

selbst, ihre Interessen zu wahren, soweit dies heute noch möglich sein sollte. Der Kanton Baselland hat ein solches Begehren in bezug auf die vom Einkommen dortiger Einwohner bereits bezogenen Ausgleichsabgaben nicht gestellt. Er wäre dazu auch nicht befugt gewesen (BGE 21 S. 5 Erw. 2; 49 I S. 135 Abs. 2 und die einlässliche Begründung in dem nicht veröffentlichten Urteil vom 19. Februar 1921 in Sachen Zürich gegen St. Moritz).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

I. — Die Klage des Kantons Baselland wird gutgeheissen und festgestellt, dass die Erhebung der Abgabe der §§ 3, 10 des angefochtenen baselstädtischen Gesetzes vom 11. September 1936 unzulässig ist, soweit das Einkommen aus unselbständigem Erwerb in Baselland domizilierter Personen in Frage steht.

II. — 1) In Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerden Rosenmund und Genossen, Spycher und Genossen und Dr. Jenny werden die genannten Gesetzesbestimmungen aufgehoben, soweit sie sich auf das Einkommen von Personen beziehen, die in einem andern Kanton als Basel-Stadt wohnen.

2) Es wird davon Vormerk genommen, dass der Regierungsrat von Basel-Stadt in der Vernehmlassung auf das Sistierungsgesuch der Rekurrenten Rosenmund und Genossen und Spycher und Genossen die Erklärung abgegeben hat, den Rekurrenten, bzw. ihren Arbeitgebern würden alle auf Grund von § 3 des angefochtenen Gesetzes vom 11. September 1936 erhobenen Abgabebeträge seit Beginn der Abgabenerhebung zurückerstattet, wenn das Bundesgericht im materiellen Entscheid feststelle, dass die Erhebung der Abgabe eine bundesrechtswidrige Besueuerung der Rekurrenten enthalte. Das mit den Beschwerden Rosenmund und Genossen und Spycher und Genossen gestellte Rückerstattungsbegehren ist damit in diesem Umfange gegenstandslos geworden; soweit es darüber hinausgeht, wird es abgewiesen.

#### IV. DEROGATORISCHE KRAFT DES BUNDESRECHTS

#### FORCE DÉROGATOIRE DU DROIT FÉDÉRAL

34. Auszug aus dem Urteil vom 28. Mai 1937

i. S. Solothurnischer Schuldner- und Bürgenverband  
gegen Kantonsrat von Solothurn.

Vereinbarkeit einer Initiative auf Einführung einer kantonalen Hypothekenversicherung und teilweise Liegenschaftsentschuldung mit dem eidgenössischen Zivil- und Betreibungsrecht.

Am 24. Juli 1936 reichte der solothurnische Schuldner- und Bürgenverband der Staatskanzlei Solothurn eine Initiative ein, die den Erlass eines kantonalen Gesetzes betreffend die Versicherung von Grundpfandschulden und die teilweise Entschuldung von Liegenschaften zum Ziel hatte und einen formulierten Gesetzesentwurf enthielt. Die darin vorgesehene Ordnung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Mit Sitz in Solothurn wird eine öffentlich-rechtliche « Hypothekenversicherungs- und Entschuldungskasse des Kantons Solothurn » gegründet (im folgenden Kasse genannt). Ihr Zweck ist: a) die obligatorische Versicherung von Grundpfandforderungen in einem gesetzlich beschränkten Umfang auf den im Kanton Solothurn gelegenen unter dieses Gesetz fallenden Grundstücken und Gebäulichkeiten; b) die sukzessive Befreiung der Grundpfandbürgen und Faustpfandgeber auf den versicherten Grundpfandforderungen; c) die Entschuldung der mit Grundpfandforderungen überlasteten Liegenschaften innerhalb des im Gesetz bestimmten Rahmens; d) eine Hilfestellung an bedrängte Grundpfandschuldner in den im Gesetz vorgesehenen Fällen (§§ 1 und 2). — Die Kasse tritt in ihrem

