifs sanctionnés par la loi, peut être envisagée comme un moyen efficace de régler les rapports entre ouvriers et patrons.

Le corapporteur propose en terminant les thèses suivantes:

1° Le contrat collectif doit pouvoir être conclu par un groupement d'ouvriers non syndiqués.

2° Le contrat de travail violant le contrat collectif ne doit être frappé de nullité que si les deux parties, qui l'ont conclu, sont soumises au contrat collectif.

3° Dans le cas où une seule des parties est soumise au contrat collectif, le contrat de travail y dérogeant est valable. La partie fautive est passible de dommages-intérêts.

4° Il n'y a pas lieu de sanctionner dans le CO le principe de l'effet automatique du contrat collectif.

5° Le contrat collectif ne régira — à titre subsidiaire — les parties qui n'y sont pas soumises, que si ses dispositions ont été admises par les $^3/_4$ des ouvriers et des patrons de la même profession et de la même contrée.

6° Le CO doit régler la durée et les délais de dénonciation du contrat collectif et sanctionner à défaut de stipulation contraire:

a) le principe du droit d'action des syndicats (théorie cumulative).

b) le principe de la responsabilité du syndicat à raison des fautes de ses membres, cette responsabilité pouvant être limitée au taux d'une peine conventionnelle.

7° La législation spéciale devra statuer, que les difficultés résultant du contrat collectif sont solutionnées par une commission de conciliation et un tribunal d'arbitres prévus dans la convention.

Präsident *Reichel* verdankt die gründlichen Referate und eröffnet die Diskussion:

Appellationsgerichtspräsident Dr. *Brodbeck,* Basel: Ich finde, die Herren Referenten sind in den Hauptpunkten einig. Bis heute sind wir ohne gesetzliche Regelung ausgekommen. Die Tarifverträge funktionieren dennoch. Die Jurisprudenz soll nun das aufnehmen ins Gesetz, was sich bewährt hat. Ich bin mit dem Korreferenten darin einig, dass nicht nur organisierte Verbände, sondern auch andere Mehrheiten Tarifverträge abschliessen dürfen. Man muss solche Mehrheiten dann wirken lassen, wo keine Organisationen vorhanden sind. Ein Tarifvertrag von solchen Mehrheiten abgeschlossen, wird (was fast die Hauptsache ist) moralische Wirkung haben. Die Exekution wird offenbar nicht von starkem Erfolge begleitet sein, deshalb vergessen wir nicht, dass die moralische Wirkung in erster Linie in Betracht fällt. Will man nicht nur die moralische Garantie haben, so ist die Deposition von Summen zu Zwecken einer Konventionalstrafe nötig.

Wenn eine Organisation einen Tarifvertrag abschliesst, so soll derselbe gelten für alle eintretenden Mitglieder, nicht aber für Dritte.

Ueber die Anwendbarkeit der Tarifverträge, bezw. des Ortsgebrauchs wird man auch hier, — wie beim Dienstvertrag — das richterliche Ermessen gelten lassen müssen, dieses wird als Ortsgebrauch normaler Weise Unterhandlungen mit Mehrheiten berücksichtigen.

Professor Dr. *Lotmar:* Ich will mich über die Rechtswirkung der Tarifverträge aussprechen. Das geltende Recht ist keineswegs ungenügend. Damit der Tarifvertrag Wert habe, ist es unzulässig, dass der Arbeitgeber mit dem Arbeiter

vom Tarifvertrag abweichende Dienstverträge abschliesse. Die von den Referenten vorgesehenen Schadenersatzklagen bei Abweichung vom Tarifvertrag (Frage der Unabdingbarkeit) sind ungenügend. Die Argumente der Verfechter der Abdingbarkeit sind ungenügend, wie sich gerade an Hand des gedruckten Referates zeigen lässt. Das Argument, man müsse ständig die Vertragsfreiheit der Parteien berücksichtigen und deshalb die Unabdingbarkeit nicht zulassen, ist unzutreffend. Sowohl das geltende Recht (Art. 189 O. R.) wie auch das Civilgesetzbuch gestatten Beschränkung der Vertragsfreiheit durch eine Vereinbarung. Es ist auch kein Verstoss gegen die Sittlichkeit, wenn man die Unabdingbarkeit statuiert. Wenn der Vertrag unabdingbar sein soll, so ist nicht nur notwendig, dass der abweichende Dienstvertrag nichtig sei, sondern auch, dass dann ohne weiteres der Tarifvertrag gelte, den man umgehen wollte.

Der Tarifvertrag ist der Arbeitsordnung gleichzustellen. Er soll gelten für jeden Arbeiter, der in den Betrieb eintritt, dessen Inhaber den Tarifvertrag abgeschlossen hat. Dieser sowohl vom Arbeiterbund als von der sozialdemokratischen Partei gemachte Vorschlag bildet die einfachste Lösung der Frage nach dem persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages.

Fürsprech Dr. *Heuberger,* Aarau: Der Tarifvertrag soll abgeschlossen werden im Interesse des Schwachen, des Arbeiters. Damit dieser Anforderung auch entsprochen wird, stimme ich Herrn Professor Dr. Lotmar bei, dass eine abweichende Vereinbarung nichtig sein soll.

Wichtig ist die Frage, wer soll verbindlich einen Tarifvertrag abschliessen. Das muss im Gesetz gesagt werden, es soll der zum Abschluss des Vertrages berechtigte Personenverband bezeichnet werden. Ganz undenkbar ist es ja, dass z. B. zwei Arbeiter von sich aus allein für die andern gültig kontrahieren.

