

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: 84 (1965)

Rubrik: Procès-verbal de la 99e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

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: 10.01.2026

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

PROCÈS-VERBAL
DE LA 99^e ASSEMBLÉE ANNUELLE DE LA
SOCIÉTÉ SUISSE DES JURISTES

des 10, 11 et 12 septembre 1965
à Saint-Gall

SÉANCE DU SAMEDI 11 SEPTEMBRE 1965
À L'AULA DE L'ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES
ÉCONOMIQUES ET SOCIALES DE SAINT-GALL

Président :

M. ANDRÉ GRISEL, juge fédéral, Lausanne

I.

Le président ouvre la séance à 8 heures 30 en ces termes :

La Société suisse des juristes, a-t-on dit, est une académie ambulante. L'adjectif, sinon le substantif, paraît exact. Que notre Société ait son siège à Lausanne, plusieurs l'ignorent peut-être. Mais qu'elle tienne ses assises tantôt dans un canton, tantôt dans un autre, nous le savons tous et nous en réjouissons, le caractère itinérant de nos réunions n'étant pas leur moindre attrait. De plus, à l'exemple de certains membres des professions dites ambulantes, nous comptons sur la générosité d'autrui. Nous ne nous contentons pas de demander l'hospitalité, mais nous attendons de ceux qui nous accueillent qu'ils organisent nos congrès. Or, si lourde que soit cette tâche, elle n'a pas découragé l'année dernière nos collègues valaisans, et les juristes saint-gallois ont bien voulu l'assumer à leur tour. Depuis de nombreux mois, un Comité présidé par le professeur WILLI GEIGER prépare le *Juristen-*

tag de cette année avec autant de savoir-faire que d'affabilité. Vous vous en êtes aperçus avant même de vous rendre à Saint-Gall, en recevant il y a quelques jours le recueil de travaux que les juristes saint-gallois nous dédient. Si l'art de faire des présents n'est pas enseigné à Saint-Gall, il n'y manque pas d'experts en la matière.

Malgré son humeur vagabonde, la Société suisse des juristes a tout de même des bases stables, je veux dire des traditions. Il en est une qu'elle entend maintenir : celle d'inviter quelques hôtes. Avant de leur dire à tous, ce soir, combien nous sommes heureux de les accueillir, je souhaite la bienvenue à ceux qui se sont déjà joints à nous. Je salue M. André Panchaud, vice-président du Tribunal fédéral, M. Hans Wüthrich, président du Tribunal fédéral des assurances, ainsi que les nombreux délégués des Cours cantonales supérieures. J'ai le plaisir d'apercevoir dans cette assemblée plusieurs membres des autorités saint-galloises : MM. les conseillers d'Etat Frick et Hoby, M. Abderhalden, président du Tribunal cantonal, M. Anderegg, Stadtmann de Saint-Gall, de même que deux représentants de l'Ecole des hautes études économiques et sociales, M. le recteur Kaufmann et M. le professeur Naegeli. Enfin, selon une coutume qui ne peut être encore qualifiée de *longa consuetudo*, mais dont la *necessitas* est généralement admise, quelques juristes étrangers nous honorent de leur présence, en particulier M. le professeur Müller-Freienfels, de Fribourg-en-Brisgau, et M. le professeur Fasching, de Vienne.

C'est dans un double sentiment de gratitude, envers les juristes saint-gallois à qui nous devons l'agrément de ce congrès, et à l'égard des hôtes qui s'y sont associés, que je déclare ouverte la 99^e assemblée générale de la Société suisse des juristes.

II.

Sur la proposition du président, l'assemblée désigne comme secrétaires :

M. YVO HANGARTNER, docteur en sciences administratives, vice-chancelier du canton de Saint-Gall, à Gossau, et

M. JACQUES REYMOND, docteur en droit, greffier-substitut au Tribunal cantonal vaudois, à Lausanne.

III.

Le président présente son rapport sur l'exercice écoulé (1964-1965):

Les bâtiments que les autorités de la Haute Ecole saint-galloise ont mis gracieusement à notre disposition, ont inspiré à M. GEORG SCHMIDT, l'ancien conservateur du Musée des beaux-arts de Bâle, une étude sur la confrontation de l'architecture et de l'art libre. Après avoir constaté qu'à la suite du développement de la machine, l'architecture et l'art se développent séparément, l'auteur énonce les conditions qui peuvent les rapprocher, et démontre d'une manière à mon avis persuasive qu'ici, les œuvres d'art mettent en valeur les masses de béton qu'elles entourent ou qui les enferment. Malgré mon admiration pour les artisans de cet ensemble, qui fait date, je ne chercherai pas à mettre en parallèle l'architecture et le droit contemporains. La Cour de droit public du Tribunal fédéral s'impose dans le domaine de l'esthétique une retenue que certains jugent excessive, mais que je crois devoir observer en l'occurrence. Il m'est cependant difficile de réprimer un sentiment d'envie que le juriste peut éprouver en comparant sa situation à celle de l'architecte.

Depuis quelques dizaines d'années, l'architecte a le privilège d'innover. Il utilise un matériau nouveau, le béton, et tire de matériaux anciens, le fer et le verre, des usages nouveaux. A l'aide de ces moyens, il crée des styles inédits. Entre les palais de Montbenon et de Mon-Repos, que le Tribunal fédéral a occupés successivement, et les bâtiments où nous siégeons maintenant, il n'y a guère d'analogie. L'architecture d'aujourd'hui a rompu avec celle d'hier. Bien sûr, l'architecte reste soumis à certaines servitudes; il doit tenir compte de la

configuration du sol, du but de la construction, des exigences de ses clients. Néanmoins, il jouit actuellement d'une liberté qu'il n'a peut-être jamais eue; aucune audace ne lui semble interdite. Or le juriste paraît moins favorisé.

Il est vrai qu'à diverses époques, il a fait, lui aussi, une œuvre originale. Dans la seconde moitié du siècle dernier, les publicistes contribuaient à l'adoption des normes qui créaient l'Etat fédératif, en même temps qu'elles instituaient la démocratie et protégeaient l'individu. Puis, les civilistes et les pénalistes élaborèrent les codes qui unifièrent d'importantes branches du droit. Assurément, loin de donner libre cours à leurs idées, les uns et les autres s'appuyaient sur des habitudes acquises et des conceptions communes. Ils ont cependant marqué de leur personnalité les textes dont ils furent les principaux artisans. Le code civil surtout porte l'empreinte d'EUGÈNE HUBER.

Par rapport au rôle de nos prédécesseurs, le nôtre paraît modeste. La structure fédérative de notre régime n'est pas plus discutée que son caractère démocratique, et toutes les libertés individuelles sont garanties au moins implicitement; si certains proposent une revision totale de la Constitution fédérale ou l'extension des droits populaires, par exemple en ce qui concerne les traités internationaux, il ne s'agit pas de bouleverser les institutions existantes, mais de les perfectionner. D'autre part, le droit civil et le droit pénal sont remarquablement stables; sans doute, le code civil vient-il d'être modifié par les lois sur la propriété par étages et le droit de superficie; il est vrai aussi qu'une réforme du code pénal est en cours; nous n'ignorons pas non plus que les vœux des unificateurs ne seront pas entièrement satisfaits avant l'adoption de codes fédéraux de procédure civile et pénale; il n'est toutefois question que de parachever une œuvre dont l'essentiel subsistera. On m'objectera qu'en matière administrative, le juriste est appelé à légiférer dans des domaines où il n'était jamais intervenu; certes, il clarifie et rédige, en s'efforçant avec plus ou moins de succès de faire respecter quelques principes; mais, sauf sur les questions de

procédure, son influence n'est pas toujours déterminante; souvent même, il doit se borner à traduire les idées des techniciens. Bref, à la différence du juriste d'autrefois ou de l'architecte d'aujourd'hui, nous ne faisons qu'assez rarement figure de créateurs.

Il faut en prendre son parti. Le juriste est au service de l'Etat, et non pas inversement. Son rôle varie suivant les circonstances: apparaissant au premier rang lorsque les bases du droit se transforment, il semble s'effacer dans les périodes intermédiaires où l'ordre juridique évolue progressivement. Mais se restreint-il vraiment? Pour n'être pas toujours en évidence, il n'en reste pas moins important. Tout d'abord, il appartient au juriste de rappeler certaines données fondamentales, quitte à passer parfois pour un agent retardateur. Mais il a peut-être mieux à faire encore: suivre de près les événements, discerner les changements qui se préparent, alerter le législateur et le presser d'agir à temps. Quel que soit leur champ d'action, plusieurs d'entre nous s'acquittent de ce devoir, qui requiert de la perspicacité, voire de l'imagination. Dans le recueil de travaux que notre Société a publié à l'occasion de l'Exposition nationale, chacun des auteurs s'est efforcé de prévoir le droit de demain. Le même souci apparaît dans la *Festschrift* qui nous est offerte aujourd'hui. C'est lui aussi qui a dicté à vos comités successifs le choix des sujets qu'ils ont soumis à vos débats.

* * *

Somme toute, le sentiment d'envie que j'exprimais tout à l'heure se justifie moins en réalité qu'en apparence. Or, pas plus que la situation du juriste, celle de notre Société ne dispose au pessimisme.

1. Membres

Tandis que nous comptons 2173 membres lors de notre dernière assemblée générale, nous en dénombrons aujourd'hui 2211, soit 38 de plus.

Nous avons admis 84 nouveaux sociétaires :

Zurich

Dr. Alfred Ernst, Bundesgerichtssekretär, Pfaffhausen
Martin Hitz, Lic.iur., Rechtskonsulent, Zürich
Dr. Elisabeth Nägeli, Winterthur
Dr. Jürg Neumann, Bezirksanwalt, Zürich
Marius Schraner, Lic.iur., Gerichtssubstitut, Zürich
Gertrud Erika Sieber, Lic.iur., Substitutin am Bezirksgericht
Zürich, Zürich-Fluntern
Dr. Rudolf Stüdeli, Rechtsanwalt, Küsnacht

Berne

Dr. Walter Buser, Sektionschef beim Eidg. Departement des
Innern, Bern
Bernhard Hahnloser, Fürsprecher, Kammerschreiber am bernischen
Obergericht, Ostermundigen
Dr. Hans Haug, Privatdozent an der Hochschule St. Gallen, Bern
Franz Kellerhals, Fürsprecher, Bern
Michel Mayer, Lic.iur., juriste à l'Office fédéral de l'économie
hydraulique, Bern
Dr. Walter Theodor Moll, Fürsprecher, Vizedirektor der
Kraftwerke Oberhasli A.G. Innertkirchen, Bern
Roger M. Mory, Fürsprecher, Adjunkt der Direktion der eidg.
Alkoholverwaltung, Bern
Dr. Alfred Muff, Eidg. Justizabteilung, Bern
Jean-Pierre Rüedi, Bundesrichter, Bern
Daniel Urech, Fürsprecher, Bern

Schwyz

Dr. Werner Alois von Weber, Notar, Schwyz

Zoug

Dr. Karel Zoller, Rechtsanwalt, Zug

Bâle-Ville

Dr. Adrian Hagmann, Advokat, Basel
Henri Pfulg, Lic.iur., Secrétaire de direction de la Société des Salines
suisses du Rhin réunies, Basel

Bâle-Campagne

Dr. Peter Grabherr, juristischer Mitarbeiter, Binningen

Appenzell Rhodes-Extérieures

Dr. Werner Bachmann, Obergerichter, Trogen
Alois Sieber, Lic. iur., Gerichtsschreiber, Trogen

Saint-Gall

Dr. Leo Duft, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Arnold Edelmann, Direktor, St. Gallen
Dr. Kurt Furgler, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Alfons Furrer, Rechtsanwalt, St. Margrethen
Dr. Walter Graf, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Christian Grand, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Walter Hildebrand, Bezirksgerichtspräsident, Eschenbach
Dr. Gottfried Hoby, Regierungsrat, St. Gallen
Dr. Joseph Hüppi, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Kurt Kolb, Untersuchungsrichter, St. Gallen
Dr. Jörg Paul Müller, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Max Rohner, Staatsanwalt, St. Gallen
Hans Scherrer, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Otto Schoch, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Alex Sennhauser, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Hans Steiner, Kantonsrichter, St. Gallen

Grisons

Dr. G. F. Balastèr, Rechtsanwalt, Davos-Platz
Dr. Schimun Vonmoos, Rechtsanwalt, Chur

Argovie

Dr. Wendolin Stutz, Fürsprecher, Aargau
Dr. Jörg Ursprung, Obergerichter, Suhr

Thurgovie

Dr. Peter Plattner, Rechtsanwalt,
Frauenfeld

Tessin

Milo Caroni, lic. iur., avvocato, Locarno

Pier Mario Creazzo, dott. in legge, avvocato e notaio, Lugano
Luciano Giudici, dott. in legge, Sostituto procuratore pubblico,
Locarno

Vaud

Jean-Nicolas Devrient, Docteur en droit, Bussy-Chardonney
Pierre-Robert Gilliéron, Lic. en droit, Président du tribunal de
district, Lausanne
Jean-Louis Giroud, notaire, Orbe

Valais

Raymond Fluckiger, avocat-stagiaire, Sion
Gaston Moulin, Lic. en droit, avocat, Sierre
François Pfefferlé, Lic. en droit, avocat et notaire, Sion
Jean Quinodoz, Lic. en droit, avocat, Sion
Roger Taugwalder, Lic. en droit, avocat et notaire, Sion

Neuchâtel

Philippe Aubert, Lic. en droit, Président du tribunal, Corcelles
Pierre Aubert, Lic. en droit, avocat, La Chaux-de-Fonds
Alain Bauer, Lic. en droit, Président du tribunal II de La Chaux-
de-Fonds, La Chaux-de-Fonds
Daniel Blaser, Lic. en droit, avocat, Neuchâtel
Frédry Boand, Lic. en droit, avocat, La Chaux-de-Fonds
Richard Boller, Lic. en droit, avocat, Neuchâtel
Jean-Claude Haldimann, Lic. en droit, avocat, La Chaux-de-Fonds
Michel Huguenin, Lic. en droit, avocat, Neuchâtel
Claude Jéquier, Lic. en droit, 1^{er} Secrétaire du Département
cantonal de justice, Neuchâtel
Claude F. Joly, Lic. en droit, avocat, La Chaux-de-Fonds
Pierre Jung, Lic. en droit, avocat, Neuchâtel
Max Kubler, Lic. en droit, avocat, Neuchâtel
Paul-Eddy Martenet, Conseiller communal, avocat, Neuchâtel
René Meylan, Lic. en droit, avocat, Neuchâtel
Pierre-A. Micol, Lic. en droit, avocat, Neuchâtel
Blaise de Montmollin, Lic. en droit, avocat et notaire, St-Blaise
André Nardin, Lic. en droit, avocat et notaire, La Chaux-de-Fonds
Yves de Rougemont, Docteur en droit, avocat, Président du
tribunal I de Neuchâtel, Neuchâtel
Raymond Spira, Lic. en droit, avocat, La Chaux-de-Fonds

Genève

Bernard Hoffmann, Lic. en droit, Tuteur général adjoint,
Grand-Saconnex/Genève
Olivier Juillard, Lic. en droit, stagiaire, Meyrin/Genève
Georges Michel, tuteur général adjoint, Genève
Alfred Necker, notaire-stagiaire, Genève
Jacques Revaclier, Lic. en droit, avocat, Genève
Francis Schertenleib, secrétaire adjoint au Département de justice
et police du canton de Genève, Genève
Marie Schertenleib, juriste au Département des travaux publics
du canton de Genève, Genève
Claude Turian, Lic. en droit, Tuteur général du canton de Genève,
Genève
Etienne Wuarin, Lic. en droit, avocat, Cartigny/Genève

Si les juristes qui nous reçoivent s'efforcent généralement de gagner dans leurs rangs de nouveaux adhérents à notre Société, nos collègues saint-gallois n'ont pas failli à la règle. Nous félicitons le Comité d'organisation du succès de sa campagne de recrutement, qu'un militaire pourrait assimiler à une opération de ratissage. Il est à peine nécessaire d'insister sur l'utilité d'une telle propagande. Nous ne représenterions qu'imparfaitement le monde juridique suisse si le nombre de nos membres ne s'accroissait en même temps que celui des juristes de notre pays. Nous risquerions de perdre notre vitalité si de jeunes sociétaires ne s'associaient à nos travaux. Enfin, pour continuer la série de nos publications toujours plus coûteuses, nous avons besoin de nouvelles cotisations.

15 sociétaires ont démissionné :

Arthur Baumgartner, Fürsprecher, Bern
Dr. Josef Eigenmann, Kilchberg
Claude Fasel, avocat, Romont
Dr. Hans Fehlmann, Advokat, Basel
Dott. Carl Heinz Grabemann, avvocato, Torrazza di Caslano
Joseph Gross, directeur de banque, Martigny-Ville
Dr. Hans Halbheer, Zollikon
Dr. Edwin Langenegger, Rechtsanwalt, Zumikon
Dr. Werner Lauber, a. Bundesrichter am EVG, Luzern

Hans Lehmann, Notar, Bern
Gustave Perregaux, Juge cantonal, Neuchâtel
Dr. Paul Pfister, Obergerichter, Bülach
Dr. Franz Pfluger, Zug
Dr. Otto Schoch, Herisau
Dr. Joseph Wicki, a. Obergerichter, Entlebuch

La mort nous a privés de 31 membres:*

EMIL ALEXANDER est décédé en 1964 à 75 ans. Docteur en droit et avocat, il fit dans l'administration fédérale une carrière fructueuse, qu'il termina comme chef de la Division de la justice. Spécialiste du droit international privé, il publia une étude sur la tutelle des étrangers en Suisse et des Suisses à l'étranger, ainsi que plusieurs articles dans la Revue suisse de jurisprudence et l'Annuaire de droit international. A l'âge de la retraite, il s'établit à Sent, son village d'origine. Il fit partie de notre Société pendant près de quarante ans.

EUGEN BLOCHER est né en 1882 à Bâle, où il fit la plus grande partie de ses études et embrassa la carrière judiciaire. A 30 ans, il présidait le Tribunal civil de sa ville natale et, en 1928, fut élu juge au Tribunal fédéral. Membre de la Cour de droit public et de droit administratif de cette autorité, il jouissait d'une considération que justifiaient sa science juridique et ses qualités de caractère. Sa rare bonté se manifestait à l'égard de tous, des justiciables aussi bien que de ses proches et de ses amis. Il quitta le Tribunal fédéral en 1952, peu après l'avoir présidé. Jusqu'à la mort, qui le surprit à la fin de 1964, il resta étonnamment alerte, s'intéressant à tous les aspects de l'actualité. Son entrée dans notre Société date de 1929.

HENRI BONNARD est mort en 1964, âgé de 75 ans. Docteur en droit et avocat, il exerça le barreau à Nyon. De 1952 à 1960, il fit partie de la Chambre des avocats. S'intéressant aux affaires publiques, il siégea au Conseil communal de Nyon et au Grand Conseil. Il appartint à notre Société pendant trente ans.

NINO FRANCESCO BORELLA vécut de 1883 à 1963. Licencié en droit de l'Université de Berne, il s'installa comme avocat et notaire à Chiasso. Il participa activement à la vie politique. Conseiller municipal, membre du Grand Conseil tessinois pendant 46 ans, président

* Le président s'est borné à lire la liste des défunts, tout en évoquant l'activité de Eugen Blocher, Jean Bourgknecht, Max Gerwig, Walter Nägeli et Max Obrecht.

de cette autorité, il fut député au Conseil national durant trois législatures. Il était membre de notre Société depuis 1927.

Survenu le 23 décembre 1964, le décès de JEAN BOURGKNECHT affecta tous ses concitoyens et spécialement les juristes, parmi lesquels il s'était distingué. Né en 1902, il avait fréquenté les Universités de Fribourg, de Vienne et de Berne. Docteur en droit et avocat, il se dévoua non seulement à sa clientèle, mais à plusieurs associations qu'il présida, et à l'Université de Fribourg, où il enseigna la procédure civile. Dès qu'il entra dans la vie politique, il y joua les rôles les plus en vue. Président de la ville de Fribourg depuis 1950, conseiller national de 1951 à 1955, conseiller aux Etats à partir de 1956, il fut élu conseiller fédéral le 17 décembre 1959. A la tête du Département fédéral des finances et des douanes, il fit preuve de son sens des responsabilités et du souci le plus élevé des affaires de l'Etat. Mais sa santé s'étant altérée, il était contraint, en 1962 déjà, à une retraite que tous déplorèrent. Son influence ne saurait se mesurer à la durée trop brève de sa carrière gouvernementale. Il manifesta son attachement à notre Société durant plus de trente ans, notamment en 1941, où il rapporta sur le recours au Tribunal fédéral en matière pénale, et au congrès de 1961, où il prononça comme représentant du Conseil fédéral une allocution dont ses auditeurs gardent le souvenir.

A l'âge de 86 ans, ERNST BRAND décéda à la fin de 1964. Docteur en droit, il exerça le barreau à Berne, puis se voua à des travaux scientifiques dont témoignent de nombreuses publications. A ses diverses études, notamment dans le domaine de la poursuite pour dettes, s'ajoutent plusieurs ouvrages, dont un sur la neutralité suisse et un autre sur la juridiction fédérale. Il dédia à notre Société, dont il fut membre pendant plus de soixante ans, la troisième partie de ce dernier livre. Presque jusqu'à la mort, il poursuivit inlassablement ses recherches.

ALBERT CAFLISCH naquit à Naples en 1898. Docteur en droit et avocat, il entra au service d'une banque, puis présida une société financière avant d'assumer, en 1935, le secrétariat de l'Association suisse des banquiers. Appelé en 1946 à faire partie du conseil d'administration de la société Hoffmann-La Roche, il en devint en 1952 le président et délégué. La droiture et la finesse caractérisaient cette personnalité, qui faisait partie de notre Société depuis 1936 et s'éteignit au début de 1965.

A la fin de 1964, la mort privait la ville de Winterthour d'un citoyen vénéré, ROBERT CORTI, qui avait atteint sa 90^e année. Après

avoir parcouru en Suisse et en Allemagne le cycle de ses études, obtenu le doctorat en droit et exercé quelque temps la fonction de substitut auprès du Tribunal de district de Winterthour, il entra comme collaborateur dans une étude d'avocats de cette ville. Au cours d'une carrière particulièrement fructueuse, il participa à l'activité des autorités municipales, s'intéressa au sort des arts et métiers, favorisa les beaux-arts et prit maintes initiatives philanthropiques. Juge-suppléant au Tribunal de cassation, il présida l'Association des avocats zurichois. D'importantes entreprises l'appelèrent à siéger dans leur conseil d'administration. Il avait adhéré à notre Société en 1928.