gesetzlichen Umfang an Stelle der bisherigen Bürgschaften und Faustpfänder; sie haftet den Grundpfandgläubigern für die Pfandausfälle auf den versicherten Grundpfandforderungen nach Massgabe dieses Gesetzes (§ 5). § 6: « Alle solidarischen und einfachen Bürgschaften, sowie die Rückbürgschaften auf den beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bestehenden Grundpfandforderungen, welche durch die Kasse versichert werden, verwandeln sich mit der Eintragung in den Versicherungsbestand der Kasse in Nachbürgschaften im Sinne von Art. 498 Abs. 1 OR, sobald die Bedingungen gemäss § 46 Ziff. 1 dieses Gesetzes erfüllt sind. ... Die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bestehenden faustpfändlichen Sicherstellungen auf versicherten Grundpfandforderungen bleiben dem Gläubiger gleich wie als Nachbürgschaften gewahrt. ... » § 7: « Für die bisherigen und zukünftigen Grundpfandforderungen, welche durch die Kasse versichert werden, dürfen die Gläubiger nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes nur noch Sicherstellungen in Form von Nachbürgschaften verlangen; die bisherigen versicherten Grundpfandforderungen dürfen nicht noch durch weitere, über die vorhandenen hinausgehenden Real- oder Personalkautionen sichergestellt werden ». Soweit bisherige und künftige Grundpfandforderungen durch die Kasse nicht versichert werden, ist die Sicherstellung gegenüber dem Grundpfandgläubiger durch Bürgschaften und Pfänder nicht eingeschränkt (§ 8). Die gänzliche Befreiung der Bürgen und Faustpfandgeber gegenüber dem Grundpfandgläubiger auf versicherten Grundpfandforderungen erfolgt nach Massgabe von § 46 Ziff. 2, 3 und 4 dieses Gesetzes (§ 10). § 11: « Nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes sollen auf den von der Versicherung erfassten Liegenschaften neue Grundpfandbestellungen über die Versicherungsschätzung hinaus nicht mehr errichtet werden. ... Werden ... in Zukunft noch weitere Grundpfandforderungen auf solchen Liegenschaften begründet, so haben diese keinen Anspruch auf Entschuldung durch die Kasse. » — Von der Hypotheken-

versicherung ausgenommen sind die Liegenschaften, die öffentlichen Zwecken dienen, und diejenigen, die keinen dauernden Ertrags- oder Verkehrswert besitzen (§ 14). Die unter die Versicherung fallenden Liegenschaften werden in vier Klassen eingeteilt, wobei als Höchstgrenzen für die Versicherung der Grundpfandforderungen festgelegt sind: bei der 1. Klasse (landwirtschaftliche Güter, gewöhnliche Wohnhäuser usw.) 100 % der Versicherungsschätzung, bei der 2. Klasse (Wohnhäuser mit Werkstätten usw.) 90 %, bei der 3. Klasse (Hotels usw.) 80 % und bei der 4. Klasse (industriellen und gewerblichen Zwecken dienende Grundstücke) 20-40 % (§§ 15, 17). — Die Entschuldung und die Hilfeleistung gegenüber Grundpfandschuldern bezieht sich ausschliesslich auf Liegenschaften, welche unter die Hypothekenversicherung fallen und über den Versicherungswert hinaus verschuldet sind (§ 31). § 32: « Ist der Grad der Verschuldung und die Notlage bei einem Grundpfandschuldner derart, dass derselbe voraussichtlich die Überschulden aus eigener Kraft weder ganz noch teilweise abtragen kann, so erfolgt die Abtragung mit Hilfe der Kasse, Bürgen und Grundpfandgläubiger nach einem von der Verwaltungskommission aufzustellenden Amortisationsplan, woran sich die Kasse bis zu 50 % beteiligen kann. Der Rest ist auf die Bürgen und die Grundpfandgläubiger nach Billigkeit zu verteilen. ... » § 33: « Sind der Grad der Verschuldung und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Grundpfandschuldners derart, dass er selber in der Lage ist, seinen Anteil an die Entschuldung beizutragen, so setzt die Verwaltungskommission diesen Anteil fest. Der Restbetrag ist mit Hilfe der Kasse, Bürgen und Gläubiger gemäss den Bestimmungen des § 32 abzutragen. Der Anteil der Kasse darf 50 % der Gesamtsumme nicht übersteigen. » § 34: « Befindet sich der Grundpfandschuldner nur vorübergehend in einer Notlage, so dass es ihm bei Aufstellung eines Amortisationsplanes möglich erscheint oder zuzumuten ist, die Überschulden selber abtragen zu können, so setzt die Ver-

