

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	63 (1944)
Rubrik:	Protokoll der 78. Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 21.02.2026

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

Protokoll der 78. Jahresversammlung

des

Schweiz. Juristenvereins

abgehalten am 2.—4. September 1944 in St. Gallen.

Sitzung vom Sonntag, den 3. September 1944

in der „Tonhalle“ in St. Gallen.

Präsident:

Bundesrichter Dr. W. Schönenberger,
Präsident des Schweiz. Juristenvereins.

Die Sitzung wird um 9.15 Uhr eröffnet.

I.

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

Sehr geehrte Herren Bundesräte!

Sehr geehrte Kollegen!

Meine Damen und Herren!

Zum Abschluss des 83. Vereinsjahres erstatte ich Ihnen in üblicher Weise Bericht. Eine Vorbemerkung drängt sich indessen auf, zumal wir Juristen verpflichtet und gewohnt sind, die Spreu des Unwesentlichen vom Wesentlichen zu scheiden und die Dinge nach ihrem Sinn und nach ihrer Tragweite im Rahmen des Ganzen zu werten.

Wie klein und unbedeutend müssen uns die Geschehnisse und Stationen unseres gewohnt ruhig und friedlich verlaufenen Vereinsjahres vorkommen gegenüber dem Geschehen und den immer unabsehbarer werdenden Folgen eines nunmehr ins 6. Jahr hinein dauernden Krieges ohne

Schranken und ohne Gnade, eines Krieges, der sich zum zweiten Male den Grenzen unseres Landes nähert. Wie durch ein Wunder sind wir bislang vom Kriege verschont geblieben. Ich wüsste nicht, mit welchen Verdiensten wir das nie verlorene und daher unmessbare Glück des Friedens verdient hätten. Dagegen weiss ich sicher, dass wir dieses Glück abverdienen müssen, jeder einzelne und das Schweizervolk als Ganzes. Für heute und als erstes am Juristentag wollen wir Männer des Rechtes dem Hergott öffentlich danken dafür, dass er uns bis heute behütet hat. Für die weiter dräuenden Tage des Krieges wie für den vielleicht doch wieder kommenden Frieden wollen wir uns dem Machtschutz Gottes empfehlen.

Und zum zweiten wollen wir Juristen jenen Recht und Anerkennung widerfahren lassen, die in diesen argen Zeiten an der Spitze der Eidgenossenschaft, der Kantone und ihrer Gemeinden stehen, jenen, denen die Wahrung der Neutralität, der Sicherheit des Landes in zivilen und militärischen Belangen anvertraut ist, allen jenen, die zu Hause bei der Arbeit, und jenen, die mit der Waffe in der Hand ihre Pflicht tun, komme was kommen mag.

Einem jeden von uns aber, gleichgültig wo er im privaten und öffentlichen Leben hingestellt ist, ist es selbstverständliche Pflicht, nach Kräften und selbstlos mitzuhelpen, damit unsere Mitbürger und unser Gemeinwesen heil über die Schwierigkeiten dieser Jahre hinwegkommen.

Ehe ich Ihnen über unsere Vereinsangelegenheiten berichte, darf ich unsren St. Galler Freunden unsren Dank abstatten, die es übernommen haben, trotz der heutigen Schwierigkeiten den Schweizerischen Juristenverein nach St. Gallen einzuladen, und die den Juristentag so vorzüglich vorbereitet haben. Für uns alle war es eine Freude, nach 23 Jahren wieder nach St. Gallen zu kommen und auf diese Weise die Verbundenheit unseres Vereins mit dem St. Galler Lande und mit der ganzen Ostschweiz zu bekräftigen. Den gebührenden Dank wollen auch die Herren Dozenten der Handelshochschule entgegennehmen, die es

sich nicht nehmen liessen, den Schweizer Juristen eine gediegene Festschrift zu überreichen.

Wenn je, so hat es in diesem 6. Kriegsjahr bestimmt nicht die Meinung, dass der Schweizerische Juristentag als Fest zu begehen sei. Wer von uns wäre nicht erschüttert im Gedanken an das unsagbare Leid, dessen mitühlende Zeugen wir sind; niemand hätte Lust, Feste zu feiern, derweil nahezu endloses Unrecht, Gewalt, Not und Elend herrschen, zu deren Milderung wir alle nach Kräften und Möglichkeit beitragen wollen. Wer könnte heute froh sein gegenüber der Vernichtung der Arbeit von Generationen, gegenüber Geschehnissen, die zusehends grausamer werden und immer mehr Unschuldige treffen, gegenüber der Tatsache, dass alle Errungenschaften der Kultur ohne Hemmungen zunichte gemacht, das Denken und Handeln verwildert und dass der Glaube an Recht und Gerechtigkeit, die Überzeugung vom ewigen Wert des Rechts der Persönlichkeit von Tag zu Tag in brutaler Weise missachtet und mit Füßen getreten wird.

Und doch ist es notwendig, dass wir als Juristen eines vom Krieg verschonten Landes zusammentreten zu ernsthafter Beratung und zu persönlicher Aussprache. Denn je mehr das Recht und die Gerechtigkeit Not leiden und verkannt werden, desto unerlässlicher ist es, dass wir uns mit aller Hingebung und mit allem Ernst der Fortgestaltung des Rechts und seiner unparteiischen Anwendung widmen, dass wir uns mit der Lösung der von Tag zu Tag neu erwachsenden Problemen der Pflege des Rechts im weitesten Sinne befassen. Denn ohne Recht und Gerechtigkeit gibt es keinen Frieden und keine Wohlfahrt, bei uns nicht und nicht jenseits der Grenzen. Wir wollen den unerschütterlichen Glauben an die ewige und unauslöschliche Macht des Rechts hüten und bewahren, für unser Land, für unsere liebe Schweiz.

Und nun zu den Angelegenheiten unseres Vereins: Der Vorstand hat sich in 4 Sitzungen mit den Vereinsgeschäften befasst. Sie galten in der Hauptsache der Wahl der Themen für die Juristentage dieses und des kommenden

Jahres. Die Entwicklung der Verhältnisse stellt so viel allgemeine und besondere Probleme, deren Behandlung in den Bereich unseres Vereins fällt, dass wir um Verhandlungsgegenstände nicht verlegen waren. Die rasche Entwicklung der Dinge, die sich aufdrängenden neuen Lösungen der ordentlichen Rechtsgestaltung und des Krisenrechts liessen es als wünschenswert erscheinen, dass wir, gemäss unserem Vereinszweck, zu allen diesen Fragen unsren Beitrag leisten und zu den die Behörden beschäftigenden und rechtlich zu regelnden Fragen Stellung nehmen. Wir mussten uns auf Hauptfragen beschränken, haben aber darauf Bedacht genommen, dass nicht bloss wichtige Einzelmaterien zum Gegenstand gewissenhafter Prüfung durch kompetente Bearbeiter erhoben werden, sondern vor allem grundlegende Fragen, deren Bearbeitung schliesslich für die Richtung der schweizerischen Rechtsentwicklung massgebend sein werden. Es lag uns namentlich daran, Dinge zu erörtern, bei denen der Sinn des Ganzen zu beachten ist. Dieser Art sind etwa das diesjährige Thema über Rechtsstaat und Strafrecht und die beiden für das nächste Jahr vorgesehenen Themata über die geplante neue landwirtschaftliche Gesetzgebung, über grundsätzliche Gesichtspunkte für die Fortentwicklung der Steuergesetzgebung des Bundes und der Kantone. Weniger leicht als die Wahl der Themata ist die Gewinnung von Referenten. Manch qualifizierter Jurist wird durch zivile und militärische Beanspruchung davon abgehalten, sich zur Verfügung zu stellen. Immerhin fanden sich unter unsren Mitgliedern doch stets solche, welche unserem Rufe bereitwillig Gehör schenkten. Ich möchte denn auch den diesjährigen Referenten, den Herren Dr. Matter, Martin-Achard und Picot hier meinen Dank abstatthen. Leider ist der zweite Referent zum Thema Rechtsstaat und Strafrecht, Herr Privatdozent Dr. Werner Kägi, wegen Krankheit daran verhindert worden, sein vielversprechendes Referat zu vollenden und am Juristentag zu erscheinen; wir bedauern das für den Verein und für den Referenten und wünschen ihm baldige Wiederherstellung.

An seiner Stelle hat es Herr Prof. Dr. Dietrich Schindler in Zürich entgegenkommend übernommen, durch ein einlässlicheres einleitendes Votum einzuspringen, und Herr Regierungsrat Prof. Dr. Ludwig, Basel, wird ein zweites grösseres Votum abgeben; ich danke beiden Herren im Namen des Vereins hierfür bestens.

Den letztes Jahr gemachten Versuch, in die Beratungen kurze „Mitteilungen“ über ein aktuelles Thema einzufügen, wollte der Vorstand nicht wiederholen. Wir haben gefunden, dass dafür doch zu wenig Zeit zur Verfügung steht.

An der letztjährigen Versammlung wurde auf Grund des Berichtes des Preisgerichts dem Vorstand die Ausrichtung eines Druckkostenbeitrages für die Preisarbeit der Frau Dr. Thalmann-Antenen über die Allgemeinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen anheim gegeben. Der Vorstand hat diesen Beitrag auf Fr. 500.— festgesetzt, in der Meinung, dass dies angemessen sei, dass die finanziellen Verhältnisse des Vereins eine gewisse Zurückhaltung gebieten und dass der doch mit etlichen Vorbehalten verschene Bericht des Preisgerichts es nicht rechtfertigen würde, weiter zu gehen.

Zu dem für dieses Jahr ausgeschriebenen Thema einer Preisarbeit über die Gerichtsstandsbestimmungen des eidgenössischen Strafrechts ist eine Arbeit eingereicht worden. Hierüber wird Ihnen das Preisgericht morgen Bericht und Antrag vorlegen. Hier sei mir gestattet, den Mitgliedern des Preisgerichts, den Herren Bundesrichtern Dr. Leuch und Logoz und dem stellvertretenden Generalprokurator Dr. Waiblinger, den Dank auszusprechen für die Begutachtung dieser Arbeit. Für das nächste Jahr haben wir als Preisarbeit das Thema ausgeschrieben: Die Wohlfahrtsfonds der juristischen Person nach privatem und öffentlichem Recht. Wir hoffen, dass dieses Thema, das heute angesichts der gesetzlichen Bestimmungen des rev. OR und der Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse grosse praktische Bedeutung besitzt, seine Bearbeiter finden werde.

Über unsere zweite dauernde Institution, die Veröffentlichung der Rechtsquellen, wird Ihnen morgen die Rechtsquellenkommission unter besonderem Traktandum Bericht ablegen.

Im Zusammenhang mit den Rechtsquellen darf ich wohl auch wieder daran erinnern, dass der Schweizerische Juristenverein im Jahre 1939 durch eine Eingabe an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement den Wunsch ausgesprochen hat, es möchte eine neue Ausgabe der sehr umfangreich gewordenen eidgenössischen Gesetzessammlung veranstaltet werden, unter Ausscheidung aller nicht mehr gültigen Erlasse, so wie viele Kantone die es für ihren Bereich bereits getan haben. Als Minimum wurde die Notwendigkeit eines Gesamtregisters der eidgenössischen Gesetzessammlung bezeichnet. Ich möchte heute dieses Postulat erneuern und daran erinnern, dass auch die Erstellung eines Gesamtregisters des Bundesblattes sich aufdrängt. Wie ich später auszuführen habe, gibt es für diese Arbeit sicher genügend Juristen.

Auf zwei Dinge aus der Tätigkeit des Vorstandes möchte ich hier besonders zu sprechen kommen. Im April 1944 hat die Stiftung Pro Helvetia auf Veranlassung des Schweizerischen Verlegervereins eine Aussprache veranstaltet zur Erörterung der Situation im Gebiet des schweizerischen wissenschaftlichen Verlagswesens und dazu auch den Schweizerischen Juristenverein eingeladen, der durch Ihren Vorsitzenden vertreten war. Die schweizerischen akademischen Disziplinen hatten bislang weitgehend ausländische wissenschaftliche Werke und Lehrbücher benutzt. Ihre Auflagen sind zum Teil erschöpft, zum Teil im Kriege vernichtet worden, und es besteht ein grosser Mangel an Lehr- und Handbüchern. Im Gegensatz zu andern wissenschaftlichen Disziplinen und zu unserem Glück ist die Lage auf dem Gebiet der juristischen Literatur am wenigsten schlimm. Es mag uns mit Genugtuung erfüllen, dass in den letzten 20 Jahren zahlreiche hervorragende Werke zum öffentlichen und privaten Recht von schweizerischen Auto-

ren und bei schweizerischen Verlegern erschienen sind, Lehrbücher wie Kommentare, und dass viele von ihnen auch ins Französische übersetzt worden sind.

Mehr Sorge bereitet uns die Frage von Massnahmen gegen Beschäftigungslosigkeit von Juristen. Im Juni 1944 unterbreitete uns der Delegierte des Bundes für Arbeitsbeschaffung eine Anregung, dahingehend, wir möchten die Vorbereitung von Massnahmen gegen Beschäftigungslosigkeit im Juristenberufe an die Hand nehmen. Obwohl der Schweizerische Juristenverein vor allem wissenschaftlichen Charakter hat, sich der Pflege des schweizerischen Rechts widmet und daneben die freundschaftlichen Beziehungen unter seinen Mitgliedern fördert, und obgleich der Schweizerische Juristenverein kein Verband zur Wahrung beruflicher Interessen ist, wollte der Vorstand unseres Vereins sich dieser Anregung und Aufgabe nicht entziehen, die namentlich für zahlreiche junge Juristen von entscheidender Bedeutung ist. Eine Zustimmung zur Anregung des Delegierten für Arbeitsbeschaffung schien uns um so mehr geboten, als der Schweizerische Juristenverein doch den grössten Teil der schweizerischen Juristen aller Richtungen in seinen Reihen vereinigt. Schliesslich handelt es sich um eine Frage allgemeiner Art, die den ganzen Juristenstand berührt und welche auf die Rechtspflege, auf die Rechtspraxis, die Situation der Juristen im Gesamten ihre Auswirkungen haben wird und welcher eidgenössische Bedeutung beizumessen ist. Die Sorge um solche Dinge seitens des Schweizerischen Juristenvereins ist nicht neu, hat doch einer meiner Vorgänger im Präsidium des Juristenvereins, Herr Bundesrichter Bolla, am Juristentag in Zürich anno 1940 folgendes erklärt: „Je suis certain d'être votre interprète fidèle en adressant un voeu pressant à nos autorités pour qu'elles se préoccupent des juristes démobilisés qui n'ont pas retrouvé leur situation d'avant guerre“. Galt damals das Postulat des Schweizerischen Juristenvereins vor allem der Situation der durch Mobilmachung und langen Aktivdienst in Nachteil geratenen Juristen, so stehen heute zwei andere und

wahrscheinlich noch schwerer betroffene Kreise im Vordergrund.

Es sind heute zwei Gründe, welche eine Beschäftigungslosigkeit von Juristen in grösserem Ausmasse befürchten lassen: 1. die Überfüllung der kriegswirtschaftlichen Amtsstellen des Bundes, zum Teil auch der Kantone und Gemeinden, mit jungen Juristen, die nach Ende des Krieges früher oder später wieder entlassen werden müssen; 2. die ständige Zunahme des juristischen Nachwuchses, welche den Bedarf in den herkömmlichen juristischen Arbeitsgebieten bei weitem übersteigt.

Ihr Vorstand ging bei dieser Frage von der Auffassung aus, dass es nicht Sache des Schweizerischen Juristenvereins sein könne, für sich allein diese Frage zu prüfen und praktische Vorkehren zu finden, um der für die Nachkriegszeit zu befürchtenden Arbeitslosigkeit zahlreicher Juristen wirksam entgegentreten zu können. Unter Leitung des Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins wurde am 13. Juli 1944 in Bern eine erste Konferenz zu dieser Frage abgehalten, an welcher u. a. Vertreter des Schweizerischen Anwaltsverbandes, des Vereins schweizerischer Notare, des Vereins schweizerischer Bücherexperten, der schweizerischen Juristen-Fakultäten, des Regierungsrates des Kantons Zürich, der meist interessierten Bundesämter, des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit, des Chefs der Zentralstelle für Kriegswirtschaft, des Delegierten für Arbeitsbeschaffung, der grösseren schweizerischen akademischen Studentenverbände und der Stiftung *Pro Helvetia* teilnahmen.

Die Konferenz ging davon aus, dass es sich nicht darum handeln könne, einzig bestimmte Richtlinien für staatliche Hilfsaktionen aufzustellen; der Staat soll im ganzen Aufgabenkomplex nur eine subsidäre Rolle spielen, weil wir es ablehnen, dem Staat im Verhältnis zu arbeitslosen Juristen gewissermassen die Rolle eines Armenhauses zuzuweisen, während seine natürliche Aufgabe in diesem Zusammenhang nur in der Förderung der Bestrebungen liegen kann, welche von den Juristen selber ausgehen.

Wir hielten ausserdem fest, dass alle Massnahmen gegen Beschäftigungslosigkeit von Juristen nur eine Teilhilfe, einen vorübergehenden Ausweg bedeuten könne, nicht aber zu den tiefsten Ursachen vordringen. Die Grundursachen liegen in der Überfüllung der akademischen Berufe überhaupt. Die kommende Endphase des Krieges drängt zur raschen Vorbereitung von Massnahmen für diejenigen Juristen, die mit Kriegsende oder bald nachher beschäftigungslos werden, d. h. der sehr zahlreichen eigentlichen Kriegswirtschaftsjuristen, dann aber auch derjenigen, die beim Justiz- und Polizeidepartement, beim Politischen Departement, beim Militärdepartement, in der Syndikatsbürokratie und in der Privatwirtschaft mit kriegsbedingten Aufgaben beschäftigt waren. Das Problem der Überfüllung der akademischen Berufe, nicht zuletzt auch des juristischen Studiums, bleibt offen; es muss aber über kurz oder lang einer Lösung entgegengeführt werden. Für uns handelt es sich nur um die Prüfung der Vorkehren gegen solche Beschäftigungslosigkeit, die sich bei Kriegsende ergeben kann, freilich nicht notwendig ergeben muss.

Hier hat sich nun gezeigt, dass die Situation in den Kantonen und Gemeinden keiner besondern Besorgnis ruft, weil dort verhältnismässig wenig Juristen frei werden. Das Hauptkontingent wird sich aus der eidgenössischen Verwaltung rekrutieren; meist handelt es sich um sehr junge Juristen, die von der Universität weg in die Verwaltung eingetreten sind und die für die übliche juristische Praxis keine oder nur geringe Ausbildung besitzen und zum Teil sehr einseitige juristisch verwertbare Erfahrungen mitbringen werden.

Ich möchte nun gerne anerkennen, dass die Chefs der in Betracht kommenden Amtsstellen die kommenden Schwierigkeiten klar sehen und dass mancherlei Vorkehren bereits in die Wege geleitet sind, damit diese „Kriegsjuristen“ nicht einfach eines Tages auf der Strasse stehen. Wir haben gemeinsam weitere Möglichkeiten geprüft, und ich darf immerhin konstatieren, dass alles getan wird, was

helfen kann. Grosses Verständnis und bereitwilliges Entgegenkommen haben wir namentlich auch von Seiten des Verbandes schweizerischer Bücherexperten gefunden. Es scheint in der Tat, dass auf dem Gebiete der Bücherrevision für Juristen, wenn sie die entsprechende Ausbildung auf sich nehmen, bestimmte Möglichkeiten bestehen. Wir werden daher im Herbst die Umschulungsmöglichkeiten in dieser Richtung unverzüglich prüfen.

Über Einzelheiten brauche ich hier nicht einlässlicher zu orientieren; über die Sache selbst musste ich Sie informieren. Das weitere Vorgehen besteht nun darin, dass die Fragen in kleinerem Gremium abgeklärt und hernach die einzelnen Lösungen zusammen mit den in Betracht kommenden Kreisen geprüft und in die Wege geleitet werden. Zu Optimismus besteht kein Anlass. Es sind grosse Schwierigkeiten vorhanden; aber Schwierigkeiten sind da, um überwunden zu werden, im Kriege wie im Frieden.

Nach diesem Bericht über unsere Tätigkeit bin ich Ihnen einige Angaben über den Mitgliederbestand unseres Vereins schuldig.

Die Zahl derjenigen, die seit dem letzten Jahr durch Tod abberufen wurden, ist verhältnismässig gross. Es sind ihrer 26, darunter viele Männer mit grossen Verdiensten um das schweizerische Recht, seine Entwicklung und Anwendung.

Paul Toggenburger, 1878—1943, Fürsprecher, war während vielen Jahren Vorstand der Rechtsabteilung der Schweizerischen Bundesbahnen in Bern. In den Juristenverein war er 1939 eingetreten.

Robert Ecklin, 1895—1943, Advokat und Notar, führte seit 1927 in Neuenburg ein Anwaltsbureau. Seit 1942 war er als Strafuntersuchungsbeamter beim Eidgenössischen Kriegsindustrie- und Arbeitsamt tätig. Dem Juristenverein gehörte er seit 1929 an.

Dr. Otto Rascher, 1874—1943, Rechtsanwalt in Zürich, wo er seit 1905 mit Dr. Sulzer ein angesehenes Anwaltsbureau führte und an der Spitze mehrerer Gesellschaftsunternehmen stand. Dem Juristenverein war er 1900 beigetreten.

Ernst Zimmermann, 1883—1943, Notar in Burgdorf, war während Jahren Gemeindeschreiber in Mötschwil, seit 1918 Notar in Burgdorf, von 1929 an Richter im Amtsgericht Burgdorf. Mitglied des Juristenvereins seit 1921.

Josef Albisser, 1868—1943, Versicherungsrichter, nach Heimat und Wohnort Luzerner, praktizierte während 20 Jahren als Anwalt, war Mitglied des Grossen Rates, des Luzerner Stadtrates und des engern Stadtrates, wo er das Vormundschaftswesen betreute. 1917 wählte ihn die Bundesversammlung als Mitglied und ersten Präsidenten des neuen Eidgenössischen Versicherungsgerichts. Auf Ende 1929 trat er als Versicherungsrichter zurück; bis zu seinem Tode war er tätig als Rechtsberater in sozialen Institutionen. Schon in jungen Jahren betätigte sich Albisser als Sozialpolitiker und zählte zu den führenden Köpfen des Schweizerischen Grütlivereins. Später stand und focht er in der sozialistischen Arbeiterbewegung. Er war s. Zt. Präsident der sozialdemokratischen Partei der Schweiz gewesen. Dem Schweizerischen Juristenverein gehörte er über 50 Jahre lang an, seit 1892.

Prosper-Louis Servien, 1874—1943, in Yverdon, wo er während Jahrzehnten als Notar, daneben auch als Mitglied der örtlichen Behörden tätig war. Er präsidierte 1924 den Grossen Rat des Kantons Waadt und war Ersatzrichter des Kantonsgerichts. Unserem Verein trat er 1921 bei.

Max Friolet, gest. 10. November 1943, Advokat und Notar in seinem Geburtsort Murten, widmete sich auch den öffentlichen Angelegenheiten und war Mitglied des Grossen Rates des Kantons Freiburg. Seinen Beitritt in den Juristenverein erklärte er 1924.

Martin Gysel, 1856—1943, in Wilchingen, eröffnete 1882 in seiner Heimat ein Advokaturbureau, wurde 1893 Kantonsrichter; den Vorsitz dieses Gerichtes hatte er von 1903—1930 inne. Er war Mitglied und Sekretär des Grossen Rates des Kantons Schaffhausen. In ihm verloren wir eines der ältesten Mitglieder unseres Vereins; seine Aufnahme erfolgte im Jahre 1887.

Johann Koller, 1869—1943, begann seine juristische Laufbahn als Gerichtsschreiber und Konkursbeamter des ehemaligen st. gallischen Bezirkes Tablat, trat in gleicher Funktion in den Bezirk Gossau, dessen Bezirksgericht er in der Folge bis 1915 präsidierte. 1915—1938 war er Kantonsrichter in St. Gallen. Seine Mitgliedschaft im Schweizerischen Juristenverein geht auf das Jahr 1900 zurück.

Dr. Franz Zelger, 1865—1944, Luzern, Fürsprecher, langjähriger Präsident des Kriminalgerichts des Kantons Luzern sowie des städtischen Korporationsbürgerrates. Neben juristischen Arbeiten widmete er sich auch historischen Publikationen. Unserm Verein gehörte er seit 1911 an.

Dr. Robert Haab, 1893—1944, geboren in Wädenswil, gestorben als Professor in Basel, begann 1917 seine juristische Praxis als Sekretär des Bundesgerichts und setzte sie 1920—1927 als Adjunkt des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements fort. Seine erfolgreiche akademische Laufbahn beschritt er 1921 mit der Habilitation an der Universität Bern, an der er 1927 zum Extraordinarius ernannt wurde. 1929 folgte er einem Ruf nach Basel als Ordinarius für Privatrecht und Rechtsgeschichte. Nach dem Rücktritt von Prof. Karl Wieland übernahm er weiter dessen Lehrauftrag für Privat- und Handelsrecht. Sein verdienstvolles Wirken als akademischer Lehrer, als juristischer Schriftsteller und als Berater von Behörden und wirtschaftlichen Institutionen soll hier dankbar und anerkennend verzeichnet werden. Zahlreich sind seine Veröffentlichungen auf dem Gebiet des Zwangsvollstreckungsrechts, so über die moderne

Entwicklung des schweizerischen Nachlassvertragsrechts, über Probleme der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, über Probleme der Reform des Nachlassvertragsrechtes, sein Referat am schweizerischen Juristentag 1932 über Vereinfachungen des Schuldbetreibungs- und Konkursverfahrens, alles hervorragende Arbeiten, deren Auswertung bei der immer noch aufgeschobenen Revision unseres Schuldbetreibungs- und Konkursrechts erfolgen muss. Grundlegende Vorarbeiten leistete er auch für die eidgenössische Gesetzgebung über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen. Schon vor 20 Jahren und dann vor allem seit dem zweiten Weltkrieg erwies er sich als Spezialist auf dem Gebiet des Seerechts; er war der Verfasser der schweizerischen seerechtlichen Erlasse von 1941 und einer richtungweisenden Abhandlung über diese Materie in der Basler Festgabe für den Juristenverein 1942. Viel Beachtung und Einfluss kommt seiner Basler Rektorsrede von 1936 über das Krisenrecht zu, in welcher er davor warnte, aus dem Recht der Krise eine Krise des Rechts werden zu lassen, ein Mahnruf, der am Juristentag 1938 in Genf in den Referaten von Oftinger und Comment weitergegeben und wiederholt wurde und der heute noch mehr Berücksichtigung erheischt als vor 8 Jahren. Ein besonderes Verdienst hat sich Prof. Haab durch seinen leider unvollendet gebliebenen Kommentar zum schweizerischen Sachenrecht erworben, der durch seine Klarheit und seinen weiten Blick ausgezeichnet ist. 1924/25 war er Sekretär der grossen Expertenkommission für die Revision der handelsrechtlichen Teile des OR, später auch Mitglied des Haager internationalen Schiedsgerichts. Wiederholt fungierte er als juristischer Sachverständiger des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements in verschiedensten Fragen der Gesetzgebung. Ich darf hier auch auf den schönen Nachruf verweisen, den Prof. Simonius im ersten Heft dieses Jahrganges der Zeitschrift für Schweizerisches Recht veröffentlicht hat. Prof Haab war seit 1922 Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins.

Dr. Karl Grieshaber, 1875—1944, war Rechtsanwalt in Zürich; Mitglied des Juristenvereins seit 1928.

Dr. Emile Rivoire, 1850—1944, in Genf, wo er sich seit 1875 als angesehener Notar betätigte. Er war Mitbegründer der Société de droit et de législation, Ehrendoktor der Universität Genf wegen seiner unbestrittenen Verdienste auf dem Gebiet der Geschichtsforschung. 1912 verfasste er bei Anlass des Inkrafttretens des ZGB einen Dictionnaire du Code civil suisse. Er ist der Herausgeber einer grossen Bibliographie historique de Genève au 18ème siècle. Während 40 Jahren leitete er die Herausgabe der dreizehnbändigen „Registres du Conseil“. Im Auftrag der Rechtsquellenkommission des Schweizerischen Juristenvereins bearbeitete er, zusammen mit Victor van Berchem, die 1927—1935 erschienenen 4 Bände der „Sources du droit du Canton de Genève“. Im Jahre 1932 ernannte ihn der Schweizerische Juristenverein, dem er 1891 beigetreten war, zum Ehrenmitglied.

Evaristo Garbani-Nerini, 1867—1944, gebürtig aus dem Val Onsernone, wurde schon mit 25 Jahren zum Mitglied des Tessiner Appellationsgerichts gewählt, praktizierte in Locarno und Lugano als Rechtsanwalt, war zweimal Tessiner Staatsrat, vertrat seinen Heimatkanton im Nationalrat, den er 1920 präsidierte. 1923 wurde Garbani-Nerini zum Bundesrichter gewählt, zwei Jahre später zum Direktor des Weltpostvereins. Mitglied unseres Vereins war er seit 1905.

Dr. Felix Weiser, 1879—1944, in Basel, hatte seine juristischen Studien in Wien absolviert, gehörte als Barrister at law der Gray's Inn in London an, war vor dem ersten Weltkrieg als Advokat an der Cour d'appel mixte in Alexandrien, später als offizieller Vertreter an den gemischten Schiedsgerichten in London tätig. Seit 1930 nahm er die Stelle eines Rechtskonsulenten bei der Bank für internationale Zahlungen in Basel ein. Seit 1943 war er auch Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins.

