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: 74 (1955)

Heft: 7

Rubrik: Protokoll der 89. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 13.12.2025

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

Protokoll der 89. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

vom 24., 25. und 26. September 1955
in Interlaken

Sitzung vom 25. September 1955

im Kursaal Interlaken

Präsident:
Herr Prof. Dr. Hans Huber, Bern

Die Sitzung wird um 08.30 Uhr eröffnet.

I.

Als Sekretäre der Jahresversammlung werden auf Vorschlag des Vorstandes gewählt:

J. Voyame, Bundesgerichtssekretär, Lausanne
U. Stämpfli, Fürsprecher, Interlaken.

II.

Der Präsident hält folgende Ansprache:

Hochgeachteter Herr Bundesrat,
Verehrte Damen und Herren,
Liebe Kollegen,

Zwanzig Jahre sind verflossen, seit unser Treffen das letztemal im Kanton Bern abgehalten wurde. Damals hatten Bundesrichter Stauffer und Gerichtspräsident Henry über die Revision des Bürgschaftsrechts und Bundesrichter Ziegler und Prof. Yung über die Revision der Organisation

der Bundesrechtspflege Bericht erstattet. Beide Gesetzeswerke sind bald nachher ohne große Schwierigkeiten unter Dach gebracht worden, und unsere Gesellschaft darf sich rühmen, an der letzten Interlakener Tagung dafür gute Vorarbeit geleistet zu haben.

Allein trotz ihrer Bedeutung für das Kreditwesen und für den Rechtsschutz waren es doch beschränkte Gesetzeserneuerungen gewesen.

In einem kleinen Kreise ist neulich wiederholt die nachdenkliche Frage besprochen worden, ob wir in der Gegenwart das Zivilgesetzbuch noch zustande brächten, wenn es nicht schon bestünde. Und dazu noch, ohne daß überhaupt das Referendum ergriffen würde? Würden heute noch die Zeitgenossen einem einzigen Mann das Vertrauen schenken und ihn mit der Grundlegung beauftragen? Müßte es nicht von Anfang an, damit ja keine Einflußnahme verpaßt würde, eine fünfzig- oder hundertköpfige Expertenkommission sein, in der doch mehr oder weniger die Interessenvertretung auf Kosten wahrer Berufung zur Gesetzgebung ginge? Würde nicht der Interessenkampf und damit das Trennende in der heutigen Zeit mehr entfacht als vor 1907 und 1912? Würden nicht die z.T. natürlichen Reibungsflächen, die wirtschaftlich-sozialen und die konfessionellen und politischen, mehr zum Vorschein kommen, im Familienrecht, im Erbrecht, im Sachenrecht, im Obligationenrecht?

Tempora mutantur nos et mutamur in illis. Der Zeitgeist, der Geist einer Epoche, der über den einzelnen Menschenleben waltet und doch aus ihnen genährt wird, steht nicht still. So hat eben auch der Glaube des letzten Jahrhunderts an die großen Kodifikationen und ihre Vollständigkeit, ja Vollkommenheit, abgenommen. Das ZGB aber war trotz seiner Eigenart und Zugehörigkeit zum 20. Jahrhundert doch auch eine der letzten großen Früchte dieses Glaubens gewesen.

Dennoch müssen wir uns fragen, ob der Zeitgeist nicht in das Kleine und Kleinliche abgesunken und von Verwirrung in vielen Köpfen begleitet sei. Walther Burckhardt,

einer unserer früheren Präsidenten, hat ihn, auch im Rechtsleben, einen Geist des Byzantinismus geheißen, weil er das Grundlegende übersehe und übergehe.

Doch heute und morgen werden wir nicht über postulierte, jedenfalls nicht über gerade bevorstehende Gesetzesrevisionen beraten. Unsere beiden Themata haben einen deutlichen sozialen Einschlag. Das ist gut so, denn es erlaubt, dem aus völliger Unkenntnis des Laien stammenden Irrtum und Vorwurf zu wehren, daß alle Jurisprudenz formaler Art sei. Mögen wir immer wieder Referenten finden, die einsehen, daß die Gesetze das soziale Leben gleichzeitig anzunehmen und zu meistern haben!

Die vier Berichterstatter haben eine schwere und entsagungsvolle, unter ständigem Zeitdruck stehende Arbeit auf sich genommen. Doch aus diesem Einsatz sind prächtige Gaben für den dauernden Besitzstand der schweizerischen Rechtswissenschaft hervorgegangen. In Ihrem Namen danke ich jetzt schon den Herren Oswald, Ducommun, Barde und Bühler für ihre vortrefflichen Leistungen.

Ich begrüße Sie alle, die Sie in großer Zahl Ihre Teilnahme am schweizerischen Juristentag 1955 zugesagt haben.

Herr Bundesrat Dr. Markus Feldmann, der verehrte Vizepräsident des Bundesrates und Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, hat mir mitteilen müssen, daß er unsern Verhandlungen wegen einer wichtigen Sitzung des Bundesrates nur teilweise werde folgen können; auch den geselligen Anlässen unserer Jahresversammlung kann er zu unserm großen Bedauern nicht ohne Unterbruch beiwohnen. Heute aber dürfen wir ihm doch einen von aufrichtigem Dank begleiteten Gruß und Willkomm entbieten. Ich begrüße Sie, Herr Bundesrat, in Ihrer Würde und mit Ihrer Bürde, in Ihrer Würde mit der Achtung, die auch in der Demokratie zu zollen dem Staatsbürger überall geziemt, wo noch der Sinn für Rang und Funktion herrscht, und in Anbetracht Ihrer Bürde mit Bewunderung.

Der schweizerische Juristentag 1955 ist eröffnet.

III.

Der Präsident erstattet seinen *Jahresbericht* über das 94. Vereinsjahr (1954/55):

Seit wir an dem unvergeßlichen Juristentag von Schwyz auseinandergegangen waren, vollzogen sich die Geschäfte unserer Gesellschaft wiederum in den gewohnt ruhigen Bahnen. In ihnen wird nicht offenkundig, wie stark sich gegenwärtig das soziale Leben, nicht immer zu Nutz und Frommen der menschlichen Persönlichkeit, vor allem unter dem Druck der technischen Revolution und der Massenzivilisation, wandelt, und dabei das Recht und das Rechtsleben buchstäblich in Mit*leiden*schaft zieht. Nur etwa die Auswahl eines neuartigen Verhandlungsgegenstandes läßt den Umbruch ahnen, dem selbst das in seinem innersten Wesen konservative Recht als schwacher oder im Gegenteil als lenkungskräftiger Ordnungsfaktor ausgesetzt ist. Werden wir in fünf oder in zehn Jahren über ein werdendes Atomenergierecht beraten?

Der Mitgliederbestand betrug am 6. September 1954 1635. 17 Hinschieden und 28 Austritten stehen 46 Eintritte gegenüber, so daß heute ein äußerst bescheidener Zuwachs von 1 Mitglied zu buchen ist.

Unter den Getreuen, deren Tod wir beklagen, finden sich diesmal besonders viele Juristen, die sich als Forscher und Lehrer oder als Magistrate im Dienste für das Recht und für das Land hervorgetan haben.

Am 4. März 1954 starb in Frauenfeld Dr. *Alfred Kramer*, der auf Wunsch vieler thurgauischer Juristen in vorgerückteren Jahren, nach längerer Ausübung des Anwaltsberufes, in das Obergericht seines Kantons gewählt worden war. Im Richterkollegium wurden sein Tatsachensinn, sein unbestechlicher Wille, sein warmes Herz für Bedrängte und seine Rechtskenntnisse hochgeschätzt.

Der aus St. Gallen stammende, am 17. Juni 1954 verstorbene Dr. *Ulrich Oertli* war vor seiner Ernennung zum

Direktor der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt Rechtsanwalt, juristischer Experte und Chef der Rechtsabteilung der genannten Anstalt gewesen. In diesen Stellungen entfaltete er eine segensreiche Tätigkeit für einen der ältesten Zweige der schweizerischen Sozialversicherung. Einige bedeutsame gesetzgeberische Neuerungen gehen auf seinen Anstoß und seine Vorarbeit zurück, und er veröffentlichte auch eine Anzahl wissenschaftlicher Arbeiten über sein Fachgebiet.

Die Leser dieses Berichtes erinnern sich, welchen tiefen Eindruck es machte, als Bundesrat Dr. *Josef Escher* am 9. Dezember 1954 während der Verhandlungen des Nationalrates durch den Tod abberufen wurde, nachdem seine Gesundheit schon geraume Zeit vorher unter dem Druck und der Last der Arbeit zu leiden begonnen hatte. Als Bergbauernbub auf dem Simplon aufgewachsen, hatte Escher nach seinen juristischen Studien ein Anwaltsbureau in Brig geführt und war dann rasch auch in hohe Ämter seines Heimatkantons Wallis gewählt worden; viele Jahre hat er namentlich auch dem Nationalrat angehört, wo er sich als Politiker und Jurist großes Ansehen erwarb. Als Vorsteher des Eidgenössischen Post- und Eisenbahndepartementes wandte er sich mit Energie und Einfühlungsgabe einer Reihe dringlicher Aufgaben dieses Ressorts zu. Mitglied unseres Vereins war er seit 1937 gewesen.

Ebenfalls im Dezember 1954 starb in La Tour-de-Peilz (Waadt), offenbar in großer Zurückgezogenheit, *Walter J. Haller*, Avocat.

Im Alter von 79 Jahren verschied in Zürich am 16. Dezember 1954 Professor Dr. *August Egger*, treues und tätiges Mitglied unseres Vereins schon seit 1905, bevorzugter Schüler Eugen Hubers, einflußreicher und geliebter Lehrer mancher Juristengeneration, gründlicher Kenner der schweizerischen Zivilrechtskodifikation und ihres Werdeganges, ihrer sozialen Grundprobleme und ihres ethischen Gehaltes. 1905 zum Ordinarius an der rechts- und staatswissenschaft-

lichen Fakultät der Universität Zürich befördert, hatte er mit Auszeichnung das Amt des Rektors inne, als dort das neue Universitätsgebäude eingeweiht wurde. Sein Ruhm gründet sich zu einem guten Teil auch auf die beiden meisterhaften, wohldurchdachten Kommentare zum Allgemeinen Teil und Personenrecht und zum Familienrecht des ZGB, die unerschöpfliche Fundgruben darstellen. Professor Egger, der aus dem st. gallischen Fürstenland stammte, nahm als überzeugter Demokrat auch mit Wachsamkeit Anteil an den innenpolitischen Vorgängen und Entscheidungen und war ein leidenschaftlicher Vorkämpfer für Frieden und Völkerverständigung.

Dr. *Paul Speiser*, Advokat und Notar in Basel, war ein Sohn von Nationalrat und Professor Paul Speiser, des verdienten Ehrenmitgliedes unserer Gesellschaft. Eine Zeit lang hatte er im Diplomatischen Dienst der Eidgenossenschaft gestanden. 1901 trat er in seiner Vaterstadt in das bekannte Advokaturbureau Vonder Mühll und Grüninger ein; im gleichen Jahr wurde er Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins. Während vieler Jahre war er Vorsitzender der Notariatskammer und Mitglied des Ehrengerichtes derselben. Als Vertrauensmann der Liberalen Partei wirkte er von 1914 bis 1928 auch im Großen Rat von Basel-Stadt. Am 21. Dezember 1954 verschied er, betrauert von Familie, Freundeskreis, Kollegen und Rechtsuchenden, im Alter von 79 Jahren.

Dr. *Rudolf Keel* war am 1. November 1875 als Sohn eines st. gallischen Landammanns geboren worden und war nach Studien in München, Berlin, Freiburg und Bern kurz hintereinander als Advokat, zweiter Staatsanwalt und Kantonsrichter tätig gewesen. Im Jahr 1921 wechselte er in St. Gallen zur städtischen Exekutive hinüber und verwaltete als Stadtrat mit Hingabe und Umsicht während mehr als 20 Jahren das Vormundschafts- und Armenunterstützungswesen. Seine grundsatztreue und loyale Art wurde weitherum geschätzt. Während drei Dezennien war er Mit-

glied der kantonalen Legislative, die er 1934/35 präsidierte. Gerne erzählte er von der Grenzbesetzung im ersten Weltkrieg, als er ein Toggenburger Bataillon kommandiert hatte. Dem Juristenverein war er 1921 beigetreten.

In Riehen bei Basel schied am 31. Januar 1955 Oberstkorpskommandant Dr. *Heinrich Iselin* im 67. Lebensjahr dahin, der von 1941 bis 1947 Kommandant der 4. Division und von 1947 bis 1953 Kommandant des 4. Armeekorps gewesen war, ein überlegener Truppenführer und klarer Denker, von dem auch dank seiner Charaktereigenschaften und christlichen Gesinnung eine moralische Kraft ausstrahlte. Vor dem Beschreiten seiner militärischen Laufbahn der höchsten Grade hatte er in Basel als Jurist praktiziert und sich um Werke der Gemeinnützigkeit verdient gemacht; auch hatte er daselbst als Mitglied der Freiwilligen Akademischen Gesellschaft und der Kuratel tätigen Anteil am Gedeihen der Universität und insbesondere der Juristenschulung im humanistischen Geist genommen. Schon 1920 hatte er für den Schweizerischen Juristenverein als Mitglied gewonnen werden können.

Karl Muheim, Fürsprech und Notar in Altdorf, war als Sohn eines Landammanns und Ständerates 1887 geboren worden. Nach Hochschulstudien in Bern, Freiburg i. B. und Heidelberg eröffnete er ein zur Blüte gelangendes Advokaturbureau im Urner Kantonshauptort. Doch es zog ihn auch bald in das öffentliche Leben und in die Wirksamkeit für die Gemeinwesen. Nach kurzer Zugehörigkeit zum Ständerat war er von 1931 bis 1947 Nationalrat. Viele Jahre saß er im Urner Landrat, dessen Vorsitz ihm 1928/29 übertragen wurde. Aus seiner umfassenden humanistischen Bildung heraus floß sein Interesse für das Erziehungswesen, besonders für die Mittelschule. Außer dem kantonalen Erziehungsrat gehörte er sodann dem Bankrat der Kantonalbank, den er seit 1940 präsidierte, und dem Verwaltungsrat der Schweizerischen Nationalbank an. Sein Todestag ist der 7. Februar 1955.

Der am 20. Februar 1955 verstorbene Bundesanwalt und Professor Dr. *Werner Lüthi* hatte während mehr als drei Jahrzehnten im Justizdienst der Eidgenossenschaft gestanden, zuerst als Mitarbeiter von Bundesanwalt Stämpfli. Er war ein ausgezeichneter Kenner des Bundesstrafprozeßrechtes und, schon vor der Vereinheitlichung, des Bundesstrafrechtes. Eine Vorliebe besaß er sodann für die Probleme des Staatsschutzes. Als Adjunkt des Bundesanwaltes und als Bundesanwalt kam er in die Lage, einige heikle und große Bundesstrafprozesse mit der von ihm bekannten Gewissenhaftigkeit zu führen. Zahlreiche monographische Arbeiten, die namentlich in Zeitschriften zerstreut sind, zeugen auch von seiner Schaffenskraft.

In Genf wurde am 10. März 1955 alt Staatsrat *Paul Lachenal* aus dem Leben abberufen, nicht lange bevor auch sein Associé und Freund Professor Eugen Borel dahinschied. Paul Lachenal war Mitglied unserer Gesellschaft seit 1919 und lange Zeit einer der treuesten Besucher der Juristentage. Er nahm warmen Anteil an unsern wissenschaftlichen Bemühungen, und blieb durch viele freundschaftliche Beziehungen auch mit Kollegen der deutschen Schweiz verbunden. 1943 referierte er neben Prof. Oswald in Freiburg über «La séparation des pouvoirs dans la Confédération suisse spécialement au point de vue de la délégation du droit de légiférer». In Genf war er Teilhaber eines der bekanntesten Anwaltsbureaux, und als Mitglied des Staatsrates hatte er dem Erziehungsdepartement mit Hingabe und Energie vorgestanden.

Dr. *Ulysse Rezzonico*, Bundesgerichtsschreiber italienischer Sprache, ist am 25. März 1955 in einem Alter gestorben, in dem andere die Jahre der fruchtbarsten Arbeit noch vor sich haben; eine bösartige Krankheit entriß ihn zu früh seiner Familie und dem obersten Gericht, das ihn hochschätzte. Er war eine dem Lärm der Welt abgekehrte, stille, christlich-gläubige Persönlichkeit, die beruflich in ausgefeilter Urteilsredaktion ihr Bestes gab.

Am 11. April 1955 starb der thurgauische Baudirektor und erste Sozialdemokrat in der Kantonsregierung, Regierungsrat Dr. *August Roth*. Nach dem thurgauischen Anwaltsexamen 1918 und weiterer Ausbildung in einem bekannten Bureau in Rorschach eröffnete er 1922 eine eigene Praxis im Industrieort Arbon, wo er bald nachher auch Bezirksgerichtspräsident, Ortsgemeindepräsident und Gemeindeammann der Munizipalgemeinde wurde. Ferner wählte ihn das Vertrauen seiner Gesinnungsgenossen in den Großen Rat und in den Nationalrat. Im Regierungsrat, dessen Mitglied er seit 1941 war, und außerhalb desselben, genoß er ein erhebliches Ansehen. Er war eine fröhliche, gesellige und heimatverbundene Natur, die in ihren Ämtern viel klugen Verstand an den Tag legte.

Am 6. Mai 1955 ist in Zürich Dr. *Samuel Bickel* heimgegangen. Er hatte nach Studien in Zürich, München und Straßburg die Laufbahn des Untersuchungsrichters und öffentlichen Anklägers eingeschlagen. Während 24 Jahren war er Bezirksanwalt, zuletzt Geschäftsleiter der Bezirksanwaltschaft Zürich, dann während 15 Jahren Staatsanwalt, zuletzt, von 1935 bis 1939, erster Staatsanwalt. Im Ersten Weltkrieg hatte er mit Umsicht als eidgenössischer Untersuchungsrichter viele umfassende Erhebungen in politischen Strafsachen durchgeführt. Er war trotz seinem ausgeprägten Rechtssinn ein milder, gütiger und frohmütiger Mensch, dessen Persönlichkeitsbild ganz und gar nicht mit dem übereinstimmt, das etwa in Romanen und Filmen von einem Staatsanwalt verbreitet wird.

Auf einer beruflichen Reise in Österreich starb am 26. Mai 1955 plötzlich Dr. *Edoardo Raphaele Sassella*, Rechtsanwalt in Zürich, Mitglied des Juristenvereins seit 1930, ein Tessiner, der auch während seines langen Wohnsitzes nördlich der Alpen das südliche Temperament und die leichtere ennetbirgische Lebensart nicht verleugnete. Als Rechtsanwalt beschäftigte er sich weniger mit forensi-

schem Auftreten als mit den Aufgaben der Konsultation gegenüber Gesellschaften und Verbänden, die er z. T. selber gegründet hatte.

Eine unter den Spezialisten des internationalen Rechts in vielen Ländern berühmte und verehrte, aber auch in der Schweiz hochangesehene Juristenpersönlichkeit war Professor Dr. *Eugen Borel* in Genf, der Senior des Schweizerischen Juristenvereins (Mitglied seit 1888), der am 18. Mai 1955 im hohen Alter von 93 Jahren gestorben ist. Er hatte ab 1906 an der Genfer Universität den Lehrstuhl für allgemeines und schweizerisches Staatsrecht und dann auch für Völkerrecht inne und war in großen zwischenstaatlichen Streitigkeiten als Schiedsrichter oder Vermittler betraut worden; von 1928 bis 1939 gehörte er dem permanenten Haager Schiedshof an. In den Sessionen des Institut de Droit international trat er oft als Referent oder wohlunterrichteter Votant hervor. Von 1912 bis 1932 wirkte er im Militärkassationsgericht. Nicht weniger als zu drei Malen hat er an Juristentagen das französische Referat übernommen (1888 über die Verantwortlichkeit von Staat und Gemeinden für angerichteten Schaden, 1902 über die Grundlinien eines Gesetzes gegen die Doppelbesteuerung, 1910 über die Einbürgerung der Ausländer in der Schweiz).

Dr. *James Vallotton*, Advokat in Lausanne, verschieden am 5. Juni 1955, wird manchen unserer Mitglieder auch besonders als Kenner und Bearbeiter von Fragen des internationalen Rechts bekannt gewesen sein. Er wurde in ehrenvoller Weise sogar in das Institut de Droit international aufgenommen, das ihn später zu seinem Vizepräsidenten ernannte. Er wandte sich mit besonderem Eifer den Rechtsfragen des internationalen Schiffsverkehrs zu. Eine Zeitlang war er Deputierter im waadtländischen Großen Rat. Er erreichte das Alter von 85 Jahren. Dem Schweizerischen Juristenverein gehörte er seit 1925 an.

Die Neuaufnahmen verteilen sich wie folgt auf die Kantone:

Zürich:

Frau Dr. Ruth Biedermann-Naef, Winterthur
Dr. Hermann Brassel, Sekretär der Direktion der Fürsorge und der AHV-Rekurskommission des Kantons Zürich
Dr. Marc Werner Fernand Christen, Rechtsberater, Zürich
Emanuel Gutmann, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Jos. Theodor Kern, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Erich Richner, Fürsprech, Zürich
Dr. Hans Ulrich Ryser, Fürsprech, Zürich
Dr. Hansjakob Schmid, Zürich
Dr. Dietrich Schindler, Zollikon
Dr. Hans Rudolf Schwarzenbach, Rechtsanwalt, Erlenbach

Bern:

Dr. Richard Bäumlin, Hochschulassistent, Bern
Dr. Peter Binswanger, Sektionschef des Bundesamtes für Sozialversicherung, Bern
Dr. Pascal Buclin, Bern
Jean Chappuis, avocat, Porrentruy
Jean-Daniel Ducommun, licencié en droit, Berne
Dr. Hans Gautschi, Oberrichter, Bern
Pierre Jolidon, docteur en droit, avocat, Berne
Otto Peter, Obergerichtspräsident, Bern
Hans Ziegler, Direktor der Eidg. Militärversicherung, Thun

Luzern:

Dr. Anatol Schmid, Sekretär des Eidg. Versicherungsgerichts, Luzern

Basel-Stadt:

Dr. Lukas Burckhardt, Basel
Dr. Walter Flügel, Vorsteher des Erbschaftsamtes Basel-Stadt
Dr. Paul Gloor, Delegierter der Bell AG., Basel

Dr. Paul Holliger, Advokat, Basel
Dr. Rudolf Th. Sarasin, Advokat, Basel

Basel-Landschaft:

Dr. phil. Rudolf Schwab, Advokat, Sissach

St. Gallen:

Dr. Felix Walz, Rechtsanwalt, St. Gallen

Aargau:

Dr. Eduard Jöhr, Oberrichter, Baden
Dr. Max Sandmeier, Fürsprech und Notar, Aarau

Thurgau:

Dr. Hans Brunner, Staatsanwalt, Frauenfeld
Dr. Max Ehrenzeller, Rechtsanwalt, Steckborn
Dr. Hans Kolb-Steiner, Frauenfeld
Paul Müller, Rechtsanwalt, Frauenfeld
Dr. Rolf Weber, Gerichtspräsident, Arbon
Dr. Eugen Züst, Frauenfeld

Ticino:

Dott. Giordano Borradori, Chiasso
Dott. Gerardo Broggini, Locarno
Dott. Giuseppe Greppi, Pretore di Lugano-Città

Vaud:

Claude Bonnard, docteur en droit, secrétaire du Tribunal fédéral, Lausanne
Eric Del Bianco, docteur en droit, avocat, Lausanne
Jean Huber, docteur en droit, substitut du procureur général, Lausanne
Hans-Jörg Kohli, avocat, La Tour-de-Peilz

Genève:

Gustave Barbey, avocat, Genève
Jacques Guyet, avocat, Genève
Claude Lacour, avocat, Genève
Renaud Barde, avocat, Genève

Der Vorstand hat nur zwei, freilich mit Traktanden stark belastete Sitzungen abgehalten, die erste am 29. Januar 1955 in Bern, die zweite am 24. September 1955 in Interlaken. Zahlreiche Fragen konnten auf schriftlichem Weg behandelt werden.

Besondern Dank schuldet unsere Gesellschaft auch diesmal dem Archivar, Herrn Emil Laeng, der durch seine gewissenhafte Arbeit eine Stütze des Vorstandes bildet.

In der Zusammensetzung unserer beiden Kommissionen, der Rechtsquellenkommission und der Forschungskommission, ist nichts geändert worden.

Die Preisaufgabe: «Der Schutz der wohlerworbenen Rechte auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts» ist leider von niemand in Angriff genommen und gelöst worden.

Der Vorstand hat auch diesmal frühzeitig die Themata des Juristentages 1957 bestimmt. Ihre Bekanntgabe schon jetzt ist den Mitgliedern vielleicht willkommen:

1. Das Recht der Volksinitiative
2. Das Stockwerkseigentum.

Referenten werden sein: Für das erste Thema Prof. Dr. Werner Kägi, Zürich, und Louis Dupraz, Advokat, Freiburg, für das zweite Prof. Guy Flattet, Lausanne, und Privatdozent Dr. Hans Peter Friedrich, Basel. Wir danken diesen Kollegen schon jetzt für ihre Bereitwilligkeit.

Der Vorstand hat beschlossen, fortan regelmäßig die Juristen des Fürstentums Liechtenstein als Gäste zu unsern Tagungen einzuladen, die sich um diese Stellung bewerben, und ihnen unsere Veröffentlichungen zu einem herabgesetzten Preis zu überlassen.

Das Gesamtergebnis der Mitgliederbeiträge wurde im vorletzten Vereinsjahr zu ungefähr 75% durch die Auslagen für den Druck der wissenschaftlichen Referate aufgezehrt. In andern Jahren war das Verhältnis z. T. noch schlimmer gewesen. Dabei erhalten die geistigen Urheber der wertvollen Arbeiten nicht nur kein Honorar, sondern müssen zumeist noch erhebliche Einkommenseinbußen auf sich nehmen, während die nur an der Reproduktion beteiligten Arbeiter voll gedeckt werden. Der Vorstand hält diesen Zustand unter verschiedenen Gesichtspunkten für ungesund und auf die Dauer für unhaltbar, und er steht unmittelbar vor der Aufnahme eines Meinungsaustausches mit dem obersten Organ des Schweizerischen Nationalfonds über die Möglichkeiten der Abhilfe.

Die schweizerische Vereinigung für Luftrecht, deren Mitglieder fast vollzählig auch unserm Verein angehören, legt andauernd Wert auf enge Beziehungen und berichtet uns regelmäßig über ihre Tätigkeit auf ihrem Spezialgebiet.

Aus unserm Mitgliederkreis ist die Anregung gemacht worden, zur Entlastung der Diskussion über die wissenschaftlichen Referate sollte jeweilen an den Jahresversammlungen am Samstagabend oder am späten Nachmittag eine administrative Sitzung angesetzt werden, in der die alljährlichen Geschäfte wie Jahresbericht, Kassabericht, Kommissionsberichte, Wahlen usw. möglichst rasch zu erledigen wären. Ihr Vorstand war zuerst für diesen Gedanken eingenommen, mußte sich dann aber davon überzeugen, daß die Durchführung auf Schwierigkeiten stößt, besonders da vermutlich aus verschiedenen Gründen solche administrative Sitzungen schlecht besucht würden.

An der Jahresversammlung 1950 hat der Schweizerische Juristenverein auf Grund von Referaten von Bundesrichter André Panchaud und Prof. Hans Nef über Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde (Les garanties de la constitutionalité et de la légalité en droit fédéral) beraten und die Verwirklichung von vier Postulaten auf dem Gebiete der Verfas-

sungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in einer Resolution als dringlich bezeichnet. Auf Antrag von Bundesrichter Bolla hat er außerdem beschlossen:

> «L'assemblée charge le Comité de poursuivre l'action tendant à renforcer les garanties de la constitutionalité et de la légalité en droit fédéral; il tiendra compte des propositions des rapporteurs ainsi que des opinions exprimées au cours des séances des 10 et 11 septembre 1950.»

Der Vorstand hat diesen ihm erteilten Auftrag auch während des letzten Vereinsjahres nicht etwa vergessen oder gar geringgeschätzt. Er mußte sich aber Rechenschaft davon geben, daß die Vorarbeiten in der Bundesverwaltung für die Verwirklichung der uns sehr am Herzen liegenden Forderungen in der letzten Zeit keine oder keine erheblichen Fortschritte gemacht haben. Auch die Reform des Verantwortlichkeitsrechtes des Bundes, die laut dem Beschluß von Chur von 1953 ebenfalls ein dringendes Anliegen des Juristenvereins ist, scheint nicht mehr wesentlich weiter gediehen zu sein. Die Arbeiter an der Gesetzgebung und ihrer Vervollkommnung leiden heutzutage mehr als je unter Zeitnot, und dafür muß auch der um das Recht besorgte Bürger Verständnis zeigen. Der Vorstand hat den Präsidenten aber doch, in Erfüllung des empfangenen Auftrages, ermächtigt, in seinen Jahresbericht die Bemerkung aufzunehmen, daß es bedauerlich wäre, wenn die bekannte Zeitnot auch die Bewertungsskala dessen verändern würde, was im Vaterlande um des Rechtes, der Gerechtigkeit und der Freiheit willen geboten und dringlich ist.

IV.

Der Sekretär deutscher Sprache verliest den

Bericht der Rechtsquellenkommission an den Schweizerischen Juristenverein über das Vereinsjahr 1954/55:

Der Vorstand des Schweiz. Juristenvereins hat als weiteres Mitglied der Rechtsquellenkommission gewählt Herrn

Prof. Dr. Karl S. Bader, Zürich, welcher diese Wahl angenommen hat.

1. Rechtsquellen des Kantons Bern: Im Berichtsjahr ist erschienen die erste Hälfte des Bandes IV der *Rechtsquellen der Stadt Bern* (Quellen über den äußeren rechtlichen Aufbau des Staates Bern von 1415 bis zur Reformation). Der Text der zweiten Hälfte ist gesetzt, das Register zu den beiden Halbbänden jedoch noch nicht. Druck und Einband der ersten Hälfte kosten Fr. 24 709.10. Der Beitrag des Friedrich-Emil-Welti-Fonds an den ganzen Band IV sowie an die druckfertigen *Rechtsquellen von Interlaken* ist mit Fr. 42 000.– dem Rechtsquellenfonds überwiesen worden; ebenso die Subvention des Staates Bern für die genannten Bände, mit Fr. 17 500.–. Mit dem Druck der Rechtsquellen von Interlaken dürfte in absehbarer Zeit begonnen werden.

2. Rechtsquellen des Kantons Fryburg: Die von Prof. Dr. A. Bruckner besorgte Ausgabe von *Fryburger Notariatsformularen* konnte noch nicht erscheinen. Ein Gesuch an den Staatsrat des Kantons Fryburg, vom 12./13. September 1953 um eine Subvention ist noch nicht beantwortet worden.

3. Rechtsquellen des Kantons Graubünden: Der Druckvertrag für die von Frau Dr. Elisabeth Meyer-Marthaler, Frauenfeld, bearbeitete *Lex Romana Curiensis* nebst Beigaben konnte mit H. R. Sauerländer & Co., Aarau, abgeschlossen werden, nachdem der Nationalfonds für wissenschaftliche Forschung an die Kosten einen «teilweise rückzahlbaren» Beitrag von Fr. 15 600.–, der Kanton Graubünden Fr. 3600.– und der Friedrich-Emil-Welti-Fonds Fr. 2400.– zugesichert hatten. Der Satz hat begonnen; Druck und Einband werden ungefähr Fr. 24 000.– kosten.

4. Rechtsquellen des Kantons Tessin: Der Große Rat des Kantons Tessin hat am 9. November 1954 für Herausgabe der *Fonti della storia ticinese* einen Kredit von jährlich Fr. 20 000.– für fünf Jahre ausgesetzt. Dies gemäß Vorschlag des kantonalen Erziehungsdepartements, dessen Vorsteher, Staatsrat Dr. Brenno Galli, auch unseren Quel-

lenausgaben volles Verständnis entgegenbringt. Bei der bereits begonnenen Sammlung der Geschichtsquellen werden jeweilen die Rechtsquellen ausgeschieden, damit sie in unserer Sammlung publiziert werden können. Kantonsrichter Dr. Aldo Camponovo und der Unterzeichnete sind vom Staatsrat des Kantons Tessin in eine Commissione di periti für die Fonti della storia ticinese gewählt worden. So wird der Zusammenhang dieses Werkes mit unserer Sammlung hergestellt werden können. Mögen andere Kantone dem Beispiel des Kantons Tessin folgen!

Interlaken, den 25. September 1955

Namens der Rechtsquellenkommission:
Rennefahrt

V.

Es wird hierauf verlesen der

Bericht der Forschungskommission des Schweizerischen Juristenvereins für den Nationalfonds über das Vereinsjahr 1954/55:

1. Dem von der Forschungskommission noch im letzten Berichtsjahr behandelten Gesuch der Rechtsquellenkommission um einen Beitrag von Fr. 15 600.– an die Druckkosten einer neuen Edition der *Lex romana curiensis* und weiterer umfangreicher Stücke ihres Quellenkreises, bearbeitet von Frau Dr. phil. *Elisabeth Meyer-Marthaler*, Frauenfeld, hat der Nationale Forschungsrat am 18. November 1954 entsprochen.

2. Auf internationaler Basis wird die Neubearbeitung in stark erweitertem Umfang von *Savignys* großem und grundlegend gebliebenem Werk «Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter» (6 Bde., 1815 bis 1831, 2. verm. und teilweise umgearbeitete Auflage in 7 Bden., 1834 bis 1851) vorbe-

reitet. Für die Beteiligung der Schweiz an dieser Aufgabe hat sich auf Initiative von Herrn Prof. *Ph. Meylan*, Lausanne, eine Kommission aus Vertretern unserer Universitäten gebildet. Der Arbeitsausschuß besteht aus den Herren Professoren *Philippe Meylan*, *August Simonius* und *Karl Siegfried Bader*. Er hat einen Stab von etwa 15 Mitarbeitern, meist jüngeren Juristen und Historikern, gebildet, welche in einer auf drei Jahre veranschlagten Arbeit, verteilt auf die verschiedenen Landesgegenden und Standorte der Quellen, Untersuchungen über die äußere Rechtsgeschichte und über den Einfluß des römischen auf das einheimische Recht des Mittelalters in der Schweiz durchführen. Aus einer zusammenfassenden Darstellung der Ergebnisse ihrer Arbeit wird sich der schweizerische Beitrag zum «*Neuen Savigny*» ergeben.