waltungskommission den Modus, bezw. die Annuitäten fest. ... » — Das Grundkapital der Kasse wird nach § 43 aus folgenden Einzahlungen gebildet : a) durch die Grundeigentümer 1  $\frac{1}{2}$  ‰ auf der Kataster- und Brandassuranzschätzung aller Liegenschaften, soweit sie unter die Versicherung fallen ; b) durch die Grundpfandgläubiger 1  $\frac{1}{2}$  ‰ vom Betrage ihrer versicherten Grundpfandforderungen ; c) durch die Bürgen und Faustpfandgeber 1 ‰ vom Betrage der Grundpfandschulden, für die sie als Bürgen oder Faustpfandgeber haften und die durch die Kasse versichert werden ; d) durch die Gebäude-Brandversicherungsanstalt des Kantons Solothurn Fr. 150,000.— aus ihrem Reservefonds ; e) durch Bund und Kanton im Umfang ihrer Beschlüsse ; f) durch freiwillige Zuwendungen. § 46 : « Die Ablösung der Bürgen und Faustpfandgeber von ihren Bürgschafts- bezw. Faustpfandverpflichtungen durch die Kasse erfolgt in folgender Weise : 1) Nach Einzahlung des ganzen Betrages nach § 43 lit. c verwandelt sich die Sicherstellungs-Verpflichtung eines Bürgen oder Faustpfandgebers gegenüber dem Gläubiger in eine Nachbürgschaft im Sinne von Art. 498 Abs. 1 OR ; 2) Wenn das Grundkapital der Kasse den Betrag von sechs Millionen Franken erreicht hat, haben die Bürgen und Faustpfandgeber das Recht, durch die Einzahlung eines weitem Prozentes vom Betrag ihrer ursprünglichen Verpflichtung sich gänzlich zu befreien ; 3) Hat das Grundkapital die Höhe von zehn Millionen erreicht, fallen alle Nachbürgschaften dahin und es tritt ohne weitere Leistungen ihrerseits die gänzliche Befreiung der Bürgen und Faustpfandgeber auf von der Kasse versicherten Grundpfandforderungen ein ; ... » Nach § 48 werden Jahresbeiträge von den Grundeigentümern, den Grundpfandgläubigern und den Grundpfandschuldnern erhoben. Die für die Entschuldung nötigen Mittel werden einerseits den Betriebsüberschüssen der Versicherungskasse entnommen, andererseits durch Zuwendungen des Staates und der kantonalen Gebäude-Brandversicherungsanstalt, sowie durch Beiträge derjeni-

gen Grundpfandschuldner beschafft, deren Liegenschaften unter die Hypothekenversicherung fallen und die beim Inkrafttreten des Gesetzes nicht versicherungsfähige Grundpfandschulden haben (§§ 49, 53). — § 66 : « (Abs. 1) : Die Grundpfandgläubiger dürfen versicherte Grundpfandforderungen ohne zwingende Gründe nicht kündigen und einfordern. Über das Vorhandensein solcher Gründe entscheidet im Streitfall die Verwaltungskommission. » — Unter dem Titel Strafbestimmungen bedroht § 71 Grundpfandschuldner, Bürgen, Faustpfandgeber und Gläubiger, die der Kasse durch betrügerische Machenschaften Schaden zufügen, mit Gefängnis oder Geldbusse bis zu Fr. 500.—, sofern der Tatbestand nicht unter eine strengere Strafbestimmung fällt.

Der solothurnische Kantonsrat erklärte am 17. September 1936, dass die für ein Volksbegehren erforderliche Unterschriftenzahl erreicht sei, und überwies die Angelegenheit dem Regierungsrat, damit er über deren weitere Behandlung Bericht erstatte und die Rechtsgültigkeit der Initiative auch hinsichtlich ihres Inhalts prüfe. Der Regierungsrat liess die Initiative durch verschiedene juristische, sowie bank- und versicherungstechnische Sachverständige begutachten. Als die Berichte neben der Zweckmässigkeit der vorgeschlagenen Neuerung auch deren Vereinbarkeit mit Bundesrecht und mit dem kantonalen Verfassungsrecht in verschiedenen Punkten verneinten, beantragte der Regierungsrat dem Kantonsrat, der Initiative « mangels Rechtsbeständigkeit gegenüber dem kantonalen und dem Bundesverfassungsrecht, sowie gegenüber dem Bundeszivilrecht und dem eidgenössischen Schuldbetreibungsrecht » keine Folge zu geben. Der Kantonsrat beschloss am 23. Oktober 1936 in diesem Sinne. Die Einwände, die sich aus den eingeholten Gutachten unter dem besonderen Gesichtspunkt des eidgenössischen Zivil- und Betreibungsrechts gegen den Gesetzesentwurf ergaben, gingen im wesentlichen dahin :