FRITZ DICKMANN est mort en 1965, dans sa 66^e année. Docteur en droit, il ouvrit à Bâle une étude d'avocat et notaire. Pendant une vingtaine d'années, il fut membre suppléant, puis président extraordinaire du Tribunal pénal de cette ville. Dans la pratique du barreau et ses fonctions judiciaires, il manifesta la même fermeté de caractère que dans son activité politique et, notamment, dans sa lutte contre les mouvements qui menaçaient notre indépendance. Son entrée dans notre Société remonte à 1946.

Le canton de Thurgovie a perdu en la personne de CARL EDER un juriste qui marqua de sa personnalité la vie publique du pays. Docteur en droit, il devint l'animateur de la Chambre de commerce thurgovienne en qualité de secrétaire, puis de délégué. Tout en contribuant au développement de l'économie cantonale, il s'intéressa activement à la navigation sur le Rhin. Orateur doué, il siégea pendant 34 ans au Grand Conseil, qu'il présida, et durant 28 ans au Conseil national, dont il dirigea plusieurs commissions importantes. En 1936, il prit la tête de la Commission cantonale de recours en matière fiscale. La mort l'emporta en 1965, alors qu'il avait 73 ans. Il resta attaché à notre Société pendant plus de quarante ans.

Né en 1891, VICTOR GAUTIER étudia à Genève et à l'étranger avant d'obtenir la licence en droit et le brevet d'avocat. Il voua principalement son activité professionnelle aux affaires bancaires et fit partie de la direction ou de l'administration de nombreux établissements, dont l'Union financière de Genève, la Banque d'es-compte suisse, la Banque nationale suisse, la Banque populaire suisse et la Banque Pictet. A deux époques de sa vie, il appartint aux corps législatifs, soit de 1923 à 1935 au Grand Conseil genevois et de 1955 à 1963 au Conseil des Etats, où il affirma maintes fois son autorité. Il avait été élu maire de Genthod peu avant sa mort, qui survint en 1965. Il s'était affilié à notre Société en 1929.

Un civiliste éminent a disparu le 11 mai 1965 en la personne de MAX GERWIG. Né à Bâle en 1889, étudiant dans cette ville, à Leipzig et à Heidelberg, il obtenait en 1917 le doctorat en droit. Il entra quelques années plus tard dans la magistrature, présidant en 1927 le Tribunal civil et en 1934 le Tribunal d'appel de sa cité natale. Chargé de cours à l'Université de Bâle dès 1936 et nommé professeur extraordinaire en 1938, il abandonna en 1944 ses fonctions judiciaires pour se vouer entièrement à l'enseignement. Dans la chaire de droit civil, il se distingua par son goût des idées générales et sa conscience de la responsabilité du juriste. Son ouvrage sur le droit de la société coopérative témoigne de sa préoccupation de concilier les intérêts individuels et collectifs. Un style élégant et original ajoute à la valeur de ses écrits. Il faisait partie de notre Société depuis 1939.

OTHMAR DE GOTTRAU naquit en 1898 et s'éteignit en 1964. Licencié en droit de l'Université de Fribourg, il pratiqua le notariat dans cette ville. Ses qualités lui valaient la confiance de ses concitoyens, qui l'élirent pour plusieurs législatures au Conseil général de Fribourg. Membre de notre Société depuis 1943, il s'intéressait particulièrement à l'histoire de sa cité.

GUSTAV GRÜNINGER est né en 1883 à Bâle, où il décéda en 1964. Ses études terminées, porteur du doctorat en droit, il entra en 1909, en qualité de secrétaire, au Département bâlois des finances, où il se familiarisa avec la gestion de l'administration publique. Lorsqu'il ouvrit en 1921 une étude d'avocat, il mit particulièrement à profit son expérience des questions fiscales, dont il devint un spécialiste réputé. Esprit ouvert à tous les problèmes de la vie, il s'intéressait notamment aux beaux-arts, dont il fut un protecteur, et à l'histoire de sa cité, qui lui inspira plusieurs articles. Il adhéra à notre Société en 1920.

WERNER GULDIMANN, qui vécut de 1892 à 1965, étudia le droit à Bâle et obtint en 1918 ses brevets d'avocat et notaire. Après avoir exercé le barreau à Olten, il devint en 1933 président du Tribunal pénal d'Olten-Gösgen. Juge estimé, il se distinguait par sa culture, son caractère indépendant et sa compréhension des problèmes humains. Son entrée dans notre Société date de 1961.

En été 1965, ROBERT JUCKER succombait brusquement, âgé de 56 ans seulement. Il étudia à l'Université de Berlin et obtint à celle de Bâle le grade de docteur en droit. Son activité d'avocat s'exerça

à Bâle, où maintes associations bénéficièrent de ses talents d'administrateur. Ce juriste apprécié, qui fut membre de notre Société durant plus de vingt ans, était aussi lieutenant-colonel.

ERNST KISTLER est décédé en 1964 à l'âge de 63 ans. Docteur en droit de l'Université de Berne, avocat et notaire, il exerça le barreau à Brugg de 1926 jusqu'à sa mort et participa à l'administration de nombreuses sociétés, en particulier de l'Hypotheken- und Handelsbank Brugg. Personnalité éminente, il s'intéressa aux affaires de sa ville, dont il était le *Vizeammann*, et siégea pendant une vingtaine d'années au Grand Conseil, qu'il présida en 1948 et 1949. Colonel d'infanterie, il commanda la brigade-frontière 5. Il appartenait à notre Société depuis 1927.

Fils d'un magistrat zougais, JAKOB KNÜSEL est né en 1906. Il obtint le grade de docteur en droit de l'Université de Fribourg, après avoir approfondi ses connaissances à Munich, Paris, Zurich et Berne. Fixé à Zoug, il y exerça le barreau jusqu'à sa mort, survenue à la fin de 1964. Plusieurs entreprises l'avaient appelé à présider leur conseil d'administration. Lieutenant-colonel d'infanterie, il avait commandé un bataillon zougais. Il faisait partie de notre Société depuis 1946.

Né en 1887, JOHN LACHAVANNE est mort en 1964. Licencié en droit de l'Université de Genève, il entra au service de l'Office genevois du registre foncier, où il occupa successivement les fonctions d'adjoint, de sous-conservateur substitut, puis de conservateur-directeur pendant près de quarante ans. Ancien vice-président de la Société suisse des conservateurs du registre foncier, il fit à la Société genevoise de droit et de législation quelques conférences que la Semaine Judiciaire a publiées. Il siégea au Conseil municipal de Chêne-Bougeries. Il fut admis dans notre Société en 1920.

LUCIEN LEVAILLANT naquit en 1890 à Bâle, où il mourut au début de 1965. Docteur en droit et avocat, il pratiqua le barreau dans sa ville natale. A côté de devoirs professionnels absorbants, il exerça en faveur des déshérités une activité philanthropique qui lui valut, peu avant sa mort, le grade de docteur honoris causa de la Faculté de médecine de Bâle. Son affiliation à notre Société date de 1920.

HANS HEINRICH MAEY est né en 1898. Docteur en droit de l'Université de Leipzig, il devint successivement auditeur, substitut et membre du Tribunal de district de Zurich. En 1946, il abandonna

la carrière judiciaire pour se consacrer au barreau. Entré dans notre Société en 1930, il ne fut pas moins apprécié comme avocat qu'en sa qualité de juge.

Né en 1896, ALEXANDRE MICHEL s'est éteint en 1964. Après ses études à l'Université de Lausanne, il a pratiqué le notariat à Vevey, puis à Corseaux. Dévoué à la chose publique, il fit partie des autorités de ces localités. Pendant longtemps, il fonctionna comme greffier de paix du cercle de Corsier. Son activité consciencieuse a honoré la profession de notaire. Il était membre de notre Société depuis 1947.

Né en 1879, ERNST MOLL fréquenta les Universités de Göttingen, Berlin, Berne, Bâle et Zurich. Docteur en droit et avocat, il revêtit dans les Bernische Kraftwerke A.G. les charges de secrétaire de direction, d'adjoint, de vice-directeur, de directeur administratif et enfin de président de la direction. Il fonda et administra plusieurs sociétés. En 1943, l'Université de Berne conféra le doctorat honoris causa en sciences politiques à cet homme d'affaires éclairé, qui avait publié maintes études dans son champ d'activité. Membre de notre Société depuis 1927, il s'est éteint en 1965.

Né en 1881, WALTER NÄGELI étudia à Berne et à Leipzig avant de s'établir comme avocat à Zurich. Il renonça bientôt au barreau pour devenir secrétaire du Tribunal fédéral et rédiger, pendant une vingtaine d'années, des arrêts qui restent des modèles de clarté et de logique. Elu juge fédéral en 1933, il mit ses connaissances exceptionnellement étendues au service de la Cour de droit public et de celle de cassation pénale. En 1952, il quitta la fonction judiciaire en même temps que la présidence du Tribunal fédéral. Tous ceux qui l'approchaient étaient conquis par ses dons multiples, par son sens de l'humour et le charme de sa conversation aussi bien que par son talent de musicien. Il fit partie de notre Société pendant plus d'un demi-siècle.

PAUL NEUMANN vécut de 1903 à 1965. Après avoir étudié à Berlin et à Paris, il obtint à Zurich son doctorat en droit. Secrétaire du Tribunal de district de Zurich de 1930 à 1936, il occupa la même fonction au Tribunal cantonal jusqu'en 1946. A cette date, il fut élu membre du Tribunal de district, dont il exerça la vice-présidence. Il joignait à ses qualités de juriste celles d'un virtuose du violon. En 1944, il avait été reçu dans notre Société.

Né à Granges le 23 octobre 1894, MAX OBRECHT étudia à Berne, Paris et Berlin. Docteur en droit, puis avocat et notaire, il entra

comme secrétaire au service de l'administration soleuroise. Grand conseiller en 1929, il était élu conseiller d'Etat l'année suivante. Pendant plus de trois décennies, il dirigea divers départements du gouvernement cantonal, dont il fut le *Landammann* à maintes reprises. Plusieurs lois importantes, en particulier celles sur les communes et l'organisation judiciaire, sont principalement son œuvre. Juge suppléant au Tribunal fédéral, grand-juge d'un tribunal territorial, président d'un tribunal arbitral de l'industrie horlogère, il exerça ses qualités de juriste dans les domaines les plus variés. A l'âge de la retraite, il eut le rare privilège de recevoir, sous la forme d'un recueil de travaux, l'hommage des juristes soleurois. C'est en travaillant à la mise à jour de la législation de son canton qu'il fut atteint par la maladie qui l'emporta le 26 mai 1965. Membre de notre Société depuis 1936, il avait présidé le comité chargé de préparer le *Juristentag* de 1948.

HANS SENN est né en 1903 et mort en 1964. Il fréquenta les Universités de Zurich, Genève, Montpellier et Leipzig. Docteur en droit et avocat, il pratiqua le barreau à Baden. Il s'intéressa à la gestion des affaires communales et présida pendant de nombreuses années l'Association des avocats argoviens. Il parvint au grade de lieutenant-colonel d'artillerie. Son admission dans notre Société date de 1932.

ERNST STEINER est décédé peu après avoir atteint 85 ans. Docteur en droit et avocat, il devint en 1905 le premier journaliste accrédité auprès du Tribunal fédéral. Elu en 1913 juge au Tribunal cantonal argovien, puis président du Tribunal de commerce, il se retira douze ans après, pour se vouer notamment à la publication de nombreuses études et chroniques dans la Revue suisse de jurisprudence, la *Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, la Revue fiscale et d'autres périodiques. De 1938 jusqu'à un âge avancé, il donna un cours de procédure à l'Université de Fribourg. Pendant plus d'un demi-siècle, il resta attaché à notre Société.

Né en 1882, WALTHER STUBER s'est éteint en 1964. Après avoir fait aux Universités de Berne, Lausanne et Berlin des études qui lui valurent le grade de docteur en droit, il dirigea à Olten, pendant plus de 40 ans, un cabinet d'avocat. S'il a publié les textes de nos principaux codes en les faisant précéder de préfaces remarquables, sa curiosité intellectuelle dépassait le cadre de ses occupations professionnelles et s'étendait en particulier aux questions historiques. Il avait été admis dans notre Société en 1916.

GIOVANNI TORRICELLI est né en 1896 et décédé en 1964. Docteur en droit de l'Université de Berne, il ouvrit à Lugano une étude d'avocat et notaire. Pendant une dizaine d'années, il suppléa le juge d'instruction du Sottoceneri. Il prit part aux affaires publiques en qualité de conseiller communal de Lugano. Officier de la justice militaire, il exerça les fonctions d'auditeur auprès du Tribunal de division 9b. Depuis 1943, il était membre de notre Société.

MAX WOLFF est mort en 1965 à l'âge de 73 ans. Docteur en droit, il pratiqua le barreau à Zurich durant quelques années. En 1930, il fut élu juge de district et, en 1937, juge cantonal. Dès 1941, il fit partie du Tribunal de commerce, qu'il présida de 1953 à 1959. Après sa retraite et jusqu'à la mort, il siégea au Tribunal de cassation. Entré dans notre Société en 1919, il fut député au Grand Conseil et président du Synode de l'Eglise évangélique.

2. Rapports

Quant à l'activité de notre Société, ce sont nos quatre rapporteurs qui en ont supporté principalement le poids. En marge de devoirs professionnels absorbants, ils n'ont pas ménagé leur peine pour nous faire bénéficier de leur talent et de leurs expériences. Si les dimensions inhabituelles de leurs travaux nous ont causé quelques soucis financiers, elles témoignent de l'importance des questions que nous allons débattre. Certes, il ne s'agit pas de problèmes de même ordre. Alors que l'inefficacité de notre législation sur les eaux préoccupe la collectivité tout entière, l'adaptation du droit de la filiation illégitime aux vues contemporaines et aux progrès de la science ne touche directement qu'un groupe restreint de déshérités. Il incombe cependant aux juristes de veiller à la protection des minorités non moins qu'à la défense des plus vastes intérêts.

Les quatre rapporteurs de cette année avaient à peine fini leur tâche que notre Comité arrêta les sujets de discussion et désignait les rapporteurs de 1967. Pour 1966, les choix s'étaient déjà fixés l'année précédente sur MM. RENÉ HELG, membre du Conseil d'Etat genevois, et RICHARD BÄUMLIN, professeur à l'Université de Berne, qui étudieront le problème du contrôle parlementaire, ainsi que sur MM. ALAIN

HIRSCH, avocat et chargé de cours à Genève, et ROLF BÄR, privat-docent à l'Université de Berne, qui traiteront du droit de la société anonyme.

A propos des rapports, je vous rappelle qu'ils sont distribués à nos membres et publiés dans la Revue de droit suisse. Certains de nos sociétaires abonnés à cette revue ont renoncé à recevoir nos rapports à double. Ceux qui sont disposés à suivre cet exemple voudront bien m'en informer. En même temps qu'ils nous procureront une légère économie, ils répondront à un vœu formulé par le Fonds national de la recherche scientifique.

3. Unification de la procédure civile

Parmi les quelques affaires en suspens que nos prédécesseurs nous ont transmises, il en est une d'importance : l'unification de la procédure civile. Voici les principales étapes de sa longue histoire :

1900: Notre Société considère comme un devoir patriotique de préparer l'unification de la procédure civile et charge MM. SCHURTER et FRITZSCHE d'exposer les réglementations cantonales en la matière ;

1909: Le président de la Société se déclare convaincu qu'en l'espace d'une génération, les procédures cantonales seront abolies ;

1924–1933: L'ouvrage de MM. SCHURTER et FRITZSCHE paraît en 3 volumes ;

1961: MM. GULDENER et VOYAME présentent leurs rapports sur «Droit privé fédéral et procédure civile cantonale» ; au cours de la discussion que suscitent leurs travaux, les partisans et les adversaires de l'unification s'affrontent ; à la suite de votes successifs, l'assemblée saisit le Comité du problème, en lui recommandant de faire progresser l'idée de l'unification ;

1962: Le Comité consulte par écrit les membres de la Société, les tribunaux cantonaux et la Fédération suisse des

avocats; 239 sociétaires participent à cette enquête, 132 se prononçant contre la codification et 105 en sa faveur; la majorité des cours cantonales et la Fédération des avocats y sont également hostiles. A l'assemblée de la même année, M. HANS-PETER MOSER résume les arguments des uns et des autres, puis le président JÄGGI affirme l'intention du Comité d'exécuter le mandat qui lui a été confié, les réponses aux questions posées n'ayant qu'une valeur indicative;

1963: Le Comité confie l'élaboration d'un avant-projet de loi fédérale sur la procédure civile à M. le juge fédéral SCHWARTZ, qui veut bien accepter cette mission;

1965: M. SCHWARTZ informe le Comité qu'il espère mener sa tâche à terme cette année encore.

Il est difficile à votre Comité de se prononcer sur le sort de l'avant-projet SCHWARTZ avant de le connaître. Il se propose de l'étudier avec quelques spécialistes, puis vous communiquera le résultat de cet examen. Nous en reparlerons dès 1966.

4. Travaux de concours

Nous avons hérité d'un autre souci. En vertu de la disposition statutaire qui l'invite à favoriser les publications juridiques, le Comité organise depuis longtemps des concours auxquels sont admis tous les juristes suisses. Le règlement en vigueur prévoit l'attribution de trois prix, de 1000 à 3000 fr. chacun, ainsi qu'une contribution éventuelle aux frais d'impression des travaux primés. En fait, l'attrait des concours dépend plus des circonstances économiques que des sujets proposés ou des récompenses offertes. Pendant les quatre années qui ont précédé la dernière guerre, un seul candidat s'est présenté; en revanche, en 1941, huit étaient en compétition; puis, de 1950 à 1960, il y eut au maximum un ou deux concurrents par année; enfin, depuis cinq ans, personne ne brigue plus nos prix. Loin d'être attristant à tous égards, l'insuccès du dernier lustre est un signe de prospérité. Les juristes qui trouvent facilement à la fin de leurs études un

emploi rémunérateur, renoncent à sacrifier leurs veilles pour conquérir des lauriers aléatoires dont, à tort ou à raison, ils croient pouvoir se passer. Nous ne sommes plus en 1944, où le président Schönenberger, dans un discours prononcé à Saint-Gall même, se préoccupait du chômage des juristes et de l'encombrement des professions intellectuelles. Certes, il n'est pas exclu qu'à la suite d'une crise que personne ne souhaite, l'institution du concours retrouve quelque faveur. Force est cependant de constater qu'aujourd'hui, elle n'intéresse pas ceux à qui elle est destinée. Aussi votre Comité a-t-il décidé de suspendre momentanément les concours pour leur substituer une nouvelle forme d'encouragement à la recherche. Il a décidé de confier à de jeunes juristes de son choix, contre rétribution, le mandat d'étudier des questions restées inexplorées, voire de rassembler des données de fait insuffisamment connues. Je vous communiquerai l'année prochaine, plus précisément, les dispositions qu'il aura prises.

5. Conclusion

Il serait aisé de développer mon exposé, de vous informer que j'ai eu le privilège d'être invité aux fêtes du centenaire de la Société des juristes bernois ou d'ajouter que votre Comité – une fois n'est pas coutume – a renoncé à s'exprimer au sujet d'un avant-projet de loi sur le contrat de travail, ce texte ayant été mis au point par trois membres de notre Société, spécialistes en la matière. Mais si incomplet soit-il, cet aperçu de notre activité vous aura paru amplement suffisant. Il est temps de le conclure, et cela par quelques remerciements.

Nous sommes très reconnaissants au Fonds national de la recherche scientifique de subventionner nos publications, dont nos propres ressources ne couvrent pas les frais. Notre gratitude s'adresse en particulier à M. le professeur HENRI DESCHENAUX, le porte-parole averti des juristes dans les organes du Fonds national.

Nous savons gré à M. ERNST SIGNER du dévouement dont il fait preuve dans sa tâche d'archiviste et celle, plus ingrate, de percepteur des cotisations. Ce printemps, pour obtenir que

chacun – ou presque – paie son dû, il a envoyé 435 remboursements postaux, sans parler de multiples démarches épistolaires et téléphoniques. Je m'imaginai à tort qu'à la différence de certains de leurs clients, les juristes s'acquittaient plus volontiers de leurs dettes liquides et exigibles.

Enfin, tout au long de l'exercice passé, je me suis aperçu de ce que je devais à notre ancien président, M. le professeur JÄGGI, qui s'excuse de ne pouvoir participer à notre congrès. Si ma tâche a été facile, c'est parce que j'ai trouvé, dans les dossiers parfaitement ordonnés de mon prédécesseur, l'image d'une activité que je pouvais prendre pour modèle.

IV.

M. BERNHARD PEYER, avocat à Schaffhouse, trésorier de la Société, présente les *comptes* de l'exercice 1964/65:

I. Hauptrechnung

Bilanz per 30. Juni 1965

Aktiven	Fr.
Kasse	775.85
Postcheck	3 510.74
Waadtländer Kantonalbank	66 346.35
Wertschriften	15 625.—
	<u>86 257.94</u>

Passiven	
Rückstellung für Expo-Festschrift	4 000.—
Rückstellung für Druck Referate 1965	7 000.—
Einlage Fonds Dr. Arnold Janggen	2 000.—
Kapital am 30. Juni 1964	Fr. 72 292.54
+ Reingewinn	Fr. 965.40
	<u>73 257.94</u>
	<u>86 257.94</u>

Erfolgsrechnung vom 1. Juli 1964 bis 30. Juni 1965

Ertrag	Fr.
Mitgliederbeiträge	37 594.15
Forschungsbeiträge Nationalfonds 1965	3 396.85
Druckkostenbeitrag Nationalfonds 1964	13 840.—
Verkauf von Druckschriften	2 193.55
Beitrag Zeitschrift für Schweiz. Recht	1 600.—
Wertschriftenenertrag	630.70
Bankzinsen	264.23
Rückerstattung Verrechnungssteuer	159.85
	<u>59 679.33</u>

Aufwand

Druck Referate und Verhandlungsprotokolle 1964 . .	32 450.85
Übersicht der Literatur über Schweiz. Recht	2 089.—
Auslagen-Entschädigung an Referenten 1965	3 396.85
Juristentag	3 949.50
Kommission für Landesausstellung 1964	248.55
Vorstand, Kommission und Delegationen	1 148.25
Zirkulare, Drucksachen	2 291.45
Archivar, Sekretär, Buchhalter	2 150.—
Porti, Telephon, Bürospesen	958.95
Bankspesen	66.18
Steuern	49.75
Einlage Fonds Dr. Arnold Janggen	2 000.—
Rückstellung für Druck Referate 1965	7 000.—
Rechtsquellenkommission	340.60
Kursverlust auf Wertschriften	574.—
Reingewinn	965.40
	<u>59 679.33</u>

*II. Rechtsquellen-Fonds**Bilanz per 30. Juni 1965*

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank	40 621.15
Wertschriften	104 632.—
Sauerländer & Co.	2 097.60
	<u>147 350.75</u>

Passiven

Kapital am 1. Juli 1964	128 150.90
+ Reingewinn	19 199.85
	<u>147 350.75</u>

Erfolgsrechnung vom 1. Juli 1964 bis 30. Juni 1965

Ertrag

Verkauf von Druckschriften	2 097.60
Wertschriftenertrag	3 270.40
Bankzinsen	267.38
Subventionen	14 800.—
Rückerstattung Verrechnungssteuer	869.95
	<u>21 305.33</u>

Aufwand

Bankspesen	159.78
Kursverlust auf Wertschriften	1 945.70
+ Reingewinn	19 199.85
	<u>21 305.33</u>

*III. Fonds Dr. Arnold Janggen für Preisausschreiben**Bilanz per 30. Juni 1965*

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank	17 245.10
Wertschriften	18 670.—
Transitorische Aktiven	2 000.—
	<u>37 915.10</u>

Passiven

Kapital am 1. Juli 1964	35 449.70
Einlage aus Hauptrechnung	2 000.—
+ Reingewinn	465.40
	<u>37 915.10</u>

Erfolgsrechnung vom 1. Juli 1964 bis 30. Juni 1965

Ertrag

Wertschriftenertrag	589.75
Rückerstattung Verrechnungssteuer	265.70
Bankzinsen	123.53
	<u>978.98</u>

Aufwand

Bankspesen	43.58
Kursverlust auf Wertschriften	470.—
+ Reingewinn	465.40
	<u>978.98</u>

V.