Ende November 1954 erhielt die Forschungskommission das Gesuch des Arbeitsausschusses um Gewährung der notwendigen finanziellen Mittel für die Durchführung der genannten Forschungsarbeiten aus dem Schweizerischen Nationalfonds. Dieses Gesuch hat der Präsident der Forschungskommission dem Nationalen Forschungsrat mit einer Eingabe vom 26. Dezember 1954 übermittelt, in welcher er um die Zustimmung ersuchte, daß die Forschungskommission auf Gewährung eines *Gesamtkredites* Antrag stelle und nicht alle einzelnen Gesuche der Mitarbeiter behandle, da die ganze Unternehmung als einheitliches Werk zu betrachten sei, das vom Arbeitsausschuß geleitet werde.

Der Nationale Forschungsrat erachtete die ihm zur Entscheidung dieser Vorfrage unterbreiteten Ausführungen und Unterlagen als ausreichend für die einläßliche materielle Behandlung der Angelegenheit und stellte dem Stiftungsrat, der zur Bewilligung von Beiträgen über 100 000 Fr. zuständig ist, den Antrag, dem Arbeitsausschuß einen Gesamtkredit auf drei Jahre von 150 000 Fr. zu gewähren. Diesen Antrag hat der Stiftungsrat in seiner Sitzung vom 12. Februar 1955 angenommen.

So ist dieses wichtige Geschäft erledigt worden, ohne daß die Forschungskommission als Kollegium sich mit ihr befaßt hat.

3. Die Kommission ist auch in diesem Jahr zu keiner Sitzung zusammengetreten. Gegenwärtig sind bei ihr keine Gesuche hängig. Zwei Gesuche befinden sich in Vorbereitung.

Liebefeld bei Bern, am 2. August 1955

Für die Forschungskommission

Der Präsident:

Liver

VI.

Le trésorier de la Société, Me Louis Dupraz, avocat à Fribourg, donne connaissance à l'assemblée du rapport annuel sur les comptes de l'exercice 1er juillet 1954/30 juin 1955 et du budget du fonds général pour l'année 1955/56:

I. Fonds général

1. Compte de profits et pertes

	1954/1955	1953/1954 p. comparaison
Produits	Fr.	Fr.
Cotisations des membres	22 605.—	23 384.85
Revenus des titres et intérêts bancaires	294.57	301.91
Remboursement impôt anticipé: 1953/1954: 2 ans, 1954/1955: 1 an	87.40	205.80
Vente de publications	2 819.50	51.80
Recettes diverses	78.20	77.80
	25 884.67	24 022.16
Charges		
Frais d'impression	18 735.30	17 143.85
Frais de l'assemblée annuelle	1 820.20	1 801.10
Frais de la Commission de recherches scientifiques	237.80	351.80
Frais divers	1 517.85	983.90
Participation du fonds général au prix attribué à M. Picenoni	500.—	—.—
Moins-value sur portefeuille	545.—	198.11
Solde viré au compte Capital	2 528.52	3 543.40
	25 884.67	24 022.16

2. Bilan au 30 juin 1955 après clôture du compte de profits et pertes

		30 juin 1955	30 juin 1954 p. comparaison
Actif		Fr.	Fr.
Caisse		317.95	315.35
Chèques postaux		22 408.29	19 468.97
Banque Cantonale Vaudoise compte courant «A»		45 388.40	3 426.60
Titres		10 915.—	11 460.—
Actif transitoire		—.—	100.20
		79 029.64	34 771.12
Passif			
Créancier («Fonds spécial»)		42 000.—	—.—
Passif transitoire			
Capital:			
au 30 juin 1954	Fr. 34 171.12		
virement du bénéfice de l'exercice	Fr. 2 528.52	36 699.64	34 171.12
		79 029.64	34 771.12

II. Fonds pour la publication des sources du droit suisse

1. Compte de profits et pertes

	1954/1955	1953/1954 p. comparaison
Produits	Fr.	Fr.
Revenus des titres et intérêts bancaires	2 445.93	2 137.81
Remboursement de l'impôt anticipé . .	779.75	1 651.45
Subvention pour publications des sources du droit bernois provenant de la Fondation Friedrich-Emil Welti	42 000.—	—.—
Subvention de l'Etat de Berne pour les mêmes publications	17 500.—	—.—
	62 725.68	3 789.26
Charges		
Indemnités, frais de banque et divers .	265.98	445.21
Moins-value s/titres	2 375.—	980.—
Frais de publication à charge de l'exercice 1954/55	24 709.10	—.—
Versement à provision pour frais de publications en cours:		
– solde de la subvention de Fr. 42 000.—	17 290.90	—.—
– subvention de l'Etat de Berne . . .	17 500.—	—.—
Solde viré au compte Capital	584.70	2 364.05
	62 725.68	3 789.26

2. Bilan au 30 juin 1955
après clôture du compte de profits et pertes

		30 juin 1955	30 juin 1954 p. comparaison
Actif		Fr.	Fr.
Banque Cantonale Vaudoise compte courant «B»		10 206.—	12 665.60
Titres		94 495.—	97 870.—
Débiteur «Fonds général»		42 000.—	—.—
Actif transitoire		—.—	789.80
		146 701.—	111 325.40
Passif			
Provisions pour publications en cours . .		34 790.90	—.—
Capital: au 30 juin 1954	Fr. 111 325.40		
virement du solde de l'exercice	Fr. 584.70	111 910.10	111 325.40
		146 701.—	111 325.40

III. Fonds du Dr Arnold Janggen

1. Compte de profits et pertes

	1954/1955	1953/1954 p. comparaison
Produits	Fr.	Fr.
Revenus des titres et intérêts bancaires	502.53	504.31
Remboursement de l'impôt anticipé . .	171.90	335.30
Virement au compte Capital pour amortissement	417.30	—.—
	1 091.73	839.61
Charges		
Frais de banque et droit de garde . . .	21.73	21.81
Moins-value sur portefeuille	570.—	190.—
Participation du fonds au prix accordé à M. Picenoni	500.—	—.—
Bénéfice	—.—	627.80
	1 091.73	839.61

2. Bilan au 30 juin 1955
après clôture du compte de profits et pertes

		30 juin 1955	30 juin 1954 p. comparaison
Actif		Fr.	Fr.
Banque Cantonale Vaudoise, compte courant «C»		2 445.70	2 122.10
Titres		20 570.—	21 140.—
Actif transitoire		—.—	170.90
		23 015.70	23 433.—
Passif			
Capital:			
– au 30 juin 1954 . .	Fr. 23 433.—		
– amortissement de la perte de l'exercice	Fr. 417.30	23 015.70	23 433.—

IV. Récapitulation de la situation de fortune de l'ensemble des fonds au 30 juin 1955

	30 juin 1955 Fr.	30 juin 1954 Fr.	+ Augmentation — Diminution en 1954/1955 Fr.
Fonds général			
Compte Capital . . .	36 699.64	34 171.12	+ 2 528.52
Fonds pour la publication des sources du droit suisse: Compte Capital	129 410.10	111 325.40	+ 18 084.70
Fonds du Dr Arnold Janggen: Compte Capital . . .	23 015.70	23 433.—	— 417.30
	189 125.44	168 929.52	20 195.92

Budget du Fonds général pour l'année 1955/1956

	Comptes 1953/1954 Fr.	Comptes 1954/1955 Fr.	Budget 1955/1956 Fr.
Recettes			
Cotisations des membres .	23 384.85	22 605.—	22 500.—
Revenus des titres	301.91	294.57	280.—
Remboursement impôt anticipé	205.80	87.40	80.—
Ventes de publications . .	51.80	2 819.50	—.—
Contribution du Fonds National aux dépenses de la Commission de recherches	—.—	—.—	300.—
Divers	77.80	78.20	60.—
Total des Recettes	24 022.16	25 884.67	23 220.—
Dépenses			
Circulaires et autres imprimés	23 381.30	18 735.30	19 000.—
Assemblée générale . . .	1 801.10	1 820.20	2 000.—
Impôts	25.—	—.—	—.—
Frais de la Commission de recherches scientifiques .	351.80	237.80	300.—
Prix pour travaux	—.—	500.—	—.—
Moins-value sur titres . .	—.—	545.—	—.—
Frais divers	958.90	1 517.85	1 000.—
Total des Dépenses . . .	26 518.10	23 356.15	22 300.—
Excédent de recettes		2 528.52	920.—
Excédent de dépenses . .	2 495.94		

Herr Dr. John Ochsé-Tschudin, Rechtsanwalt, Basel, gibt der Versammlung Kenntnis des Revisoren-Berichtes.

Sehr geehrter Herr Präsident,
Sehr geehrte Herren,

Die unterzeichneten Rechnungsrevisoren haben die Abrechnungen des Quästors über das Vereinsjahr 1954/55 eingehend geprüft. Diese Abrechnungen betreffen:

a) die allgemeine Rechnung des Schweizerischen Juristenvereins;

b) den Fonds für die Publikation schweizerischer Rechtsquellen;

c) den Fonds Dr. A. Janggen.

Die Einnahmen und Ausgaben wurden anhand der Belege im einzelnen nachkontrolliert und richtig befunden. Der Vermögensstand ist durch die Depot-Bestätigungen und Auszüge der Banque Cantonale Vaudoise, die Bestätigung des Postcheckamtes und einen kleinen Kassensaldo nachgewiesen. Die sämtlichen Rechnungen sind sorgfältig und übersichtlich geführt.

Wir beantragen, die Rechnungen in allen Teilen zu genehmigen, dem Quästor für seine Dienste den besten Dank der Versammlung auszusprechen und ihm Decharge zu erteilen.

Genf, Basel, 26. August 1954

Philibert Lacroix

Dr. J. Ochsé

VII.

Dem Quästor wird einstimmig Entlastung erteilt.

Der Jahresbeitrag wird auf Antrag des Vorstandes auf der bisherigen Höhe von Fr. 15.– belassen.

Die Herren Philibert Lacroix und Dr. John Ochsé stellen sich für eine weitere Amtsdauer als Rechnungsrevisoren zur Verfügung und werden in ihrem Amte bestätigt.

VIII.

Aus dem Vorstand scheiden der Präsident, Prof. Dr. Hans Huber, und Dr. Felix Staehelin aus. Neugewählt werden auf Vorschlag des Vorstandes die Herren Bundesrichter Giovanoli, Pully-Lausanne, und Dr. Gubler, Rechtsanwalt, Winterthur.

IX.

Zum neuen Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins wählt die Versammlung einstimmig Herrn Bundesrichter Panchaud, Lausanne. Dieser verdankt die Wahl und weist darauf hin, daß vor 50 Jahren letztmals ein Waadtländer den Präsidentenstuhl innehatte.

X.

Als Delegierter des Schweiz. Juristenvereins im Stiftungsrat des schweiz. Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung wird Herr Prof. Dr. Nef, Zürich, bestätigt.

XI.

Die Forschungskommission wird in der bisherigen Zusammensetzung einstimmig wiedergewählt. Herr Dr. Mentha, Mitglied des Forschungsrates, verdankt die Bemühungen dieser Kommission.

XII.

Nach Erledigung der administrativen Geschäfte eröffnet der Präsident die Diskussion über das erste Verhandlungsthema:

«Aktuelle Rechtsfragen aus dem Gebiete der Alters- und Hinterlassenenversicherung».

Das Wort wird zuerst den beiden Berichterstattern, Herrn Dr. H. Oswald, Gerichtsschreiber des Eidg. Versicherungs-

gerichts, Luzern, und Herrn lic. jur. J.-D. Ducommun, Adjunkt des Bundesamtes für Sozialversicherung, Bern, zur Ergänzung ihrer gedruckten Referate erteilt.

Dr. *H. Oswald:*

Aktuelle Rechtsfragen auf dem Gebiete der Alters- und Hinterlassenenversicherung sind zahlreich und mannigfaltig. Das zwingt zur Beschränkung. Ich möchte mich darum nur noch äußern

1. zur Kontroverse administratives Weisungsrecht-Rechtsprechung,
2. zum Problem der wiederholten Revisionen des Bundesgesetzes über die AHV und
3. zur Koordination der Sozialversicherungsgesetzgebung.

Zu Punkt 1: Die Referenten sind sich darin einig, daß die Rechtsprechung den administrativen Weisungen übergeordnet und die Aufsichtsbehörde verpflichtet ist, ihre Direktiven der Judikatur anzupassen. Herr Ducommun ist aber der Ansicht, ausschließlich Sache der Aufsichtsbehörde sei es, zu bestimmen, wann und inwieweit die Weisungen – und damit die Verwaltungspraxis – der Judikatur anzupassen seien. Darin kann ich ihm nicht folgen.

Der Richter wird die Gesetzwidrigkeit einer Verwaltungsweisung nur mit Zurückhaltung urteilsmäßig feststellen. Er will ja nicht die Verwaltung in ihrer Aufgabe behindern, sie nicht leichthin desavouieren. Er wird gelegentlich sogar eine Lösung der Verwaltung gelten lassen, wenn er auch eher einer andern zugeneigt wäre. Aber selbst dann, wenn der Richter einer Weisung der Aufsichtsbehörde nicht folgen will, ist er nicht gezwungen, sie ausdrücklich als gesetzwidrig und damit als unverbindlich zu bezeichnen. Er kann die Tragweite der Weisung mit Hilfe der Interpretation auf den gesetzeskonformen Sinn reduzieren oder erweitern, oder er kann die Wirkung des Entscheides – Spezialfall (cas d'espèce) – für die Verwaltungspraxis auf den konkreten

Streitfall begrenzen. Ein anderer Grund zu betonter Zurückhaltung besteht darin, daß der Richter die Sache endgültig erledigt, wenn er, als ultima ratio, die Gesetzwidrigkeit ausdrücklich klarlegt. Ein Zurück gibt es dann auch für ihn nicht mehr. Abzuwarten, ob sich eine konstante Praxis oder ein Gerichtsgebrauch heranbilde, braucht man jedenfalls nicht.

Sieht sich der Richter aber einmal gezwungen, die klare Gesetzwidrigkeit einer Verwaltungsweisung urteilsmäßig festzuhalten, so darf nicht sein, daß allein die Bundesaufsicht über Zeitpunkt und Umfang der Praxisänderung der Verwaltung befindet.

Würde der Richter zum Beispiel den Ausschluß der Motorrad- oder Rollerfahrten aus der Nichtbetriebsunfallversicherung durch die SUVA als gesetzwidrig erklären, so könnte die SUVA den Ausschluß auch nicht noch für eine gewisse Zeit aufrechterhalten, etwa wegen folgenschwerer Rückwirkungen auf die Prämienordnung.

Gewiß dürfen sich die AHV-Ausgleichskassen nicht von sich aus einer Weisung der Bundesaufsicht entledigen. Es darf ihnen auch nicht zugemutet werden, vom Richter als gesetzwidrig deklarierte Weisungen weiter anzuwenden, also weiter gesetzwidrige Verfügungen zu treffen. Von den Arbeitslosenkassen wird so etwas mit Recht auch nicht verlangt. Eine Kasse, welche die Rechtsprechung respektiert, könnte meiner Meinung nach nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Man ruft heute nach verstärkter richterlicher Verwaltungskontrolle und will damit die wachsende Macht der Verwaltung stärker hemmen. Nicht aber dieses Ziel würde erreicht, sondern gerade das Gegenteil, wenn die Bundesaufsicht allein bestimmen und dadurch ihre Macht demonstrieren könnte, wann und inwieweit die richterlichen Erkenntnisse über die Gesetzwidrigkeit einer Verwaltungsweisung zu beachten seien. Es würde letzten Endes eine *beteiligte* Stelle, gewissermaßen die im Rechtsstreit «unterlegene Partei» darüber befinden, ob mit der vom Richter

festgestellten *Gesetzwidrigkeit* ernst gemacht wird oder nicht – ein Zustand, der die Verwaltungsgerichtsbarkeit ad absurdum führen müßte.

Die heikle Frage, wie es sonst in der AHV mit der präjudiziellen Tragweite letztinstanzlicher Urteile bestellt sei, ist im Referat nicht näher behandelt. Ich begnüge mich hier damit, auf die Gefahr hinzuweisen, daß zu sehr verallgemeinert und schematisiert wird.

Nun zu den Gesetzesrevisionen: Häufige Gesetzesänderungen stören die Entwicklung und den Ausbau der Verwaltungs- und Gerichtspraxis; sie erschweren die rechtliche Orientierung und Übersicht und schaffen Rechtsunsicherheit. Nun scheint es das Schicksal der AHV zu sein, fortwährend Revisionen über sich ergehen lassen zu müssen. Die dritte Revision steht nämlich bevor. Betrachten wir kurz die Verhältnisse in einigen Nachbarstaaten.

Im Bulletin der Internationalen Vereinigung für Soziale Sicherheit Nr. 6/7 1953 beklagt sich der Richter M. J. Menant darüber, daß die Bestimmungen in der französischen Altersversicherung alle zwei bis drei Monate abgeändert werden. Die Konsequenzen lassen sich leicht ausmalen. Hören wir Richter Menant selber: Trotz größter Bemühungen, auf dem laufenden zu bleiben, hätten die Richter bei ihren Urteilen niemals die Gewißheit, daß die Bestimmungen, auf die sie sich stützen, nicht ohne ihr Wissen inzwischen derogiert oder abgeändert worden seien.

In einem offiziellen Bericht – ebenfalls im genannten Bulletin erwähnt – wird gesagt, daß sich auf dem Gebiete der Altersversicherung in Frankreich nur wenige Fachleute fänden, welche die Gesetzgebung voll beherrschten. Es sei überhaupt fraglich, ob in Frankreich auch nur eine einzige Person die gesetzlichen Bestimmungen mit hinreichender Genauigkeit kenne.

Im Bulletin der Internationalen Vereinigung für Soziale Sicherheit Nr. 1 dieses Jahres äußert sich der italienische Professor G. M. Baldi sehr besorgt über die zahlreichen Ge-

setzesrevisionen, die oft zu völliger Ratlosigkeit führten. Auch die deutsche Sozialversicherung dürfte von ähnlichen Erscheinungen nicht frei sein.

Wir dürfen uns kaum damit beruhigen, daß es bei uns doch noch viel besser bestellt sei, weil das Alter- und Hinterlassenenversicherungsgesetz nicht wie das französische Altersversicherungsrecht alle zwei bis drei Monate, sondern «nur» alle drei bis vier Jahre abgeändert wird. Ich halte es also für angebracht, vor den Nachteilen fortwährender Revisionen zu warnen.

Damit soll nicht gegen einen fortschrittlichen Ausbau der AHV Stellung genommen werden. Gesetzesrevisionen sollten aber allerwenigstens mit Bedacht, sorgfältig und auf längere Sicht vorbereitet werden, sonst rufen sie zwangsläufig weiteren Korrekturen.

Vielleicht interessieren bei dieser Gelegenheit aber auch die in den zitierten ausländischen Quellen namhaft gemachten sonstigen *Gefahren*, denen die Sozialversicherung ausgesetzt ist, nämlich

- der politische Druck, den Interessenvertreter und Verbände auf die Verwaltung ausüben;
- die Flut von Rechtsnormen und Verwaltungsweisungen;
- die Überschattung der grundlegenden Rechtsnormen durch Verwaltungserlasse;
- das mangelnde Verantwortungsbewußtsein mancher leitender Funktionäre, welche Akten und Eingaben an die Gerichte nicht mit der erforderlichen Sorgfalt und Sachkenntnis vorbereiten;
- der Mißbrauch, dem nicht mit der nötigen Strenge entgegengetreten werde usw.

Gewiß ist unsere AHV-Verwaltung für die geleistete große Arbeit zu loben und ihr hoch anzurechnen, daß sie sich bemüht, im Verkehr mit den Versicherten jeden autoritären Ton zu vermeiden. Dürfen wir aber frank und frei behaupten, daß sich nicht auch bei uns gelegentlich Symptome der geschilderten Art zeigen, die Befürchtungen erwecken?

Und noch einige Gedanken zur Koordination der Sozialversicherungsgesetzgebung: Bei der Behandlung von Einzel-Problemen der AHV habe ich jeweilen hingewiesen auf abweichende Vorschriften über die gleichen Fragen in andern Gebieten der Sozialversicherung des Bundes. Ich war mir dabei bewußt, daß Vergleiche dieser Art das Referat weder durchsichtiger noch seine Lektüre fließender machen. Und doch hielt ich es für geboten, anhand von Beispielen darzutun, wie zersplittert und unübersichtlich das geltende Recht in diesem noch so jungen Gebiet bereits geworden ist. Das Problem der Koordination des Rechts der verschiedenen Sozialversicherungszweige verdient daher erörtert und gelöst zu werden.

Gestatten Sie mir, auch hier auf analoge ausländische Erscheinungen hinzuweisen. Der genannte Richter Menant qualifiziert das Sozialversicherungsrecht Frankreichs als ein Gestrüpp ineinander verflochtener Bestimmungen, das an das Pflanzengewirr eines undurchdringlichen Urwalds erinnere. – Prof. Baldi vergleicht das Rechtsgebiet aus der Ferne gesehen mit einem imposanten Gebäude, aus der Nähe mit einem unharmonischen Gebilde verschiedenster Stilrichtungen und von innen mit einem Labyrinth.

Was wird hiegegen vorgekehrt? In Italien macht sich ein Forschungsinstitut zur Aufgabe, einheitliche Durchführungsbestimmungen zu schaffen, ja sogar das geltende Sozialversicherungsrecht neu zu ordnen. In Deutschland wurde der Bundesregierung im Mai dieses Jahres eine Denkschrift von vier Fachgelehrten über die Neuordnung der sozialen Leistungen überreicht. – Grundlage aller Neuschöpfungen ist umfassende Planung; dabei sind wissenschaftliche Erkenntnisse auszuwerten.

An der wissenschaftlichen Bearbeitung des Sozialversicherungsrechts fehlt es uns. Es kommt nicht von ungefähr, daß beide Referenten, unabhängig voneinander, hoffen, unsere Rechtsmaterie möge Gegenstand rechtswissenschaftlicher Betrachtung und Forschung werden. Professor Carl Wieland sagte zwar einmal, jedem Gelehrten

(und ich füge bei: auch jedem Praktiker) erscheine die kleine Baustelle, an der er arbeite, als der Weltmeridian; man soll also nicht übertreiben, wenn man eine spezielle Rechtsmaterie bewertet. Und doch lassen sich wesentliche Fortschritte nur erzielen, wenn auch die rechtswissenschaftliche Forschung ihren Teil dazu beiträgt.

Auch der postulierte allgemeine Teil des Sozialversicherungsrechts des Bundes setzt wissenschaftliche Bearbeitung der Materie voraus. Denn bevor man für ein solches Gesetzeswerk Gedanken und Vorschläge zu entwickeln vermag, müssen Grundlagen, Voraussetzungen und Möglichkeiten erforscht, muß überhaupt eine Bestandesaufnahme gemacht werden. Erst dann läßt sich ein Katalog der Elemente eines solchen Werkes aufstellen. Ausgangspunkt wird sein, daß alle Zweige der Sozialversicherung gemeinsam im Gefüge der sozialen Wirklichkeit stehen. Die Aufgaben der verschiedenen Zweige sind keineswegs so unabhängig voneinander, daß eine ordnende Überlegung entbehrlich wäre.

Man könnte einwenden, der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Bundessteuerrechts sei sehr reserviert aufgenommen worden. Vielleicht sind darin die Interessen des Fiskus mitunter etwas stark begünstigt worden. Die Verhältnisse in der Sozialversicherung liegen aber nicht gleich. Hier wird es sich neben der doch gewiß wünschbaren einheitlichen Verfahrensregelung in erster Linie darum handeln, alle Gemeinsamkeiten, die den Sozialversicherungs*leistungen* eigen sind, zu regeln und zusammenzufassen. Anläßlich der kürzlich erfolgten Zuteilung des Bundesamtes für Sozialversicherung an das Eidgenössische Departement des Innern faßte der Bundesrat sogar eine weitergehende Lösung ins Auge. Nach ihm wird die gegenwärtige Mannigfaltigkeit in den Leistungs*systemen* der Sozialversicherung über kurz oder lang gewissen einheitlichen Richtlinien weichen müssen. Dabei werden sich bedeutende gesetzgebungs- und finanzpolitische Probleme stellen.

Im *strukturellen Aufbau* wird administrativ die Zukunft bei der Dezentralisation liegen. Die Entwicklung sehe ich in einer vermehrten Mitwirkung der Kantone beim materiellen Vollzug der Sozialversicherungsgesetze. Gewissen zentralistischen Erscheinungen in der AHV könnte am besten begegnet werden, wenn nach dem Beispiel der Arbeitslosenversicherung kantonalen Amtsstellen (etwa kantonalen Sozialversicherungsämtern) einige Kompetenzen übertragen würden. Ich habe im Referat gesagt, daß eine befriedigende Kontrolle der verschiedenen Leistungen der Sozialversicherung und der Fürsorge nicht ohne die Mitarbeit der Kantone zweckmäßig verwirklicht werden könnte. Sonst führt uns die zu erwartende weitere Entfaltung der Sozialversicherung zu planlosen Überschneidungen, was den Mißbrauch begünstigen würde. Darum unser Bestreben nach sinnvoller und zweckmäßiger Ordnung.

Jean-Daniel Ducommun:

La Société suisse des juristes a mis à l'ordre du jour de ce 89e congrès quelques «problèmes juridiques actuels de l'AVS». Permettez-moi, avant toutes choses, de l'en remercier. Si je le fais, c'est d'abord à titre personnel, égoïste; être contraint de déborder le cadre restreint de ses préoccupations quotidiennes représente un enrichissement d'un prix inappréciable. Mais outre ce motif égoïste, il en est d'autres – beaucoup plus valables et même seuls valables – qui font mériter à la Société suisse des juristes la reconnaissance de quiconque s'occupe de l'AVS, voire de quiconque s'inquiète de l'évolution et des développements actuels de notre ordre juridique.

De même que les autres branches d'assurances sociales d'ailleurs, de même que la plus grande partie du droit social et économique récent, l'AVS est en effet un parent pauvre. Parent pauvre non pas financièrement – les milliards qu'elle possède, et on lui en prête parfois davantage encore car on prête volontiers aux riches, sont cités trop souvent pour

que j'y insiste, encore que certaines mises au point seraient de rigueur –, mais parent pauvre quant à la place qu'elle occupe dans les préoccupations des juristes. Sans vouloir taire par là les mérites ni des travaux déjà publiés à son sujet ni de l'enseignement donné dans nos universités, nous tenons ces travaux et cet enseignement pour insuffisants. L'AVS mériterait une attention plus soutenue, il nous paraît que la science du droit devrait lui vouer une sollicitude accrue. Car l'AVS non seulement exerce une influence sur la pratique journalière dans d'autres domaines du droit, mais encore révèle certaines tendances de la société qui ne sauraient laisser indifférente la doctrine.

Quelles sont ces influences et tendances susceptibles d'intéresser le juriste? Elles sont trop nombreuses pour que nous tentions d'en établir maintenant la liste; nous y avons renoncé d'emblée même dans notre rapport écrit, lequel n'aborde que quelques-uns des aspects de l'AVS. Dans ce bref exposé introductif, force est de faire un nouveau tri des problèmes déjà abordés dans notre rapport, de nous borner à relever quelques points révélant l'intérêt que l'AVS peut présenter pour le juriste, quel que soit son champ d'activité.

Ce qui intéresse le juriste, ce ne sont pas tant les problèmes agités en ce moment au parlement. Ces problèmes ont certes leur importance pour le juriste en tant que citoyen; ils ont même une certaine importance pour le juriste en tant que tel. C'est ainsi que si les prestations atteignaient un niveau proche du minimum vital ou le dépassant, les règles civiles de l'assistance entre parents par exemple risqueraient de tomber dans l'oubli; que si les charges sociales venaient à absorber une part importante du revenu du travail, le droit de poursuites devrait peut-être revoir certaines de ses solutions, notamment celles concernant les privilèges dans la faillite; que si l'accumulation des capitaux devait véritablement exercer une pression sur le taux de l'intérêt, le droit fiscal devrait probablement modifier la situation faite aux petits épargnants. Mais ces

problèmes sont cependant avant tout de nature économique et sociale, la réponse qui leur est donnée relève non du droit mais de la politique. Les problèmes qui doivent préoccuper le juriste sont ailleurs.

Le premier point que nous signalerons sera celui de *l'organisation de l'AVS et de la nature des caisses de compensation.* L'organisation de l'AVS est caractérisée par une centralisation matérielle intégrale – en termes plus explicites: la base légale en est uniforme et l'unité financière en est totale –, centralisation sur laquelle se greffe une décentralisation administrative sans précédent dans un tel cadre. L'AVS est appliquée en effet par des caisses de compensation cantonales et professionnelles qui sont à la fois autonomes et parties d'un tout.

Organes nouveaux, les caisses de compensation posent des problèmes nouveaux aussi. De par leur existence, notre ordre public se trouve modifié. Non seulement des associations de droit privé créent des organes chargés d'appliquer du droit public (ce phénomène est déjà connu d'ailleurs), mais à la décentralisation territoriale répondant à la doctrine traditionnelle du fédéralisme succède – ou du moins se superpose – une décentralisation professionnelle. Cette évolution est-elle un bien ou un mal? La question est d'ordre purement politique. Mais le théoricien du droit devrait, sans idée politique préconçue, rechercher un système juridique capable d'expliquer les faits nouveaux, de les grouper en un tout harmonieux. Il y aurait là un beau sujet – loin d'être épuisé par les travaux déjà parus – d'étude de droit public.

Un deuxième point va nous retenir un peu plus longtemps, car c'est un point traité tant par l'un que par l'autre des rapporteurs et à propos duquel ils soutiennent des avis non pas opposés mais divergents; nous voulons parler des *relations entre la juridiction administrative et le pouvoir de surveillance.*

Il est un premier principe que, comme M. Oswald, nous posons: la jurisprudence a la primauté sur les instructions

administratives; dans le cas d'espèce, l'administration doit appliquer sans restriction aucune un jugement rendu. Il est un deuxième principe que nous tenons à formuler tout aussi clairement: l'administration doit adapter sa pratique générale à la jurisprudence; les principes de la légalité de l'administration et de l'uniformité d'application du droit l'exigent de manière pressante. Mais il est un troisième principe, tout aussi valable que les deux premiers: l'administration – et tout particulièrement l'autorité administrative de surveillance – est seule responsable de l'application de l'AVS dans son ensemble. De ce principe découle nécessairement la compétence pour elle de décider – non pas certes selon son bon plaisir mais selon les exigences impératives de l'institution – à quel moment et dans quelle mesure elle adaptera ses instructions à la jurisprudence. Nous avons démontré cette nécessité dans notre rapport et n'y reviendrons pas ici.

La divergence d'opinions entre les deux rapporteurs, qui dans la pratique se réduit à une simple nuance, révèle des malentendus latents quant au sens de la juridiction administrative. Les partisans d'un développement de cette juridiction – et j'en suis – devraient aussi en examiner les limites. Or ces limites sont pour l'essentiel la protection de l'individu contre le pouvoir de l'administration, c'est-à-dire sa protection dans le cas d'espèce. Cette protection est pleinement assurée dans l'AVS, où toute décision administrative rendue par une caisse de compensation peut être référée aux autorités judiciaires, dans une procédure en principe gratuite et qui présente certaines garanties de rapidité. Vouloir porter le rôle du juge au-delà de ces limites reviendrait en fin de compte à faire du juge un supérieur hiérarchique, reprenant à son propre compte la responsabilité de l'application de l'AVS, à le transformer en juge-administrateur; et nous avons peine à voir la distinction qui séparerait ce juge-administrateur d'un administrateur-juge, que l'institution de la juridiction administrative tend précisément à éliminer.

Nous devons donc maintenir les conclusions formulées à la page 225a de notre rapport: Il est du devoir absolu de l'autorité de surveillance d'adapter ses instructions à la jurisprudence; mais il faut lui laisser – et à elle seule – la faculté de déterminer l'ampleur et le moment du changement de pratique.

Le troisième point que nous allons aborder concerne l'un des aspects des *relations entre l'employeur et le salarié*. La tâche essentielle que l'AVS attribue à l'employeur est de percevoir les cotisations des salariés – en les retenant sur le salaire – et de les verser avec ses propres cotisations à la caisse de compensation. C'est là une tâche importante, puisque de l'activité de l'employeur dépendent le paiement par le salarié de ses primes d'assurance à l'AVS et par conséquent le droit ultérieur du salarié à une prestation de l'AVS. Or que va-t-il se passer si l'employeur n'accomplit pas cette tâche? Nous ne voulons pas entrer ici dans les détails de l'AVS ni soulever le problème de l'employeur-organe ou de l'employeur-débiteur; ces points, de portée pratique fort grande et à propos desquels nous ne réussissons pas à suivre la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral des assurances, sont exposés dans notre rapport. Nous partirons de l'hypothèse la plus simple, celle où l'employeur n'a rien retenu sur le salaire et n'a rien versé à la caisse, et où l'écoulement des délais de prescription interdit tout paiement ultérieur de l'arriéré. Le salarié va alors se trouver frustré d'une partie de sa rente (puisque le montant de la rente dépend de la cotisation moyenne et de la durée de paiement de ces cotisations), peut-être même de tout droit à la rente si, du fait de cette lacune, il n'atteint pas la durée minimum requise de paiement. Le salarié ne va-t-il pas avoir la possibilité – c'est là qu'interviendrait le civiliste – d'intenter à son employeur une action en dommages-intérêts, portant sur la part de rente, capitalisée, qui lui échappe?

Certes, on nous objectera que le salarié n'avait qu'a exiger de son employeur qu'il déduise les cotisations de son

salaire. Mais il est souvent d'usage, notamment pour les ouvriers agricoles et le personnel de maison, de verser un salaire net, sans qu'il y ait entre le patron et le salarié de convention expresse ni de décompte précis. Ce problème du salaire net nous a préoccupé dans notre rapport également. Nous en avons relevé les dangers pour l'AVS, qui se voit privée de certaines recettes; pour le salarié, qui voit ses droits futurs mis en péril; pour l'employeur enfin, qui s'expose le cas échéant à des poursuites pénales.