a) dass das vorgeschlagene Gesetz Bundeszivilrecht verletze : in der Umwandlung und schrittweisen Beseitigung der bei Erlass des Gesetzes vorhandenen Bürgschaften und Faustpfandverträge (§§ 6, 10 und 46 der Initiative) ; im Verbot, bezw. in der Ungültigerklärung von neuen Bürgschaften und Faustpfandbestellungen (ausser Nachbürgschaften) zugunsten versicherter Grundpfandforderungen (§§ 7 und 46) ; in der Vorschrift, dass auf den von der Versicherung erfassten Liegenschaften keine neuen Grundpfänder über die Versicherungsschätzung hinaus mehr bestellt werden sollten (§ 11) ; in der Beschränkung der Kündbarkeit versicherter Grundpfandforderungen (§ 66 Abs. 1) ;

b) dass die Vorschriften über die Entschuldung des überschuldeten Grundbesitzes (§§ 32-34) und ebenso die Beschränkung in bezug auf die Einforderung versicherter Grundpfandforderungen (§ 66 Abs. 1) dem SchKG widersprechen.

Mit staatsrechtlichem Rekurs vom 22./23. November 1936 beantragten der solothurnische Schuldner- und Bürgenverband und zehn Unterzeichner der Initiative vom 24. Juli 1936, es sei der Beschluss des Solothurnischen Kantonsrates vom 23. Oktober 1936 wegen Verletzung von Art. 18 KV (Initiativrecht) aufzuheben, und es sei der Kantonsrat anzuhalten, der Initiative Folge zu geben und sie dem Volk zur Abstimmung zu unterbreiten.

Das Bundesgericht wies die Beschwerde am 28. Mai 1937 ab. Es stellte fest, dass der Kantonsrat zu seinem Vorgehen berechtigt war, wenn die streitige Initiative inhaltlich gegen eidgenössisches oder kantonales Verfassungsrecht oder gegen sonstige Vorschriften des Bundesrechts verstosse. Diese Voraussetzung sei in einer ganzen Reihe wesentlicher Punkte gegeben. Zur Frage, ob die Initiative mit dem eidgenössischen Zivil- und Betreibungsrecht vereinbar sei, wurde dabei im besondern ausgeführt :

« 4. — Verstösst die Initiative gegen Bundeszivilrecht und damit gegen Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur BV ?

a) Da die Gesetzgebungskompetenz auf dem ganzen Gebiete des Zivilrechts dem Bunde zusteht, dürfen die Kantone zivilrechtliche Normen nur aufstellen, sofern sie hiezu vom Bund ausdrücklich ermächtigt sind. Dagegen werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht grundsätzlich nicht beschränkt (Art. 6 Abs. 1 ZGB) und dürfen daher an sich öffentlich-rechtlich über die gleichen Verhältnisse wie der Bundeszivilgesetzgeber legislieren und auf diese Weise das Anwendungsgebiet des Bundeszivilrechtes zu Gunsten des kantonalen öffentlichen Rechtes beschränken : so dürfen sie z. B. verbieten, dass eine bestimmte Materie zum Gegenstand eines Vertrages gemacht werde (BGE 37 I S. 44 ff.) oder umgekehrt verlangen, dass eine bestimmte Materie Vertragsinhalt werde (BGE 58 I S. 30). Allein diese Befugnis der Kantone ist nicht unbegrenzt. Nicht nur dürfen sie das Anwendungsgebiet des Bundeszivilrechtes nur « aus haltbaren Gründen des öffentlichen Rechtes » beschränken (BGE 43 I S. 286 ; 58 I S. 178 ; 61 II S. 355), sondern sie dürfen hiebei auch nur mit Mitteln des öffentlichen Rechts arbeiten und keine Vorschriften aufstellen, die das Bundeszivilrecht vereiteln oder dem Sinn und Geist desselben widersprechen. Nicht mit Mitteln des öffentlichen Rechtes arbeiten die Kantone, wenn sie das Bundeszivilrecht « abändern » (also z. B. zivilrechtliche Verträge ungültig erklären), da dies der Aufstellung eigener Rechtssätze privatrechtlichen Inhaltes gleich kommt (BGE 37 I S. 44 ff. und S. 527) ; nur ausnahmsweise ist ihnen eine Abänderung des Bundeszivilrechtes gestattet, nämlich insoweit als dasselbe zu Gunsten der Kantone Vorbehalte macht, wie in Art. 6 Abs. 2 ZGB. Im Widerspruch zum Bundeszivilrecht steht eine kantonale Vorschrift insbesondere dann, wenn sich aus dem