Ernst Ramseyer, 1868—1944, in Bern, führte seit 1894 ein angesehenes Notariatsbureau. In den Juristenverein wurde er 1921 aufgenommen.

Dr. Roland Müller, 1918—1944, hatte seine Studien im Kanton Waadt absolviert, trat dann als Rechtspraktikant in Zürich in die Praxis ein. Er starb als Artillerieleutnant an den Folgen eines Unfalls im Militärdienst. Er war 1943 unserem Verein beigetreten.

Dr. Heinrich Mousson, 1866—1944, in Zürich. Er begann als Rechtsanwalt in seiner Vaterstadt, wurde um die Jahrhundertwende in den Grossen Stadtrat, nachher in die städtische Exekutive berufen, wurde 1912 an Stelle von Bundesrat Haab in die Zürcher Regierung berufen, wo er zuerst die Direktion der Justiz, der Polizei und des Militärs, 1914 die Direktion des Erziehungswesens übernahm, die er bis zu seinem Rücktritt im Jahre 1929 führte. Im Militär kommandierte er während des ersten Weltkrieges eine Art.-Brigade. Heinrich Mousson, der als Staatsmann grosses Ansehen genoss, widmete sich nach seinem Rücktritt als Regierungsrat zahlreichen gemeinnützigen und kulturellen Institutionen. Unserem Verein gehörte er seit 1894 an.

Dr. Jean Rossel, 1884—1944, aus dem Berner Jura, zuerst Präsident des Tribunal du district de Courtelary, wurde 1929 bernischer Oberrichter, gab gleichzeitig an der bernischen Universität Vorlesungen über schweizerisches Zivilrecht und wurde 1932 als Nachfolger seines Vaters Virgile Rossel ins Bundesgericht gewählt, wo er der 2. zivilrechtlichen Abteilung und dem Kassationshof angehörte. In den Juristenverein trat er 1922 ein.

Dr. Pierre Rochat, 1899—1944, in Lausanne, praktizierte seit 1924 als Rechtsanwalt, war 1928—1931 Redaktor der Zeitung „La Revue“, übernahm 1931 als Stadtrat

die Leitung des Schulwesens der Stadt Lausanne, kehrte aber 1933 wieder zur Advokatur zurück. Im Militär bekleidete er den Rang eines Oberstlt. i./Gst. Seit 1931 vertrat er seinen Kanton im Nationalrat und seit 1943 war er Chef der freisinnig-demokratischen Fraktion der Bundesversammlung. Unserem Verein trat er 1933 bei.

Dr. Edmund Schulthess, 1868—1944, Bundesrat in Bern. Als junger Rechtsanwalt wurde er in seinem Heimatkanton Aargau in den Grossen Rat gewählt, mit 37 Jahren zum Ständerat, mit 44 Jahren, anno 1912, zum Bundesrat. 23 Jahre stand er als Bundesrat an der Spitze des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes, wobei die arbeits- und sorgenerfüllten Jahre des ersten Weltkrieges wohl doppelt zählen dürften. Den meisten von uns ist die Zeit der umfassenden und initiativen Tätigkeit unseres Volkswirtschaftsministers in lebendiger Erinnerung. Nach seinem Rücktritt aus dem Bundesrat 1935 stand er an der Spitze der Eidgenössischen Bankenkommission. Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins war er seit 1894.

Martin Dettling, 1860—1944, in Küssnacht am Rigi, war zuerst Rechtsanwalt in Schwyz, von 1884—1930 Gemeindeschreiber in Schwyz. Fast 30 Jahre sass er im Kantonsrat, war während langen Jahren Substitut im Kantengericht und Kriminalrichter, im Militär Untersuchungsrichter und Auditor eines Divisionsgerichtes. 50 Jahre stand er an der Spitze des Bankrates der Schwyzer Kantonalbank und gehörte auch dem Bankrat der Schweizerischen Nationalbank an. 44 Jahre zählte er zu den Mitgliedern unseres Vereins.

Dr. Hans Albrecht, 1863—1944, in Kaiseraugst, war zunächst Rechtsanwalt in Basel, 1910—1940 Direktor der Bodenkreditbank in Basel, 1927/1934 Mitglied des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt. Dem Juristenverein trat er 1894 bei.

Dr. Emil Kirchhofer, 1871—1944, von Schaffhausen, 1898 Bezirksrichter in Zürich, wurde 1903 zum Bundesgerichtsschreiber, 1909 von der Bundesversammlung ins Bundesgericht gewählt, das er 1927/1928 präsidierte. Er war der geborene Richter in jeder Beziehung, und über seinen hervorragenden Einfluss auf die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte besteht nur eine Meinung. Mit einer kurzen Unterbrechung von zwei Jahren gehörte er während 34 Jahren der staatsrechtlichen Abteilung an, während Jahren auch der neuen verwaltungsrechtlichen Kammer und dem Bundesstrafgericht. Während des letzten Weltkrieges war er Grossrichter eines Divisionsgerichtes, später Präsident des Militärkassationsgerichtes. Früchte seines wissenschaftlichen Schaffens und seiner gewaltigen richterlichen Erfahrung sind die wertvollen Arbeiten über die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs, über Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkungen und Enteignung, über den Kompetenzkonflikt zwischen bürgerlicher und militärischer Strafgerichtsbarkeit, über die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht sowie über die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht. Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins seit 1899, referierte er 1907 zur Frage der Ausdehnung der Rechtshilfe unter den Kantonen auf die Vollstreckung von Steueransprüchen. Während zwei Perioden 1913—1918 war er Mitglied des Vostandes des Juristenvereins, 1916—1918 dessen Vizepräsident.

Frl. Dr. Marguerite Staeblin, Aarau, kurz nach Vollendung ihrer Studien gestorben am 11. Mai 1944. Sie war Mitglied unseres Vereins seit 1943.

Prof. Dr. Alfred Siegwart, 1885—1944 in Freiburg. Prof. Siegwart war nach Abschluss seiner Studien und Auslandsaufenthalten 1910—1912 Privatsekretär von Prof. Eugen Huber, Bern. 1912 wurde er als Nachfolger Osers an die Universität Freiburg berufen, wo er während 32 Jahren schweizerisches Zivil- und Handelsrecht dozierte. Ich selbst

bleibe als sein ehemaliger Schüler ihm zu tiefem Danke verpflichtet. Siegwart besass alle Eigenschaften eines vor trefflichen akademischen Lehrers. Sie alle kennen seine wissenschaftlichen Leistungen, durch die er sich auf dem Gebiete des schweizerischen Zivilrechts dauernde und grosse Verdienste erworben hat. Ich verweise auf die Bearbeitung der 2. Auflage des Lehrbuches von Tuhrs über das schweiz. Obligationenrecht, auf seinen Kommentar über das Recht der einfachen Gesellschaft, der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft und den grossen, leider noch nicht vollendeten Kommentar über die Aktiengesellschaft, die alle richtunggebend, ebenso streng wissenschaftlich wie lebensnahe sind und für immer zu den grossen Werken des schweiz. Zivilrechts gehören. Ich erinnere an seine Rektoratsrede über die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten (1936), an seine Abhandlung über den Einfluss veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis schweizerischer Gerichte seit dem Kriege, erschienen in der Freiburger Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein (1924), und an die Abhandlung über die Freiheit bei der Wahl der Verbandsform und bei der Einzelgestaltung ihres Inhaltes, in der Festgabe der Freiburger Juristenfakultät zum Juristentag 1943. Prof. Siegwart war Mitglied der Expertenkommission für die letzte Revision der handelsrechtlichen Teile des OR. Dem Schweizerischen Juristenverein gehörte er seit 1912 an. Er referierte am Schweiz. Juristentag 1926 in Schwyz über das Buchführungs- und Bilanzrecht im Entwurf zum OR.

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

Seit dem letzten Juristentag hat der Vorstand 31 neue Mitglieder in den Verein aufgenommen:

*Fräulein Dr. Annemarie Sender, in Zürich,
Erich von Graffenried, Fürsprecher, in Bern,
Fräulein Dr. Helene Stockmann, in Lausanne,*

Dr. Silvio Masnata, in Bern,
Dr. Ulysses C. Schrafl, in Bern,
A. R. Werner, Privatdozent, in Genf,
Dr. Max Hoffmann, Fürsprecher und Notar, in Bern,
Dr. Walter Perrig, Kaufmann, in Sitten,
Dr. Denis de Maday, in Zürich 6,
Dr. V. W. Zoller, Vizedirektor der Schweizerischen Bank-
gesellschaft, in Zollikon,
Dr. Luigi Rossi, Sekretär der kantonalen Polizeidirektion
in Schaffhausen,
Dr. Johann Fäh, Advokat, in Uznach
Louis Lacroix, Notar, in Genf,
Philibert Lacroix, licencié en droit, in Genf,
Pierre Lacroix, licencié en droit, in Genf,
Dr. Robert Gugelmann, in Langenthal,
Pierre Jacot Guillardmod, licencié en droit, Notar, in La
Chaux-de-Fonds,
Dr. Max Büsser, Sekretär des Eidgenössischen Versiche-
rungsgerichts, in Luzern,
Hans Meyer, cand. iur., in Zürich,
Dr. Franz Jenny, Adjunkt des Eidgenössischen Justiz- und
Polizeidepartements, in Bern,
Dr. Denise Berthoud, Advokat, in Neuenburg,
Dr. Hans Reber, Rechtsanwalt, in Oberwinterthur,
Dr. Jean de Senarclens, Beamter des Generalsekretariates
der SBB., in Bern,
Dr. Ferdinand Elsener, Rechtsanwalt, in Rapperswil (St.
Gallen),
Dr. J. Th. Kern, Rechtsanwalt und Bundesstenograph, in
Zürich,
Dr. Paul Lemmenmeier, Steuerkommissär, in Frauenfeld,
Dr. F. Emanuel Iselin, Advokat und Notar, in Basel,
Dr. Andreas Wegelin-Winter, in St. Gallen,
Fräulein Dr. Irma Stifel, Rechtsanwalt, in Zürich,
Dr. Max Kummer, Rechtsanwalt, Sekretär am Obergericht
des Kantons Bern, in Zollikofen.
Dr. Alphons Wiederkehr, Rechtsanwalt, in Vevey.

Die Zahl der Austritte ist dieses Jahr erfreulich niedrig geblieben; es sind ihrer nur 5:

Max Fallet, Advokat und Notar, in Peseux,

Fritz Rüch, Notar, in Bern,

Dr. Rudolf Amberg, Stadtrat, in Luzern,

Dr. Jakob Graf, Gerichtsschreiber, in Neu-St.-Johann,

Dr. Jean Chuard, Advokat, in Lausanne.

Nach 26 Todesfällen, 5 Austritten und 31 Eintritten während des Jahres beläuft sich der Mitgliederbestand Ende August 1944 auf 1308; hinzu kommen die neuen Aufnahmen von heute und morgen.

Damit beschliesse ich den eigentlichen Jahresbericht über das 83. Vereinsjahr. Doch sei eine Schlussbemerkung angefügt:

Wollte ich der Tradition folgen, so hätte ich nun auf die wichtigsten ergangenen, in Kraft tretenden oder in Vorbereitung befindlichen gesetzgeberischen Erlasse des Bundes hinzuweisen. Noch mehr: der Chef des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements hat letztes Jahr den Schweizerischen Juristenverein als das juristische Gewissen des Schweizer Volkes bezeichnet. Wir wären also berechtigt, eine Gewissenserforschung für uns und — was vielleicht neu ist — sogar für andere anzustellen und kritisch Stellung zu nehmen zu dem, was in der Gesetzessammlung als verbindliche Norm erschienen ist, auch zu dem, was in Vorbereitung ist.

Ich muss heute, so leid mir das tut, hierauf verzichten, wie ich auch davon absehen muss, eine Gepflogenheit der Präsidenten des Juristenvereins fortzuführen und in einer Ansprache auf Fragen zu sprechen zu kommen, die den Präsidenten im Hinblick auf den Verein, die schweizerische Rechtsentwicklung oder auf die Stellung der Schweiz in der Völkergemeinschaft beschäftigen. An Gegenständen für eine solche Betrachtung fehlt es fürwahr nicht. Manche Überlegung liesse sich knüpfen an das Thema nach Wesen

und Bedeutung der Volksüberzeugung, des Rechtsempfindens für die Wertung, für die Befolgung und für die Fortentwicklung des Rechts, wobei im Anschluss an zwei wertvolle Bücher nichtjuristischer Autoren, von Prof. Gallus Manser über Naturrecht und von Prof. Emil Brunner über Gerechtigkeit, einiges für Juristen zu sagen wäre über den Sinn des Ganzen. Es möchte naheliegen, wertend Stellung zu nehmen zum Krisenrecht, von dem noch kürzlich geschrieben wurde, es sei besser als sein Ruf; oder zur Frage der Einführung von Spezialgerichten, zumal heute von besondern Gerichten für Patentstreitigkeiten, die man wohl „Patentgerichte“ taufen wird, die Rede ist und Umfragen abgehalten werden zur Frage, ob Verkehrsgerichte als Fachgerichte für Verkehrsunfälle eingeführt werden sollen. Es wäre angebracht, Betrachtungen anzustellen über Notwendigkeit und Zweckmässigkeit, über Heil und Unheil der immer häufiger werdenden Spezialgesetze. Und man wäre versucht, sich kritisch zu äussern zu den reich sprudelnden Quellen der ordentlichen und ausserordentlichen Gesetzgebung, deren Wasser sich immerzu über das Land ergiessen. Man könnte feststellen, dass sich in dem Drang, über alle möglichen Dinge und über alle Einzelheiten Normen aufzustellen, ein fast unbegrenzter Glaube an die Allmacht von Gesetzesbestimmungen und Verordnungsparagraphen kundtut, ein Glaube, den ich nicht teile und der eitel ist. Denn nicht die Zahl der Gesetze, Verordnungen und Bestimmungen macht es aus; entscheidend ist das lebendige Gewissen des Einzelnen und der Gemeinschaften von der Familie und vom Beruf bis zum öffentlichen Gemeinwesen. Und mit dieser Lust und diesem Aberglauben an die allesvermögende Macht staatlicher Gesetze geht Hand in Hand die Versuchung, bei jeder Schwierigkeit an den Bund zu gelangen mit dem Begehrum Erlass von Vorschriften für diesen Beruf oder für diese Kategorie von Geschäften und eine gewisse Neigung, solchen Begehrum ganz oder halb zu entsprechen. Über all das oder über das Thema Staatsmacht und Individualsphäre möchte

man sich äussern. Ebenso wäre eine grundsätzliche Erklärung angebracht, über die Rechtsstellung der sogenannten kleinen Staaten und ihrer unbestreitbaren und unverlierbaren Rechte in der Völkergemeinschaft.

Meine Damen und Herren! Ihr Präsident muss darauf verzichten. Ich stehe im Militärdienst, wie viele andere, nicht das erste Mal seit dem 2. September 1939, und ich kehre morgen nach den Verhandlungen wieder auf meinen Posten zurück. Zu Betrachtungen, wie ich sie eben erwähnte, fehlte Ihrem Präsidenten Zeit und Musse.

Behalten wir den Glauben an das Recht und sehen wir alle Dinge, wie sie sind. Tue ein jeder von uns in diesen Tagen und Monaten seine Pflicht dort, wo er hingestellt ist, und empfehlen wir uns weiterhin dem Machtsschutze Gottes.

Mit diesen Worten erkläre ich den Juristentag als eröffnet.

II.

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

*Benz Josef, Dr. jur., St. Gallen,
Haissly Fernand, Advokat, Genf.*

III.

Aufnahme neuer Mitglieder.

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

*Dr. Friedrich T. Gubler, Rechtsanwalt, Winterthur,
Dr. Max Herforth, Auditor am Bezirksgericht Horgen, in
Horgen,
Dr. Paul Neumann, Obergerichtssekretär, Zürich 7,
Dr. Karl Ziegler, am Bezirksgericht Horgen, in Horgen,
Dr. F. W. Bürgi, in Bern,
Dr. Karl Dannegger, Oberrichter, in Bern,*

Roger Leopold Goetschel, Fürsprecher, in Bern,
Dr. Hans Ming, Rechtsanwalt, in Sarnen,
Dr. Hans Briggen, Advokat, in Liestal,
Dr. Jürg G. Engi, in Basel,
Frl. Dr. Bettina Mollwo, in Basel,
Dr. Hans Eggenberger, Advokat, in Teufen,
Dr. W. Lutz, Bezirksgerichtsschreiber, in Trogen,
Dr. Ernst Abderhalden, Kantonsgerichtsschreiber, in St. Gallen,
Dr. Karl Bärlocher, Bezirksgerichtsschreiber, in Flawil,
Richard Guido Eigenmann, Advokat, Bezirksgerichtsschreiber, in St. Gallen,
Georg Enderle, Bezirksgerichtspräsident, in St. Gallen,
Dr. Harald Huber, Rechtsanwalt, in St. Gallen,
Dr. E. Naegeli, Privatdozent, in St. Gallen,
Dr. Willy Rigoleth, Chef der kantonalen Steuerverwaltung, in St. Gallen,
Dr. J. M. Schnüriger, Rechtsanwalt, in St. Gallen,
Dr. Paul Steiner, Rechtsanwalt, in St. Gallen,
Dr. G. Darms, Rechtsanwalt, Regierungsrat, in Chur,
Dr. A. Schlatter-Lerch, Staatsanwalt, in Aarau,
Dr. Jacques de Riedmatten, avocat et notaire, à Sion.

IV.

*Bericht der Rechtsquellenkommission
über das Jahr 1943/44.*

Der Sekretär deutscher Sprache verliest folgenden Bericht:

Im Berichtsjahr hat sich der Mitgliederbestand der Rechtsquellenkommission nicht verändert.

Von den im letzten Jahresbericht erwähnten vorbereiteten Rechtsquellenausgaben konnte ein Band, *Stadtrecht Bern III* (enthaltend Berns Königsprivilegien, Bündnisse und sonstige staatsrechtlich wichtige Verträge von der Handfeste bis und mit der Eroberung des Aargaus) in Druck gegeben werden; der Band dürfte, Unvorhergesehe-

nes vorbehalten, noch dieses Jahr oder anfangs des nächsten erscheinen.

Nach den eingegangenen Berichten der Bearbeiter werden in nächster Zeit druckfertig:

Die *Fryburger Notariatsformulare*, herausgegeben von Dr. A. Bruckner, Reinach bei Basel.

Rechtsquellen von *Interlaken*, herausgegeben von Frau Dr. Graf-Fuchs, Wengen,

Rechtsquellen von *Konolfingen*, herausgegeben von E. Werder, Amtsschreiber, Grosshöchstetten.

Fortgeschritten in ihren Sammlungen sind ferner:

Prof. Dr. W. Liebeskind: Rechtsquellen von *Glarus*,

Dr. F. Elsener, Rapperswil: Rechtsquellen der Landschaft *Gaster*, des Städtchens *Weesen*, der Stadt und Landschaft *Uznach*,

Dr. Ch. Studer, Solothurn: Rechtsquellen von *Solothurn*, bis 1500.

Dank einer vom Regierungsrat des Kantons Zürich zugesicherten Subvention ist es gelungen, Dr. W. H. Ruoff, Zürich, als Bearbeiter der Rechtsquellen der Landstädte des Kantons Zürich (ohne Winterthur) zu finden.

Für den Kanton Wallis haben Prof. Dr. Liebeskind und Prof. Dr. J. Graven eine Gruppe von elf Mitarbeitern gewonnen.

Nach Anträgen der Herren Dr. Bruno Meyer und Dr. Leisi, Frauenfeld, hat der Historische Verein des Kantons Thurgau einen Fonds von Fr. 2000.— geschaffen, um die Herausgabe der Rechtsquellen zu fördern. Jüngere Hilfskräfte scheinen in Aussicht zu sein.

Für Zug hat Herr Dr. Ernst Zumbach, Staatsschreiber, seine Mitwirkung zugesichert, sofern er noch eine jüngere Hilfskraft findet.

Für *Tessin*, *Luzern*, *Waadt*, *Neuenburg* und *Graubünden* (roman. Rechtsquellen) sind die Arbeiten begonnen

oder doch in absehbarer Zeit zu erwarten. Fast überall waren die Herausgeber durch militärische Aufgebote oder durch vermehrte bürgerliche Beanspruchung verhindert, sich der Arbeit an den Rechtsquellen in dem gewünschten Mass zu widmen.

Es wäre zu begrüssen, wenn noch geeignete Mitarbeiter gefunden werden könnten für die Rechtsquellen der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Ob und Nid dem Wald, Appenzell Inner- und Ausser-Rhoden, Basel Stadt und Land. Für Basel-Stadt steht ein Bearbeiter in Aussicht.

Mit Rücksicht auf die gegenwärtigen hohen Auslagen der allgemeinen Kasse des Schweiz. Juristenvereins wird für dieses Jahr die früher übliche jährliche Zuwendung von Fr. 1000.— an den Rechtsquellenfonds nicht beantragt, jedoch ohne Präjudiz für die Zukunft.

Der Bericht der Kommission wird vom Präsidenten verdankt und von der Versammlung stillschweigend genehmigt.

V.

Diskussion über das Thema :

„Aktuelle Fragen aus dem Gebiet des Patent- und des Patentprozessrechtes“

Der Präsident erteilt das Wort dem Referenten deutscher Sprache, *Dr. Erwin Matter*, Fürsprecher in Bern, zur Zusammenfassung seiner bereits veröffentlichten Ausführungen:

Im Hinblick auf die Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit begnüge ich mich mit einigen Ergänzungen zu meinem Referat und mit einem Hinweis auf diejenigen Fragen, die vielleicht in dieser spröden Materie am ehesten Anlass zu einer Diskussion geben können.

Beim Thema „*Erfindungshöhe und Fortschritt*“ sind die Referenten insoweit einig geworden, als beide die Erfindungshöhe als notwendiges Requisit der Erfindung betrachten. Allerdings hat sich mein hochverehrter Herr Kor-

referent offenbar nicht ohne Zögern zu diesem Ergebnis durchgerungen. Nicht ganz einverstanden bin ich mit seiner Auffassung, der Fortschritt sei das „critère prépondérant“, und man müsse diesem Merkmal den Vorzug geben. Wenn man beide Elemente als logisch notwendige Erfindungskriterien ansieht, so hat es meines Erachtens keinen Zweck, das eine als „prépondérant“ zu bezeichnen.

Zwei wichtige Fragen stellen sich für die Erfindungshöhe:

Die erste bezieht sich auf die sogenannten Zufallserfindungen. Man versteht darunter Erfindungen, die nicht überragender Schöpferkraft, sondern einer zufälligen Konstellation von Naturkräften oder von Versuchsbedingungen zu verdanken sind, wo man bis zu einem gewissen Grad sagen kann, die Natur selber habe die Erfindung zutage gefördert (Porzellan, Pulver, Siegellack, Kautschuk). Die Tatsache, dass solche Erfindungen anerkannt werden müssen, hat vielfach zur Ablehnung des Begriffs der Erfindungshöhe überhaupt geführt. Hier liegt die eigentliche Schwierigkeit. Bis zum Überdruss wurde in diesem Zusammenhang in der Literatur der berühmte Satz des Norwegers Bryn zitiert, es sei ein unausrottbares Vorurteil, dass Erfinden unbedingt mit Gehirntätigkeit zusammenhänge. In Wahrheit ist auch hier eine gewisse geistige Tätigkeit des Erfinders gegeben, und wenn sie nur in der Erkenntnis des Wirkungszusammenhangs bestünde. Aber leistungsgemäss gesehen, liegt in solchen Erfindungen tatsächlich manchmal nichts Besonderes; sie sind ein Glücksfund.

Die Lösung des Problems liegt in einer objektiven Betrachtungsweise. Wenn man den Stand der Technik mit dem durch die Zufallserfindung erreichten Erfolg zusammenhält, so wird man sagen dürfen, dass das Ergebnis bei üblicher Arbeitsweise der gewöhnlichen fachmännischen Tätigkeit nicht erreichbar war. Nur wenn man *historisch* dem Werdegang der Zufallserfindung nachgeht, erscheint die persönliche Leistung des Erfinders als gering. Es genügt

aber für die Erfindungshöhe, wenn *objektiv* der Schritt zur Erfindung dem durchschnittlichen Fachmann nicht zugänglich war. Damit gelangt man zu einem Begriff der Erfindungshöhe, der absieht vom konkreten Geschehen. Die Erfindungshöhe wird damit gewissermassen nur nach ihrer *negativen* Seite, der Überschreitung des Könnens des Fachmannes, gewürdigt, nicht nach ihrer *positiven*, der tatsächlichen erfinderischen Leistung. Es ist unnötig, darauf hinzuweisen, dass diese Auffassung das Problem nicht allgemein löst, sondern auch hier stets ein Werturteil zu fällen ist. Aber es wird doch damit begreiflich, weshalb Erfindungen geschützt werden, die, von ihrer Entstehung her betrachtet, leistungsgemäss nichts Ausserordentliches bieten.

Praktisch bedeutsam ist eine zweite Frage: Kann ein besonders grosser Fortschritt die mangelnde Erfindungshöhe ersetzen? Ich bin zum Ergebnis gelangt, dass man dies grundsätzlich nicht sagen kann, dass aber das Mass des Fortschrittes unter Umständen ein Indiz für die Erfindungshöhe bildet. Das französische Referat geht weiter. Danach soll der Fortschritt eine „très forte présomption“ für das Vorliegen der Erfindungshöhe darstellen (S. 155 a.). Dies dürfte nicht gerechtfertigt sein. Nur in einem besonders bedeutsamen Fortschritt kann ein Anzeichen für das Vorliegen einer Erfindung erblickt werden. Hier darf im Zweifel, wenn nicht ohne weiteres schlüssig dargetan werden kann, dass die Massnahme sich dem Techniker geradezu aufdrängte — z. B. bei naheliegender Verwendung eines neugeschaffenen Stoffes für einen bestimmten Zweck — aus der Grösse des Fortschrittes ein Schluss auf die Erfindungshöhe gezogen werden, da man annehmen kann, die Neuerung wäre angesichts ihrer besonderen Vorteile schon lange entwickelt worden, wenn sie nahegelegen hätte.

Im Jahre 1937 hat das Bundesgericht die Anforderungen an die Erfindung stark erhöht. Ich will nicht untersuchen, wie sich die neue Praxis mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes vereinbaren lässt. Denn nicht die Gesetzesmaterialien sind entscheidend. Infolge der seitherigen

Entwicklung der Technik, der Ausbreitung der technischen Kenntnisse, namentlich aber der Missbräuche, die sich zum Teil im Patentwesen gezeigt haben, ist heute eine strengere Praxis erforderlich.

In diesem Zusammenhang wurde vom französischen Referenten mit Recht die Frage nach dem *Schutz der kleinen Erfindungen*, d. h. nach dem Gebrauchsmusterschutz aufgeworfen. Zu seinen Vorschlägen möchte ich mich nicht äussern. Dagegen erhebt sich die Frage, ob wirklich ein Gebrauchsmusterschutz in der Schweiz dringend notwendig erscheint. Wenn man Schutz gewähren will für die neue Form an sich, gleichgültig ob sie ästhetische oder technische Vorteile bietet, dann wird man ein besonderes Musterrecht schaffen müssen. Will man aber lediglich wenig bedeutende technische Neuerungen erfassen, so ist bei den heutigen Verhältnissen ein Schutz überhaupt nicht gerechtfertigt. In den schutzwürdigen Fällen kommt man m. E. mit dem Patentrecht aus, sofern man vom Erfordernis des *wesentlichen* Fortschrittes absieht und sich mit jedem direkt oder indirekt fühlbaren technischen Vorteil begnügt. Die Unterscheidung zwischen grossen und kleinen Erfindungen mit gewöhnlicher und minimaler Erfindungshöhe ist ohnehin fragwürdig, da sie völlig willkürlich ist und eine klare Abgrenzung nicht erlaubt. In diesem Zusammenhang sei bemerkt, dass schon Osterrieth in seinem „Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes“ ausführte, das Bedürfnis nach einem Gebrauchsmusterschutz in Deutschland wäre viel geringer gewesen, „wäre das deutsche Patentrecht weniger formalistisch, das Patentverfahren einfacher, die Patentgebühr für kleinere Erfindungen nicht abschreckend hoch“ (Osterrieth, S. 168, N.1). Konsequenterweise müsste man übrigens den Schutz über die Ideen hinaus, die im Sinne des deutschen Gebrauchsmusterrechts durch Modell darstellbar sind, erweitern auf andere kleine Erfindungen, z. B. auf Verfahren.

Beim Problem des *sachlichen Geltungsbereichs* der Patente steht man vor einer Frage, die sich nicht nur im Pa-

tentrecht zeigt, sondern auch im Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht sowie in Streitigkeiten aus unlauterem Wettbewerb. Hier überall ist zu prüfen, wie weit der Schutz über die konkrete Gestaltung des Schutzgegenstandes hinausgeht. Hier überall ist es schwierig, klare und einfache Regeln aufzuzeigen, da die Entscheidung dem Einzelfall verhaftet ist. Es wäre nicht uninteressant, den gemeinsamen Merkmalen und den Abweichungen in der Beurteilung von Nachbildungen auf allen diesen Gebieten nachzugehen. Wahrscheinlich würde man zum Ergebnis gelangen, dass im Urheberrecht das Problem die nächste Verwandtschaft mit dem Patentrecht besitzt, da auch hier der Schutzbereich aus dem Inhalt des Schutzgegenstandes abzuleiten ist.