Nous allons nous arrêter pour terminer à un quatrième et dernier point, celui des *relations entre les rentes de l'AVS et le droit civil*, point sur lequel nous avons un peu empiété tout à l'heure en parlant des dommages-intérêts pour une perte de rente provoquée par l'employeur. Il est bien évident que le droit civil exerce sur les rentes de l'AVS une influence déterminante; il n'est que de voir les diverses conditions d'état civil mises au droit à la rente. Toute transformation des règles ou de la pratique du droit civil a des répercussions sur l'AVS. C'est ainsi par exemple que si venait à être réalisé un postulat déposé la semaine dernière au Conseil national, qui demande l'introduction du système nordique de la pluralité possible de pères naturels quant aux obligations d'entretien à l'égard de l'enfant, les règles concernant l'octroi de rentes d'orphelins aux enfants naturels lors du décès de leur père devraient être revisées.

Mais à l'inverse, l'AVS exerce aussi une influence sur la pratique du droit civil. Ainsi, pour reprendre l'exemple des enfants naturels, il est vraisemblable que les autorités de tutelle se trouveront moins vite prêtes que jusqu'ici à renoncer à une action en paternité ou à se contenter d'un versement unique en capital, puisque seuls de la déclaration de paternité ou de la pension alimentaire peuvent découler pour l'enfant des droits à une rente d'orphelin en cas de décès ultérieur du père naturel.

Un autre exemple en est le divorce, à propos duquel ni le juge civil ni l'avocat de la femme ne devraient négliger l'AVS. Un premier aspect est que, par le divorce, la femme

perd tout le bénéfice possible de la rente de vieillesse que les cotisations du mari lui auraient procurée une fois l'âge venu. Or ces cotisations ont atteint peut-être un montant élevé grâce à la collaboration non rétribuée de la femme. Le juge du divorce ferait bien de retenir cet élément en fixant l'indemnité équitable au sens de l'article 151 du code civil. Un deuxième aspect est la possibilité d'octroi de la rente de veuve. L'AVS assimile en effet la femme divorcée à une veuve, lors du décès de l'ancien mari, lorsque le mariage avait duré dix ans au moins et que le mari devait une pension alimentaire. La pratique civile en sera influencée en ce sens que les cas où la femme renoncera à toute pension se feront plus rares; et l'avocat de la femme sera bien avisé de ne pas oublier les répercussions possibles du défaut de pension. Mais il sera essentiel aussi que le juge du divorce ne ratifie pas des conventions prévoyant une pension alimentaire hors de tout propos; à cet égard, nous avons lu avec intérêt le chapitre dans lequel M. Barde, dans son rapport qui fera l'objet des délibérations de demain, parle précisément du problème de la pension alimentaire.

Nous avons ainsi signalé rapidement quelques points, parmi beaucoup d'autres, où les problèmes de l'AVS sont susceptibles de fixer l'intérêt du juriste même dont cette assurance n'est aucunement le domaine. Nous répéterons en substance, à titre de conclusion, ce que nous déclarions au début de ce bref exposé: si, en mettant à l'ordre du jour de ce 89e congrès quelques problèmes juridiques actuels de l'AVS, la Société suisse des juristes a attiré l'attention du praticien sur la nécessité de tenir compte du droit social, elle a fait œuvre utile; si elle a de plus persuadé le théoricien que des problèmes se posent, qui exigent de nouvelles recherches et de nouvelles solutions, elle a fait œuvre dont toute la science du droit ne peut que profiter.

Dr. *Peter Binswanger*, Sektionschef Bundesamt für Sozialversicherung, Bern:

Es ist mir ein Bedürfnis, den beiden Referenten nicht

nur ihre für Wissenschaft und Praxis sehr wertvollen Arbeiten bestens zu verdanken, sondern ihnen auch dazu zu gratulieren, daß sie es verstanden haben, ein vielleicht – für einen Juristentag – nicht sehr viel versprechendes Thema in einer Art und Weise zu behandeln, die wohl jeden Juristen zu fesseln und anzuregen vermag. Wohl im Bestreben, der Diskussion einen starken Anreiz zu geben, hat der Referent in deutscher Sprache zuweilen recht scharf argumentiert und dabei in meinen Augen sogar hie und da etwas über das Ziel hinausgeschossen, so z.B., wenn er auf S. 143 durchblicken läßt, daß die AHV-Organisation nicht im gleichen Maße wie andere Organisationen Gewähr dafür biete, daß sich die Verwaltungsbehörden ausschließlich vom Recht leiten lassen, oder wenn er auf S. 150 auf Willkür und Zufälligkeiten anspielt, wie sie bei einer hierarchisch aufgebauten Behörde, nicht aber bei einer richterlichen Kollegialbehörde vorzukommen pflegten. Oswald berücksichtigt bei seiner scharfen Kritik vielleicht doch zu wenig – wenn er auch in der Fußnote 399 zugibt, daß die AHV-Verwaltung im großen und ganzen ihre Aufgabe bewältigt –, daß die Organisation der AHV, einschließlich der Verbandsausgleichskassen, ihre Bewährungsproben schon mehrere Male bestanden hat und den Vergleich mit keiner andern Organisation ähnlicher Art zu scheuen braucht. Bezeichnenderweise steht ja nun auch die AHV-Organisation immer im Vordergrund, wenn die Frage der Durchführung weiterer Sozialversicherungszweige des Bundes, der Kantone oder von Verbänden diskutiert wird.

Es ist daher wohl die Frage berechtigt: Kann eine Organisation, die praktisch ihrer Aufgabe in so bemerkenswerter Weise gerecht wird, vom juristischen Standpunkt aus so schlecht sein, wie Oswald sie darstellt, nur weil sie «sich nicht in den überkommenen Verwaltungsaufbau des Bundesstaates eingliedern läßt»? Und ist es wirklich Aufgabe des Juristen, sich gegen alles zu wenden, was «außerhalb der überkommenen Rechtskreise» steht, und damit zu einer immer größer werdenden Diskrepanz zwischen Dok-

trin und Wirklichkeit beizutragen? Oder ist es nicht vielmehr Aufgabe des Juristen, die rechtlichen Formen zu schaffen, welche es erlauben, der tatsächlichen politischen, sozialen und soziologischen Entwicklung Rechnung zu tragen, wie man es bei der Schaffung der AHV versucht hat, und zwar – entgegen der Annahme Oswalds – in vollem Bewußtsein der damit verbundenen Gefahren? Es ist vielleicht nicht gelungen, diese Gefahren durch entsprechende positivrechtliche Bestimmungen restlos auszuschalten, doch haben sich bemerkenswerterweise bisher praktisch noch keine ernsthaften Unzulänglichkeiten gezeigt.

Lassen Sie mich nun, nach diesen allgemeinen Bemerkungen, noch auf den Fragenkomplex des Verhältnisses des administrativen Weisungsrechtes zur Rechtsprechung eingehen. Ich bin mir bewußt, daß die Verwaltung diesbezüglich hier einen schweren Stand hat, wurden doch die von uns vertretenen Thesen als «aufsehenerregend» und «alarmierend» bezeichnet. Ich bitte Sie, das Festhalten an diesen Thesen nicht ohne weiteres als Sturheit und Anmaßung noch im Vollmachtendenken behafteter Verwaltungsjuristen zu qualifizieren; denn auch wir lassen uns von rechtlichen Erwägungen leiten, auch wir verteidigen wertvolle Rechtsgüter, wie Sie dies den ausgezeichneten, juristisch wohlfundierten Ausführungen Ducommuns entnehmen konnten.

Ich möchte vorausschicken, daß die Kontroverse, die Oswald auf den S. 152 ff., Ducommun auf S. 216 ff. behandelt, nicht darum geht, ob die Aufsichtsbehörde ihre Weisungen der Rechtsprechung anzupassen hat oder nicht. Auch wir sind der Meinung, daß die Weisungen der Rechtsprechung anzupassen sind, weil es unerträglich wäre, wenn jeder Bürger den Rechtsweg beschreiten müßte, um das zu erhalten, was andern vom Richter zugesprochen worden ist. Hingegen vertreten wir – und hier liegt die Differenz – die Auffassung, daß es Sache der Aufsichtsbehörde ist, in Berücksichtigung aller Umstände und der ihr vom Gesetz übertragenen Verantwortung den geeigneten Zeitpunkt und

Umfang für die Anpassung ihrer Weisungen zu bestimmen, und daß die Ausgleichskassen sich in allen nicht gerichtlich entschiedenen Fällen an die alten Weisungen zu halten haben, solange diese bestehen. Diese Auffassung vertreten wir im Interesse der Rechtsgleichheit, der Rechtssicherheit und der sauberen Trennung der Gewalten.

Nach Oswald muß jede Ausgleichskasse, sobald sie von einer mit den Weisungen der Aufsichtsbehörde nicht übereinstimmenden Gerichtspraxis Kenntnis erhält, diese neue Praxis auf sämtliche noch nicht erledigten Fälle anwenden, mit Wirkung ex nunc. Betrachten wir die Folgen an einem Beispiel. Die Aufsichtsbehörde wies die Ausgleichskassen im Jahre 1950 an, in bestimmten Fällen die für die Beitragsperiode 1950/51 geschuldeten Beiträge herabzusetzen. Nachdem gestützt darauf die Beiträge in Tausenden von Fällen herabgesetzt worden waren, stellte das EVG im Laufe des Jahres 1951 die Gesetzmäßigkeit dieser Weisung in Abrede, was gemäß Oswald hätte zur Folge haben müssen, daß in den zufällig noch nicht entschiedenen paar hundert Fällen die Beiträge nicht mehr hätten herabgesetzt werden können. Die Aufsichtsbehörde hingegen ließ ihre Weisung noch bis Ende des Jahres in Kraft, damit alle Beitragspflichtigen in derselben Beitragsperiode rechtsgleich behandelt werden konnten, also im Interesse der Rechtsgleichheit. Oswald dagegen nimmt vorübergehende Rechtsungleichheiten ohne weiteres in Kauf (S. 159). Für ihn ist es wichtiger, daß der vom Gericht verfochtene Standpunkt unverzüglich überall zur Geltung kommt.

Bei seiner These muß Oswald natürlich davon ausgehen, der präjudizielle Gehalt eines Urteils sei für die Ausgleichskassen ohne weiteres erkennbar. Das trifft nicht zu, ist es doch sogar oft nicht einmal den geschulten Juristen der Aufsichtsbehörde möglich, richtig zu beurteilen, ob einem Urteil des EVG präjudizielle Wirkung zukommt oder nicht, wie folgendes nette Beispiel zeigt: In einer Frage änderte die Aufsichtsbehörde ihre Weisungen auf Grund von sieben gleichlautenden Urteilen des EVG ab. Als dann aber gegen

die neue Praxis Sturm gelaufen und in Dutzenden von Fällen Beschwerde geführt wurde, mußte sich die Aufsichtsbehörde vom EVG sagen lassen, daß sie diese Urteile unrichtig interpretiert und voreilig ihre Weisungen abgeändert habe . . . Aber selbst, wenn die Kassen die präjudizielle Wirkung eines Urteils immer zu erkennen vermöchten, wären sie bestimmt nicht in der Lage, aus dem auf den Einzelfall zugeschnittenen Urteil generelle, sich auf Tausende von gleichen und ähnlichen Fällen beziehende Schlüsse zu ziehen. Und wenn sie dies täten, würden bestimmt nicht alle 104 Ausgleichskassen die gleichen Schlüsse ziehen, was wiederum Rechtsungleichheiten und überdies eine unerträgliche Rechtsunsicherheit zur Folge hätte. Unsere These jedoch erlaubt die gleichzeitige und gleichmäßige Anwendung gerichtlicher Präjudizien auf dem ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft. Sie verhindert auch das Entstehen großer Rechtsunsicherheit infolge Schwankens der Gerichtspraxis oder infolge sukzessiver Abänderung von Regelungen durch die Gerichtspraxis und durch Gesetzesrevisionen. So hat die Aufsichtsbehörde beispielsweise ihre vom EVG als ungesetzlich bezeichneten Weisungen über den Erlaß geschuldeter Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge aufrechterhalten, bis für diesen Erlaß durch Gesetzesrevision eine auch vom EVG anerkannte gesetzliche Grundlage geschaffen war, um einen zweimaligen Frontwechsel um 180° und die daraus entstehende Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

Und nun zum Letzten. Oswald hat in verdienstvoller Weise aufgezeigt, um was es ihm bei dieser Auseinandersetzung letztlich geht: Um nichts anderes nämlich als um eine Gewichts-, ja Machtverschiebung zu Ungunsten der Verwaltung und zu Gunsten der Verwaltungsgerichte. Diese soll so weit getrieben werden, daß die Verwaltung in absolute Abhängigkeit gegenüber der Verwaltungsgerichtsbarkeit gerät und die Gerichte faktisch zur obersten Verwaltungsinstanz werden (vgl. S. 150, 151, 161). Damit wird aber an einen Eckpfeiler unseres Rechtssystems gerührt,

nämlich an den Grundsatz der Gewaltentrennung und der Unabhängigkeit der Gewalten voneinander.

Eine Kompetenzverschiebung, wie sie Oswald vorschlägt, ist zum mindesten mit dem geltenden Recht in der AHV unvereinbar. Das AHVG beschränkt die Zuständigkeit der richterlichen Behörden eindeutig darauf, Verwaltungsakte zu überprüfen und justizmäßig festzustellen, was im Einzelfall Rechtens ist. Alle andern Aufgaben, die Oswald dem EVG zuhalten möchte, sind positivrechtlich der administrativen Aufsichtsbehörde zugewiesen, und diese trägt dafür auch allein die Verantwortung. Oswalds These verstößt somit nicht nur gegen einen Eckpfeiler unserer Rechtsordnung, sondern auch gegen das geltende Gesetz.

Aber auch *de lege ferenda* scheint mir eine Regelung, wonach ein Gerichtsurteil, welches eine Weisung als gesetzeswidrig bezeichnet, diese einfach aufhebt und an deren Stelle tritt, nicht haltbar zu sein. Erstens hätte sie eine ganz folgenschwere Verwischung der Verantwortlichkeiten zur Folge. Und zweitens wäre sie auch gar nicht verwirklichbar, da eine Praxis materiellrechtlicher Natur oft administrative Maßnahmen voraussetzt, die einzig die administrative Aufsichtsbehörde anordnen kann. Viele materielle Regelungen können gar nicht durchgeführt werden, bevor nicht die administrativen Voraussetzungen hierfür geschaffen sind. Es muß auch der Fall in Betracht gezogen werden, daß eine in Einzelfällen getroffene Regelung generell überhaupt nicht durchführbar ist. In einem solchen Fall wird die Aufsichtsbehörde, welche die Verantwortung für das Ganze trägt, nicht darum herumkommen, sogar Weisungen zu erlassen, welche der Gerichtspraxis nur soweit Rechnung tragen, als im Hinblick auf die praktische Durchführung überhaupt möglich ist.

Meines Erachtens muß es daher im Rahmen der AHV bei der im Gesetz normierten Kompetenzausscheidung zwischen Verwaltung und Gerichten bleiben. Solange der Grundsatz der Anpassung der Verwaltungspraxis an die

Gerichtspraxis allgemein anerkannt wird, kann die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch ohne Kompetenzverschiebung ihre die rechtmäßige Verwaltung garantierende Funktion erfüllen, und das allein ist doch wohl das Entscheidende.

Dr. A. Maurer, Chef der Rechtsabteilung der SUVA, Luzern:

Da der Sprechende beruflich in der obligatorischen Unfallversicherung tätig ist, war er für die überaus anregenden und erfrischenden Abhandlungen der heutigen Referenten Dr. H. Oswald und J.-D. Ducommun über aktuelle Rechtsfragen aus dem Gebiete der Alters- und Hinterlassenenversicherung besonders empfänglich. Die AHV hat zwar zahlreiche juristische Probleme aufleuchten lassen, die schon in der erheblich älteren obligatorischen Unfallversicherung ihre beachtliche Rolle spielten, auch wenn sie dort in der Regel in einem etwas mildern Lichte erschienen sind. Daneben hat aber die AHV verschiedene *neue* Probleme gezeitigt. Deren Prüfung führte zu wertvollen Erkenntnissen, die auf andere Gebiete der Sozialversicherung auszustrahlen vermögen. Ich greife hier einige Punkte heraus.

Zuerst erwähne ich das sehr heikle Thema über das Verhältnis zwischen Justiz und Verwaltung. In allgemeiner Formulierung lautet die Frage, inwieweit die Verwaltung an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze und Erkenntnisse gebunden sei. Die Stimmen, die sich im Verlaufe der letzten Jahre aus der Bundesverwaltung vernehmen ließen, wichen ganz erheblich, vor allem in grundsätzlicher Hinsicht, von den im Schoße des Eidg. Versicherungsgerichts vertretenen Meinungen ab. Ich gestatte mir, hier vor allem zu zwei Punkten, die auch die obligatorische Unfallversicherung betreffen, Stellung zu nehmen, wobei es sich naturgemäß nicht etwa um eine offizielle, sondern um eine rein private Äußerung handelt.

Herr Dr. Oswald kommt zum Ergebnis, daß eine Ausgleichskasse nicht gehalten sein könne, eine generelle Wei-

sung des Bundesamtes für Sozialversicherung zu beachten, wenn diese Weisung vom Eidg. Versicherungsgericht als gesetzwidrig erklärt worden sei. Er geht von der Überlegung aus, daß in unserem Staate die letzte Entscheidung über die Legalität einer Verordnung oder Weisung beim eidgenössischen Richter und nicht bei der Verwaltung liegen müsse, wobei er sich auf das Prinzip der Trennung der Gewalten berufen kann. Demgegenüber hält Herr Ducommun daran fest, daß der Kassenfunktionär so lange an eine generelle Weisung gebunden sei, als diese von der zuständigen Behörde nicht zurückgenommen werde. Meines Erachtens muß aber in dieser Frage aus rechtlichen und rechtsethischen Überlegungen der von Herrn Dr. Oswald eingenommene Standpunkt geteilt werden. Daß das Eidg. Versicherungsgericht und nicht die Bundesverwaltung für die letzte Entscheidung über die Legalität einer Verordnung oder generellen Weisung zuständig sei, wird heute kaum mehr ernstlich bestritten. Wollte man nun aber darauf abstellen, daß Funktionäre der Verwaltung befugt oder sogar verpflichtet sein sollten, eine ihnen als gesetzwidrig bekannte Norm anzuwenden, gestützt auf sie also z.B. Entscheidungen über Versicherungsansprüche zu treffen, dann läge darin die Preisgabe des Grundsatzes, daß die Verwaltung dem Gesetze unterworfen sei. Denn nach der von Herrn Ducommun vertretenen Auffassung würde es im Ergebnis darauf hinauslaufen, daß die Verwaltung *rechtlich* kompetent sei, das *Recht* bewußt zu brechen, wenn gewisse Voraussetzungen gegeben sind. Ich glaube, daß wir als Juristen keinem Rechtsgrundsatz beipflichten können, der zu diesem Ergebnis führt. Zudem ist es auch im Hinblick auf unsere Konzeption vom Rechtsstaat ausgeschlossen, Verwaltungsorgane gleichsam aus praktischen Gründen zu ermächtigen, Normen, die ihnen als gesetzwidrig bekannt sind, anzuwenden. Der Vollständigkeit halber mag hier übrigens beigefügt werden, daß Art. 72 Abs. 1 AHVG dem Bundesrat ein Recht auf Weisungen nur «vorbehältlich der Rechtsprechung» gewährt.

Nicht zu übersehen ist auch die psychologische Seite. Wenn ein Funktionär der Verwaltung die «Befugnis» oder sogar die dienstliche Pflicht hat, Normen anzuwenden, von denen er weiß, daß sie gesetzwidrig sind, dann führt das unweigerlich zu einer Lockerung der Disziplin gegenüber dem Recht. Die Achtung vor dem Gesetz schwindet. Und damit wird auch bereits am Fundament unseres Rechtsstaates gerüttelt.

In diesem Zusammenhang mag ein Hinweis auf die SUVA gestattet sein. Auch ihr ist, sogar mehr als einmal, das Mißgeschick widerfahren, daß das Eidg. Versicherungsgericht einzelne sie betreffende generelle Normen als gesetzwidrig bezeichnet hat. Es handelte sich z.B. um generelle Beschlüsse des Verwaltungsrates über Gefahren, die von der Nichtbetriebsunfallversicherung ausgeschlossen wurden (sogenanntes Satzungsrecht), sodann auch um Bestimmungen in bundesrätlichen Verordnungen über versicherte Personen usw. Allein es stand nie in Frage, als gesetzwidrig erkannte Normen weiterhin, und sei es auch nur vorübergehend, anzuwenden. Meines Erachtens wäre die SUVA rechtlich-grundsätzlich sogar verpflichtet, dem Bundesrat als Oberaufsichtsbehörde zu trotzen, wenn er ihr die Weisung erteilen sollte, eine vom EVG als gesetzwidrig erklärte Verordnungsbestimmung gleichwohl zu beachten. Ich verweise auf mein Buch S. 46 N 5. Es hat daher wohl als rechtliches Prinzip zu gelten, daß es der Verwaltung als solcher auf allen Stufen und jedem ihrer Funktionäre verwehrt ist, eine vom EVG als gesetzwidrig bezeichnete Verordnungsbestimmung oder allgemeine Weisung anzuwenden, sobald sie Kenntnis von einem solchen Urteil haben.

Bedeutend heikler ist eine weitere Frage. Inwieweit ist die Verwaltung in der Sozialversicherung an *Grundsätze* gebunden, die vom Eidg. Versicherungsgericht in einem Urteil entwickelt werden, ohne daß aber dieses Urteil eine allgemeine Norm als gesetzwidrig bezeichnet? Es geht um das Problem der präjudiziellen Tragweite verwaltungsgerichtlicher Urteile schlechthin. Mit Recht weist Herr Dr.

Oswald darauf hin, daß hier nur eine *beschränkte* Befolgungspflicht der Verwaltung bestehe. Die Diskussion zu diesem Punkt ist noch stark im Fluß. Hier möchte ich aus meiner Erfahrung im Gebiete der obligatorischen Unfallversicherung daher lediglich auf wenige Erscheinungen hinweisen.

Faktisch hat eine große Verwaltung ohne weiteres die Möglichkeit, ein grundsätzlich gedachtes Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts für ihre künftigen Entscheidungen weitgehend zu ignorieren, sei es, daß sie den Entscheid als rechtlich unzutreffend oder aber im Hinblick auf seine Konsequenzen als praktisch nicht durchführbar erachtet. Die Folge davon ist wenig erfreulich: es wird ungleiches Recht unter den Versicherten geschaffen. Wenn nämlich ein Versicherter, dessen Versicherungsanspruch von der Administration verneint worden ist, Kenntnis vom Bestehen eines für ihn günstigen Präjudizes hat oder wenn er an sich prozeßfreudig ist, dann wird er zum Recht kommen. Aber er wird seinen Anspruch erkämpfen müssen. Die ungezählten übrigen Versicherten indessen, bei denen die erwähnten Voraussetzungen nicht zutreffen, finden sich mit dem Ablehnungsentscheid ab, sie gehen also leer aus. Das Auseinanderklaffen zwischen der Judikatur einerseits und der Verwaltungspraxis anderseits kann also zum Ergebnis führen, daß beim Vorliegen gewisser Tatbestände nur ein Teil der Versicherten zu Leistungen kommt – nämlich der prozeßfreudige –, während die übrigen Versicherten benachteiligt sind. Diese Auswirkung läßt es in höchstem Maße als wünschbar erscheinen, daß die Verwaltung nur mit größter Zurückhaltung ein Abweichen von grundsätzlichen Entscheidungen des Gerichts in Betracht ziehen sollte.

Anderseits muß aber, wie die bisherige praktische Erfahrung gezeigt hat, unter gewissen Voraussetzungen ein Abweichen von der Judikatur seitens der Verwaltung zulässig sein. Gerade im Anschluß an neue Sozialversicherungsgesetze oder an die Revision von solchen ist der

Richter öfters gezwungen, grundsätzliche Entscheidungen zu treffen, ohne genügend «Anschauungsmaterial» zu besitzen. Er vermag daher die praktischen Ausstrahlungen nicht oder doch nicht genügend zu überblicken. Wäre nun die Verwaltung sklavisch für alle Zeiten an ein grundsätzliches Urteil gebunden, dann dürfte sie ja nie mehr in gegenteiligem Sinne entscheiden. Die Folge davon wäre, daß der Richter gar keine Gelegenheit mehr bekäme, sein früheres Urteil im Hinblick auf die seitherigen Auswirkungen zu überprüfen oder den neuen Verhältnissen anzupassen. Das müßte unweigerlich zu einer bedenklichen Stagnation des Rechts führen. Dabei hat doch gerade der Sozialversicherungsrichter das Recht fortzuentwickeln, es lebendig, also gegenwartsbezogen, zu erhalten. Dies ist indessen nur möglich, wenn die Verwaltung *notfalls* abweichend von der Praxis des Eidg. Versicherungsgerichts entscheiden kann, um dadurch ein neues Urteil dieser Instanz zu provozieren. Im gerichtlichen Verfahren ist sie dann in der Lage, den Richter auf unerwünschte, nicht vorausgesehene Folgen eines frühern, grundsätzlichen Urteils hinzuweisen.

Im übrigen mag hier eine oft zu wenig erkannte und gewürdigte Erscheinung erwähnt werden, nämlich der Umstand, daß zwischen Sozialversicherungsgericht und Verwaltung auf Grund der zahlreichen Prozesse wechselseitig ungezählte, zum Teil äußerst wertvolle Impulse wirksam sind. Die Verwaltung muß zur Meisterung der stets in großer Fülle auftauchenden Probleme und Schwierigkeiten oft nach neuen Lösungen suchen. Die große Zahl der Fälle liefert ihr ein beträchtliches Anschauungsmaterial. Im gerichtlichen Verfahren kann sie nun ihre Lösungen unter Hinweis auf die vorhandenen Erfahrungen dem Richter unterbreiten. Der Richter, dem nur ein begrenztes Material zur Verfügung steht, der dafür aber die rechtlichen Zusammenhänge besser zu überblicken vermag, wird die vorgeschlagenen Lösungen prüfen und sie dann entweder übernehmen oder an ihrer Stelle selbst gefundene Erkennt-

nisse im Urteil verarbeiten. Diese Erkenntnisse aber geben wiederum der Verwaltung Anlaß zu weiterem Nachdenken und lassen oft wiederum neue Gesichtspunkte ins Blickfeld treten. Kurzum, das Wechselspiel zwischen Justiz und Verwaltung vermag auch das Recht in hohem Maße zu fördern. Schon diese Überlegungen zeigen daher einerseits, daß es fehl am Platze wäre, die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters, jedenfalls im Gebiete der Sozialversicherung, allzusehr einzuengen, daß es aber anderseits auch nicht im Interesse des Rechts liegt, wenn die Verwaltung engherzig und auf alle Zeiten an gerichtliche Präjudizien gebunden sein sollte.

Herr Dr. Oswald hat in seinem eindrücklichen Referat vermerkt, daß es mit der Koordination der Sozialversicherungsgesetzgebung nicht zum besten bestellt sei. Diese Feststellung ist weitgehend richtig. Die Koordination fehlte nicht etwa nur in Punkten von eher sekundärer Bedeutung, wie z. B. in den Fragen der Verrechnung, der Sicherung des Leistungszweckes usw., sondern auch auf Gebieten von erheblicher Tragweite. Ich führe hier ein einziges Beispiel an. Während z. B. für die obligatorische Unfallversicherung und die Militärversicherung das *Regreßrecht* des Versicherungsträgers wenn auch nicht ganz übereinstimmend, so doch gesetzlich verankert ist, hat man es einfach unterlassen, diesen Punkt in der AHV zu regeln. Dies ist nun in der Tat verwunderlich. Man denke doch z. B. daran, daß nur schon der heutige Straßenverkehr jährlich eine bedauerlich hohe Zahl Todesopfer, darunter zahlreiche Familienväter, fordert. Die AHV bezahlt ihre Hinterlassenenrenten für Witwen und Kinder. Aber selbst dann, wenn der Schadenstifter den Tod durch grobes Verschulden verursacht hat, darf die AHV ihre Leistungen von ihm nicht zurückverlangen, weil die gesetzliche Grundlage hierzu fehlt. Dabei wäre es eine vorzügliche Gelegenheit gewesen, das Regreßrecht im Zusammenhang mit dem AHV-Gesetz für alle einschlägigen Zweige der Sozialversicherung in grundsätzlicher Hinsicht zu überprüfen, es allenfalls zu

vereinheitlichen und die zahlreichen sich stellenden Fragen, die zum Teil sehr komplexer Art sind, zu regeln.

Hier mag beiläufig eine weitere Bemerkung eingeflochten werden. Wir Schweizer würden gut daran tun, die heutige Entwicklung hinsichtlich der Sozialversicherung in Deutschland aufmerksam zu verfolgen. Man ist dort im Begriff, teilweise neue Wege zu beschreiten. Jedenfalls prüft man im Hinblick auf die geplante Reform sehr gründlich die Möglichkeiten der Vereinheitlichung des Rechts. Ich glaube, daß wir von dort her noch verschiedene wertvolle Anregungen empfangen werden. Mit der Zeit wird dann auch der von Herrn Dr. Oswald ventilierte Gedanke, für die Sozialversicherung einen allgemeinen Teil zu schaffen, erhöhte Bedeutung erhalten.

Das Bewußtsein, daß die verschiedenen Sozialversicherungszweige zahlreiche gemeinsame Elemente aufweisen, die einer einheitlichen Regelung bedürfen, fehlt uns in der Schweiz weitgehend. Der Gründe für diese Erscheinung sind verschiedene. Ich erwähne nur einen einzigen. Im Gegensatz zu andern umliegenden Staaten, die eine mehr oder weniger stark ausgebildete Sozialversicherung aufweisen, besteht in der Schweiz keine einzige Zeitschrift für das gesamte Sozialversicherungsrecht. Die Abhandlungen über dieses Gebiet finden sich zerstreut über die zahlreich vorhandenen Zeitschriften, so daß das Bewußtsein, es handle sich beim Sozialversicherungsrecht um eine in sich weitgehend geschlossene Rechtsdisziplin, sich gar nicht zu entwickeln vermag. Obwohl hier nicht etwa einer extremen Zersplitterung unserer juristischen Periodika das Wort geredet werden soll, wird man auch bei uns prüfen müssen, ob nicht eine alle Zweige umfassende Sozialversicherungszeitschrift ins Leben zu rufen sei, damit dieses Gebiet eine nachhaltige Förderung erfährt. Es ist ja für uns schon ein bedeutenderer Gewinn, z.B. die wichtigeren deutschen und österreichischen, aber zum Teil auch die italienischen Fachzeitschriften dieser Art zu lesen. Die an diesen Problemen interessierten Kreise mögen daher einmal überlegen, ob

sich die Idee, daß eine Zeitschrift für das schweizerische Sozialversicherungsrecht herausgegeben werden soll, verwirklichen läßt.

M. Albert Picot, conseiller aux Etats, à Genève:

Je tiens à rendre hommage aux deux rapporteurs, qui ont traité avec succès des problèmes juridiques internes de l'AVS, souvent nouveaux. Ceux qui ont travaillé comme experts ou députés à l'élaboration de la loi de base et des deux novelles de 1950 et 1953 ont envisagé plutôt le problème financier et celui de la réalisation du but social. Ils s'inclinent avec respect devant les deux travaux d'aujourd'hui.

Je voudrais signaler un problème plus large, qui doit être examiné à la lumière du droit. C'est la question du conflit possible entre la liberté et la sécurité. Le XIXe siècle a recherché la liberté, le XXe siècle voudrait la sécurité, même au prix de la liberté. L'AVS a-t-elle sacrifié les libertés du droit positif, celles du droit naturel, la liberté de la personne humaine? Peut-on dire qu'elle nous achemine vers des solutions analogues à celles des Etats totalitaires?

Il est certain que l'AVS est une institution sociale de caractère impératif. C'est une assurance obligatoire généralisée. Elle comporte l'obligation de s'assurer, avec la seule exception des Suisses à l'étranger. Elle comporte l'obligation de la contribution de 2 ou 4%. Mais cette obligation a une contre-partie équitable: la rente. Et, en dehors de cet élément essentiel d'une assurance, l'AVS ne porte pas atteinte aux droits individuels. On peut contracter d'autres assurances. On est libre dans l'emploi du 96 ou 98% restant du revenu professionnel. L'usage de la rente n'est pas contrôlé. Le droit de critique est intact et l'on a des voies de recours judiciaires. Plaie d'argent n'est pas mortelle. Rien dans la personnalité n'est atteint. La formule reste libérale et n'est pas totalitaire.

M. Picot termine son exposé en disant qu'il a commencé par être hostile aux deux novelles de 1950 et 1953, mais qu'il s'y est rallié en face du bilan technique, du chiffre ascendant des recettes, de l'accroissement rapide du fonds de compensation. Actuellement, dit-il, avec les concessions accordées, le bilan est équilibré, même en léger déficit, et toute démagogie doit s'arrêter si l'on veut sauvegarder la situation des jeunes assurés.

Dr. Arnold Gysin, Bundesrichter am Eidg. Versicherungsgericht, Luzern:

Meine Bemerkungen, die persönliche Äußerung sein wollen, nehmen Stellung zu ein paar grundsätzlichen Fragen, nicht dagegen zu der an der Praxis geäußerten Kritik.

Die Sozialversicherung, insbesondere die AHV, ist eine neue Erscheinung. Und auf neue Erscheinungen reagiert nach einem Wort Professor Schweingrubers der Jurist, dessen Denken sich am Gegebenen, Gewordenen orientiert, leicht mit Bedenken. Es ist seine Aufgabe, prüfend abzuwägen. Und zumal wenn, wie in der AHV, Begehren – gelegentlich auch phantastische – sich überstürzen und Gesetzesrevisionen sich in rascher Folge ablösen, kann man ein Unbehagen und das Auftreten der spezifisch juristischen Bedenken sehr wohl begreifen.