Le secrétaire de langue allemande lit le *rapport des vérificateurs des comptes*, M. PHILIBERT LACROIX, notaire à Genève, et M. JOHN OCHSÉ, docteur en droit, à Bâle. Sur leur proposition, l'assemblée donne décharge au trésorier, en le remerciant de son dévouement.

VI./VII.

Le trésorier présente le *budget* de la Société pour l'exercice 1965/66:

Ertrag	Fr.
Mitgliederbeiträge.	37 000.—
Druckkostenbeiträge Nationalfonds	13 000.—
Verkauf von Druckschriften	1 000.—
Beitrag Zeitschrift für schweiz. Recht	1 600.—
Wertschriftenertrag	500.—
Bankzinsen	250.—
Rückerstattung Verrechnungssteuer	150.—
	<hr/>
	53 500.—

Aufwand	Fr.
Druck Referate und Verhandlungsprotokolle	32 000.—
Juristische Bibliographie	2 000.—
Juristentag 1965	4 000.—
Einlage in Fonds Dr. A. Janggen	5 000.—
Vorstand, Kommissionen, Delegationen	3 000.—
Zirkulare, Drucksachen	3 000.—
Archivar, Sekretär, Buchhalter	2 500.—
Porti, Telefon, Bürosesen	1 000.—
Bankspesen	50.—
Steuern	50.—
Unvorhergesehenes und Vorschlag	900.—
	<u>53 500.—</u>

Au nom du Comité, le trésorier propose à l'assemblée d'approuver ce budget et de fixer à 18 fr., comme précédemment, la cotisation pour le nouvel exercice.

L'assemblée accepte sans discussion ces deux propositions.

VIII.

Le président remercie les juristes saint-gallois de la *Festgabe* qu'ils ont offerte à chaque participant au congrès. Il félicite les auteurs et les deux éditeurs, la Section juridique de l'Ecole des hautes études économiques et sociales de Saint-Gall et la Société des juristes saint-gallois.

IX.

L'ordre du jour administratif est épuisé.

Le président ouvre la discussion sur le sujet *Aspects juridiques du régime des eaux en Suisse*, en remerciant les rapporteurs, MM. DIETRICH SCHINDLER et HENRI ZURBRÜGG.

M. HENRI ZURBRÜGG, docteur en droit, sous-directeur de l'Office fédéral de l'économie hydraulique, à Berne, rapporteur de langue française, présente l'exposé suivant:

I. Il y a soixante-cinq ans, notre Société proclamait, ici à St-Gall, la nécessité urgente de faire progresser la législation suisse sur les eaux et de bâtir avec soin son édifice. L'impulsion venait des débuts de l'utilisation des forces hydrauliques pour produire de l'énergie électrique. Sur le plan fédéral, le développement s'écarta de la voie du Code civil pour s'orienter essentiellement vers le droit public. La législation fédérale sur les eaux prit ainsi corps en 1908 avec l'article 24^{bis} de la Constitution fédérale, suivi en 1916 de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques.

Aujourd'hui et considérée dans son ensemble, l'œuvre de la mise en valeur des forces hydrauliques s'achève. Néanmoins, la législation sur leur utilisation ne cessera pas de jouer son rôle. A la construction succède la longue période d'exploitation. D'autre part, en s'engageant dans la voie des aménagements thermiques, classiques ou nucléaires, l'économie énergétique devient un nouveau consommateur important d'eau industrielle. Tous les besoins en eau, aux fins les plus diverses, sont en expansion et mettent fortement à contribution les ressources hydrauliques du pays. Malgré une quantité globale relativement abondante de 50 milliards de m³ en moyenne par année, nous avons déjà, dans certaines régions du pays, des démonstrations inquiétantes d'une pénurie et d'un déséquilibre hydrologique; la situation s'aggrave par la dégradation croissante de la qualité de l'eau, qui se produit en dépit des lois existantes.

Le titre original de notre rapport nous a été donné en langue allemande: «Rechtsfragen des Wasserhaushaltes in der Schweiz». Quelle signification fallait-il attribuer à l'expression «Wasserhaushalt» que nous avons traduite par régime des eaux? Peu usitée dans notre pays, nous savions qu'elle figurait dans la loi constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne ainsi que dans la loi d'exécution de 1957 intitulée: «Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushaltes». Nos investigations ont montré que le constituant allemand n'avait pas beaucoup réfléchi au sens et à la portée du terme «Wasserhaushalt». Aussi des controverses ont-elles surgi.

Considérant que le régime des eaux d'un bassin hydrographique, en tant que phénomène naturel, n'était pas susceptible d'être soumis à des règles de droit, la doctrine allemande dominante, suivie par le législateur et par le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe, a fait de «Wasserhaushalt» un synonyme de «Wasserwirtschaft», c'est-à-dire d'économie hydraulique.

C'est dans ce sens que nous avons compris notre tâche. Il nous avait été précisé que notre rapport devait offrir une vue d'ensemble de toutes les questions juridiques qui se rapportent à l'eau. Une sélection était cependant nécessaire. Nous l'avons faite parmi les questions qui étaient les plus proches de notre activité professionnelle. C'est ainsi que nous n'avons qu'effleuré les problèmes relatifs à la pollution des eaux, le rapporteur de langue allemande s'étant chargé de les étudier spécialement. A part cette répartition des tâches, les deux rapporteurs ont travaillé tout à fait indépendamment l'un de l'autre.

II. Passons brièvement en revue les principaux points de notre rapport.

1. Après un aperçu sommaire du rôle de l'eau, nous avons examiné la *notion de régime des eaux*. Comprise dans le sens de «Wasserhaushalt», elle s'applique à l'ensemble des actions ou abstentions de l'homme qui peuvent affecter directement ou indirectement le cycle hydrologique, qu'il s'agisse des eaux superficielles, souterraines ou contenues dans l'atmosphère, de leur quantité ou de leur qualité, et quel que soit le but visé. Les aspects juridiques du régime des eaux sont donc ceux de l'économie hydraulique.

2. Abordant la distinction entre les *eaux privées et les eaux publiques*, nous avons porté plus particulièrement notre attention sur les retenues des aménagements hydro-électriques au fil de l'eau, les canaux et les bassins d'accumulation. En général, les terrains submergés devraient être incorporés au domaine public, afin que le lit et l'eau soient

soumis au même régime juridique. Le problème perd cependant de son importance pratique si nous admettons que la submersion des biens-fonds entraîne en général la perte de la propriété foncière, conformément à l'art. 666 CCS.

3. La deuxième partie de notre rapport est consacrée à un survol des principaux domaines de la législation sur les eaux. Nous avons vu d'abord qu'il faudrait peut-être doter l'*Hydrographie nationale* d'une base constitutionnelle expresse.

Puis, nous tournant vers la *police des endiguements*, nous avons exposé, en ce qui concerne la sécurité des grands barrages, que la loi fédérale de 1953 et le règlement d'exécution de 1957 ont comblé une lacune que l'arrêt du Tribunal fédéral, dans l'affaire Cleuson, avait mise en évidence. L'organisation d'un service d'alarme en temps de paix exigera peut-être lui aussi de nouvelles mesures législatives. D'autre part, on doit se demander si, face aux dangers inhérents aux grands barrages, la responsabilité civile du propriétaire ne devrait pas être accrue et renforcée par l'assurance obligatoire, comme c'est le cas pour l'exploitant d'une installation atomique.

4. En matière d'utilisation des *forces hydrauliques*, le droit de haute surveillance de la Confédération est invoqué périodiquement à des fins diverses, parfois même les plus opposées. Sur le plan de la Constitution fédérale, ce droit, proclamé au premier alinéa de l'article 24^{bis}, a une portée législative qui ne va pas au-delà des limites fixées aux alinéas suivants. Ces limites sont trop étroites pour permettre au législateur fédéral de prescrire l'établissement de plans fixant le nombre, l'ordre, la cadence de la construction et le terme des aménagements de forces hydrauliques. A l'échelon de la loi fédérale de 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques, le droit de haute surveillance a le caractère d'un pouvoir d'exécution et d'application des dispositions de la loi qui en donne elle-même la mesure.

Exceptionnellement, le Conseil fédéral est compétent pour constituer les droits d'utilisation. C'est le cas lorsqu'il

s'agit de la force hydraulique de sections de cours d'eau situées sur le territoire de plusieurs cantons et que ces derniers ne peuvent pas s'entendre, ou quand la section touche à la frontière nationale. Selon la ratio legis, la frontière est touchée non seulement si la limite territoriale du pays est effectivement atteinte ou dépassée, mais aussi si une section comprise entre deux points situés exclusivement à l'intérieur du pays est mise en valeur en commun avec une force hydraulique relevant de la souveraineté d'un autre Etat; c'est le cas de l'aménagement hydro-électrique d'Emosson.

Une question d'actualité concerne *les débits dits réservés* ou de dotation. Si l'acte de concession ne prévoit rien, l'obligation de laisser s'écouler un certain débit, dans la partie du cours d'eau utilisée, ne peut être imposée après coup que pour cause d'utilité publique et moyennant indemnité pleine et entière. Le droit acquis par le fait de la concession bénéficie en effet de la même garantie que la propriété privée.

Les modifications du débit des cours d'eau intéressent aussi les *rapports des usagers* entre eux. La loi fédérale de 1916 a établi à ce sujet quelques dispositions de droit privé. D'une conception douteuse et d'une application fort problématique, ces dispositions sont en connexité étroite avec l'aspect de droit public des rapports existant entre le souverain d'amont et celui d'aval. On ne peut à notre avis en faire abstraction.

La *fin de la concession* et ses conséquences placent, elles aussi, le juriste devant des situations fort embarrassantes. Qu'advient-il par exemple du droit de retour si la concession est renouvelée? Les avis sont partagés à ce sujet. Pour nous, l'exercice du droit de retour n'exclut pas le renouvellement.

5. Quittant le domaine des forces hydrauliques, nous avons jeté un coup d'œil sur quelques aspects juridiques de la *régularisation des lacs naturels* et de l'*aménagement des voies navigables*. Sous ce dernier rapport, il importe avant tout de décider une fois pour toutes si la porte doit demeurer ouverte aux possibilités de réalisations futures, conformément

à la volonté du constituant et du législateur de 1908, 1916 et 1919. Dans l'affirmative, il ne faudrait plus tarder à prendre de nouvelles mesures législatives, en vertu de l'article 24^{ter} de la Constitution fédérale, pour sauvegarder efficacement le tracé projeté et réserver l'emplacement nécessaire aux futurs ouvrages de navigation.

Quant à la *protection des eaux contre la pollution*, notre conviction est que la loi fédérale de 1955 se distingue plus par ses défauts que par ses qualités; elle est loin d'épuiser la matière qui peut être réglée en vertu de l'article 24^{quater} de la Constitution fédérale. Malgré les inconvénients d'une révision de la loi, nous estimons qu'il faut se résoudre à l'entreprendre; mais, en attendant, l'application du droit positif doit être perfectionnée, car même la meilleure des lois est un vain mot, si les décisions d'application et l'usage de la contrainte font défaut.

6. Parmi les domaines que le droit fédéral n'a pas réglés, nous avons parlé des prélèvements d'eau, dans les rivières et les lacs naturels ou artificiels, pour assurer l'approvisionnement des services publics et des particuliers *en eau de consommation et en eau industrielle*. La tâche de favoriser le développement d'un système cohérent d'aqueducs modernes susceptibles d'être interconnectés et de donner des solutions aux difficultés qui s'annoncent sur le plan intercantonal et international devrait être confiée à la Confédération.

Les prélèvements d'eau de réfrigération, pour exploiter les centrales thermiques, classiques et nucléaires, vont augmenter sensiblement les besoins globaux en eau industrielle; le problème quantitatif se doublera d'un aspect qualitatif. En outre, l'augmentation de la partie thermique, en particulier atomique, de la production d'énergie électrique pousse à l'aménagement d'usines à accumulation par pompage. Dès l'instant où ces installations n'utilisent pas la force naturelle des cours d'eau, elles ne tombent pas sous le coup de la législation fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques; l'insécurité juridique et le besoin d'une réglementation spéciale commencent donc à se faire sentir.

Un problème enfin risque de nous prendre au dépourvu : celui de la *pluie provoquée artificiellement*. Cette forme nouvelle d'intervention dans le régime naturel des eaux, déjà pratiquée commercialement en Amérique, fait l'objet d'expériences en France depuis une dizaine d'années. Nous pensons qu'en Suisse il faut la placer sous le contrôle de la Confédération.

III. La troisième partie de notre rapport est en quelque sorte une synthèse des aspects futurs du régime des eaux en Suisse.

1. Dans le passé, l'eau se trouvait, chez nous, partout en quantité et en qualité suffisantes, de telle sorte qu'on ne prêtait guère d'attention à l'unité naturelle et physique des eaux superficielles et souterraines. Les besoins pouvaient être satisfaits immédiatement sans qu'il fût nécessaire de rechercher quels étaient les effets d'un usage particulier sur les autres utilisations, sur l'équilibre quantitatif et qualitatif de l'eau à l'intérieur d'un système fluvial, autrement dit sur le régime des eaux considéré comme un tout. En dehors du domaine des forces hydrauliques, les divers intérêts n'entraient que rarement en conflit et le problème de l'intégration de chaque mesure d'économie hydraulique dans un cadre commun ne se posait pratiquement pas. Mais cette époque est définitivement révolue. Les besoins en eau se sont si accrus, diversifiés et superposés, les mesures d'économie hydraulique ont étendu leur influence sur des espaces si grands qu'il n'est plus possible de nos jours de considérer chacune de ces mesures pour elle-même seulement. De plus en plus, chaque intervention dans le régime des eaux ne peut être envisagée que comme une action portant sur un tout complexe dont les parties réagissent de façon sensible, dans un bon ou dans un mauvais sens, mettant en cause, à l'amont et à l'aval, une foule d'usages, de coutumes, de situations acquises, de droits, d'intérêts généraux, particuliers, économiques, culturels, esthétiques, politiques et vitaux : leur conciliation est devenue une tâche de premier ordre.

Dans la plupart des pays qui nous entourent, ainsi qu'en Angleterre et aux USA, l'idée du lien naturel de l'eau ou de la cohérence ou du caractère d'unité de l'économie hydraulique a gagné du terrain; elle se reflète dans des législations modernes sur les eaux. Chez nous, cette idée tend aussi à se développer; elle n'est d'ailleurs pas absolument inconnue du droit positif; on en découvre la trace dans la législation fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques, en ce sens que le législateur, prévoyant que cette énergie naturelle représentait globalement une richesse nationale dont il fallait avoir soin de prévenir le gaspillage, a posé, il y a un demi-siècle déjà, le principe de son utilisation rationnelle. Nous pensons que, de lege ferenda, il importe maintenant de donner à cette conception une expression générale valable pour l'ensemble des ressources du pays en eaux superficielles et souterraines.

2. L'économie hydraulique considérée comme une entité permet aussi d'opérer une meilleure répartition des eaux, dans le temps, dans l'espace ainsi qu'entre les différents besoins et usages. Une telle répartition peut comporter des transferts d'eau d'un bassin fluvial dans un autre, d'un canton dans un autre, d'une région riche dans une zone déficitaire; il faut éventuellement pouvoir procéder à une redistribution, à un véritable remembrement des droits d'eau, ce qui suppose l'existence de bases légales suffisantes.

Quelquefois, la suggestion est faite de fixer un ordre de priorité des différents genres d'usages. Si nous admettons que, dans une situation concrète, en pleine connaissance de tous les éléments d'appréciation, il puisse se révéler rationnel et nécessaire de préférer tel usage à tel autre, nous sommes par contre d'avis qu'un ordre de priorité proclamé dans l'abstrait ne rime à rien. L'objectif que toute législation moderne sur les eaux doit poursuivre est la satisfaction, dans l'intérêt général, du plus grand nombre possible de besoins présents et futurs. Le plan-cadre d'aménagement hydraulique est à cet effet l'instrument approprié. Il conviendrait de l'établir, chez nous, pour chaque bassin ou portion de bas-

sin hydrographique. Comme il s'étendrait généralement sur le territoire de plusieurs cantons et toucherait à la frontière nationale, la tâche devrait incomber à la Confédération, coopérant avec les cantons. Un plan d'aménagement hydraulique pourrait s'inscrire, comme chapitre important, dans les plans d'aménagement du territoire, le premier étant, à notre avis, encore plus urgent que les seconds.

3. Pour que l'unité de l'économie hydraulique devienne une réalité, pour concilier les intérêts, répartir les ressources en eau et établir un plan général d'aménagement hydraulique, il faut aussi disposer, en plus de bases légales appropriées, d'une certaine unité de direction, de gestion et d'une continuité d'administration. Ce n'est pas chose facile si l'on considère le nombre très grand des services qui, aux différents échelons des administrations fédérale, cantonales et communales, sont chargés de traiter des problèmes d'économie hydraulique. Dans notre rapport écrit, nous avons énuméré, à titre d'exemples, onze organismes rattachés à l'administration fédérale qui fonctionnent plus ou moins indépendamment les uns des autres. Il est donc souhaitable, dans une économie hydraulique considérée comme un tout, qu'une bonne coordination se développe entre organismes du même degré et entre la Confédération et les cantons. Il apparaît aussi de plus en plus nécessaire de disposer d'une sorte de centrale du droit des eaux dont la mission serait principalement de renseigner, de documenter et, dans une certaine mesure, de conseiller les autorités du pays, ainsi que d'assurer et de canaliser les contacts avec les organismes étrangers et internationaux qui déploient une activité dans cette matière très spéciale du droit.

4. Le droit positif suisse relatif aux eaux offre une image incohérente et touffue; une infinité d'actes législatifs fédéraux et cantonaux s'entremêlent. Il ne nous paraît pas exagéré de qualifier ce droit de véritable labyrinthe dans lequel même le spécialiste se perd. Les textes fédéraux et cantonaux, conçus à des époques différentes, règlent, à quelques

exceptions près, des secteurs particuliers de l'économie hydraulique; ces textes sont très dispersés et partiellement vieilliss. Il n'existe ni recueil systématique tenu constamment à jour, ni manuel traitant l'ensemble du sujet. On recherche vainement un principe dominant auquel on pourrait se rattacher.

On en vient donc à se demander si une réforme profonde ne devrait pas être entreprise, si un Code fédéral des eaux ne devrait pas voir le jour. La structure politique et économique du pays et d'autres raisons encore condamnent cependant d'emblée à l'insuccès toute tentative d'unifier à l'extrême la législation suisse sur les eaux. Si la République fédérale d'Allemagne a dû se contenter d'une loi-cadre limitée à certains aspects d'ensemble de l'économie hydraulique, si récemment la France n'a pas osé adopter une politique totale de l'eau, il semble bien exclu, pour un Etat fédéral comme le nôtre, de faire plus.

Dans notre rapport écrit, nous nous sommes rabattu sur l'idée d'une refonte des articles de la Constitution fédérale concernant les eaux, refonte comportant simultanément une légère extension de la sphère de compétence de la Confédération en matière d'utilisation des ressources hydrauliques en dehors des domaines déjà réglés.

Mais plus nous réfléchissons, plus nous optons en faveur d'un programme plus modeste encore. Il importe en effet de ne pas alourdir la tâche de l'heure qui doit consister à élargir les bases constitutionnelles et légales dont la Confédération devra disposer le plus rapidement possible pour pouvoir déployer avec les cantons une action régulatrice plus poussée et mieux coordonnée en matière d'économie hydraulique suisse, ainsi que dans les quelques domaines particuliers examinés dans notre rapport. Une gestion plus sage, prévoyante et rigoureuse, assurant en quantité et en qualité l'utilisation rationnelle des ressources hydrauliques, est une condition de vie pour le pays. Un élargissement des bases constitutionnelles et légales dans le sens indiqué est aussi désirable pour placer la Confédération dans une position

plus favorable dans le règlement des questions relatives aux cours d'eau touchant à la frontière nationale, ainsi que face aux tendances multiples et contradictoires qui se manifestent de nos jours sur le plan du droit international en matière d'utilisation des eaux appartenant à des bassins fluviaux situés sur le territoire de plusieurs Etats. Notre pays est souvent désigné comme le château d'eau de l'Europe. Sachons le demeurer dans un esprit à la fois d'indépendance et de solidarité internationale.

Signalons pour conclure qu'au moment même où notre rapport sortait de presse, le Conseiller aux Etats ROHNER, appuyé par 27 cosignataires, déposait une motion invitant le Conseil fédéral à préparer une revision de la Constitution fédérale aux fins d'étendre la compétence fédérale dans le domaine de l'économie hydraulique et de réglementer de manière plus uniforme la législation sur les eaux. Ainsi, après un demi-siècle environ de stabilité, la question du développement de la législation suisse sur les eaux en général est de nouveau placée sur le terrain politique. Le comité de notre société avait donc bien choisi le moment pour ouvrir la discussion sur ce sujet.

Prof. Dr. DIETRICH SCHINDLER, Zollikon,
Berichterstatter in deutscher Sprache:

In meinem gedruckten Referat habe ich aus dem umfassenden Thema «Rechtsfragen des Wasserhaushaltes in der Schweiz» ein einzelnes Teilgebiet, die Frage des Gewässerschutzes, herausgegriffen. Dies erschien wünschenswert, nicht nur, weil der Gewässerschutz heute im Zentrum des Interesses der Öffentlichkeit steht, sondern auch, weil die rechtlichen Aspekte des Gewässerschutzes bisher noch nie gesamthaft behandelt worden sind und ein gewisses Bedürfnis nach einer solchen Darstellung bestand. Mein gedrucktes Referat kann unter diesen Umständen nicht mehr als ein kleiner Baustein bei der gesamthaften Überprüfung des schweizerischen Rechtes des Wasserhaushaltes sein.