Allgemein möchte ich ferner noch auf drei Punkte aufmerksam machen:

Zunächst betone ich, dass es mir bei meinen Ausführungen nicht darum ging, ein System der Nachahmungsfälle aufzustellen. Die zahlreichen Beispiele sollten nur die Ausgangspunkte besser verständlich machen, von denen aus an die Untersuchung des Geltungsbereichs heranzutreten ist. Fertige Lösungen lassen sich nicht geben. Man kann sich nur bemühen, die Richtung zu zeigen, in der jeweilen der Weg gesucht werden muss. Stets kommt es weitgehend auf die Lage des Einzelfalles an.

Sodann läge es nahe, den Versuch zu unternehmen, der Verletzungsfrage mit allgemeinen, gewissermassen weltanschaulichen Überlegungen beizukommen. Ich denke an die Gegenüberstellung der volkswirtschaftlichen und urheberrechtlichen Auffassung des Patentrechts, wie sie Pietzcker dargelegt hat, oder an das Gegensatzpaar Rechtssicherheit und Gerechtigkeit. Ich glaube aber, dass solche allgemeinen Gesichtspunkte, die auf einer anderen Ebene liegen, praktisch kaum weiter führen. Dass der Patentschutz in der Schweiz um des Volksganzen und nicht um des Erfinders

willen gewährt wird, dürfte selbstverständlich sein. Aber damit ist noch nichts darüber ausgesagt, in welchem Ausmass der Schutz gewährt werden muss, um dem Patentrecht seine praktische Bedeutung zu belassen. Ferner spielt naturgemäß die Rechtssicherheit eine gewisse Rolle. Aber sie ist doch nicht der einzige Gesichtspunkt, sonst könnte kein Schutz gegen Nachahmungen gewährt werden. Überdies bilden Gerechtigkeit und Rechtssicherheit keine ausschliesslichen Gegensätze, da die Rechtssicherheit nicht nur ein formales Prinzip ist, sondern auch auf ihre Art der Verwirklichung der Gerechtigkeit dienen soll. Ich glaube deshalb, es sei bei der Auslegung des Patentgesetzes und der Patente so vorzugehen, wie man dies allgemein bei der Beurteilung von gesetzgeberischen Erlassen, Willensäusserungen usw. tut, d. h. man wird sich bestreben müssen, die erwähnten Grundgedanken miteinander in einen harmonischen Einklang zu bringen.

Schliesslich bemerke ich, um Missverständnisse auszuschliessen, dass meine Thesen für Erfindungen von Verfahren zur Herstellung chemischer Stoffe nicht gelten. Hier besteht eine Sonderregelung im Hinblick auf die eigenartige Bedeutung der Äquivalenz in der Chemie. Das neue Patentgesetz wird um eine spezielle Behandlung der chemischen Erfindungen nicht herumkommen.

Auch im schweizerischen Recht scheint mir jedenfalls die Beschränkung des Schutzes auf das, was „der Patentanspruch bei enger Auslegung seines Wortlautes angibt“, ein Ding der Unmöglichkeit. Ein wirksamer Patentschutz setzt voraus, dass gewisse Nachbildungen, Umgehungen, Teilverletzungen, kurz Nachahmungen verfolgt werden können. Das Gesetz sieht dies denn auch mit Recht ausdrücklich vor. Über das Mass der Ausdehnung des Schutzes über den Patentanspruch hinaus kann man diskutieren, aber nicht über den Grundsatz. Jeder, der den Schutz der Äquivalente anerkennt, geht damit über den Patentanspruch hinaus.

Meinen Darlegungen, die eine gewisse Erweiterung des Schutzbereichs ergeben, wird man vermutlich die Übelstände entgegenhalten, die im deutschen Recht aus einer allzu ausdehnenden Auslegung der Patente erwachsen sind. Aber ich glaube, dass wichtige Unterschiede vorhanden sind:

In Deutschland besteht eine Wechselwirkung zwischen der Tätigkeit des Patentamtes und derjenigen der Gerichte. Als diese dazu übergingen, die Patente weitherziger auszulegen, schickte sich das Patentamt seinerseits an, sich in der Patentierungspraxis diesem Gedanken anzupassen. Umgekehrt beeinflusste die Patentierungspraxis wiederum die Auslegung durch die Gerichte, die zugrunde legen mussten, das Patentamt habe nur eine besondere Ausführungsform patentiert, in der Meinung, der Schutz werde dann von den *Gerichten* auf den Erfindungsgedanken ausgedehnt. In der Schweiz wird man demgegenüber am Grundsatz festhalten müssen, dass der Erfinder sich zu bemühen hat, seine Erfindung möglichst ihrem ganzen Ausmass nach zu schützen. Nur ausnahmsweise, wenn, man könnte sagen in entschuldbarer Weise, die erfinderische Idee nicht weit genug im Patent zum Ausdruck gelangt ist, dürfen die Gerichte mit einer Ausdehnung des Schutzes helfen, d. h. nur da, wo der wahre Sinn der Erfindung offen zutage liegt.

Sodann erhält man bei Prüfung der deutschen Urteile oft den Eindruck, dass dort mit dem an sich anerkannten Grundsatz, die Erfindung müsse in der Patentschrift offensichtlich sein, viel zu wenig Ernst gemacht wurde. Die Gerichte haben mehr oder weniger vor den Experten kapituliert. Es wurde zu wenig Gewicht auf die Feststellung gelegt, was der Durchschnittsfachmann *wirklich* auf Grund seines gewöhnlichen Erkenntnissatzes und ohne weitere Nachforschungen über den Stand der Technik dem Patente entnimmt.

Zum dritten Thema, auf dessen gemeinsame Behandlung die beiden Referenten sich geeinigt haben, nämlich die

Stellung des Bundesgerichts zum kantonalen Tatbestand, will ich mich in diesem Zusammenhang nicht äussern. Dagegen darf ich mir vielleicht gestatten, gewissermassen als erster Diskussionsredner, noch kurz zu den Problemen Stellung zu nehmen, die im französischen Referat in verdankenswerter Weise über das gemeinsam übernommene Pensem hinaus selbständige erörtert werden.

Die Frage der *Neuheitsprüfung* in der Schweiz kann eigentlich als erledigt angesehen werden. In den interessier-ten Kreisen anerkennt man wohl allgemein, dass die Kosten der Organisation und Durchführung einer sorgfältigen Neu-heitsprüfung in keinem Verhältnis zum erreichten Erfolg stehen würden und die Organisation auf ungeheure praktische Schwierigkeiten stossen würde. Ferner müssten die Kosten der Patentierung ganz beträchtlich erhöht werden. Ausserdem ist bekannt, dass auch in neuheitsprüfenden Ländern, wie z. B. Deutschland, die Lebensdauer der Patente verhältnismässig kurz ist und in ganz ähnlicher Kurve abfällt wie in der Schweiz. Schliesslich werden in Deutschland, wie kürzlich in einer Arbeit von Dr. Winter nachgewiesen wurde, zahlreiche Patente nachträglich trotz der Neuheitsprüfung als nichtig erklärt. Wenn diese auch bestimmt gewisse Vorteile böte, kann man aus allen diesen Gründen nach meiner Auffassung nicht wegen ihres Feh-lens von einem „*marasme actuel*“ sprechen.

Der Vorschlag, statt der Neuheitsprüfung ein *Einspruchsverfahren* durch die interessierten Industrien einzuführen, hat viele Nachteile. Davon würde hauptsächlich die Grossindustrie Vorteile ziehen, die sich Nachforschun-gen und Einsprüche leisten kann. Zudem wäre diese Lösung eine Selbsttäuschung. Es ist wohl besser, offen zuzugeben, dass keine Prüfung vorgenommen wurde, als halbe Massnahmen zu treffen, die einen falschen Schein erwecken.

Der Vorschlag eines *besondern Patentgerichts* mag dem Spezialisten verlockend erscheinen. Vor einigen Monaten hat aber Herr Bundesrichter Bolla in der Schweizergruppe der Internationalen Vereinigung für gewerblichen Rechts-

schutz in derart einleuchtender Weise die praktische Aussichtslosigkeit dieses Vorschlages dargetan, dass ich auf diesen Punkt nicht näher eintreten möchte. Vielleicht liesse sich eine Begutachter-Tätigkeit durch das Patentamt in die Patentgesetzgebung einbauen.

Die *Anpassung des PG an das StrGB* kann wohl nur in der Weise geschehen, dass man den allgemeinen Teil des StrG auf Patentdelikte anwendbar erklärt. Das eidgenössische StrG wurde nicht deshalb geschaffen, um statt der Lösungen, die dort vorgesehen sind, in allen möglichen Bundesgesetzen wieder Sondernormen einzuführen. Nur bei dringender Notwendigkeit kämen abweichende Vorschriften in Betracht. Ich kann auf die einzelnen Postulate nicht mehr näher eintreten, bemerke aber, dass man wohl nicht für das Patentrecht einen besonderen Begriff des strafrechtlichen Vorsatzes einführen darf. Die Probleme, die sich bezüglich des Tatsachen- und Rechtsirrtums im Patentrecht zeigen, ergeben sich in ähnlicher Weise auf anderen Rechtsgebieten, wie z. B. dem Markenrecht, dem Urheberrecht usw., und es ist anzunehmen, dass die Gerichte auf Grund der geltenden Vorschriften des allgemeinen Teils des StrG zu annehmbaren Lösungen gelangen werden. Ich bin auch nicht der Meinung, dass die Unteilbarkeit des Strafantrages für das Patentrecht aufgegeben werden sollte. Wenn bezüglich der Verjährung gewisse Unzukämmlichkeiten eintreten können, so haben sich diese Schwierigkeiten auch auf andern Rechtsgebieten gezeigt. Es scheint mir, dass hier die Lösung eher in einer Revision gewisser Vorschriften des StrG gesucht werden sollte.

Damit bin ich am Schlusse meiner Ausführungen angelangt. Es ist nicht möglich, in derart allgemeinen Fragen zu endgültigen Ergebnissen zu gelangen. Die Auffassungen ändern sich mit der Weiterbildung der Technik und der politischen und wirtschaftlichen Entwicklung, die manchmal die Bedeutung eines Rechtsinstitutes gänzlich wandeln. Aber wenn die beiden Referate dazu Anlass gegeben haben, den Grundfragen des Patentrechtes wieder einmal nachzu-

gehen, dann haben sie ihren Zweck erreicht. Und vielleicht liegt darin auch ein bescheidener Beitrag zu der kommenden Revision des Patentgesetzes.

Hierauf ergreift der Referent französischer Sprache, *Prof. Dr. A. Martin-Achard*, Genf, das Wort, um seinem gedruckten Referat folgende Ausführungen beizufügen:

Il ne peut être question, dans les courts instants qui m'ont été accordés, de faire repasser devant vous, même brièvement, toutes les questions traitées dans mon rapport écrit.

Je me bornerai donc à retenir quelques points seulement qui me paraissent les plus essentiels et dignes d'arrêter votre attention et de provoquer votre intérêt; la protection juridique de l'invention n'est pas l'affaire des seuls spécialistes; elle comporte une construction juridique qui regarde aussi les juristes.

Je traiterai les sujets que j'ai retenus sans chercher à les relier les uns aux autres; je m'en excuse, mais c'est pour être le plus bref possible.

1. Une particularité de notre législation suisse en matière de brevets — qu'il ne faut jamais oublier lorsque l'on étudie la question —, est qu'elle remet au juge la solution de la plupart des problèmes souvent ardu, compliqués, difficiles, que soulève l'application de la loi. Il n'y a pas, chez nous, d'examen préalable par une organisation administrative comme c'est le cas dans beaucoup de pays: Allemagne, Etats-Unis, Angleterre, Hollande, etc. etc. Est-ce un bien? Est-ce un mal? C'est une question que je traite dans mon rapport. Je reconnais les obstacles pratiques énormes semés sur notre route. Je crois, néanmoins, qu'ils ne sont pas absolument insurmontables. J'espère, pour l'avenir, une solution *sur le plan international*; c'est dans l'esprit de notre pays; il doit la chercher d'autant plus qu'il a l'honneur d'abriter les Bureaux Internationaux de la Propriété Intellectuelle — solution qui consisterait à créer un examen préalable international de l'invention, soit par

le moyen d'une nouvelle union, soit par une adjonction à la Convention de Paris. *On saisit de suite l'immense simplification qui en résultera pour l'octroi des brevets.*

Si j'ai rappelé, au début de mes brèves observations, cette particularité de la législation suisse qui remet toutes les difficultés, ou la plupart, aux juges, c'est pour montrer l'importance capitale qu'il y a d'avoir, en matière de brevets, une *doctrine claire*, reposant sur des principes simples, abordables pour le juriste moyen, stable, pour donner à toute la matière *une sécurité qui lui est nécessaire*.

2. Or, dès le premier pas sur la route qui conduit au brevet, nous nous heurtons à une grosse difficulté: *qu'est-ce qu'une invention au sens juridique du mot?*

Rappelons, comme le remarque Muller dans un rapport au Groupe Suisse de l'A.I.P.P.I., qu'aucune loi nationale — et il y en a 90 — ne définit l'invention. Le Tribunal fédéral, avec raison, s'est également abstenu, en se bornant à poser les conditions auxquelles doit souscrire l'invention pour être juridiquement reconnue.

Pour qu'il y ait invention, a-t-il-dit, il faut qu'il y ait obtention d'un *progrès notable de la technique*, reposant sur une *idée créatrice*. Jusqu'en 1937, par une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral s'est montré très large quant à la réalisation de ces conditions. Peu importe, a-t-il dit, le degré plus ou moins grand d'activité intellectuelle ou de nouveauté; de telle sorte que les petites et les grandes inventions étaient protégées par la loi, et le Tribunal fédéral donnait comme motif le fait que nous n'avions pas, en Suisse, une loi sur les modèles d'utilité qui peut, dans une certaine mesure, protéger la petite invention.

En 1937, *renversement de la jurisprudence* dans deux arrêts qui ont fait sensation: Philips, du 9 juin 1937; Svi-beisa, du 30 juin 1937. Se basant sur le fait que l'octroi trop facile de brevets constitue un obstacle à la concurrence, que, d'autre part, le fonds commun de formation technique s'est développé et qu'il est à tout le monde, le Tribunal fédéral a considérablement renforcé les conditions posées pour qu'il

y ait invention brevetable. „Il faudra, dit-il, exiger de l'inventeur quelque chose de *qualitativement différent de ce que peut faire la simple habileté d'un homme du métier* et, d'autre part, exiger que le progrès technique soit d'une *importance essentielle* dans le domaine qui lui est propre.“ Cette exigence nouvelle, le Tribunal fédéral la désigne sous le nom d'*Erfindungshöhe*, soit le degré ou le niveau de l'invention.

Remarquons, en passant, que l'acception en Suisse du mot „Erfindungshöhe“ n'est pas la même qu'en Allemagne, où il est synonyme d'„idée créatrice“, sens du reste adopté par mon corapporteur.

Pour éviter des malentendus, on pourrait, dans la jurisprudence fédérale, renoncer purement et simplement à utiliser le mot „Erfindungshöhe“.

Le nouveau point de vue du Tribunal fédéral pose deux questions:

La première: *Est-il souhaitable de réduire le cercle de l'invention?* C'est discutable et l'argument de l'obstacle à la libre concurrence ne me paraît pas convaincant, mais ce que je retiens surtout, c'est l'*impossibilité pratique* pour le juge de fixer une limite entre la *petite et la grande invention*; d'où risque d'arbitraire et d'insécurité juridique. En tous cas, j'estime que si l'on veut réservé, pour la grande invention, la protection du brevet, il est impossible de laisser sans aucune protection quelconque la *petite invention*.

Dans le système allemand, le brevet est réservé à la grande invention; c'est vrai, mais il y a la loi sur les modèles d'utilité qui, précisément, est là pour protéger la petite invention.

Dans le système français, on ne connaît pas de différence entre la grande et la petite invention.

Je ne vois pas quels motifs de principe il y aurait pour refuser toute protection à la petite invention alors qu'en matière de droit d'auteur, l'auteur, même pour l'art appliqué, pour la photographie, a la protection de la propriété littéraire et artistique sa vie durant et 30 ans après sa mort.

Il y aurait une véritable injustice à laisser la petite invention privée de toute protection légale, et c'est le cas actuellement, avec la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral.

3. Pour remédier à cette lacune, on préconise volontiers la création d'une loi sur les modèles d'utilité à l'exemple de la législation allemande.

Nous sommes absolument hostiles à cette proposition; elle se comprend en Allemagne où la loi sur les brevets exige *l'examen préalable de nouveauté* et l'appel aux oppositions, mais pas chez nous. Pourquoi charger notre législation d'une nouvelle loi? Nous préconisons deux moyens: ou bien élargir le domaine d'application de la loi *sur les dessins et modèles industriels*, et à ce sujet nous rappelons la divergence qu'il y a entre le Tribunal fédéral et le Bureau fédéral de la Propriété Intellectuelle, le premier n'admettant à la protection des dessins et modèles industriels que *les modèles esthétiques*, le second plus libéral, accueillant tous les modèles même sans portée esthétique.

Si le Tribunal fédéral entend maintenir sa jurisprudence, il n'y aurait qu'à modifier la loi de telle façon qu'elle couvre également les modèles sans portée esthétique. Ou bien on pourrait encore prévoir dans la loi sur les brevets deux sortes de brevets: l'un pour les grandes inventions, d'une durée de 15 ans, et même profiter de l'occasion pour prolonger la durée *jusqu'à 18 ou 20 ans*, comme certains milieux le demandent; l'autre, pour les petites inventions, avec une procédure très simple, plus rapide qu'elle n'est actuellement, et avec une durée de protection de 5 à 6 ans.

4. La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral pose une seconde question:

Quels sont les critères pour déterminer s'il y a invention brevetable ou non? La tendance actuelle est de mettre au second plan le *progrès technique* et de retenir, avant tout, *l'idée créatrice*. J'avouerai que j'ai beaucoup de peine à suivre le Tribunal fédéral dans cette nouvelle direction. Mon instinct me pousserait à n'accepter comme seul et unique

critère, que le progrès technique. Il répond aux exigences que nous posons tout à l'heure; il est clair, facilement contrôlable, il a un caractère *objectif*. Il semble toutefois qu'il est insuffisant parce que — et c'est l'opinion des hommes du métier — il permettrait la protection d'innovations qui n'ont pas le caractère d'invention. Mais l'idée créatrice présente cet inconvénient de ne pas être facilement contrôlable, d'être subjectif et par conséquent facilement arbitraire. La formule du Tribunal fédéral qui est intéressante: „Il y aura idée créatrice lorsqu'il *y aura dépassement de ce qu'un homme du métier avisé trouverait normalement de par ses connaissances techniques*“, provoque immédiatement des difficultés nouvelles. Qu'est-ce qu'un homme du métier? Qu'est-ce qu'une innovation qui vient naturellement à l'esprit d'un homme du métier? Quel est le *dépassement* suffisant pour donner à cette innovation le caractère d'une invention?

J'ai indiqué toutes ces objections dans mon rapport. Je crois que, sans écarter l'idée créatrice des conditions de l'invention brevetable, *il faut tout de même donner la prépondérance au progrès technique*.

5. Je ne parle pas ici, faute de temps, de *l'interprétation des brevets* sauf pour, en plein accord avec mon corapporteur, espérer que, dans l'avenir, soit par une modification de la jurisprudence, soit par une modification du texte de la loi, on autorise le Juge à tenir compte, pour fixer la portée du brevet, non seulement *de la revendication*, mais également *de la description*.

6. Je laisse de côté la question *des équivalents* — soit des moyens ou procédés qui ne sont pas identiques à ceux décrits dans le brevet, mais dont les propriétés sont à tel point semblables qu'ils peuvent les remplacer dans l'application décrite dans le brevet — sauf pour dire qu'il ne faut tout de même pas aller trop loin dans la protection des équivalents et que l'équivalent, pour être compris dans la protection du brevet, doit être en tous cas *évident ou prévisible*.

7. *Procédure et organisation judiciaire.*

a) Je laisse de côté l'examen préalable; j'en ai dit un mot au début de mon exposé et n'y reviens pas.

b) *L'appel aux oppositions :*

Ce moyen a été proposé par M. Iklé et l'ingénieur Blum. A mon avis, c'est une formule intermédiaire qu'on aurait tort de négliger, qui est simple et qui peut, à certains points de vue, suppléer à l'examen préalable qui suscite, je le reconnais moi-même, des difficultés d'ordre pratique très difficiles à surmonter dans notre pays. Il est certain que l'invention qui ne serait l'objet d'aucune opposition ou qui aurait triomphé des oppositions, donnerait une valeur plus grande à notre brevet.

c) *La juridiction en matière de brevets.*

L'état de choses actuel n'est pas satisfaisant. Le titulaire d'un brevet, s'il est en face de contre-façons qui surgissent dans plusieurs cantons, est obligé de multiplier les procédures et également les expertises, les tribunaux cantonaux n'admettant pas de se baser sur une expertise ordonnée par un autre tribunal, même si l'expert fait autorité, d'où perte de temps, frais considérables et possibilité de solutions contradictoires. D'autre part, certains cantons sont mal outillés pour juger de semblables questions.

Après avoir fait le tour de la question, je ne vois pas d'autre moyen que la création d'un *tribunal de brevets* compétent pour l'ensemble du pays. Evidemment, il y a là une atteinte au fédéralisme et l'argument paraît sérieux, mais quand on y réfléchit, cette création n'atteindrait en rien nos moeurs, nos coutumes, la physionomie particulière et à laquelle nous tenons de chacun de nos cantons. Il y aurait, du reste, des tempéraments à apporter pour ménager les susceptibilités cantonales; en effet, il ne s'agirait pas d'un tribunal permanent, le nombre d'affaires ne le justifiant pas et c'est pourquoi j'ai suggéré, à l'instar des commissions pénales, de créer un tribunal qui serait composé de juges choisis parmi les *magistrats des tribunaux supérieurs* de

chaque canton qui formeraient 4 ou 5 sections selon les nécessités linguistiques et territoriales de notre pays.

Une autre solution a été suggérée. Ce serait de créer, au *Bureau fédéral de la Propriété Intellectuelle*, une section juridique chargée d'examiner les litiges en matière de brevets. C'est également un point de vue; il nous est moins sympathique parce que, en principe, il nous paraît préférable de mettre une cloison étanche entre l'administratif et le judiciaire. Cette proposition a toutefois l'avantage de résoudre la question sans qu'il soit nécessaire de recourir à une modification de la Constitution fédérale.

Quant au fond, les avantages d'un tribunal spécial ne sont pas contestables. Il pourrait être composé de juristes, de techniciens, mais en donnant la prépondérance aux juristes. Je me méfie un peu des techniciens parce qu'ils peuvent être excellents dans leur branche mais valoir beaucoup moins dès qu'il s'agit d'une question qui sort de leur activité professionnelle. Il va bien sans dire, d'autre part, que le recours au Tribunal fédéral resterait réservé contre toutes les décisions de ce Tribunal fédéral des Brevets.

d) Un mot à propos de l'organisation judiciaire nouvelle. On sait, en effet, que l'art. 67 de la loi fédérale OJ du 18 décembre 1943, instaure un nouveau régime en matière de brevets. On sait également que le principe général est que le Tribunal fédéral est lié par les faits fixés par l'instance cantonale, mais, en matière de brevets, notre tribunal supérieur aura dorénavant le droit, non seulement de faire appel à l'expert consulté par la juridiction cantonale, mais encore à *un nouvel expert*.

Je salue avec la plus grande satisfaction cette innovation qui donnera à notre haute Cour un pouvoir d'appréciation infiniment supérieur à celui qu'il avait jusqu'à présent et qui permettra au Tribunal fédéral, dans une certaine mesure tout au moins, de revoir les faits.

Si on veut que l'art. 67 réponde au but que l'on s'est proposé en l'instaurant, il faut lui donner une large interprétation.

e) Je n'ai pas le temps d'aborder la question de *l'adaptation des dispositions pénales de la loi sur les brevets* au code pénal; je m'en réfère à mon rapport; elle est absolument nécessaire et urgente. Il y a des dispositions du Code Pénal qui ne jouent pas en matière de propriété industrielle; ainsi le délai de prescription et surtout *la prescription absolue* que je n'arrive à comprendre; cette prime donnée à l'inculpé astucieux et qui se meut avec dextérité dans le maquis de la procédure, m'apparaît comme monstrueuse; je cite encore l'indivisibilité du droit de plainte.

f) Je termine en m'excusant de ce steeple-chase dans un champ de courses semé d'obstacles difficiles, compliqués. Je n'ai pas la prétention de les avoir tous franchis sans renverser les barres.

Je serais satisfait si mon rapport, en soumettant à votre réflexion des questions importantes quant à l'avenir de la législation en matière de brevets, suscitaient ou votre approbation ou encore vos objections. C'est en effet par le choc des idées et par la libre discussion de celles-ci que nous pouvons réaliser „un mieux“ dans la législation, ce qui est, en définitive, un des rôles essentiels de notre Société.

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

Dr. Raymond Vernet, avocat, Genève:

Le rapporteur français a exposé très clairement dans son rapport l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 1937, évolution qui l'a amené à imposer des conditions beaucoup plus rigoureuses que par le passé à la brevetabilité d'une invention — tant en ce qui concerne „l'idée créatrice“ que le „progrès technique“.

Un des arguments du Tribunal fédéral, tel qu'il est exprimé dans l'arrêt SVIBEISA AG. est que „la loi accorde à l'invention une protection étendue, dont la durée va jusqu'à 15 ans; cette protection est assurée par des sanctions civiles et pénales. Or, on ne saurait accorder une

telle protection à des découvertes quelconques, qui ne présentent pas une originalité manifeste“.

On peut se demander aujourd’hui si la durée de cette protection (15 ans) est suffisante. En 1927 le congrès de l’Association internationale pour la protection de la propriété industrielle avait émis le voeu que la durée de protection des brevets soit portée uniformément à 20 ans. Le Bureau fédéral de la Propriété intellectuelle considère la durée de 15 ans comme insuffisante. A la suite d’une consultation du Département fédéral de Justice et Police, de nombreux industriels et chefs d’entreprises les plus importantes de notre pays se sont prononcés dans le même sens.

Le rapporteur a souligné combien ce délai de 15 ans est aujourd’hui insuffisant pour les inventions importantes „si l’on songe, dit-il, aux années perdues pour les formalités d’obtention du brevet et de la mise en valeur de celui-ci“. En fait, la durée réelle de protection est souvent de 12 ans et parfois moins.

Après la guerre de 1914/18 la plupart des pays ont reconnu que la durée de protection de l’invention était trop courte. Les U. S. A., la Belgique, l’Espagne qui connaissaient des délais de 17 à 20 ans n’ont pas modifié leur législation. En revanche, la France a porté, après la guerre, la durée de protection à 20 ans, l’Allemagne à 18 ans, la Suède à 17 ans, la Grande Bretagne à 16 ans, la Norvège à 17 ans.

Il semble donc que ce problème, qui a déjà été abondamment discuté dans des cercles juridiques et industriels, devrait pouvoir trouver sa solution en Suisse sans attendre peut-être la refonte complète de la loi sur les brevets.

Dr. Walter Müller, Rechtsanwalt, Zürich.