Wir dürfen trotzdem die juristische Kritik im Bereich der Sozialversicherung nicht überschätzen. Im Vordergrund stehen andere Momente. Es kommt entscheidend an auf die Abgewogenheit und innere Gerechtigkeit des Aufbaus der Sozialversicherung, darauf, ob sie ihre elementaren Funktionen für den sozialen Ausgleich und für die Festigung der nationalen Solidarität erfüllt, auf ihre Auswirkungen für das Gedeihen oder Nichtgedeihen der Volkswirtschaft, wirtschaftliche Zusammenhänge, die bei der AHV und der Arbeitslosenversicherung geradezu handgreiflich sind, und die wir im wesentlichen positiv beurteilen dürfen.

Dem Juristen ist die Sozialversicherung in der Regel eher fremd. Für den Anwalt ist sie selten ein zentrales Geschäft und sie wird dies mit der zunehmenden Ablösung des Sozialversicherungsverfahrens vom klassischen Zivilprozeß, mit dem weiteren Ausbau des Offizialbetriebes noch weniger sein. Sie ist als Aufgabe für ihn auch finanziell nicht gerade interessant, oft sogar eher ein Opfer. Und was den Richter anbelangt, so ist er im Kanton nur, soweit er an der Spezialgerichtsbarkeit teilnimmt, beteiligt und ist auch dann zufolge der bestehenden Verhältnisse nur selten in der Lage, die Sozialversicherung in allen ihren Zweigen zu überblicken. Eine Ausnahme macht in dieser Hinsicht wohl das EVG. In seiner Rechtsprechung laufen die Fäden der verschiedenen Sozialversicherungszweige – einstweilen ohne die Krankenversicherung, die aber de lege ferenda einbezogen werden soll – zusammen. Es ist von hier aus also eine wertvolle Übersicht möglich. Und diesem Umstand ist es zu verdanken, daß Herr Dr. Oswald in der Lage war, in seinem Referat das Problem der *Koordination der verschiedenen Sozialversicherungszweige* mit Erfolg zu behandeln. Gestatten Sie mir nun einige Worte zu diesem Koordinationsproblem.

Es ist gesagt worden, daß der Aufbau der Sozialversicherung nach einzelnen Zweigen, wie er für die Schweiz charakteristisch ist, dazu führe, die Gesetze zu sehr bloß nach den Bedürfnissen der jeweiligen Materie auszugestalten, so daß die Gefahr einer Entartung im Sinne einer Gelegenheitsgesetzgebung bestehe. Andererseits wird nicht selten bemängelt, daß es an einer einheitlichen Organisation der gesamten Sozialversicherung, an einer eidgenössischen Spitze, an der Zusammenfassung im Sinne einer Volksversicherung fehle.

Die Nachteile des Systems sind evident: Es bestehen die nur allzu bekannten starken Lücken im Gefüge des schweizerischen Sozialversicherungsrechts, worauf Hermann Kistler in seinem Referat über die Militärversicherung zum Juristentag 1942 aufmerksam gemacht hat.

Weiter bestehen die im Referat Dr. Oswald gezeigten Widersprüche zwischen den gesetzlichen Bestimmungen, welche in den verschiedenen Sozialversicherungsbereichen auch durchaus analoge Tatbestände abweichend regeln. Und es zeichnen sich gelegentlich sogar verwirrende Divergenzen in der begrifflichen Entwicklung ab.

Demgegenüber muß ich nun gleichwohl bekennen, daß die für die Schweiz typische Lösung: Aufbau nach verschiedenen Versicherungszweigen auch ihre sehr entschiedenen *Vorteile* hat. Dieser Aufbau hat es nämlich mit sich gebracht, daß die Schaffung dieses neuen Rechts, die durch mächtige Impulse unserer Zeit getragen war, ganz auf dem Boden gesunder *Empirie* vor sich gegangen ist. Auch das römische Recht ist ja, und zwar noch viel ausgeprägter, in dieser am konkreten Sachverhalt orientierten Weise entstanden und hat gleichwohl über Zustände innerer Widersprüchlichkeit hinaus schließlich zu einem imposanten System geführt. Gutes Beispiel für dieses auf dem Boden der Empirie ansetzende Entstehen des neuen Rechts ist die Arbeitslosenversicherung. Sie ist bei uns aus einer jahrzehntelangen Praxis der Kassen und der kantonalen Arbeitsämter heraus geschaffen worden. Das Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung liest sich für den Juristen zwar äußerst unbequem. Aber in seiner praktischen Anwendung gewinnt es eine überraschende Lebendigkeit und zeigt Schritt auf Tritt die Spuren seiner an den Bedürfnissen der Materie orientierten Entstehung.

Vorteile bietet dieses spezielle schweizerische System der Sozialversicherung auch in der Verwaltungsorganisation. Es erweist sich für die Tätigkeit des EVG als überaus wohltuend, daß das Gericht mit verschiedenen Spitzen der Sozialversicherung im Bunde zu verkehren in der Lage ist, mit Verwaltungen, welche mit ihrer besonderen Materie aufs intimste vertraut sind und diese ihrem Versicherungszweig entsprechende Sachorientierung der Rechtsprechung daher vermitteln können. Damit zusammen hängt, daß bei uns kein Mammutbetrieb der Sozialversicherung entstanden

ist, mit all seinen ungünstigen Auswirkungen: Machtansammlung, Mechanisierung und Entfremdung zwischen Verwaltung und Bürger. Ich möchte auch an meiner Stelle bestätigen, daß in unserer Sozialversicherung nicht der Ton des Befehlens, sondern der Ton des Überzeugens vorherrscht.

Schließlich wird durch diesen Aufbau nach Zweigen das EVG davor bewahrt, daß seine Praxis in einem monotonen Dialog mit einer einzigen obersten Verwaltungsstelle des Bundes erstarrt. Gerade dies schützt auch vor der Versuchung, sich irgendwie selbst als hierarchische Spitze der Verwaltung einzugliedern und Verwaltungstätigkeit in Justizform zu betreiben. Mit einer solchen Eingliederung hat natürlich – das möchte ich zu einer heutigen Bemerkung von Herrn Ducommun sagen – nichts zu tun die These, daß Verwaltungsweisungen, die vom Richter als gesetzwidrig erklärt sind, keine weitere Geltung mehr haben. Verwaltung übt der Richter vielmehr erst dann aus, wenn er selber Weisungen erteilt, d.h. sich nicht auf die Feststellung des Rechts beschränkt.

Bei allem Vorteil, den dieses differenzierte System zu bieten vermag, bleibt nun aber das Koordinationsproblem. Zunächst im Sinne der Ausfüllung der Lücken, die in unserer Sozialversicherung noch klaffen. Und dann als Aufgabe der Verbesserung der Organisation. Der Bund wird um die Abklärung der Frage, wie weit eine organisatorische Zusammenfassung mit Nutzen geschaffen würde, auf die Dauer nicht herumkommen. Und wir werden unsere Sozialversicherung auch mit dem föderalistischen Aufbau der Eidgenossenschaft besser koordinieren müssen. Würde man den Vollzug nach dem interessanten Vorbild der Arbeitslosenversicherung – wo übrigens auch Verbandskassen bestehen – stärker auf die Kantone abstützen, dann könnte dies nicht nur zur inneren Festigung der Sozialversicherung beitragen, sondern würde die mit Recht aufgezeigte Gefahr bannen, daß die neuen Konzeptionen der Sozialversicherung unvermerkt zu einer Denaturierung der föderalistischen Struktur

unseres Staates zu führen drohen. Damit würden dann begriffliche Bastardvorstellungen, wie z.B. die Charakterisierung der kantonalen Ausgleichskassen als Bundesverwaltungsstellen, verschwinden. Und es könnte gerade mit einer solchen Entwicklung noch eher eine organisatorische Zusammenfassung im Bund einhergehen. Schon heute zeichnen sich kantonale Sozialversicherungsämter mit zusammengefaßten Funktionen ab.

Ein weiteres wichtiges Anliegen bleibt sodann die materielle Koordination. Vom Richter kann diese Aufgabe der Schaffung eines allgemeinen Teils allerdings nur sehr begrenzt gelöst werden. Die Divergenzen stammen ja aus den Vorschriften der verschiedenen Gesetze, die Analoges verschieden regeln, und an welche der Richter eben auch im Falle solcher Divergenzen gebunden ist. Sie stammen auch aus der Systematik und dem Geist dieser Gesetze, und der Richter wird sich auch darüber nicht leicht hinwegsetzen. Die Schaffung eines allgemeinen Teils ist daher Gesetzgebungsaufgabe. Eine schwierige, aber äußerst wertvolle Arbeit, weil mit ihrer Bewältigung die juristische Begriffswelt der Sozialversicherung eine wesentliche Vertiefung und Konsolidierung erfahren könnte. Einzubeziehen wäre z.B. die Verrechnung, etwas schwieriger schon die Verjährung, dann etwa die Rückerstattung von Beiträgen und Bezügen und vielleicht sogar gewisse Leistungsvoraussetzungen, so z.B. bei den Waisenrenten.

Daß die Vereinheitlichung des Verfahrens dringend ist, braucht kaum erwähnt zu werden. Ich denke da etwa an die ganz verschiedene Stellungnahme zur reformatio in peius oder daran, daß einzelne Sozialversicherungsprozesse noch die Eierschalen des Zivilprozesses an sich tragen.

Die Lösung des Koordinationsproblems ist allerdings ohne die Mitwirkung der Wissenschaft nicht möglich. Im Steuerrecht war es vielleicht letzten Endes das Unbehagen, das man nun einmal beim Zahlenmüssen empfindet, was zu der energischen Konzentration auf die Materie geführt hat. Hoffen wir, daß es der Sozialversicherung ähnlich gehe,

d.h. daß das juristische Unbehagen über ihren derzeitigen Zustand zu einem Aufschwung der wissenschaftlichen Bearbeitung führe.

Renaud Barde, secrétaire général de la Fédération des syndicats patronaux, Genève:

Avant d'entrer dans le vif des problèmes qui sont soumis à notre appréciation, je voudrais féliciter M. le juge fédéral A. Gysin, d'avoir indiqué tout à l'heure, non seulement les inconvénients mais aussi les grands avantages qui résultent pour la Suisse d'une législation sociale qui n'englobe pas dans un seul système, les différentes branches d'assurances que nous connaissons dans notre pays.

C'est certainement un des mérites de la Confédération d'avoir construit sa législation sociale en tenant compte des besoins qui se révélaient dans les différents groupes économiques et en prenant les problèmes les uns après les autres, de telle sorte que chaque branche d'assurance puisse se développer dans les meilleures conditions possibles. Le système suisse d'assurances sociales, même s'il n'est pas encore complet et peut sans doute encore être étendu à d'autres domaines, présente des avantages certains sur la solution monolithique qui est celle de la France ou de la Grande-Bretagne; les solutions française et anglaise apparaissent comme très généreuses mais sont bien souvent mal adaptées aux besoins des individus, car elles ont englobé toutes les branches de l'assurance dans un seul régime, dit de sécurité sociale, allant du berceau à la tombe.

M. le juge fédéral Gysin a quand même relevé avec beaucoup de pertinence qu'il faudra bien un jour se soucier de coordonner nos différentes assurances, afin que les notions essentielles en fonction desquelles elles sont appelées à intervenir ne finissent pas par se contredire les unes les autres. A cette occasion, nous croyons utile de relever également que si le Tribunal fédéral des assurances, comme les juristes, peut de temps à autre déplorer ce manque de

coordination, les institutions d'assurances sociales auxquelles la jurisprudence impose trop souvent des conversions, qui vont parfois jusqu'au demi-tour complet, sont quelque peu sceptiques lorsqu'on leur vante les mérites d'une assurance sociale soi-disant uniformisée.

Les praticiens connaissent bien le rôle d'un avocat; comme les juges, qui ont presque toujours passé par le Barreau avant de remplir leur mission de magistrats, ils savent que la tâche de l'avocat consiste à éclairer d'une lumière aussi vive que possible les aspects particuliers et avantageux de la cause qui leur est confiée. Il en résulte fatalement que l'administration des assurances sociales ne peut pas toujours lutter à armes égales, car elle doit rester sur le terrain strict du droit et de la logique. Ce n'est pas en vain que l'avocat fait appel aux bons sentiments du juge, et l'administration apparaît bien rétrograde lorsqu'elle donne une interprétation restrictive du droit des assurés en matière de rente, et qu'au nom d'une pratique uniforme elle cherche à défendre une notion rigide des obligations des cotisants.

La force de persuasion des plaideurs conduit pourtant les instances de recours, et même le Tribunal fédéral des assurances, dans une même branche d'assurance, à dire blanc lorsqu'il s'agit de permettre le paiement d'une cotisation qui donnera droit à un supplément de rente et à dire noir lorsque le versement de cette même cotisation correspondra, pour l'assujetti, à une dépense supplémentaire sans contre-prestation.

Cette constatation nous amène d'ailleurs au centre de nos débats, car c'est sans aucun doute la raison principale pour laquelle l'Office fédéral des assurances sociales, qui a la charge d'administrer l'assurance-vieillesse, n'a pas toujours estimé devoir modifier sa pratique au gré de la jurisprudence ici et là pour le moins incertaine du Tribunal fédéral des assurances. A plusieurs reprises on a eu réellement l'impression que ces jurisprudences étaient influencées davantage par l'habileté avec laquelle certains plaideurs

avaient fait ressortir les éléments subjectifs de leur cas particulier, plutôt que par les seuls effets de la science juridique. Un tribunal d'assurances sociales peut être placé parfois devant des situations si pénibles qu'on ne saurait lui faire grief de se laisser attendrir dans un cas particulier, mais on doit alors comprendre l'attitude réservée de l'Office fédéral des assurances sociales.

En effet, contrairement aux affirmations de certains orateurs précédents, l'Office fédéral des assurances sociales bouleverserait inutilement les rapports stables et confiants qui doivent exister entre les caisses, les assurés et les cotisants, si chaque décision d'espèce devait entraîner une revision des instructions, ou même du règlement d'exécution du Conseil fédéral. Certes, l'administration doit s'incliner, dans les délais les plus appropriés, lorsque le Tribunal fédéral des assurances, après avoir tranché une série de cas et avoir fait ainsi le tour complet d'un problème, en arrive à considérer que l'interprétation ou les directives de l'administration doivent être amendées sur tel ou tel point, et qu'il le dit avec toute la précision indispensable. Mais même lorsque la jurisprudence montre ainsi clairement la voie à suivre, les autorités judiciaires ne peuvent pas attendre de l'administration qu'une mesure, appliquée peut-être par erreur, mais qui comporte un avantage pour un grand nombre d'assurés ou de cotisants, soit annulée d'un jour à l'autre avant que tous les cas similaires aient reçu un sort identique, même si la mesure est apparue entre-temps comme légèrement en marge de la loi. Jusqu'ici il n'y a pas eu de conflit ouvert dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants; et nous souhaitons qu'il n'y en ait pas dans l'avenir, car les autorités judiciaires ne sauraient sans danger, pour des assurances sociales qui traitent avec des dizaines de milliers de personnes, s'ériger elles-mêmes en instances administratives.

Il est normal que les caisses de compensation A.V.S. s'inquiètent des tendances qui se sont manifestées dans le travail de M. Oswald. En effet, même en admettant que

les cent caisses existantes aient la possibilité de recourir chaque fois aux services d'un juriste qualifié pour interpréter elles-mêmes et sans délai les décisions du Tribunal fédéral des assurances, il serait exclu – car nous n'y arrivons même pas au sein de cette docte assemblée –, que les cent juristes consultés attribuent la même portée à la nouvelle jurisprudence qu'aurait instaurée le Tribunal fédéral des assurances.

C'est pourquoi aussi les caisses d'assurance-vieillesse se sont étonnées de voir que le Tribunal fédéral des assurances, qui s'était montré si strict dans d'autres domaines de l'assurance obligatoire et qui n'avait pas hésité à couvrir de son autorité de nombreuses mesures apparemment discutables qui avaient été prises en matière d'assurance-chômage ou d'assurance-accidents, s'est senti tout à coup très libre de jeter par-dessus bord un certain nombre de mesures prises par l'administration de l'assurance-vieillesse et survivants, qui répondaient pourtant à des nécessités d'ordre pratique et technique, tout en restant dans le cadre de la loi et surtout de son esprit.

Dans un autre domaine, nous voudrions relever que cette jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances a aussi conduit, petit à petit, à transformer des notions fondamentales du Code des Obligations et à faire passer de nombreuses activités indépendantes, qui relevaient indéniablement du contrat d'entreprise ou du mandat, dans une sorte de contrat de travail élargi, dans le seul but de permettre à ceux qui le désiraient de se faire considérer comme salariés et d'obtenir de leurs cocontractants qualifiés subitement d'employeurs, qu'ils assument le paiement de la cotisation A.V.S. M. Ducommun, dans son remarquable travail, a relevé que le tribunal en était arrivé à transformer des agents indépendants en salariés, sans se soucier des autres conséquences d'ordre juridique, en créant des notions nouvelles en droit. Le Tribunal est en effet parti de l'idée qu'il n'y a indépendance, même si toutes les autres conditions sont remplies, qu'à la condition expresse et non juridique

que l'intéressé supporte la totalité du risque économique. On a également constaté que le Tribunal fédéral des assurances avait déplacé la notion de fortune et de revenu, et qu'après avoir considéré que le propriétaire d'un immeuble qui s'occupait lui-même de l'entretien et de l'encaissement des loyers, ne faisait pas autre chose qu'administrer un bien, c'est-à-dire une fortune, a abouti d'autre part à déclarer que le directeur de banque ou le fonctionnaire possédant un petit domaine dont l'exploitation est assumée entièrement par un tâcheron devait être considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante, en sorte que le revenu tiré de ce domaine agricole qu'il n'exploite pas ne provenait plus, comme dans le cas de l'immeuble, d'une fortune mais était purement et simplement le produit d'un travail.

Pour l'instant, les actionnaires qui reçoivent un dividende sont encore considérés comme bénéficiant des revenus de leur fortune; mais il pourrait arriver qu'un jour ils se voient, surtout si ils manifestent quelque intérêt pour la société dont ils sont actionnaires, transformés ou bien en salariés de celle-ci ou bien au contraire en personnes de condition indépendante, ayant une activité lucrative dans le cadre de la société à laquelle ils ont prêté leur agent.

Cela n'est pas tellement invraisemblable puisque les membres d'une hoirie, ayant hérité un commerce, une usine ou un domaine agricole, sont considérés comme ayant une activité lucrative pour la part de revenus qui leur échoit, même s'ils sont invalides, incapables de tout travail, voire internés dans un asile ou emprisonnés. Ce sont là des questions que le Tribunal fédéral des assurances a déjà abordées et à propos desquelles il a créé une jurisprudence qui a modifié le règlement d'exécution adopté par le Conseil fédéral dans un sens contraire à l'esprit, sinon à la lettre, de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants.

Nous pourrions dire que les autorités judiciaires de l'assurance-vieillesse et survivants doivent se garder de deux dangers essentiels. Le premier serait d'accorder

aveuglément à toute jurisprudence quelle qu'elle soit la prédominance immédiate et automatique sur les instructions administratives, de se substituer ainsi à l'administration. Le second serait de s'écarter des notions admises par les autres branches du droit et notamment par le Code des obligations, dans des cas où de telles dérogations ne présentent aucunement un caractère inéluctable, ne sont pas dictées par des nécessités impérieuses de l'assurance. Si le premier de ces dangers est resté jusqu'ici théorique, et nous espérons qu'il le restera, le second en est maintenant déjà à un stade aigu et exige que l'on repense sans tarder certaines des solutions jurisprudentielles apportées aux problèmes de l'assurance-vieillesse et survivants.

Dans un autre domaine encore, celui des conventions internationales qui, sans sortir du thème de l'assurance-vieillesse proprement dit n'a pas fait l'objet d'une étude approfondie de la part des deux rapporteurs, il conviendrait de se pencher une fois sur les nombreuses questions que pose à notre pays la conclusion de conventions internationales avec un nombre d'Etats sans cesse croissant. Le but des conventions internationales est, dans le domaine des assurances sociales, d'assurer une certaine protection aux Suisses établis à l'étranger en échange d'avantages correspondants que la convention accorde dans le domaine de l'assurance-vieillesse et dans d'autres facteurs des assurances sociales aux étrangers domiciliés en Suisse. On ne saurait contester l'utilité de semblables accords, qui améliorent la situation de nos compatriotes à l'étranger, mais on doit regretter qu'au gré de leurs législations particulières, nos contractants étrangers cherchent à imposer à notre pays des dispositions qui finissent par être en contradiction avec certains principes essentiels de notre droit.

Or, le fait d'être un pays à monnaie stable nous permettrait d'adopter une attitude particulièrement ferme dans le domaine des assurances sociales. Nous relèverons, à ce sujet, qu'on a cru bon, au moment de la négociation entamée avec la France au titre des assurances sociales,

d'accorder aux assurés français établis en Suisse le remboursement illimité des cotisations payées en bons francs suisses non seulement par eux mais aussi par leur employeurs, alors que la législation française, établie sur d'autres bases, fixait un plafond pour le montant des cotisations, en sorte que le remboursement prévu en francs français, constamment dévalués et dépréciés, en faveur des Suisses quittant la France, n'était équivalent qu'en apparence; les ressortissants français sont en fait privilégiés par rapport aux Suisses de l'étranger.

Il est regrettable que le Conseil fédéral qui, en matière de négociations économiques prend de grandes précautions pour assurer à la fois l'unité de doctrine et l'équivalence nécessaire des concessions faites de part et d'autre, n'ait pas jusqu'ici voué plus d'attention au problème des conventions internationales. Il nous paraît faux et dangereux de les examiner uniquement sous l'angle restreint de la sécurité sociale sans faire participer aux négociations les représentants des milieux économiques, comme aussi ceux du Département fédéral de justice et police, afin d'éviter qu'en débordant sur d'autres secteurs des concessions en matière d'assurances sociales n'influencent finalement notre droit civil ou même notre droit public.

Notons enfin que parfois, les concessions accordées aux étrangers peuvent aller jusqu'à nous amener à modifier les conditions d'un contrat de travail établi en Suisse pour un étranger et que, là aussi, on constate indirectement que la tendance étrangère de donner à la sécurité sociale un sens différent de celui que nous avons en Suisse a des répercussions qui peuvent aller jusqu'à changer la qualification juridique d'un contrat ou à dénier la qualité d'indépendant à une personne que le Code des obligations n'a jamais considérée jusqu'ici comme salariée ou à transformer un rentier en personne exerçant une activité lucrative.

Dr. Alb. Lotz, Appellationsgerichtspräsident, Basel:

In meiner Eigenschaft als Mitglied zweier Rekurskom-

missionen der AHV möchte ich mir gestatten, zu einigen der vielen in den zwei Referaten gründlich und klar behandelten Fragen kurz Stellung zu nehmen:

1. Die *reformatio in peius* ist in Art. 7 der Verordnung des Bundesrates vom 16. Januar 1953 ausdrücklich als zulässig erklärt worden, was im Referat Oswald gebilligt wird (S. 111a). Allein gegen diese Regelung drängen sich Bedenken auf:

Wie auf S. 107a Referat Oswald dargelegt wird, erfolgte die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Gebiet der Sozialversicherung primär im Interesse des versicherten Bürgers; das Rekursverfahren sollte für ihn erleichtert und ungefährlich gestaltet werden. So wird es auch der bei der AHV Versicherte auffassen und er wird nicht begreifen, daß, falls er von dem ihm in seinem Interesse zustehenden Recht der Berufung an das EVG Gebrauch macht, der erstinstanzliche Rekursentscheid zu seinen Ungunsten abgeändert werden kann. Die in der Fußnote Nr. 290 S. 111a Referat Oswald zitierte Ansicht Nefs, daß die reformatio in peius die Verwaltungsgerichtsbarkeit für den Bürger entwerte, scheint mir durchaus zutreffend.

Ein weiterer Nachteil: Die reformatio in peius kann zur Folge haben, daß der Richter im Urteil eine Lösung trifft, welche außerhalb der Parteianträge sowie außerhalb des Vorentscheids liegt, welche also gar nicht Gegenstand der Verhandlung war. Dies bedeutet im Effekt eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Eine Partei wird dann etwa denken: wenn ich mich zum Standpunkt der Berufungsinstanz vorher hätte äußern können, wäre der Entscheid vielleicht anders herausgekommen. Letzteres ist zwar wenig wahrscheinlich, aber doch nicht geradezu ausgeschlossen.

Endlich erscheint im Gebiet der AHV das Bedürfnis nach der reformatio in peius besonders gering, da ja dem Bundesamt für Sozialversicherung im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung ein selbständiges Berufungsrecht gegen jeden erstinstanzlichen Rekursentscheid zusteht.

Aus diesen Gründen sollte jedenfalls von der Möglichkeit der reformatio in peius mit äußerster Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden. Die kantonalen Rekurskommissionen werden wohl der bundesrechtlichen Regelung erst folgen, wenn sie kraft Bundesrechts dazu gezwungen sind.

2. Sehr unterstreichen möchte ich im allgemeinen die Ausführungen des Referates Oswald über das heikle Thema der *Rechtskraft der Kassenverfügungen*. Es ist zu begrüßen, daß für das AHV-Recht die Anwendung der gleichen Grundsätze postuliert wird, die das Bundesgericht über die formelle Rechtskraft der Verwaltungsverfügungen aufgestellt hat (vernünftige Abwägung zwischen dem Postulat der richtigen Anwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Postulat der Rechtssicherheit andrerseits).

Ein Punkt dieses Kapitels fordert jedoch entschieden Widerspruch heraus:

Art. 16 Abs. 3 AHVG räumt einem Versicherten – und zwar ohne jeden Vorbehalt – das Recht ein, zuviel bezahlte Beiträge innert Jahresfrist seit Entdeckung der zu hohen Beitragsleistung (spätestens innert 5 Jahren seit der Zahlung) zurückzufordern. Nach der Praxis des EVG (Referat Oswald S. 132a ff.) kann aber der Betroffene, falls die Beiträge durch eine formelle Kassenverfügung festgesetzt wurden, den Rückforderungsanspruch nur innerhalb der – 30tägigen – Rekursfrist geltend machen. Versäumt er diese Frist, so stehen einer späteren Rückforderung in jedem Fall die formelle Rechtskraft der Kassenverfügung entgegen, und die Rekursinstanz darf auf ein in diesem Sinne «verspätetes», aber nach Art. 16 Abs. 3 des Gesetzes an sich zulässiges, Rückerstattungsbegehren gar nicht eintreten; es steht ja vielmehr im freien Ermessen der Kasse, ob sie auf ihre – formell rechtskräftige, aber materiell vielleicht unrichtige – Veranlagung zurückkommen will oder nicht.

Hier liegt m.E. eine Überspannung des Prinzips der formellen Rechtskraft der Verwaltungsverfügungen vor, welche einerseits eine unzulässige Beeinträchtigung des

gesetzlichen Rückforderungsanspruches sowie eine stoßende Rechtsungleichheit schafft:

Sofern nämlich die Beiträge nicht durch Verfügung, sondern durch eine vom Beitragspflichtigen vorgelegte und von der Kasse akzeptierte Abrechnung (z.B. über Arbeitgeber/Arbeitnehmerbeiträge) entrichtet wurden, steht – unbestrittenermaßen – dem Zahlenden der Anspruch auf Rückgabe des allfällig zuviel Geleisteten uneingeschränkt (also längstens 5 Jahre seit der Zahlung) zu, während ein solcher Anspruch bei Festsetzung der Beiträge durch Kassenverfügung – wie oben dargelegt – nach Ablauf von 30 Tagen seit Zustellung der Verfügung praktisch verwirkt ist!

Diese Ungleichheit läßt sich sachlich kaum begründen. Wenn etwa gesagt wird (Referat Oswald S. 133a), daß bei einer vom Beitragspflichtigen selbst vorgenommenen Abrechnung eher Irrtümer vorkommen könnten als bei einer Kassenverfügung, so reicht dieses Argument zur Rechtfertigung jener Rechtsungleichheit nicht aus und ist auch an sich nicht durchschlagend. Auch bei einer Veranlagung durch die Kasse können Irrtümer unterlaufen, namentlich wenn dieselbe auf einer Schätzung beruht. In diesem Punkt sollte die bisherige Praxis unbedingt revidiert werden.

3. Ein kurzes Wort zur Gestaltung der *Bundesaufsicht* über die *Kassen*. Den Ausführungen des Referates Oswald (S. 139a ff.) ist grundsätzlich in jeder Hinsicht zuzustimmen.

Durch einen allzu ausgedehnten Gebrauch des Weisungsrechtes durch das Bundesamt entsteht die Gefahr, daß der Wille der Kassenleiter, die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben grundsätzlich selbständig in eigener Verantwortung zu lösen, erlahmt (es ist auch dem Sprechenden aufgefallen, daß seit einiger Zeit die Kassenleiter in ihren Vernehmlassungen zu Rekursen sich häufig einer eigenen Stellungnahme enthalten und sich einfach auf eine generelle oder spezielle Weisung des Bundesamtes berufen).

Es würde aber zweifellos dem dezentralisierten Aufbau der AHV widersprechen, wenn die Kassen in die Rolle

bloßer Marionetten in der Hand des Bundesamtes gedrängt würden.

Es sollte hier ein vernünftiger Ausgleich gesucht werden zwischen der – an sich notwendigen – Bundesaufsicht und einer minimalen Selbständigkeit der Kassen.

4. Das Referat Oswald (S. 162a ff.) weist – zutreffend – auf das *Fehlen eines allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechtes* hin.

Diese Feststellung gilt regelmäßig für das öffentliche Recht überhaupt. Der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung stellt sich daher die so reizvolle wie schwierige Aufgabe, diese Lücke durch Heranziehung allgemeiner Rechtssätze auszufüllen. Sowohl in der deutschen wie in der schweizerischen Verwaltungsliteratur wird häufig – einleuchtend – dargelegt, daß gewisse Grundsätze des Zivilrechts nicht auf dieses allein zugeschnitten, sondern darüber hinaus Geltung für andere Rechtsgebiete (gerade für das öffentliche Recht) beanspruchen dürfen. Dies gilt z. B. anerkannterweise von Art. 2 ZGB.

In dem im Referat Oswald (S. 78a) besprochenen Falle, wo eine Ehefrau vorsätzlich ihren Ehemann getötet hatte und darauf – mehr oder weniger kalt lächelnd – eine Witwenrente beanspruchte, hatte das EVG offensichtlich Mühe, die von der 1. Instanz ausgesprochene Verneinung des Rentenanspruches aufrecht zu erhalten. Die kantonale Rekurskommission hatte dabei weniger Hemmungen: ihr schien der Anspruch schon auf Grund von Art. 2 ZGB unbegründet, da es sich um einen offensichtlichen Rechtsmißbrauch handelte; ferner drängte sich die analoge Anwendung von Art. 14 VVG auf, wonach der Anspruch auf die Versicherungsleistung verwirkt ist, wenn der Versicherte das befürchtete Ereignis absichtlich herbeigeführt hat.

Betrachtet man die positivrechtliche Regelung der AHV im Zusammenhang mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dann war jener Entscheid nicht contra legem (so Referat Oswald S. 78a), sondern höchstens praeter legem, m. E. aber intra legem ergangen.

Dr. Bernhard Erni, Präsident der kant. Steuerrekurskommission, Luzern:

Im Referat von Herrn Dr. Oswald und in der bisherigen Diskussion ist wiederholt auf die mangelnde Koordination der gesetzlichen Bestimmungen innerhalb des Bereiches des Sozialversicherungsrechtes hingewiesen worden. Der kantonale AHV-Richter, der nicht bloß in AHV-Sachen, sondern auch in Steuersachen Recht zu sprechen hat, empfindet dann und wann einen gewissen Mangel an Koordination auch nach einer andern Richtung. Ich meine diejenige zwischen AHV-Rechtsprechung und Rechtsprechung auf andern Rechtsgebieten. Auf dem Gebiete der AHV sind nämlich eine ganze Reihe von Fragen und Problemen aktuell, die sich auch auf andern Rechtsgebieten, vor allem im Steuerrecht stellen, zu denen aber die AHV-Praxis teilweise eine abweichende Stellung bezogen hat, ohne daß die divergierenden Auffassungen durchwegs in der Eigenart der AHV-rechtlichen Materie begründet wären. Gestatten Sie, daß ich stichwortweise auf drei solcher Divergenzen hinweise, um mich dann mit einer vierten etwas ausführlicher zu befassen.

Ich nenne einmal die *Stellung des Richters zum Wortlaut des Gesetzes*. Die AHV-Rechtsprechung ist wiederholt zur Vermeidung eines als unbefriedigend erachteten Ergebnisses oder von verwaltungstechnischen Schwierigkeiten zu einer Auslegung gelangt, die nicht im Rahmen der durch den Wortlaut gedeckten Sinngehalte blieb. Ich nenne weiter das Problem der *Gesetzeslücken*. Die AHV-Rechtsprechung ist in der Annahme von Gesetzeslücken viel weniger zurückhaltend als beispielsweise das Bundesgericht. Während sodann für das öffentliche Recht überwiegend die Auffassung vertreten wird, daß eine echte, vom Richter auszufüllende Gesetzeslücke nur vorliege, wenn das Gesetz auf eine Frage keine Antwort gibt, die zur Anwendung des Gesetzes notwendig beantwortet werden muß, erachtet sich die AHV-Rechtsprechung bisweilen auch zur Ausfüllung anderer,

sogenannter unechter Gesetzeslücken für befugt. Ich nenne als drittes Problem dasjenige der *materiellen Rechtskraft von Verwaltungsverfügungen*, die im Steuerrecht bejaht, im AHV-Recht schlechtweg abgelehnt wird.