Ich möchte mich in diesen mündlichen Ausführungen darauf beschränken, einige rechtspolitische Erwägungen zum Gewässerschutz vorzubringen. Wenn man die Gewässerverschmutzung mit den Mitteln des Rechts zu bekämpfen versucht, hat man sich zunächst Rechenschaft zu geben, daß der Schutz der Gewässer vor Verunreinigung nur teilweise vom Recht und von den Gesetzen abhängt. Zu einem anderen und wesentlichen Teil hängt er von der Einsicht der Behörden und der Bevölkerung ab. Ein Gesetz gegen die Verunreinigung der Gewässer hilft wenig, wenn es, wie das heutige eidgenössische Gesetz, bei den Behörden und bei der Bevölkerung in erheblichem Maße unbeachtet bleibt. Die Gesetzgebung muß durch die Initiative von Behörden und Privaten ergänzt werden. Ich darf darauf hinweisen, daß unser Tagungsort in dieser Hinsicht ein bemerkenswertes Vorbild ist. Die Stadt St.Gallen hat 1916, vor nahezu 50 Jahren, als erste Schweizer Stadt eine Kläranlage gebaut. Der Kanton St.Gallen sodann hat im Jahre 1957 als erster Schweizer Kanton ein Einführungsgesetz zum eidgenössischen Gewässerschutz erlassen und damit auch in der Gesetzgebung Tatkraft gezeigt.

Was das geltende eidgenössische Gewässerschutzgesetz von 1955 betrifft, dem mein Referat vorwiegend gewidmet ist, so besteht heute eine weitgehende Übereinstimmung darüber, daß es in mancher Hinsicht nicht befriedigt. Daß es zu einem guten Teil unbeachtet und unwirksam geblieben ist, ist nicht nur eine Folge mangelnder Aufklärung, sondern liegt auch am Gesetz selbst. Herr Dr.ZURBRÜGG und ich sind ohne Kontaktnahme miteinander in der Beurteilung des Gesetzes zu praktisch gleichen Folgerungen gelangt. Das Gesetz, dessen Text im Anhang meines gedruckten Referates wiedergegeben ist, ist allzu kurz und schüchtern ausgefallen. Es beschränkt sich darauf, einige wenige, unscharf formulierte Grundsätze aufzustellen, überläßt aber die wichtigsten der sich stellenden Aufgaben, vor allem die Sanierung der zahlreichen Abwasserableitungen und die Lösung des Kehrrichtproblems, den Kantonen und Gemeinden. Durch die Ab-

wälzung der Hauptaufgaben des Gewässerschutzes auf die Kantone und Gemeinden ist der Zweck der bundesrechtlichen Regelung dieser Materie zu einem guten Teil vereitelt worden. Das Gesetz hat gegenüber dem vor seinem Inkrafttreten bestehenden Zustand nur in geringem Maße eine Verbesserung gebracht.

Schon der Verfassungsartikel über den Gewässerschutz, der im Jahre 1953 von Volk und Ständen gutgeheißene Art. 24^{quater} der Bundesverfassung, vermag nicht jeder Kritik standzuhalten. Er ermächtigt den Bund zum Erlaß gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Gewässer und überträgt den Vollzug dieser Bestimmungen den Kantonen. Die darin vorgesehene Trennung von Gesetzgebung und Vollzug, wie sie sich im schweizerischen Bundesstaat vielfach bewährt hat, ist den Maßnahmen gegen die Verunreinigung der Gewässer aber kaum angemessen. Der Schutz unserer Gewässer stellt, wie namentlich Prof. HANS HUBER betont hat, ein großes nationales Werk dar, das nur durch das Zusammenwirken von Bund, Kantonen, Gemeinden und privaten Unternehmungen durchgeführt werden kann. Die Größe und die Art der gestellten Aufgabe erfordert, ähnlich wie beim Bau der Nationalstraßen, neue Formen der Zusammenarbeit der verschiedenen Stufen unseres Staatswesens, Formen, die häufig mit dem Stichwort «kooperativer Föderalismus» bezeichnet werden. Es genügt nicht, daß der Bund allgemeine Rechtsnormen aufstellt und deren Vollziehung den Kantonen und Gemeinden überläßt. Vielmehr hat er auch an der Planung und Finanzierung der zu treffenden Einzel-Maßnahmen, somit auch am Vollzug der gesetzlichen Bestimmungen, mitzuwirken. Der Verfassungsartikel schließt eine solche Mitwirkung zwar nicht aus, schränkt sie aber ein. Die vorgesehene Trennung von Gesetzgebung und Vollzug ist denn auch im GSchG in allzu starrer Weise durchgeführt worden.

Wenn das GSchG heute als ungenügend kritisiert wird, so kann dieser Mangel freilich nicht den Schöpfern des Gesetzes zur Last gelegt werden. Er ist vielmehr eine Folge der

Zeitumstände. Die zehn Jahre nach Kriegsende, in denen das Gesetz in auffallend schleppendem Gang entstanden ist, waren so sehr beherrscht von der Forderung nach Abbau der Bundesaufgaben, der Bundessteuern und der Bürokratie, daß sich eine neue bundesrechtliche Regelung mit umfangreicher Verwaltung und großem Finanzaufwand nicht hätte einführen lassen. Heute haben sich die Auffassungen gewandelt. Von allen Seiten wird verlangt, daß der Bund das damals Versäumte nachhole.

Wenn meine Ausführungen zum GSchG vorwiegend kritisch sind, so möchte ich aber auch betonen, daß die bisherigen Anstrengungen zugunsten des Gewässerschutzes keineswegs gering geschätzt werden dürfen. Vom Bund, von Kantonen und Gemeinden sowie von privater Seite sind in den letzten Jahren große und verdienstvolle Anstrengungen für den Gewässerschutz unternommen worden. So sind zahlreiche Kläranlagen gebaut worden. Zahlreiche weitere befinden sich im Bau. Auch die Aufklärung der Bevölkerung hat Fortschritte gemacht. Manche Aktionen sind durchgeführt worden, um die Bürger im Kampf gegen die Gewässerverschmutzung zu mobilisieren. Wenn wir aber das bisher Erreichte mit dem vergleichen, was noch zu tun ist, und wenn wir die Mängel der gesetzlichen Ordnung in Betracht ziehen, stellt sich von selbst die Frage nach neuen gesetzlichen Maßnahmen. Was kann nun auf dem Wege der Gesetzgebung zugunsten eines wirksameren Gewässerschutzes vorgekehrt werden? Welche Gesetzesrevisionen wären im besonderen angezeigt? Die Frage einer Gesetzesrevision ist in verschiedenen parlamentarischen und außerparlamentarischen Vorstößen gestellt worden. Kaum eine andere Frage hat so viele parlamentarische Vorstöße hervorgerufen wie der Gewässerschutz. Außer den in meinem gedruckten Referat angeführten Motionen und Postulaten sind in der diesjährigen Frühjahrs- und Sommersession der eidgenössischen Räte weitere und noch eindringlichere Anfragen und Begehren gestellt worden. Überdies wurde den Bundesbehörden im Juni dieses Jahres eine Standesinitiative des Kantons Neuenburg ein-

gereicht, die vor allem eine stärkere finanzielle Förderung des Gewässerschutzes durch den Bund anstrebt. Schließlich versucht auch eine eidgenössische Volksinitiative, die ebenfalls im Kanton Neuenburg ihren Ursprung hat und demnächst lanciert werden soll, auf dem Umweg über eine Verfassungsrevision vermehrte Mittel des Bundes für den Gewässerschutz flüssig zu machen.

Es fällt auf, daß viele dieser Vorstöße in allererster Linie eine stärkere finanzielle Beteiligung des Bundes am Bau von Abwasseranlagen fordern. Sie gehen von der an sich richtigen Erkenntnis aus, daß der Gewässerschutz bisher durch nichts so gefördert wurde wie durch Subventionen. Wenn der Bau von Kläranlagen in den letzten Jahren Fortschritte gemacht hat, so ist dies vor allem der durch Revision der Vollziehungsverordnung zum GSchG im Jahre 1962 ermöglichten großzügigeren Beitragsgewährung des Bundes zu verdanken.

Es wäre jedoch falsch, das Heil nur in erhöhten Bundesbeiträgen zu suchen, besonders im gleichen Zeitpunkt, da die eidgenössischen Räte den Bundesrat beauftragten, die Bundesbeiträge in ihrer Gesamtheit auf die Möglichkeiten einer Reduktion zu prüfen. Eine Revision des GSchG, die nur in der Änderung der Bestimmungen über die Bundesbeiträge bestünde, wäre unerwünschtes Flickwerk. Wenn schon eine Revision durchgeführt wird – und ich glaube, daß sie in absehbarer Zeit kommen muß –, wird das Gesetz in seiner Gesamtheit überprüft werden müssen. Die Bundesbeiträge werden alsdann dazu dienen, die vorgesehenen neuen Maßnahmen verwirklichen zu helfen.

Ich möchte einige Punkte anführen, die bei der Revision des Gesetzes m.E. von wesentlicher Bedeutung sind. In erster Linie wird das GSchG mehr als bisher dazu beitragen müssen, daß jene Verschmutzungsquellen, die bereits bestehen, beseitigt werden. Ich meine vor allem Ableitungen von Abwässern in die Gewässer sowie Kehrichtablagerungen. Das geltende Gesetz stellt in den Art. 3 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 3 lediglich den Grundsatz auf, daß bei bestehenden Ab-

leitungen und Ablagerungen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen seien, um Gewässerverunreinigungen zu beheben. Es überläßt die Ergreifung dieser Maßnahmen aber den Kantonen, Gemeinden und Privaten, ohne auch nur Richtlinien aufzustellen und ohne dem Bund wirksame Mittel zur Durchsetzung zur Verfügung zu stellen. Es ist kaum verwunderlich, daß solche Maßnahmen in ganz ungenügendem Maße ergriffen wurden, bis vom Jahre 1962 an erhöhte Subventionszusicherungen einen gewissen Stimulus dazu zu geben vermochten. Eine durchgreifende Sanierung unserer Gewässer wird aber kaum möglich sein, wenn nicht alle bestehenden Verschmutzungsquellen systematisch erfaßt werden und ein die ganze Schweiz umfassender Sanierungsplan erstellt wird, der eine Reihenfolge der Dringlichkeit und einen Zeitplan für die erforderlichen Maßnahmen aufstellt.

Ein zweiter Punkt betrifft die Erteilung von Bewilligungen für alle neu zu erstellenden Ableitungen von Abwässern in die Gewässer. Das GSchG hat jede Einbringung von Abwässern in die Gewässer unter Bewilligungspflicht gestellt, die Erteilung solcher Bewilligungen aber wiederum ganz den Kantonen überlassen, ohne nähere Richtlinien dafür auszustellen und ohne dem Bund ein Überprüfungs- oder Genehmigungsrecht vorzubehalten. Gegenüber allzu weiterherziger Bewilligungserteilung durch die Kantone steht dem Bund kein wirksames Mittel zur Verfügung. Es wäre vorab erwünscht, daß der Bund die Voraussetzungen der Erteilung von Bewilligungen näher umschreiben würde. Dazu wäre der Bundesrat schon auf Grund des geltenden Gesetzes zuständig. Soll dem Bund aber auch ein Genehmigungsrecht für die einzelnen von den Kantonen erteilten Bewilligungen übertragen werden, so wäre eine Gesetzesänderung, eventuell eine Verfassungsänderung erforderlich.

Drittens wäre es erwünscht, Organe zu schaffen, denen die Planung und Durchführung der Gewässerschutzmaßnahmen und allenfalls andere wasserwirtschaftliche Auf-

gaben in den Einzugsgebieten unserer Flüsse und Seen ohne Rücksicht auf die Kantons Grenzen übertragen wäre. Solche Organe wären aus Vertretern des Bundes, der beteiligten Kantone sowie der Gemeinden und privaten Unternehmungen zusammenzusetzen und könnten unter Umständen mit eigenen Entscheidungsbefugnissen ausgestattet werden. Ihnen wären nun die notwendigen Fachleute beizugeben. Verschiedene ausländische Staaten, besonders England, Deutschland und die Vereinigten Staaten von Amerika, sind uns bei der Bildung solcher für ein ganzes Flußgebiet zuständiger Organe vorangegangen. In solchen Organen würde der kooperative Föderalismus in besonders deutlicher Weise zum Ausdruck kommen. Bund, Kantone, Gemeinden und Unternehmungen würden an der Verwirklichung einer Aufgabe zusammenwirken, die schlechterdings nur durch die Zusammenarbeit aller drei Stufen unseres Staatswesens durchgeführt werden kann.

Ein vierter und letzter Punkt, den ich anführen möchte, betrifft die Strafpraxis. Daß die Strafbehörden bei der Verfolgung von Gewässerverschmutzungen noch sehr unterschiedlich vorgehen und diese Aufgabe teilweise vernachlässigen, ist schon verschiedentlich beanstandet worden. Die Lage wird sich erst entscheidend verbessern, wenn Polizei- und Strafbehörden von der Notwendigkeit der Ahndung von Gewässerverschmutzungen überzeugt sind. Aber nicht nur die Strafbehörden, sondern auch der Gesetzgeber kann in diesem Punkt zu einer Besserung beitragen. Eines der wichtigsten Hindernisse einer konsequenteren und schärferen Strafpraxis ist bekanntlich die Tatsache, daß es immer noch die öffentlichen Gemeinwesen sind, die zu den Hauptverschmutzern der Gewässer gehören. Es fällt infolgedessen schwer, kleine Täter wegen Handlungen zu bestrafen, die von respektablen Gemeinwesen in viel größerem Umfange, wenn auch scheinbar legal, begangen werden. Wird aber von Gesetzes wegen auf Grund eines Gesamtplanes eine klare Pflicht der Gemeinden und der Industrie zur Behebung sol-

cher Verunreinigungen aufgestellt, so werden die Strafbehörden ihres heutigen Dilemmas enthoben sein. Zu erwägen wäre auch, bei einer Gesetzesrevision neben der heute als einzige Straftat vorgesehenen Buße fakultativ die Gefängnisstrafe vorzusehen. Es hat mich beeindruckt, Mitte August in der Presse zu lesen, daß das Kriminalgericht Luzern zwei Bauern wegen wiederholter wissentlicher Verunreinigung von Trinkwasser durch Mist und Jauche zu je 6 Monaten Gefängnis verurteilt hat. Dies war möglich auf Grund des Art. 234 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, der die Verunreinigung von Trinkwasser unter Strafe stellt, ein Artikel, der nur in den relativ seltenen Fällen angewandt werden kann, wenn Wasser verunreinigt wird, welches unmittelbar zu Trinkzwecken bestimmt ist. Warum sollte aber ein Täter, der wissentlich ein öffentliches Gewässer verunreinigt und dadurch gesundheitliche Schäden für Mensch und Tier in Kauf nimmt, nicht in schweren Fällen auch mit Gefängnis bestraft werden? Die generalpräventive Wirkung von Gefängnisstrafen darf nicht unterschätzt werden.

Ich habe mit diesen Ausführungen nur ein paar Hauptpunkte erwähnt, die bei einer Gesetzesrevision zu beachten wären. Es könnten weitere Punkte angeführt werden, in denen das Gesetz verbessert werden könnte. Zusammenfassend glaube ich sagen zu können, daß eine Gesamtrevision des Gewässerschutzgesetzes in hohem Maße erwünscht wäre.

Dr. WALTER HILDEBRANDT, Fürspreh, Bülach:

I. Die Rechtsfragen des Wasserhaushaltes sind vorwiegend Fragen des öffentlichen Rechtes, Fragen der Bewilligung von Wasserwerken, Fragen des Gewässerschutzes. Nur ganz am Rande erscheint ein wenig Privatrecht an den Gewässern. Diesem Privatrechte sollte etwas mehr nachgegangen werden. Der von Herrn Dr. ZURBRÜGG zitierte Professor LIVER hat in dieser Beziehung festgestellt: «Darnach stehen die öffentlichen Gewässer im Privateigentum des Gemeinwesens, sind aber durch das öffentliche Recht

einerseits für den Gemeingebrauch bestimmt, andererseits in den Dienst volkswirtschaftlicher und fiskalischer Zwecke gestellt.» (Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit 100 Jahren, S. 332.) Dementsprechend ist also der Boden, auf dem ein öffentliches Gewässer fließt, privatrechtliches Eigentum, auch wenn das Gewässer dem Staate gehört. Wenn er frei wird, kann er ja auch Privaten überlassen werden. Am fließenden Wasser springt allerdings zunächst der Gemeingebrauch in die Augen, stempelt das Gewässer zur öffentlichen Sache, an der z.B. das Fischereiregal besteht. Auch die Anlegung von Wasserwerken gehört zu den öffentlichen Angelegenheiten. Und der Gemeingebrauch nimmt natürlich auch das Flußbett in Anspruch. Nichtsdestoweniger hat das vom Wasser befreite Grundstück an sich nicht die Art einer öffentlichen Sache. Beim Wasser verhält es sich ähnlich wie bei der Luft über unseren privaten Grundstücken. Nun fragt es sich, ob an dem wegen dem Gemeingebrauche öffentlichen Gewässer auch der Privatgebrauch an Bett und Fluß ausgeschlossen sei. Mit Nichten! Das Gemeinwesen kann den Gemeingebrauch ausschließen, die Fischerei verbieten, auf die Erteilung von Sondernutzungsrechten, z.B. für Wasserwerke, verzichten. Dann bleibt es einfach beim natürlichen Zustande des Gewässers. Ein solcher Fall ist ja praktisch geworden bei dem Dienstbarkeitsvertrage der Eidgenossenschaft mit der Gemeinde Zernez vom Jahre 1913 zum Zwecke der Errichtung des Schweizerischen Nationalparks. Die Gemeinde konnte das dingliche Recht der Benutzung des Reservationsgebietes als Nationalpark, welches Recht auch den Spölbach nicht ausschloß, einräumen, einmal als Eigentümerin von Bett und Bach, sodann aber auch, weil sie durch das bündnerische Wasserwerksgesetz nicht verpflichtet war, den Spölbach der Wasserkraftnutzung zu unterstellen. Und sie hat das getan. Es verhielt sich nicht so, daß der Spöl rechtlich gar nicht mit der Nationalpark-Servitut habe belegt werden können. Die Gemeinde hat vielmehr von ihrem Rechte Gebrauch gemacht, den Spöl nur privatrechtlich zu behandeln. Jedenfalls stand nach dem

Vertrage das private dingliche Recht der Eidgenossenschaft der Konzessionierung eines Wasserwerkes entgegen oder doch gegenüber.

II. Eine weitere Rechtsfrage, welche die Öffentlichkeit in den letzten Jahren bewegte, ist die Frage nach der Zuständigkeit des Bundesrates im Falle der Konzessionierung von Grenzkraftwerken. Wir kennen den Art. 24^{bis} BV, wonach dem Bunde die Konzessionserteilung an Gewässerstrecken zusteht, welche die Landesgrenze bilden, bzw. nach Art. 7 WRG die Landesgrenze berühren. Das Bundesgericht hat dazu erklärt, daß der Bundesrat dann zuständig sei, wenn eine Gewässerstrecke an irgend einem Punkte die Grenze berühre, und der welsche Referent, Herr Dr. ZURBRÜGG, hat weiter ausgeführt, für den Bundesrat maßgebende Gewässerstrecken seien «aussi celles qui, sans toucher effectivement à la frontière nationale, sont réunies aux premières ou à celles qui sont situées à l'étranger, pour utiliser leur énergie hydraulique dans un seul et même aménagement.» Dies betreffe «aussi les sections entièrement nationales» (S. 294). Der Referent argumentiert hier mit den Verhältnissen der Grenzkraftwerke Valle di Lei und Emosson. Es darf aber nicht unbeachtet bleiben, daß der Bundesrat in einem anderen Falle eine Kraftwerkgruppe, welche die Grenze berührt, in einen «internationalen Ausbau» und in einen «kantonalen Ausbau» aufgeteilt hat, und nur für den «internationalen Ausbau» die Wasserrechtserteilung beanspruchte. Zur Begründung wurde angegeben: die kantonale Stufe sei «technisch und wirtschaftlich für sich allein ausführbar», ferner: die Konzessionärin habe «sich konzessionsmäßig verpflichtet, diese (das heißt: die kantonale Stufe) zu bauen, selbst wenn der oberliegende internationale Ausbau nicht kommen sollte» (Bbl. 1957 II, S. 6). Dieses Unterscheidungsmerkmal findet sich im Referate nicht aufgeführt. Man darf wohl daraus schließen, daß es nicht aufrecht erhalten wird. Es dürfte ein offenes Geheimnis sein: der Fall betraf den Spöl und – nach dem Wasserwerkssystem auch noch den Inn. Alles

lag da vor für eine bundesrätliche Konzession: die Einheit des Gewässers, die Einheit des Wasserhaushaltes, die Abstimmung der Energieproduktion auf das gesamte System, eine Gewässerstrecke, welche die Grenze berührt – und doch ging man von Grundsatz und Praxis ab. Inskünftig wird man gut daran tun, auf das tatsächliche Vorhaben der Wasserkraftnutzung und nicht auf ein bloß hypothetisches Vorhaben einer rein kantonalen Nutzung abzustellen.

III. Das welsche Referat sagt, die Initiativen und Referenden des Volkes in Wassersachen, womit gewiß die Rheinau-Initiative und das Spölreferendum gemeint sind, führten nicht zum erstrebten Ziele des Naturschutzes. Sie führen aber jedenfalls zur Entwicklung des Rechtes, hier des Wasserrechtes. Die Geschichte lehrt ja, daß große Entwicklungen stets ihre Ursprünge hatten in – vielleicht allerdings noch unbeholfenen oder ungehobelten – Maßnahmen des Volkes. Und jedenfalls ist der BV-Artikel 24^{sexies} über den Natur- und Heimatschutz eine sichtbare Folge der angezweifelte Vorgehen. Bis das Wasserwirtschaftsamt nämlich einen solchen Artikel vorgeschlagen hätte, hätte man wahrscheinlich sonst noch lange warten können. Zuzustimmen ist dem Referenten, wenn er für Natur- und Heimatschutz gesetzliche Vorschriften fordert. Aber es bestehen ja schon solche – auch auf Bundesboden. Da ist der Art. 22 des WRG zur Schonung und ungeschmälerten Erhaltung von Naturschönheiten, und wir haben nun ja auch den BV-Artikel 24^{sexies}, welcher dem Bunde unter anderem die Schonung oder ungeschmälerte Erhaltung des heimatlichen Landschaftsbildes vorschreibt. Natur- und Heimatschutz sind also, entgegen dem Eindrucke, den das Referat macht, nicht nur Sache der Kantone, sondern auch der Bundesämter, wie das Wasserwirtschaftsamt eines ist. Natur- und Heimatschutz sind jetzt schon auch Bestandteile unseres Wasserrechtes.