Die beschränkte Diskussionszeit erlaubt mir leider nicht, zu vielen nicht nur interessanten und wichtigen, sondern auch in Theorie und Praxis sehr umstrittenen Fragen, die in den beiden Referaten aufgeworfen wurden, Stellung zu nehmen. Auf meine durch die praktische Erfahrung geschöpfte Erkenntnis auf diesem Spezialrechts-

gebiet hat Kollege Dr. Martin-Achard bereits hingewiesen, und ich möchte auch hier einige wesentliche Punkte unterstreichen:

Wenn der gesetzliche Begriff „neue Erfindung“ durch die Rechtssprechung eine Dreiteilung in Neuheit, Erfindungshöhe und technischen Fortschritt erfahren hat, so darf mit dieser Zergliederung der Einheitsbegriff der Erfindung in Art. 1 PatG. nicht unbeachtet gelassen werden. Die bundesgerichtliche Rechtssprechung hat denn auch schon die Wechselbeziehung in diesen drei Richtungen anerkannt, doch kommt der innere Zusammenhang nicht in allen Urteilen genügend zum Ausdruck. Mir scheint die Kritik der Industrie, auf die Dr. Schoenberg im Archiv hinwies, nicht unbegründet zu sein, denn eine Anzahl Nichtigkeitsurteile sind lediglich damit begründet, es fehle die sogenannte Erfindungshöhe, während Neuheit und wesentlicher Fortschritt anerkannt sind oder überhaupt ununtersucht blieben. Ich halte diese Praxis für bedenklich und gefährlich. Das vor allem, weil auch die beiden *Referate keine Klarheit über den Begriff „Erfindungshöhe“ zu schaffen vermögen* und dieser variable und irrationale Faktor zu sehr von subjektiven Gefühlsmomenten abhängig ist, als dass darin ein allein brauchbares Kriterium liegt. Es ist auch schwer, den Aberglauben auszurotten, „Erfindungshöhe“, was mit „erfinderischer Idee“, „origineller Schöpfungsgedanke“ usw. gleichbedeutend ist, habe mit schöpferischer, intellektueller Leistung etwas zu tun, dies kann, braucht aber nicht der Fall zu sein, zumal auch durch Zufall, Irrtum oder in kleinen Schritten und in ausdauernden Versuchsarbeiten etwas Wertvolles für die Technik gefunden werden kann. Die beiden Referate geben einen guten Einblick in die Schwierigkeiten, die mit der Beurteilung der Erfindungsqualität auf subjektiver Grundlage verbunden sind. Ich anerkenne auch, dass der „Erfinder“ mehr als den Durchschnitt der täglichen fachmännischen Arbeit leisten muss und der normalen Fortentwicklung der Technik auch noch ein gewisser Spielraum freizuhalten ist. Ein schwacher

Punkt liegt aber schon darin, wie die verantwortungsvolle subjektive Wertprüfung vorzunehmen ist und das *ex post*, wenn die fertige, technische, neue Lehre schon vorliegt. Der Prüfung, das Wissen und Können des gut ausgebildeten Spezialfachmannes zugrunde zu legen, bleibt eine subjektive Wertschätzung ohne objektiven Massstab. Dies stellt den nichtfachmännischen Richter vor die grössten Schwierigkeiten; das nicht nur hinsichtlich der Feststellung, was den unbekannten, gutausgebildeten Fachleuten möglich sein soll, sondern auch bezüglich der Überprüfung eines willkürlichen Werturteiles des Experten, der hinterher leicht geneigt sein mag, mit Gedankenexperimenten zu erklären, das hätte er auch fertig bringen *können*; offen bleibt dabei nur des Rätsels Lösung, warum er es nicht getan *hat*. Eine Grosszahl von meistens bedeutungsvollen Erfindungen scheinen ganz selbstverständlich, wenn sie einmal gemacht sind. Im übrigen kennt das Gesetz den Begriff des „gutausgebildeten Fachmannes“ nicht, sondern nur den der „Fachleute“ (Art. 4 PatG.), und das ist der gewöhnliche Durchschnittsfachmann, d. h. die Techniker von durchschnittlicher Berufsbildung (EBG 29 II 163), auf deren tägliche Arbeitsleistung es allein ankommt. Ich halte die zu starke Betonung der subjektiven Beurteilung der Erfindungsqualität nach der These Dr. Matter als eine ernste Gefahr, um die Erreichung des vom Patentgesetz angestrebten Ziels zu gewährleisten. Mit der subjektiven Geistestheorie kann jede Erfindung angezweifelt oder gar vernichtet werden. Diese krankt m. E. an dem Grundfehler, dass sie das Wesen der Technik verkennt. Ich möchte einer mehr objektiven Beurteilungsgrundlage daher den Vorzug geben. Bei einer Erfindung nach der patentrechtlichen Bedeutung des Wortes kommt es auf das *Resultat* und nicht auf den Geist und die Ursache an, denen sie die Entstehung verdankt. Die Erfindung ist in erster Linie Tat, d. h. nicht geistige, sondern technische Schöpfung, denn die *Umsetzung des Gedankens* in die reale Technik ist das Wesentliche und Entscheidende. Das rein Geistige, ohne reale Ver-

körperung, ist für die Industrie und Allgemeinheit ohne Interesse, denn ihnen ist nur mit der Bereicherung der praktischen Technik gedient, und meistens ist von der Theorie zur Praxis ein weiter und kein leichter Weg. Ich gebe zu, dass sich Idee und Tat nicht trennen lassen, damit steht aber auch fest, dass Erfindungshöhe und Fortschritt Hand in Hand gehen und daher auch die eine oder andere Voraussetzung nicht gesondert für das Schicksal eines Patentes entscheidend sein kann. Ausschlaggebend ist dabei aber die tatsächliche Entwicklung der realen Technik, und daher ist bei der Bewertung der Erfindung auf die praktische Bereicherung der Technik das Hauptgewicht zu legen. Liegt ein wesentlicher, technischer Fortschritt für die Praxis vor, so rechtfertigt sich eine milde Beurteilung der Erfindungshöhe, im Gegensatz, wenn nur ein rein theoretischer Vorschlag zu prüfen ist. Ein Vergleich mit dem von früher Bekannten lässt sich objektiv feststellen, wie auch die Frage, ob im Überschuss ein wesentlicher, technischer Fortschritt liegt, sachlich keine derartigen Feststellungsschwierigkeiten bietet, wie dies hinsichtlich der persönlichen und willkürlichen Ansicht über die „Erfindungshöhe“ der Fall ist. Der praktische Wert einer Erfindung, die sich in der Technik durchgesetzt hat, lässt sich meistens auch tatsächlich beweisen und die Folgerung ist in einem solchen Falle berechtigt, dass die Erfindung, wenn sie lediglich das Ergebnis durchschnittlicher Facharbeit wäre, schon in einem früheren Zeitpunkt gemacht worden wäre, nämlich unmittelbar als die Mittel und das Bedürfnis vorlagen (EBG 69 II 187). Auch muss die Grösse des erzielten Fortschrittes als Hinweis auf die Erfindungshöhe gewertet werden (EBG 69 II 199, 424). Hierin liegt gerade die Betonung des praktischen Erfolges in der realen Technik und dass der Begriff „Erfindungshöhe“ mit demjenigen des Fortschrittes in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis steht. Dieser gründet sich ja gerade auf einem technischen Fortschritt besonderer Art. Die Erfahrung lehrt auch, dass ein technischer Fortschritt von wesentlicher Bedeu-

tung nur selten mit gewöhnlicher, fachmännischer Durchschnittsarbeit erzielt wird, sondern dass hiezu vielmehr technische Schöpfungsgedanken erforderlich sind und somit der erzielte Fortschritt meistens nichts anderes ist als die Folge und der Beweis einer erfinderischen Idee. Ich betrachte es daher als einen gewissen Widerspruch, wenn nach der These von Herrn Dr. Matter strenge Anforderungen an die Erfindungshöhe gestellt werden sollen, anderseits aber kein erheblicher, wesentlicher Fortschritt zu verlangen sei. Für die Praxis möchte ich gerade die Umkehrung dieses Satzes betonen und das objektive Kriterium des wesentlichen technischen Fortschrittes in den Vordergrund stellen und vor der zu starken Betonung des subjektiven Momentes „Erfindungshöhe“, für die wir keinen Massstab haben, warnen, denn die darin liegende Unsicherheit der Rechtssprechung erscheint mir schädlicher zu sein als das Bestehen von ein paar Patenten mehr oder weniger. Schliesslich hat der Staat ein Interesse daran, durch Belohnung mit dem zeitlichen Patentschutz die Erfinder zu stimulieren, dass sie die Technik fördern. Der Allgemeinheit ist schon gedient, wenn zum Unterschied vom Üblichen etwas fortschrittlich Neues der Praxis übergeben wird, von dem sie bisher noch keinen praktischen Nutzen hatte. Ich finde, dass so der Ausgleich zwischen Erfinder und zeitlicher Beschränkung der Allgemeinheit ein gerechter ist. Massgebend für das Vorliegen eines technischen Fortschrittes von erfinderischer Bedeutung ist der Stand der Technik, wie er, gestützt auf Art. 4 PatG., zur Zeit der Patentanmeldung festzustellen ist. Dabei sind nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift alle druckschriftlichen Vorveröffentlichungen im Inland zu berücksichtigen neben dem, was in der Schweiz als offenkundige Vorbenutzung nachgewiesen wird. Ich gehe mit dem Herrn Referenten Dr. Matter nicht einig, wenn er es ablehnt, die Gesamtheit aller vorhandenen Vorveröffentlichungen zu berücksichtigen. Was zum Wissensstand der Technik gehört, ist ausschliesslich nach Art. 4 PatG. zu entscheiden, wobei ich zugebe, dass an die Prüfung

der sogenannten „papiernen Technik“ ein strenger Massstab anzulegen ist und diese nur so berücksichtigt werden darf, was sie dem Durchschnittsfachmann wirklich und deutlich offenbart und das Bekannte in abgeänderter Form nicht so gesehen wird, wie man es denken könnte, nachdem man die beanspruchte Erfindung kennt. Etwas anderes als das Verlangen strenger Anforderungen an die Deutlichkeit der vorveröffentlichten Beschreibung, die nur in entlegenen Büchern oder vergessenen Druckschriften ihr Dasein fristet, und die Anerkennung, dass mit den einzelnen Vorveröffentlichungen keine Mosaikarbeit geleistet werden darf, lässt das Gesetz nicht zu.

Zusammenfassend möchte ich feststellen, dass die beiden Referate deutlich zeigen, welch verantwortungsvolle und schwierige Aufgabe die Beurteilung der ungeprüften Schweizer Patente an den Richter stellt, der kein Sachkundiger auf dem streitigen „Fachgebiet“ ist. Der Beizug eines Experten gibt noch nicht die Möglichkeit, die eng verknüpften Tat- und Rechtsfragen ohne Fachkenntnis ausreichend zu würdigen und zu entscheiden. Hierin liegt die Hauptursache der Unzufriedenheit der Industrie über die Rechtssprechung, und sie wird fortdauern, solange wir kein Fachgericht haben, das aus sachkundigen Juristen und Technikern, die mit der Materie vertraut sind, zusammengesetzt ist. Ich kann daher auch heute nur den alten Wunsch wiederholen, wie ihn Kollege Dr. Martin-Achard ebenfalls vertritt, es sei ein einheitlicher, erstinstanzlicher „Patentgerichtshof“ als selbständige Abteilung des Eidg. Patentamtes, wenigstens in Nichtigkeitssachen, zu schaffen. Ich ziehe eine solche Nichtigkeitsabteilung sogar der Einführung des Vorprüfungssystems vor, das aus andern Gründen nicht durchführbar erscheint. Wir können das Anmeldesystem ruhig beibehalten, es ist einfach und billig und führt weder bei uns noch in anderen Ländern zu einer Inflation der Patente, zumal die Vorprüfung nur eine relative ist und die Nichtigkeitsklage doch beibehalten werden muss. Auch sind eine Grosszahl von Anmeldungen einer

kostspieligen Prüfung gar nicht wert und bleiben unbeachtet, weil sie ohne praktische Bedeutung sind. Schliesslich kann auch jedem Anmelder zugemutet werden, selbst die notwendige Sorgfalt aufzuwenden. Die einfachste und zweckmässigste Lösung ist, die Auseinandersetzung der beteiligten Industrie auf ihre Kosten vor einem „Fachgericht“ zu überlassen. Beim Patentamt eine prüfende Nichtigkeitsabteilung zu schaffen, hätte den Vorteil, dass die dort beschäftigten Spezialisten und Techniker mit besonders geschulten Juristen wohl am besten in der Lage wären, evtl. unter Bezug von Spezialexperten, im Patentstreit über die Gültigkeit der Erfindung ein sachlich gerechtes Urteil zu fällen, womit auch die Gewinnung und Festhaltung einheitlicher Grundsätze in Patentsachen für die ganze Schweiz gewährleistet wäre. Auch in anderen Staaten ist die selbständige Nichtigkeitsabteilung dem Patentamt als Verwaltungsbehörde angegliedert und auch bei uns ist die Schaffung einer solchen Instanz dem Bunde nach der Verfassung möglich. Dem Bund bleibt vorbehalten, darüber Vorschriften aufzustellen, ob die von der Bundesgesetzgebung beherrschten Rechtsverhältnisse der Beurteilung durch die ordentlichen Gerichte entzogen sein sollen. Diesen kann vorgeschrieben werden, dass sie das Patent seiner Existenz nach und auch in der Form hinnehmen müssen, wie es von der Patentbehörde erteilt und aufrechterhalten oder eingeschränkt ist. Will man den Verletzungstreit den ordentlichen Gerichten überlassen, so kann dieser ausgesetzt werden, bis über die Nichtigkeitsklage vor der allein zuständigen Nichtigkeitsabteilung des Patentamtes entschieden ist. Für das Verfahren kann grundsätzlich die Bundescivilprozessordnung Anwendung finden, selbstverständlich unter Beibehaltung des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz im Sinne des rev. Art. 67 OG oder mit appellatorischer Überprüfungsmöglichkeit.

Das allseitige Bedürfnis nach Änderung der unbefriedigenden Verhältnisse verlangt gebieterisch, dass etwas geschieht, zumal es auch bei unseren schweizerischen, föde-

realistischen Verhältnissen möglich sein sollte, dass der Bund die Patente nicht nur formell erteilt, sondern über deren Gültigkeit auf Antrag auch materiell ausschliesslich entscheidet.

Dr. Emanuel Huber, Vizedirektor, Basel:

Ich unterstreiche die von beiden Referenten geäusserte Auffassung, wonach die Erfindungshöhe mit objektivem Massstab zu messen ist. An sich läge es nahe, die Neuheit und die technischen Fortschritte als ausgesprochen objektive Kriterien zu bewerten, den Begriff der Erfindungshöhe dagegen als gewissermassen irrationales Erfordernis zu handhaben und daran den subjektiven Massstab anzuwenden. Die Leistung des Erfinders solchermassen durch Untersuchung seiner individuellen geistigen Arbeit einschätzen und nach freiem Ermessen beurteilen zu wollen, verspricht aber keinen Erfolg. Messbar ist die Leistung nur, wenn man sie zu etwas feststehendem in Beziehung setzt. Als Massstab hat das Bundesgericht das Können des gut ausgebildeten Fachmannes gewählt. Allerdings ist auch diese Messgrösse ein blosser Behelf und mit Vorsicht zu handhaben; denn rückwirkend erscheint manches dem gut ausgebildeten Fachmann ohne weiteres erreichbar, gerade bei Erfindungen, die in Wirklichkeit auf grosser systematischer Arbeit beruhen.

Gut und praktikabel scheint der Weg zu sein, *Anhaltspunkte* für die Erfindungshöhe auch im *Masse des technischen Fortschrittes* zu suchen. Zu weit würde es aber gehen, im technischen Fortschritt ohne weiteres eine Präsumption für die Erfindungshöhe zu erblicken. Auch dürfte eine Regel, wonach je grösser der technische Fortschritt, desto kleiner die Anforderung der Erfindungshöhe, desto kleiner der technische Fortschritt zu sein braucht, nicht in jedem Fall zum richtigen Resultat führen.

In engem Zusammenhang mit dieser Diskussion steht zweifellos die Frage des *Gebrauchsmusterschutzes*. Sie ist

seit 1937, d. h. seit Einführung der neuen Praxis des Bundesgerichts wesentlich aktueller geworden; denn gewisse kleinere Erfindungen, die nach dem früheren Rechtszustand geschützt waren, können heute den Patentschutz nicht mehr erlangen. Die Einführung des Gebrauchsmusterschutzes entspricht sicher einem Bedürfnis, sei es in Form eines Sondergesetzes oder auf dem Wege der Revision des geltenden, nur die Geschmacksmuster schützenden Bundesgesetzes.

Es ist aber in diesem Zusammenhang zu betonen, dass nicht die „kleine Erfindung“ schlechthin durch die neue Gesetzgebung geschützt werden kann. Vielmehr wird es sich nur darum handeln können, *Muster*, d. h. durch äussere Formgebung bestimmte Apparate und Vorrichtungen zu schützen. Es geht aber nicht an, etwa auch einfache *Verfahren* schützen zu wollen, also solche Erfindungen, die nicht durch ein Modell darstellbar sind. In diesem Sinne sollte man besser *nur* von Gebrauchsmusterschutz sprechen und den Begriff der kleinen Erfindung, der zu Missverständnissen führen kann, beiseite lassen.

Zur Frage des *Patentgerichtshofes* teile ich die Auffassung des Referenten französischer Zunge, dass ein Eidgenössisches Patentgericht das wünschbare Ziel wäre, dies mit Rücksicht auf die von ihm angeführten unbestreitbaren Mängel in der heutigen Rechtssprechung. Es ist aber unwahrscheinlich, dass ein solches Postulat in nützlicher Frist verwirklicht werden kann. Man sollte sich deshalb mit der Schaffung einer sogenannten *Nichtigkeitsinstanz* beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum begnügen. Damit wäre schon viel erreicht. Wenn ein Patent durch Einspruch angefochten wird, hätte die Nichtigkeitsabteilung über dessen Bestand zu befinden, wobei die Weiterziehung des Entscheides an das Bundesgericht vorzusehen wäre. Damit hätten wir den Missstand der verschiedenen Beurteilung des Patents durch verschiedene kantonale Gerichte beseitigt. Wir hätten zudem ein Verfahren, das nicht allzulange dauern würde.

Damit wäre kein neues Gericht geschaffen. Im Grunde genommen würde die Nichtigkeitsinstanz lediglich im Falle des Einspruchs nachträglich ein Prüfungsverfahren durchführen. Es würde also, ohne dass die amtliche Vorprüfung eingeführt wird, die Möglichkeit bestehen, eine Erfindung von Fall zu Fall auf Grund der Vorbringen allfälliger Einsprechender, d. h. nach der Verhandlungsmaxime prüfen zu lassen.

Für die Schaffung einer solchen Instanz sollte eine Verfassungsrevision nicht erforderlich sein. Die Rechtsprechung in Patentsachen an sich, d. h. namentlich die Beurteilung von Patentverletzungsklagen, verbliebe den kantonalen Gerichten. Diese könnten sich aber für die schwierigste Frage — Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Erfindung — auf den Entscheid der Nichtigkeitsinstanz stützen, einer Instanz, die bei richtiger Besetzung mit geeigneten Technikern und Juristen gewiss zur Hebung des Ansehens des schweizerischen Patentsystems beitragen wird.

Dr. Karl Hoffmann, Basel:

Im Anschluss an die Ausführungen von Dr. Matter über seine These II, anlässlich welcher er mitteilte, dass diese infolge der Sonderregelung des Art. 6/2 PG. auf chemische Erfindungen nicht angewendet werden könne, möchte ich kurz auf die Lage eingehen, wie sie sich ergeben kann, nachdem die jetzige Sonderregelung für chemische Erfindungen aufgehoben oder mindestens stark gemildert wird. Wie die meisten Anwesenden wohl wissen, sind ja derartige Bestrebungen seit geraumer Zeit im Gange. Die chemische Industrie hofft, dass diese bald zu einem Abschluss führen werden. Der Jurist könnte nun leicht zur Auffassung gelangen, dass der Begriff der Äquivalenz in diesem Falle (also nach dem Wegfall der jetzigen Sonderregelung) auf dem Gebiete chemischer Erfindungen in genau gleicher Weise gehandhabt werden müsse, wie dies Matter z. Zt. für alle anderen Erfindungen empfiehlt. Dass dies nicht ohne weiteres der

Fall sein darf, sollen die nachfolgenden Ausführungen klären:

Der Begriff der Äquivalenz ist einer der schwierigsten Begriffe in der Patentrechtsprechung. In der Chemie hat dieser Begriff noch eine ganz besondere Bedeutung, weil die Zahl der Äquivalente ausserordentlich gross und die Äquivalenz nicht zum voraus zu erkennen ist. Auf Gebieten wie z. B. der Mechanik kann man sich denken, dass an Äquivalente ein bestimmter, sicherer Massstab angelegt werden kann. Es muss aber festgestellt werden, dass dies auf dem Gebiete der Chemie nicht gelingt. Hier ist der Begriff der Äquivalenz ein vollkommen relativer, relativ nämlich zu dem Gegenstand des Patentes. So kann z. B. ein Chloratom einem Bromatom vollständig äquivalent sein im einen Falle, bei einem anderen Beispiel jedoch bedingt der Wechsel des Halogens ohne ersichtlichen Grund eine weitgehende Verschiedenheit. Mit anderen Worten: Es ist auf chemischem Gebiete, vielleicht noch weniger als anderswo, möglich, den Umfang der Äquivalenz von vorneherein klar zu erkennen. Es muss daher hier stets dem Fachmann, bzw. der Rechtsprechung überlassen werden, zu entscheiden, was im Hinblick auf den Patentgegenstand als äquivalent anzusehen ist. Somit kann ein in allen Fällen gültiger objektiver Grundsatz nicht aufgestellt werden, und es lässt sich das subjektive Element wie wohl ganz allgemein in der Rechtsprechung nicht völlig ausschalten.

Sowohl bei der jetzigen als auch bei einer zukünftigen Regelung für chemische Erfindungen ist die These II, Ziffer 4, von Dr. Matter sehr zu unterstützen. Bei der Auslegung eines Patentanspruches muss in allen Fällen die Beschreibung sinngemäss herangezogen und der Stand der Technik gebührend berücksichtigt werden. Niemals darf man lediglich am Wortlaut eines Patentanspruches kleben bleiben.

Bezüglich des sachlichen Geltungsbereiches *chemischer* Patente (vgl. These II, Ziffer 5, von Dr. Matter) ist darauf hinzuweisen, dass nur dann eine einheitliche, klare und

saubere Rechtsprechung möglich ist, wenn der Schutzumfang eines solchen Patentes im Maximum durch den Umfang des Patentanspruches bestimmt wird. Dies hat seinen Grund in der Tatsache, dass, wie eben ausgeführt, der Begriff der Äquivalenz bei chemischen Erfindungen besondere Schwierigkeiten verursacht. Es muss aber klar hervorgehoben werden, dass Äquivalente der im Patent speziell erwähnten Ausführungsformen, die in der Beschreibung nicht besonders angeführt sind, jedoch unter den Umfang des Patentanspruches fallen, selbstverständlich geschützt sein sollen.

Diese Ausführungen haben natürlich in gleicher Weise Geltung für die These IV von Prof. Martin-Achard.

Dr. R. Iklé, Rechtsanwalt, St. Gallen:

1. Herr Prof. Martin hatte die Freundlichkeit, die Anregung, welche Herr Patentanwalt Eugen Blum und ich im Herbst 1933 im Schosse der Schweizergruppe der Internationalen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz betr. Einführung eines Einspruchsverfahrens an Stelle der amtlichen Vorprüfung gemacht haben, in seinem Rapport zu erwähnen und zur näheren Prüfung zu empfehlen. Die Anregung ist auf S. 186a des gedruckten Rapportes in ihren wesentlichen Punkten skizziert.

Ich möchte die Diskussion über diese Frage durch den Hinweis auf ein neues Moment, den Textilparagraphen, erweitern, das in diesem Zusammenhang alle Beachtung verdient. — Nach der Ausnahmebestimmung des Art. 2, Ziff. 4 PG., können bekanntlich Verfahren betr. Textilveredlung mit Strukturveränderung der Faser in der Schweiz nicht patentiert werden. Vom Standpunkt des internationalen Rechtes aus wird die Aufhebung dieser Ausnahme postuliert, was durchaus verständlich ist. Sie ist auch mit dem Prinzip der Gegenseitigkeit, das im internationalen Privatrecht herrscht, nicht vereinbar.

Die Opposition gegen eine vorbehaltlose Aufhebung des Textilparagraphen macht nun aber nicht mit Unrecht

geltend, dass dessen Abschaffung ohne gleichzeitige Einführung einer Vorprüfung oder eines mehr oder weniger äquivalenten Verfahrens zu durchaus unerwünschten Zuständen führen könnte. Die Veredlungsindustrie, insbesondere baumwollener Feingewebe, ist vornehmlich Exportindustrie. Die Erteilung von Patenten betr. die Veredlung von Textilien mit Strukturveränderung der Faser ohne jede Vorprüfung und ohne jede Möglichkeit der Mitbewerber, sich zu Neuanmeldungen wirksam zu äussern, könnte zur Folge haben, dass gewisse Veredlungsgebiete durch Herausnahme zahlreicher Sperrpatente seitens einzelner Grossfirmen solange für die übrige Industrie verschlossen würden, bis die Nichtigkeit haltloser Sperrpatente im gerichtlichen Verfahren etabliert worden ist. Dies kann einige Jahre dauern. Inzwischen wird möglicherweise das Interesse für die betreffenden Artikel, die meist der Mode unterworfen sind, schon wieder im Abnehmen begriffen sein. Die patentbesitzende Firma hätte derart während einiger Zeit eine Monopolstellung ausgeübt, selbst wenn die Patente nachträglich nichtig erklärt werden sollten. Die vorübergehende Beherrschung des Marktes mit allen ihren Folgen könnte jedoch nicht ungeschehen gemacht werden. Solche Erscheinungen sollten möglichst verhindert werden.

Dazu kommt noch ein rein technisches Moment: bei der Textilveredlung kann oft anhand des strukturveränderten Produktes *allein* nicht mehr festgestellt werden, nach welchem Verfahren es hergestellt worden ist. Hierin liegt eine Erschwerung des Beweisverfahrens sowohl in Patentverletzungs- wie im Patentnichtigkeitsprozess, die es als besonders wünschenswert erscheinen lässt, dass derartige Textilpatente nicht ohne eine gewisse Vorprüfung erteilt werden.

In den Kreisen der Ausrüstindustrie findet nun der seinerzeitige Vorschlag betr. Einführung eines Einspruchsverfahrens neuerdings wieder erhöhtes Interesse. Er wird als geeignet bezeichnet, die vorerwähnten Bedenken zu beheben. Ich würde es daher sehr begrüssen, wenn sich der

Schweizerische Juristenverein für eine nähere Prüfung dieser Anregung aussprechen würde. Deren Verwirklichung wird zweifellos das Ansehen des Schweizer Patentes heben.

2. Auch zur Frage der „*kleinen Erfindungen*“ möchte ich eine kurze Bemerkung machen. Mit der Anregung des verehrten Herrn Referenten, dass dieselben evtl. in ein erweitertes Muster- und Modellgesetz einbezogen werden könnten, kann ich mich nicht befreunden. Muster und Modelle sind m. E. nach schweizerischem Recht etwas wesentlich anderes als die kleinen Erfindungen, die sogenannten Gebrauchsmuster. Bei Mustern und Modellen handelt es sich ausschliesslich nur um eine auf das Auge wirkende, sich an das ästhetische Gefühl wendende äussere Formgebung. Den kleinen Erfindungen jedoch ist irgendeine technische Funktion inhärent. Für technische Funktionen ist nun im Muster- und Modellrecht kein Raum. Sie gehören in das Gebiet des Patentrechtes.

Den kleinen Erfindungen wird bei der Revision des Patentgesetzes alle Beachtung zu schenken sein, insbesondere mit Rücksicht auf die Änderung der bundesgerichtlichen Praxis betr. die sogenannte Erfindungshöhe. Man kann sich fragen, ob die kleinen Erfindungen gegenwärtig nicht überhaupt schutzlos sind. Das ist kein haltbarer Zustand. Es ist bedauerlich, dass noch kein konkreter Vorschlag vorliegt, welche Art Schutz den kleinen Erfindungen gewährt werden soll, und es dürfte wohl auch zu den Aufgaben des Juristenvereins gehören, an einer Lösung dieser Frage mitzuarbeiten. Der Anregung des Herrn Prof. Martin in seiner These VII., dass die Schutzdauer für die kleinen Erfindungen herabgesetzt werden sollte, ist sicherlich beizupflichten. Dies stünde im Einklang mit der Auffassung, dass die Schutzdauer geistiger Schöpfungen in ein gewisses Verhältnis zu deren geistigem Gehalt gebracht werden sollte.

3. Gestatten Sie mir, mich auch noch kurz zum Thema „*Erfindungshöhe — technischer Fortschritt*“ zu äussern. Die Diskussion über diese Frage leidet an einer gewissen

Unklarheit und Verworrenheit, die auch in der Rechtsprechung in Erscheinung tritt. Diese Ansicht ist in zahlreichen Unterhaltungen zum Ausdruck gekommen, die ich gestern und heute mit Kollegen hatte. Bei der Prüfung, worin der Grund dieser Unklarheit zu finden ist, glaube ich feststellen zu können, dass die Bezeichnung „Erfindungshöhe“, welche sich auf die schöpferische Leistung beziehen soll, eine denkbar unglückliche, weil widerspruchsvolle ist, und daher aus unserer Rechtsprechung und aus der Lehre des schweizerischen Patentrechtes vollständig ausgemerzt werden sollte.

Der Erfindungsschutz ist seinerzeit aufgebaut worden, um die schöpferische Tätigkeit auf dem Gebiete der Technik im wirtschaftlichen Wettbewerb zu schützen. Hier handelt es sich um das geistige Element der Erfindung. Der technische Fortschritt ist naturwissenschaftlicher Art. Im Gebiete der Naturwissenschaften können die Größen gemessen werden, während Größen im Gebiete des Geistes, bzw. der Geisteswissenschaften *nicht gemessen*, sondern *nur gewertet* werden können. Die Elemente der schöpferischen Leistung und des technischen Fortschrittes sind daher grundverschiedener Art und können nicht summiert oder miteinander multipliziert werden. Infolgedessen halte ich auch die Regel, welche das Schweizerische Bundesgericht in seinem Entscheid vom 30. November 1943 (BGE 69/II, 424) aufstellt, wonach „ein kleiner Fortschritt durch besondere Erfindungshöhe aufgewogen werden muss“, nicht für widerspruchslös. Der Widerspruch, auf den wir hier stossen, liegt nun aber auch in der Bezeichnung „Erfindungshöhe“ selbst. Wir können bei einer Bewertung der geistigen Leistung den Ausdruck „Erfindung“ nicht gebrauchen, weil dieser Ausdruck gleichzeitig auch das technische Element umfasst. Hieraus erklärt es sich, dass die Diskussionen, in welchen der Ausdruck „Erfindungshöhe“ zur Bezeichnung des geistigen Elements verwendet wird, so stark der Gefahr der Verworrenheit ausgesetzt sind. Jeder kann sich eben unter dieser Bezeichnung etwas anderes vorstellen.