Bundeszivilrecht ergibt, dass es auf einem bestimmten Gebiete kantonale Vorschriften schlechtweg, also auch in der Form des öffentlichen Rechtes, ausschliessen will (BGE 42 I S. 354 ; 58 I S. 32). (Vgl. über das Verhältnis zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht : EGGER, Kommentar z. ZGB, 2. Aufl. Art. 6 Note 16 ff. ; HAFTER, Kommentar z. ZGB, 2. Aufl., Art. 6 No. 10 ff. ; VETTER G., Beziehungen zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht, insbesondere S. 52 ff. ; BURCKHARDT, ZbJV 68 S. 321/2 ; BECK, Kommentar zum Schlusstitel des ZGB, Art. 51 No. 7 ff. ; WACKERNAGEL im Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung Bd. 28, S. 449 ff.).

b) Zu den Vorschriften der Initiative über Materien, die im Bundeszivilrecht geregelt sind, gehören insbesondere folgende :

aa) Wer beim Inkrafttreten des projektierten Gesetzes eine durch die Kasse versicherte Grundpfandforderung verbürgt oder durch die Hingabe von Faustpfändern sichergestellt hat, haftet, sobald er den ihm vom Gesetz auferlegten Beitrag an das Grundkapital (1 % der durch Bürgschaft oder Faustpfand sichergestellten Grundpfandforderung) geleistet hat, nur noch hinter der Kasse, also ähnlich einem Nachbürgen. Auch diese reduzierte Haftung fällt dahin, wenn einmal das Grundkapital der Kasse eine bestimmte Höhe (6 bzw. 10 Millionen Franken) erreicht hat (§§ 6, 10 und 46 der Initiative).

bb) Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes dürfen für Grundpfandforderungen, die durch die Kasse versichert sind, zusätzliche Sicherheiten nur noch in Form von Nachbürgschaften verlangt werden. Wenn einmal das Grundkapital der Kasse die Höhe von 10 Millionen Franken erreicht hat, sind — wie angenommen werden muss — Sicherstellungen auch in der Form von Nachbürgschaften nicht mehr zulässig (§§ 7 und 46).

cc) Auf den von der Versicherung erfassten Liegenschaften « sollen » keine neuen Grundpfandbestellungen

über die Versicherungsschätzung hinaus mehr erfolgen ; die entgegen dieser Bestimmung errichteten Grundpfandforderungen haben keinen Anspruch auf Entschuldung durch die Kasse (§ 11).

dd) Die Grundpfandgläubiger dürfen versicherte Grundpfandforderungen ohne zwingende Gründe nicht kündigen und einfordern (§§ 66 Abs. 1).

c) Alle diese Vorschriften der Initiative gehören, da sie « wesentlich und in erster Linie » dem öffentlichen Interesse, nämlich dem Schutze der Grundpfandschuldner und der neben ihnen haftenden Bürgen und Faustpfandgeber, dienen, dem öffentlichen Rechte an (BGE 58 I S. 30) und sind daher nur dann bundeszivilrechtswidrig, wenn sie die oben unter Lit. a erwähnten Schranken überschreiten.

ad aa und bb) Die Gesetzesvorlage sagt nicht ausdrücklich, welche Sanktion eintritt, wenn nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ein gewöhnlicher Bürgschafts- oder Faustpfandvertrag zur Sicherstellung einer bei der Kasse versicherten Grundpfandforderung abgeschlossen wird. Eine Sanktion muss eintreten, falls die Bestimmung, dass nur mehr Nachbürgschaften und nachbürgschaftsähnliche Faustpfandverträge zulässig seien, einen Wert haben soll. Eine Bestrafung der Vertragskontrahenten kommt nicht in Frage, da die Gesetzesvorlage eine Strafandrohung nur für den Fall enthält, dass der Kasse durch betrügerische Machenschaften Schaden zugefügt werden sollte (§ 71 der Initiative). Es muss daher angenommen werden, dass die im Widerspruch zum Gesetze vereinbarten Bürgschafts- und Faustpfandverträge wenigstens insoweit ungültig sein sollen, als sie auf die Hervorbringung von Wirkungen gerichtet sind, die über jene einer Nachbürgschaft, bzw. eines nachbürgschaftsähnlichen Faustpfandvertrages hinausgehen. Hat einmal das Grundkapital den Betrag von 10 Millionen Franken erreicht, so sind die zur Sicherstellung versicherter Grundpfandforderungen vereinbarten Bürgschafts- und Faustpfandverträge vollständig ungültig.