Divergierende Auffassung zwischen der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes (EVG) und derjenigen des Bundesgerichtes auf dem Gebiete der Bundessteuern und in Doppelbesteuerungssachen bestehen weiter über die Zulässigkeit der sogenannten *wirtschaftlichen Betrachtungsweise*, womit ich mich nun etwas ausführlicher befasse. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise möchte bekanntlich bei der Erhebung öffentlicher Abgaben mehr auf die wirtschaftliche Bedeutung eines Tatbestandes als auf dessen Rechtsform abstellen. Ein Fall solcher wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist die Nichtanerkennung der selbständigen Existenz einer AG. im Hinblick auf die wirtschaftliche Identität zwischen dem Aktionär und einer Einmanngesellschaft oder zwischen einer Mutter- und Tochtergesellschaft.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise zwar nicht willkürlich. Bei Entscheiden, die es nur auf Willkür überprüfen konnte, ließ es wiederholt schon die völlige Abhängigkeit vom Gründer für die Nichtanerkennung einer juristischen Person genügen. Auf dem Gebiete der Bundessteuern sowie im interkantonalen Doppelbesteuerungsrecht, wo dem Bundesgericht freie Prüfung zusteht, verlangt es dagegen zusätzlich, daß die Gründung mißbräuchlich, lediglich zum Zwecke der Steuerumgehung erfolgte. Auch in der zivilrechtlichen Doktrin und Praxis wird meines Wissens die rechtliche Verschiedenheit von Aktionär und Einmanngesellschaft nur ignoriert, wenn die Berufung darauf schutzwürdige Interessen Dritter verletzt oder einen Rechtsmißbrauch bedeutet.

Für die AHV-Rechtsprechung stellte sich das Problem der wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei der Beurteilung der Frage, ob Lizenzgebühren, die ein Patentinhaber für

die Verleihung des ausschließlichen Rechtes zur Auswertung seiner Patente an einen Dritten erhält, beitragsfreies Ertragseinkommen oder beitragspflichtiges Erwerbseinkommen darstellen. Während das EVG in einem früheren Urteil solche Bezüge als beitragsfreies Ertragseinkommen erklärt hatte, behandelte es sie in einem Urteil vom 9. Juni 1952 (EVGE 1952, S. 103 ff.) im Verhältnis zwischen Aktionär und Einmanngesellschaft als Erwerbseinkommen, und zwar als solches aus selbständiger Tätigkeit. In der Begründung hat das EVG zunächst selber auf die zivil- und steuerrechtliche Doktrin und Praxis Bezug genommen mit dem Hinweis, daß darnach in gewissen Fällen und unter gewissen Bedingungen die Existenz einer juristischen Person nicht anerkannt zu werden brauche. Es hat in diesem Zusammenhange unter anderm den BGE 59 I Nr. 50 zitiert (in welchem das Bundesgericht die Nichtbeachtung der selbständigen Existenz einer AG. bloß wegen ihrer völligen Abhängigkeit von einer andern Person gerade abgelehnt hatte) und daran anschließend erklärt, es erscheine angezeigt, sich in gleicher Weise auch auf dem Gebiete der AHV nicht vorbehaltlos an die selbständige Existenz von zwei Personen zu halten. Wenn das Gericht dann aber, ohne zu untersuchen, ob eine Beitragsumgehung vorliege, die Behandlung der Lizenzgebühren als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit bloß damit begründet, der Beitragspflichtige und die Gesellschaft seien wirtschaftlich gesehen nicht zwei unabhängige Wesen, die Gesellschaft sei vielmehr mit dem Beitragspflichtigen eins, so daß die Tätigkeit, die die Gesellschaft ausübe, nicht als eine dem Aktionär fremde Tätigkeit angesehen werden könne, so stellt es sich damit zu der von ihm angerufenen zivil- und steuerrechtlichen Doktrin und Praxis in Gegensatz.

Das Gericht hat dann allerdings in einer zusätzlichen Erwägung erklärt, daß selbst bei Anerkennung der Existenz von zwei verschiedenen Personen der Ausgang des Verfahrens kein anderer sein könnte. Was jedoch zur Begründung dieser Stellungnahme ausgeführt wird, läuft mehr oder

weniger doch wieder auf eine Nichtanerkennung der rechtlichen Verschiedenheit von Aktionär und Gesellschaft hinaus. Auf jeden Fall bliebe bei Anerkennung der rechtlichen Verschiedenheit von Aktionär und Gesellschaft für die Annahme von Einkommen aus *selbständiger* Tätigkeit kein Raum. Denn dann ist es ausschließlich die Gesellschaft, die die Erfindungen wirtschaftlich ausbeutet und nicht die Gesellschaft und der Aktionär zusammen, wie das EVG annimmt. Es hätte sich lediglich die Frage gestellt, ob in den Lizenzgebühren neben dem Entgelt für die Überlassung der Patente zur Ausbeutung auch ein solches für die weitere Tätigkeit des Lizenzgebers als *Erfinder* im Dienste der Gesellschaft enthalten sei. Soweit, aber auch nur soweit, stellten die Lizenzgebühren Erwerbseinkommen dar, jedoch in gleicher Weise wie die Bezüge als Direktor und Verwaltungsrat solches aus *un*selbständiger und nicht selbständiger Tätigkeit. Man hat es insoweit mit einer der verdeckten Gewinnausschüttung ähnlichen Erscheinung zu tun, die eine Ausscheidung in die Ertrags- und Erwerbskomponente erfordern würde. In einem Urteil vom 9. Mai 1955 i. S. eines Lizenzgebers, der sich in seiner Eigenschaft als Mitglied des Verwaltungsrates und des Direktoriums der AG. ebenfalls mit der weitern Auswertung der Erfindung befaßte, jedoch am Aktienkapital scheinbar nicht wesentlich beteiligt war, ist inzwischen auch das EVG zur Annahme von Einkommen aus *un*selbständiger Tätigkeit gelangt. Nur hat es die Ausscheidung einer Ertragskomponente abgelehnt, obwohl der Umstand, daß die Vergütung der AG. nach dem Tode des Erfinders nicht wegfallen, sondern nur herabgesetzt werden sollte, ein gewichtiges Indiz dafür bildete, daß die Vergütung auch ein Entgelt für die Überlassung der Erfindungen zur Ausbeute enthielt.

Auf eine heute im allgemeinen abgelehnte wirtschaftliche Betrachtungsweise läuft bisweilen auch die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit hinaus. Die bezügliche Rechtsprechung scheint mir jedenfalls gelegentlich die Lösung im konkreten Fall zu wenig

auf Grund der gesetzlichen Umschreibung der beiden Einkommensarten zu suchen und an einem methodischen Fehler zu leiden. Denn wenn das Gesetz nur das Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit positiv durch Aufstellung bestimmter Merkmale (unselbständige Stellung einerseits und Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit anderseits) umschreibt und dann als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit jedes Erwerbseinkommen bezeichnet, das nicht Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit ist, so sollte richtigerweise im konkreten Fall in erster Linie geprüft werden, ob die beiden gesetzlichen Merkmale unselbständiger Tätigkeit gegeben sind. Fehlt auch nur eines dieser Merkmale, so müßte nach der gesetzlichen Umschreibung auf selbständige Tätigkeit erkannt werden. Bei diesem Vorgehen würde man kaum mehr dazu gelangen, Entgelte aus Vertragsverhältnissen, die keine Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zum Gegenstand haben, als Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit zu erklären. Dies auch dann nicht, wenn die zivilrechtliche Natur des Vertragsverhältnisses nicht entscheidend ist. Es geht hier nicht um diese Frage, sondern um das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals unselbständiger Tätigkeit. Die Praxis hat statt dessen für das Einkommen aus selbständiger Tätigkeit eine Reihe von Merkmalen aufgestellt, wie Einsatz eigener wirtschaftlicher Risiken, Beanspruchung des Geschäftsertrages aus eigenem Recht, Führung der Geschäfte in eigenem Namen usw. und prüft dann, ob diese Merkmale vorhanden sind. Das gesetzliche Begriffsmerkmal der Arbeitsleistung auf Zeit wird dabei gelegentlich ignoriert mit der Bemerkung, es führe nicht zum Ziel, während es vielleicht bloß zu einem andern Ziele führen würde. Daß auch in bezug auf die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Tätigkeit divergierende Auffassungen zwischen AHV-Rechtsprechung und Rechtsprechung des Bundesgerichtes in Doppelbesteuerungssachen bestehen, sei abschließend nur nebenbei bemerkt.

Dr. Bernhard Schatz, juristischer Beamter der Eidg. Militärversicherung, Bern:

Bien que les deux excellents rapports qui forment la base de cette discussion traitent de problèmes de l'AVS, ils présentent également un grand intérêt pour d'autres assurances sociales. Comme juriste de l'assurance militaire, je voudrais – à titre toutefois purement personnel – dire d'abord deux mots des *relations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif*. Je crois être d'autant mieux en mesure de le faire qu'une controverse analogue à celle qui a surgi en matière d'AVS, dans les détails de laquelle je ne veux pas entrer, n'a, à ma connaissance, jamais éclaté dans l'assurance militaire et que cette dernière ne dépend pas non plus de l'OFAS. Je crains qu'on n'ait pas assez insisté sur les points suivants:

Lorsqu'un premier arrêt déclare contraires à la loi des normes générales édictées par le pouvoir exécutif, celui-ci doit examiner s'il peut se rallier d'emblée à ce début de jurisprudence ou pas encore. En effet, si le Tribunal n'a pas considéré tous les aspects de la situation ou tous les arguments militant contre sa solution, il faut concéder à l'administration le droit de lui soumettre derechef la question, d'une façon peut-être plus générale que ce n'a été fait dans le premier procès et à l'occasion d'un cas typique. Les revirements de jurisprudence sont hélas des *faits* qui empêchent de partir du principe qu'un Tribunal ne se déjugera jamais. En outre, comme toute solution avantage certaines personnes pour en désavantager d'autres, il est du devoir de l'administration, qui sert l'*ensemble* des citoyens, de ne déposer les armes qu'après avoir fait valoir *tous* les arguments en faveur de son avis. On peut d'ailleurs se demander si, lorsqu'un Tribunal envisage de déclarer illégales des instructions déterminées, il ne serait pas opportun qu'il le communiquât à l'administration et lui donnât l'occasion de faire valoir son point de vue d'une façon générale, complète et approfondie avant l'arrêt.

Si le Tribunal confirme sa jurisprudence mais que l'administration a cependant des raisons sérieuses de ne pas s'y rallier, elle peut encore songer à proposer une modification de la loi qui donnerait à ses instructions la base nécessaire. Dans ces cas, et *jusqu'à ce que l'avis du législateur soit connu, il ne peut être question pour elle d'adapter sa pratique à une solution encore combattue.*

Au contraire, la reconnaissance de la jurisprudence par le pouvoir exécutif fait naître pour celui-ci l'*obligation d'y adapter sa pratique, soit d'abroger ses anciennes prescriptions et de les remplacer au plus vite par de nouvelles.* Cela ne peut, à vrai dire, pas toujours être fait immédiatement. Les offices administratifs inférieurs, chargés d'appliquer chaque jour les normes en question, sont alors obligés de se demander *sur quels principes ils doivent se fonder jusqu'à la promulgation des nouvelles instructions.* Pour M. Oswald, les prescriptions déclarées illégales perdent immédiatement toute force obligatoire et l'administration ne doit plus les suivre, mais s'en tenir uniquement à la jurisprudence (il est clair qu'après coup, le juge ne peut qu'homologuer la décision de la caisse qui agit ainsi). Je crois toutefois que la thèse de M. Oswald est trop absolue. Il faut en effet distinguer deux cas:

Dans le premier, les instructions administratives ne sont pas nécessaires et la jurisprudence suffit à l'application de la loi. Lorsque, par exemple, le TFA a déclaré illégale, pour une simple raison de forme, une décision du Conseil d'administration de la Caisse nationale excluant de l'assurance les accidents dus à des dangers extraordinaires, ces prescriptions pouvaient être abrogées d'un jour à l'autre et il était parfaitement possible d'appliquer la LAMA en attendant la nouvelle décision. Les accidents dus à des dangers extraordinaires étaient évidemment assurés pendant ce temps.

Tout autre est la situation lorsque *les instructions sont nécessaires à l'application de la loi par l'administration.* Celle-ci peut parfois laisser les cas en suspens jusqu'à la

promulgation des nouvelles dispositions; s'il est question du payement de prestations, elle peut même verser des avances. C'est incontestablement la meilleure solution du point de vue juridique; elle peut toutefois être difficile, voire impossible à réaliser en pratique. S'agit-il en effet de cotisations, l'administration ne pourra guère réclamer le versement d'acomptes; ce serait au fond le système des primes provisoires de la Caisse nationale; mais, en cette matière, il est prévu par la *loi*. Si la perception des cotisations ne peut être différée, il n'y a guère d'autre solution *pratique que le maintien provisoire, pour le moins longtemps possible*, des instructions en vigueur, non encore abrogées bien que déclarées illégales, sous réserve de restitution du trop-perçu ou de payement complémentaire au vu des nouvelles dispositions, qui devraient avoir effet rétroactif. Pour bien des assurés, le résultat ne sera d'ailleurs pas très différent suivant les anciennes ou les nouvelles instructions et la décision fondée sur les premières ne sera pas attaquée; en cas de recours, la procédure pourrait être provisoirement suspendue. Cette situation ne serait pas sans analogie avec celle qui se présente lorsqu'une loi a déjà été remplacée par une autre, mais que cette dernière n'a pas encore été mise en vigueur, précisément parce que ses dispositions d'exécution ne sont pas prêtes: on continue à appliquer l'ancienne loi, à la forme toujours valable bien que déjà abandonnée au fond. D'ailleurs, entre le premier arrêt et la reconnaissance de la jurisprudence, l'administration peut au moins commencer, si ce n'est terminer, les préparatifs nécessaires en vue d'un changement éventuel de sa pratique. Ici aussi, on peut se demander si, lorsque le Tribunal a pris sa décision définitive, il n'y aurait pas avantage à ce qu'il en retardât la publication, après en avoir donné connaissance à l'administration, afin de lui laisser le temps de préparer les nouvelles instructions et de permettre leur mise en vigueur le plus rapidement possible après la publication de l'arrêt. La controverse surgie en matière d'AVS n'est pas tellement une question de droit que de réalisation pratique et elle

peut facilement se résoudre avec un peu de compréhension réciproque.

Si l'autorité judiciaire estime que l'administration tarde trop à adapter sa pratique à la jurisprudence, elle a toujours la possibilité d'attirer l'attention du pouvoir exécutif sur cet état de choses. Le TFA, par exemple, devrait alors s'adresser au Conseil fédéral. Mais il me paraît inadmissible d'inciter les organes administratifs inférieurs à l'insubordination envers leurs supérieurs hiérarchiques. Que restera-t-il de la légalité de l'administration et d'une pratique uniforme si n'importe quel commis, suivant la voie tracée par M. Oswald, se met à interpréter la jurisprudence à *sa* façon, à substituer aux instructions reçues les principes qu'il estime, *lui*, conformes à la loi – car la jurisprudence s'est bornée à déclarer les anciennes instructions illégales, mais n'a pas formulé les nouvelles dans tous leurs détails – et à traiter les cas selon *ses propres principes*? La tâche de l'administration est, en bonne partie, une application de la loi et de la jurisprudence; elle ne devrait donc être confiée qu'à des juristes. Pour des raisons bien connues, une grande partie de cette besogne est toutefois effectuée par des personnes sans formation juridique. Quiconque a une expérience pratique de la difficulté qu'éprouve un service juridique central à obtenir une application juste et uniforme de la loi comme de la jurisprudence par les organes périphériques, ne peut que rejeter la thèse trop absolue de M. Oswald, qui compromet précisément ce qu'elle veut sauver.

Ces objections ne m'empêchent pas de partager l'avis des rapporteurs sur beaucoup d'autres points. Avec M. Oswald, je crois aussi que les divergences entre les dispositions régissant chaque assurance sociale sont fort regrettables, car – en permettant de les opposer l'une à l'autre –, elles ne font qu'alimenter les critiques et des revendications toujours croissantes. Il serait opportun de les *éliminer dans la mesure du possible, c'est-à-dire d'autant qu'elles ne sont pas les conséquences inéluctables des bases et buts différents de ces assurances.*

D'autre part, l'élaboration de la loi actuelle sur l'assurance militaire a montré que le législateur s'est efforcé de l'adapter le plus possible aux autres assurances sociales: le délai de recours contre les décisions administratives à été fixé à six mois comme pour la Caisse nationale, le délai d'appel au TFA à 30 jours, comme dans l'AVS; la disposition sur la pension de la femme divorcée en concurrence avec la veuve de l'assuré s'est nettement inspirée de la LAVS etc. Si, en revanche, le taux de l'indemnité de chômage et de la pension d'invalidité n'a pas été fixé à 70 et 80% comme dans la LAMA, cela a été intentionnel, car ces chiffres ont été reconnus comme insuffisants. *Le législateur ne peut en effet aligner une nouvelle loi sur celles qui existent déjà que lorsqu'elles satisfont encore entièrement aux besoins de l'heure.*

Je crois aussi que bien des dispositions pourraient être établies de façon uniforme pour toutes les assurances sociales, mais je ne vais peut-être pas aussi loin que M. Oswald dans ce domaine.

Néanmoins, je tiens à exprimer ici ma vive gratitude aux *deux* rapporteurs pour leurs exposés fort intéressants, qui sont également d'une grande utilité pour les assurances sociales autres que l'AVS.

Dr. H. R. Schwarzenbach, Rechtsanwalt,
Erlenbach ZH:

Es ist, wie die beiden Referenten bereits ausgeführt haben, verdienstvoll, daß der Schweizerische Juristenverein seine diesjährige Tagung einem 1. Thema gewidmet hat, das in allen seinen Gebieten dem nicht spezialisierten Juristen kaum gegenwärtig ist. Um so eher müssen wir darauf bedacht sein, daß kein Sonderrecht entsteht, sondern daß das Sozialversicherungsrecht der AHV weiterhin als ein Zweig des Bundesverwaltungsrechts betrachtet werden kann. Wenn dem aber so sein soll, so muß auch gefordert werden, daß bei Vorliegen von Gesetzeslücken die in der

Schweiz üblichen Auslegungsmethoden angewendet werden sollen.

Was ich damit meine, sei an einem Beispiel erläutert. Auf S. 234a des Referates Ducommun steht zu lesen, daß die Verwaltungsgerichte u. a. die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung garantieren, daß aber dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung das Prinzip der Einheit der Rechtsanwendung (gewahrt durch das BSV) vorgehen solle. Wenn ich mich zu diesem Thema äußere, so sei vorweg genommen, daß ich weder zum Eidg. Versicherungsgericht, noch zu einer Ausgleichskasse irgendwelche berufliche Beziehungen habe.

Auszugehen ist dabei von Art. 72 AHVG, worin in Abs. 1 gesagt ist, daß der Bundesrat für eine einheitliche Anwendung der gesetzlichen Vorschriften auf dem ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft sorgt und zu diesem Zwecke den Ausgleichskassen unter Vorbehalt der Rechtsprechung Weisungen über den Vollzug der Bestimmungen erteilen könne. Ich glaube nun kaum, daß es sich dabei lediglich um eine deklaratorische Bestimmung handelt, vielmehr gewinnt die Erwähnung der Rechtsprechung ihren vollen Sinn bei Auslegung dieser Bestimmung, wie ich im Zentralblatt (ZSGV) Nr. 3 vom Februar 1954 dargelegt habe. Wir müssen eben davon ausgehen, daß der Gesetzgeber durch die Einsetzung von Verwaltungsgerichten in der AHV die Hemmung der AHV-Verwaltung durch Verwaltungsgerichte bewirkte, sei es der Aufsichtsbehörden oder der Ausgleichskassen. Umgekehrt hat aber die AHV-Verwaltung gegenüber den AHV-Verwaltungsgerichten keinerlei materielle Kompetenzen, also keinerlei Hemmungsfunktionen. Im günstigsten Falle kann einer Ausgleichskasse oder der Aufsichtsbehörde Parteirolle im Verfahren vor einem AHV-Verwaltungsgericht zukommen. Ist aber der funktionelle Zweck der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der AHV der der Hemmung der AHV-Verwaltung im Sinne der Hemmung einer staatlichen Gewalt durch eine andere, so folgt daraus, daß die hemmende Gewalt gegenüber der gehemmten in

jeder Beziehung dominieren muß, sofern das positive Recht diesem Grundsatz nicht Ausnahmen vorbehält. Dies ergibt sich einerseits durch den Schluß vom Zweck auf die Mittel und anderseits aus folgender Überlegung: Der Gesetzgeber baute in das neue Gebiet der AHV ein in seinen Auswirkungen seit Jahrzehnten bekanntes Institut ein. Handelt es sich aber bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit um ein herkömmliches Institut, so wird dieses auch in der herkömmlichen Ausgestaltung übernommen, sofern durch das positive Recht nicht expressis verbis Ausnahmen vorgesehen werden.

Auch aus der historischen Auslegung ergibt sich die Unhaltbarkeit der Auffassung von der Höherwertigkeit der einheitlichen Rechtsanwendung gegenüber der Hemmung der AHV-Gewalt durch Verwaltungsgerichte. Es wurde nämlich bei der Schaffung der AHV (und Sie können das im Expertenbericht nachlesen) die zentrale Bundesanstalt als Versicherungsträger in Erwägung gezogen und abgelehnt. Damit wurden aber auch die Nachteile, die mit der Dezentralisation verbunden waren (so z.B. die teilweise nicht zu vermeidenden divergierenden Rechtsanwendungen) in Kauf genommen.

In diesem Zusammenhange sei noch kurz angetönt, daß es überhaupt sehr problematisch ist, ob je durch die Postulierung der Weisungsgebundenheit eine einigermaßen einheitliche Anwendung des AHV-Rechts durch die über hundert Ausgleichskassen erreicht werden kann. – Und – um auf die historische Auslegung zurückzukommen – die Nachteile der Dezentralisation wurden damals nur deshalb in Kauf genommen, weil es aus referendumspolitischen Erwägungen angezeigt war, das zeigt sich sehr schön aus den parlamentarischen Beratungen (Votum Bratschi und Hirzel).

Ferner dürfen wir ja nicht mit den Bedürfnissen der AHV allein argumentieren, wie dies bei der Behandlung der Frage Rechtsprechung–Weisungsrecht im Referat Ducommun geschah. Vielmehr wollen wir uns beim Problem Recht-

sprechung-Weisung an Art. 4 der Bundesverfassung orientieren. In Art. 4 BV ist u.a. das Gebot der ausnahmslosen und richtigen Anwendung der Rechtssätze, das sog. Legalitätsprinzip enthalten. Wenn nun das Verwaltungsgericht eine Weisung der oberen AHV-Verwaltungsbehörden als verordnungs- oder gesetzwidrig erklärt, so hat das nur dem Gesetze unterworfene Gericht durch autoritativen Spruch festgestellt, daß eine Weisung der oberen AHV-Verwaltungsbehörden gegen das sogenannte Legalitätsprinzip und damit gegen BV 4 verstößt. Das aus BV 4 abgeleitete Legalitätsprinzip verbietet aber die Anwendung gesetzeswidriger Erlasse. Es kann daher keine Rede davon sein, daß durch die Nichtanwendung einer BV 4 verletzenden Weisung der oberen AHV-Verwaltungsbehörden durch die AHV Ausgleichskassen Art. 4 BV verletzt würde. Nur bei Ungleichheiten in der Anwendung von gesetzes- und verordnungsmäßigen Weisungen würde mithin das in BV 4 enthaltene Gebot der Gleichbehandlung der Bürger verletzt. Dagegen verstößt die weitere Anwendung einer Weisung, die von einem AHV-Verwaltungsgericht als gesetzeswidrig qualifiziert wurde, gegen Art. 4 BV, da die Ausgleichskasse als an diese Qualifikation gebundene gehemmte Gewalt ihrerseits dem Legalitätsprinzip unterworfen ist.

Das Legalitätsprinzip wird in der AHV eben teilweise beeinflußt durch das Prinzip der Hemmung der Gewalten, also die Verwaltungsgerichtsbarkeit, das heißt, ob eine Weisung gesetzmäßig ist oder nicht, hat die hemmende Gewalt, das AHV-Verwaltungsgericht zu bestimmen.

Zusammenfassend sei festgehalten, daß die Ausgleichskassen als Vollzugsorgane der AHV nicht nur befugt, sondern im Hinblick auf Art. 4 BV verpflichtet sind, Entscheide der AHV-Verwaltungsgerichte, insbesondere des Eidg. Versicherungsgerichtes, auch entgegen den Weisungen des Bundesamtes für Sozialversicherung zu berücksichtigen.

Schlußwort von *Dr. Hans Oswald:*

Die anregende und fruchtbare Diskussion hat zahlreiche Probleme berührt und einige Kritik laut werden lassen. Im Rahmen eines kurzen Schlußwortes ist es mir nicht möglich, auf alle Äußerungen gebührend einzugehen. Ich muß mich daher auf einige wenige Bemerkungen beschränken, möchte aber nicht unterlassen, allen Votanten für ihre Beiträge zu danken.

Volle Zustimmung und Anerkennung verdient der beachtliche Beitrag des Chefs der Rechtsabteilung der SUVA zum Thema administratives Weisungsrecht/Rechtsprechung. Obschon es für Funktionäre der Verwaltung verlockend wäre, sich zu der These der Mitarbeiter am Bundesamt für Sozialversicherung zu bekennen – das Votum von Dr. Schatz ist hiefür kennzeichnend –, haben Prof. M. Holzer und nun auch Dr. A. Maurer, als kompetente Verwaltungsvertreter zweier großer Sozialversicherungszweige, klar erkannt, daß es hier letztlich um die Frage geht, ob der Respekt vor dem positiven Recht, ob die Achtung vor dem Gesetz den Vortritt haben. Nach unsern Darlegungen gerät dabei die Verwaltung nicht in absolute Abhängigkeit gegenüber der Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie Dr. Binswanger zu Unrecht befürchtet; denn der Richter beschränkt sich jedenfalls auf die Feststellung des Rechts. Er erteilt nicht selber Weisungen, wie Bundesrichter A. Gysin richtig bemerkt hat. Der Vorwurf, meine These sei zu absolut gefaßt, beruht auf einer Vermengung von zwei verschiedenen Fragen. Die eine betrifft ganz allgemein die präjudizielle Tragweite letztinstanzlicher AHV-Urteile: hier vertrete ich die Ansicht einer bloß beschränkten Befolgungspflicht, wie Dr. A. Maurer richtig festgestellt hat. Eine andere Frage ist die, ob vom Richter ausdrücklich als gesetzwidrig deklarierte Weisungen von den Kassen weiter anzuwenden seien. Hier gilt das von mir eingangs umrissene Prinzip, während ich die These ablehne, wonach es im Belieben der zentralen Aufsicht stehe, zu bestimmen, ob überhaupt und allenfalls

inwieweit die vom Richter festgestellte Gesetzwidrigkeit beseitigt wird. Ich halte daran fest: es tut dem Institut der AHV-Verwaltungsgerichtsbarkeit Abbruch, wenn die Bundesaufsicht den Ausgleichskassen zumutet oder sie gar noch anweist, vom Richter ausdrücklich als gesetzwidrig bezeichnete Weisungen anzuwenden.

Sektionschef Binswanger verneint nicht nur die Gefahr, daß die AHV-Organisation in ähnlicher Weise wie zentralistische Gebilde der demokratisch-föderalistischen Struktur unseres Staates zuwiderläuft und diese gefährdet, sondern wirft der vorgebrachten Kritik sogar vor, daß sie zu einer immer größer werdenden Diskrepanz zwischen Doktrin und Wirklichkeit beitrage. Dieser Vorwurf übersieht, daß der föderalistische Charakter der Schweiz keine doktrinäre Idee, sondern eine Realität ist, die sich trotz allen zentralistischen Tendenzen glücklicherweise immer wieder Bahn bricht. So haben Bundesrichter Gysin (in seinem Votum) und Prof. Imboden (in ZSR 1955 S. 228) die der AHV-Organisation innewohnende Gefahr ebenfalls deutlich aufgezeigt.

Die Problematik der bestehenden Verwaltungsorganisation läßt sich auch nicht dadurch beheben, daß man mit Dr. Binswanger wörtlich erklärt, die AHV-Organisation habe ihre Bewährungsprobe «geradezu glänzend» bestanden. Mit gleichem Recht könnten Vertreter anderer Sozialversicherungszweige für ihre andersgeartete Verwaltung dasselbe gute Prädikat beanspruchen. Zufolge bester Bewährung müßte dann überhaupt jede Kritik verstummen. Die AHV-Verwaltung hat gut gearbeitet nicht wegen, sondern trotz der geltenden Organisation. Alle Institutionen hängen letztlich vom Menschen ab, und es stellt eben den Funktionären ein gutes Zeugnis aus, wenn dank ihrem Können, Verantwortungsbewußtsein und Fleiß sogar verschiedenartigste, ja widerspruchsvolle und mangelhafte Organismen spielen. Die kritische Selbstbesinnung sollte uns Juristen aber davor bewahren, dem Opportunismus zu verfallen.

Appellationsgerichtspräsident Dr. A. Lotz spricht sich

gegen die reformatio in peius im AHV-Prozeß aus. Ich teile seine Auffassung nicht. Gerade im Hinblick auf das von Ducommun so treffend geschilderte, in der AHV herrschende Phänomen der Masse der Fälle scheint es mir unerläßlich, daß keinem Versicherten eine Rente ausgerichtet wird, auf die er keinen Anspruch besitzt, und auch keiner von der Beitragspflicht entlastet wird, die ihm laut Gesetz obliegt. Ein individuelles Sonderstatut, etwa in einem AHV-Rentenfall, schiene mir mit dem Aufbau der AHV unvereinbar. Darum muß der Richter in der Lage sein, ohne Rücksicht auf die Parteibegehren den gesetzmäßigen Zustand herzustellen. Er wird aber, bevor er in peius reformiert, dem Beschwerdeführer Gelegenheit geben, sich zum fraglichen Punkt vernehmen zu lassen (vgl. Referat Anm. 283) und eventuell eine Vernehmlassung des erstinstanzlichen Richters einholen.

Auch der Kritik an der Gerichtspraxis zu Art. 16 Abs. 3 AHVG vermag ich mich nicht anzuschließen. Die von Dr. Lotz gerügte Ungleichheit beruht auf dem klaren Unterschied zwischen einer offenen und einer durch rechtskräftige Verwaltungsverfügung geschaffenen Rechtslage. Übrigens handelt es sich hier ganz allgemein um die Probleme, wie sie der Rückerstattungsanspruch im öffentlichen Recht stellt (vgl. Referat Anm. 364). Wollte man mit Dr. Lotz die rechtsprechenden Organe der AHV verhalten, die Beitragsforderung trotz Vorliegen einer nicht weitergezogenen, also rechtskräftigen Verfügung erneut zu überprüfen, sobald ein Rückerstattungsbegehren in Frage steht, so würde dies gegen Sinn und Geist von Art. 84 und 97 AHVG und überhaupt gegen Rechtsprinzipien verstoßen, wie sie mit Bezug auf den Erlaß und die Anfechtbarkeit von Verwaltungsverfügungen allgemein anerkannt sind. Hingegen habe ich im Referat (S. 137a) die Ansicht vertreten, daß die Kassen bei Vorliegen gewisser Gründe verpflichtet sein sollten, ihre (rechtskräftig gewordenen) Verfügungen erneut zu überprüfen.

Mit Dr. B. Erni bin ich darin einig, daß man hinsichtlich der Beziehungen AHV/Steuerrecht möglichst nach Ko-

ordination trachtet. Was aber die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit betrifft, so wird in Steuererklärungen und -taxationen unter der Rubrik Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit oft ein Erwerb deklariert, der in der AHV unzweifelhaft als Lohn erfaßt wird. Für die Besteuerung ist die Grenzziehung eben oft belanglos; denn steuerbar ist im allgemeinen jegliches Einkommen, welches auch seine Quelle sei, und der Steuersatz bleibt normalerweise für jede Art gleich. Die Abgrenzungsfrage stellt sich gelegentlich in Doppelbesteuerungssachen. Dort ist aber die Fragestellung eine andere: es geht darum, ein sekundäres Steuerdomizil im Sinne der Betriebsstätte eines Unternehmens zu eruieren. Damit hat die Abgrenzungsfrage der AHV nichts zu tun: sie hat nicht zum Ziel, eine Betriebsstätte des Unternehmens zu ermitteln, sondern sie geht unmittelbar auf die Qualifikation der erwerblichen Tätigkeit und hat weitertragende Bedeutung. Weil sie die Tätigkeit als solche durchgehend qualifizieren und einteilen muß, und zwar in einer Vielzahl von Tatbeständen bei mannigfaltigsten Verhältnissen und arbeitsrechtlichen Formen, so hat sich von selbst eine gegenüber der Doppelbesteuerungspraxis elastischere Umschreibung des Begriffs der unselbständigen Erwerbstätigkeit ergeben (vgl. EVGE 1955 S. 174 ff.). Dabei kommt es – übrigens auch nach der Doppelbesteuerungspraxis – nicht entscheidend auf die zivilrechtliche Natur des Vertragsverhältnisses an. Wenn nun Dr. Erni rügt, daß die AHV-Praxis das Zeitmoment nicht gebührend beachte, so ist ihm zu entgegnen, daß bei der Mannigfaltigkeit der arbeitsvertraglichen Formen selbst im Zivilrecht die Berücksichtigung des Zeitmoments nicht immer genügt, um zu entscheiden, ob diese oder jene Art von Arbeitsverträgen vorliegt. Meines Erachtens kann diesem Merkmal gegenüber dem im Ausdruck «unselbständig» verkörperten maßgeblichen Unterordnungsverhältnis in wirtschaftlicher und arbeitsorganisatorischer Hinsicht nur sekundäre Bedeutung zukommen. Andernfalls würden gerade jene Vertragsverhältnisse, in

denen das betriebswirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnis zu verschleiern versucht wird, nicht richtig erfaßt.

Was die Lizenzgebühren betrifft, scheint mir die Kritik von Dr. Erni nicht genügend zu beachten, daß die erwähnten Urteile nur sekundär mit aktienrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Fragen zu tun haben; primär handelt es sich um patentrechtliche Fragen, d.h. um die Behandlung von Lizenzgebühren, die einem Erfinder oder Patentinhaber zufließen. Dabei bietet der gesellschaftsrechtliche Aspekt nur den äußern Rahmen, in welchem das maßgebende vertragliche Lizenzverhältnis steht.