In materieller Hinsicht glaube ich nicht, dass das geistige Element ausgeschaltet werden kann. Dem Patentrecht würde damit seine Grundlage entzogen. Es würde ein anderes Recht werden. Auch würde damit einer Entwicklung Vorschub geleistet werden, die als nicht unbedenklich zu bezeichnen ist, nämlich die zunehmende Begünstigung des unpersönlichen Unternehmens und der Überbewertung der technischen Faktoren. Ich begrüsse daher die Änderung der Praxis des Bundesgerichtes in dem mehrfach erwähnten Entscheid vom Jahre 1937 und gehe mit den Ausführungen des Referenten Dr. Matter in dieser Hinsicht vollkommen einig. Es wäre zu bedauern, wenn infolge Verkennung des ursprünglichen Wesens des Erfindungsschutzes die schöpferische, geistige Leistung nicht mehr die Beachtung und Bewertung erfahren würde, die ihr m. E. gebührt.

Dr. Hans Morf, Direktor des Eidgenössischen Amtes für geistiges Eigentum, Bern.

Herr Dr. Matter hat am Eingang seines Referates die Gründe dafür auseinandergesetzt, warum die beiden Referenten auf eine Behandlung der Hauptprobleme verzichtet haben, welche sich bei der zur Zeit in Vorbereitung befindlichen Revision des eidgenössischen Patentgesetzes stellen. Indessen sind einzelne der von den Referenten erörterten Fragen doch nicht ohne Rückwirkung auf die Gesetzesrevision. Als Vertreter des Amtes, das mit der Vorbereitung dieser Revision beauftragt ist, möchte ich den Gegenstand herausgreifen, welcher mir unter diesem Gesichtspunkt als der wichtigste erscheint, nämlich den *Schutz der kleinen Erfindungen*.

In Deutschland hat man seinerzeit das Gesetz betr. den Schutz der Gebrauchsmuster eingeführt, um gewerblichen Neuerungen von geringerer Bedeutung, welche nicht des vollen Patentschutzes würdig erschienen, einen gewissen Schutz zu verschaffen und damit eine strengere Praxis bei der Erteilung der Erfindungspatente zu ermöglichen. Dabei handelt es sich jedoch nicht etwa um einen blossen Formen-

schutz. Voraussetzung des Gebrauchsmusterschutzes ist in Deutschland vielmehr von jeher das Vorliegen einer Erfindung mit einem gewissen Mass an technischem Fortschritt und Erfindungshöhe gewesen; nur sind hier die Anforderungen weniger hoch als beim Patentschutz.

Auch in der Schweiz ist der Gesetzgeber von Anfang an der Ansicht gewesen, dass kleine Erfindungen ohne grosse technische Bedeutung ebenfalls einen Schutz verdienen. Zur Erreichung dieses Ziels hat er indessen nicht die Schaffung eines Gebrauchsmustergesetzes für nötig erachtet, sondern ohne Bedenken den Weg der Erteilung eines Erfindungspatentes zur Verfügung gestellt. Diese Auffassung ist auch nach Inkrafttreten des rev. Patentgesetzes von 1907 noch während vollen 30 Jahren für die Gerichtspraxis massgebend geblieben.

Im Jahre 1937 ist nun das Bundesgericht in einem Entscheid, der Aufsehen erregt hat (BGE 63 II 271 ff), von dieser Praxis abgekommen und hat erklärt, es liege im Interesse der Technik und der Industrie selbst, dass die Anforderungen an die Patentwürdigkeit erhöht werden; das Fehlen eines Gebrauchsmusterschutzes in der Schweiz dürfe dafür kein Hindernis bilden; die Gleichstellung von Gebrauchsmustern mit eigentlichen Erfindungen sei auf jeden Fall seit der Gesetzesrevision von 1907, welche das Erfordernis der Modelldarstellbarkeit als Voraussetzung für den Erfindungsschutz abgeschafft und den Patentschutz auf Verfahren und Verfahrenserzeugnisse ausgedehnt habe, nicht mehr gerechtfertigt; das Gebrauchsmuster oder was ihm nahe komme, könne auch seinem Wesen nach keinen so weit gehenden Schutz beanspruchen wie die „wirkliche Erfindung“. In einem Entscheid vom 30. November 1943 (BGE 69 II 428/9) hat das Bundesgericht diesen Standpunkt noch wie folgt bestätigt und präzisiert: Die heutige schweizerische Regelung des Musterschutzes (nämlich die Beschränkung auf Geschmacksmuster) sei möglicherweise darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber glaubte, von einem Gebrauchsmusterschutz deswegen absehen zu kön-

nen, weil das schweizerische Patentrecht auch schon die dem Gebrauchsmuster praktisch nahe kommenden sogenannten kleinen Erfindungen schütze. Infolge der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtes über die Anforderungen an die Erfindungshöhe treffe diese Voraussetzung nun allerdings nicht mehr zu;... es sei indessen ausschliesslich Sache des Gesetzgebers, zu prüfen, ob nicht der heutige lückenhafte Rechtszustand, der die typischen Gebrauchsmuster schutzlos lasse, durch eine Gesetzesrevision geändert werden soll.

Ist das nun wirklich der heutige Stand der Gesetzgebung?

An der Beantwortung dieser Frage sind nicht etwa nur die sogenannten „kleinen“ Erfinder interessiert -- was übrigens keineswegs ausschlaggebend wäre --, sondern auch die wirtschaftlich starken Unternehmungen. Auch in der Grossindustrie geht die Entwicklung der Technik nicht immer in grossen Sprüngen, sondern oft nur in kleinen, durch systematische Forschungen und Versuche ausgewählte Schritte vor sich, deren Ergebnisse dann zum Gegenstand von Patentanmeldungen gemacht werden. Die so eben gestellte Frage ist daher von einschneidender Bedeutung für eine sehr grosse Zahl von Patentinhabern; ihre Beantwortung rechtfertigt daher eine etwas eingehendere Untersuchung. Dabei ergibt sich folgendes:

Am 13. April 1892 hat die Schweiz mit Deutschland ein Abkommen betr. den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz abgeschlossen. Dieses handelte in Art. 4 ausdrücklich von „Gegenständen, welche in Deutschland als Gebrauchsmuster, in der Schweiz als Erfindungen angemeldet werden“. Unter Hinweis auf diesen Staatsvertrag konnte der Bundesrat in seiner Botschaft vom 19. Juli 1906 zum Entwurf für das heutige Patentgesetz u. a. feststellen, dass „dementsprechend bei uns an eine der Patentierung fähige Erfindung weniger weitgehende Anforderungen zu stellen sind“. Dabei ist zu beachten, dass der Bundesrat diesen Standpunkt vertrat, trotzdem er gleichzeitig die

Ausdehnung des Patentschutzes auf Verfahren und deren Erzeugnisse vorschlug. In der parlamentarischen Behandlung des Gesetzesentwurfes ist dieser Ansicht des Bundesrates betr. die Anforderungen an die Erfindungshöhe von keiner Seite widersprochen worden. Im Jahre 1914 sodann, also 7 Jahre nach Inkrafttreten des revidierten Patentgesetzes, hat der Gesetzgeber in Art. 1 des Bundesgesetzes vom 3. April 1914 betr. die Prioritätsrechte an Erfindungspatenten und gewerblichen Mustern und Modellen ausdrücklich verfügt, dass bei Einreichung eines *Patentgesuches* ein Prioritätsrecht nicht nur aus einer ausländischen Patentanmeldung, sondern auch aus einer *Gebrauchsmusterhinterlegung* beansprucht werden könne. Und die Botschaft des Bundesrates zum Entwurf für dieses Gesetz (vom 25. Juli 1913) erklärte dazu ausdrücklich, dass „in der Schweiz die Gebrauchsmuster den Erfindungen gleichgestellt werden“.

Selbst wenn man die ausdrücklichen Feststellungen der beiden Botschaften von 1906 und 1913 als blosse Gesetzesmaterialien ausser Betracht lassen will, so hat man sich auf jeden Fall mit der erwähnten Vorschrift des Prioritätsgesetzes auseinanderzusetzen. Meines Erachtens kann man nicht einen Prioritätsanspruch aus einem Gebrauchsmuster anerkennen und gleichzeitig dem Gebrauchsmuster selbst die Patentfähigkeit absprechen. Man wird anderseits auch nicht etwa daran denken dürfen, die Anforderungen an die Patentwürdigkeit verschieden zu stellen, je nachdem die Priorität eines Gebrauchsmusters an sich möglich wäre oder nicht, oder je nachdem die Priorität eines Gebrauchsmusters tatsächlich beansprucht wurde oder nicht. Für solche Differenzierungen fehlt jede gesetzliche Grundlage; das Patentgesetz kennt nur einen einzigen Erfindungsbegriff.

Es liesse sich daher m. E. rechtfertigen, wenn das Bundesgericht seinen Praxiswechsel im Hinblick auf den beschriebenen Stand der Gesetzgebung nochmals überprüfen würde.

Bei der Revision des Patentgesetzes und des Prioritätsgesetzes wird — wie gesagt — auch zu untersuchen sein,

wie die kleinen Erfindungen geschützt werden sollen. Ob dabei die erwähnte Gleichstellung der Gebrauchsmuster mit den Erfindungen fallen wird, lässt sich natürlich heute nicht voraussagen. Persönlich halte ich den Standpunkt des Bundesgerichts, dass der Patentschutz den „grossen Erfindungen“ — wenn dieser Ausdruck erlaubt ist — vorbehalten werden soll, an sich für richtig. Ich bin aber der Ansicht, dass dieses Postulat nicht verwirklicht werden darf, solange die Gesetzgebung auf dem heutigen Stande bleibt, ohne dass *gleichzeitig* auf andere Weise für einen angemessenen Schutz der kleinen Erfindungen gesorgt wird. Denn diese letzteren einfach schutzlos zu lassen, scheint mir weder im Interesse der Industrie zu liegen noch gerecht zu sein.

Zum Schlusse möchte ich vorab dem Vorsitz des Schweizerischen Juristenvereins dafür danken, dass er das heutige Thema zur Diskussion gestellt hat. Das Patentrecht ist ein verhältnismässig junges Rechtsgebiet. Insbesondere in der Schweiz sind systematische Bearbeitungen leider noch recht selten. Infolgedessen sind Gerichte und Anwälte vielfach auf ausländische Literatur angewiesen, bei deren Benützung jedoch wegen den Verschiedenheiten der nationalen Gesetzgebungen Vorsicht geboten ist. Die Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins werden daher hier eine empfindliche Lücke wenigstens zum Teil schliessen können. Durch ihre ausgezeichneten, tiefsschürfenden Untersuchungen haben sich aber auch die beiden Referenten Anspruch auf den Dank aller erworben, die zur praktischen Anwendung des Patentgesetzes berufen werden.

Dr. Bolla Plinio, Bundesgerichtsvizepräsident, Lausanne:

Beaucoup de discussions juridiques pourraient être évitées si ceux qui discutent s'entendaient auparavant sur le sens des mots qu'ils emploient. Il est donc heureux que les rapporteurs se soient efforcés de donner une définition de l'*invention*. Il en est, hélas! de cette dernière comme de la

liberté: nous savons tous ce que c'est, mais il n'est pas facile d'en serrer les éléments dans une formule entièrement satisfaisante. Je constate que tout le monde en revient à la définition, déjà ancienne, adoptée par le Tribunal fédéral, définition qui comporte les deux conditions d'une idée créatrice et d'un progrès technique; les divergences de vues qui se sont exprimées proviennent de ce que les uns mettent surtout l'accent sur l'élément créateur et les autres sur celui du progrès technique. Depuis 1937, le Tribunal fédéral exige aussi l'„Erfindungshöhe“. Cela a fait couler beaucoup d'encre et naître une certaine confusion. D'aucuns ont pensé que l'„Erfindungshöhe“ constituait un troisième éléments'ajoutant aux deux premiers; d'autres sont d'avis qu'on entend par là un certain niveau des deux éléments préexistants; d'autres encore ont pensé qu'il s'agissait seulement du niveau de l'idée créatrice (c'est, semble-t-il, la bonne interprétation) ou de celui du progrès technique; d'autres enfin ne voient dans l'„Erfindungshöhe“ qu'un synonyme de l'idée créatrice. Le terme d'„Erfindungshöhe“ est intraduisible en français et en italien, ce qui montre que c'est une image dont il faut se méfier. D'autre part, quel est le mètre qui permettra de dire si le niveau exigé est ou n'est pas atteint? Je pense qu'il serait préférable d'en rester aux deux éléments traditionnels de l'invention, ce qui n'aurait nullement pour conséquence nécessaire une plus grande facilité dans l'admission de l'invention.

Ce qui importe surtout, c'est de savoir si, dans un cas particulier, il y a ou il n'y a pas invention. Une définition satisfaisante de l'invention est une condition nécessaire, mais non suffisante d'une bonne réponse. L'autre condition est que le différend soit tranché par une juridiction qui donne de sérieuses garanties de capacité. Un problème d'organisation judiciaire vient ainsi se greffer sur celui de droit matériel.

L'idéal serait évidemment un tribunal de bons juristes qui soient en même temps d'excellents techniciens.

Certains des orateurs d'aujourd'hui se sont déclarés favorables à la création d'un tribunal des brevets. J'y suis opposé.

Il y a tout d'abord l'argument du fédéralisme qui a sa valeur; il ne faut pas troubler pour des avantages techniques, supposés même indéniables, l'équilibre harmonieux qui est à la base de la vie confédérale.

D'autre part, si les procès en matière de brevets paraissent particulièrement intéressants à une catégorie importante de justiciables, il en est de même de toute une série d'autres procès. On a déjà réclamé des tribunaux spéciaux pour les suites pénales et civiles des accidents de circulation: pourquoi pas aussi des tribunaux spéciaux en matière de divorce et de séparation de corps ou, plus généralement, de droit de famille, peut-être avec la participation de femmes?

Il est dangereux de s'engager sur le chemin des jurisdictions spéciales et il ne faut pas confondre le rôle du juge avec celui de l'expert.

Ce qui est nécessaire, c'est que le juge ait la plus ample liberté de s'entourer de tous les renseignements techniques utiles.

Le nouvel art. 67 OJ est inspiré par cette considération. Certes, le Tribunal fédéral ne pourra pas revoir l'état de fait. Il restera lié comme par le passé par les constatations exclusivement de fait de la dernière juridiction cantonale. Mais, en matière de brevets, les questions de droit et de fait, souvent les plus importantes, sont parfois si intimement liées qu'il n'est pas possible de les séparer; c'est là que l'art. 67 OJ pourra rendre des services appréciables. S'il est appliqué judicieusement, il en résultera sans doute une amélioration sensible de l'état de choses actuel.

Dr. Joseph Braun. Advokat, Basel:

Die beiden Referate weichen insofern von dem, was sonst im Juristenverein üblich gewesen ist, ab, als sie nicht positiv Stellung nehmen zu den einzelnen Fragen, die sich

anlässlich der Revision des Patentgesetzes aufdrängen, sich vielmehr in der Hauptsache darauf beschränken, Probleme allgemeiner Natur aus dem Patentrecht zu behandeln. Es ist dies jedoch insoweit verständlich, als die Detailfragen wie z. B. die Neuregelung des Textilparagraphen sowie die Behandlung der chemischen Erfindungen, in erster Linie die Fachkreise interessieren, denen es überlassen werden muss, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen.

Was das Erfordernis der Erfindungshöhe anbetrifft, so begrüsse ich die vom Bundesgericht eingeführte neuere Praxis, wonach an die geistige Tätigkeit des Erfinders erhöhte Anforderungen gestellt werden. Dabei ist es gleichgültig, ob man von Erfindungshöhe, von einer genialen schöpferischen Idee oder von einer besonderen geistigen Tätigkeit spricht. Eine Definition für das Erfordernis der Erfindungshöhe aufzustellen ist vielleicht schwierig. Was mit dem Begriff gemeint ist, ist jedoch allgemein bekannt. Am Erfordernis der Erfindungshöhe muss m. E. aus zwei Gründen unbedingt festgehalten werden.

1. einmal deshalb, weil ohne besondere geistige Tätigkeit sich die Einräumung eines Monopols nicht rechtfertigt und in

2. Linie deshalb, weil ohne das Erfordernis der Erfindungshöhe jede Erfindung umgangen werden könnte.

An dem, was der Inhaber eines Patentes erfunden hat, braucht nämlich nur irgendeine Verbesserung angebracht zu werden. Diese Verbesserung wird in der Regel neu sein. Sie bedeutet im allgemeinen auch einen technischen Fortschritt. Wenn für diese Verbesserung vom Erfordernis der Erfindungshöhe abgesehen wird, dann wird der Inhaber des früheren Patentes, der ein technisches Problem gelöst hat, schutzlos.

Die von M. Martin-Achard vorgeschlagene Unterscheidung zwischen grossen und kleinen Erfindungen ist m. E. undurchführbar, weil es unmöglich wäre, ein bestimmtes Kriterium dafür auszustellen, was als grosse und was als kleine Erfindung angesehen werden muss. Auch würde es

wohl wenige Erfinder geben, die so bescheiden sind, ihre Erfindung als kleine Erfindung zu bezeichnen.

Die Einführung eines Patentgerichtshofes möchte ich begrüssen. Insbesondere scheint es mir empfehlenswert zu sein, wenn die Behandlung von Nichtigkeitsklagen einer besonderen Abteilung des Eidg. Amtes zugeteilt wird, während die kantonalen Gerichte die Verletzungsprozesse weiterbehandeln könnten. Mit den Nichtigkeitsprozessen mutet man jedoch den kantonalen Gerichten eine Aufgabe zu, der sie vielfach nicht gewachsen sind. Das ist der Grund, warum die Rechtsprechung in der Schweiz in Patentsachen zur Zeit unbefriedigend ist.

Der Präsident teilt mit, dass die beiden Referenten infolge der vorgerückten Zeit auf ein Schlusswort verzichten. Indem er ihre grosse und verdienstvolle Arbeit verdankt und seinen Dank auch auf die Diskussionsredner ausdehnt, schliesst er die Sitzung.

Sitzung vom Montag, den 4. September 1944
abgehalten in der Aula der Handelshochschule
St. Gallen.

Präsident:

Bundesrichter Dr. Schönenberger, Lausanne.

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 9.00 Uhr.

I.

Der Präsident teilt mit, dass noch folgende Aufnahmegerüste eingegangen sind:

Benz, Dr. Josef, Departementssekretär, St. Gallen,
Benziger, Dr. Ralph, Fabrikant, Wil (St. Gallen),
Egger, Dr. Arthur, Rechtsanwalt, St. Gallen,
Gsell, Dr. Willi, Direktor der Helvetia Feuer, St. Gallen,
Hengartner, Dr. Otto, Stadtrat, St. Gallen,
Popp, Dr. Paul, Kantonsrichter, St. Gallen,
Schoop, Dr. Arthur, Rechtsanwalt, Herisau,
Steiger, Dr. Rudolf, Kantonsrichter, Rorschach,
Scherrer, Dr. Albert, St. Gallen,
Zellweger, Dr. Jakob, Sekretär des Justizdepartements des
Kantons Thurgau, Frauenfeld,
Schmidhauser, Dr. Rodolfo, avvocato e notaio, Lugano,
Galland, Dr. Jean-Paul, avocat, Genève,
Duft, Dr. Johann, Rechtsanwalt, alt Nationalrat, St. Gallen.

Die Bewerber werden von der Versammlung stillschweigend und einstimmig aufgenommen.

II.

Jahresbericht des Kassiers.

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

Bericht des Quästors

für das Rechnungsjahr vom 1. Juli 1943 bis zum
30. Juni 1944.

*1. Compte général.***E i n n a h m e n**

	1943/1944 Fr.	1942/1943 Fr.
Mitgliederbeiträge	10 944.—	9 988.—
Zinsen	937.75	1 156.70
Verkauf von preisgekrönten		
Schriften	88.40	408.45
Verschiedenes	95.70	106.20
	12 065.85	11 659.35

A u s g a b e n

	1943/1944 Fr.	1942/1943 Fr.
Allgemeine Unkosten		
Zirkulare und andere Drucksachen	609.60	1 655.45
Schweizerischer Juristentag.	1 655.—	1 254.40
Beitrag an den Fonds für die Herausgabe der schweizerischen Rechtsquellen	—.—	1 000.—
Preise und Druckkosten für preisgekrönte Arbeiten . . .	1 200.—	4 801.35
Steuern	70.80	104.90
Verschiedenes	1 813.45	2 271.75
	5 348.85	11 087.85
Druckkosten für Referate und Protokolle d. Schweizerischen Juristentages	10 913.—	13 238.10
	16 261.85	24 325.95

Die Rechnung des Jahres 1943/1944 hat einen Ausgabenüberschuss von *Fr. 4196.—* ergeben. Im Vorjahr war der Ausgabenüberschuss viel grösser; er betrug *Fr. 12 666.60*.

Der *Kurswert der Wertschriften* ist im Rechnungsjahr 1943/1944 um *Fr. 571.—* gestiegen.

Das <i>Vermögen</i> des Compte général, das sich am 30. Juni 1943 auf	Fr.
belief, wurde auf den 30. Juni 1944 um den Ausgabenüberschuss von	41 206.33
auf	<u>4 196.—</u>
vermindert und um den Kursgewinn von	37 010.33
auf	<u>571.—</u>
vermehrt.	37 581.33

Das Vermögen hat somit im Rechnungsjahr 1943/1944 um abgenommen.

Am 30. Juni 1944 besteht das Vermögen aus:	Fr.
a) Wertschriften im Depot bei der Banque Cantonale Vaudoise im Betrage von . .	28 820.—
b) einem Konto-Korrent-Guthaben bei der Banque Cantonale Vaudoise im Betrage von	1 555.50
c) einem Postscheckkonto-Guthaben im Betrage von	6 812.73
d) einem Saldo der Kleinen Kasse im Betrage von	<u>393.10</u>
	<u>37 581.33</u>

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

Einnahmen	1943/1944	1942/1943
	Fr.	Fr.
Zinsen	4 472.15	5 048.70
Beitrag des Schweiz. Juristenvereins aus dem Compte général	—	1 000.—
Verschiedenes	249.50	508.05
	<u>4 721.65</u>	<u>6 556.75</u>

A u s g a b e n	1943/1944 Fr.	1942/1943 Fr.
Honorar und Druckkosten für die Rechtsquellen des Kts. Bern, Zweiter Teil, Rechte der Landschaft, Dritter Band, „ <i>Das Statutarrecht der Landschaft Saanen (bis 1798)</i> “, bearbeitet und herausgegeben von Prof. Dr. iur. Hermann Rennefahrt	—.—	12 744.25
Verschiedenes	266.45	113.70
	266.45	12 857.95

Die Rechnung des Jahres 1943/1944 hat einen *Einnahmenüberschuss* von *Fr. 4455.20* ergeben. Im Vorjahr war ein Ausgabenüberschuss von *Fr. 6301.20* entstanden.

Der *Kurzwert der Wertschriften* ist im Rechnungsjahr 1943/1944 um *Fr. 1740.—* gestiegen.

Das Vermögen des Fonds spécial, das sich am 30. Juni 1943 auf	Fr-
belief, wurde auf den 30. Juni 1944 um den Einnahmenüberschuss von	151 850.70
Kursgewinn von	4 455.20
auf	1 740.—
	<hr/>
	158 045.90

Am 30. Juni 1944 besteht das Vermögen aus:

III.

Bericht der Rechnungsrevisoren.

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

„Les soussignés Dr Paul Gsell, Procureur général à Frauenfeld, et Bernard de Vevey, Juge de Paix à Fribourg, ont examiné et vérifié les comptes de la Société suisse des Juristes, soit le compte général et le compte du fonds spécial pour la publication des sources du droit suisse, pour l'exercice 1943/1944.

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

Ils proposent à l'Assemblée générale d'approuver ces comptes de l'exercice 1943/1944 et de donner décharge au caissier, en le remerciant pour son travail considérable de gestion, ainsi qu'aux vérificateurs soussignés pour l'accomplissement de leur mission.“

Antragsgemäss wird dem Kassier durch einstimmigen Beschluss Décharge erteilt. Der Präsident dankt ihm und den Revisoren bestens für die geleistete Arbeit und teilt mit, dass an Stelle des zurückgetretenen bisherigen Revisors Dr. P. Gsell ein neuer Revisor zu wählen sei. Als solcher wird auf Vorschlag des Vorstandes gewählt der bisherige Suppleant Dr. Armin Schweizer, Rechtsanwalt in Zürich, und als neuer Suppleant Dr. P. Popp, Kantonsrichter, St. Gallen.

IV.

Bericht über die Preisarbeit.

Herr *Bundesrichter Logoz*, Lausanne, verliest seinen Bericht über die eingegangene Preisarbeit:

Le thème du concours de cette année était: „Les dispositions du droit pénal suisse sur le for“.

Un seul manuscrit a été adressé au Président de la Société suisse des juristes, sous le motto: „Lege quaeso“.

Ce manuscrit d'environ 150 pages, en français, a été soumis à un jury composé de M. le Juge fédéral Leuch, Président, de M. le Procureur général Waiblinger et de celui qui vous parle.

Il ne saurait être question de faire dans le présent rapport une analyse détaillée de cette monographie. J'indique seulement que son auteur l'a divisée en trois titres.

Le premier, intitulé „Des règles de for“, passe en revue diverses questions générales, notamment en ce qui concerne la compétence législative pour l'établissement de règles de for au pénal et la portée des règles édictées dans ce domaine par le droit fédéral.

Le deuxième titre traite de la détermination du for dans les causes pénales jugées par les cantons.

Enfin, le troisième titre — beaucoup plus bref — est consacré au problème du for dans les causes pénales jugées par des juridictions de la Confédération: assises fédérales, cour pénale fédérale, tribunaux militaires, ou encore commissions spéciales chargées de juger les infractions réprimées par la législation sur l'économie de guerre.

En conclusion, l'auteur déclare que les règles de for du droit pénal suisse ont un caractère nettement pratique. S'il ne les considère pas comme parfaites en tous points, il les juge assez souples pour permettre une solution satisfaisante dans chaque cas particulier.

Dans l'ensemble, il s'agit là d'une étude conscientieuse. L'auteur a compris, il souligne lui-même l'importance des règles de for dans un Etat fédératif tel que le nôtre. Il n'hésite pas à affirmer, au regard du texte de l'article 64bis de la Constitution fédérale et de la genèse de ce texte, la constitutionnalité des règles de for du droit pénal fédéral. Par ailleurs, il rappelle la portée intracantonale qu'ont les règles de for édictées par le code pénal suisse, art. 346 et suivants: ces dispositions légales désignent le juge compé-

tent non seulement au point de vue intercantonal, mais aussi à l'intérieur des cantons.

Mais, dans le manuscrit soumis au jury, la pièce de résistance (120 pages sur 150), c'est le titre II. Quelles sont, en droit fédéral, les règles applicables à la détermination du for pour les affaires pénales jugées par les cantons ? C'est là que l'auteur étudie notamment les règles de for édictées par le CPS, ainsi que par d'autres lois fédérales. Il connaît bien la bibliographie et la jurisprudence existant à cet égard et il en tient compte. Pourtant, lorsqu'il fait état d'ouvrages qui ne sont pas tout à fait récents (par exemple la thèse de Däppen sur la compétence ratione loci en procédure pénale suisse), il devrait prendre garde au fait que la loi a pu changer depuis leur publication.

Toutefois, c'est sur d'autres points que porte surtout la critique du jury.

Tout d'abord, un classement plus systématique des matières à étudier aurait été souhaitable. Trop souvent, l'auteur traite dans le même paragraphe de questions qui, comme l'a dit un des membres du jury, „nichts gemeinsames haben, als dass der Autor sie nirgends anders unterzubringen weiss“. Peut-être aussi le travail aurait-il gagné en clarté si l'auteur avait consacré un chapitre à part à la procédure relative à l'attribution de for, plutôt que de se contenter des remarques assez sommaires qu'il a faites là-dessus à propos de l'art. 350 CPS. Il s'agit là, d'ailleurs, d'une question qui aurait mérité un examen plus approfondi, justement parce que, sur ce point, des dispositions légales font défaut.

D'autre part et surtout, le jury aurait été heureux de trouver dans la monographie examinée par lui plus d'idées et de recherches personnelles de l'auteur.

Ainsi, l'auteur constate avec raison que les règles de for relèvent de la procédure. Mais il ne va pas plus loin. Notamment, il ne recherche pas quels peuvent être les rapports entre les règles de droit fédéral et la procédure cantonale. Par exemple, cette dernière peut-elle, en ma-

tière de disjonction exceptionnelle de causes qui devraient être jointes au sens des art. 349 et 350 CPS, aller plus loin que ne le prévoient les art. 262 et 263 PPF et la jurisprudence fédérale appliquant ces dispositions légales ? Il eût été intéressant de connaître la manière de voir de l'auteur sur ce point.

De même encore, tout un ensemble de questions se posent autour des limites dans lesquelles la jonction des procédures est obligatoire en vertu des art. 349 et 350 CPS. Mais à ces questions, l'auteur ne touche qu'avec une sorte de timidité et seulement pour autant que la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de s'en occuper.

Si donc le travail soumis au jury expose les résultats acquis par la pratique et la doctrine existantes, il décevrait celui qui le lirait en espérant y trouver des vues propres à jeter quelque lumière sur des problèmes non encore résolus. C'est pourquoi le jury n'a pas envisagé une participation de la Société suisse des juristes aux frais de la publication éventuelle de cette étude. En tout cas, une telle publication ne saurait avoir lieu sans que le travail ait été revu et complété.

Cela d'autant plus qu'il est écrit en un français qui aurait besoin de nombreuses retouches. L'auteur n'aura pas de peine à s'en rendre compte en se relisant lui-même, sans que nous lui infligions le désagrément de citer ici des exemples.