Ein Gesetz, das privatrechtliche Verträge ungültig erklärt, arbeitet aber « mit privatrechtlichen Mitteln », ändert Bundeszivilrecht ab und ist somit — wie oben ausgeführt wurde — bundeszivilrechtswidrig (vgl. FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 424/5; EGGER, I. c. Art. 6 No. 20; VETTER, I. c. S. 52/53; FLEINER, Zeitschrift für schweiz. Recht n. F. Bd. 25 S. 392/3). Das Bundesgericht hat denn auch schon vor Erlass des ZGB, also noch unter der Herrschaft des alten Obligationenrechts, dem kantonalen Gesetzgeber — unter Berufung auf die derogatorische Kraft des Bundesrechts — die Kompetenz zur Ungültigerklärung der in Lehrverträgen stipulierten Konkurrenzklauseln abgesprochen (BGE 37 I S. 44/5). Durch Art. 6 Abs. 1 ZGB ist die Kompetenz der Kantone nicht erweitert worden, da die Kantone bereits gemäss Art. 3 BV unter Vorbehalt der durch die BV dem Bunde übertragenen öffentlich-rechtlichen Materien zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts zuständig sind und Art. 6 Abs. 1 ZGB somit einen sog. « uneigentlichen Vorbehalt » zu Gunsten des kantonalen Rechts darstellt. Dagegen enthält Art. 6 Abs. 2 ZGB eine Erweiterung der kantonalen Kompetenz; den Kantonen wird gestattet, in den Schranken ihrer Hoheit den Verkehr mit gewissen Arten von Sachen zu beschränken oder untersagen und die Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig zu bezeichnen. Aber gerade dieser Vorbehalt zeigt, dass nach dem Willen des Bundeszivilgesetzgebers das Recht zur Ungültigerklärung zivilrechtlicher Rechtsgeschäfte grundsätzlich dem Bunde zusteht und nur ausnahmsweise, wenn die besonderen Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 ZGB vorliegen, den Kantonen zukommen soll. (Vgl. Erläuterungen zum Vorentwurf des schweizerischen ZGB, Bd. I S. 40; HAFTER, I. c. Art. 6 No. 17; EGGER, I. c. Art. 6 No. 20). Diese besondern Voraussetzungen liegen aber im vorliegenden Falle nicht vor; denn Art. 6 Abs. 2 ZGB gestattet den Kantonen nur die Ungültigerklärung von Rechtsgeschäften über ganz bestimmte Gegenstände (z. B. Gifte), die dem

Verkehr entzogen werden sollen (vgl. EGGER, I. c. Art. 6 No. 20).

Sind aber die auf die künftigen Bürgschafts- und Faustpfandverträge sich beziehenden Vorschriften der Initiative zivilrechtswidrig, so muss das Gleiche auch gelten bezüglich der Vorschriften, welche die beim Inkrafttreten des Gesetzes zu Gunsten von versicherungsfähigen Grundpfandforderungen bestehenden Bürgschafts- und Faustpfandverträge dem neuen Rechte anpassen, d. h. vorerst in Nachbürgschaften und nachbürgschaftsähnliche Faustpfandverträge abschwächen und später ganz aufheben. Im Entscheide i. S. Helvetia & Kons. (BGE 37 I S. 526 ff. Erw. 6) hat freilich das Bundesgericht die Bundeszivilrechtswidrigkeit verneint, als der Kanton Graubünden im Gesetze betreffend Einführung der kantonalen Gebäudeversicherungsanstalt die bestehenden Versicherungsverträge mit Privatversicherungsanstalten insoweit aufhob, als diese Verträge Gebäulichkeiten betrafen, die unter die obligatorische kantonale Versicherung fielen. (Die Vorschrift des bündnerischen Gebäudebrandversicherungsgesetzes, die sich auf die nach Inkrafttreten des Gesetzes mit privaten Versicherungsgesellschaften abgeschlossenen Gebäudebrandversicherungen bezog, war mit dem staatsrechtlichen Rekurse nicht angefochten worden und hätte auch nicht als bundeszivilrechtswidrig betrachtet werden können, da diese Verträge nicht ungültig erklärt, sondern unter der Androhung einer Busse und des Verlustes aller Ansprüche gegenüber der staatlichen Brandversicherungsanstalt verboten wurden; vgl. BGE 37 I S. 508 und 514). Es mag dahingestellt bleiben, ob den Kantonen — wie das Bundesgericht im Entscheide i. S. Helvetia offenbar annahm — das Recht zuzuerkennen ist, bei Einführung eines vor Art. 31 BV zulässigen Rechtsmonopols den Ausschluss der privaten Konkurrenz in der Weise herbeizuführen, dass widersprechende Privatverträge, soweit sie bereits bestehen, ganz oder teilweise aufgehoben und, soweit sie in Zukunft abgeschlossen werden,