Jean-Daniel Ducommun conclut:

A l'issue de cette intéressante discussion, il est regrettable de ne pouvoir reprendre un à un les avis exprimés; mais il nous faudrait alors un exposé qui dépasserait largement le cadre de simples remarques finales. Cela est d'autant plus regrettable qu'aucun des arguments invoqués n'est négligeable, que la plupart d'entre eux mériteraient de très larges développements. Que les divers orateurs soient remerciés d'avoir mis en relief tant d'aspects nouveaux, d'avoir ainsi semé dans l'esprit des participants à ce congrès – et le rapporteur de langue française ne fait pas exception – des idées qui ne demandent qu'à germer et si possible porter des fruits.

Les problèmes soulevés ont été nombreux, allant de questions de procédure telles que la reformatio in peius – dont on ne saurait assez relever la portée doctrinale et pratique en matière de juridiction administrative – à la politique générale de l'AVS; de la nécessité de coordonner entre elles les diverses branches d'assurances sociales, mais aussi des limites de cette coordination, au danger que courrait le droit des assurances sociales s'il s'écartait sans motifs impérieux des notions admises dans les autres domaines du droit et s'appuyait de manière excessive sur des considérations purement économiques. Même des remarques inci-

dentes, ainsi la remarque de M. Gysin à propos des «conceptions bâtardes» qui transforment les caisses cantonales de compensation en organes administratifs de la Confédération, pourraient être le point de départ de nouvelles discussions passionnantes.

Mais ce sont les relations entre la jurisprudence et les instructions administratives qui ont le plus longuement retenu l'attention aujourd'hui, et nous nous bornerons ici à quelques remarques sur ce seul point. Avec M. Oswald, nous affirmons non seulement qu'une décision judiciaire l'emporte sans restriction aucune sur les instructions administratives dans le cas d'espèce, aucun juriste n'aurait même l'idée de le contester, mais encore que l'administration a le devoir d'adapter sa pratique générale à la jurisprudence. MM. Barde et Schatz notamment ont relevé toutefois, comme nous l'avions fait dans notre rapport, que l'administration porterait atteinte à la sécurité du droit si chaque décision judiciaire d'espèce devait entraîner une revision des instructions générales, qu'il faut donc au préalable «apprécier» la portée d'un jugement rendu et acquérir la certitude que l'autorité judiciaire a vraiment fait le tour du problème. Or cette «appréciation» doit être beaucoup plus uniforme dans l'AVS, qui présente des particularités actuellement uniques, que dans aucune autre institution décentralisée. C'est là que pèche la comparaison avec l'assurance-accidents par exemple, faite par M. Maurer; nous ne trouvons dans l'assurance-accidents ni cette multiplicité de caisses ni le problème de la durée du rapport d'assurance, qui fait qu'une décision rendue aujourd'hui développe des effets trente ou quarante ans plus tard; les prestations de l'assurance-accidents découlent de la situation précédant immédiatement la réalisation du risque. C'est là aussi que pècherait une comparaison avec l'assurance-chômage, où chaque caisse travaille pour elle-même, isolément, connaît à elle seule de l'ensemble du rapport d'assurance, et où l'on ne trouve pas ce fait que la décision rendue par une caisse peut avoir des répercussions directes sur la décision d'une

autre caisse. Nous nous en sommes expliqué suffisamment dans notre rapport (pages 205a à 212a, et 221a à 224a).

Mais même lorsqu'une jurisprudence est parfaitement claire et complète, voire que l'autorité judiciaire suprême a déclaré expressément qu'une instruction administrative était en marge de la loi, il peut se présenter des circonstances exceptionnelles – et c'est là seulement que notre avis diverge au fond d'avec l'opinion soutenue par M. Oswald – dans lesquelles l'administration doit à nos yeux avoir le droit d'opposer à la généralisation de cette jurisprudence une «résistance» plus ou moins longue. L'administration ne saurait certes le faire selon son bon plaisir, il faut se trouver en présence d'exigences impératives de l'institution elle-même; nous l'avons relevé dans notre rapport et répété dans notre exposé introductif. MM. Binswanger et Barde ont mentionné à cet égard, et nous sommes d'accord avec eux, le cas de l'instruction qui comportait un avantage pour des milliers d'assurés, et où l'administration ne saurait d'un jour à l'autre traiter différemment quelques cas similaires restant pour la même période. M. Schatz a signalé l'hypothèse d'une revision légale proche, qui donnerait une base juridique inattaquable à la pratique administrative suivie jusqu'alors, auquel cas un changement de pratique ne ferait que semer le désarroi. Nous y ajouterons les situations dans lesquelles une jurisprudence ne saurait être appliquée avant que soient prises des mesures techniques ou coordinatrices d'ensemble.

Jamais en revanche nous n'avons prétendu, ainsi que M. Schwarzenbach a cru le comprendre, que nous accordions au principe de l'uniformité d'application du droit assurée par le pouvoir de surveillance la primauté sur le principe de la légalité garantie par le pouvoir judiciaire. Il est évident que la juridiction administrative représente un frein opposé au pouvoir de l'administration, tandis que l'administration ne possède envers le pouvoir judiciaire aucune compétence. Mais ce frein ne doit pas devenir un sabot qui paralyse l'administration. Nous nous plaisons d'ailleurs à constater

que tel n'a jamais été le cas jusqu'ici dans les relations entre le Tribunal fédéral des assurances et l'Office fédéral des assurances sociales, qu'il n'y a jamais eu de conflit aigu. L'administration elle aussi doit pouvoir disposer de la liberté indispensable à la bonne marche des affaires, de la liberté qui lui permette d'accomplir la tâche qui lui est confiée et dont elle est seule responsable: assurer le fonctionnement de l'AVS dans son ensemble. En insistant sur les limites de la juridiction administrative, nous sommes fort loin de la combattre; nous cherchons seulement à éviter que ne devienne réalité l'adage «fiat justitia et pereat mundus».

Die Sitzung wird um 12.45 Uhr geschlossen.

Sitzung vom 26. September 1955

im Kursaal Interlaken:

I.

Der Präsident, Herr Prof. Dr. Hans Huber, eröffnet die Sitzung um 08.30 Uhr.

II.

Als Tagungsort für die nächste Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins wird ein Ort im Kanton Wallis vorgesehen.

III.

Es werden keine Anregungen und Wünsche an den Vorstand gerichtet.

IV.

Der Präsident eröffnet die Diskussion über das zweite Verhandlungsthema:

«Das Ehescheidungsverfahren».

Das Wort wird zuerst den beiden Berichterstattern, Herrn Eduard Barde, Juge à la Cour de Justice, Genf, und Herrn Dr. W. Bühler, Bezirksgerichtspräsident, Zürich, zur Ergänzung ihrer gedruckten Referate erteilt.

M. Edouard Barde:

Mon premier mot sera un mot de remerciement à l'égard du comité de la Société suisse des juristes, qui m'a autorisé à m'écarter du sujet de «la procédure de divorce», traité de façon si pénétrante par M. Bühler, pour aborder les questions de droit matériel et traiter du *procès* en divorce.

Mon propos a été double en rédigeant mon rapport.

D'une part, il m'a paru intéressant de donner une image aussi fidèle que possible de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le domaine du divorce pendant le dernier quart de siècle, exposé qui prolonge en quelque sorte celui que MM. Albert Picot et Seeger avaient présenté à l'assemblée de la Société suisse des juristes en 1929.

D'autre part, me fondant sur mon expérience professionnelle, je me suis permis de dire sur quels points il me paraissait désirable d'apporter des changements à la législation sur le divorce ou de voir évoluer la jurisprudence.

Tout au long de mon travail, j'ai été animé avant tout par l'idée de faire œuvre utile aux praticiens de langue française; j'ai été inspiré par l'exemple qu'a donné, en langue allemande, l'excellent petit ouvrage de M. Hinderling. Je serais heureux d'avoir réussi dans mon effort.

Je pense inutile de reprendre oralement l'exposé de jurisprudence qui figure dans mon rapport. Je me bornerai, dans l'idée que ce sont les points sur lesquels une discussion pourrait être utile, à rappeler les questions sur lesquelles il me semble que la loi pourrait être utilement modifiée ou complétée; celles encore où je me permets d'espérer une modification ou une évolution de la jurisprudence.

M. Barde reprend alors, à grands traits, divers points de son rapport. Il termine en précisant que s'il s'est permis d'insister sur les points sur lesquels il lui semblait que la jurisprudence de notre juridiction suprême pouvait prêter à critique – et cela parce que c'était sur ces points que la discussion lui paraissait le plus utilement pouvoir porter – cela n'enlevait rien au respect que, dans son ensemble, lui inspirait cette jurisprudence, dans laquelle il a relevé une très remarquable unité d'inspiration et un très grand respect pour l'institution du mariage.

Dr. W. Bühler, Bezirksgerichtspräsident, Zürich:

Im Ehescheidungsrecht stehen die materiellen Normen und das Prozeßrecht in engsten Wechselbeziehungen zuein-

ander: das materielle Recht bestimmt den Charakter des Verfahrens, und die Gestaltung des Prozesses beeinflußt Wirksamkeit und Tragweite der materiellen Regelung. Den Primat hat das materielle Recht, dem zu dienen, das zur Anwendung zu bringen und durchzusetzen die Aufgabe des Prozeßrechtes ist. Es ist eine zweifache Aufgabe: zu gewährleisten, daß keine Ehescheidung oder Ehetrennung ausgesprochen wird, ohne daß ein gesetzlicher Scheidungsgrund gegeben ist, und sodann, eine gute und vernünftige und auch eine rasche Regelung der Nebenfolgen zu ermöglichen, wenn die Voraussetzungen der Scheidung oder Trennung festgestellt sind.

Der Überblick über die Normen, die das Ehescheidungsverfahren ordnen, die wenigen bundesrechtlichen Leitsätze und die Prozeßordnungen der Kantone, bietet kein einheitliches Bild, zeigt kein wohlausgewogenes System. Dem stehen die Vielfalt der kantonalen Prozeßgesetzgebungen und ihrer Auslegungen wie auch die Verschiedenheiten in der Gerichtsorganisation ganz selbstverständlich entgegen. Es darf aber wiederholt werden, daß zwar in Einzelfragen Wünsche und Postulate offenbleiben, daß aber grundsätzlich und im großen und ganzen die geltende Verfahrensordnung die prozessualen Möglichkeiten in zweckmäßiger Weise und in ausreichendem Maße in sich schließt, die für die Verwirklichung des materiellen Rechtes gefordert werden müssen. Aufgabe des Richters ist es, Sache seines Willens zur Rechtsverwirklichung, seiner Aufgeschlossenheit für die Problematik der Ehescheidung, des Einsatzes seiner Persönlichkeit, die gegebenen Möglichkeiten auszuschöpfen, um in jedem Scheidungsprozeß den Rechtsstreit der materiell richtigen Lösung zuzuführen, die sowohl dem individuellen Einzelfall wie unserer Familienrechtsordnung als Ganzem gerecht wird. Es wäre wohl möglich und ein reizvolles Unternehmen, eine in sich abgeschlossene, moderne und der Eigenart des Ehescheidungsverfahrens folgerichtig angepaßte einheitliche Scheidungsprozeßordnung zu entwerfen. Wir brauchen indessen für unser Thema die Dis-

kussion um die Vereinheitlichung der Prozeßgesetze nicht zu entfachen. Es ist gut, daß wir von Bundesrechts wegen die Verfahrensvorschriften des Art. 158 ZGB haben; sie stellen eine wesentliche und unerläßliche Garantie der gleichmäßigen und gerechten Verwirklichung des materiellen Rechtes dar, und sie müßten postuliert werden, wenn das Bundesrecht sie nicht schon enthalten würde, sie sind aber auch ausreichend, wenn der Scheidungsrichter, immer an den Grundgedanken, dem Geiste des Zivilgesetzbuches sich ausrichtend, gewissenhaft handhabt, was in Art. 158 ausdrücklich vorgeschrieben und was in kritischer Wertung als ungeschriebenes Bundesrecht aus ihm zu folgern ist. Es sei erinnert – für den einen Kanton ist der eine, für den anderen wieder ein anderer Hinweis mit stärkerem Nachdruck hervorzuheben – an das Obligatorium eines kontradiktorischen Verfahrens, die Pflicht der Parteien zu persönlichem Erscheinen vor Gericht, das Obligatorium der Parteibefragung und das Verbot von Versäumnisfolgen gegenüber der beklagten Partei. Insoweit ist allerdings für eine juristische Autarkie der Kantone um der Verwirklichung des materiellen Rechtes willen kein Raum, und einen Einbruch in das kantonale Recht müssen wir außerdem überall dort in Kauf nehmen, wo kantonale Prozeßbestimmungen den Sinn und die Auswirkungen des materiellen Rechtes verändern. Hier kommt der materiellen Rechtseinheit vor dem Vorbehalt des kantonalen Prozeßrechts der Vorrang zu. Es handelt sich z.B. um gewisse kantonalrechtliche Bestimmungen über die formelle und die materielle Rechtskraft, über die Behandlung der Nebenfolgen im Prozeß, und hierher gehören auch, was nur angedeutet, aber nicht begründet werden kann, die mit den Stichworten Widerklage und Klageänderung umschriebenen Fragen.

Mit *einem* Problem allerdings sollte sich der Bundesgesetzgeber bei gegebener Gelegenheit befassen, mit dem Problem nämlich, ob nicht nach der Abweisung einer Scheidungs- oder Trennungsklage das eheschutzrichterliche Verfahren mit dem Scheidungsverfahren in einen unmittel-

baren Zusammenhang gebracht werden sollte. Wie ein roter Faden und mit Recht zog sich durch das Gespräch der letzten zehn/fünfzehn Jahre der Hinweis auf die Bedeutung eines Ausbaues des Eheschutzverfahrens für den Kampf gegen die Ehe- und Familiennot. Immer wieder hat der Scheidungsrichter den Eindruck, der Entschluß zu mancher Scheidungsklage wäre unterblieben, wenn ein verständiger Eheschutzrichter rechtzeitig, in einem noch wesentlich vor dem Sühnverfahren liegenden Stadium der ehelichen Entwicklung, hätte eingreifen können. Davon kann hier nicht weiter die Rede sein. Ins Auge gefaßt sei dagegen die andere Erfahrung, daß nach der Abweisung einer Scheidungs- oder Trennungsklage viele Ehegatten jahrelang voneinander getrennt leben und schließlich doch wieder vor dem Scheidungsgericht erscheinen. Sich selbst überlassen, finden die Ehegatten den Weg zurück nicht mehr; psychologisch verständliche, aber überwindbare Hemmungen, wirtschaftliche Gegebenheiten, Hilflosigkeit und Unwissenheit stehen ihrer Wiedervereinigung entgegen, und sie bringen auch die Einsicht und den Willen nicht auf, von sich aus die Hilfe und den Rat eines unparteiischen und sachverständigen Dritten anzurufen und anzunehmen – das gleiche Problem stellt sich übrigens für die Trennungszeit nach der Trennung einer Ehe. Nach jeder Abweisung einer Klage sollte daher von Gesetzes wegen ein obligatorisches Eheschutzverfahren durchgeführt werden, in dem Sinne, daß das Scheidungsgericht von Gesetzes wegen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils von jeder Klageabweisung dem zuständigen Eheschutzrichter durch Übermittlung der Akten Kenntnis gibt und der Eheschutzrichter von Amtes wegen binnen einer angemessenen, kürzeren Frist die Ehegatten zu einer Aussprache über die Fortführung der ehelichen Gemeinschaft vorlädt. Eine solche Regelung würde eine Ergänzung der Art. 169 ff. ZGB erheischen, da der Eheschutzrichter nach der heutigen Ordnung nur auf Begehren einer Partei in Funktion tritt. Haben die Ehegatten den Weg zum ehelichen Zusammenleben bereits selber gefunden, so ist das

Verfahren möglicherweise gegenstandslos; andernfalls mahnt sie der Richter an die beidseitigen Rechte und Pflichten, gibt er ihnen Rat, wie Schwierigkeiten innerer oder äußerer Art überwunden werden können, dient er ihnen durch Hinweise, wie und wo sie in ihren ehelichen Konflikten weitere Hilfe finden. Gegebenenfalls kann er auf Verlangen eines Ehegatten die vom Gesetze zum Schutze der Ehe vorgesehenen Maßnahmen anordnen. Man mag amtlichen Einmischungen in eheliche und häusliche Angelegenheiten grundsätzlich – und mit Recht – abgeneigt sein. Die Situation, wie sie hier besteht, nachdem übrigens ein Prozeß vorausgegangen ist, rechtfertigt es, diese Abneigung hintanzustellen. In der Hand eines klugen, lebenserfahrenen und psychologisch verständnisvollen Eheschutzrichters wird ein solches Obligatorium zwar keine Wunder wirken, aber oft viel mehr helfen, als man gemeinhin annehmen möchte, und die Zahl jener bedauerlichen Fälle herabmindern, in denen trotz der Abweisung der Klage die eheliche Gemeinschaft zerstört und nur auf dem Papier bestehen bleibt, mit allen den Begleiterscheinungen an Unrecht, Leid und Not und Unmoral, die diese Fälle nur allzu oft im Gefolge haben. Führt das Verfahren nicht zu einem positiven Ergebnis, so kann wenigstens der Rechtsordnung nicht der Vorwurf gemacht werden, sie habe die in dieser Situation nötigen Rechtsbehelfe nicht zur Verfügung gestellt. Der Scheidungsrichter seinerseits wird gelegentlich eher zur Abweisung einer Klage sich entschließen, wenn er weiß, daß nicht einfach die alten Verhältnisse weiterbestehen, sondern die Gewähr besteht, daß von sachkundiger Seite nochmals eine Sanierung des ehelichen Verhältnisses versucht wird. Gerade nach einem negativen Prozeßausgang dürften in manchen Fällen relativ günstige Voraussetzungen dafür vorliegen. In Zürich hat sich der Leiter der landeskirchlichen Eheberatungsstelle – und ohne Zweifel stellen sich auch andere gemeinnützige Eheberatungsstellen zur Verfügung – bereit erklärt, kostenfrei sich solcher Fälle anzunehmen, und in geeigneten Fällen wird daher den Eheleuten

der Gang zum Eheberater mit der Urteilseröffnung nahegelegt – wie übrigens auch nach der Gutheißung einer Trennungsklage zur Betreuung während der Trennungszeit. Dieser Rat ist aber unverbindlich, und vor allem der mit seiner Klage abgewiesene Ehegatte wird in der Regel nicht ohne weiteres geneigt sein, die Empfehlung des Scheidungsgerichtes anzunehmen. Dieser Weg kann deshalb versucht und es kann damit einer gesetzlichen Regelung vorgearbeitet werden, die erwünschte Betreuung *aller* derartigen Ehen aber ist nur durch das Obligatorium eines der Klageabweisung nachgehenden Verfahrens zu erreichen, wobei nach den heutigen organisatorischen Verhältnissen der Eheschutzrichter die gegebene Instanz dafür ist. Inwieweit die künftige Entwicklung zum Einbau einer Eheberatungsstelle mit Offizialcharakter in das Eheschutzverfahren führen wird und führen soll, zum mindesten in städtischen Verhältnissen – die günstigen Erfahrungen mit dieser Regelung in Basel geben hier richtungweisende Anhaltspunkte –, ist dabei eine Frage, die zwar für den hier skizzierten Vorschlag an den Bundesgesetzgeber ebenfalls von Bedeutung ist, im übrigen aber im Zusammenhang mit dem Ausbau der Eheschutzgerichtsbarkeit überhaupt gelöst werden muß.

Prof. August Egger hat dem Richter in der Einleitung zum Eherechtskommentar (N. 35) ans Herz gelegt, in der familienrechtlichen Rechtsprechung, in Einklang mit der Wertethik des Zivilgesetzbuches, das Gesetz aus den Grundgedanken der Gemeinschaft, des Persönlichkeitsrechts und der öffentlichen Ordnung heraus auszulegen und zu ergänzen. Auch die Verfahrensvorschriften nach diesen Richtpunkten zu handhaben, die Verfahrensvorschriften, die, wie die Gerichtsorganisation, für den Scheidungsprozeß ja nur den äußeren Rahmen abzugeben vermögen, ist die hohe Aufgabe, die dem Richter und dem Rechtsanwalt im Ehescheidungsverfahren in formeller Beziehung für die Arbeit an unserem Recht gestellt ist.

Dr. Werner Stocker, Bundesrichter, Lausanne:

Wer sich – wie ein Mitglied der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts – fast allwöchentlich mit Scheidungsfragen und dabei recht oft auch mit spezifisch verfahrensrechtlichen Problemen zu befassen hat, der empfindet vor allem das Bedürfnis, dem Vorstand des Juristenvereins für die Wahl dieses Themas und den Herren Referenten für ihre ausgezeichnete, die weitere Abklärung mancher noch umstrittener Frage wesentlich fördernde Bearbeitung zu danken. – Angesichts der knappen Zeit, die uns für die Aussprache verbleibt, möchte ich nur auf zwei Probleme zurückkommen, deren weitere Diskussion besonders begrüßenswert wäre, da die zurzeit in der Praxis geltenden Lösungen – oder Lösungsversuche – keineswegs allgemeine Zustimmung fanden, sondern immer wieder, sei es in Rechtsschriften oder im Richterkollegium, Gegenstand grundsätzlicher und lebhafter Kontroversen bilden.

Einmal die reformatio in peius bei Verhängung des *Eheverbotes*, Art. 150 ZGB. Das Eheverbot ist, darüber herrscht Einigkeit, dem an der Ehezerstörung schuldigen Teil *von Amtes wegen* aufzuerlegen. Hat also die obere Instanz sich mit der *Schuldfrage* überhaupt zu befassen, so muß sie auch die Anwendung von Art. 150 ZGB prüfen, selbst dann, wenn der Vorderrichter diesen Punkt mit Stillschweigen überging und die Weiterzugsanträge das Verschulden nur in anderm Zusammenhang, z.B. hinsichtlich Art. 142/II oder 151/52 ZGB berühren. Die Praxis geht aber bekanntlich heute weiter: Sie hält den Berufungsrichter auch dann für befugt und verpflichtet, auf die Frage des Eheverbotes einzutreten, wenn die Vorinstanz ohne Prüfung eines Verschuldens oder unter ausdrücklicher Verneinung eines solchen die Scheidung aussprach und im Weiterzuge die Schuldfrage weder von den Parteien aufgeworfen noch für die Beurteilung der verbleibenden Streitpunkte – z.B. Kinderzuteilung oder güterrechtliche Nebenfolgen – irgendwie erheblich ist. Man hat die Begründung für diese – im

*Zivil*prozeß sicher ein Unikum darstellende – reformatio in peius darin gefunden, daß das Eheverbot eine Pönalmaßnahme, somit öffentlich-rechtlicher Natur sei, und daß die *soziale* Bedeutung der Ehe die Anwendung von Art. 150 ZGB ex officio gebiete (BGE 68 II 149; 69 II 353). Müßte nun aber, von *diesen* Gesichtspunkten aus, der Berufungsrichter nicht auch *andere* Fragen neu und von Amtes wegen überprüfen, vor allem den Scheidungsanspruch selbst, ferner die Kinderzuteilung, gegebenenfalls auch die Frage, ob eine Entschädigungs- oder Unterhaltsrente nicht offensichtlich zu niedrig bemessen sei und den berechtigten Teil zu Unrecht der Armengenössigkeit preisgebe? Auch hier handelt es sich ja um Scheidungsprobleme von eminent *öffentlichem* Interesse, und die sie beschlagenden Normen sind keineswegs rein privatrechtlicher Natur. Und doch gilt für alle diese Punkte der eherne, das kantonale wie das eidgenössische Zivilprozeßrecht beherrschende Grundsatz, daß im Weiterzugsverfahren nicht mehr zu beurteilen ist, was vom Vorderrichter entschieden und von keiner Partei angefochten wurde. Überwiegt nun wirklich das öffentliche Interesse am *Eheverbot* dermaßen, hat der Staat einen so gewichtigen Anspruch auf die Regelung gerade *dieser* Nebenfolge der Scheidung, daß ein solches Abweichen von einer sonst absolut herrschenden Zivilprozeßnorm sich rechtfertigt? Wo im Straf- oder Verwaltungsverfahren, insbesondere auch – ich verweise auf die gestrige Diskussion zum Referat Oswald – im Sozialversicherungsprozeß eine Korrektur zu Ungunsten einer Partei von Amtes wegen angeordnet wird, da ist doch immer Voraussetzung, daß ein eindeutiger rechtlich-ethischer Anspruch des Staates wahrgenommen oder daß die öffentliche Hand nicht zu Unrecht finanziell belastet werde. Ein so starkes Interesse des Staates oder der Gesellschaft läßt sich nicht wohl behaupten beim Scheidungsprozeß, der denn doch – mit Einschluß der darin auftretenden Schuldfragen – ganz vorwiegend eine private Angelegenheit der Parteien ist. – Die Frage der Zulässigkeit dieser singulären reformatio in peius im *Zivil-*

prozeß scheint mir daher einer neuen Überprüfung wert und bedürftig zu sein.

Das zweite Problem, praktisch von größerer Tragweite und darum oft für den Richter eine sehr ernste Sorge, ist insbesondere im Referat Barde beleuchtet worden: Das Ringen – der Ausdruck ist hier wohl erlaubt – der Rechtsprechung um die Öffnung eines prozessualen Weges, der die Zusprechung *angemessener Entschädigungsrenten* ermöglicht. Nach der heute herrschenden Lehre und Praxis würde das Gesetz, Art. 151/153 ZGB, genau besehen einen Widerspruch aufweisen. Es gebietet ausdrücklich, daß die Entschädigung nach Art. 151/I *angemessen* sein müsse. Es gestattet, gemäß Art. 153/I, die Festsetzung dieser Entschädigung auch in Rentenform, und von dieser Möglichkeit muß der Richter sehr oft Gebrauch machen, um überhaupt im *Zeitpunkt der Scheidung* eine dem Anspruch des unschuldigen Ehegatten einigermaßen adäquate und gleichzeitig für den schuldigen Teil tragbare Entschädigung zusprechen zu können. Nun verbietet aber – so schließt man e contrario aus Art. 153/II – das Gesetz jede spätere Modifikation der *Entschädigungs*rente. Wie soll indessen das richtige Maß einer Dauerleistung ein für allemal feststellbar sein, wo doch die wichtigste Ermittlungsgrundlage, die gegenseitige ökonomische Situation, sich künftig völlig verändern kann? Ein Ausweg aus der Sackgasse, in welche die erwähnte Interpretation von Art. 153/II geführt hatte, *mußte* zur Vermeidung untragbarer Härtefälle gesucht werden, und die Praxis hat ihn schrittweise gefunden, ihn aber bisher nur ein Stück weit und einzig zu Gunsten des *verpflichteten* Teils betreten. Hat die finanzielle Lage des Rentenschuldners sich erheblich verschlechtert, so kann er eine angemessene Herabsetzung verlangen, sei es auf Grund eines schon im Scheidungsurteils angebrachten Vorbehaltes, sei es auch ohne solchen, soweit wenigstens in der Rente auch Unterhaltsleistungen mit inbegriffen sind (BGE 60 II 391 ff., 71 II 7 ff.). Festgehalten wurde dagegen am Ausschluß jeder Abänderungsklage des berechtigten Teils auf

Erhöhung der Rente. Eine Modifikationsmöglichkeit zu seinen Gunsten ist, nach einem neuesten Entscheid (BGE 80 II 187 ff.), höchstens dann gegeben, wenn der Richter schon im Scheidungsurteil, im Hinblick auf ein sicher zu erwartendes Ereignis, eine genau bestimmte Erhöhung auf einen spätern Zeitpunkt hin anzuordnen in der Lage ist. Also beispielsweise: Einstweilen Fr. 100.– monatlich, und vom Tage des Erbantrittes des Verpflichteten an Fr. 200.–. Damit wäre, nach diesem Entscheide, das Prinzip gewahrt, daß die Rente, von der gesetzlich einzig vorgesehenen *Herabsetzungs*möglichkeit abgesehen, im Scheidungsurteil endgültig geregelt, also einem neuen Rechtsstreite der Parteien entzogen sein soll. Ob das unbedingt zutreffe, ist jedoch fraglich. Wie, wenn das Erbe viel kleiner ausfällt als man «mit Sicherheit» vorauszusehen glaubte? Oder wenn der Verpflichtete es vorerst nur teilweise erhält, andere Teile zunächst mit Nutznießung belastet sind oder um ihren Erwerb prozessiert werden muß? In solchen Fällen wird das Scheidungsurteil als Vollstreckungstitel kaum genügen und daher – bei Nichteinigung der Parteien – ein neuer Prozeß auf Feststellung der nunmehr angemessenen Rente nicht vermeidbar sein. – Eine klare und für *beide* Teile gerechte Lösung ergibt sich m. E. nur, wenn die Praxis auf dem noch zögernd betretenen Wege konsequent weiterschreitet und die Nachklage auf eine den veränderten Verhältnissen entsprechende Modifikation dem Schuldner wie dem Gläubiger vorbehält. Im bloßen Stillschweigen des Art. 153/III ZGB hinsichtlich der *Entschädigungs*rente vermag ich ein Verbot dieser Lösung nicht zu erblicken. Maßgebend scheint mir das *ausdrückliche* Gebot in Art. 151/I zu sein, die Entschädigung, ob Kapitalzahlung oder Rente, angemessen zu gestalten. Kommt im konkreten Fall praktisch nur die Rente in Frage, so liegt es in ihrem Wesen als Dauerleistung begründet, daß ihre Angemessenheit nicht zum vorneherein für alle Zukunft feststellbar ist. Das materielle Recht kann den einzigen zu seiner richtigen Anwendung führenden prozessualen Weg nicht selbst verbieten wollen.

M. Albert Picot, conseiller aux Etats, à Genève:

Les rapporteurs de 1929 sur le sujet du divorce (assemblée de Neuchâtel), M. Seeger et moi, sont là et sont heureux de présenter quelques observations.

1. Ils félicitent les deux rapporteurs de 1955, tous deux juges qui ont traité *in concreto* de nombreux cas de divorce. Les deux rapports révèlent de l'expérience et de l'humanité.

2. En 1929, dix-sept ans après l'entrée en vigueur du code civil, on a pu croire être déjà éclairé par la doctrine et la jurisprudence. C'était une erreur. Depuis 26 ans, un nouveau gros travail a été fourni. Les rapports de 1955 le prouvent. Il faut rendre hommage au professeur Egger, de Zurich, chef d'école en la matière pour améliorer l'interprétation et l'application de la loi. La pratique s'est humanisée. En 1929, contre M. Egger et moi, on refusait l'adaptation, après divorce, de la rente d'une divorcée devenue aveugle en face d'un ex-mari enrichi. La porte est ouverte à une pratique plus équitable.

3. D'une manière générale, on discute moins de jurisprudence *hostile* ou *favorable* au divorce. On admet mieux les cas où les données légales sont là pour un divorce, où la réconciliation est impossible, et les cas où les données précisées par la loi manquent et où les époux voudraient arracher un divorce par consentement mutuel. Mon rapport de 1929 était un cri d'alarme contre le divorce par consentement mutuel, admis à Genève et à Zurich. M. le juge fédéral Strebel a aussi réagi en 1935 et notre cri a été entendu. On est dans le cadre de la loi plus qu'en 1929.

4. A côté de celle des juges, je voudrais relever la tâche du barreau. Si les avocats sont désintéressés, en bons termes les uns avec les autres, conscients de l'idéal de la famille, ils peuvent éviter de nombreux divorces.

5. Je suis d'accord avec M. Barde pour dire qu'on ne doit pas être obsédé par la notion de faute. C'est une erreur

moderne que de vouloir toujours chercher des coupables. Le divorce est une tragédie où le destin joue son rôle.

6. On peut toujours améliorer la procédure et les lois. Mais elles ne sont pas responsables de la crise, qui vient des mœurs. La crise de la famille doit être surmontée par la famille, l'école, l'église, les institutions sociales spécialisées. La Suisse doit réagir par tous les moyens.

Dr. H. Seeger, Weinfelden:

Dr. H. Seeger nimmt Stellung gegen die These des deutschen Referenten, nach welcher die Parteien zwar über das tatsächliche Klagefundament, nicht aber über die Subsumtion unter einen der gesetzlichen Scheidungsgründe disponieren können. Nach Auffassung des Votanten, die schon in seinem Referat von 1929 zur Rechtsprechung in Ehescheidungssachen eingehend begründet wurde, ist der Richter an die Klage*begehren* der Parteien gebunden. Er kann die Scheidung nur aus einem von ihnen principaliter oder eventuell angerufenen Scheidungsgrund aussprechen. Die *Offizialmaxime* im Ehescheidungsprozeß erstreckt sich ausschließlich auf die richterliche Feststellung des von den Parteien nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime vorgelegten tatsächlichen Prozeßstoffes, auf die Erzielung materieller Wahrheit. Das Wesen der Ehe erfordert nur, daß ihre Auflösung nicht in die freie Parteidisposition gestellt sei und daß die Parteien nicht Scheidungsgründe simulieren und damit das Gesetz zu umgehen versuchen. Ist aber der Beweis der tiefen Zerrüttung, sei es aus einem speziellen oder dem generellen Grunde, erbracht, so besteht nicht das geringste öffentliche Interesse dafür, aus welchem Grunde geschieden werde. Mit Bezug auf die Rechts*begehren* der Parteien wird die freie Parteidisposition durch Art. 158 Ziff. 3 ZGB nicht eingeschränkt. Nach der Verhandlungsmaxime «ne eat judex ultra petita partium» darf der Richter einer Partei nicht mehr, aber auch *nichts anderes* zuer-

kennen, als was sie mit der Klage gefordert hat. Also darf er auch ein juristisch richtig formuliertes Klagebegehren auf Scheidung aus Art. 142 ZGB nicht in ein Begehren auf Scheidung aus einem bestimmten Grunde abändern, abgesehen davon, daß der Kläger vielleicht den speziellen Grund gar nicht als Zerrüttungsursache empfindet und pudoris causa auf die Anrufung eines solchen verzichtet, weil sie zu einem unmoralischen Ergebnis führen würde.

Das im allgemeinen verpönte und im Prinzip auch verfehlte *Untersuchungsverfahren* hat sich im Scheidungsprozeß bewährt und kann um der öffentlichen Ordnung willen gelten gelassen werden. Es ist aber genau so viel wert wie der Untersuchungsrichter selbst.