Il n'en reste pas moins que son effort mérite d'être encouragé. Le jury propose l'attribution d'un prix répondant à cette idée.

Der Präsident dankt dem Berichterstatter für seinen Bericht.

Gemäss Antrag des Berichterstatters beschliesst die Versammlung einstimmig, für die Arbeit einen Preis von 300 Fr. zuzusprechen. Verfasser der Arbeit ist Claude Schmidt, Advokat, Genf.

V.

L'Etat fondé sur le droit pénal.

Der Präsident erteilt das Wort Herrn *Albert Picot*, Staatsrat, Genf, der sein bereits gedrucktes Referat folgendermassen ergänzt:

Dans le temps qui m'est accordé --- 15 minutes --- je ne pourrai que présenter un court résumé des problèmes posés dans mon long rapport.

J'ai cherché à traiter les questions les plus vivantes et les plus cruciales posées par mon vaste sujet.

Je me présente à la courtoise discussion de mes auditeurs comme une large cible, ayant assez d'esprit critique pour me rendre compte de tout ce qu'on peut opposer à mes affirmations dans des domaines qui touchent souvent aux convictions les plus intimes, à la conception du monde (Weltanschauung) de chacun.

Le premier problème est celui du droit de prononcer, en face d'une branche du droit comme le droit pénal, des jugements de valeur et de proclamer un idéal normatif, des principes généraux objectivement vrais en face du droit positif.

J'ai pris position à cet égard contre la conception matérielle de l'histoire, contre l'école historique de Savigny et de Puchta, contre l'hégélianisme qui voit dans le droit le triomphe du fait, contre le positivisme juridique, contre l'école de droit pur de Roguin et Kelsen, pour proclamer avec une longue tradition humaniste, avec Platon, Aristote et Cicéron, avec le Christianisme, saint Thomas d'Aquin et Calvin, avec nos jurisconsultes suisses comme Eug. Huber et W. Burckhardt le rattachement du droit, non pas seulement à la réalité positive naturelle, mais à une réalité spirituelle qui est devant nous un idéal de justice.

Je me suis appuyé très spécialement sur la pensée de Stammler qui a posé comme but de l'action juridique la réalisation progressive d'un idéal social qui s'exprime comme une communauté solidaire de volontés libres, et pris ainsi

position contre le totalitarisme qui nie la liberté individuelle, et contre l'individualisme absolu qui nie l'existence d'une communauté solidaire.

Ce premier problème, très important à résoudre, pour aboutir à dire — ce qui est le centre de mon travail — que le droit pénal n'est pas uniquement une institution militaire de défense sociale, une machine policière, mais un instrument de justice. Il doit respecter la nature humaine considérée dans sa dignité personnelle.

Je suis heureux de me trouver ici en accord non seulement avec les penseurs de ma confession, mais aussi avec les penseurs catholiques: MM. les professeurs Antoine Favre et Oswald.

Ce problème pose une question de méthode où se manifestent les différentes conceptions philosophiques.

Comment les dualistes qui n'admettent pas qu'il y ait un seul droit positif, mais en face du droit positif un idéal de justice à atteindre, une notion suprême de justice, un critère objectif pour apprécier le droit positif, comment ces dualistes soutiennent-ils leurs conclusions sur le terrain philosophique ?

La première réponse est celle de la foi. Foi chrétienne catholique ou protestante qui, par la révélation, place en Dieu le but final de l'action sociale et juridique et trouve ainsi une réponse large et satisfaisante au besoin de l'homme de partir d'une norme spirituelle pour juger les normes concrètes. C'est notre conviction. Mais l'esprit humain, même chrétien, cherche un pont entre sa raison et sa foi et ce nous est un devoir de trouver dans la théorie de la connaissance — Erkenntnistheorie — une base rationnelle à notre conviction.

C'est ici qu'il y a des divergences.

Les uns veulent voir ce critère dans un droit juxtaposé au droit positif et qu'ils appellent le droit naturel; droit historique antérieur à la civilisation de J.-J. Rousseau; droit fondé sur la raison humaine toujours la même, sur

la connaissance de la nature de l'homme: droit traduisant la nature de l'homme, créature de Dieu.

Ces idées paraissent surannées. C'est une notion trop statique du problème de l'évolution sociale. On remarquera que ce droit naturel n'a, en somme, jamais été très utile. S'il formule des normes générales, ce sont des truismes, s'il veut entrer dans les détails, il échoue, car on ne peut faire de normes de détails qu'en tenant compte de la structure sociale particulière de chaque époque et de chaque pays.

Nous avons opposé à ce droit naturel les notions de la philosophie moderne qui aboutissent pour la raison juridique à retrouver pour l'homme, considéré non plus comme un produit, mais comme un acteur responsable du drame humain, l'absolu de sa responsabilité, de sa liberté, la notion de la justice.

En face du droit positif (*das Recht*) vient cet homme qui doit rechercher „*das richtige Recht*“. C'est pour chaque situation juridique un nouveau problème moral.

Je ne voudrais pas que, dans cette discussion, on accorde trop d'importance à cette divergence de vues en face du droit naturel. Le vrai fossé est entre dualistes et monistes, non pas entre partisans spiritualistes de la notion du droit naturel et partisans d'une philosophie plus moderne. Dans une certaine mesure il y a là avant tout une question de définition et de mots.

Si Stammler, Huber, Burckhardt et moi-même rejetons le droit naturel, nous rejetons ce système juridique et statique du XVIIIme siècle qui nous paraît suranné et surtout inutile.

Par contre, lorsque MM. Gallus Manser et Oswald de l'Ecole de Fribourg, parlent de ce droit naturel qui traduit les essentiala de la nature humaine, ils nous paraissent bien près de ceux qui veulent affirmer la réalité du monde spirituel, le caractère sacré de la personne humaine, mais ne conçoivent pas un système détaillé de normes juridiques idéales.

Si droit naturel veut dire philosophie spiritualiste de reconnaissance de la valeur de la personne humaine, nous sommes pour le droit naturel.

Si droit naturel veut dire un droit détaillé coexistant à côté du droit positif, nous croyons qu'il s'agit d'une discipline surannée.

En ce qui concerne la définition de l'état fondé sur le droit, j'insiste pour que celle-ci soit cherchée largement, sans s'arrêter à des critères purement formels.

L'Etat fondé sur le droit est celui qui cherche la justice, qui reconnaît la dignité de l'homme, qui cherche l'équilibre entre les besoins de la communauté et ceux de la personne. C'est l'Etat honnête homme qui veut servir au sain développement de l'homme considéré dans sa dignité.

Je reviendrai maintenant sur les deux parties de mon rapport consacrées plus spécialement au droit pénal. Si j'ai traité les problèmes posés par la tendance négative: protection de l'individu contre les abus du droit pénal, plutôt que les problèmes de la tendance positive: protection de la société par le droit pénal, cela ne signifie pas que je méprise la seconde tendance. Mais M. le professeur Simonius qui m'a proposé de traiter le sujet entendait bien insister avant tout sur la tendance négative.

Je suis le premier à reconnaître la nécessité d'un droit pénal efficace pour protéger l'Etat contre ceux qui veulent l'empêcher d'être un Etat de droit protecteur de la liberté.

Pendant cette guerre, les juristes suisses ont pu constater les inconvénients qui résultent de la lenteur de la justice pénale fédérale et de la complication de son appareil. C'est peut-être parce que l'arme pénale n'est pas suffisamment rapide et efficace que peu à peu l'on a dû recourir à des moyens politiques et administratifs pour lutter contre les ennemis de l'Etat, par exemple par des restrictions d'éligibilité des membres d'un parti considéré comme dangereux, ou par des prononcés administratifs de perte de la nationalité suisse. Plutôt que d'employer ces moyens,

n'aurait-il pas mieux valu punir personnellement les ennemis de la société ?

En terminant mon exposé, je rappellerai encore les diverses questions traitées dans mon chapitre IV consacré à la position du Code pénal suisse en face de l'Etat fondé sur le droit.

Je reconnais les difficultés de la question des mesures de sûreté traitée par Karl Stooss, A. Favre et Germann. Il existe un dualisme évident entre le système de la peine fondée sur la responsabilité, régime normal du Code, et la mesure de sûreté qui prend comme critère de l'action répressive, les degrés de nuisance de l'individu. Les mesures de sûreté ressemblent à la peine, et l'on doit demander avant tout une grande rigueur de contrôle dans ce domaine délicat. C'est là où l'intervention du juge est plus nécessaire que jamais en face des prérogatives administratives et policières. J'ai pris comme exemple des dangers que l'on court pour la garantie du droit individuel les lois des cantons sur l'internement administratif. J'insiste pour que ce problème soit étudié à nouveau par le Tribunal fédéral, les gouvernements cantonaux et ceux qui procéderont à la révision du Code pénal.

La Suisse aurait tout intérêt à faire un pas en avant dans l'imitation des institutions britanniques, en donnant de meilleures garanties dans les lignes importantes de l'*Habeas corpus*. Il n'est pas admissible que le Procureur général soit un juge d'instruction, les deux fonctions doivent être séparées. D'autre part, l'instruction préparatoire en dehors de l'avocat (*Schutzhalt*) donne un grand sentiment d'insécurité juridique. Les cantons qui admettent l'instruction contradictoire avec une chambre d'accusation indépendante sont en progrès sur les autres cantons et sur l'Etat fédéral.

Au moment où la guerre semble aller vers sa fin nous croyons que la question des garanties de la civilisation contre les abus de l'Etat policier est un des problèmes essentiels du proche avenir.

L'Etat en guerre a dû proclamer de dures contraintes.

Les Etats en paix, partagés entre le besoin de liberté réveillé après le conflit et le besoin de répression par la force, les difficultés intérieures, doivent savoir donner à la personne humaine par la *liberty of subject*, par une saine justice, par le respect de la personne, cette possibilité d'épanouissement de l'homme qui est à la base d'une vraie civilisation.

La menace de l'Etat policier doit être conjurée par la foi de tous dans l'Etat fondé sur le droit.

VI.

An Stelle von Herrn Privatdozent Dr. Werner Kägi, Zürich, der wegen Erkrankung das Korreferat nicht mehr vollenden konnte, sprechen zum Thema

„Rechtsstaat und Strafrecht“

die Herren Professor Dr. Dietrich Schindler, Zürich, und Regierungsrat Professor Dr. Carl Ludwig, Basel.

Professor Dr. Dietrich Schindler, Zürich:

Herr Staatsrat Picot hat sich in seinem ausgezeichneten, rechtsphilosophisch und historisch fundierten Referat zur Aufgabe gestellt, zu prüfen, inwiefern die rechtsstaatlichen Prinzipien in unserer heutigen Strafrechtspflege Geltung haben und wo etwa Punkte zu finden sind, die zu Bedenken Anlass geben könnten. Gestatten Sie mir, das Thema der heutigen Diskussion von einem anderen Gesichtspunkt aus zu behandeln. Meine paar Bemerkungen sollen der Prüfung der Frage dienen, ob der Rechtsstaat selbst strafrechtlich genügend geschützt ist. Zwar spielt der strafrechtliche Schutz für das, was als spezifisch rechtsstaatliches Bestandteil der Rechtsordnung bezeichnet wird, keine wesentliche Rolle. Der Grundsatz der Gewaltentrennung, der Vorrang und der Vorbehalt des Gesetzes, die Unabhängigkeit des Richters, die Gewährung und der

Schutz individueller Rechte sind gesichert, ohne dass das Strafrecht angerufen werden müsste. Aber Rechtsstaat bedeutet für uns noch mehr. Unser Rechtsstaat ist untrennbar mit dem politischen Bestandteil unserer Verfassung, der freiheitlich-demokratischen Staatsordnung verbunden. Die vorhin erwähnten rechtsstaatlichen Grundsätze können nur erhalten bleiben, wenn die freiheitlich-demokratischen Prinzipien hochgehalten werden. Diese Prinzipien, selbst ein Ausfluss der rechtsstaatlichen Postulate im weiteren Sinne, sind das Primäre, während etwa der Frage des Ausbaues der Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit durchaus sekundärer Charakter zukommt. Wenn jenes Primäre nicht gesichert ist, steht der ganze Rechtsstaat auf unsicherem Boden. Die Erfahrung zeigt denn auch, dass seine Zerstörung immer von der politischen Sphäre her erfolgt. Bleiben die rechtsstaatlichen Prinzipien dort aufrechterhalten, so braucht man um den Rechtsstaat überhaupt nicht besorgt zu sein. Der strafrechtliche Schutz hat deshalb dort einzusetzen, wo die grösste Gefährdung vorhanden ist. Wo aber liegt der schwache Punkt des Rechtsstaates? Welcher Art ist die drohende Gefahr? Vermag ihr das geltende Recht beizukommen? Welche Ergänzungen sind nötig?

Der schwache Punkt, ja die Achillesferse des Rechtsstaates kann, wie eine mehrfache Erfahrung bestätigt, darin liegen, dass die von ihm geschaffenen Einrichtungen seiner eigenen Aufhebung dienen. Mancher Rechtsstaat gab seinen gefährlichen Feinden die besten Waffen in die Hand. Die Beschränkungen der öffentlichen Gewalt machten ihn gegenüber neuartigen Angriffsmethoden wehrlos. So konnte es denn kommen, dass der Rechtsstaat auf „legalem“ Wege aus den Fugen gehoben wurde. „Je vous réclame la liberté au nom de vos principes, je vous la nie au nom des miens“, ist die bekannte Formulierung einer Einstellung, die in neuerer Zeit in sehr viel massiverer Weise ausgedrückt wurde: „Demokratie ist im besten Falle ein Mittel zum Zweck, das man anwendet, um den Gegner zu lähmen und

dem eigenen Handeln freie Bahn zu schaffen.“ „Wir haben offen erklärt, dass wir uns demokratischer Mittel nur bedienen, um die Macht zu erringen, und dass wir nach der Machtergreifung unsren Gegnern rücksichtslos alle die Mittel versagen würden, die man uns in Zeiten der Opposition zugebilligt hatte“¹⁾). Die Durchführung eines so brutalen Programmes war möglich geworden, weil der Rechtsstaat, wie seine theoretischen Gegner nicht ganz zu Unrecht ausführten, zur „Apparatur“ geworden war, die „allen möglichen Zwecken dienstbar sein“ konnte, er war „zum Objekt des totalen gesellschaftlich-politischen Machtkampfes“ geworden. Hinter dem „Schleier der liberal-demokratischen Freiheit und des bürgerlichen Rechtsstaates“ habe „das pluralistische System eines Vielparteistaates“ entstehen können, das sich nur dank „täglicher Kompromisse“, in denen „immer eine Bindung des Besseren an das Schlechtere“ stattfand, habe halten können²⁾).

Hier lag eine Fehlentwicklung vor, die natürlich in erster Linie politisch bedingt war, für die aber auch ein falsches juristisches Denken mitverantwortlich war. Es ist das Denken, das über der Form den Inhalt, über Kompetenz- und Verfahrensvorschriften (das Staatsrecht besteht zum guten Teil aus solchen) die Werte vergisst, zu deren Schutz und Förderung diese Vorschriften geschaffen worden sind. Die Versuchung, so zu denken, ist gross, da das bloss Formale scheinbar unanfechtbar ist und sich die heikeln Werturteile so umgehen lassen. Allein, die Konsequenzen sind unannehmbar. Es ist wohl heute jeder bei uns damit einverstanden, dass die Freiheit nicht dazu dienen darf, die Freiheit selbst aufzuheben. Die Wahrheit, die in diesem Satz in Erscheinung tritt, ist aber eine umfassendere: die Rechtsformen dürfen nicht dazu missbraucht werden, die Werte, in deren Dienst sie stehen, zu zerstören.

¹⁾ Vgl. W. Astrow, Grenzen der Freiheit, Zürich, 1940, S. 28/9.

²⁾ Dazu mein Aufsatz: Über den Rechtsstaat, in Festgabe für Max Huber, 1934, S. 183.

Die Werte aber, denen der Rechtsstaat dient — hierin stimme ich mit Herrn Picot völlig überein — sind diejenigen der menschlichen Person. Die Würde des Menschen, seine Vernunft, seine leibliche, wirtschaftliche und geistig-sittliche Existenz sollen geschützt werden. Da aber der Mensch nicht nur als Einzelwesen, sondern auch in Gemeinschaft lebt, ergibt sich daraus auch ein Massstab für das menschliche Zusammenleben; das soziale Ideal ist dann, nach dem schönen, von Herrn Picot erwähnten Wort Stammlers, „die Gemeinschaft freiwillender Menschen“. Der Mensch als Einzelwesen und der Mensch in Gemeinschaft ist, so verstanden, das Ziel des rechtsstaatlichen Apparates. Es ist daher ein Rechtsmissbrauch, wenn die rechtsstaatlichen Einrichtungen unter dem Deckmantel der Legalität zu entgegengesetzten Zwecken verwendet werden. Die hier skizzierte Zielsetzung war es, die, darüber besteht kein Zweifel, den Schöpfern der rechtsstaatlichen Einrichtungen vorschwebte. Wenn sie in der Verfassung und in Gesetzesresten nicht unzweideutig zum Ausdruck kam, so deshalb, weil man sie als selbstverständlich, als ausser Diskussion stehend, betrachtete. Nachdem sie aber mancherorts vergessen worden ist und die Möglichkeit besteht, dass sie neuerdings wieder vergessen wird, ist es unumgänglich, nachdrücklich darauf hinzuweisen.

Es darf gesagt werden, dass die Schweiz unter dem Eindruck der äussern Gefahr sich auf die mit ihrer Existenz unabdingbar verbundenen persönlichen und Gemeinschaftswerte besonnen hat. Dass es nötig wurde, unter dem Stichwort der geistigen Landesverteidigung von Amtes wegen diese ausserhalb des formalen Staatsapparates liegenden, aber grundlegenden Werte hervorzuheben und zu verteidigen³⁾), war freilich eine ganz neue Erscheinung. Den drohenden Gefahren war aber überhaupt nur entgegenzutreten,

³⁾ Man vergleiche z. B. die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung vom 9. Dezember 1938.

wenn man sich auf die geistig-politische Substanz, nicht blos auf die rechtliche Form besann. In der gleichen Linie der Bewahrung der Grundlagen demokratisch-freiheitlichen Lebens stehen die einschränkenden Bestimmungen gegenüber den politischen Extremisten. So führt die äussere Gefährdung zu einer erfreulichen Besinnung auf Werte, die man lange zu sehr dem Subjektivismus jedes einzelnen überlassen hatte. Man erkannte allgemein, dass sie die Grundlagen der Existenz der Schweiz nach innen und aussen, insbesondere der Schweiz als Rechtsstaat, bilden.

Es wäre ein Irrtum, zu glauben, die Gefahren, die unsern Rechtsstaat bedrohen, würden mit dem Kriege verschwinden. Sie sind viel zu sehr mit der Kultur — genauer Unkultur — der Gegenwart verknüpft, als dass dies der Fall sein könnte. Was uns bedroht, ist nicht so sehr diese oder jene politische Doktrin, die gerade obenaufschwingt, sondern der destruktive Geisteszustand, der ihr zugrunde liegt. Je nach Zeit und Umständen ändert sich die zügige Formel, die Mentalität bleibt immer dieselbe. Während Jahren war der Nationalsozialismus die handgreiflichste Gefahr für unseren Staat. Aber wie einer der besten Kenner und intelligentesten Kritiker des Nationalsozialismus, Hermann Rauschning, eindrücklich nachweist, liegt sein geistiger Ursprung in Doktrinen, die er heftig bekämpft⁴⁾. Ein Extrem erzeugt das andere. Und es ist kein Zweifel, dass die einmal entfesselte Gewalt sich von einem Objekt zum andern wenden kann. Den Methoden des machthungrigen politischen Dynamismus, gleichgültig welchen Inhalt er hat, muss entgegengetreten werden.

Die heutigen Verhältnisse bringen es mit sich, dass jeder Staat — sei er freiheitlich-demokratisch oder totalitär — letzten Endes auf der öffentlichen Meinung beruht. Deshalb kommt alles auf den Zustand der öffentlichen Meinung an. Lässt sie sich von vernünftigen Gründen leiten,

⁴⁾ Vor allem in seinem Buch: Die Konservative Revolution, New York, 1941, S. 135, 230 ff.

kommt in ihr ein gesundes politisches Urteil, der Sinn für Anstand und Ehrlichkeit zur Geltung, oder ist das Volk einer verderblichen Massensuggestion, die es zum willigen Werkzeug geschickter Demagogen macht, zugänglich? Im ersten Fall ist der Rechtsstaat möglich, im letzteren nicht. Die Erfahrungen der neueren Zeit beweisen nun zweierlei: einmal, dass die radikalste Zerstörung rechtsstaatlicher Einrichtungen auf dem Weg über den Massenwahn erfolgt und zweitens, dass dieser Weg zu Konsequenzen führt, die sich vor wenig Jahren selbst die wildeste Phantasie nicht ausgemalt hätte. Die Eintrittspforte für das Furchtbarste, was die Gegenwart erleben muss, ist der Massenwahn, geschickt erzeugt, aufrechterhalten und geleitet. Hier hat man sich vorzusehen. Die Kunst der Massenbearbeitung ist raffiniert entwickelt worden. Sie wird von denjenigen, die sich ihrer in Zukunft bedienen wollen, um so weniger vergessen werden, als sie in der allgemeinen Tendenz zur Vermassung und in den Mitteln, die die Technik zur Verfügung stellt, mächtige Bundesgenossen finden. Und wenn auch nicht die Gefahr besteht, dass sie bei uns Katastrophen weltgeschichtlichen Ausmasses erzeugt, so kann sie doch genug Übles hervorbringen, dem zur Zeit gesteuert werden muss. Für uns besteht die Gefahr vor allem darin, dass der freiheitlich-demokratische Staat an seiner Quelle, dort wo der staatliche Wille im Volk sich bildet, geschädigt wird. Die Demokratie bedarf der öffentlichen Diskussion; sie ist das Lebenselement des Volksstaates. Aber sie muss wirklich Diskussion sein, der Sinn für Vernunft und Mass, für Anstand und Ehrlichkeit darf nicht fehlen. Wenn nicht ein gewisses ethisch-politisches Minimum auch in öffentlichen Auseinandersetzungen gewahrt wird, geht unsere ganze Rechtsordnung aus den Fugen. Ein „leidenschaftlich freies Wort“ kann oft von Gutem sein, aber die Schreie des Fanatikers und die Verdrehungen des Verleumders machen jede Diskussion unmöglich. Wer sich solcher Mittel bedient, ist im Grunde ein Menschenverächter, auch wenn er sich als Volksfreund aufspielt, denn er zählt auf die Dummheit

und Leichtgläubigkeit seiner Hörer und appelliert an ihre niederen Instinkte. Er untergräbt die Voraussetzungen der freiheitlichen Demokratie und des Rechtsstaates und baut bedenkenlos ab, was etwa in Haus und Schule an erzieherischer Arbeit geleistet worden ist. Das wird sich nicht nur auf die Dauer rächen. Die unmittelbare Wirkung einer solchen Methode liegt, wenn sie einen Erfolg hat, vielmehr darin, dass andere politische Gruppen aus Gründen der Konkurrenz oder des Selbstschutzes gezwungen sind, zu ähnlichen Methoden zu greifen, auch wenn sie im Grunde ablehnen. So wird die ganze politische Atmosphäre vergiftet. Eine kleine skrupellose Minderheit, die man gewähren lässt, vermag in dieser Weise die Gesamtheit zu tyrannisieren und den Ton der öffentlichen Diskussion auf ein Niveau zu senken, durch welches, das ist das Folgenschwerste, die freiheitlichen Institutionen restlos diskreditiert werden. Die Öffentlichkeit schätzt die Kampfmethoden, die zur Anwendung kommen, in der Regel zu harmlos ein. Sie gibt sich nicht Rechenschaft, wie viel kalt berechnende Absicht und Zynismus dahinter steckt. Charakteristisch für diese Kampfweise ist es, dass ein Feind geschaffen wird, dem der Kampf bis zum äussersten gilt, und auf den alle Gefühle von Abscheu, Hass und Verachtung wie in einem Brennpunkt gesammelt werden. Ohne Feind sackt der Extremismus in sich zusammen; ist ein Feind vernichtet, so sorgt eine lügnerische Propaganda dafür, dass ein neuer kreiert wird. Beispiele liegen auf der Hand. Jene unglückselige Theorie des deutschen Staatsrechtslehrers Carl Schmitt gewinnt hier Realität, wonach das Wesen des Politischen im Gegensatz von Freund und Feind liege, und wonach die Feindschaft die „seinsmässige Negierung eines andern Seins“, die bis zur physischen Tötung gehen könne, bedeute⁵⁾. In Wahrheit hört aber hier die Politik auf. Ist dieser äusserste Punkt nämlich erreicht, so hat die Politik versagt; sie macht im Verhältnis nach aussen dem Krieg,

⁵⁾ Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen, 1933, S. 7, 15.

nach innen dem Verbrechen Platz. Die Feindideologie ist ein Kampfmittel, das, wie gesagt, bald gegen dieses, bald gegen jenes Objekt eingesetzt werden kann. Ob zwar die Vernichtung des Feindes gelingt, ist unsicher; was aber, wenn dieser Weg einmal beschritten wird, sicher geschädigt wird, ist jede Einrichtung, die, wie der Rechtsstaat, für ihr Bestehen Vernunft und Mass, Anstand und „fair play“ benötigt. Ob unser Volk, wenn es an der Möglichkeit von Anstand und Redlichkeit in der öffentlichen Auseinandersetzung verzweifen sollte, einem Diktator in die Hände liefe, braucht nicht untersucht zu werden. Die Frage ist auch gar nicht aktuell. Aber da es für solche verzweifelte Lösungen eindrückliche Beispiele gibt, haben wir allen Anlass, den Anfängen einer solchen Entwicklung zu wehren.

Nach dieser Skizzierung der notwendigen Voraussetzungen des Rechtsstaates und ihrer Gefährdung wende ich mich der Frage zu, ob und wie das Strafrecht zum Schutze dieser Voraussetzungen eingesetzt werden kann. Von vorneherein ist zu sagen, dass die Gesunderhaltung der Demokratie nicht in erster Linie Sache des Strafrechts, sondern der spontanen Reaktionen des Volkes ist, das von innen her die Entartungerscheinungen überwinden muss. Sodann ist es Aufgabe der Politik, dafür zu sorgen, dass die wirtschaftlichen und sozialen Gründe, die dem politischen Fanatismus Vorschub leisten, aus der Welt geschafft werden. Auch braucht die politische Auseinandersetzung nicht derart geglättet zu werden, dass sie sich nur noch in den verbindlichen Formen eines Debattierklubs abspielt. Der Bürger soll nicht verweichlicht werden; eine gewisse Abhärtung erhöht die Widerstandsfähigkeit. Weiter ist zu bedenken, dass dem politischen Abenteuerertum auch mit polizeilichen Mitteln einigermassen entgegengetreten werden kann. Aber gänzlich darf das Strafrecht nicht fehlen. Das schweizerische Strafgesetzbuch hat den Staatsschutz gegen früher zum Teil verbessert. Aber um den Staatsschutz im engeren Sinne des Wortes handelt es sich hier

nicht⁶). Die in Frage stehenden Gefahren bedrohen nicht unmittelbar den Staat als solchen, wohl aber die Voraussetzungen der rechtsstaatlichen Urteils- und Willensbildung. Der neuen Technik zur Untergrabung der Ordnung auf dem Weg über die systematische Erzeugung von Massenpsychosen trägt das Strafgesetzbuch noch nicht Rechnung. Der eidgenössische Gesetzgeber gleicht hier einem Generalstab, der sich auf einen zukünftigen Krieg ausschliesslich nach der Erfahrung des letzten und vorletzten vorbereitet hat, ohne der Entwicklung der Kriegstechnik Rechnung zu tragen. Das ist kein Vorwurf, nur eine Feststellung; die Gründe, weshalb nicht weitergegangen werden konnte, liegen nicht in der mangelnden Einsicht der Gesetzesredaktoren⁷). Aber es war doch so, dass das Strafgesetzbuch schon vor seinem Inkrafttreten zum Teil durch das politische Rowdytum überholt war. Es mutet eigentümlich an, wenn in Band 54, Nr. 41 der Eidg. Gesetzessammlung das Schweizerische Strafgesetzbuch publiziert wird und schon in Nr. 42 der Bundesratsbeschluss betreffend Massnahmen gegen staatsgefährliche Umtriebe und zum Schutze der Demokratie vom 5. Dezember 1938 zu finden ist, ein Bundesratsbeschluss, der heute noch in Kraft steht und dessen Notwendigkeit die verschiedenen Frontistenprozesse der jüngsten Zeit erwiesen haben. Jedermann wird die Verurteilungen auf Grund dieser Verordnung begrüsst haben. Sie machen zwar den Kampf gegen das verderbliche Gedanken-
gut auf dem Wege der Publizistik und mittels des Stimm-

⁶) Wohl aber um Staatsschutz in einem weiteren Sinne des Wortes. Deshalb sind die bisher erlassenen Bestimmungen dieser Art in den neueren Abhandlungen über Staatsschutz berücksichtigt worden. Vgl. F. H. Comtesse, Der strafrechtliche Staatsschutz gegen hochverräterische Umtriebe im schweizerischen Bundesrecht, Zürich, 1942. W. Lüthi, Der strafrechtliche Staatsschutz der Schweiz. M. Feldmann, Grenzen der Freiheit, Schweiz. Monatshefte, 23. Jahrg. (1943/44), S. 415 und 597.