IV. Noch ein Blick auf unser Wasserrecht im allgemeinen! Unser Wasserrecht hat einerseits zu einer fast vollständigen

Ausnutzung der Wasserkräfte geführt und andererseits jene Verderbnis des Wassers zugelassen, welche unsere menschliche Existenz in höchstem Maße gefährdet. Das gibt Anlaß, nach der bisherigen Konzeption und namentlich nach der Ethik des Wasserrechtes zu fragen. Jedes Gesetz folgt ja einer gewissen Ethik, z.B. auch das ZGB. Da ergibt sich, daß das bisherige Ziel des Wasserrechtes wohl nur «die Nutzbarmachung der Wasserkräfte» war, ein rein materielles und materialistisches Ziel. Man hat das Wasser bloß als eine Handelsware und nicht als das schöpfungsmäßige Lebenselement behandelt, welches es in Tat und Wahrheit ist. So scheint es als angezeigt, fortan das volle Wesen des Wassers in die Mitte der Gesetzgebung zu stellen und von da aus zu bestimmen, wie man mit dem Wasser umgehen, mit ihm haushalten soll. Ein allgemeines, ethisch besser abgestimmtes Gesetz über den Wasserhaushalt mag uns in diesem Augenblicke vorschweben an Stelle der bisherigen Regelung von Teilfragen in Teilgesetzen ohne inneren, tieferen Zusammenhang.

M. HENRI-FRANÇOIS L'HARDY, avocat, Zurich :

Je ne puis que déplorer que, dans son rapport qui présente une fresque complète de l'aspect juridique du régime des eaux, M. ZURBRÜGG assène un coup fatal et définitif à l'art. 33 LFH. Je rappelle brièvement que cet article prévoit que «si des usiniers retirent un profit durable et important d'installations que des tiers ont établies à leurs frais, ils peuvent être astreints par ces tiers à contribuer aux frais de construction et d'entretien, à condition toutefois qu'ils profitent effectivement des avantages obtenus et que la contribution n'excède pas la valeur des bénéfices qu'ils réalisent».

M. ZURBRÜGG met cette disposition légale en parallèle avec celle de l'art. 32 qu'il considère comme étant son corollaire obligatoire; sur la base de cette disposition, en effet, l'usiner contraint à contribution peut exiger qu'il soit tenu compte de ses intérêts. Aussi le rapporteur tire-t-il la conséquence suivante: «Si les usagers situés à l'amont tiennent à

leur indépendance et veulent éviter la constitution obligatoire d'une société de tous les intéressés, ils feront donc bien de ne pas tenter d'obtenir l'application de l'art. 33 LFH qui, selon l'expression de BURCKHARDT, est issu du cerveau d'un technicien.» Certes, il est bien évident que jusqu'ici cette disposition n'a guère connu d'application; seul un arrêt du Tribunal fédéral, cité d'ailleurs par le rapporteur, l'évoque et encore, si mes souvenirs sont exacts, s'agit-il dans cette espèce d'une application de cette disposition légale dans un cas relativement particulier. Pourtant, doit-on pour autant condamner cet art. 33 sans appel? Si tel était le cas, ce serait reconnaître que le législateur a voulu orner son œuvre d'une fleur de rhétorique sans aucune portée juridique. Or, une telle conclusion me paraît quelque peu hâtive.

Il s'agit, me semble-t-il, avant tout d'examiner des cas concrets. Dans le canton du Valais, un certain nombre de bassins d'accumulation ont été aménagés qui, dans leur totalité, ont pour effet de déplacer sur la période d'hiver quelque huit cents millions de m³ d'eau qui, normalement, auraient coulé en été dans le Rhône. Etant donné la valeur nettement plus élevée de l'énergie d'hiver, il n'est pas difficile de comprendre le bénéfice qu'en retire un usinier dont les installations se trouvent utiliser le débit du Rhône au fil de l'eau. La situation est au reste la même en ce qui concerne l'Aar ou le Rhin.

Dans la plupart des cas, l'usinier qui se trouve en aval bénéficie d'une régularisation du cours d'eau sans qu'il ait à subir un préjudice quelconque, car son usine est en règle générale dimensionnée de telle manière que la production d'été n'est pas diminuée par rapport à la situation antérieure, mais qu'en revanche, cet usinier enregistre une augmentation très sensible de sa production d'hiver. Le bénéfice réalisé est donc indéniable. Dans ces circonstances, doit-on obligatoirement lier l'application de l'art. 33 à celle de l'art. 32? Il n'y a apparemment aucune raison de le faire; même si le propriétaire des installations situées en amont utilise les eaux accumulées au gré de ses besoins, cela ne saurait présenter un désa-

vantage pour l'usinier situé en aval, comparativement à sa situation antérieure. Au contraire, de toute manière ses installations seront régularisées. Ce ne sera, à ce moment-là, plus qu'une question de mesure concernant le bénéfice effectivement réalisé, mais il n'est pas nécessaire qu'il ait pour autant un droit de regard dans l'exploitation de l'installation qui le domine, car pour lui ce sera de toute manière tout bénéfice. Peut-être l'application de l'art.33 pourrait-elle présenter des difficultés lorsqu'il s'agit de cours d'eau inter-cantonaux, bien que je considère que là encore les problèmes que cela soulèverait ne seraient pas insurmontables; mais l'on peut très bien imaginer que l'usine située en amont et l'usine située en aval soient sises dans le même canton et utilisent toutes deux des forces hydrauliques qui entrent dans la souveraineté de ce canton.

Aujourd'hui, chacun le sait, la mise en valeur des forces hydrauliques de notre pays touche à sa fin. Les quelques sites encore aménageables sont économiquement évidemment moins favorables que ceux qui ont déjà été utilisés. On peut donc se demander si, en montrant plus de souplesse dans l'application de l'art.33, les autorités ne favoriseraient pas, dans une certaine mesure, la mise en valeur des forces hydrauliques encore disponibles, puisqu'elles permettraient peut-être d'améliorer la rentabilité des usines qui les utiliseraient.

Dès lors, il me semble que la question mériterait d'être réexaminée, car, à mon sens, il y va de l'utilisation complète et rationnelle des forces hydrauliques de notre pays.

Prof. Dr. HANS HUBER, Bern:

Auch heute noch, rund zehn Jahre nach dem Inkrafttreten des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, ist in den schweizerischen Seen im Landesdurchschnitt die Zunahme der Verschmutzung durch Bevölkerungsvermehrung und Industrieabwässer wesentlich größer, als die Abnahme der Verschmutzung durch die Erstellung von Reinigungsanlagen. Der Übelstand hängt freilich auch damit zusammen,

daß die Sanierung eines ruhenden Gewässers, wenn überhaupt, viel langsamer vor sich geht, als die Besserung an einem fließenden Gewässer.

Man fragt sich, wieso das Gewässerschutzgesetz so wenig wirksam ist. Es besitzt mehrere schwere Mängel. So beruht es auf einer wenig glücklichen Verbindung polizeirechtlicher Regelung mit der erforderlichen Sanierung der bestehenden Verhältnisse. Auch seine Gesetzestechnik ist unbefriedigend, wie aus der Äußerung von Professor GIESEKE hervorgeht, den Herr Prof. SCHINDLER mit Recht zitierte. Ferner sind die Vollziehung des Gesetzes und die Bundesaufsicht ungenügend.

Ich möchte jedoch einige Bemerkungen machen, die den Bundesstaat und das Bundesstaatsrecht im engeren Sinn berühren.

Die Schweiz ist wohl derjenige Bundesstaat, in dem die Vollziehung der Verwaltungsgesetze des Bundes am meisten den Gliedstaaten übertragen ist, ungefähr nach dem bekannten Wort von Bundesrat RUCHONNET: «Unification, mais pas centralisation». Die Schweiz bildet in dieser Hinsicht geradezu einen eigenen Typus des Bundesstaates.

Nun stellt sich aber weiter die Frage, wieso denn die Kantone so willfährig und geduldig sind, wenn neue Gesetze des Bundes ihnen neue Vollziehungsaufgaben die Fülle auferlegen.

Daß die Kantone bundesrechtlich verpflichtet sind, das Bundesrecht getreulich anzuwenden, ist noch keine hinreichende Erklärung, abgesehen davon, daß gerade beim Gewässerschutz die Formulierung der Pflichten der Kantone gesetzestechnisch unvollkommen ist. Ebenso ist der Hinweis auf das Institut der Bundesaufsicht keine genügende rechts- und staatssoziologische Begründung. Schließlich bietet auch die Möglichkeit der Bundesexekution, dieser ultima ratio, nicht den erwarteten Aufschluß.

Es muß also offenbar für die Kantone noch andere, außerrechtliche Antriebe geben.

Wo sich bei der Anwendung der Verwaltungsgesetze des

Bundes Ermessensfragen stellen, liegt ein Anreiz darin, daß die Kantone das Ermessen in einem gewissen Rahmen nach ihrer Überzeugung und nach ihren Bedürfnissen betätigen und so Einfluß nehmen können. Allein auch dies ist für sich allein noch keine befriedigende Deutung.

Nehmen wir einige Beispiele:

Das Wasserbaupolizeirecht des Bundes wird durch die Kantone sorgfältig vollzogen, weil die Vermeidung von plötzlichen Überschwemmungsschäden in ihrem eigenen, augenfälligen Interesse liegt und weil außerdem hohe Bundessubventionen winken.

Die Forstpolizeigesetzgebung des Bundes betrifft ein Sachgebiet, auf dem neben den öffentlichen Interessen an der Erhaltung des Waldes immerhin die Holzerträge die polizeilichen Schranken des Bundesrechts einigermaßen erträglich machen. Die Ertragserzielung wird durch Planung aus polizeilichen Motiven nicht unmöglich gemacht, sondern nur auf lange Zeit ausgedehnt. Ferner leistet der Bund auch im Forstwesen große Beiträge. Beim Gewässerschutz dagegen existiert keine positive Nutzung, die es zu erhalten und zu schonen gelten würde.

Bei der Epidemie- und Tierseuchengesetzgebung müßten sich die Kantone vor der öffentlichen Meinung und vor großen eigenen finanziellen Aufwendungen fürchten, wenn sie das Bundesrecht nicht gewissenhaft anwenden würden. Die menschliche Gesundheit und das im Vieh bestehende Vermögen der Bauern hängen davon ab.

Es gäbe noch weitere Beispiele. Beim Gewässerschutz dagegen fehlte jedenfalls bisher ein solcher Antrieb in dem erforderlichen Maß, obwohl in der Bevölkerung die Unruhe schon lange groß war.

In einer Gemeinde, in der das Gewerbe einflußreich ist und die nicht über allzuviele Mittel verfügt, wird gewöhnlich der Wohnungsbau dem Bau von Reinigungsanlagen vorangestellt. Man kann darüber in aller Ruhe und Objektivität berichten. Warum wird der Bau von Reinigungsanlagen hintangestellt? Weil die einheimischen Handwerker und

Unternehmer der verschiedenen Branchen, die Zimmerleute, die Dachdecker, die Installateure usw. bei der Erstellung von Wohnhäusern und später bei den Reparaturen viel mehr Beschäftigung und Verdienst finden, als beim Bau von Kläranlagen.

Nun muß jedoch auch ein wichtiger, mehr juristischer Hinweis gemacht werden: Wenn auf einem Sachgebiet die verwaltungsmäßige Vollziehung des Bundesrechts gesetzessakzessorisch ist, wie man in Deutschland sagt, d.h. wenn sie sich gänzlich oder fast ganz in der Anwendung von Normen auf Tatbestände erschöpft, z.B. auf Tatbestände, die sich nur hin und wieder einstellen, wie vorwiegend etwa in der Lebensmittelpolizei, so stößt die Übertragung der Anwendungsfunktion auf die Kantone auf keine großen Hindernisse, und jener Antrieb der Kantone braucht nicht besonders stark zu sein.

Beim Gewässerschutz verhält es sich grundlegend anders. Da ist die Verwaltung im wesentlichen gerade nicht gesetzessakzessorisch. Sondern sie besteht im Kern in der Erstellung von Werken und Anlagen mit einem großen und vielfältigen Aufwand, mit beträchtlichen Schwierigkeiten bei der Standortswahl, bei der Führung der Sammelkanäle, bei der Finanzierung, beim Zusammenschluß und Zusammenwirken mehrerer Gemeinden oder von Gemeinden und Unternehmungen. Oder sie besteht im Fordern solcher Anlagen, im Anspornen und Beaufsichtigen.

Hier liegt meines Erachtens eine bedeutende Ursache der relativen Unwirksamkeit des Gesetzes. Beim Gewässerschutz ist wie gesagt die Gesetzesvollziehung anders geartet, als z.B. bei der Lebensmittelpolizei. Sie erheischt eine Vielzahl solcher Anlagen im ganzen Land, und dafür fehlte es bisher an einem solchen Motor. Beim Nationalstraßenbau sah man das ein, beim Gewässerschutz nicht. Beim Nationalstraßenbau herrscht die Grundkonzeption von einer konstruktiven nationalen Aufgabe, die nur durch den sogenannten kooperativen Föderalismus gelöst werden kann, durch ein Zusammenwirken von Bund, Kantonen und Gemeinden sowie der

Privatwirtschaft. Beim Gewässerschutz dagegen preßte man die dringend notwendige und gigantische Abhilfe in das praktisch ungeeignete Begriffspaar «Rechtsetzung» (durch den Bund) und «Vollziehung» (durch die Kantone). Schon der Verfassungsartikel 24^{quater} selber läßt sich zu sehr von dieser Vorstellung leiten, was die Kantone zu tun hätten, sei Rechtsanwendung wie anderswo.

Wenn man sich in die Entstehungszeit des Gesetzes zurückversetzt, wie es auch Professor SCHINDLER empfiehlt, muß man freilich festhalten, daß damals noch große Widerstände zu verzeichnen waren, namentlich von seiten der Finanzverwaltung und der Industrie. Man muß ja auch zugeben, daß irgendwohin die Abwässer geleitet werden müssen.

Bundesaufsicht und Bundessubventionierung bilden heute keinen genügenden Ersatz. Die Bundesaufsicht ist in ihrer personellen und sachlichen Ausstattung und in ihrer Funktion äußerst schwach. Die Bundessubventionen stellen keinen richtigen Anreiz dar, weil sie zu niedrig sind und weil zu wenig berücksichtigt ist, daß sich auch in finanzstarken oder mittelstarken Kantonen finanzschwache oder «ausflüchtige» Gemeinden befinden können und daß der interkommunale Finanzausgleich nicht überall gut angelegt ist. Das ist auch der einzige Punkt, in dem ich von dem vorzüglichen, vollständigen und höchst verdankenswerten Referat von Herrn Kollege SCHINDLER abweiche: Er bezeichnet die Bundessubventionierung nach der letzten Verordnungsänderung nun als großzügiger, ich finde sie immer noch ganz unzulänglich in Anbetracht des Zustandes unserer Gewässer und der noch drohenden Gefahren. Allerdings sagte Herr Kollege SCHINDLER heute morgen mit Recht, eine Gesetzesrevision dürfe nicht allein oder nicht vorwiegend in einer Subventionserhöhung bestehen. Und gewiß ist die Vermehrung von Bundessubventionen manchen von uns nicht sympathisch. Allein es ist doch eine alte Erfahrung in unserer Eidgenossenschaft, daß sie oft noch die einzige Stimulierung sind, wenn andere Antriebe ausbleiben. Die Bundessubven-

tionen für Wildbachverbauungen und Gewässerkorrekturen können z.B. heute noch sechs- und siebenmal höher sein, als die für den Gewässerschutz. Man kann wohl nicht allgemein einwenden, daß die schädlichen Folgen von Überschwemmungen örtlich viel weiterreichend seien, als die von Gewässerverschmutzungen. Und dann kommen auch unsere völkerrechtlichen Verpflichtungen als Anlieger- oder Oberliegerstaat hinzu. Nicht recht einleuchten will mir, daß Kläranlagen leicht durch die Erhöhung der Wasserverbrauchszielen finanziert werden könnten. Die großen Wasserverbraucher sind lange nicht immer mit den großen und gefährlichen Abwasserlieferanten identisch. Wollte man bei der Bemessung der Abgabe außer auf die Wassermenge auch auf den Verunreinigungsgrad abstellen – wenn sich dies technisch machen ließe –, so bestände wohl doch die Gefahr der Verzögerung der Erstellung der Reinigungsanlagen, indem die Abwasserlieferanten sich in ihrem Bewußtsein und in der Öffentlichkeit sagen würden, sie hätten sich gleichsam einstweilen losgekauft.

Ich komme zum Schluß: Ein großer Fehler wurde auch begangen, als das Bundesgesetz in Kraft gesetzt wurde, bevor die Kantone mit ihren Ausführungsbestimmungen, mit ihrem Behördenapparat, ihren Zuständigkeiten und Verfahren bereit waren. Gerade die Mißstände im Strafwesen, auf die Herr SCHINDLER zu sprechen kam, haben ihre Ursache zu einem großen Teil da. In Deutschland nennt man solche Gesetze heute etwa Alibigesetze. Der Gesetzgeber will sich ein billiges Alibi verschaffen und kümmert sich zu wenig um die Bereitschaft dafür, daß sein Produkt überhaupt wirksam werden kann. Dadurch dauerten Unterlassungssünden und Nachlässigkeiten in einer gewissen Unordnung und Unklarheit fort, als dann die Kantone allmählich bereit waren. Warum befolgte man nicht das altbewährte Rezept, den Kantonen eine Frist zu bestimmen und ihnen notfalls den Verordnungsweg zu eröffnen oder als Ersatzvornahme eine bundesrätliche Verordnung für einen säumigen Kanton zu er-

lassen und das Bundesgesetz erst auf diesen Termin in Kraft zu setzen?

Hoffentlich wird dieser Juristentag in meiner lieben Vaterstadt St. Gallen einen Markstein setzen für die Vervollkommnung des Gewässerschutzes und des Rechts des Gewässerschutzes, für die Stärkung des Bewußtseins von seiner Dringlichkeit im Volk und noch mehr in den Behörden, für die Beseitigung der noch vorhandenen Widerstände, besonders aber für die Haltung eines jeden von uns, sein Einstehen für die Reinheit des Wassers.

Dr. HANS BRUNNER, Rechtsanwalt, St. Gallen:

Herr Prof. SCHINDLER führt auf S. 456 seines Referates aus, daß die auf Grund des Gewässerschutzgesetzes durchzuführenden Maßnahmen zu schweren Eingriffen in das Privateigentum führen können. Er erwähnt die Schließung von Betrieben und Bauverbote über bestimmte Grundstücke und fügt bei, daß in solchen Fällen «zweifellos» die Grundsätze über die Entschädigungspflicht bei materieller Enteignung Anwendung finden.

Ich habe aus folgenden Gründen Zweifel, ob die Grundsätze der materiellen Enteignung im Bereiche des Gewässerschutzes zu Entschädigungsansprüchen führen können:

1. Der Eingriff ist polizeilicher Natur. Es geht um die Abwendung von Gefahren, insbesondere um den Schutz der öffentlichen Gesundheit. Der Verunreiniger ist Störer im polizeirechtlichen Sinne. Das Gebot der Unterlassung einer Störung macht nicht entschädigungspflichtig.

2. Die bisherige Einleitung war nicht rechtmäßig; meist war sie sogar strafbar. Dies war in der Regel schon vor dem Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes so. Es ist an die Fischereigesetzgebung und an Art. 679 ff. ZGB zu denken. Man kann darum nicht sagen, daß dem Betroffenen ein bisher rechtmäßig ausgeübter Gebrauch seines Grundeigentums verwehrt werde.

3. Die Eigentumsbeschränkung auf Grund des Gewässerschutzgesetzes ist ganz allgemeiner Natur. Da jedermann ihr Adressat ist, verletzt der Ausschluß einer Entschädigung die Rechtsgleichheit nicht. Wo ein Schaden bei der Anwendung des Gesetzes entsteht, ist dies nicht – wie beim Plan – auf ein gestaltendes menschliches Handeln, sondern auf eine sachliche, meist eine natürliche Situation zurückzuführen.

Es drängt sich hier die Parallele zur eidgenössischen Forstgesetzgebung auf. Diese beschränkt den Eigentümer von Waldgrundstücken auf eine der ertragsärmsten Nutzungsarten. Eine Entschädigungspflicht des Gemeinwesens besteht unbestrittenerweise nicht, obwohl das Gesetz die Entschädigungspflicht nicht ausdrücklich ausschließt.

In den Referaten wird das Beispiel einer Zellulosefabrik erwähnt, deren Betrieb wegen ungenügender Reinigung ihrer Abwässer eingestellt wurde. Diese Verfügung wurde von der Kantonsregierung auf Anweisung des Bundesrates als Oberaufsichtsbehörde ausgesprochen. Nach der Auffassung von Herrn Prof. SCHINDLER würde hier wohl eine Entschädigungspflicht bestehen, wobei er in solchen Fällen den Kanton als Adressaten der Entschädigungsforderung bezeichnet. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Kantone ja nur das Bundesrecht anwenden. Der Gesetzesvollzug ist in diesen Fällen durchaus gesetzesakzessorischer Natur. Wenn ein Akt eine Entschädigungspflicht auslösen würde, so wäre es das Bundesgesetz, nicht die Verfügung, in welcher dieses Gesetz angewendet wird.

Man muß sich aber fragen, ob die Frage der Entschädigungspflicht bei Anwendung des Gewässerschutzgesetzes nicht durch BGE 79 I 230 ff. bereits negativ entschieden worden ist. Dort wurde festgestellt, daß die Ablehnung einer Baubewilligung mangels einwandfreier Beseitigung der Abwasser nicht gegen die Eigentumsgarantie verstößt.

Die Annahme, daß die Grundsätze der materiellen Enteignung bei Anwendung des Gewässerschutzgesetzes zur Entschädigungspflicht führen können, scheint mir nicht nur

mit den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen nicht zu harmonisieren, sondern auch den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung ernstlich zu behindern.

Dr. FELIX BENDEL, Sekretär am Bundesgericht,
Lausanne:

Der deutschsprachige Herr Referent hat die Auslegung des Gewässerschutzgesetzes in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen gestellt; mit guten Gründen hat er dabei die verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkte besonders hervorgehoben. Es scheint mir indessen nützlich, die Frage der Zwangsmaßnahmen verwaltungsrechtlicher Natur noch etwas eingehender zu betrachten. Ich will mich nicht zu den Zwangsmaßnahmen des Bundes gegenüber Kantonen (vgl. Referat SCHINDLER, S.445) oder von Kantonen hinsichtlich säumiger Gemeinden äußern. Ich möchte mich vielmehr auf die verwaltungsrechtlichen Zwangsmaßnahmen des Gemeinwesens gegenüber Privaten beschränken.