Wichtig ist dann die Frage, ob ein Arbeiter gezwungen werden darf, sich nicht mit einem geringen Lohn zu begnügen, sondern durch das Syndikat der Arbeiter gezwungen werden kann, auszutreten. Ich glaube, das kann das Syndikat nicht

verlangen. Der Arbeiter soll frei den Dienstvertrag abschliessen dürfen, dagegen soll ihn unter Umständen das Syndikat zwingen dürfen, Strafe zu zahlen an das letztere bei Missachtung seiner Anordnungen.

Die Diskussion wird nicht mehr weiter benützt.

Schlusswort von Oberrichter *O. Lang:* Je mehr ich mich mit dem Tarifvertrag beschäftigte, desto mehr Bedenken stiegen mir auf über die gesetzliche Regelung des Tarifvertrags. Schaffen wir wirklich das Gute, wenn wir die Sache formalistisch oder gar zu formalistisch behandeln?

Die Vorschläge des Herrn Gottofrey gehen mir zum Teil zu wenig weit genug. Mit Herrn Lotmar gehe ich einig, dass das Gesetz über die Gültigkeit des Tarifvertrages eine feste Norm schaffen soll. Mit These 2 und 3 Gottofrey bin ich nicht einverstanden.

These 6 geht mir zu weit. Zu gefährlich ist es, dass die Organisation präsumptiv für das vertragsbrüchige Mitglied eintreten soll; ich glaube, man darf das nicht präsumieren. Aus dem Stillschweigen der Parteien schliesse ich, dass die Organisationen nicht so grosse Verpflichtungen haben, sondern dass sie einfach beispielsweise das Mitglied ausschliessen sollen. Seien wir daher nicht zu eifrig im Vorgehen. Begnügen wir uns damit, statt Detailvorschläge zu beschliessen, einfach das Ergebnis unserer Diskussionen den gesetzgebenden Räten zur gutfindenden Berücksichtigung zu unterbreiten.

M. *Gottofrey,* juge fédéral, corapporteur, répond brièvement aux objections qui ont été faites dans la discussion.

En ce qui concerne sa thèse 1, il estime qu'il ne faut pas exclure les non-syndiqués du contrat collectif; cela serait contraire aux principes de l'égalité devant la loi. En pratique cela se rencontrera peut-être très rarement, mais il faut prévoir le cas.

Quant à la thèse 2, il est certain qu'en principe le patron doit observer le contrat collectif à l'égard de tous ses ouvriers; mais en tous cas lorsqu'une seule des parties est soumise au contrat collectif, la disposition du contrat de travail dérogeant

au contrat collectif n'est pas nulle. Les projets étrangers l'ont généralement admis, même le projet Doumergue.

Enfin, en ce qui concerne la thèse 5, le corapporteur persiste à demander une modification de l'art. 1371ter al. 2, car il faut que l'on ait véritablement la preuve que le contrat collectif est devenu un usage général pour qu'il puisse être admis comme droit subsidiaire.

En résumé, le corapporteur croit que le législateur doit intervenir pour préciser la volonté des parties qui rentrent dans le droit privé. Evidemment certains détails du contrat collectif ne sont pas du domaine du droit privé et doivent être traités dans des lois spéciales. Le point principal, sur lequel le corapporteur insiste, est celui de la responsabilité des syndicats; sans cela il n'y a pas de sanction efficace.

Enfin, le corapporteur se déclare d'accord avec la proposition du rapporteur de ne pas faire voter sur les thèses, mais de soumettre le procès-verbal des débats et les thèses au conseil fédéral.

Ein Antrag auf eine Abstimmung über die Thesen wird nicht gestellt, vom Wunsche des Referenten wird in entsprechendem Sinne Notiz genommen.

V.

Antrag des Vorstandes, es sei dem Buche des Herrn Dr. Bachtler „Der Angeschuldigte im schweizerischen Strafprozessrecht" ein ausserordentlicher Preis mit Fr. 1000.— zu erteilen. Es referiert Herr Professor Dr. *Hafter*. Die Statuten gestatten derartige Unterstützungen. Unter Verweisung auf den Inhalt des reichhaltigen Werkes, das die Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes fördert und auch dem Praktiker nützlich sein kann, wird eine Unterstützung des Werkes als wünschenswert erklärt. Der Verein ist um so eher in der Lage, diese Fr. 1000.— zu bewilligen, da ja dieses Jahr keine Beträge für Preisarbeiten zu bezahlen sind, es sind nämlich keine Preisarbeiten eingegangen.

Der Antrag wird gutgeheissen.

VI.

Bezüglich der Arbeit von Bundesrichter Dr. Schurter: Ueber das schweizerische Civilprozessrecht wird der Vorstand von der Versammlung autorisiert, mit dem Verfasser in Verhandlungen zu treten, die Drucklegung zu fördern und den Bund um Unterstützung anzugehen.

VII.

Die anwesenden Kollegen aus Genf laden den Verein ein, das nächste Mal in Genf zu tagen. Diese Einladung wird bestens verdankt und beschlossen, es solle die nächste Versammlung in Genf stattfinden.

Aarau, den 6. und 7. September 1909.

Für getreue Protokollführung:

Der Sekretär:

Dr. jur. **Albert Furter.**

Fürsprech, Wohlen.