⁷) Über die verschiedenen Versuche, die unternommen wurden, um einen genügenden Strafrechtsschutz zu schaffen, orientieren die in Anm. 6 zitierten Schriften.

zettels nicht überflüssig. Aber sie beseitigen doch die unwürdige Gleichstellung gewisser politischer Extremisten und ihrer Lehren mit anständigen Politikern und den von diesen verteidigten Gedanken. Ausser der Demokratischutzverordnung sind es verschiedene, meist auf die ausserordentlichen Vollmachten gestützte Bundesratsbeschlüsse, welche die durch Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz offen gelassenen Lücken schliessen.

Wenn nun geprüft wird, welche Einzelbestimmungen der Strafgesetzgebung gegen die geschilderten Kampfmethoden zur Anwendung gelangen könnten und wieweit eine Ergänzung wünschbar erscheint, so ist davon auszugehen, dass die öffentliche Kritik nicht unterdrückt werden darf. Kritik muss sein, ohne sie könnten sich gefährliche Missbräuche in einem Staate einnisten. Auch eine massive Kritik ist zu ertragen, wenn die Möglichkeit zur Entgegnung offen bleibt. Jene Anbeter der Feindideologie setzen nun aber an Stelle der Kritik, die irgendeinen positiven Massstab voraussetzt, die Erregung von Abscheu, Ekel und Hass. Systematisch untergraben sie Wertschätzung, Achtung und Anhänglichkeit an Personen, Einrichtungen oder Zustände, die sie zum Opfer ihrer Kampagnen ausersehen haben. Für das natürliche Rechtsempfinden trägt ein solches Vorgehen kriminellen Charakter. Vom positiven Recht wird es aber nur sehr teilweise als Delikt erfasst.

Das geschilderte Vorgehen könnte in gewisser Hinsicht als Gerüchtemacherei bezeichnet werden. Das StGB kennt diese aber nicht. Doch ist sie in Art. 2 der Demokratischutzverordnung und in Art. 2 des BRB vom 4. August 1942 über Straf- und Verfahrensbestimmungen zum Schutze der Landesverteidigung und der Sicherheit der Eidgenossenschaft in einem hier nicht näher zu schildernden, jedoch nur sehr beschränkten Umfang erfasst. Man könnte die systematische Irreführung der öffentlichen Meinung auch als Vergehen gegen den Volkswillen qualifizieren; das StGB ist im 14. Titel des II. Buches, der unter dieser Bezeichnung verschiedene Tatbestände von Wahl-

delikten umfasst, allerdings weit davon entfernt, die betrugsähnliche Beeinflussung des Volkswillens zu erfassen; auch der Betrugstatbestand des Art. 148 versagt hier, ob-schon er teilweise, was die arglistige Irreführung durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen anbe-trifft, erfüllt wäre.

Wichtiger als diese Tatbestände ist in dem hier interes-sierenden Zusammenhang derjenige der Ehrverletzung. Was der Erregung von Abscheu, Ekel und Hass dient, stellt fast ausnahmslos eine Verletzung der Ehre der Angegrif-fenen dar. Aber hier weisen nun das StGB und die straf-rechtliche Praxis eigenartige Lücken auf. In erster Linie ist zu erinnern an den mangelnden Ehrenschutz der Be-hörden. Nach der Auslegung, die der Kassationshof des Bundesgerichts i. S. Stadtrat Luzern am 21. April 1943 den Art. 173 ff. StGB gegeben hat⁸⁾, schützt das StGB die Ehre von Behörden nicht, wohl aber die Ehre ihrer Mit-gleider, wenn und soweit die gegen die Behörde gerichtete Äusserung das einzelne Mitglied in der Ehre verletzt. So steht das Tor für eine praktisch straflose Verleumdungs-kampagne offen, sofern nicht das MStG (Art. 101 zugunsten einer im aktiven Dienst stehenden Militärperson) oder die Notrechtgesetzgebung, wie sie gegenwärtig besteht, zur Anwendung gelangen können. Hier liegt eine ernste Be-drohung unseres Rechtsstaates. Der Vorwurf gegen die Behörde braucht nur möglichst grundlos zu sein oder vage genug formuliert zu werden — was ihn nicht weniger wirkungsvoll macht — oder gegen eine Behörde mit vielen Mitgliedern — etwa ein Parlament — gerichtet zu werden, um die Beziehung auf individuell feststellbare Personen auszuschliessen. Das Ansehen der Behörde ist nicht weniger empfindlich getroffen.

Der Umstand, dass die Ehrverletzungen Antrags-delikte sind, macht sich erst recht schlecht verwendbar für den Ehrenschutz der Behörden. Das Privatstrafklagever-fahren oder der Zivilprozess, den verschiedene kantonale

⁸⁾ BGE 69 IV, S. 81.

Strafprozessordnungen vorsehen, machen ihn vollends inpraktikabel⁹⁾). Und wenn, wie nach der zürcherischen Strafprozessordnung, Ehrverletzungen durch die Presse auf Verlangen des Angeklagten durch das Schwurgericht zu beurteilen sind, wird ein Strafprozess zu einer Lotterie, auf die Behördemitglieder von vorneherein verzichten werden.

Nicht besser als mit dem Ehrenschutz der Behörden steht es mit dem Ehrenschutz von Personengesamtheiten, handle es sich um organisierte — mit oder ohne juristische Persönlichkeit — oder um nicht organisierte. Zwar können auch hier einzelne durch die Gesamtbezeichnung getroffen werden. Aber der auf diesem Wege mögliche Rechtsschutz ist aus den Gründen, die oben im Zusammenhang mit der Behördebeleidigung aufgeführt wurden, völlig ungenügend. Dass Personengesamtheiten nicht Träger einer Ehre und deshalb beleidigungsunfähig sein sollen, ist eine der unbegreiflichsten Lücken unseres Rechtsschutzes. Eine unbeholfene Begrifflichkeit hindert die Praxis daran — es gibt immerhin Ausnahmen —, einem offensichtlichen Rechtsschutzbedürfnis zu genügen. Die juristische Konstruktion ist dem zu schützenden Rechtsgut inadäquat. Die Kritik, die Hafter¹⁰⁾ zugunsten der organisierten Gemeinschaften und weitergehend Gerwig¹¹⁾ an dieser Praxis üben, ist völlig gerechtfertigt. Es ist heute so, dass die schlimmsten und folgenschwersten Ehrverletzungen, wenn sie mit dem nötigen Raffinement formuliert werden, nach dem StGB straflos bleiben¹²⁾. Und das sind eben gerade solche, welche jener

⁹⁾ Näheres dazu bei Comtesse, S. 44 ff.

¹⁰⁾ Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil, I, S. 185 ff. Dort ist auch die bisherige — unterschiedliche — kantonale Praxis angegeben, ebenso bei O. A. Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 304/5, und in seiner Textausgabe zum StGB, Vorbemerkung zu Art. 173 ff.

¹¹⁾ Ehrverletzung gegenüber juristischen Personen im schweizerischen Strafrecht, in Festgabe zum 70. Geburtstag von Fritz Goetzinger, 1935, S. 69 ff.

¹²⁾ In BGE 69 IV, S. 82, ist gesagt: „Die Frage, ob das Strafgesetzbuch auch die Ehre der juristischen Personen und der organi-

Feindideologie entspringen. Der beabsichtigten Aufreizung dient es am besten, wenn nicht eine bestimmte Einzelperson angegriffen wird, sondern eine Kollektivität, bestimmt genug, damit jeder sich etwas darunter vorstellen kann, vage genug, um den Eindruck des Anonym-Unheimlichen zu erwecken, die Phantasie zu erregen und die Leidenschaften aufzustacheln. Die antisemitische Hetze ist ein Musterbeispiel für das Gesagte. Aber nur ein Beispiel. An Stelle der Juden kann jederzeit eine andere Personengruppe mit gleichen Methoden angegriffen werden¹³⁾ — und im Hintergrund zeigen sich die gleichen Konsequenzen.

Die Ehrverletzung gegen eine Kollektivität geht über die blosse Beleidigung hinaus und ist nicht — wie man nach der Gerichtspraxis annehmen könnte — ein leichteres, sondern ein sehr viel schwereres Delikt als der Angriff gegen die Ehre des einzelnen. Mit Recht führt Gerwig aus: „sobald die Beleidigung sich gegen einen grösseren Kreis richtet, ist immer hinter dem Rechtsgut der Ehre auch das Gut des öffentlichen Friedens bedroht“¹⁴⁾.

sierten (privaten) Gemeinschaften ohne Persönlichkeit schütze, ist nicht zu entscheiden.“ Es besteht danach wohl die Möglichkeit, dass der Kassationshof des Bundesgerichtes diese Frage später bejaht; hingegen scheint er, wie aus der Formulierung geschlossen werden muss, den Schutz der Ehre von nicht organisierten Gemeinschaften von vornehmerein ausschliessen zu wollen. Die Unterscheidung von organisierten oder nichtorganisierten Gemeinschaften scheint mir nicht gerechtfertigt. Soll die Beleidigungsfähigkeit der „Schweizer Offiziere“ oder der „Zürcher Studenten“ davon abhängig sein, dass sie organisiert sind? Das verletzte Rechtsgut hat mit dem Bestehen oder Nichtbestehen einer Organisation doch nichts zu tun. Das im Text Gesagte trifft zu, solange die nichtorganisierten Kollektivitäten schutzlos bleiben.

¹³⁾ Rauschning, a.a.O., S. 244: „Die Rolle, die im Popular-Marxismus der Bourgeois spielt, die spielt der Jude im Popular-Nationalsozialismus. Es ist die einfache Transposition aus der Ideenwelt der einen Revolutionsdoktrin in die andere.“

¹⁴⁾ a.a.O., S. 95. Zu beachten ist auch der Schluss des Aufsatzes von Gerwig, der im Anschluss an die zitierte Stelle lautet: „ein bei uns nicht leicht zu schützendes Gut, weil wir misstrauisch sind gegen alle Versuche, auch missbrauchbare Rechte durch Po-

Der heutige unbefriedigende Rechtszustand kann auf verschiedene Art korrigiert werden:

Entweder indem die Gerichte ihre Praxis ändern und auch Behörden und Personengesamtheiten — selbst unorganisierten — den Ehrenschutz gewähren, wobei jedem zu dieser Gesamtheit gehörenden Individuum das Antrags- resp. Klagerecht zuzuerkennen wäre, da es, wenn nicht persönlich, so doch als Glied der Gesamtheit betroffen ist.

Oder indem Sonderbestimmungen aufgestellt werden, deren Verletzung von Amtes wegen zu verfolgen wäre und die besser als die Ehrverletzungstatbestände die gefährdeten Rechtsgüter zu schützen vermöchten. Solche Bestimmungen finden sich z. B. in dem mehrfach erwähnten BRB vom 5. Dezember 1938. Dort ist u. a. mit Strafe bedroht, wer öffentlich und systematisch die demokratischen Grundlagen der Eidgenossenschaft und der Kantone verächtlich macht, ferner wer öffentlich zum Hass gegen einzelne Gruppen der Bevölkerung wegen ihrer Rasse, Religion oder Staatszugehörigkeit aufreizt. Das Verächtlich-

lizeigesetze einzuengen und lieber einige Unruhe in den Kauf nehmen, als die Freiheit zu gefährden. Solche Bedenken aber fielen weg, wenn der gefährlich dehbare und subjektiver Auslegung im allgemeinen wie im konkreten Fall zu breiten Spielraum bietende Tatbestand der „Friedensgefährdung“ verbunden sein müsste mit dem bekannten und klar umrissenen Tatbestand der Ehrverletzung. Die Freiheit der öffentlichen Kritik bliebe gesichert, und es wäre doch eine neue Möglichkeit geschaffen, grobem Unfug und Störungen der Volksgemeinschaft durch mutwillige Ehrabschneiderei den Riegel zu stossen. Und man bliebe gerade auch mit dieser Verbindung von Schutz der Ehre mit Wahrung des öffentlichen Friedens bester schweizerischer Überlieferung treu und würde Gedanken ausbauen, wie sie zum Teil noch heute (1935) geltenden Bestimmungen innerschweizerischer Gesetze zugrunde liegen, z. B. dem Polizeistrafgesetz von Obwalden, das eine öffentliche Klage dort vorsieht, wo „das Geschehene vermöge des Zusammenhaltes der vorausgehenden und begleitenden Umstände derart gestaltet ist, dass der Staat aus sich, abgesehen von der Injurie als solcher . . . wegen Gefährdung des allgemeinen Wohlvernehmens einzuschreiten pflichtig ist“ (S. 95/96).

machen, das Aufreizen zum Hass sind die typischen Werkzeuge jener Kampfweise, die, wenn man sie gewähren lässt, den Rechtsstaat vernichtet.

Ob der erforderliche strafrechtliche Schutz, der heute durch den genannten und andere Bundesratsbeschlüsse geschaffen wird, in die ordentliche Gesetzgebung überführt werden soll, hängt davon ab, ob die zeitbedingte Bedrohung zu einer dauernden wird. Dies zu beurteilen, muss dem Politiker überlassen bleiben. Immerhin darf gesagt werden, dass allzuviel Vertrauensseligkeit in eine nach diesem Kriege eintretende Wandlung der Geister zum bessern nach den in der Zwischenkriegszeit gemachten Erfahrungen nicht angebracht ist. Auch ist darauf hinzuweisen, dass ohne Strafbestimmungen, wie sie hier postuliert werden, ein krasses Missverhältnis besteht zwischen der Strafbarkeit mancher leichter Delikte und der Straflosigkeit der Verletzung solcher Rechtsgüter, die zu den Grundlagen unseres Rechtsstaates gehören. Das müsste auf die Dauer Verwirrung stiften. Eine Strafnorm stellt ein öffentliches Unwerturteil über bestimmte Handlungen dar und hat als solches, auch wenn sie nie angewendet werden muss, ihre selbständige Bedeutung für die Urteilsbildung des einzelnen Bürgers.

Zum Abschluss dieser notwendig höchst summarischen Ausführungen sei bemerkt, dass der Rechtsstaat für uns nicht eine zufällig angenommene historische Form ist, sondern dem unverlierbaren Wesen unseres Staates entspringt. Es ist die Gewähr unserer Vielgestaltigkeit. Der innere Reichtum unseres Staates kommt aber nicht nur in der Menge der Orte, Sprachen, Konfessionen und Kulturen, sondern auch in der Verschiedenartigkeit der politischen Parteien zum Ausdruck. Das Neben-, Mit- und Gegen-einander der politischen Parteien in einem kräftigen freiheitlichen Staat ist nur möglich, wenn die rechtsstaatlichen Grundsätze sorgfältig beachtet werden. Deshalb haben alle Parteien, die keine totalitären Ziele verfolgen, an der Rein-erhaltung des Rechtsstaates das gleiche Interesse.

Regierungsrat Prof. Dr. Ludwig, Basel:

Gestatten Sie mir als Vertreter des Strafrechtes, im Anschluss an die Ausführungen des Herrn Referenten zunächst einige allgemeine Bemerkungen anzubringen und hernach etwas eingehender zu seiner Hauptthese (Nr. 7) Stellung zu nehmen.

Georg Jellinek hat den Satz geprägt, dass, wenn uns die Geschichte von irgendeinem Volk nichts anderes bewahrt hätte, als sein Strafrecht, wir doch daraus allein seine ethische und intellektuelle Kulturstufe bestimmen könnten, gleich wie der Naturforscher aus einem aufgefundenen Knochen den Bau eines untergegangenen Tieres zu rekonstruieren imstande ist. Vom gleichen Gelehrten stammt auch das Wort, dass das Strafrecht vielleicht der beste Kulturmesser sei, den es überhaupt gebe.

I. Eine ganz besondere Bedeutung kommt in dieser Hinsicht dem Strafprozessrecht zu. Vor allem bildet der Strafprozess dasjenige Rechtsgebiet, in dem die Bewertung des Verhältnisses zwischen Staat und Individuum am offensichtlichsten zutage tritt. Der Inquisitionsprozess ist von der Naturrechtslehre und der Aufklärungsphilosophie nicht angegriffen worden, weil er dem Gedanken der öffentlichen Strafe und der dadurch begründeten Idee der Strafpflicht irgendwie widersprochen hätte, sondern er hat allein deshalb einem akkusatorisch gestalteten Verfahren weichen müssen, weil er keine Gewähr für eine gerechte Ausübung der Strafrechtspflege zu bieten vermag. Dem Inquisitionsprozess lag eine Auffassung zugrunde, die den Bürger nur in seiner Eigenschaft als Objekt der Staatsführung wertet. Die diesem Verfahren allein zugewiesene Funktion bestand demgemäß in der rücksichtslosen Durchsetzung aller dem Staat erwachsenen Strafanprüche. Der reformierte Prozess dagegen stellt neben das Postulat, dass jeder Schuldige der verdienten Strafe zuzuführen sei, ganz bewusst die nicht weniger dringliche Forderung, dass der Unschuldige vor Strafe und — nach Möglichkeit — auch

schon vor prozessualen Nachteilen geschützt werden müsse. Die eigentliche Grundlage des modernen Strafverfahrens bildet die Achtung vor der Persönlichkeit, der Respekt vor der Würde des Rechtsunterworfenen als Mensch. Damit haben die Strafprozessordnungen der Gegenwart — im Gegensatz zum Strafgesetz, dem Code des malfaiteurs — den Charakter eines Code des honnêtes gens, einer *Salvaguardia dei galantuomini* angenommen. Für den reformierten Prozess sind vor allem charakteristisch: die Anerkennung des Beschuldigten als vollwertiges Prozess-Subjekt, seine Ausstattung mit weitgehenden Parteirechten gemäss dem Prinzip der Waffengleichheit — insbesondere den Rechten auf Gehör und auf Verweigerung der Aussage, auf Teilnahme an der Beweiserhebung, auf Zuziehung eines Verteidigers, auf Anrufung oberer Instanzen, und zwar nicht nur gegenüber dem Endurteil, sondern auch schon gegenüber besonders eingreifenden prozessualen Zwangsmassnahmen —, dann die Unmittelbarkeit der Tatbestandsfeststellung, die Öffentlichkeit des entscheidenden Verfahrensstadiums und die freie richterliche Beweiswürdigung. Wie die Erfahrung gezeigt hat, lässt sich das primäre Ziel des Strafverfahrens, die Sorge dafür, *ne delicta maneant impunita*, auch durch einen solchen modus procedendi durchaus erreichen.

Auffallen mag, dass diese Grundgedanken des modernen Strafverfahrens selbst in denjenigen Staaten nicht preisgegeben worden sind, wo die Organisation alles bedeutet und der einzelne nichts mehr gilt. Die Erklärung hiefür ist aber einfach: in Wirklichkeit treten hier jene Garantien gegen den Missbrauch der Staatsgewalt nur dann tatsächlich in Erscheinung, wenn es sich um politisch belanglose Delikte handelt. In allen andern Fällen gelten ausserordentliche Verfahrensvorschriften, und zwar Vorschriften, die die Einrichtungen zum Schutz des Beschuldigten höchstens noch der Form nach enthalten. Ja sogar die Maxime: *nulla poena sine praevio prozessu poenali*, also der Grundsatz, dass die Durchführung eines ordnungs-

gemässen Verfahrens das notwendige Durchgangsstadium für die Verwirklichung eines *jus puniendi* bildet, ist durch die Ausstattung nichtrichterlicher Instanzen mit eigener Strafbefugnis weitgehend preisgegeben.

Für unser Land bildet die Frage „Rechtsstaat und Strafprozessrecht“ im allgemeinen kein aktuelles Problem von besonderer Bedeutung, mag sich auch eine Überprüfung der oder jener kantonalen Prozessordnung auf ihre Übereinstimmung mit den Rechtsstaatspostulaten im einzelnen — vor allem auf dem Gebiet der vorbereitenden Verfahrensstadien (Schutz des Beschuldigten vor ungerechtfertigter Festnahme und Festhaltung) — als angemessen und vielleicht sogar als dringlich erweisen.

II. Die tiefgehenden Wirkungen der Rechtsstaatsidee auf die Gestaltung des materiellen Strafrechtes hat bereits Herr Staatsrat Picot in seinem glänzenden Referat auf vorzügliche Weise dargelegt. Seinen allgemeinen Überlegungen ist kaum etwas Wesentliches beizufügen. Sie sind unter zwei Worte gestellt, die — im Hinblick auf den Wandel, den unser Privatrecht während der Krisen- und Kriegszeit erfahren hat — am letztjährigen Juristentag vom damaligen Präsidenten, Prof. August Simonius, ausgesprochen worden sind, einmal unter die Feststellung, dass für die Rechtssetzung eine Grenze besteht, die nicht überschritten werden darf, wenn in einem Staat die Freiheit und in einer Rechtsordnung der Gedanke der Gerechtigkeit lebendig bleiben sollen, und dann unter den Hinweis auf die unheilvollen Folgen, die zwangsläufig eintreten müssen, wenn in Verkennung der Eingliederung des Rechtes in die sittliche Ordnung eine Quellenlehre zur Anerkennung gelangt, die den Staat als den einzigen und letzten Schöpfer des Rechtes erachtet.

Bei der Prüfung der Frage, ob und inwiefern unser geltendes materielles Strafrecht den Forderungen der Rechtsstaatsidee entspreche, hat der Referent — sehr begreiflicherweise — die sich auf die Generalvollmachten

des Bundesrates stützenden Kriegsnotrechtserlasse nicht berücksichtigt. Hätte er sie in den Kreis seiner Untersuchung miteinbezogen, so wäre er gewiss hinsichtlich der positiven Bewertung der *lex lata* zu einem erheblich andern Urteil gelangt; denn gar manche strafrechtlichen Vorschriften dieser Noterlasse tragen — begreiflicherweise — den Stempel des ungenügend durchdachten Augenblickswerkes nur allzudeutlich auf sich. Aber auch wir wollen uns bei dieser Gruppe von Strafrechtsnormen nicht länger aufhalten, sondern uns in der Hoffnung auf ihr baldiges Verschwinden mit einem kurzen *Guarda e passa* begnügen.

Der Auffassung von Herrn Staatsrat Picot, dass das Schweizerische Strafgesetzbuch, das ja den Hauptbestandteil unseres ordentlichen eidgenössischen Strafrechtes enthält, ein Werk der Gesetzgebung darstelle, das offensichtlich vom Willen beherrscht sei, die Menschenwürde des Bürgers und die dem Bürger nach den Grundgedanken unserer Staatsgemeinschaft zukommende Freiheitssphäre zu achten, können wir im allgemeinen durchaus zustimmen. Ja wir dürfen diese These darüber hinaus — wiederum in ihrer allgemeinen Fassung — auch auf das Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 ausdehnen.

Im einzelnen scheinen uns allerdings drei wesentliche Vorbehalte gegenüber den beiden Gesetzen geboten:

Die Grenzen der richterlichen Ermessensfreiheit sind bisweilen so weit gespannt und die Formulierung der Deliktstatbestände wird oft in so unpräziser Weise getroffen, dass man sich allen Ernstes fragen muss, ob die durch die Rechtsstaatsidee gebieterisch geforderte Gewähr von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit in jeder Hinsicht wirklich gegeben sei, insbesondere weil eine vielfach undurchsichtige Systematik, verbunden mit reichlicher Anwendung der Form des Mischgesetzes, die Erkenntnis des Gesetzeswillens gelegentlich ausserordentlich erschwert und weil ausserdem oft subjektiven Momenten eine entscheidende Bedeutung zugemessen wird, die vom Richter kaum einwandfrei abgeklärt werden können.

Weiterhin lässt sich gewiss auch darüber streiten, ob der Gesetzgeber in einzelnen Fällen den Bereich des strafbaren Unrechtes nicht allzusehr ausgedehnt habe.

Und schliesslich halten wir dafür, dass in mancher Beziehung über dem Bestreben nach Schaffung spezialprävenierender Reaktionen auf das Delikt der Gedanke der Generalprävention allzusehr vernachlässigt worden ist.

Lassen Sie mich diese Kritik in der durch die Umstände gebotenen Kürze mit einigen Worten substanzieren.

a) Die Einräumung einer weitgehenden Ermessensfreiheit an den Richter bei der Festsetzung der Sanktionen gegenüber dem zu beurteilenden Delikt beruht ganz offensichtlich auf der Tendenz nach Individualisierung der Strafrechtspflege. Diese Tendenz steht gewiss mit der Rechtsstaatsidee keineswegs im Widerspruch. Sie wird vielmehr — wir stimmen auch hierin dem Referenten durchaus zu — von ihr zwingend gefordert. Gegen die Verbindung eines Systems ausgleichender und sühnender Rechtsstrafen mit einem System — ebenfalls richterlich anzuordnender — sichernder und bessernder Massnahmen lässt sich vom Standpunkt des Rechtsstaatsgedankens aus ebenfalls nichts Grundsätzliches einwenden. Und endlich steht auch ausser Zweifel, dass das freie Ermessen des Richters keinen Tummelplatz für Willkür bildet, sondern dass es von den dem Gesetz zugrunde liegenden Zwecken und Wertungen geleitet sein muss (vgl. insbesondere Germann, Schw.Z.f.Strfr. 1942, S. 21 ff). Trotzdem stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber dem Richter zum Teil nicht Aufgaben zugewiesen hat, die er selbst hätte lösen sollen. Zu Bedenken geben u. E. in Sonderheit Anlass: einmal die bisweilen ganz aussergewöhnlich weitgespannten Strafrahmen und dann — vor allem — die Einrichtung der ausserordentlichen Strafmilderung nach Art. 66 StGB, insbesondere im Falle des Art. 11 (verminderte Zu-rechnungsfähigkeit). Gegenüber Mord droht das Gesetz in Art. 112 ordentlicherweise als einzige Strafe lebenslängliches Zuchthaus an. Sobald jedoch der Täter als vermin-

dert zurechnungsfähig erachtet wird, ist der Richter hinsichtlich der Straffestsetzung völlig frei. Er kann in minimo auf einen Franken Busse und in maximo auf lebenslängliches Zuchthaus erkennen! Weiterhin sind aber auch zu beanstanden: einmal das häufige Vorkommen von Kann-Vorschriften und dann die Verwendung einer grossen Anzahl reichlich unbestimmter Begriffe als Kriterien für die Strafbarkeit oder doch das Mass der Strafbarkeit eines Verhaltens, etwa die Scheidung in gewöhnliche, leichte und besonders leichte Fälle, das Merkmal der besonders verwerflichen Gesinnung des Täters, die Schwere oder die Geringfügigkeit eines angerichteten Schadens, das Handeln aus Böswilligkeit, Bosheit, Gewissenlosigkeit oder gemeiner Gesinnung, die — wohl ebenfalls promiscue angewandten — Ausdrücke „schwere Drohung“ und „Androhung ernstlicher Nachteile“, der zureichende Grund, die verhältnismässig lange Zeit, der geringe Wert u. a. m.

Ein Hauptmotiv zur Vereinheitlichung des Strafrechtes hat bekanntlich das Bestreben gebildet, für eine gleichmässige Strafrechtspflege in allen Kantonen zu sorgen. Ob sich dieses Ziel mit dem nunmehr geltenden Gesetz tatsächlich erreichen lässt, bleibt jedoch jedenfalls noch abzuwarten.

Aber auch wer die Berechtigung der soeben vorgetragenen Kritik verneint, wird doch erkennen müssen, dass das bürgerliche Strafgesetzbuch und das Militärstrafgesetz eine ganze Reihe von Tatbeständen enthalten, bei denen sich die Unbestimmtheit der Formulierung nicht durch die Absicht einer ausgeprägten Individualisierung der Strafjustiz erklären lässt, sondern wo ein offensichtliches Redaktionsversagen oder ein struktureller Mangel vorliegt. Diese Erscheinung tritt — erst noch in Verbindung mit einer oft wenig klaren systematischen Anordnung — in Sonderheit gerade auf dem Gebiet zutage, wo das Bedürfnis nach Eindeutigkeit und Klarheit in verstärktem Masse besteht, im Bereich der Delikte gegen den Staat, die staatliche Organisation und die öffentliche

Ordnung. Hier hält es — vor allem bei der Häufung der Strafbestimmungen — zufolge der Unbestimmtheit von Tatbestandsbeschreibungen und der Verwendung unpräziser Begriffe oft nicht nur sehr schwer, das Verhältnis der verschiedenen Normen zueinander richtig zu erkennen, sondern es ist bisweilen sogar fast unmöglich, die Grenze zwischen straflosem und strafbarem Verhalten zweifelsfrei festzustellen. Gewiss, die auf dem Gebiet der Staatsdelikte zur Zeit vorhandene Rechtsungewissheit lässt sich zu einem guten Teil daraus erklären, dass nicht allein der persönliche Geltungsbereich des Militärstrafgesetzes während des Aktivdienstes wesentlich erweitert ist, sondern dass erst noch neben den ordentlichen Gesetzen Notrecht gilt — vor allem Kriegsnotrecht, dann aber auch Notrecht, das der Bundesrat schon vor Kriegsausbruch auf Grund von Art. 102 BV geschaffen hatte, insbesondere der BRB vom 5. Dezember 1938 betreffend Massnahmen gegen staatsgefährliche Umtriebe und zum Schutze der Demokratie. Dieser Ausnahmezustand wird in absehbarer Zeit wieder verschwinden. Die Mängel der ordentlichen Gesetzgebung aber werden weiterhin bestehen bleiben. Auf diese Mängel weist auch Hafter, dessen durchaus positive Einstellung zum StGB ausser Zweifel steht, wiederholt nachdrücklich hin. Wir selbst begnügen uns mit der Anführung einiger weniger Beispiele.