ungültig erklärt werden. Im vorliegenden Fall bezwecken die Vorschriften über Ungültigerklärung, Abänderung und Aufhebung von Bürgschafts- und Faustpfandverträgen nicht den Ausschluss der privaten Konkurrenz, sondern sie werden im Interesse der Bürgen und Faustpfandgeber selber aufgestellt. Die Beschränkung des Bürgschafts- und Faustpfandrechtes erfolgt nicht, um den Betrieb der staatlichen Anstalt zu sichern oder zu fördern, sondern die Kasse soll geschaffen werden, um die Haftung der Bürgen und Faustpfandgeber beschränken, bezw. aufheben zu können.

ad cc) Die in § 11 der Initiative aufgestellte Vorschrift, dass « neue Grundpfandbestellungen über die Versicherungsschatzung hinaus nicht mehr erfolgen sollen », ist dann nicht bundesrechtswidrig, wenn dieses Verbot lediglich bewirkt, dass eine im Widerspruch dazu errichtete Grundpfandforderung — wie es in Abs. 3 von § 11 heisst — keinen Anspruch auf Entschuldung durch die Kasse hat; denn die Kantone, die eine Hilfsaktion zu Gunsten überschuldeter Liegenschaften durchführen wollen, können die Bedingungen, unter denen sie ihre Hilfe gewähren, nach Belieben festsetzen. Nun lässt sich aber aus dem Gesetz nicht mit Bestimmtheit entnehmen, dass zur Einhaltung der Belastungsgrenze noch andere Zwangsmittel angewendet werden sollen. Möglich ist freilich, dass § 11 der Initiative auch den solothurnischen Grundbuchbeamten verbieten soll, bei der Errichtung von ausserhalb der Versicherungsschatzung befindlichen Grundpfandforderungen mitzuwirken. Doch auch wenn das so wäre und eine solche Regelung gegen Bundeszivilrecht verstossen würde (dies wäre wohl der Fall, da das Bundeszivilrecht die Neueinführung einer Belastungsgrenze für Grundpfandverschreibungen nicht zulassen will, wie sich aus den Art. 848, 843 Abs. 2 ZGB und Art. 32 Schl. Tit. z. ZGB ergibt; vgl. hierzu die bundesrätliche Botschaft vom 22. Januar 1937 über den Vorschlag des Kantons Solothurn betreffend Schutzmassnahmen für Hypothekarschuldner und -bürgen, Bundesblatt 1937 Bd. I S. 238/9), so dürfte deswegen

die Initiative nicht der Volksabstimmung entzogen werden, da eine andere ebenfalls mögliche Auslegung von § 11 — wie oben ausgeführt wurde — nicht verfassungswidrig ist. Sollte § 11 der Initiative Gesetz werden und in bundeszivilrechtswidrigem Sinne ausgelegt werden, bleibt es jedem Interessenten unbenommen, bei Anwendung der Bestimmung die staatsrechtliche Beschwerde zu ergreifen.

ad dd) Nach § 66 der Initiative sind die ohne zwingende Gründe vorgenommenen Kündigungen versicherter Grundpfandforderungen unwirksam. Diese Vorschrift ist jedenfalls insoweit bundesrechtswidrig, als sie sich auch auf die Grundpfandverschreibungen bezieht. Denn daraus, dass das eidgenössische Recht den Kantonen nur die Aufstellung einschränkender Bestimmungen über die Kündbarkeit der Schuldbriefe gestattet (Art. 844 Abs. 2 ZGB), muss gefolgert werden, dass es für die zweite Form der kündbaren Grundpfandforderungen — die Grundpfandverschreibung — solche Beschränkungen nicht zulassen will. Materiell sind freilich die Kündigungsbeschränkungen für Grundpfandforderungen öffentliches Recht, da sie zwingenden Charakter besitzen und zum Schutze der Grundpfandschuldner aufgestellt sind. Doch hat das ZGB dadurch, dass es für die Schuldbriefe den Kantonen die Befugnis zum Erlass von Kündigungsbeschränkungen eingeräumt hat, zum Ausdruck gebracht, dass es die Vorschriften über Kündigungsbeschränkungen wegen ihres Zusammenhanges mit dem Privatrecht in dasselbe einbeziehe und den Kantonen die Kompetenz zum Erlass solcher Vorschriften nur im Rahmen des gemachten Vorbehaltes überlasse. Ebensovienig wie die Kantone den Kreis der unterstützungspflichtigen Verwandten (Art. 328 und 329 ZGB) erweitern können (BGE 42 I S. 347 ff.), ist es ihnen gestattet, bei der Aufstellung von Kündigungsbeschränkungen für Grundpfandforderungen über den Vorbehalt des Art. 844 Abs. 2 ZGB hinauszugehen (vgl. hierzu LEEMANN, Kommentar z. ZGB Art. 844 Note 15; BECK, l. c. Art. 51 No. 10).