Der Staat hat kein Interesse, unsittliche und zerrüttete Ehen zwangsweise aufrecht zu erhalten, vor allem nicht um der Kinder willen. Schlechte Ehen sind unsittlich und der öffentlichen Moral gefährlich. Von solchen Überlegungen lassen sich im allgemeinen die Richter der untern Instanzen leiten, welche die Rechtsprechung in Ehescheidungssachen praktisch beherrschen, weil nur ein ganz geringer Bruchteil der Scheidungsurteile an die obern kantonalen Instanzen oder gar an das Bundesgericht gezogen werden. In der Hauptfrage können der Natur der Sache nach die untern Richter ihre Überzeugung nicht an Präjudizien höherer Gerichte binden lassen. Die Rechtsprechung der untern Instanzen in Ehescheidungssachen gibt zu keinen ernsthaften Bedenken Anlaß. Der Richter aus dem Volke hat im allgemeinen ein gesundes, meist auch von menschlichem Wohlwollen und natürlichem psychologischem Einfühlungsvermögen getragenes Verständnis und Urteil dafür, ob auf Grund eines gegebenen Tatbestandes den Ehegatten die Fortsetzung der Ehe zugemutet oder nicht mehr zugemutet werden könne. Eine *maßvolle Liberalität* im Ehescheidungsprozeß läßt sich schon aus rein menschlichen Gründen, häufig auch um der Kinder willen, durchaus verantworten, selbst auf die Gefahr hin, daß ausnahmsweise einmal eine Ehe geschieden wird, die bei gutem

Willen der Parteien und angemessenen Bemühungen des Richters hätte gerettet werden können.

Dr. Gurny, Vizepräsident des Obergerichtes, Zürich:

Im Zusammenhang mit einer Bemerkung des welschen Referenten möchte ich eine Mitteilung aus Zürich machen, die den Juristentag und darüber hinaus eine weitere Öffentlichkeit interessieren dürfte. Herr Kollege Barde hat sein gedrucktes Referat mit dem Hinweis auf die ständige Zunahme der Zahl der Ehescheidungen eingeleitet. Die Frage drängt sich auf: Haben sich die Verhältnisse in den letzten Jahren verschlimmert? Gibt die Entwicklung der Zahl der Ehescheidungen wirklich Anlaß zur Beunruhigung, wie Herr Kollege Barde meint?

Ich weiß nicht, auf welche statistischen Unterlagen Herr Barde sich stützt. Für den Kanton Zürich jedenfalls trifft seine Behauptung oder seine Annahme nicht zu. Die I. Zivilkammer des zürcherischen Obergerichtes, welche die Ehescheidungsprozesse als Berufungsinstanz zu behandeln hat, ließ eine statistische Untersuchung ausarbeiten. Daraus ergeben sich folgende Zahlen:

Seit 1945 bis 1954 ist die absolute Zahl der Ehescheidungen im Kanton Zürich – nach verschiedenen Schwankungen – von 1090 auf 1280, also um 190 angestiegen. In diesen 10 Jahren hat die Wohnbevölkerung um rund 132 000 zugenommen, und in der gleichen Zeit ist die Zahl der verheirateten Frauen (das entspricht annähernd der Zahl der bestehenden Ehen) um rund 32 000 gestiegen. Ein richtiges Bild erhält man nur, wenn man die Scheidungen in Relation bringt zu den bestehenden Ehen. Von 10 000 bestehenden Ehen wurden von den zürcherischen Gerichten im Jahre 1945 69, im Jahre 1954 67 Ehen geschieden. Dieser Stand ist ziemlich derselbe, wie er im Jahre 1930 war.

Ich will noch hinzufügen, daß seit dem Jahre 1947, das die meisten Scheidungen aufwies, die spezifische, d.h. die

mit der Zahl der bestehenden Ehen verglichene Scheidungsziffer um 19,3% zurückgegangen ist.

Es steht somit fest, daß wenigstens im Kanton Zürich die Verhältnisse keineswegs so besorgniserregend geworden sind, wie immer wieder behauptet wird. Die Wirklichkeit sieht anders aus. Die Zahl der Scheidungen ist in den letzten Jahren merklich zurückgegangen. Das Bild wird übrigens noch viel eindrücklicher, wenn man die Scheidungszahlen statt mit 10 000 mit 1000 bestehenden Ehen in Vergleich setzt. Dann wurden im Kanton Zürich im Jahre 1954 von 1000 Ehen 6,7 geschieden, und in der ganzen Schweiz betrug die entsprechende Zahl im Jahre 1950 – Zahlen aus den späteren Jahren stehen mir nicht zur Verfügung – 4,2.

Man darf gewiß mit Recht sagen, daß solche Zahlen die Beunruhigung, von der Herr Barde und andere erfüllt sind, kaum rechtfertigen. Aber das heißt natürlich nicht, daß alles nun zum besten bestellt sei. Die Bemühungen, gefährdete Ehen zu retten und dadurch die Zahl der Scheidungen weiter zu vermindern, müssen noch intensiver fortgesetzt, die Mittel dazu verfeinert werden. Alle Vorschläge, die in diese Richtung weisen, sind zu begrüßen. Aber wir müssen uns dabei bewußt bleiben, welches Ziel das Scheidungsverfahren hat. Diese Frage ruft der anderen nach der Aufgabe des Scheidungsrichters. Ich bin der Ansicht, daß es nicht Aufgabe des Richters ist, die Ehescheidungen schlechthin zu erschweren, sondern daß seine Aufgabe gleich wie bei anderen Streitigkeiten, die er zu beurteilen hat, darin besteht, richtige – oder bescheidener – möglichst richtige Urteile zu fällen. Der Richter hat das Gesetz anzuwenden. Er darf nicht scheiden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Scheidung nach seiner Überzeugung nicht gegeben sind; er muß die Scheidung aussprechen, wenn sie nach seiner Überzeugung gegeben sind. Seine Überzeugung kann er sich nur durch eine sorgfältige Prüfung der konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles verschaffen. Die gründliche Prüfung *kann* Scheidungen verhindern, sie *soll* aber auch verhindern, daß eine Ehe zu Unrecht *nicht*

geschieden wird. Von diesen Gesichtspunkten aus sind die Bestrebungen, die darauf gerichtet sind, dem Richter prozessuale Mittel für eine vertiefte Abklärung des Tatbestandes zur Verfügung zu stellen, sehr zu unterstützen.

Im zürcherischen Scheidungsverfahren sind die Möglichkeiten hiezu weitgehend gegeben. Der gewöhnliche Zivilprozeß wird den Bedürfnissen des Scheidungsverfahrens freilich nach der Natur der Sache in mancher Hinsicht nicht gerecht. Als ich vor etwa zwei Jahren, aus einer Zivilkammer ohne Scheidungen kommend, den Vorsitz der Scheidungskammer übernahm, stellte ich zu meiner großen Überraschung fest, daß diese Kammer sozusagen eine eigene Zivilprozeßordnung für die Scheidungen entwickelt hat. Die Beunruhigung, die ich zuerst hierüber empfand, schwand bald. Im Laufe der letzten Jahre hat die Scheidungskammer des zürcherischen Obergerichtes auf dem Wege der Praxis, durch Verfeinerung einzelner Verfahrensnormen und Lückenausfüllung durch richterliches Recht, die Zivilprozeßordnung den Zwecken des Scheidungsprozesses weitgehend angepaßt und auf diese Weise ohne Gesetzesrevision ein Scheidungsverfahren ausgestaltet, das sich im allgemeinen bewährt. Das hält uns natürlich nicht davon ab, weitere Verbesserungsmöglichkeiten zu prüfen. Aber ich glaube aus meinen Erfahrungen als erstinstanzlicher und als zweitinstanzlicher Richter zum Abschluß sagen zu dürfen, daß es – so wichtig diese Ordnungen grundsätzlich sind – doch nicht allein auf die Organisation der Gerichte und auf die Art des Verfahrens ankommt. Entscheidend bleiben immer und bei jedem Verfahren die Gründlichkeit, mit der der Richter arbeitet, gewiß auch Lebenserfahrung und Menschenkenntnis; und nicht zuletzt ist es notwendig, daß der Richter genügend Zeit hat, um jeden Fall mit der nötigen Sorgfalt zu bearbeiten.

M. Agénor Krafft, avocat à Lausanne:

A la page 310 de son rapport, M. Bühler parle de l'éthique du code civil, soit de la morale de ce dernier, et, à la page

311, il parle des qualités que doit posséder le juge du divorce.

On me permettra les remarques suivantes:

Il faut d'abord s'entendre sur la signification des termes, comme disait Descartes. Qu'entend-t-on par *morale* du code civil? Je crois pouvoir dire qu'en matière de divorce notamment, il y a plusieurs morales suivant la religion ou les principes du juge en question. Il y a d'abord la morale catholique, opposée à tout divorce et décidée à faire obstacle au maximum à tout divorce, puisque l'on va même jusqu'à prescrire aux témoins de taire tout ce qui pourrait le favoriser; morale qui doit tendre, de par sa définition même, à rendre de plus en plus impossible tout divorce. Il y a d'autre part une morale protestante, plus difficile à définir mais cependant existante. Il y a aussi une morale agnostique qui a été précisée notamment dans les ouvrages du philosophe Alfred Fouillé. En plus, il y a ce qu'on pourrait appeler une morale de feuille d'avis, qui est un ensemble de principes imprécis, arbitraires et souvent d'une rare hypocrisie.

Les déclarations du professeur Eugène Huber, si remarquables soient-elles, ne sauraient être considérées comme des critères d'appréciation absolus et définitifs.

Il y a aussi la morale de Pascal et celle des Jésuites. Bref, chacun tend à appliquer sa morale, ce qui est normal et se justifie. Or, dans un Etat de droit, l'application de la loi ne doit pas dépendre dans une trop grande mesure des convictions personnelles du juge appelé à l'appliquer. Autrement nous entrons dans l'arbitraire et la jurisprudence devient quelque peu totalitaire.

Le juge se trouve enfin dans une situation très particulière puisqu'il est une émanation de l'Etat et que l'Etat, pour des raisons souvent sordides, cherche à réfréner les divorces.

Il est certain qu'actuellement la jurisprudence du Tribunal fédéral paraît sortir du cadre de l'interprétation strictement juridique des textes légaux en matière de divorce.

Sans doute, le Tribunal fédéral a déclaré dans l'arrêt Henny, du 17 février 1928, que «le juge ne doit pas faire prévaloir des conceptions personnelles . . . sur la volonté contraire du législateur.»

Mais, dès lors, il y a eu toutes ces campagnes pour la famille – sans qu'on précise de quelle famille il s'agirait, comme le remarquait le professeur P. Bovet – et je crois pouvoir dire que, de plus en plus, lorsque l'un des époux s'oppose au divorce, à moins de circonstances exceptionnelles, le divorce devient impossible sur la base de l'art. 142 CC, ce qui est en tout cas contraire aux textes légaux.

De plus en plus, on part de l'idée préconçue et inexacte qu'un divorce refusé signifie une victoire de la morale. J'ai déjà critiqué autre part les arrêts Baumgartner, du 5 juillet 1948, W. du 1er février 1945, K. du 27 février 1947, etc., et n'ai pas l'intention de me relire ici. On veut souvent oublier que de nombreux époux reculent devant l'idée d'un divorce pour des raisons purement économiques.

Bref, actuellement, comme tous les avocats le savent, le sort d'un procès en divorce peut dépendre quelque peu du hasard, c'est-à-dire de la personnalité du juge sur lequel on tombe, ce qui est le propre d'une justice arbitraire. Sans doute il y a les possibilités de recours mais l'on ne peut pas demander toujours aux justiciables d'épuiser les instances, sans compter que la juridiction fédérale est souvent la plus sévère.

Bien plus, en prétendant fonder ses décisions sur des éléments subjectifs – fussent-ils d'ordre moral – le juge prive son jugement de l'autorité nécessaire à son acceptation par le justiciable. Car s'il est supportable d'être condamné en vertu du droit, que l'on ne doit pas ignorer, il est contraire à la nature humaine de se soumettre à un jugement défavorable, blessant la personnalité et suscitant une révolte intérieure.

Le justiciable se trouve ainsi autorisé à porter le débat sur un terrain, où il peut opposer au juge, à égalité, une argumentation du même ordre.

La personne même du juge est ainsi mise en cause et son autorité morale battue en brèche.

Je ne crois pas exagéré d'ajouter que cette jurisprudence qui interprète notamment l'art. 142 CC d'une façon trop souvent subjective risque de provoquer un jour une forte réaction dans les milieux socialistes qui, avec l'appui de grandes masses, réussiront à faire adopter une réglementation plus libérale du divorce.

Le canton de Vaud connaissait le divorce par consentement mutuel jusqu'en 1912, et l'on ne sache pas que cette solution ait causé des ravages moraux.

Il apparait certain socialement qu'en rendant le divorce de plus en plus difficile on favorise les liaisons illégitimes sous le prétexte de sauvegarder la famille. Cette jurisprudence aboutit ainsi souvent à un résultat diamétralement opposé à son but.

D'autre part, avec la tendance moderne d'accorder aux femmes des pensions de plus en plus élevées, qui sont souvent l'objet de marchandages immoraux, on en arrive à rendre de plus en plus impossible les remariages ce qui est un non-sens parfaitement immoral comme l'ont affirmé plusieurs théologiens protestants.

Nos tribunaux civils oublient parfois qu'ils ne sont pas des tribunaux écclésiastiques et qu'en voulant à tout prix intégrer des notions de leur morale dans l'appréciation des causes de divorce ou dans la procédure, ils sacrifient, sans droit, l'individu à un mythe religieux totalitaire et inadmissible.

On peut encore ajouter, pour ce qui en est des qualités du juge dont M. Bühler parle à page 311, qu'il s'agit là d'un idéal souvent irréalisable, donc utopique.

Bien que la question du point de vue de l'avocat n'ait été traitée qu'en passant par les rapporteurs, on me permettra de préciser encore ce qui suit:

En deux mots, cette tendance de la jurisprudence fait de l'avocat plus que jamais un auxiliaire de la justice au détriment de sa véritable fonction de défenseur du justi-

ciable vis-à-vis de l'Etat. Or, comme l'histoire le prouve, la nécessité de l'absolue liberté de l'avocat est la condition indispensable de tout Etat libre. Il est sans doute nécessaire de rappeler ici que la Constitution garantit la liberté de conscience ce qui signifie la liberté morale en opposition à toute morale d'Etat.

En bref, l'avocat ne saurait être fonction de l'Etat mais seulement de sa propre morale sur laquelle l'Etat n'a aucun pouvoir de contrôle.

Je sais que certaines de mes thèses ont déjà provoqué une opposition sérieuse, ce qui est du reste naturel.

Si les juges tiennent à leur liberté d'appréciation fondée sur leur conviction intime, le justiciable s'insurge souvent, en matière de divorce notamment, contre ces critères d'appréciation subjectifs qui ne reposent sur aucune règle fixe ou suffisamment précisée. Sans doute il n'est pas possible de trop codifier les devoirs réciproques des époux et le juge restera toujours l'appréciateur suprême. Mais les règles du code civil, spécialement l'art. 142 et la notion de faute prépondérante, ont été tellement élargies par la jurisprudence, tellement dénaturées, semble-t-il, de leur sens de texte que l'avocat devient incapable de conseiller son client, ce qui est un signe grave d'insécurité du droit.

Il m'a paru nécessaire de rappeler ici, d'entrée de cause, que les candidats au divorce sont des individualités, des justiciables, encouragés par l'Etat au mariage, qui ont le droit de s'opposer à ce qu'on saisisse leur cas particulier pour formuler, à leur détriment et à leur frais, des principes de morale ou des principes sociaux qui n'ont jamais été admis – et ne sauraient certainement l'être – par l'ensemble de la population.

Dr. Paul Thürer, Vizepräsident des Bezirksgerichtes Zürich:

Einige Fälle aus der Praxis haben mich in letzter Zeit bewogen, der Frage des *Besuchsrechts* etwas nachzugehen,

da dieses zum Schaden der Kinder ausgeübt wurde. Es scheint mir ganz allgemein, daß im Scheidungsprozeß dieser *Neben*frage, deren Behandlung ja auch nur unter der Flagge «Nebenfolgen» segelt und damit in zweite Linie gerückt wird, nicht stets genügend Aufmerksamkeit geschenkt werde. Dabei ist das Problem von großer Bedeutung. Man muß sich nämlich vergegenwärtigen, daß jedes Jahr ein paar tausend Kinder zu Scheidungswaisen werden und daß in 25% aller Fälle das Besuchsrecht des Vaters – zur Hauptsache handelt es sich ja um dieses und nicht um dasjenige der Mutter – sich ungünstig auf die Kinder auswirkt, wobei diese ohnehin gefährdeter sind als andere. Ich entnehme diese Ziffer dem Buch von Prof. Haffter über Kinder aus geschiedenen Ehen. Auch das Besuchsrecht der Mutter zeitigt häufig schlechte Folgen. Damit ist wohl genügend dargetan, daß wir aufgerufen sind, auch von der Rechtspflege her dazu beizutragen, daß Schädigungen der Kinder verhindert oder doch vermindert werden.

Es scheint mir, man müsse namentlich in *zwei Situationen* das Besuchsrecht *besonders sorgfältig* prüfen und ausgestalten. Erstens einmal dann, wenn eine sogenannte *Kampfscheidung* durchgeführt wurde, sei es, daß sich der Streit um die Scheidung als solche drehte, oder sei es, daß um die Kinder gekämpft wurde. Hier ist, im Gegensatz zu sogenannten einverständlichen Scheidungen, bei denen diese Gefahr kleiner ist, fast stets damit zu rechnen, daß die Gatten sich innerlich noch nicht voneinander gelöst haben und darum ihre Fehde mit jedem Mittel und auf jedem möglichen Kriegsschauplatz fortsetzen, also auch über das Besuchsrecht. Beispiele werden Ihnen allen geläufig sein. Stichwortartig mag auf jene Fälle hingewiesen werden, in denen der besuchsberechtigte Teil die Kinder gegen den andern Teil aufwiegelt oder diesen schmäht; dazu kommen Verwöhnungen und Schnellerziehungsversuche. – Und zweitens ist diese besondere Sorgfalt dann geboten, wenn *beim besuchsberechtigten* Teil *Anomalien* bestehen, welche eine unschädliche Ausübung des Besuchsrechts nicht ge-

währleisten. Man denke z.B. an krankhafte Lügen- und Streitsucht, an Delinquenz, an Brutalität, an Alkoholismus, an sexuelle Verirrungen, an Neurosen, schwere Psychopathien oder gar Geisteskrankheiten. Daß in diesen Fällen das Besuchsrecht den Kindern zum Nachteil gereichen kann, bedarf keiner nähern Begründung. Auch dies wird man nicht mit Beispielen näher illustrieren müssen.

Was kann nun in diesen beiden Situationen speziell der Richter vorkehren? Dazu einige Anregungen:

1. Er kann und soll auf eine *Einschränkung* dringen, ja unter Umständen sogar auf eine *Suspendierung* für eine angemessene Übergangszeit.

a) Pflegt man als ungefähre Regel z.B. in Zürich im sogenannten Normalfall das Besuchsrecht auf monatlich einen ganzen oder halbmonatlich auf einen halben Tag anzusetzen, so ist das in den beiden erwähnten Situationen bereits zu viel. Jedenfalls stimmen erfahrene Pädagogen, wie Prof. Hanselmann, der Kinderpsychiater Dr. Lutz, der frühere Vorsteher des kant. Jugendamtes in Zürich, Dr. Hauser, die Fürsorgerin Margrit Braun u.a.m., darin überein, daß größte Zurückhaltung dringend geboten sei, jedenfalls wenn man das Kindeswohl im Auge habe, und dieses ist wohl entscheidender als das Anrecht des Elternteils, der die Kinder nicht zugeteilt erhalten hat, auf angemessenen Verkehr mit diesen. Väter üben das Besuchsrecht ja doch nur etwa in der Hälfte aller Fälle aus, und es scheint mir auch zu den Pflichten der Eltern zu gehören, die Entwicklung eines Kindes auch dann zu fördern, wenn dies mit Opfern, also gerade auch hinsichtlich des Besuchsrechts, verbunden ist, etwa so, daß ein Vater seine Kinder nur noch alle paar Monate zu sehen bekommt.

b) Eine Suspendierung drängt sich namentlich dann auf und wird übrigens von den genannten Erziehern und auch etwa von Jugendämtern empfohlen, wenn die Eltern von der Scheidung her noch völlig aufgewühlt und ihre Verhältnisse noch völlig ungeordnet sind. Bieten die

Kinder in solchen Fällen überdies Erziehungsschwierigkeiten (man denke an einen Generationenkonflikt zwischen Vater und Sohn oder an eine Tochter, die den Vater idealisiert und mit der Mutter schlecht steht), dann wird es notwendig sein, das Besuchsrecht zu suspendieren. Der Richter soll mit den Eltern reden und Einsicht wecken. Mit ältern Kindern soll der Richter überdies Kontakt nehmen, soll sie auf den Grund des Aufschubs der Besuche aufmerksam machen und kann ihnen wohl auch Wegleitungen für ihr Verhalten geben. Er kann damit auch einen Erzieher beauftragen.

2. Der Richter soll ferner immer dann, wenn Bedenken bestehen, ob das Besuchsrecht ordnungsgemäß ausgeübt werde, geeignete *Auflagen* machen, wie etwa: Überwachung der Besuche durch eine Drittperson, Verbot, mit den Kindern Wirtschaften aufzusuchen, Verbot des Autofahrens, Verbot des Zusammenbringens der Kinder mit der Ehebrecherin, Verbot des übermäßigen Beschenkens usf. Von der Möglichkeit solcher Auflagen wird sicher zu wenig Gebrauch gemacht, weil man sich zu wenig in die Fälle vertieft.

3. Der Richter kann und soll sich besser und öfter als das bis jetzt geschieht *informieren*, welches die Verhältnisse des besuchsberechtigten Teils sein werden, aus was für Motiven – ob aus Rechthaberei oder aus Anhänglichkeit – er die Kinder besuchen will, wie er bisher mit den Kindern stand, was für Konflikte zwischen ihm und den Kindern bestanden, die andauern können, wie er die Besuche ausführen wird, namentlich was er mit den Kindern zu tun gedenkt usf. Das Mittel der persönlichen Befragung im Prozeß reicht hier kaum aus, um genügende Entscheidungsgrundlagen zu bekommen. Man wird Erhebungen machen lassen müssen bei Nachbarn, Lehrern, Pfarrer. Die Jugendämter werden sich gern den Gerichten zur Verfügung stellen. Es kann auch hier geboten sein, daß sich der Richter mit den Kindern in Verbindung setzt. Jedenfalls soll kein Ge-

richt Parteivereinbarungen über das Besuchsrecht blindlings genehmigen, wie das auch immer noch geschieht. Es wird sich auch rechtfertigen, wenn der Richter die Parteien eigens auf die Abänderbarkeit des Urteils aufmerksam macht für den Fall, daß sich Unzukömmlichkeiten bei den Besuchen zeigen; es kann sich auch empfehlen, das Jugendamt vorsorglich auf jene Fälle aufmerksam zu machen, in denen Schwierigkeiten bei den Besuchen zu erwarten sind.

4. Es schwebt mir auch vor, was ich noch nicht ganz durchdacht habe, aber mit andern zusammen zu prüfen im Begriffe bin, nämlich daß man in allen Fällen, in denen einem Elternteil ein Besuchsrecht zugestanden wird, beiden Gatten ein *Merkblatt* übergebe, worin auf die gröbsten und häufigsten Fehler hingewiesen wird, welche anläßlich der Besuche immer wieder gemacht werden, und zwar auch von jenen Eltern, die das Beste der Kinder anstreben, aber aus Unverstand sich völlig falsch verhalten. Das Merkblatt müßte knapp und klar sein und müßte wohl in Zusammenarbeit zwischen Juristen und Pädagogen geschaffen werden.

Dr. Leuch, alt Bundesrichter, St. Prex:

Der Referent deutscher Sprache gelangt auf S. 449a zum Schlusse:

> «Alles in allem darf festgestellt werden, daß das geltende Verfahrensrecht dem Scheidungsrichter diejenigen prozessualen Mittel in die Hände gibt, deren er zur Durchsetzung des materiellen Rechts im Scheidungsprozesse bedarf.»

Dem ist beizustimmen. Allein gegenüber der Begründung, soweit nämlich der Referent aus 158 ZGB und unter Berufung auf die richtige Verwirklichung des materiellen Scheidungsrechts bundesrechtliche, das kantonale Prozeßrecht abändernde und ergänzende prozessuale Normen ableitet, sind Vorbehalte am Platz. Ich gelange vielmehr zum gleichen Schluß auf Grund meiner Erfahrungen und Beob-

achtungen in der eidgenössischen Berufungsinstanz, daß sämtliche kantonalen Prozeßrechte in Verbindung mit 158 ZGB, *so wie er bisher ausgelegt wurde*, für die Verwirklichung des Scheidungsrechts nicht weniger genügen als für die Verwirklichung des übrigen Bundesrechts. Es gibt gute und weniger gute kantonale Prozesse; aber wenn sie zu wünschen übrig lassen, so für die Verwirklichung des Scheidungsrechts nicht mehr als für die Verwirklichung des übrigen Bundesrechts. Das hat der eidg. Verfassungsgesetzgeber in Kauf genommen, wenn er den Kantonen das Verfahren *wie bisher* überlassen hat, und es geht nicht an, mit der richtigen Verwirklichung des materiellen Rechts ideale kantonale Verfahren zu erzwingen. Der Referent leitet aus 158 Z. 1 ein weitgehendes bundesrechtliches Instruktionsverfahren ab: Fragerecht und Fragepflicht des Richters, amtliche Beiziehung von Tatsachen, die der Scheidung entgegenstehen, amtliche Beweismittelbeschaffung, persönliche Erscheinungspflicht der Parteien, obligatorische Parteibefragung, Berücksichtigung verspäteten Vorbringens; ferner Ausdehnung der Suspensivwirkung der Appellation auf das ganze erstinstanzliche Urteil, auch wenn es bloß in einzelnen Punkten angefochten ist, Beachtung der Rechtskraft scheidungsabweisender Urteile von Amtes wegen.

Ich komme von einem Prozeßrecht her, dem die vom Referenten als bundesrechtliche postulierten Instruktionsmaßnahmen, wie auch die Berücksichtigung der Rechtskraft von Amtes wegen geläufig sind, für alle Prozesse. Ich betrachte sie als unerläßlich für ein zweckmäßiges Verfahren. Aber aus 158 ZGB, insbesondere seiner Z. 1, vermag ich sie nicht herzuleiten. Diese Bestimmung sagt gar nichts anderes, als daß scheidungsbegründende Tatsachen des Beweises bedürfen, das Zugeständnis der Gegenpartei vom Beweise nicht entbindet. Wie aber zu beweisen ist, das sagt das kantonale Prozeßrecht unter Vorbehalt der Vorschriften freier Beweiswürdigung gemäß Z. 4 und des Eidesausschlusses gemäß Z. 2. Insbesondere sagt es auch, ob der Richter Tatsachen und Beweismittel von Amtes wegen bei-

ziehen darf. Selbstverständlich hat der Richter, als Ausfluß der Rechtsanwendung, der Scheidung entgegenstehende Tatsachen, wie Verwirkung des Klagerechts, Verzeihung, Zumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft usw., von Amtes wegen zu beachten, aber er hat – vorbehältlich *kantonaler* Offizialmaxime – nach diesen Tatsachen nicht selbst zu forschen, sondern einfach unter Berücksichtigung der Beweislast zu entscheiden, wenn Zweifel an der Begründetheit der Scheidung vorhanden sind. Daß von Bundesrechts wegen persönliches Erscheinen der Parteien und richterliche Parteibefragung vorgeschrieben sei, ist leicht zu widerlegen. Der Referent versteht darunter weniger die Parteibefragung zwecks Stoffsammlung, denn diese ist ein Institut der Offizialmaxime, die ja – wie er anerkennt – der Bundesgesetzgeber gerade nicht aufstellt, als vielmehr die Parteibefragung als Beweismittel. Nun ist daran zu erinnern, daß das Bundesgericht bis in die jüngere Zeit das (einfache, d.i. nicht unter Strafdrohung stehende) Parteiverhör kantonaler Prozesse sogar als unvereinbar mit dem Bundesrecht (Art. 8 ZGB) erklärt hat; allgemein, nicht speziell im Scheidungsprozesse (BGE 46^2 347, 49^2 311 und wiederum 75^2 103 al. 2 i.f. einerseits, 62^2 79 anderseits). Das entsprach noch der vom gemeinen Recht her geläufigen Betrachtung, welche weniger die Würdigung des Richters als den vermöge der Strafdrohung bei der Partei vorausgesetzten Wahrheitszwang für den Beweiswert der Parteiaussage maßgeblich sein ließ. Diese Reminiszenz verbietet die Annahme, daß der Bundesgesetzgeber von 1907 mit Art. 158 Ziff. 1 das Parteiverhör als Beweismittel und persönlichen Erscheinungszwang als seine Voraussetzung den Kantonen obligatorisch habe vorschreiben wollen, wie denn der Wortlaut der Bestimmung nicht den geringsten Anhaltspunkt für besondere, bundesrechtliche Beweis- und Instruktionsmaßnahmen überhaupt bietet.

In der Berücksichtigung der Rechtskraft scheidungsabweisender Urteile von Amtes wegen sieht der Referent ein Erfordernis des materiellen Scheidungsrechts. Die

neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts läuft jedenfalls nicht in dieser Richtung. Sie hebt zu einem guten Teil die Institution der Rechtskraft überhaupt auf, wenn sie dem Kläger erlaubt, seine Scheidungsklage wegen Zerrüttung zunächst nur mit ausgewählten Tatsachen zu begründen, um, wenn er damit nicht durchdringt, die Klage unter Begründung mit den zurückgehaltenen Tatsachen neu einzureichen (BGE 78² 403 E. 2). Sie erklärt ferner, daß sich das Bundesrecht desinteressiert an der Frage, ob eine abgewiesene Klage neu vor den kantonalen Richter gebracht werden könne, und sie tritt auf die Berufung gegen Abweisung der exceptio rei judicatae nicht mehr ein (BGE 78² 402). Bei dieser Zurückhaltung wird wenig Bereitschaft dafür vorhanden sein, den Kantonen die Berücksichtigung der Rechtskraft von Amtes wegen vorzuschreiben. Und das ist zu billigen, auch wenn man jene ablehnt. Mit dem materiellen Scheidungsrecht hat diese Frage nichts zu tun. Ihm ist genügt, wenn eine unbegründete Scheidung nicht ausgesprochen wird. Ob der Richter mehrere Male mit derselben Klage soll befaßt werden können, ist vor allem eine Frage der Prozeßökonomie für Gegenpartei und Staat. Die Gegenpartei wehrt sich dagegen mit der Einrede der beurteilten Sache, der Staat hat die Möglichkeit, die Berücksichtigung von Amtes wegen vorzusehen. Tut er es nicht, so findet er sich mit der unnötigen Inanspruchnahme seiner Gerichte ab.

Erst recht nicht anerkennen könnte ich als Erfordernis des Bundesrechts die Aufschiebung der Rechtskraft des erstinstanzlichen Scheidungsurteils, wenn nur die Nebenfolgen an die obere Instanz weitergezogen worden sind. Ob von einem Rechtsmittel nicht erfaßte Punkte des Urteils in Rechtskraft erwachsen, ist eine dermaßen prozeßeigene Angelegenheit, daß es aus den Vorschriften des materiellen Rechts daran nichts zu rütteln gibt. Und wenn erst der Bundesgesetzgeber selbst diese Ordnung für die Berufung ausdrücklich festgelegt hat, ohne für die Scheidung eine Ausnahme zu machen (54 al. 2 OG), so ist nicht daran zu denken, daß für den kantonalen Instanzenzug *von Bundes-*

rechts wegen etwas anderes gelten sollte. Ich bin auch von der Wünschbarkeit der Aufschiebung, wie sie der Referent darlegt, nicht überzeugt. Es ist im Gegenteil zu begrüßen, daß eine obere Instanz sich mit Streitfragen, deren Entscheidung durch die untere die Parteien hinnehmen, nicht mehr zu befassen hat. Richtig ist, daß bei dieser Ordnung widersprüchliche Entscheidungen ergehen können; so z.B. wenn die Schuldfrage, soweit sie für die Ordnung der einzig noch streitigen Nebenfolgen der Scheidung von Bedeutung ist, von der obern Instanz anders beurteilt wird, als es von der untern für den bereits rechtskräftigen Scheidungsausspruch geschehen ist. Allein solche Widersprüche finden sich als Folge des Grundsatzes, daß sich die Rechtskraft der Entscheidung nicht auf die Motive erstreckt, durch die ganze Rechtsprechung hindurch; sie sind in Scheidungssachen nicht stoßender als in andern.

Dr. E. Diener, Oberrichter, Zürich:

Aus der Fülle der Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem heutigen Diskussionsthema stellen, möchte ich in meinem Votum nur zwei hervorheben:

1. die Frage des Verzichtes der Parteien auf die Berufung ans Bundesgericht;
2. die Frage der Zulassung der Widerklage.

Beide Fragen sind in der täglichen Gerichtspraxis von großer Bedeutung.

Zu 1: Das Bg hat zu der ersten Frage in seinem Urteil vom 28. 5. 1953 i.S. Hoffmann (BGE 79 II N. 39) in dem Sinne Stellung genommen, daß es erklärte, ein solcher Verzicht sei auf jeden Fall dann unwirksam, wenn er erklärt wird, bevor das Urteil den Parteien gemäß Art. 51 lit. d OG schriftlich mitgeteilt worden ist.

Dieses Urteil hat einer seit Bestehen des ZGB im Kanton Zürich geübten konstanten Praxis ein jähes Ende gesetzt. Es wird praktisch nunmehr kaum mehr vorkommen, daß das Bundesgericht zu dieser Frage erneut Stellung zu neh-

men Gelegenheit erhalten wird, da die kantonalen Gerichte (auf Grund dieses Urteils) derartige Verzichtserklärungen kaum mehr entgegennehmen dürften.