An der Spitze der Staatsverbrechen steht der Hochverrat. Diesen Tatbestand erfüllt, wer eine Handlung vornimmt, die darauf gerichtet ist, mit Gewalt entweder die Verfassung des Bundes oder eines Kantons abzuändern, oder die verfassungsmässigen Staatsbehörden abzusetzen oder sie ausserstande zu setzen, ihre Gewalt auszuüben, oder schliesslich schweizerisches Gebiet von der Eidgenossenschaft oder Gebiet von einem Kanton abzutrennen. Dass diese Formulierung gegenüber den Tatbestandsbeschreibungen in Art. 45 und 37 BStR von 1853 einen entschiedenen Fortschritt bedeutet, soll in keiner Weise bestritten werden. Trotzdem bleibt nach wie vor kaum erkennbar,

von welchem Augenblick an Vorbereitungshandlungen für einen gewaltsamen Umsturz als vollendeter oder versuchter Hochverrat im Sinne von Art. 265 StGB zu gelten haben. Diese Unklarheit einer Gesetzesvorschrift, die gerade in politisch erregten Zeiten zur Anwendung kommt, ist ganz besonders zu beanstanden. Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich bei der Auslegung des Art. 266 (Angriffe auf die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft), wobei diese Bestimmung erst noch nach einem Wort Hafers — „sehr vag“ gefasst ist. Aber auch der in Art. 87 MStG mit Strafe bedrohte „militärische Landesverrat“ gibt nicht allein durch sein allzuenges Marginale Anlass zu Auslegungsschwierigkeiten, sondern auch hier sind die einzelnen Tatbestände „in ihrer Tragweite schwer zu übersehen“ (Hafter, S. 653). Als „wiederum bedenklich vag“ bezeichnet Hafter weiterhin mit Recht die Formulierung der Feindesbegünstigung in Art. 91, Ziff. 1, Abs. 2, MStG. Mannigfaltige Unklarheiten enthalten ferner etwa die Art. 275 StGB (rechtswidrige Vereinigungen), 277 StGB und 103 MStG (Fälschung militärischer Weisungen), Art. 285, Ziff. 2, Abs. 2 StGB (Aufruhr), Art. 287 StGB (Amtsanmassung) und Art. 299, Ziff. 2 StGB (Verletzung fremder Gebietshoheit). Besonders bedenklich erscheint uns die Unbestimmtheit des in den doch recht bedeutsamen Artikeln 300 StGB und 92 MStG verwendeten Begriffes der Feindseligkeiten, insbesondere in Verbindung mit der Tatsache, dass unklar bleibt, ob in Art. 300, Abs. 2, das Bestehen eines Krieges ebenfalls Strafbarkeitsvoraussetzung bildet und ob die Bestimmung sich nur auf Angriffe gegen fremde Truppen als solche oder auch auf einzelne Angehörige derselben bezieht.

Dass der Gesetzgeber für drei unter sich wesentlich verschiedenen Tatbestände (Art. 86 und 106 MStG sowie Art. 329 StGB) denselben Randtitel („Verletzung militärischer Geheimnisse“) verwendet, ist wiederum mehr als ein bloßer Schönheitsfehler. Im übrigen ist Art. 86 MStG auch insofern sehr unpräzis redigiert, als die Schuldform der Fahrlässigkeit entgegen dem Wortlaut von Ziff. 3 nur für

die Bestrafung der Weitergabe des Geheimnisses (Ziff. 1, Abs. 2) und nicht auch für dessen Ausspähen (Ziff. 1, Abs. 1) ausreicht.

Diese Beispiele liessen sich — innerhalb und ausserhalb des Gebietes der Staatsdelikte — ohne Schwierigkeiten noch wesentlich vermehren. In Sonderheit entstehen Auslegungsklarheiten immer wieder dadurch, dass gar nicht so selten der gleiche Gedanke durch verschiedene Worte ausgedrückt wird, während anderseits dem gleichen Begriff an verschiedenen Stellen des Gesetzes eine recht verschiedene Bedeutung zukommt.

b) Eine unnötige Ausdehnung des Gebietes strafbaren Unrechts liegt u. E. vor allem in der Pönalisierung des untauglichen Versuches, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil dadurch die Gefahr einer allzu weitgehenden Vernachlässigung der objektiven Komponente des Verbrechensbegriffes geschaffen wird.

Weiterhin erachten wir es mit dem Rechtsstaatsgedanken aber auch kaum als vereinbar, dass in der ohnehin verunglückten Bestimmung des Art. 363 (Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit) gemäss Abs. 2 auch noch die Höhe der Strafe von einem Sachverhalt abhängig gemacht wird, der völlig ausserhalb der Schuld des Täters liegt. Und schliesslich lässt sich gewiss mit guten Gründen die Strafwürdigkeit einer Reihe von Handlungen bestreiten, denen gegenüber das Gesetz in seinem speziellen Teil Strafe androht. Wir erinnern etwa an die Behandlung von Falschbeurkundungen durch Private als Urkundenfälschung in Art. 251, Ziff. 1, Abs. 2 (ein Tatbestand übrigens, der im einzelnen ebenfalls erhebliche Auslegungsschwierigkeit bietet), sowie an die Bestrafung der Irreführung der Rechtspflege durch falsche Selbstbezeichnung (Art. 304, Ziff. 1, Abs. 2) und die Ausdehnung der Strafbarkeit auf die Schuldform der Fahrlässigkeit beim diplomatischen Landesverrat gemäss Art. 267, Abs. 3. Gleichzeitig tragen insbesondere die Strafvorschriften gegen den Rechtsirrtum (Art. 20), gegen den Ehebruch (Art. 214)

und gegen die Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit (Art. 261) ihren Kompromiss-Charakter doch allzu offensichtlich zur Schau. Das Bedenklichste bei Art. 214 (Ehebruch) ist, dass hier, durchaus in Abweichung vom Regelrecht, der Tod des beleidigten Ehegatten nicht allein das Dahinfallen der Strafverfolgung, sondern auch die Unzulässigkeit des weiteren Vollzuges einer bereits gefällten und in Rechtskraft erwachsenen Strafe nach sich zieht.

c) Eine nicht zu rechtfertigende Vernachlässigung des Gedankens der Generalprävention liegt unserer Auffassung nach vor allem in den Vorschriften über den bedingten Strafvollzug und die bedingte Entlassung. In Sonderheit die ausserordentlich weitgehende Zulassung des bedingten Strafvollzuges kann die rechtsbewährende Funktion der gesetzlichen Strafdrohungen in einer Weise beeinträchtigen, die dem Gedanken der Unverbrüchlichkeit des Rechtswillens schweren Abbruch tut. Dabei ist freilich festzustellen, dass das Bundesgericht dem Art. 41 StGB ohne Zwang eine Auslegung gibt, die die Bedeutung der Generalpräventionsidee sogar noch sehr viel weniger beachtet, als das Gesetz selbst es tut.

Diese wenigen Andeutungen mögen genügen. Wie wir bereits betont haben, erheben wir gegen die These 7 des Referenten keinen grundsätzlichen Widerspruch. Immerhin schien es uns am Platz, doch wenigstens darauf hinzuweisen, dass die erstrebte Verwirklichung der Rechtsstaatspostulate dem Gesetzgeber in verschiedener Hinsicht doch nicht so völlig gelungen ist, wie Herr Picot es anzunehmen scheint. Insbesondere erachten wir eine gründliche Durchsicht des dem Staatsschutz dienenden Strafrechtes nach Wiedereintritt einigermassen normaler Verhältnisse als unabewisliche Notwendigkeit. Bei diesem Anlass wird sich auch Gelegenheit geben, zu der von Prof. Schindler aufgeworfenen Frage einer Ausdehnung des strafrechtlichen Staatsschutzes durch die ordentliche Gesetzgebung im Sinne des BRB vom 5. Dezember 1938 Stellung zu nehmen.

III. Zum Schluss gestatten wir uns noch einige kurze Bemerkungen zu zwei andern Thesen des Herrn Referenten.

a) Wenn wir die These 6A richtig verstehen, so soll darin zum Ausdruck gebracht werden, dass eine Rechtspräsumption zugunsten der Zurechnungsfähigkeit eines Beschuldigten bestehe. Diese Annahme wäre jedoch unrichtig. Allerhöchstens kann man mit Hafter (Lehrb. Allg. T., S. 103) und mit Thormann-von Overbeck (Kommentar, Note 3, zu Art. 10) von einer faktischen Vermutung sprechen. Auf alle Fälle aber wird eine solche Vermutung durch den geringsten Zweifel zerstört, ohne dass etwa dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger eine Beweislast obliege, und es ist, nach dem Grundsatz *in dubio pro reo*, dann, wenn dieser Zweifel nicht behoben werden kann, die Zurechnungsfähigkeit als fehlend zu erachten.

b) Den in These 8C und vor allem auf den Seiten 271a ff. des Referates zum Ausdruck gebrachten Bedenken gegen die administrativen Zwangsversorgungen auf Grund kantonalen Rechtes, lässt sich u. E. am ehesten durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit begegnen; denn diese Einrichtung erlaubt eine Überprüfung der Entscheide des obersten Exekutivorgans durch den Richter ohne weiteres. An eine noch stärkere Einschränkung der kantonalen Gesetzgebungshoheit denkt gewiss auch Herr Picot nicht.

Ich bitte Sie, meine Herren, alle diese Bemerkungen nicht etwa als Kritik am Referat, sondern als blosse Ergänzungen hiezu aufzufassen.

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

Dr. Charles Gilliéron, avocat, Chef de la sûreté vaudoise, Lausanne:

Nos premiers mots seront pour féliciter vivement l'éminent rapporteur, qui, malgré ses occupations absorbantes, a pu se concentrer et nous présenter un travail des plus

instructifs. Il est rare aujourd’hui que le juriste praticien, à quelques exceptions près, ait la possibilité de reprendre la base même de sa science, d’en discuter les raisons, les causes premières et les effets. C'est tout particulièrement rare chez le pénaliste. C'est pourquoi la Société suisse des juristes a été si bien inspirée en choisissant ce sujet.

Comme l'a fort bien dit le rapporteur, l'Etat fondé sur le droit est l'Etat qui respecte le principe de la communauté de volontés libres. Suivant les climats, les moments, suivant les antécédents historiques, suivant la structure intime du peuple, les solutions de droit public, pénal, privé, peuvent être différentes.

Il y aurait là un développement intéressant à faire quant à l'action de l'opinion publique sur l'Etat fondé sur le droit et le droit pénal. On verrait que le droit en vigueur dans un Etat donné à un moment donné n'est que la cristallisation des désirs de l'opinion publique. La coutume, la jurisprudence, l'usage, le pouvoir législatif n'ont fait que de donner à ces désirs une forme juridique.

Par opinion publique, il ne faut pas entendre l'opinion de la foule: une fois la foule dispersée l'opinion publique reste. Ce n'est pas non plus l'opinion d'un parti, ni le Volksgeist. C'est, d'après Jellinek, l'ensemble des conceptions morales, religieuses, littéraires, économiques qui dominent dans un groupement humain. En bref, puisque nous sommes limité par le temps, l'Etat fondé sur le droit est avant tout un Etat qui vit par l'opinion publique. Montesquieu remarquait qu'il y „a dans chaque nation, un esprit général sur lequel la puissance même est fondée, quand elle choque cet esprit, elle se choque elle-même, ou elle s'arrête nécessairement“.

Que l'on se base sur les doctrines qui accordent à l'Etat le droit d'édicter des règles déduites de normes supérieures ou transcendentales ou sur les doctrines qui repoussent cette conception, on est amené à voir que sous des aspects très divers il y a toujours la réalisation juridique de l'opinion publique.

Lorsque le rapporteur examine dans son travail l'Etat fondé sur le droit et la procédure pénale, il attire fort justement l'attention sur la valeur et la formation du magistrat pénal. Le prof. Graven, dans sa leçon inaugurale, a fait les mêmes remarques. Pour appliquer le droit pénal il faut une formation spéciale. Trop souvent le juge non spécialisé se laisse entraîner à un „excès d'indulgence“. „La clémence a été gaspillée. La société a semblé se réconcilier avec le criminel qui ne cherche pourtant qu'à la détruire, avec le cancer qui vit en elle tout en la rongeant.“

Ces critiques sont fondées. A notre époque, pour beaucoup, le droit civil a pris le pas sur le droit pénal, l'argent et les intérêts sur la liberté et l'honneur. Un sentiment de gêne existe à l'égard du magistrat répressif. On ne se rend pas assez compte de la difficulté de la tâche du magistrat pénal, aussi bien à l'instruction qu'aux débats, de la différence du droit civil et du droit pénal dans l'administration des preuves.

Il faut constater que lorsque la criminalité augmente, comme c'est le cas actuellement, il faut aussi compléter la formation du juge pénal. Le juge d'un niveau élevé aura des jugements mieux adaptés, car les mêmes charges contre un inculpé ne procurent pas à deux juges, l'un spécialiste, et l'autre non spécialisé, le même degré de conviction.

La genèse du jugement pénal mériterait une étude détaillée. Le jugement combine les éléments de l'intelligence, souvent aussi de la sensibilité, avec la volonté. Le juge qui acquitte un accusé ne veut pas, en règle générale, affirmer que l'accusé n'est pas coupable, mais seulement, qu'à son avis, les indices de culpabilité ne sont pas suffisants pour entraîner une condamnation. De même, le juge qui condamne ne veut pas affirmer avec une absolue certitude la culpabilité de l'accusé, mais seulement l'existence d'indices si graves de culpabilité, qu'il ne saurait acquitter l'accusé contre lequel il y a d'aussi fortes présomptions, sans paralyser l'action de la justice et compromettre la sûreté publique.

On voit l'importance de la formation du juge pénal dans l'élaboration du jugement criminel. C'est pourquoi, parallèlement au développement du droit pénal matériel et formel, il faut s'efforcer, déjà à l'Université, d'apporter aux futurs pénalistes des éléments de base de psychologie judiciaire et de criminologie. C'est la même constatation qui était faite dernièrement à l'association zurichoise des juristes. Elle vaut pour toute la Suisse.

Enfin il faut aussi placer cette étude sous le signe de la relativité dans l'application du droit pénal:

Les gouvernements libéraux comme les gouvernements autoritaires se sont tous préoccupés de faire régner un certain équilibre entre la fonction du juge et celle de la loi pénale. C'est aussi que sous le régime accusatoire la liberté d'appréciation du juge est compensée par le faible pouvoir d'investigation qui lui est fixé; sous le régime inquisitoire on a le système inverse. Dans l'ancienne France, par exemple, comme dans les pays inspirés par ce droit, les tribunaux étaient liés par les „preuves légales“, mais la peine était arbitraire. Vous connaissez tous la citation de Joseph de Servan, avocat au Parlement de Grenoble, dans son discours sur l'administration de la justice criminelle en 1766. Les pouvoirs donnés aux juges leur permettaient: a) de punir un fait même non prévu par la loi ou les ordonnances, b) de punir ce fait de peines plus ou moins graves selon leur appréciation personnelle.

Inversement, sous la Révolution, la liberté de la preuve ne s'est trouvée acquise qu'au prix de la „peine fixe“.

Actuellement, certains codes de procédure pénale tout récents semblent revenir au système de la „preuve légale“ alors que le principe de la peine fixe ou relativement fixe disparaît insensiblement.

Nous assistons ainsi au renversement de la marche de ce grand pendule qu'est l'esprit humain, qui, sans se lasser, passe d'un extrême à l'autre, sans jamais s'arrêter à la position d'équilibre, qui ne doit probablement pas être de ce monde.

Edouard Barde, Genève, président du Tribunal de 1ère instance:

Je voudrais revenir brièvement sur la condamnation que M. Picot a prononcée contre certaines mesures administratives édictées par tel ou tel canton, notamment l'internement administratif.

Certes, il est choquant, comme le relève M. Picot, qu'un vagabond, qui ne peut être condamné à une peine d'emprisonnement — fût-elle de quinze jours — puisse se voir privé de sa liberté pour de longues années par le moyen d'un internement . . . que celui qui en est l'objet ressent comme un emprisonnement! C'est d'autant plus choquant que cet internement est prononcé par la voie administrative, laquelle par définition, donne à l'individu moins de garantie que la voie judiciaire.

Mais ce n'est pas en retirant aux cantons la faculté de prendre des mesures de sûreté par la voie administrative qu'on améliorerait la situation: le remède serait pire que le mal, car il en viendrait à désarmer complètement les cantons en les empêchant de sanctionner efficacement leur droit public.

L'anomalie relevée par M. Picot est la conséquence de l'erreur que constitue dans un Etat fédératif comme la Suisse une centralisation aussi poussée du droit pénal que celle qui a été réalisée par le Code Pénal suisse.

Le remède serait à trouver dans une modification de l'art. 335 C.P.S., déjà si souvent critiqué: la compétence devrait être reconnue aux cantons de légiférer pénalement sur toutes infractions à leur droit public. Dès l'instant que les cantons auraient cette faculté ils ne seraient plus obligés de recourir à la voie, souvent peu satisfaisante, des mesures administratives, qui leur est actuellement seule ouverte.

Je rappelle qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation du Tribunal fédéral, même le droit, bien insuffisant, d'édicter des contraventions de police est refusé aux cantons, toutes les fois que l'on se trouve en présence

d'un „silence qualifié“ du C.P.S. C'est ainsi que la disposition de la loi pénale lucernoise qui faisait de la prostitution une contravention de police a été annulée (A.T.F. 68 IV 40). Il est donc évident que ce n'est que par le moyen des mesures administratives qu'un canton qui éprouve le besoin de prendre des dispositions légales, par exemple pour assurer la propreté publique de la rue, pourra sanctionner ces dispositions qui, faute de sanction, resteraient lettre morte.

Pleinement d'accord avec M. Picot quant à ses constatations, j'en tire donc des conclusions opposées aux siennes: il ne faut pas interdire aux cantôns le recours aux mesures administratives, mais leur permettre d'éviter, là où il n'est pas satisfaisant, le recours à la voie administrative en leur rendant l'arme qu'ils doivent normalement posséder pour la sanction de leur droit public, l'arme pénale, qui suppose le recours à la voie judiciaire et à toutes les garanties que donne cette voie.

Dr. Jacques Lefort, avocat, Genève:

Monsieur le Président, chers collègues!

Permettez-moi de faire écho aux belles paroles que M. Picot a prononcées à la fin de son remarquable exposé de ce matin. Dans ses conclusions, M. Picot dit ceci:

„L'Etat fondé sur le droit exige que le droit pénal . . . se préoccupe de la garantie des droits individuels . . .“.

Quelquesuns ont pu penser que ce rappel d'une règle aussi élémentaire était peut-être superflu; c'est en effet une chose qui va de soi. Eh bien non: les droits essentiels de la personne ne sont pas toujours sauvagardés aujourd'hui dans notre pays. Pour vous le montrer, je citerai non pas telle ou telle affaire dont la presse a parlé, mais, à titre d'exemple parmi plusieurs que je pourrais donner, le cas suivant:

Une personne de nationalité suisse, appartenant à une famille très honorable et bien connue, a été, sur l'ordre de l'autorité militaire, arrêtée et mise en cellule, au secret.

Pendant 40 jours elle n'a eu aucun contact avec un représentant du pouvoir judiciaire; elle a été, à 4 ou 5 reprises, interrogée par un agent qui, dans son zèle, lui a fait subir de véritables tortures morales. Le 41ème jour, cette personne a été interrogée par un juge d'instruction militaire, qui a ordonné sa libération immédiate. Par la suite, M. l'Auditeur en chef de l'armée a rendu une ordonnance de non-lieu.

S'il s'agissait d'un cas accidentel, il n'y aurait pas lieu d'en parler ici; mais c'est le cours ordinaire des choses. C'est si vrai que le Conseil fédéral, saisi d'une demande de réparation fondée sur l'art. 122 O.J.P.P.M., a répondu qu'il n'y avait pas lieu de prendre cette demande en considération.

Je vous apporte ce fait, non pour incriminer qui que ce soit, mais pour dénoncer une situation légale intolérable, qui crée un état d'insécurité inadmissible. Cette situation est d'autant plus grave qu'il n'existe aucun recours judiciaire, ni aucune action judiciaire en réparation du préjudice subi.

„Il faut savoir, dit encore M. Picot, combien peut être grand l'ébranlement de la sécurité individuelle dans un pays où le pouvoir exécutif peut arrêter et interner sans contrôle judiciaire.“

C'est le cas chez nous. Aussi longtemps que notre législation présentera de telles lacunes quant aux garanties individuelles, notre pays ne pourra pas se dire un „Rechtsstaat“. Pour sa dignité, pour son renom aussi, il est urgent de remédier à une telle situation. C'est là la tâche des juristes et c'est pourquoi j'ai voulu apporter cette préoccupation aux juristes réunis ici.

Dr. Heinz Häberlin, alt Bundesrat, Frauenfeld :

Gestatten Sie mir einige kurze Bemerkungen zu den Referaten, von denen eines vielleicht noch etwas von der früheren Gegnerschaft zum Schweizerischen Strafgesetz-

buch verspüren liess. Das ist aber durchaus und namentlich deswegen erlaubt, weil auch wir, die Anhänger des Gesetzes, nie bestritten haben, dass auch das Strafgesetzbuch nur Menschenwerk und als solches nicht vollkommen ist. Schon der Entwurf war ja nicht vollkommen, und die Frage ist vielleicht nicht ganz unberechtigt, ob er vollkommener aus den parlamentarischen Beratungen hervorgegangen ist. Will man bei uns ein Gesetz von der Grösse und Bedeutung des Schweizerischen Strafgesetzbuches durchbringen, so sind eben Kompromisse nicht zu vermeiden. Ich erinnere nur an den Abtreibungsartikel, der unter Umständen das Zustandekommen des ganzen Gesetzes hätte gefährden können. Nun ist durchaus in Ordnung, wenn man heute, nach dem Inkrafttreten des Gesetzes, seine Fehler aufdeckt, und ich freue mich, dass dies gerade in diesem Gremium, und zwar in durchaus würdiger Weise geschieht. Insbesondere wird ja auch der hier anwesende Chef des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements mit Interesse von dieser Kritik Kenntnis nehmen. Mit besonderer Freude stelle ich auch immer wieder fest, wie gerade frühere Gegner, insbesondere Gegner aus föderalistischen Erwägungen, sich heute durchaus positiv zum Gesetz einstellen. Dafür danke ich. Nehmen wir aus der heutigen Versammlung den Willen mit, das, was im Gesetz noch fehlerhaft ist, nach Möglichkeit zu korrigieren.

Dr. Pierre Aeby, professeur à l'Université, Fribourg:

Comme M. Picot, dont je partageais les idées, j'ai combattu le C.P.S.; mais après le vote populaire nous nous sommes inclinés et nous avons cherché à tirer de ce Code tout le bien possible.

Je tiens à remercier et à féliciter M. Picot. Je dois dire qu'en lisant son rapport je me suis parfois demandé si nous étions bien, M. Picot et moi, sur le même terrain philosophique, ce que je ne mettais pas en doute auparavant. Je me suis demandé en effet si nous avions la même position de principe à l'égard du droit naturel. Mais aujourd'hui,

après avoir entendu l'exposé oral de M. Picot, je constate que son point de vue est bien celui que je pensais.

Il y a deux acceptations du droit naturel: celle du XVIII siècle, caractérisée par son immutabilité absolue, et celle de l'école chrétienne et thomiste, basée sur Aristote, et illustrée tout récemment encore par des ouvrages du professeur Manser et de Jacques Maritain.

M. Picot a mis à la base de son système philosophique les idées kantiennes. Personnellement, il me paraît douteux que l'on puisse faire une telle confiance à l'école de Kant. Les générations qui l'ont étudiée ont-elles pu s'opposer à la fameuse théorie de l'espace vital?

La seule théorie du droit naturel admissible est bien celle qu'a développée aujourd'hui M. Picot, celle qui repose sur la notion de la personne humaine et admet l'existence d'un ordre préétabli par le Créateur. Dans cette théorie l'homme a le droit de rechercher son bonheur déjà dans ce monde, au sein des deux sociétés mises à sa disposition; la famille et l'Etat.

Les règles de ce droit naturel, immuables dans leur principe, peuvent être variables dans leur application. Par exemple, la règle „Pacta sunt servanda“ est infirmée par celle de la „Clausula rebus sic stantibus“. Cela est normal car lorsque le droit naturel pose un principe, il ne manque pas de lui apporter un correctif lorsque celui-ci est dicté par une saine raison.

Prof. A. Simonius, Basel:

Heute das Wort zu ergreifen, hatte ich nicht die Absicht. Nachdem nun aber Herr Picot den Anteil, der mir bei der Wahl des Themas zufiel, verraten hat, fühle ich mich gedrängt, meiner Freude Ausdruck zu geben über die vortrefflichen Referate, zu denen diese Wahl geführt hat. Ich danke insbesondere Herrn Picot. In eindrücklicher Weise legte er uns eine erneute Besinnung auf den Rechtsstaat nahe, den Rechtsstaat, der seinen Namen deshalb

verdient, weil er sich dem Gebot der Achtung vor der Würde des Menschen unterwirft. Hervorgehoben sei auch die Art, wie Herr Picot zu zeigen verstand, dass die strafrechtlichen Schulen im neunzehnten Jahrhundert das jenem Gebot entsprechende Gerechtigkeitsprinzip der vorhergehenden Zeit keineswegs zu erschüttern vermochten, dass vielmehr die Ergebnisse der neueren Wissenschaft, soweit sie die Erkenntnis wirklich vertiefen, die Geltung des Prinzips gerade bestätigen. So will auch das eidgenössische Strafgesetzbuch nicht ganz davon abweichen. Herr Schindler hat in meisterhafter Weise auf die Gefahren hingewiesen, die dem Rechtsstaat gegenwärtig drohen, und die strafrechtlichen Mittel genannt, um ihnen zu begegnen. Der Schutz des Rechtsstaates durch das Strafrecht ist eine wichtige Seite des Problems. Ich gestehe jedoch, bei der Wahl des Themas mehr an die andere Seite gedacht zu haben, die Herr Picot vorwiegend beleuchtete, an den Schutz des Rechtsstaates gegen das Strafrecht. Herr Ludwig hat die Sorgen, die auch mich bewegen, mit seiner Sachkenntnis unterstrichen. Die weiten Strafrahmen des eidgenössischen Gesetzes, vor allem aber sein Abstellen auf die Gesinnung, deren Überbetonung noch zu verstärken in der Doktrin bisweilen eine Neigung zu bestehen scheint, könnten, namentlich in Zeiten leidenschaftlicher Erregung, die uns möglicherweise bevorstehen, Anlass zu willkürlichen Entscheidungen geben, die den Rechtsstaat zu untergraben vermöchten. Wenn unsere Aussprache als Mahnung wirkt, der Grenzen einer menschlichen Justiz bewusst zu bleiben, die nie imstande ist, den Täter ganz auf Herz und Nieren zu prüfen, und darum doch in erster Linie an den Erfolg der Tat sich halten muss, wird sie für das Gedeihen unseres Rechtsstaates in der Zukunft von Nutzen sein.

Dr. Edouard Krafft, avocat, Lausanne:

M. Picot a soulevé dans son rapport la question de l'internement administratif.

Nous n'avons pas ici à critiquer la législation d'un canton ou d'un autre, d'autant plus que 11 lois cantonales connaissent l'internement administratif.

Mais nous devrions poser le principe valable pour toute la Suisse que personne dans notre pays ne devrait être privé de sa liberté sans une décision judiciaire.

J'avais l'intention de soumettre à notre assemblée un texte de résolution dont je me permets de donner lecture:

„La Société suisse des juristes, réunie à St-Gall, après avoir pris connaissance du rapport de Monsieur le Conseiller d'Etat Albert Picot sur: „L'état fondé sur le droit et le droit pénal“, pose en principe que seule une autorité judiciaire devrait avoir, en Suisse, la possibilité de prononcer des peines privatives de liberté et seulement contre une personne ayant bénéficié de toutes les garanties de la défense, et notamment de l'assistance d'un avocat.

Elle demande en conséquence que les dispositions législatives qui permettent l'internement de justiciables par une autorité administrative soient abrogées.“

Je ne crois pas me tromper en disant que l'affirmation de tels principes serait bienvenue de l'opinion publique.

On m'a dit que le vote d'une résolution n'était pas dans les traditions de la Société suisse des Juristes.

Cela n'est pas tout à fait exact; on a déjà voté des thèses et des résolutions à la Société suisse des Juristes et j'estime qu'on peut le faire sans choquer personne.

Toutefois je m'en rapporte à cet égard à la manière de voir de notre Président.

Von einer Abstimmung über diese Resolution wird abgesehen, nachdem der Präsident erklärt, dass eine ausdrückliche Stellungnahme angesichts des Verlaufes der Aussprache nicht notwendig erscheine. Der Präsident schliesst hierauf die Diskussion, indem er mitteilt, dass die Referenten auf ein Schlusswort verzichten. Er verdankt ihre ausgezeichneten Referate und die Voten der Diskussionsredner.

Mit Akklamation nimmt hierauf die Versammlung die von Herrn Dr. A. Schlatter, Staatsanwalt, Aarau, vorgebrachte Einladung des Aargauischen Juristenvereins an, den Schweizerischen Juristentag 1945 an einem noch zu bestimmenden Ort im Kanton Aargau abzuhalten.

Um 13.00 Uhr schliesst der Präsident die Sitzung.