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zu Art.2 GSchG erkannt (BGE 84 I 155 und 86 I 195), daß auf diese Bestimmung konkrete Maßnahmen vorbeugenden und repressiven Charakters abgestützt werden können. Es hat ferner gefunden, daß auf diesem Gesetzesartikel fußend dem einzelnen Schutzmaßnahmen für Grundwasser überbunden werden können. So erklärt BGE 90 I 195 ff., daß ein Tankbesitzer verhalten werden kann, eine vermehrte Sicherheit bietende Konstruktion für seinen Heizöltank zu wählen. Ohne Zweifel hat der belastete Private die daraus erwachsenden – zusätzlichen – Kosten zu tragen. Wie steht es jedoch, wenn bei einem Ölverlust ein Kanton gezwungen ist, selbst Sicherungs- und Beobachtungsvorkehren zum Schutze benachbarten Grund- oder Trinkwassers anzuordnen, einfach weil dem Privaten die Möglichkeit fehlt, fachgemäß vorzugehen und fremdes – öffentliches oder privates – Eigentum in Anspruch zu nehmen? Ist der Verursacher der Gefährdung verpflichtet, die Schutzmaßnahmen zu finanzie-

ren? Oder muß er dies nur dann tun, wenn er nach zivilrechtlichen Haftpflichtnormen für einen Schaden, falls er eintreten sollte, verantwortlich wäre?

Um das Problem leichter faßbar zu machen, möchte ich einen Tatbestand anführen, den ich dem Deutschen Verwaltungsblatt (Jahrgang 1964, S.683) entnehme und der vom Obergerverwaltungsgericht Münster am 3. Oktober 1963 beurteilt worden ist:

Ein Tanklastwagen war auf der Autobahn umgekippt. Die Unfallstelle lag im Bereich der Stadtgemeinde K. und im Einzugsgebiet eines etwa 500 m südlich gelegenen Wasserwerkes. Da die Gefahr bestand, daß die in den Boden gesickerten 10 000 l Öl den ungefähr 7 m unter der Erdoberfläche verlaufenden Grundwasserstrom erreichen würden, versuchte die sofort herbeigerufene Feuerwehr der Stadt K., das Öl abzupumpen oder abzubrennen. Da beides mißlang, wurde durch – zivilrechtlich – beauftragte Unternehmer der verseuchte Boden unverzüglich abgeräumt. Grundwasser wurde schließlich nicht in Mitleidenschaft gezogen. Das Obergerverwaltungsgericht Münster hat bei diesen Gegebenheiten gefunden, daß der Eigentümer des Tanklastwagens von der Ordnungsbehörde auf Ersatz der Kosten, die ihr durch das Abräumen des verseuchten Gebietes entstanden seien, in Anspruch genommen werden könne. Könnte nun, auf schweizerische Verhältnisse übertragen, der Eigentümer des Tanklastwagens gestützt auf Art. 12 GSchG mit den Kosten dieser von der Behörde direkt vorgenommenen, dringlichen Schutzmaßnahmen belastet werden?

Herr Prof. SCHINDLER hat in seinem Referat (S. 489) die Meinung vertreten, diese Bestimmung erfasse trotz des weiteren Randtitels «Zwangsmaßnahmen» nur die Ersatzvornahme, so wie sie von der klassischen Lehre des Verwaltungsrechtes verstanden werde. Die bundesrätliche Botschaft zu Art. 11 des Entwurfes scheint seine Auffassung zu bestätigen. Trotzdem zweifle ich daran, daß es dem Wortlaut des Gesetzes notwendig entspricht, dem Begriff «Ersatzvornahme» nur den klassischen Sinn beizulegen.

Polizeiliche Maßnahmen, die ihrer zeitlichen oder sachlichen Notwendigkeit wegen direkt von der Behörde ausgehen, nennt die neue deutsche Gesetzgebung und Literatur vielfach «die unmittelbare oder sofortige Ausführung einer polizeilichen Maßnahme». Beigefügt sei, daß in diesem Falle die unmittelbare oder sofortige Ausführung vom unmittelbaren Zwang unterschieden wird, welcher eines der Zwangsmittel zur Durchsetzung einer vorher erlassenen Polizeiverfügung darstellt, dieser also regelmäßig nachfolgt und gerade nicht zeitlich unmittelbar mit ihr zusammenfällt (vgl. Drews-Wacke, Allg. Polizeirecht, 7. Aufl., S. 299). Am angeführten Ort wird weiter dargelegt, eine unmittelbare oder sofortige Ausführung könne auch in anderer Form, durch ein anderes Zwangsmittel als den «unmittelbaren Zwang», durchgesetzt werden, nämlich durch Ersatzvornahme. Wenn die Polizei- oder Ordnungsbehörde auf ein akut baufälliges Haus stoße, so könne sie auch ohne vorherige Benachrichtigung des Eigentümers die Schäden durch einen sogleich von ihr beauftragten Unternehmer beseitigen lassen. Dies aber sei Ersatzvornahme. So habe das Preußische Obergerverwaltungsgericht, das Obergerverwaltungsgericht Münster, der Hessische Verwaltungsgerichtshof und das Obergerverwaltungsgericht Hamburg entschieden. Der Unterschied zwischen diesen beiden Formen der unmittelbaren Ausführung sei wichtig, weil bei der Ausführung durch unmittelbaren Zwang die entstehenden Kosten Polizeikosten seien, bei der Ersatzvornahme aber von dem Verpflichteten eingezogen werden können. In gleichem Sinne spricht sich Merk aus (Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, S. 961), wenn er sagt: «Die Ersatzvornahme muß, abgesehen von dem Falle der unmittelbaren Ausführung – wie bei Gefahr im Verzug – ... vorher angedroht werden ...» Anhaltspunkte zu einer Auslegung in dieser Richtung finden sich zudem bei Ruck. Er führte in Band I seines Verwaltungsrechtes (S. 131 der 3. Aufl.) aus, der Ersatzvornahme gehe in der Regel eine Androhung und Fristansetzung voraus. Er nimmt von der

genannten Verfahrenseinleitung bei Ersatzvornahme indessen den Fall aus, daß Gefahr im Verzug sei.

Geht man von dem im Sinne der deutschen Literatur und Rechtsprechung verfeinerten Begriff der Ersatzvornahme aus, so können die eingangs aufgeworfenen Fragen wie folgt beantwortet werden: Auch für den Fall einer unmittelbaren oder sofortigen Ausführung unerläßlicher Schutzmaßnahmen durch die Behörde hat das Gewässerschutzgesetz in Art. 12 eine Regelung der Kostenersatzpflicht getroffen. Ob der Verursacher der jähen Gefährdung nach zivilrechtlichen Haftpflichtnormen für einen Schaden verantwortlich wäre, ist demnach für den Entscheid des Verwaltungsrichters belanglos. Diese Auslegung entspricht überdies einem Votum, das Nationalrat ZIGERLI anläßlich der 9. Sitzung der außerparlamentarischen Kommission zur Prüfung des Entwurfes abgegeben hat. Er wies nämlich bei der Beratung des jetzigen Art. 12 (Zwangsmaßnahmen) auf die Notwendigkeit hin, den Kantonen einen möglichst weiten Spielraum zu lassen, damit sie diejenigen Maßnahmen ergreifen können, die unter den gegebenen Umständen am ehesten zum Ziele führen.

Dr. MARTIN USTERI, Rechtsanwalt und
Privatdozent, Zürich:

Ich erscheine heute nicht aus eigenem Antriebe, sondern auf Präsidialverfügung hin, und zwar wirklich nur als Lückenbüßer, nachdem die Wissenschaft vom öffentlichen Recht an der Universität Zürich heute so vorzügliche und wesentliche Beiträge zum Gewässerschutz geleistet hat. Meine Ausführungen sind daher nur einige Anregungen zur Diskussion. Vielleicht kommt man beim Weiterdenken derselben etwas vorwärts. Man wird nämlich überlegen müssen, ob nicht Rechtsbehelfe gegen behördliches Unterlassen im Schutzrecht bereits vorhanden seien oder relativ leicht eingeführt werden könnten. Die Frage des behördlichen Unterlassens ist denn auch in der Konsequenz eine weitere Frage,

die Frage der Ersatzvornahme, – nicht im vorhin besprochenen Sinne von Gemeinwesen zu Privaten, sondern im Verhältnis von Gemeinwesen zu Gemeinwesen. Die Instanz und die Umschreibung der Aufgabe dieser Ersatzvornahme von Gemeinwesen zu Gemeinwesen und von entsprechenden Rechtsbehelfen sind nicht ganz einfach. Man wird auf die bestehende Aufsichtsbeschwerde oder Rechtsverzögerungsbeschwerde hinweisen. Diese Rechtsbehelfe genügen aber nicht, denn sie beschleunigen bekanntlich keineswegs das behördliche Handeln, sondern verzögern es nach der Erfahrung noch mehr. Man wird also ein wirksames Mittel ausfindig machen müssen, und hier könnte es wohl Nachbildungen zum bundesstaatlichen Institut der Ersatzvornahme geben. Dieses Institut wurde bekanntlich in der Schweiz bisher wenig angewandt, aber man wird es eben wieder zum Leben erwecken müssen. Man wird insbesondere den dabei entwickelten Grundsatz, daß die finanziellen Lasten zulasten des Säumigen gehen, in Berücksichtigung ziehen und dabei vielleicht doch die heute als säumig angeklagten Kantone etwas in Bewegung bringen können. Ferner wird man sich befassen müssen mit dem in Deutschland eifrig diskutierten Institut der Verfassungsbeschwerde wegen behördlichem Unterlassen. Also auch dieses Institut wird in den Interessenbereich unserer schweizerischen Betrachtungen kommen. Im Referat von Herrn Prof. SCHINDLER wurde vorgeschlagen, daß, recht politisch gesehen, neue Organe zu bestellen seien. Man wird sich aber auch in dieser Beziehung fragen können, ob es nicht praktische Maßnahmen gebe, um die bestehenden Organe effektiver zu gestalten, und hier mag es vielleicht eine etwas überraschende Anregung geben. In Ihrem Kreise sind die Bedenken des Sprechenden gegen die politische, insbesondere machtpolitische Betätigung der Schweizer Frau im öffentlichen Leben bekannt; es würde sich aber doch wohl fragen, ob bei diesen Gewässerschutzorganen unsere Schweizer Frauen nicht doch ein rascheres Tempo als Hüterinnen unserer Hygiene einschlagen würden.

Prof. Dr. MAX IMBODEN, Basel:

Manchem fällt es nicht leicht, im Gewässerschutz den rechtlichen Aspekten wesentliche Bedeutung zu geben. Im Vordergrund unserer Interessen und unserer Befürchtungen steht doch vor allem das Tatsächliche. Um mich blumig auszudrücken: das schmutzige Wasser steht uns bereits am Hals. Darf ich Ihnen ein illustrierendes Beispiel dafür geben, in was für Widersprüchlichkeiten wir uns bewegen. Ich hatte einmal für eine im Schweizerland wohlbekannte Gemeinde bei der Lösung einer wasserrechtlichen Frage mitzuwirken. Als ein Grundeigentümer dieser Gemeinde neu baute, wurde er mit ungewohnt schweren Auflagen hinsichtlich individueller Gewässerschutzanlagen belastet. Er mußte eine sehr große Hausklärgrube erstellen. Bei der Besichtigung habe ich die Frage gestellt, was mit dem Schlamm geschehe, der nachher durch einen öffentlichen Dienst den Klärgruben entnommen wird. Die Frage hat zunächst peinliches Schweigen ausgelöst. Es ist mir dann schließlich erklärt worden, für die Zukunft sei zwar eine ideale Lösung getroffen worden; die gegenwärtige Lage sei jedoch noch nicht befriedigend: der Schlamm werde herausgenommen und dann in den nahen Fluß befördert.

Mit guten Gründen hat heute der Schweizerische Juristenverein die Aufmerksamkeit auf die rechtlichen Aspekte gelenkt. Unklarheiten über rechtliche Gegebenheiten haben, wie ich glauben möchte, wesentlich dazu beigetragen, daß wir die wichtige Aufgabe des Gewässerschutzes nicht genügend wirksam erfüllen. Darf ich Ihnen das an einem Beispiel entwickeln. Wer aus einem Betrieb oder einem Privathaus gebrauchtes Wasser in ein öffentliches Gewässer einleitet, tut dies in der Regel auf Grund eines Rechtstitels. Es soll zwar auch solche geben, die es ohne Rechtstitel tun. Sie haben sich die Befugnis einmal herausgenommen, ohne jemand um Erlaubnis zu fragen. Das sind dann juristisch gar nicht immer die einfachsten Fälle. Die lange Zeit der tatsächlichen Ausübung kann nämlich doch irgendwie legali-

sierend gewirkt haben. Aber sehen wir von diesen Fällen ab, dann lassen sich ganze Stufenleitern möglicher Rechtstitel unterscheiden. Der eine beruft sich auf ein altes Privatrecht. Ein anderer stützt sich auf eine Konzession, auf eine Sondernutzungskonzession. Es ist ihm im Sinne einer unentziehbaren Befugnis erlaubt worden, Wasser dem Fluß oder dem Grundwasser zu entnehmen und dann nach Gebrauch wieder in den Fluß einzuführen. Ein weiterer findet den Rechtstitel in einer schlichten Bewilligung, die ihm befristet oder unbefristet erteilt wurde. Mancher schließlich hat seine Erlaubnis nur auf Zusehen hin erhalten. Die Mehrzahl aller Bewilligungen ist noch vor Inkrafttreten des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes erteilt worden. Über die Tragweite dieser vorbestandenen Bewilligungen besteht in vielen Kantonen eine fundamentale Unklarheit. Man scheut sich, an diesen Bewilligungen zu rühren; man wagt nicht, den Bewilligungsinhabern nachträglich zusätzliche Auflagen zu überbinden. Oft bleiben die Träger alter Bewilligungen von jeglichen Schutzmaßnahmen verschont. Das Bundesrecht läßt es zwar zu, auch die Inhaber alter Bewilligungen zu Schutzvorkehrungen zu veranlassen. Aber die eidgenössischen Vorschriften sind zu wenig klar und zu wenig imperativ. Mitunter werden die Befugnisse der Inhaber alter Bewilligungen geradezu als wohlerworbene Rechte angesehen. Hier stellt sich eine bedeutsame grundsätzliche Rechtsfrage: Kann es Inhalt eines wohlerworbenen, d.h. eines unentziehbaren Rechtes sein, gebrauchtes Wasser ungeklärt dem öffentlichen Gewässer zurückzugeben? Diese These wird vertreten. Sie dürfte indessen rechtlich nicht begründbar sein. Also dürfen die Gewässerschutzmaßnahmen nicht vor den Inhabern wohlerworbener Rechte Halt machen. Noch weniger dürfen sie vor den Inhabern vorbestandener schlichter Bewilligungen Halt machen. Aber die Praxis tut das doch. Die Folge ist die, daß die Rechtsgleichheit in einem untragbaren Maße beeinträchtigt ist. Wer neu baut, trägt die vollen Lasten des individuellen Gewässerschutzes; wer dagegen früher gebaut hat, kann große Wassermengen ungeklärt ins öffentliche Gewässer ein-

lassen. Der Petent einer neuen Bewilligung ist in allem sehr viel schlechter gestellt. Sehr viel schlechter gestellt ist aber auch derjenige, in dessen Bewilligung sich zufällig ein Vorbehalt künftiger Rechtsänderung findet. Und sehr viel schlechter gestellt ist schließlich im allgemeinen auch derjenige, der direkt einleitet. Bevorzugt wird m. a. W. derjenige, der nur indirekt einleitet, der also sein Wasser zunächst an eine öffentliche Kanalisation abgibt. Trifft das zu, wird vielfach angenommen, es sei Aufgabe des Trägers des Kanalisationsnetzes, für die Klärung zu sorgen.

Wie läßt sich gegenüber derart stoßenden Ungleichheiten eine einigermaßen gleichmäßige Belastung herbeiführen? Es gäbe, wie ich glaube, eine Institution, die die Gleichheit der Belastung gewährleisten könnte. Es würde sich um eine neue Institution handeln, nämlich um die Auferlegung einer finanziellen Ausgleichsabgabe. Wer nicht selbst zu Gewässerschutzmaßnahmen verpflichtet werden kann und wer auch nicht dazu verpflichtet wird, sollte mit einer Sonderabgabe belastet werden. Diese Abgabe wäre nach zwei Kriterien abzustufen, nämlich nach dem Verschmutzungsgrad einerseits und nach der Menge des zugeleiteten Wassers andererseits. Die Gelder, die diese Sonderabgabe einbringt, könnten für öffentliche Gewässerschutzmaßnahmen verwendet werden. Ich glaube, daß sich damit die Gleichheit wieder einigermaßen herstellen ließe. Wahrscheinlich aber bedürfte es zur Verwirklichung dieses Gedankens einer noch zu schaffenden Grundlage im Bundesrecht.

Dr. GOTTFRIED STIEFEL, Advokat, Winterthur:

Darüber, daß Maßnahmen zur Behebung der Gewässerverschmutzung dringend sind, gibt es nur eine Meinung. Das kommt auch zum Ausdruck in den Referaten der beiden Referenten. Herr Dr. ZURBRÜGG schrieb z.B. auf Seite 321 seines Referates, daß nach vielen Diskussionen über die Notwendigkeit «et l'urgence de la lutte contre la pollution le temps doit être maintenant consacré avant tout à l'ac-

tion». Leider hat das Bundesgericht durch seinen Entscheid vom 6. März 1964 i.S. Stüdli & Co. gegen die Stadtgemeinde Winterthur (BGE 90 I, S. 121 ff.) die Sanierung von verschmutzten Flüssen erheblich erschwert. Es ist zu hoffen, daß das Bundesgericht jene Praxis ändere, zumal in jenem Urteil Erwägungen enthalten sind, die der früheren Auffassung des Bundesgerichts über diese Materie widersprechen. Beide Herren Referenten haben aber ihre Bedenken gegen dieses Urteil ausgesprochen, Herr Dr. ZURBRÜGG auf Seite 301, wo er ausführte: Von jenem Urteil seien nach seiner Meinung gewisse Erwägungen und das Dispositiv nicht überzeugend. Herr Prof. SCHINDLER sprach sich im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Nr. 17, vom 1. September 1965 in einem Artikel «Wasserrechtskonzessionen und Abwasserableitungen» zu jenem Bundesgerichtsurteil aus. Er bemerkte einleitend, es habe für ihn keine Möglichkeit bestanden, in seinem Referat für den Juristentag, das sich ausschließlich mit den Rechtsfragen des Gewässerschutzes befasse, auf das Urteil einzugehen. Seine kritischen Ausführungen im Zentralblatt seien als Diskussionsbeitrag für den Schweizerischen Juristentag in St. Gallen zu verstehen. Da ich nicht annehmen kann, daß jene Kritik des Herrn Prof. SCHINDLER schon allgemein bekannt sei, erlaube ich mir, mich kurz mit jenem Urteil zu befassen, da ich mich als Vertreter der Stadt Winterthur in jenem Wasserrechtsprozeß mit jenen Tatbeständen beschäftigt habe.

Nach Art. 44 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom Jahre 1916 hat der Konzessionär eines Wasserrechtes Anspruch auf Entschädigung, wenn er in der Ausnützung seiner Wasserkraft durch öffentliche, den Wasserlauf verändernde Arbeiten beeinträchtigt wird. In jenem Urteil entschied das Bundesgericht, der Konzessionär habe ein Recht auf Nutzung des in den Fluß fließenden Abwassers. Ein Gemeinwesen, welches seine Abwasser früher oberhalb eines Wasserwerkes in den Fluß geleitet habe, das Abwasser aber nunmehr in eine Kläranlage

und nachher unterhalb des Wasserwerkes in den Fluß leite, werde dem Konzessionär ersatzpflichtig.

Die Stadt Winterthur hatte seit Jahrzehnten ihre Abwasser in den Stadtbach, die Eulach, geleitet, die oberhalb des Preßwerkes der Firma Stüdli & Co. in die Töß mündet. Dadurch ergab sich eine derartige Verschmutzung der Eulach und der Töß, daß die Abwasser mit Unterstützung durch die Regierung in eine zentrale Kläranlage und von dort unterhalb der zwei Turbinen der Firma Stüdli in die Töß geleitet wurden. Daraufhin klagte die Firma Stüdli & Co. gestützt auf Art. 44 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte bei der verwaltungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts gegen die Stadt Winterthur, diese sei zu verpflichten, ihr den durch die Umleitung des städtischen Abwassers verursachten Schaden zu ersetzen, entweder durch unentgeltliche Lieferung von Stromersatz während 99 Jahren oder durch Zahlung von Fr. 650 000.— bzw. Fr. 900 000.—.

Die Stadt Winterthur wandte ein: 1. Die durch den Regierungsrat der Klägerin verliehene Konzession auf Benutzung des Tößwassers könne sich unmöglich auf die Abwasser der Stadt Winterthur, über die dem Regierungsrat die Gewässerhoheit fehle, beziehen. 2. Durch die Verleihung des Wasserrechtes an die Klägerin hätten die privaten Rechte der Stadt Winterthur an ihren Abwassern, über die sie nach ihrem Ermessen im Interesse des Gemeindewohles verfügen könne, nicht berührt werden können und 3. sei die veränderte Ableitung der Abwasser keine den Wasserlauf der Töß verändernde öffentliche Arbeit. Das Bundesgericht lehnte diese Einwendungen ab und schützte die Klage grundsätzlich.

Diese Praxis des Bundesgerichts ist geeignet, die Erreichung des Zweckes des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom Jahre 1955 zu erschweren. Wenn es dabei bleibt, daß die Inhaber von Nutzungsrechten an der Wasserkraft von Flüssen Anspruch darauf haben, daß ihren Wasserkraftanlagen die Abwasser der Gemeinden unvermindert zugeleitet werden, so kann in

einzelnen Fällen der Bau von Kläranlagen zum mindesten erschwert werden. Dieser Fall kann demnächst im Töbital praktisch werden. Mehrere dortige Gemeinden haben sich mit der Stadt Winterthur zu einem Abwasserverband zusammengeschlossen, zu dem Zwecke, ihre Abwasser in die städtischen Kläranlagen zu leiten. Bisher fließen die Abwasser dieser Gemeinden ins Flußbett der Töb und können von den zahlreichen Nutzungsberechtigten am Oberlauf der Töb genutzt werden. Auf Grund des bundesgerichtlichen Urteils wäre mit Schadenersatzbegehren dieser Konzessionäre zu rechnen. Es ist weiter zu bedenken, daß nur selten eine Gemeinde eine eigene Kläranlage sich leisten kann; vielmehr werden sich in der Regel mehrere Gemeinden zu Gruppenwerken zusammenschließen müssen, was die Ableitung der Abwasser auf größere Strecken an Wasserkraftanlagen vorbei mit sich bringen wird. Das Urteil des Bundesgerichts wird auch in diesem Falle die Konzessionäre dazu ermuntern, ihre Ersatzansprüche geltend zu machen.