5. — Durch das kantonale öffentliche Recht kann

wohl das Anwendungsgebiet des Bundesprivatrechts, nicht aber auch dasjenige des eidgenössischen Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes eingeschränkt werden; denn das letztere ist selbst öffentliches Recht. Die Kantone können daher in dieser Rechtsmaterie Vorschriften nur aufstellen, sofern und soweit sie hiezu durch das eidgenössische Recht ausdrücklich ermächtigt sind.

a) In den §§ 32 bis 34 der Initiative wird die « Entschuldung » des überschuldeten Grundbesitzes geregelt. Darnach kann die Verwaltungskommission der Hypothekenversicherungskasse die Grundpfandgläubiger verpflichten, auf einen Teil ihrer Forderung zu verzichten; denn die Abtragung der Überschuldung soll — wie es in der Initiative heisst — erfolgen: mit Hilfe der Kasse (— die im Maximum 50 % leistet —), der Bürgen, der Grundpfandgläubiger und eventuell auch der Grundpfandschuldner gemäss einem von der Verwaltungskommission « nach Billigkeit » aufgestellten Verteiler (Amortisationsplan). Dies ist nichts anderes als ein besonderes — auf Grundpfandforderungen beschränktes Nachlassverfahren, also eine Form der Zwangsvollstreckung (vgl. den nicht publizierten Entscheid des Bundesgerichtes vom 30. Oktober 1936 i. S. Lanz, S. 10 ff., insbesondere S. 15). Das eidgenössische Recht enthält aber keine Bestimmung, die den Kantonen das Recht einräumen würde, für Grundpfandforderungen ein besonderes, von den Art. 293 ff. SchKG abweichendes Nachlassverfahren einzuführen.

b) Einen Eingriff in das eidgenössische Schuldbetreibungsrecht enthält ferner auch § 66 der Initiative und zwar insofern, als er den Gläubigern verbietet, die versicherten Grundpfandforderungen ohne zwingende Gründe « einzufordern ». Durch diese Bestimmung wird für Grundpfandforderungen (z. B. für Gülden, die infolge Nichtzahlung von drei Jahreszinsen fällig geworden sind, vgl. Art. 850 Abs. 2 und Art. 787 ZGB) ein « Rechtsstillstand » eingeführt für den Fall, dass für die Einforderung

keine zwingenden Gründe nachgewiesen werden können. Einen Rechtsstillstand können aber die Kantone (Kantonsregierungen) nur vorsehen « im Falle einer Epidemie oder eines Landesunglückes, sowie in Kriegszeiten » und auch dann nur mit Zustimmung des Bundesrates (Art. 62 SchKG). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Falle nicht gegeben. »

## V. KOMPETENZAUSSCHIEDUNG ZWISCHEN ZIVIL- UND MILITÄRGERICHTSBARKEIT

### DÉLIMITATION DE LA COMPÉTENCE RESPECTIVE DES TRIBUNAUX ORDINAIRES ET DES TRIBUNAUX MILITAIRES

35. Arrêt du 15 juillet 1937

dans la cause J. contre Tribunal correctionnel de la Gruyère.

*Conflit de compétence entre la juridiction ordinaire et la juridiction militaire (art. 223 CPM).*

Qualité de l'inculpé pour porter le conflit (virtuel) devant le Tribunal fédéral.

Délai pour le faire ?

Le conflit n'existe pas lorsque la juridiction ordinaire est saisie de la répression d'un délit qui n'est pas prévu par la loi militaire (art. 7, 218, 219 al. 1 CPM).

A. — Le Code pénal fribourgeois dispose à l'art. 112 al. 1 :

« Celui qui, en abusant de l'inexpérience d'une mineure âgée de plus de seize ans, ou en lui faisant des promesses fallacieuses, la séduit, est puni de prison pour un mois au moins ».

Se fondant sur cette disposition, Joseph B. a déposé, le 26 avril 1933, en mains du Préfet de la Gruyère, à Bulle, une plainte pénale contre Roger J. Il alléguait