Um so eher dürfte es gerechtfertigt sein, an der heutigen Tagung das Problem nochmals aufzuwerfen. Die praktische Bedeutung desselben besteht ja eindeutig darin, daß durch dieses Urteil die Rechtskraft der letztinstanzlichen kantonalen Scheidungsurteile mitunter sehr beträchtlich hinausgeschoben wird, was sich sehr oft aus technischen Gründen (Redaktion der Urteile und deren Ausfertigung) gar nicht vermeiden läßt. Was das bedeutet, ist bereits vom Ref. Barde eindrücklich dargestellt worden.

Auf die Frage, ob ein Verzicht schon vor der Urteilsfällung rechtsgültig erklärt werden könne, möchte ich nicht eintreten. Es lassen sich auch dafür gute Gründe anführen, auch wenn hier m. E. eine gewisse Zurückhaltung am Platze ist. Auch wenn ein solcher Verzicht als gültig anerkannt wird, so wird dadurch der Eintritt der Rechtskraft nicht anders beeinflußt als durch die rechtswirksame Entgegennahme eines Verzichtes im Anschluß an die Eröffnung des Urteils.

Entscheidend war für das Bg der Hinweis auf Art. 51 lit. b OG, welcher die schriftliche Mitteilung des Entscheides an die Parteien vorschreibt. Diese Mitteilung soll den Parteien gestatten, sich darüber schlüssig zu machen, ob sie die Berufung ergreifen sollen, und müsse deshalb die Entscheidungsgründe enthalten. Vor deren Kenntnis könne aber die Partei diesen Entscheid gar nicht fällen. – Diese Überlegungen sind nun aber m. E. nicht überzeugend. Zunächst steht es ja den Parteien durchaus frei, ob sie ein Rechtsmittel ergreifen wollen oder nicht. Warum sollen sie nicht auch darüber entscheiden können, ob sie ihren Entschluß von der Kenntnisnahme der Begründung abhängig machen wollen oder nicht? Es sind keine Gründe erkennbar, die ihnen das verwehren könnten. Sie werden insbesondere dann auf eine Berufung *nicht* sofort verzichten, wenn sie zunächst die Urteilserwägungen prüfen wollen. Nur für

den Fall der Berufung sind denn auch die Urteilserwägungen von besonderer prozessualer Bedeutung. Dazu kommt, daß ja die Erwägungen gar keine Rechtskraft erlangen. Nur dem Urteilsdispositiv kommt diese zu. Gegen die Erwägungen als solche gibt es ja auch kein Rechtsmittel. Das Dispositiv aber wird ihnen durch die Urteilseröffnung bekanntgemacht, und sie können dessen Tragweite auch sogleich erkennen. – Außerdem ist ja der Regelfall der, daß der Verzicht dann im Anschluß an die Urteilseröffnung ausgesprochen wird, wenn unter den Parteien über die Hauptfrage sowohl als hinsichtlich der Nebenfolgen der Scheidung in diesem Prozeßstadium keine oder keine wesentlichen Differenzen mehr bestanden, und in diesem Falle dürften ganz regelmäßig auch die nachfolgenden Urteilserwägungen für die Parteien nichts Neues mehr offenbaren, ganz abgesehen davon, daß in diesen Fällen *auch* die *Begründung sehr konzentriert* ausfallen wird. – Es ist deshalb gar nicht einzusehen, weshalb solche Verzichtserklärungen von den letztinstanzlichen kantonalen Gerichten nicht rechtsgültig sollten entgegengenommen werden dürfen. – Ein einziger Vorbehalt wird angebracht werden müssen, ist aber im Grunde selbstverständlich. Die Erklärung darf nicht an einem Willensmangel leiden, und es ist Aufgabe des Richters, der sie entgegennimmt, den Parteien die Tragweite ihrer Erklärungen vor Augen zu führen. Dann dürften sich derartige Mängel gewiß auf ein Minimum reduzieren lassen.

Zu 2: Zum zweiten Punkte möchte ich mich kurz fassen und mich damit begnügen, der Zulassung der Widerklage – auf alle Fälle dann, wenn die Hauptklage als solche geschützt werden muß – so weitgehend als möglich das Wort zu reden, de lege lata und ferenda. In den Jahren der strengen Praxis des zürch. OG hinsichtlich der Anwendung des Art. 142 Abs. 2 ZGB kam dieser Frage vielleicht größere Bedeutung zu, als dies heute der Fall ist. Die beklagte Partei, welche sich anfänglich einer Scheidung unter Berufung auf Art. 142 Abs. 2 ZGB widersetzt hatte, wurde im

Verlauf des Verfahrens, wenn sie sich selbst von der Unheilbarkeit der Zerrüttung überzeugt und ihrerseits der Willen zur Ehe erloschen war, sehr oft auf den Weg der Widerklage gedrängt, so daß sich die Gerichte in vorgerückten Prozeßstadien sehr oft über deren Zulässigkeit schlüssig machen mußten. Bei der heutigen Praxis der zürcherischen Gerichte zu 142² ZGB, die sich ja nun wieder mit derjenigen des Bg deckt, hat die Frage etwelchermaßen an praktischer Bedeutung verloren. Das Problem als solches bleibt sich jedoch gleich. Wird die Widerklage nicht zugelassen, so kann dadurch im Falle der Scheidung für den beklagten Teil irreparabler Schaden entstehen, selbst wenn sie sich aus achtenswerten Gründen zunächst der Scheidung widersetzt hatte, trotzdem ihr schon damals mindestens so viele und so wichtige Scheidungsgründe zu Gebote standen wie dem klagenden Teil. – Im Falle der Abweisung der Hauptklage aber wird die beklagte Partei – bei Nichtmehrzulassung ihrer Widerklage – genötigt, selbst wenn beispielsweise der ganze Prozeßstoff unter dem Gesichtspunkte des Art. 142 Abs. 2 vorgebracht werden mußte, einen neuen Prozeß anzustrengen. Ein solcher Zwang widerspricht jedoch nicht nur jeder vernünftigen Prozeßökonomie, sondern auch den Grundsätzen der Menschlichkeit.

Dr. Ludwig Frank, Oberrichter, Zürich:

Was uns in den Scheidungsprozessen seelisch am meisten belastet, ja manchmal quält, das sind die Kinderschicksale, von denen wir Kenntnis erhalten und in die wir gestaltend eingreifen sollen. Nicht daß man etwa mit Rücksicht auf die Kinder allgemein mit den Ehescheidungen zurückhalten sollte. Die Kinder leiden in der Regel unter dem Scheitern der Ehe der Eltern, unter ihrem Mangel an Pflichtbewußtsein, unter ihren Zänkereien. Wer es nicht sonst weiß, kann in der wohl den meisten von Ihnen bekannten und für die Praxis so wertvollen Arbeit von C. Haffter: Kinder aus geschiedenen Ehen, Seiten 6 und 156, nachlesen, daß die

Scheidung der Eltern nicht selten für die betroffenen Kinder geradezu eine Erlösung bedeutet. In diesem Zusammenhang darf ich vielleicht vor diesem gesamtschweizerischen Auditorium eine Anregung wiederholen, die ich schon einmal im Zürcherischen Juristenverein ausgesprochen habe: Es sollte einmal, analog der Arbeit von Haffter, eine Untersuchung darüber durchgeführt werden, was aus den Ehen wird, deren Scheidung der Richter verweigert hat, und insbesondere darüber, wie sich die Verweigerung der Scheidung auf die Entwicklung der Kinder auswirkt.

Im Scheidungsprozeß der Eltern, wie übrigens auch im Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils gemäß Art. 157 ZGB, erscheint das Kind, und zwar vom Säugling, ja vom nasciturus bis zum fast mündigen jungen Menschen, in erster Linie als Streitgegenstand, und zwar erscheint es in der Regel nur «aktenmäßig», selten in eigener Person, ein Zustand, der irgendwie unbefriedigend bleibt, aber gerade mit Rücksicht auf das Interesse des Kindes kaum geändert werden kann. Wir sind alle darüber einig, daß bei der Regelung aller die Kinder betreffenden Fragen deren Wohl allein maßgebend zu sein hat – unter einem wichtigen Vorbehalt, dessen Schwierigkeit vorhin Herr Bezirksrichter Dr. Thürer sehr zutreffend geschildert hat: Unter Vorbehalt des Rechtes der Eltern auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde, gewöhnlich Besuchsrecht genannt. Wer hat nicht schon Fälle erlebt, wo es am besten gewesen wäre, die Eltern überhaupt aus der Welt zu schaffen und das Kind einer gesunden Pflegefamilie zu übergeben! Gerade weil das Kind im Scheidungsprozeß der Eltern seine Interessen nicht selbst wahrnehmen kann, muß hier, wie die beiden Referenten, mit besonderer Schärfe aber Herr Dr. Bühler, ausgeführt haben, die Offizialmaxime unbeschränkt gelten, das heißt: Der Richter ist verpflichtet, und damit auch berechtigt, alle ihm zu Gebote stehenden Mittel anzuwenden, um die maßgebenden Tatsachen so gründlich als nur möglich zu erforschen. Hier scheint uns, daß die in den Prozeßordnungen vorgesehenen Mittel der

richterlichen Erkenntnis noch in zwei Richtungen ergänzt werden sollten:

1. Es sollte die Möglichkeit geschaffen werden, die häuslichen Verhältnisse durch unangemeldete Inspektionen, sei es durch den Richter selbst, sei es durch eine von ihm bestellte Hilfsperson, abzuklären. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Inspektion ganz anders verwertbare Ergebnisse zeitigen würde als ein lange im voraus angekündigter Augenschein. In der zürcherischen Praxis ist sie schon auf Grund einer weitherzigen Auslegung von Art. 145 ZGB im Maßnahmeverfahren mit gutem Erfolg angewendet worden. Ich habe schon in meiner früheren Tätigkeit als Anwalt, allerdings mit Zustimmung meiner Klientin, ein Gericht um eine solche Inspektion ersucht (wobei die Partei natürlich wußte, daß sie mit einem überraschenden Besuch zu rechnen habe, dessen Zeitpunkt aber nicht kannte). Der Erfolg war sehr erfreulich und hat jenem Gericht den Entscheid ohne Zweifel erleichtert. Aber als Untersuchungsmaßnahme im Scheidungsprozeß könnte eine solche Inspektion nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung erfolgen.

2. Aus den von Herrn Dr. Bühler m.E. zutreffend angeführten Gründen sind wir entschiedene Gegner des sogenannten Instruktionsverfahrens im Scheidungsprozeß. Mit einer Ausnahme: Es sollte die Möglichkeit geschaffen werden, daß der Instruktionsrichter mit Kindern im urteilsfähigen Alter, also etwa vom 15. Jahr bis zur Mündigkeit, deren Eltern im Scheidungsprozeß stehen, Besprechungen unter vier Augen oder allenfalls unter Beizug des Protokollführers abhält, wobei es in seinem Ermessen stehen soll, was aus dem Ergebnis solcher Besprechungen im Protokoll festzuhalten ist. Wir sind wohl alle darüber einig, daß die Einvernahme von unmündigen oder mündigen Kindern im Scheidungsprozeß der Eltern nach Möglichkeit vermieden werden soll, daß sie aber in gewissen Fällen nicht zu umgehen ist, wobei den Kindern selbstverständlich das Recht

zur Verweigerung des Zeugnisses gewahrt bleibt. Aber auch wenn das Kind bereit ist, Zeugnis abzulegen, wird es in Gegenwart der Eltern, ihrer Anwälte und eines ganzen Richterkollegiums befangen bleiben. In Wirklichkeit benutzt man ja auch solche Einvernahmen, um die Wünsche des jungen Menschen hinsichtlich der Gestaltung der Elternrechte und die allfällige Begründung dieser Wünsche kennenzulernen. Aber das gehört eigentlich nicht zum Wesen einer Zeugenaussage. Mit Zustimmung vernünftiger Parteivertreter haben wir in Zürich schon Versuche mit freien Besprechungen in der angedeuteten Art gemacht. Das Ergebnis hat die Erwartungen noch übertroffen, und zwar sowohl was die Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse betreffend die Scheidung der Eltern betrifft, als auch hinsichtlich der Stellungnahme der betreffenden Kinder. Aber eben: Von der Zustimmung der Parteien sollten wir nicht abhängig sein, denn sie wird gerade dort verweigert werden, wo sie am nötigsten wäre.

Aber das sind Einzelheiten. Wesentlich ist, daß es für die Behandlung von Scheidungsprozessen im Rahmen der gesetzlichen Ordnung kein starres Schema geben darf und daß es vor allem darauf ankommt, daß der Richter die nötige Beweglichkeit bewahrt, um den immer wieder neuartigen Anforderungen zu genügen, die das schöpferische Leben an ihn stellt.

Dr. Wilhelm Frick, Rechtsanwalt, Zürich:

Auch wenn der Vizepräsident des zürcherischen Obergerichtes Ihnen aus der von diesem erstellten Statistik Zahlen über die Entwicklung der Ehescheidungen im Kanton Zürich genannt hat, die vielleicht etwas weniger beängstigend aussehen mögen, als viele von uns befürchtet haben, und auch wenn Herr Dr. Seeger hier erklärt hat, daß schlechte und zerrüttete Ehen gewissermaßen von Staats wegen wie «Unkraut» ausgerottet werden müßten, so vermag das doch alles an unserer Verantwortung dafür nichts

zu ändern, das mögliche zu tun, daß nur wirklich zerstörte und unrettbare Ehen geschieden werden, und daß dies nur in dem Maß geschieht, als die gesetzlichen Scheidungsgründe durch das erkennende Gericht auch einwandfrei festgestellt sind. Wir sind uns ja zwar alle darüber im klaren, daß die heutige Krise vieler Ehen auf zahlreichen Gründen beruht, die außerhalb von Gesetzgebung und Scheidungsverfahren liegen und somit außerhalb unseres Einflußbereiches stehen. Ebenso ist es aber klar, daß dafür auch das Scheidungsverfahren und die Art seiner Durchführung von Bedeutung ist. Ich möchte sogar feststellen, daß in keinem Gebiet des gesamten Rechtslebens das Verfahren so viel zur Erhaltung oder Unterhöhlung der im Gesetze verankerten ethischen Grundsätze beizutragen vermag, auf deren Bedeutung die beiden Referenten mit Recht so nachdrücklich hingewiesen haben, wie dies gerade im Scheidungsrecht der Fall ist. Ob es schwer ist, eine Scheidung zu erreichen, und ob es nur dann wirklich möglich ist, wenn die vom Gesetz verlangten Gründe für die Auflösung einer Ehe auch vom Gericht tatsächlich festgestellt sind, wirkt sich nicht nur in zunehmendem Maße auf das Verantwortungsgefühl vor der Verheiratung aus, sondern auch auf den Willen zur Aufrechterhaltung einer einmal geschlossenen Ehe, wenn in ihr irgendwelche Schwierigkeiten auftreten. Besonders wenn es praktisch leichter ist, sich scheiden zu lassen und fast weniger Anstrengung und Willen voraussetzt als zur Überwindung der ehelichen Schwierigkeiten notwendig ist, so muß sich dies unzweifelhaft und je länger desto mehr auf die ganze Einstellung zur Ehe verhängnisvoll auswirken und die Auflösung von Ehen zur Folge haben, die sonst vielleicht hätten gerettet werden können.

Nun hat allerdings auch Herr Bezirksgerichtspräsident Dr. Bühler darauf hingewiesen, wie notwendig es sei, die geltend gemachten Scheidungsgründe im Scheidungsverfahren sehr eingehend zu untersuchen, um Gewähr dafür zu haben, daß Ehen nur wirklich begründeterweise gerichtlich aufgelöst werden. Leider hat er allerdings nicht darge-

legt, wie eine solche Vertiefung der Untersuchung bei der ständigen Überlastung der Gerichte und der dadurch bedingten Zeitnot praktisch möglich wäre. Dabei muß man leider feststellen, daß nicht nur mehr und mehr nur noch auf Grund des Art. 142 ZGB geschieden wird und alle übrigen Scheidungsgründe in der Praxis zurücktreten, sondern daß gerade der Scheidungsgrund der Zerrüttung gleichzeitig derjenige der einverständlichen Scheidung ist, auf die gerade aus der genannten Zeitnot auch die Gerichte tendieren. Es ist deshalb in der Praxis auch stets die erste Frage, ob die Parteien sich über die Scheidung und deren Folgen einig seien, in welchem Fall das Verfahren vom Gericht im allgemeinen von vornherein als nur wenig Zeit beanspruchend eingereiht und unter den vielen anderen Prozessen, die vielleicht gleichentags noch behandelt werden müssen und eine nicht voraussehbare Zeit beanspruchen, als etwas empfunden wird, das rasch erledigt werden kann. Es wäre deshalb vielleicht interessant, wenn Herr Dr. Gurny die Statistik des zürcherischen Obergerichtes dahin erweitern lassen würde, in welchem Maß sich die Scheidungen auf Grund der Art. 137–140 ZGB – der Scheidungsgrund des Art. 141 ZGB besitzt ohnehin einen völlig anderen, gewissermaßen ausnahmsweisen Charakter – auf denjenigen der Zerrüttung verschoben haben und wie gerade relativ junge oder Ehen von nur kurzer Dauer gestützt darauf geschieden werden. In dieser Verlagerung liegt aber eine offensichtliche Gefahr, und zwar gerade deshalb, weil, wenn sich die Parteien schon darauf verständigt haben, eine Scheidung nur gestützt auf Art. 142 ZGB zu beantragen, es für den Richter eigentlich viel schwerer ist, die Unrettbarkeit einer Ehe festzustellen als bei den übrigen Scheidungsgründen, bei denen es sich, wenn sie schon geltend gemacht werden, in der Regel um klare und klar feststellbare Tatbestände handelt. Man müßte deshalb eigentlich im Gegensatz zur heutigen Praxis erklären, daß gerade dann, wenn Ehen auf Grund des Art. 142 ZGB geschieden werden sollen, und erst recht dann, wenn sie darüber einig

sind, ein viel gründlicheres Verfahren zur Feststellung darüber notwendig wäre, ob wirklich eine solche Ehe endgültig zerstört oder ob sie nur temporär zerrüttet ist.

Ein letzter Punkt, der allerdings von den beiden Referenten bedauerlicherweise überhaupt nicht in den Bereich ihrer Betrachtungen gezogen wurde, wiewohl es meines Erachtens von wesentlicher Bedeutung ist und das Verfahren bewußt in eine andere Richtung weisen müßte, ist Art. 150 ZGB. Die hierin festgelegte Bestimmung, die das Scheidungsverfahren zwingend beeinflussen müßte, lautet klar und deutlich, daß, wenn eine Ehe geschieden wird, «im Urteil dem schuldigen Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe auf ein bis zwei Jahre und im Falle der Scheidung wegen Ehebruchs auf ein bis drei Jahre zu untersagen» sei. Daraus geht klar hervor, daß grundsätzlich dem schuldigen Ehegatten nicht nur durch Urteil die Eingehung einer neuen Ehe im genannten Sinn zu verbieten ist, sondern diese Bestimmung ist für das Verfahren selbst insofern von geradezu entscheidender Bedeutung, als durch dieses selbst festgestellt werden muß, wer von den Parteien die Zerstörung der Ehe *verschuldet* hat. Wenn ich vorhin erklärt habe, daß praktisch fast nur noch auf Grund des Zerrüttungsartikels geschieden wird, so muß man weiter feststellen, daß – wenigstens durch die zürcherischen Gerichte – eine eigentliche Abklärung des Verschuldens fast nicht mehr vorkommt. Jedenfalls, wenn ich hier erklären muß, daß ich in meiner dreiunddreißigjährigen Anwaltspraxis mit zahlreichen Scheidungen überhaupt noch nie eine solche mit einem nachfolgenden Eheverbot erlebt habe, so kann hier im Verhältnis zu der klaren Vorschrift des Art. 150 ZGB zweifellos etwas nicht mehr stimmen. Nicht nur das Eheverbot für den schuldigen Gatten, sondern die vorherige Feststellung der Schuld sind aber zwingende Bestimmungen, ohne deren Befolgung die ganze Ethik des Eherechtes unseres Zivilgesetzbuches weitgehend unterhöhlt wird. Es erscheint deshalb als unsere Pflicht, darauf zu dringen, daß das Scheidungsverfahren wieder vom Gesichtspunkte des

Art. 150 ZGB aus durchgeführt wird zum Nutzen der gegenwärtigen und zukünftigen Ehen.

Dr. Ernst Th. Meier, Rechtsanwalt, Zürich:

In seinen Ausführungen über «Die Offizialmaxime in der Praxis» (S. 343a ff.) stellt Herr Dr. Bühler ein *Postulat* auf, dessen ganze Tragweite auf den ersten Blick kaum richtig zu erfassen ist:

> Er fordert nämlich, daß *zur Abklärung «differenzierter psychologischer oder krankhafter Tatbestände,* denen mit der einfachen Psychologie des gesunden Menschenverstandes nicht beizukommen ist», der Scheidungsrichter in Zukunft im Rahmen der Offizialmaxime von der *Möglichkeit der Beiziehung psychologischer und psychiatrischer Experten eher mehr Gebrauch werde machen müssen, als es bisher geschehen sei* (S. 345a). In der Fußnote Nr. 52 verweist er überdies ausdrücklich auf die «Zulässigkeit unmittelbaren *Vollstreckungszwanges* oder die Androhung der *Überweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams* zur Durchsetzung der Begutachtung gegenüber einer renitenten Partei».

Dieses folgenschwere Postulat ist zwar im Kontext vorsichtig verklausuliert, aber es steht doch unzweideutig in einem klaren Satz vor unseren Augen und wird deshalb seine Wirkung nicht verfehlen – eine Wirkung, die in den weitaus meisten Fällen den hohen Absichten des Herrn Referenten selbst *diametral zuwiderlaufen* dürfte.

Wer hat nicht schon gehört von jenen geschäftstüchtigen Parteigutachtern, die sich vor allem in Abtreibungsangelegenheiten mit ihren zumindest *sehr leichtfertigen Gefälligkeitszeugnissen* längst einen unrühmlichen Namen gemacht haben? Nun, eines steht fest: Wenn diese nach kaufmännischen Grundsätzen arbeitenden «Unternehmen» in der Form von Aktiengesellschaften organisiert wären, deren Titel an einer Börse kotiert sind, dann hätten wir in den

letzten paar Wochen dank des erwähnten Postulates unseres Herrn Referenten spekulative Kurssteigerungen miterlebt, welche selbst die Interhandel-Papiere in den Schatten gestellt hätten. In den Kreisen jener Herren wittert man nämlich bereits Morgenluft.

Wir alle gehen wohl mit dem Herrn Referenten darin einig, daß eine *gründliche psychologische Exploration* der Scheidungskandidaten in manchen dem Richter mysteriös erscheinenden Fällen sicher nützlich sein könnte – *könnte* sage ich, *nicht kann*. Die Crux dieses Postulates liegt nämlich darin, daß es praktisch eine Utopie darstellt, weil die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für seine Verwirklichung nicht gegeben sind. Wie steht es denn um jene Experten, die dem verantwortungsbewußten Richter in seiner Gewissensnot tatsächlich Hilfe zu bringen vermöchten, und dies nach der Meinung des Herrn Referenten auch *häufiger* tun sollten *als bisher*? Unwillkürlich denken wir hier an jene Koryphäen der Wissenschaft, an jene hervorragenden Persönlichkeiten, die sich als Autoren von Standardwerken der Psychologie und Psychiatrie, als langjährige Leiter öffentlicher Heilanstalten und in ähnlichen verantwortlichen Funktionen einen Namen gemacht haben. Wer wollte bezweifeln, daß diese Männer dank ihrer enormen Erfahrung und dank ihrer tausendfach erprobten Integrität auch in heiklen Scheidungsprozessen dem Richter (und gleichzeitig den Prozeßparteien) unschätzbare Dienste zu leisten vermöchten?

Allein, diese hervorragenden Männer haben bereits anderes zu tun, mehr als genug! Ihre Zeit und Arbeitskraft ist heute schon übermäßig in Anspruch genommen durch Aufgaben, deren Lösung für die Wissenschaft und für die Allgemeinheit von weit größerer Bedeutung ist als die Abklärung der materiellen Wahrheit in einzelnen Zivilprozessen, genauer gesagt in Ehestreitigkeiten, so interessant diese Aufgabe im Einzelfall auch sein mag. Diese Aristokraten der Psychiatrie haben weder Zeit noch Lust, sich mehr als bisher in private Händel hineinziehen zu lassen

und sich mit großem Elan für Mandate einzusetzen, die ihnen *durch reine Parteiwillkür* (z.B. durch Klagerückzug) von heute auf morgen vorzeitig *wieder entzogen* werden können.

Im Kreise dieser *Elite* herrscht deshalb keineswegs Freude über die Aussichten, welche das Postulat von Herrn Dr. Bühler der Psychiatrie im allgemeinen zu eröffnen scheint. Skepsis, ja Ablehnung des Gedankens überwiegen hier; davon kann sich jeder leicht selber überzeugen, der sich die Mühe nimmt, mit einem jener führenden Psychiater über diese Fragen zu diskutieren. Mir selber wurde hierbei bereits die treffende Antwort erteilt, daß Richter der unteren Instanzen, die sich in einem konkreten Falle nicht mehr zurecht finden, ja ebensogut an ihre erfahreneren Herren Kollegen in Lausanne um Hilfe wenden könnten – ein Einwand, der die ganze Problematik deutlicher machen dürfte als lange Ausführungen, stünde doch auch hier das Problem der Arbeitslast einer «Lösung» im Wege, welche voraussetzen würde, daß sich unsere Herren Bundesrichter mit Hunderten von erstinstanzlichen Fällen abgeben müßten.

Anderseits findet nun aber das genannte Postulat, wie bereits bemerkt, in den weniger prominenten Kreisen der Psychiatrie ungeteilte Zustimmung. Es erscheint dort als ein willkommenes Mittel zur Arbeitsbeschaffung und zur Machterweiterung. Ist aber mit dem vermehrten Beizug *zweit- oder gar drittrangiger Experten* dem Richter und den Parteien tatsächlich noch gedient? Die Frage stellen, heißt sie beantworten. Dabei ist folgendes zu bedenken: Eine ernsthafte *psychiatrische Exploration* stellt wohl den *tiefsten Eingriff in die Persönlichkeit des Einzelnen* dar, unendlich viel tiefgreifender und folgenschwerer als jede Untersuchung mit den zivilrichterlichen Mitteln der Offizialmaxime (Instruktion, persönliche Befragung unter Strafandrohung usw.), ja sogar tiefgreifender und unter Umständen verletzender als die althergebrachten und bewährten polizeilichen und strafprozessualen Untersuchungs-

methoden. Diesem modernen Untersuchungsverfahren sollen nun die Prozeßparteien, auch gegen ihren eigenen Willen, häufiger als bisher unterworfen werden können, ohne daß Gewähr dafür besteht, daß jede Willkür ausgeschlossen ist?

Gegen fragwürdige *polizeiliche* und *richterliche* Untersuchungsmethoden, gegen voreilige Schlußfolgerungen und ungerechtfertigte Maßnahmen stehen dem Betroffenen all jene *prozessualen Schutzvorkehren* zu Gebote, die sich in einer jahrhundertelangen Entwicklung zum Schutze der Menschenrechte herauskristallisiert haben; *gegen einen Mißbrauch der souveränen Macht eines Psychiaters aber gibt es heute, abgesehen vom Gewissen des Experten selbst, praktisch noch keinerlei wirksame Garantien.* Dabei handelt es sich selbst bei hervorragenden Vertretern dieser jungen Wissenschaft auch nur um Menschen, die gegen menschliche Schwächen selber nicht gefeit sind, die Sympathie und Antipathie empfinden – ganz zu schweigen von jenen zweit- und drittrangigen Vertretern, deren Objektivität noch durch eine Anzahl weiterer Motive getrübt zu werden vermag.

Man berufe sich nicht darauf, dem Richter sei ja die freie Beweiswürdigung auch gegenüber dem Experten vorbehalten (vgl. Referat S. 345a). *Ein Richter*, der im Umgang mit normal veranlagten, keine offensichtlichen Symptome krankhafter Veränderungen aufweisenden Parteien sich selber die Beurteilung etwas verwickelter psychologischer Tatbestände nicht mehr zutraut, der also an seiner eigenen Menschenkenntnis zweifelt – wie sollte ausgerechnet *er* die wissenschaftlich untermauerten Deduktionen eines von ihm selber beigezogenen Experten kritisch würdigen, geschweige denn, ihnen gar die Stirne bieten können?

Es gibt noch eine zweite, zum Glück nur kleine Gruppe von Leuten, welche sich auf Dr. Bühlers gut gemeintes Postulat aus purem Eigennutz mißbräuchlich berufen werden: Nämlich jene wenigen *Richter*, die nach jeder Möglichkeit Ausschau halten, um ihre *eigene Verantwortung* und womöglich auch ihre Arbeitslast auf Dritte abzuwälzen.

Ihnen muß es natürlich verlockend erscheinen, in komplizierten und heiklen Scheidungsprozessen kurzerhand einen psychiatrischen Experten beiziehen zu können, der die kniffligen Fragen für sie lösen soll.

Vergegenwärtigen Sie sich, was für ein verführerisches Mittel damit gerissenen Advokaten in die Hand gegeben würde, um die Schwäche solcher Richter auszunützen und damit ihren eigenen prozeßtaktischen Zielen zu dienen: Zur Vertrölung des Verfahrens, sei es, daß eine *rasche* Klage*gutheißung* nur noch auf diese Weise verhindert werden kann, sei es, daß eine sichere Klage*abweisung* hinausgezögert und die Gegenpartei durch die mit einer Psychiatrisierung notwendig verbundenen Zeitverluste und persönlichen Quälereien doch noch mürbe, prozeßmüde und damit vielleicht scheidungsreif gemacht werden soll.

Es scheint mir deshalb wichtig, daß diese ganze Illusion zerstört wird, bevor sie Schaden anzurichten vermochte. Am einfachsten könnte dies geschehen, indem der Herr Referent sein «Postulat» in aller Form fallenlassen würde, wenn er also heute *coram publico* erklären wollte, daß eine *fühlbare Ausdehnung* der psychiatrischen Untersuchung, als Instruktions- und Beweismittel der Offizialmaxime, aus den genannten Gründen tatsächlich *nicht wünschbar* erscheint; unbestritten ist ja die Nützlichkeit der Beiziehung von Experten in allen jenen Fällen, in denen man ihrer schon bisher bedurfte, d.h. beim offenkundigen Vorliegen sichtbarer (und nicht nur aus prozeßtaktischen Gründen behaupteter) psychologischer Anomalien. Mit einer solchen Präzisierung könnte jenen Leuten, die aus einem gutgemeinten Vorschlag zu Unrecht Kapital schlagen möchten, am ehesten aller Boden entzogen werden, womit auch die Aktien jener drittrangigen Experten wieder auf ihren früheren Kurs fallen dürften.

Remarque finale de M. *Ed. Barde:*

Je serai bref. Permettez-moi seulement d'exprimer mes

remerciements à tous les orateurs qui viennent d'exposer leurs opinions.

J'ai été très intéressé par les remarques de M. Stocker relatives aux art. 151 et 152 CC.

De même, j'ai été heureux d'entendre les précisions statistiques fournies par M. Gurny. Mais il n'en reste pas moins que le nombre des divorces est trop élevé en Suisse. Du reste, la comparaison entre les années 1945 et 1954 ne me paraît pas très convaincante. Ces questions statistiques n'ont, au surplus, pas une importance décisive. Le nombre des divorces cesserait-il de croître en Suisse que cela ne changerait rien aux constatations que j'ai faites dans mon rapport et aux conclusions que j'ai cru devoir en tirer.

J'ai entendu avec un intérêt particulier l'exposé de M. Bührer. Je suis d'accord avec lui pour admettre que la question de l'attribution des enfants et du droit de visite est très importante et je le remercie de ses suggestions.

Je suis également d'accord avec M. Frick: dans le cas de l'art. 142, il faut examiner avec le même soin tous les faits.

Je vous remercie encore de votre attention.

Schlußwort von *Dr. W. Bühler*, Bezirksgerichtspräsident, Zürich:

Der Referent deutscher Sprache dankt in seinem Schlußwort den Diskussionsrednern für ihre Beiträge zum Thema und spricht dem Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins den Dank dafür aus, daß die Frage des Ehescheidungsverfahrens zur Diskussion gestellt worden ist; die erneute Besinnung auf die Problematik des Ehescheidungsprozesses im Schoße des Schweizerischen Juristenvereins wird nicht ohne gute Auswirkungen auf die Scheidungspraxis unserer Gerichte bleiben. In der Sache selber nur zwei Bemerkungen:

Die Befürchtungen von Herrn Rechtsanwalt Dr. E. Th. Meier dürften bei sorgfältiger und den Zusammenhang

wahrender Lektüre des schriftlichen Referates S. 343a ff. und auch der zur Unterstützung des Textes auf S. 344a und 345a zitierten Belegstellen als unbegründet sich erweisen. Sowohl der Richter als auch der psychologische oder psychiatrische Experte haben im Ehescheidungsverfahren wie in jedem anderen Prozeß ihre bestimmten und voneinander abgegrenzten Funktionen, und nur unter bestimmt umschriebenen Voraussetzungen (S. 344a) hat der Scheidungsrichter einen Sachverständigen beizuziehen; diese Grenzen hat das Referat – übrigens in Übereinstimmung mit führenden schweizerischen Psychiatern und Psychologen – nicht verwischt, sondern gegenteils ausdrücklich hervorgehoben.

Von besonderem Gewicht sind die Einwände, die Herr alt Bundesrichter Dr. G. Leuch in seinem eindrücklichen Votum gegen die im Referat vertretene Auffassung vom Verhältnis zwischen Bundesrecht und kantonalem Prozeßrecht vorgebracht hat. Die Konzeption des Referates ist nicht ohne Stützen in der Rechtsprechung, auch in derjenigen des Bundesgerichtes. Es ist indessen nicht möglich, im Rahmen des Schlußwortes sich mit jenen Einwänden auseinanderzusetzen. Es wird Sache der Rechtsprechung sein, dazu Stellung zu nehmen, inwieweit das materielle Bundesrecht und die bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften des Art. 158 ZGB das kantonale Prozeßrecht um der Rechtsverwirklichung willen zu beeinflussen vermögen.

V.

Mit dem Dank an Referenten und Votanten schließt der Präsident die 89. Versammlung des Schweizerischen Juristenvereins um 12.45 Uhr.