Im Hinblick auf diese, für den Schutz gegen die Gewässer-
verunreinigung unerwünschten Folgen des bundesgerichtlichen Urteils erscheinen mir folgende Überlegungen angezeigt:

1. Es ist durchaus fraglich, ob Art. 44 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte auf die Umleitung von Abwassern anwendbar sei. Herr Prof. SCHINDLER stellte in seiner Kritik am Urteil fest, daß die Materialien keinen Hinweis dafür geben, daß unter «öffentlichen, den Wasserlauf verändernden Arbeiten» etwas anderes zu verstehen sei als wasserpolizeiliche Arbeiten am oder im Flußbett selber. Im Nationalrat sprach der französischsprachige Berichterstatter von «travaux publics opérés dans le lit du fleuve». Prof. SCHINDLER weist auch auf die Möglichkeit hin, daß eine private industrielle Unternehmung eine Umleitung ihrer Abwasser in der Art der Stadt Winterthur vornehmen könnte. Dann läge überhaupt keine öffentliche Arbeit vor, und es wäre die Anwendung von Art. 44 schon deshalb ausgeschlossen. Der Sinn von Art. 44 ist doch eher der, daß da-

mit nur Arbeiten erfaßt werden sollen, «die der Inhaber der Gewässerhoheit kraft seiner Befugnisse über die öffentlichen Gewässer durchführt oder anordnet». Die Umleitung von Abwassern aber geschieht völlig außerhalb des öffentlichen Gewässers.

2. Fragwürdig ist besonders das zweite Argument des Bundesgerichts: Der Inhaber eines Wasserrechtes habe einen Rechtsanspruch auf Nutzung der gesamten Wassermenge, die vor der Inbetriebnahme der Kläranlage bei ihm durchgeflossen sei, also auch auf die Abwasser der Stadt Winterthur. Es komme nicht darauf an, ob die Stadt Winterthur Eigentümerrechte am Abwasser gehabt habe; denn von der Vereinigung mit dem Fluß an sei es Bestandteil des öffentlichen Gewässers geworden, auch wenn es vorher im Privateigentum gestanden habe. Zur Nutzung sei die Konzessionärin befugt gewesen. Es komme auch auf die ursprüngliche Herkunft der Abwasser nicht an. Daß die Stadt Winterthur in ihren Abwassern Wasser der Töb zugeleitet habe, das sonst natürlicherweise nicht in die Töb gelangt wäre, sei unerheblich.

Diese Auffassung des Bundesgerichts widerspricht einem früheren bundesgerichtlichen Urteil (BGE 42 II 438, 443) und der Praxis des zürcherischen Obergerichts, wonach der Eigentümer eines privaten Wasserlaufes darüber bestimmen kann, wohin er das Wasser leitet. Die Abwasserkanäle sind keine öffentlichen Gewässer. Darüber kann die Gemeinde frei verfügen. Die Stadt Winterthur war daher nicht verpflichtet, ihre Abwasser oberhalb des Werkes der Firma Stüdli & Co. in die Töb zu leiten. Vor allem konnte der Regierungsrat, dem die Gewässerhoheit über die Abwasserleitungen fehlte, der Firma Stüdli & Co. keinen Rechtsanspruch auf Zuleitung der städtischen Abwasser zu ihren Turbinen einräumen. Wohl war die Firma Stüdli & Co. befugt, alles im Többett fließende Wasser zu nutzen. Mit Bezug auf den aus dem Abwasser der Stadt Winterthur stammenden Teil des gesamten Flußwassers stand der Firma Stüdli & Co. aber nur eine tatsächliche Anwartschaft zu, daß es bei

dieser Nutzungsmöglichkeit bleibe, nicht aber ein Rechtsanspruch darauf. So hat in Sachen der gleichen Parteien das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 30. April 1957 entschieden.

Ich schließe, indem ich der Hoffnung Ausdruck gebe, das Bundesgericht möge auf sein Urteil, das die Wirkung einer unerwünschten Bremse gegen die Bekämpfung der Wasserverschmutzung haben wird, zurückkommen.

M. HENRI ZURBRÜGG, rapporteur, conclut :

Vu l'heure avancée, je toucherai deux points seulement. M. HILDEBRANDT est revenu sur la question du Spöl qui, il y a une dizaine d'années, l'avait préoccupé autant que l'affaire de Rheinau. Je n'entends pas ranimer ici le débat sur ces affaires suffisamment connues. Je remarquerai simplement qu'il n'a jamais été contesté que le Spöl soit une eau publique du canton des Grisons, le droit d'en disposer appartenant à la commune de Zernez. Or, vous savez tous que, selon le Code civil suisse, les eaux publiques ne rentrent pas dans le domaine privé, sauf preuve contraire, de sorte qu'il est exclu de vouloir grever valablement le Spöl de servitudes au sens du Code civil. Quant aux sections de cours d'eau touchant à la frontière nationale, il n'y a nullement contradiction entre la définition que j'ai donnée dans mon rapport et celle qui fut appliquée dans le cas du Spöl. La situation de fait était essentiellement différente de celle de l'aménagement hydro-électrique d'Emosson. En effet, il est parfaitement clair que l'eau du Spöl, qui vient naturellement d'Italie en Suisse en traversant la frontière nationale à Punt dal Gall, relève entièrement de la souveraineté suisse à partir de cet endroit. L'utilisation de cette eau suisse dans une usine qui, à l'aval de la chute supérieure italo-suisse (Livigno-Ova Spin), ne met en valeur aucune eau étrangère, a donc bien un caractère exclusivement national. Dans le cas d'Emosson par contre, les eaux de l'Arve française ne deviennent pas suisses par le simple fait qu'elles sont dérivées artificielle-

ment de la Haute-Savoie dans les vallées de la Barberine, de l'Eau-Noire et du Trient, en Bas-Valais; mises en valeur en commun avec des eaux suisses, non seulement dans la chute supérieure de l'aménagement, mais aussi dans la chute inférieure, elles restent françaises jusqu'à leur déversement dans le Rhône, près de Martigny. Les négociateurs français s'étaient même demandé si la France pouvait reconnaître à la Suisse la libre disposition des eaux françaises à l'aval de l'aménagement d'Emosson, étant donné que ces eaux ne rejoignent leur lit naturel qu'à partir du confluent de l'Arve et du Rhône à Genève. L'affirmation de M. HILDEBRANDT, selon laquelle il existerait une différence d'interprétation des textes législatifs entre le cas du Spöl et celui d'Emosson, n'est donc pas exacte.

En ce qui concerne l'article 33 de la loi fédérale de 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques, je comprends que M. L'HARDY veuille le sauver. Mais, comme je l'ai exposé dans mon rapport écrit, on ne peut pas appliquer cet article, qui règle des rapports de droit privé des usiniers entre eux, sans prendre en considération l'aspect de droit public qui concerne les prérogatives des communautés investies du droit de disposer de la force hydraulique des cours d'eau publics et comprend notamment la question épineuse des rapports des souverains d'amont et d'aval entre eux. C'est avant d'accepter une concession de droit d'eau que le requérant devrait créer les conditions propres à lui permettre de retirer lui-même le profit des installations qu'il aura établies à ses frais et à assurer ainsi la rentabilité de son aménagement. Il existe des possibilités éprouvées d'atteindre ce but en dehors de l'art. 33 LFH, en acquérant le droit d'utiliser la force hydraulique sur plusieurs chutes successives ou en participant comme partenaire aux aménagements qui deviennent intéressants du fait des ouvrages régulateurs des débits, établis à l'amont. Je pense donc que la solution du problème qui préoccupe M. L'HARDY doit être recherchée, avec le concours des autorités concédantes, au stade des négociations visant à l'octroi des concessions de droit d'eau.

Si l'on néglige de prendre cette précaution, il est fort douteux qu'une solution satisfaisante puisse être obtenue après coup par la voie de l'art. 33 LFH.

En conclusion, je m'en tiens aux points de vue exposés dans mon rapport écrit.

Prof. Dr. DIETRICH SCHINDLER, Zollikon
(Schlußvotum des Referenten)

Ich möchte nur wenige Bemerkungen zu den Voten machen, die zu meinem Referat abgegeben worden sind. Es hat mich besonders gefreut, daß zwei gebürtige St. Galler Staatsrechtslehrer, die Professoren HUBER und IMBODEN, sich so intensiv für die Verbesserung des Gewässerschutzrechts eingesetzt haben. Es zeigt sich darin erneut, wieviel Initiative in dieser Materie von unserem Tagungsort ausgeht. Den Ausführungen von Herrn Prof. HUBER habe ich nichts beizufügen. Ich kann mich seinen Äußerungen vollständig anschließen. Die kleine Differenz wegen der Höhe der Subventionen ist nicht sehr wesentlich. Es handelt sich um eine Frage des Maßes. Ich möchte nur betonen, daß auch ich eine Erhöhung der Subventionen für gerechtfertigt und sinnvoll halte, aber nur unter der Voraussetzung, daß das gesamte Gesetz überprüft wird. Herr Dr. BRUNNER hat die Bemerkung in meinem Referat kritisiert, wonach bei Gewässerschutzmaßnahmen, die der Staat anordnet, die Grundsätze der materiellen Enteignung angewendet werden könnten. Ich habe diese Frage nur beiläufig behandelt; sie ist sicher einer näheren Untersuchung würdig. Ich glaube immerhin, daß der Votant aus meinen Bemerkungen mehr abgeleitet hat, als es in meiner Absicht lag. So bin ich durchaus nicht der Meinung, daß im Falle der vorübergehenden Schließung der Zellulosefabrik Dozière – ich habe den Fall in meinem Referat auch erwähnt – eine Entschädigung vom Staat hätte bezahlt werden müssen. Ich glaube, daß in diesem Falle keine unzumutbare Beschränkung des Eigentums und keine materielle Enteignung vorlag. Fraglich bleibt aber, ob nicht

etwa bei dem vollständigen Bauverbot aus Gewässerschutzgründen eine Entschädigung zu zahlen wäre. Die Frage der Enteignungsentschädigung sollte bei einer Gesetzesrevision berücksichtigt werden. Herr Dr. BENDEL hat sich zu der schwierigen und umstrittenen Frage geäußert, ob der Verursacher einer Verschmutzung verpflichtet werden könne, für Maßnahmen aufzukommen, welche das Gemeinwesen zur Verhütung der Verunreinigung der Gewässer vornimmt oder anordnet. Diese Frage stellt sich namentlich, wenn der Staat bei Ölunfällen Maßnahmen zum Schutze der Gewässer durchführt. Die Kostenaufgabe gegenüber den verantwortlichen Privaten ist meines Erachtens sachlich vollkommen gerechtfertigt. Der Private hat für solche Maßnahmen aufzukommen – das entspricht der Billigkeit –, aber die rechtliche Begründung einer solchen Pflicht ist schwierig. Im Gesetz fehlt eine auf diesen Fall zugeschnittene Bestimmung. Können derartige Sicherungsmaßnahmen des Staates als Zwangsmaßnahmen im Sinne von Art. 12 betrachtet werden? Der Zürcher Regierungsrat hat in seiner Praxis diese Frage bejaht. Das Zürcher Verwaltungsgericht dagegen hat sie in einem ähnlichen Fall verneint (Rechenschaftsbericht 1963, S. 34). Das Bundesgericht hat im März dieses Jahres in einem Falle, der in meinem Referat angeführt ist (Fall Schüder), entschieden, daß der Verursacher einer solchen Verschmutzung entschädigungspflichtig sei. Die Begründung dieses Urteils liegt aber noch nicht vor, und die lange Dauer, die seit dem Urteil verflossen ist, läßt darauf schließen, daß auch das Bundesgericht gewisse Mühe hat, diese Entschädigungspflicht zu begründen. Es handelt sich also sicher um eine Frage, die bei der Gesetzesrevision geregelt werden müßte. Der Anregung von Herrn Kollegen M. USTERI, daß in vermehrtem Maße Frauen in die Behörden gewählt werden sollten, kann ich mich voll anschließen. Die Vorschläge von Herrn Prof. M. IMBODEN halte ich für sehr glücklich, und ich möchte sie lebhaft unterstützen. Den Bemerkungen von Herrn Dr. G. STIEFEL, die mit meinen

eigenen Ausführungen im Zentralblatt übereinstimmen,
habe ich nichts beizufügen.

*

Les débats sont interrompus à 12 heures 15.

SÉANCE DU DIMANCHE 12 SEPTEMBRE 1965
À L'AULA DE L'ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES
ÉCONOMIQUES ET SOCIALES DE SAINT-GALL

Président :

M. ANDRÉ GRISEL, juge fédéral, Lausanne

Les débats sont repris à 8 heures 45. Le président salue M. le conseiller fédéral LUDWIG VON MOOS, chef du Département fédéral de justice et police. Il remercie la presse, notamment les journaux saint-gallois, d'avoir renseigné le public sur les travaux du congrès. Il relève également la présence du doyen de l'assemblée, M. EMIL GRÜNENFELDER, ancien conseiller d'Etat, à Saint-Gall.

X.

M. le professeur JAKOB WACKERNAGEL, à Bâle, président de la *Commission des sources du droit*, lit le rapport suivant :

Die bisherigen Mitglieder der Rechtsquellenkommission sind in der letzten Jahresversammlung auf eine dreijährige Amtsperiode in globo in ihrem Amte bestätigt worden. Die Kommission setzt sich wie folgt zusammen :

Prof. Dr. Jacob Wackernagel, Basel, Präsident

Prof. Dr. Karl Siegfried Bader, Zürich

Prof. Dr. Gerardo Broggini, Heidelberg

Prof. Dr. Ferdinand Elsener, Tübingen

Prof. Dr. François Gilliard, Prilly (Vaud)

Prof. Dr. Hans Herold, Zürich

Oberrichter Dr. Florian Imer, Bern

Prof. Dr. W.-Amédée Liebeskind, Chêne-Bougeries

Prof. Dr. Peter Liver, Liebefeld (Bern)

Staatsarchivar Dr. Bruno Meyer, Frauenfeld

Prof. Dr. Emil Müller-Büchi, Freiburg

In der Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen ist im abgelaufenen Vereinsjahr kein weiterer Band erschienen. Hingegen ist zu erwarten, daß Band VIII der Berner Stadtrechtsquellen (enthaltend das Wirtschaftsrecht), der in zwei Halbbände aufgeteilt werden mußte, in absehbarer Zeit veröffentlicht werden kann. Der erste Halbband ist gesetzt und größtenteils korrigiert und umbrochen. Ebenso ist das Register im Manuskript zur Hauptsache fertig. Der zweite Halbband ist gesetzt und zum Teil umbrochen und korrigiert. Das Manuskript von Band IX der Berner Stadtrechtsquellen (umfassend die Rechtsquellen betreffend Staatsgebiet, Staatshaushalt, Regalien) liegt fertig vor. Mit dem Satz wird in nächster Zeit begonnen werden. Der Band wird ebenfalls in zwei Halbbände zerlegt werden müssen. Bearbeiter aller dieser Bände ist Herr Prof. Dr. H. RENNEFAHRT.

Entgegen unseren Erwartungen konnte der erste Band der Schaffhauser Rechtsquellen, enthaltend das älteste Stadtbuch, mit dessen Druck schon seit längerer Zeit begonnen worden ist, noch nicht erscheinen.

Es ist der Kommission gelungen, zwei neue Mitarbeiter zu gewinnen, und zwar Herrn Prof. Dr. EUGEN GRUBER, Zug, für die Herausgabe der Zuger Rechtsquellen und Herrn Dr. JEAN JACQUES SIEGRIST, Meisterschwanden, für die Herausgabe der Rechtsquellen der ehemaligen Freien Ämter im Aargau. Diese Bearbeiter können auf Grund eines in verdankenswerter Weise vom Schweizerischen Nationalfonds gewährten Kredits für ihre Tätigkeit angemessen besoldet werden.

Mit Herrn Prof. Dr. KARL SCHIB, Schaffhausen, der vom 1. Juli 1965 an ebenfalls auf Grund eines vom Schweizerischen Nationalfonds gewährten Kredits in besoldeter halbtägiger Tätigkeit den zweiten Band der Schaffhauser Rechtsquellen fertig bearbeitet, stehen für die Herausgabe der Schweizerischen Rechtsquellen nunmehr vier Bearbeiter zur Verfügung. Die Kommission bemüht sich überdies, die Zahl der Mitarbeiter weiter zu vermehren, und es sind kürzlich in diesem Sinne erfolversprechende weitere Unterhandlungen

in Gang gekommen. Es kann also damit gerechnet werden, daß in den kommenden Jahren die Edition wesentlich rascher als bisher fortschreiten wird.

Die den Graubündner Rechtsquellen zugehörige Lex Romana Curiensis, von der nur noch eine beschränkte Zahl von Exemplaren für den Verkauf zur Verfügung stand und deren Neuherausgabe im Offsetdruck im vergangenen Jahr beschlossen worden ist, wird in nächster Zeit in zweiter Auflage erscheinen.

Hinsichtlich der Anregung von Herrn Dr. EICHHOLZER (vgl. Protokoll der Jahresversammlung 1964, in: ZSR, NF 83, 2. Halbband, S. 668), die Rechtsquellenkommission möge mit der Zeit daran gehen, Rechtsquellen des 19. Jahrhunderts, namentlich aus dessen erster Hälfte, in ihrer Editions-tätigkeit zu berücksichtigen, nimmt die Kommission folgende Stellung ein: Für die Edition der Schweizerischen Rechtsquellen sollte an der bisherigen zeitlichen Grenze von 1798 festgehalten werden. Wollte man darüber hinausgehen, so müßte die Editions-methode eine vollkommen andere sein. Denn es kann sich dabei nicht um allgemeine Erlasse, die seit dieser Zeit wohl alle gedruckt vorliegen, sondern vor allem um Privaturkunden handeln, welche für die Rechtsentwicklung dokumentarischen Wert haben (z.B. Versicherungsbedingungen, Mietverträge, Gesamtarbeitsverträge usw.), wie dies auch Herr Dr. EICHHOLZER an der letzten Jahresversammlung hervorgehoben hat. Eine solche Veröffentlichung von Urkunden zur Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts (namentlich aus dessen erster Hälfte) erscheint der Kommission erwägenswert. Es müßte sich aber um eine besondere von der Sammlung der Schweizerischen Rechtsquellen vollkommen getrennte Publikation handeln.

Die Kommission hat im Berichtsjahr eine Sitzung abgehalten.

Le président remercie de son activité la Commission, dont le rapport est accepté à l'unanimité.

XI.

Le secrétaire de langue allemande lit le rapport annuel de la *Commission de la recherche scientifique*, rédigé par son président, M. le professeur KARL SPIRO, à Bâle:

«Der Kommission waren im abgelaufenen Jahre keine besonderen Aufgaben gestellt. Die im letzten Bericht erwähnte Bibliographie des Schweizerischen Rechts ist noch nicht erschienen. Die Frage eines schweizerischen Dokumentationenzentrums wird zur Zeit von einer Kommission geprüft, die auf Anregung des Nationalen Forschungsrates einberufen wurde, und der auch der Präsident der Forschungskommission des Juristenvereins angehört. Die eingehenden Subventionsgesuche wurden teils von den Forschungskommissionen der Hochschulen teils direkt vom Nationalen Forschungsrat behandelt. Die Kommission hatte daher auch keinen Anlaß, zusammenzutreten.»

Le président exprime les remerciements de la Société à la Commission, dont l'assemblée accepte sans discussion le rapport.

XII.

Au nom des juristes du canton de Zoug, M. ERWIN KEUSCH, docteur en droit, vice-président de l'Association des avocats zougais, invite la Société à tenir son prochain congrès à Zoug. L'assemblée accepte cette proposition par ses applaudissements.

XIII.

A la demande de M. MARCEL REGAMEY, docteur en droit, avocat à Lausanne, le procès-verbal de la dernière assemblée générale est rectifié comme il suit:

p.705, 21^e et 22^e lignes, remplacer «Il faut pourtant simplement savoir comprendre...» par: «Il faut comprendre...»

p.705, 30^e et 31^e lignes, remplacer «... telle n'est pas la pratique» par: «... telle est la pratique».

Aucune autre observation n'étant présentée, le président clôt la séance administrative.

XIV.

Le président ouvre la discussion sur *La revision du droit de la filiation illégitime*. Il remercie les rapporteurs, MM. CYRIL HEGNAUER et PIERRE-A. LALIVE, et donne la parole à chacun d'eux.

Dr. CYRIL HEGNAUER, Oberrichter, Horgen,
Berichterstatter in deutscher Sprache:

In den Erläuterungen EUGEN HUBERS zum Vorentwurf des Zivilgesetzbuches stehen die beiden berühmten Sätze: «Das Gesetz muß aus den Gedanken des Volkes heraus gesprochen sein. Der verständige Mann, der es liest, der über die Zeit und ihre Bedürfnisse nachgedacht hat, muß die Empfindung haben, das Gesetz sei ihm vom Herzen gesprochen.»

Ob vor 50 Jahren der achte Titel des Zivilgesetzbuches über das außereheliche Kindesverhältnis so aufgenommen wurde, sei dahingestellt. Gewiß ist aber, daß er heute in wesentlichen Teilen mit dem Rechtsempfinden nicht mehr übereinstimmt. Es seien drei Gründe genannt:

1. Die Rechtsvereinheitlichung bot wegen der Vielfalt der kantonalen Rechte besondere Schwierigkeiten. Das Zivilgesetzbuch suchte Elemente verschiedener Systeme zu verbinden. Es ist nicht verwunderlich, daß in der Praxis eines halben Jahrhunderts eine Reihe formeller und sachlicher Mängel zutage getreten sind.

2. Die Einsicht, daß die Familienlosigkeit das eigentliche soziale Problem des außerehelichen Kindes ist, hat das Verantwortungsgefühl der Gesellschaft geschärft und eingewurzelte Vorurteile zurückgedrängt.

3. Die Entwicklung der medizinischen Methoden zum Beweis der Abstammung oder Nichtabstammung haben das

juristische Problem der Feststellung der Vaterschaft grundlegend umgestaltet.

Es ist nicht möglich, an dieser Stelle auf die zahlreichen Verbesserungsvorschläge einzugehen oder sie auch nur aufzuzählen. Festzuhalten ist aber, daß über die Ziele der Revision keine tiefgreifenden Gegensätze bestehen. Die praktischen Erfahrungen mit dem geltenden Rechte weisen ihr fast zwangsläufig den Weg. Das wird auch durch die Ergebnisse der beiden Referate bestätigt. Sie wissen, welcher Freudenjubiläum ausbricht, wenn beim Tunnelbau die von beiden Seiten vorgetriebenen Stollen im Berge aufeinander treffen. Mit ähnlichen Gefühlen habe ich beim Lesen des Referates meines verehrten Kollegen, Herrn Prof. LALIVE, die Übereinstimmung in den wesentlichen Punkten festgestellt.

Lassen Sie mich von den Revisionsvorschlägen die drei wichtigsten herausgreifen.

A. Zunächst die Einführung der Pflicht zur Duldung körperlicher Untersuchungen, insbesondere der Blutentnahme. Das juristische Problem ist die Herstellung des Verhältnisses zum Vater. Das Zivilgesetzbuch sucht es mit der Vermutung zu lösen, daß das Kind von dem Manne abstamme, welcher der Mutter in der Empfängniszeit beigezogen hat (Art. 314 Abs. 1). Doch vermag diese Vermutung das Problem des Mehrverkehrs nicht zu meistern. Vor etwa dreißig Jahren ist nun aber dem Recht Hilfe erwachsen. Die heutige Vererbungslehre stellt nämlich mit dem Blutgruppengutachten und dem Ähnlichkeitsgutachten Beweismittel zur Verfügung, die in vielen Fällen einen zuverlässigen Schluß auf die Abstammung erlauben. Auf Grund von 1500 Blutgruppengutachten, welche das Zentrallaboratorium des Roten Kreuzes erstattet hat, sind, wie mir der Leiter der Untersuchungsabteilung, Herr Dr. BÜTLER, vor kurzem mitgeteilt hat, in den Vaterschaftsprozessen über 35 Prozent, also mehr als ein Drittel, und in den Ehelichkeitsanfechtungsprozessen fast 53 Prozent der Ehemänner, also mehr als die Hälfte, ausge-

geschlossen worden. Zu dieser eindrücklichen quantitativen Aussageleistung kommt die hohe Sicherheit dieses Beweismittels, welche jeglichen Gegenbeweis durch Partei- oder Zeugenaussage ausschließt. Die Rechtsprechung hat nun zwar wohl die Möglichkeiten, welche diese Beweismittel bieten, anerkannt, indem sie dem Beweisführer einen bundesrechtlichen Anspruch auf Einholung dieser Gutachten einräumt. Umgekehrt hat sie aber die Verwirklichung dieses Anspruchs weitgehend blockiert, indem sie eine Pflicht zur Duldung der Blutentnahme ohne ausdrückliche Grundlage in der kantonalen Gesetzgebung verneint. Der Beweisgegner und der Dritte, der als Erzeuger in Betracht fällt, können somit durch Verweigerung der Blutentnahme den Beweis, daß das Kind nicht von dem in Frage stehenden Manne abstamme, vereiteln. Dabei lassen sich die Interessen, die einander hier gegenüberstehen, im Ernste nicht vergleichen. Die Klärung der Abstammung ist für das Kind von elementarer, vielleicht schicksalhafter Bedeutung. Demgegenüber fällt der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit hier überhaupt nicht ins Gewicht, hat doch die Blutentnahme abgesehen von ganz singulären Fällen keinerlei nachteilige Folgen für die Gesundheit. Eine Rechtsordnung, welche jenes echte und schutzwürdige Interesse diesem geheuchelten Interesse aufopfert, verrät ihre Aufgabe und macht sich lächerlich. Daß der Bundesgesetzgeber hier Abhilfe schaffen muß, liegt auf der Hand. Das Blutgruppengutachten ist für die Ermittlung der Abstammung von derart zentraler Bedeutung, daß ohne es eine sinnvolle Verwirklichung des Bundesprivatrechts schlechterdings nicht denkbar ist. Es kann darum nicht ins Belieben der Kantone gestellt sein, ob und allenfalls wie sie die Pflicht zur Blutentnahme gestalten wollen. Im übrigen haben in den neun Jahren seit dem ersten bundesgerichtlichen Urteil über diese Frage erst fünf Kantone, in welchen etwa 1/7 der Einwohner des Landes wohnen, diese Pflicht eingeführt.

B. Ich komme zum zweiten Hauptpostulat: der Beschränkung der Einreden des Beklagten. Mit den beiden Einreden des unzüchtigen Lebenswandels (Art. 315) und der erheblichen Zweifel an seiner Vaterschaft (Art. 314 Abs. 2) vermag der Beklagte heute eine Klage selbst dann zu Fall zu bringen, wenn seine Vaterschaft in hohem Maße wahrscheinlich ist. Arge Mißbräuche durch gewissenlose Beklagte und ihre Spießgesellen haben diese von Anfang an umstrittene Regelung noch weiter in Verruf gebracht. Zudem bieten die medizinischen Beweismittel dem Beklagten einen recht wirksamen und innerlich viel überzeugenderen Schutz. – Unbestritten ist heute die Beseitigung der Einrede des unzüchtigen Lebenswandels. In bezug auf Art. 314 Abs. 2 steht der Vorschlag im Vordergrund, den Beklagten auf den Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft zu beschränken. Diese Lösung ist ohne Zweifel der bisherigen Regelung mit der verabsolutierten *exceptio plurium* vorzuziehen. Doch scheint sie mir in jenen nicht seltenen Fällen unbillig zu sein, wo auch ein Dritter der Mutter beigewohnt hat. Der Beklagte sollte daher meines Erachtens bei Mehrverkehr zum Beweis zugelassen werden, daß seine eigene Vaterschaft weniger wahrscheinlich ist als diejenige des Dritten. Würde der Beklagte dagegen auf den Unmöglichkeitsbeweis beschränkt, so befürchte ich, daß die Beklagten die Beiwohnung viel hartnäckiger bestreiten würden als dies heute im allgemeinen der Fall ist, und daß auch die Gerichte sich geneigt sehen könnten, die heute eher bescheidenen Anforderungen an den Beweis der Beiwohnung zu steigern.

C. Und nun zum dritten Postulat. Die wichtigste Pflicht des außerehelichen Vaters ist die Sorge für den Unterhalt von Mutter und Kind. Indessen bleiben sie gerade in der Zeit ohne Unterhaltsleistungen des Vaters, da sie am meisten darauf angewiesen wären. Denn es dauert in der Regel recht lange, bis ein vollstreckbares Urteil vorliegt. Ein Ähnlichkeitsgutachten kann ja erst eingeholt werden, wenn das Kind drei Jahre alt ist. Soll die väterliche Unterhaltspflicht

ihren Zweck wirklich erfüllen, so muß der Beklagte unter gewissen Voraussetzungen schon vor dem Urteil zu Unterhaltsleistungen verpflichtet werden können. – Schlimm steht es auch um die Vollstreckung, doch kann sie auf dem Boden des Privatrechts wohl nur durch Anweisung an die Schuldner des Beklagten nach dem Vorbild des Art. 171 ZGB verbessert werden. Die Bevorschussung des Unterhaltsanspruchs durch das Gemeinwesen brächte zwar wirksamere Hilfe, sie kann aber nur durch Reform des öffentlichen Fürsorgerechts verwirklicht werden.

Zur Frage der persönlichen Beziehungen des Kindes zu seinen Eltern nur eine kurze Bemerkung. Das soziale Problem des außerehelichen Kindes, seine Familienlosigkeit, kann mit der Standesfolge nicht gelöst werden, sondern nur, wenn es gelingt, das außereheliche Kind möglichst früh an einem Platz unterzubringen, wo es dauernd gehegt und geborgen aufwachsen kann. Die Gesetzgebung kann nur mittelbar dazu beitragen. Dazu gehört eine wirksamere Sorge für den Unterhalt des Kindes, eine ausgeschlossenere Regelung der Entscheidungsbefugnis, also der vormundschaftlichen oder elterlichen Gewalt, schließlich aber auch eine weitherzigere Gestaltung des Adoptionsrechts.

Auch die Revision, die heute in Aussicht steht, wird keine vollkommene und endgültige Lösung des Problems bringen. Die Rechnung geht hier nie ganz auf. Und das Problem wird sich auch in Zukunft mit den weiteren Fortschritten der Naturwissenschaft und dem Wandel der Familie ändern. Einmal wird aber wohl der Tag kommen, da die Vererbungslehre die Vaterschaft für jedes Kind zu bestimmen vermag. Dann wird der Richter dem Mediziner das Feld ganz räumen und der Vaterschaftsprozeß auf den Krücken seiner Vermutungen und Einreden in die Rumpelkammer der Rechtsaltertümer humpeln können. Auch wird eine spätere Zeit ihr Kindschaftsrecht wohl nicht mehr nach dem formellen Merkmal der ehelichen oder außerehelichen Geburt gliedern, sondern nach der für das soziale Schicksal des Kindes viel bedeutsameren Tatsache, ob es in der Gemeinschaft einer

Familie aufwächst oder familienlos ist. Freilich – jene Zeit ist noch fern, und die Gesetzgebung wird bis dahin noch manche Phasen durchlaufen. Die Vorläufigkeit und Vergänglichkeit der Gesetzgebung darf aber nicht davon abhalten, die Änderungen vorzunehmen, die heute nötig sind. Der Ruf des Propheten Jesaja: «Helfet dem Vaterlosen zum Rechte!» (1.17) gilt auch für das außereheliche Kind. Denn wie die Waise steht es schuldlos auf der Schattenseite des Lebens. Wie eine Rechtsordnung jenem Ruf Gehör schenkt, zeigt erst ihren wahren sittlichen Gehalt. Die heutige Tagung bietet uns Juristen die einmalige Gelegenheit, unsere aus Erfahrung und Besinnung geschöpften Gedanken über Weg und Ziel der Revision der Öffentlichkeit und damit zugleich auch dem Gesetzgeber zu Gehör zu bringen. Tragen wir auf diese Weise das unsrige bei, damit dem außerehelichen Kinde in unserem Lande und für unsere Zeit zu seinem Rechte verholfen werde!

M. PIERRE-A. LALIVE, docteur en droit, professeur ordinaire à l'Université de Genève et à l'Institut de Hautes études internationales, rapporteur de langue française:

En évitant, comme le rapporteur de langue allemande, de présenter un résumé de mon rapport, je voudrais me borner à souligner quelques points, dans le dessein d'introduire une discussion que j'espère nourrie.

Commençons par trois observations générales. Une lecture comparée des deux rapports révèle aussitôt la remarquable concordance de leurs vues et de leurs conclusions. Comme le disait tout à l'heure mon collègue M. HEGNAUER, ce fait apparaît encore plus significatif si l'on sait que vos rapporteurs ont volontairement travaillé d'une manière totalement indépendante. Cette large identité des opinions (sur tous les points importants) frappe d'autant plus qu'elles coïncident aussi pour l'essentiel avec les idées de la petite commission d'étude nommée en 1957 par le Département

fédéral de justice et police et présidée par le professeur J.-M. GROSSEN.

Seconde observation liminaire: On a souligné tout à l'heure l'importance des éléments extrajuridiques dans un domaine comme le nôtre, qu'on ne saurait aborder d'une manière purement technique, en négligeant les données sociales, médicales et psychologiques qui sont capitales pour la compréhension de ce problème. Si je n'ai pas consacré un chapitre spécial à cet aspect de la question, je n'ai pas manqué d'y accorder une très grande place dans la préparation du rapport, comme le lecteur peut, je l'espère, s'en rendre compte. Il n'est peut-être pas inutile d'indiquer que toutes les prémisses sociologiques, les «présuppositions sociales et morales» de mon analyse sur la condition juridique de l'enfant illégitime et de sa mère sont identiques à celles de M. HEGNAUER. En conséquence, je ne puis que me rallier à l'excellente synthèse qu'il en donne dans le premier chapitre de son rapport, synthèse réaliste et nuancée à la fois, à laquelle personne n'osera, je crois, adresser le reproche, trop classique, qu'elle serait entachée de «sentimentalisme».

En troisième lieu, il faut relever que, par la force des choses, les rapporteurs ne pouvaient pas limiter leur étude à la révision de la législation, mais qu'ils étaient inévitablement amenés à examiner aussi les changements possibles et souhaitables de la jurisprudence, sans sous-estimer pour autant l'effort d'adaptation accompli jusqu'ici par nos tribunaux. Il serait trop long de donner la liste des points sur lesquels, dans le cadre du système actuel, une modification de la jurisprudence paraît désirable, afin que la situation de l'enfant illégitime s'améliore. Je ne puis ici que renvoyer au rapport lui-même, après avoir ainsi rappelé l'importante place qu'y tient la jurisprudence.

Passons au sujet lui-même: il y a lieu de régler deux aspects fondamentaux de la filiation illégitime, soit sa *preuve* d'une part, ses *effets* d'autre part. Qu'on me pardonne de renverser pour un instant l'ordre logique et chronologique de ces

facteurs et de dire deux mots des *effets*. Cette inversion n'est d'ailleurs pas aussi insolite qu'on pourrait le penser, puisque le but visé par le législateur, et les conséquences qu'il envisage d'attribuer au statut de l'enfant, influent sur l'organisation de la preuve et sur l'établissement de la filiation illégitime.

Je voudrais seulement mettre en évidence un terrain sur lequel les rapporteurs se rencontrent. Contrairement à une idée qui avait cours au début du siècle et qui est encore soutenue par certains, il ne semble pas que l'amélioration, unanimement désirée, du sort de l'enfant illégitime doive impliquer l'extension du champ de la reconnaissance de paternité, ni, surtout, de l'action avec effets d'état civil. Vos rapporteurs estiment même qu'il serait préjudiciable à l'enfant de resserrer les liens juridiques entre lui et un «père» qui s'est opposé à la création de ces liens. Il ne s'agit donc pas d'assimiler le plus possible la condition juridique de l'enfant illégitime à celle de l'enfant légitime, ni de développer un statut de semi-légitimité qui risquerait de susciter des conflits avec le principe de la protection de la famille. Il importe avant tout d'assurer d'une manière beaucoup plus efficace qu'aujourd'hui le sort matériel de l'enfant et d'établir une véritable responsabilité pécuniaire du père illégitime.

En résumé, les deux rapports préconisent de concert, à l'inverse de certains postulats parlementaires, non une extension de l'article 323 CC régissant l'action avec effets d'état civil, mais sa suppression ou, tout au moins, sa limitation. Il convenait de souligner d'emblée cette tendance importante, car elle est de nature à rassurer entièrement ceux qui craindraient qu'une révision du droit de l'enfant illégitime n'affaiblisse, fût-ce de manière indirecte, la protection de la famille légitime, fondement de notre droit civil.

Sur le second aspect fondamental de la question, celui de la *preuve*, je m'abstiendrai également de répéter les excellentes observations introductives de M. HEGNAUER, et je constaterai avec lui que, en raison des progrès des moyens de preuve, il y a lieu de reconsidérer la jurisprudence actuelle; ce faisant, nous n'entendons pas méconnaître le remarquable

travail accompli par nos tribunaux, non sans hardiesse parfois, pour adapter l'instrument législatif aux récentes données de la biologie. Ces progrès scientifiques, totalement imprévisibles lors de l'élaboration du Code civil, ont évidemment transformé le cadre dans lequel le juge d'aujourd'hui doit travailler. D'autre part, comme l'a dit M. HEGNAUER, chacun de nous a constaté que l'application des normes légales durant plus de cinquante ans a mis en lumière de notables insuffisances, concernant tant le système de la preuve et de la contre-preuve de l'article 314 CC que l'exception de l'article 315 CC.

En accord avec mon collègue, je crois à la nécessité de supprimer cette dernière disposition. Et ce m'est l'occasion d'indiquer de nouveau que la révision du droit de la filiation illégitime consistera sur beaucoup de points à revenir tout simplement aux idées primitives d'EUGÈNE HUBER. Le progrès réside donc à maints égards en un retour aux sources et au passé, constatation qui est un hommage à la largeur de vues et à la prescience du père du Code civil.

Quant à l'article 314 alinéa 2, il ne devrait pas, selon M. HEGNAUER, être totalement supprimé et remplacé par une règle qui obligerait le défendeur à prouver l'*impossibilité* de sa paternité.

Sur ce point, nos rapports écrits divergent, certes, mais à la réflexion, sommes-nous si éloignés l'un de l'autre ? Je reconnais que, dans certains cas, la tâche d'établir l'impossibilité de la paternité pourrait entraîner des conséquences inéquitables pour le défendeur. Si l'on tient compte de cette observation, il faudra néanmoins prendre soin de délimiter avec précision les éventualités dans lesquelles le défendeur pourrait se borner à démontrer que sa paternité est, non pas impossible, mais seulement moins vraisemblable que celle d'un tiers, ou mieux encore, peu vraisemblable en comparaison de cette dernière. Prenons garde de ne pas ouvrir à nouveau la porte aux abus de l'*exceptio plurium*, sur lesquels nous sommes d'accord si bien qu'il n'y a pas à y revenir.

Il est d'autre part un aspect du sujet qui me paraît essen-

tiel. La révision du droit de la filiation illégitime devrait avoir pour but, non de changer des *textes*, mais de garantir *dans la pratique* un meilleur sort à l'enfant naturel. Or, à cet égard, nous constatons que nos procédures et nos mécanismes actuels d'exécution des jugements et des conventions alimentaires présentent de grandes imperfections, car, malgré eux, le père illégitime parvient souvent à se soustraire à ses obligations envers son enfant. M. HEGNAUER a insisté tout à l'heure sur l'importance d'un système qui contraindrait, à certaines conditions, le défendeur de fournir des avances pendant le procès. Une telle règle serait d'autant plus nécessaire que les actions en paternité durent souvent des années et risquent de se prolonger encore à l'avenir en raison des expertises. Or, c'est surtout pendant les premières années que la mère et l'enfant ont le plus grand besoin d'un secours matériel.

A ce sujet, permettez-moi d'attirer votre attention sur quelques pages de mon rapport, où je vais nettement plus loin que M. HEGNAUER; selon moi, sa proposition préconisant des *avances* ne donnera pas de résultats satisfaisants, car elle est encore trop limitée et n'empêche pas diverses manœuvres d'obstruction de la part du défendeur. En réalité, le *seul* moyen de rendre efficaces les pensions allouées par le juge consiste en l'intervention d'un organisme public. Bien entendu, celui-ci aurait pour tâche, non de décharger le défendeur de ses obligations, mais au contraire de faire en sorte que sa responsabilité soit réellement engagée. Aujourd'hui, il faut bien constater qu'en fait, beaucoup de pères illégitimes réussissent à se dérober à leur devoir et que, dès lors, c'est souvent la communauté qui supporte seule les conséquences matérielles des naissances illégitimes.

«On peut apprécier diversement telle ou telle décision judiciaire en matière de recherche de paternité, avoir des avis différents sur les montants alloués dans certaines espèces. Sur un point au moins, il ne devrait pas y avoir de divergences: les jugements qui sont rendus doivent être respectés et exécutés. Il y va non seulement de l'intérêt de

l'enfant innocent et de sa mère, et de l'intérêt général; il y va aussi de la dignité de la justice et de la confiance qu'elle doit conserver dans l'opinion» (rapport, p.781).

Un examen, même rapide, de la pratique révèle ici une véritable *faillite* de notre système d'exécution, faillite que ni les mécanismes de la poursuite pour dettes, ni ceux du droit pénal ne parviennent à éviter.

Un point m'a paru digne d'attention, dans un autre ordre d'idées, même s'il peut sembler ne présenter qu'un intérêt secondaire et s'il n'appelle pas une intervention législative: il s'agit des rapports entre la preuve scientifique et la preuve juridique. Sans aucun doute, les juges et les parties recourront de plus en plus à l'expertise anthropobiologique et à celle des sangs. Or, lorsqu'on étudie la jurisprudence et la doctrine, on est frappé de l'ambiguïté qui règne encore sur des notions aussi fondamentales que celle du degré de vraisemblance confinant à la certitude et celle du risque d'erreur. C'est pourquoi il m'a paru utile d'exprimer le vœu, en quelques pages consacrées aux relations entre la certitude biologique et la certitude juridique (pp.724-736), que les hommes de loi s'interrogent davantage à ce sujet, en collaboration avec les biologistes et les statisticiens. Je ne crois pas qu'il s'agisse là d'un problème purement théorique; c'est une question d'ordre général dont l'évolution future du droit ne manquera pas de souligner l'importance.

Le rapporteur de langue allemande et moi-même divergeons d'opinion sur certains points, notamment sur l'opportunité de supprimer l'article 304CC, qui prohibe la reconnaissance des enfants adultérins, et sur la nécessité de prolonger le délai prévu à l'article 308CC. Selon lui, un délai d'une année suffit, alors qu'à mon avis, il devrait être prolongé, et fixé par exemple à quatre ans. En outre, dans son refus de modifier l'article 312CC, M.HEGNAUER me paraît quelque peu conservateur. Cependant, tous ces désaccords sont mineurs et, sur l'essentiel, nous nous rencontrons et estimons l'un et l'autre qu'une refonte du Code civil s'impose de façon urgente. J'espère vivement qu'après vos inter-

ventions, notre Société sera en mesure de faire connaître son opinion et de souligner auprès des pouvoirs publics la nécessité d'une révision. Voilà plus de cinquante ans, soit dès l'adoption du Code civil, qu'a commencé le mouvement de réforme du droit de la filiation illégitime, mouvement auquel a participé un grand juriste, AUGUSTE EGGER, dont on rappelait hier soir opportunément les origines saint-galloises. Aussi la question paraît-elle maintenant mûre à tous égards et je crois que notre Société manquerait à sa mission en n'usant pas de son autorité pour en précipiter la solution.

Au nom du Comité, le président propose à l'assemblée d'adopter la résolution suivante, à la fin des débats:

Réunis en congrès à Saint-Gall, les membres de la Société suisse des juristes tiennent pour nécessaire l'adaptation du droit de la filiation illégitime aux idées actuelles et au progrès de la science. Ils expriment le vœu que le législateur entreprenne sans tarder cette révision, que des études approfondies ont déjà préparée.

Die in St. Gallen versammelten Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins halten die Anpassung der Gesetzgebung über das außereheliche Kindesverhältnis an die heutigen Anschauungen und an den wissenschaftlichen Fortschritt für notwendig. Sie geben dem Wunsch Ausdruck, der Gesetzgeber möge nun diese durch einläßliche Vorarbeiten schon vorbereitete Revision unverzüglich an die Hand nehmen.

Dr. CONRAD PFENNINGER, Oberrichter, Zürich:

Der deutschsprachige Referent, Herr Dr. HEGNAUER, behandelt unter Art. 310 ZGB die Offizialmaxime. Dieser Abschnitt – wenngleich nicht das Hauptanliegen des Referenten darstellend – bedarf m.E. der nachfolgenden Ergänzung, um jedes Mißverständnis auszuschließen.

Den Ausgangspunkt bildet, daß der Richter nicht auf Grund offenbar unrichtiger Unterlagen entscheiden soll. Das

gilt schon für die Verhandlungsmaxime (BGE 74 II 206). Daher dürfen die Kantone auch für den einfachen Vaterschaftsprozeß die Offizialmaxime vorschreiben, wiewohl sie von Bundesrechtswegen nicht vorgesehen ist.

1. Diese Offizialmaxime ist nun aber abzustufen, es kann nur eine differenzierte Offizialmaxime in Betracht kommen. Daher bedarf sie alsdann einer näheren Umschreibung, die ich in folgendem Sinne vorzunehmen versuche:

Das Verfahren bleibt Zivilprozeß. Die Prozeßparteien bleiben Prozeßherren: der Kläger kann die Klage zurückziehen, der Beklagte, umgekehrt, kann sie anerkennen (EGGER, Art. 310 ZGB N. 5).

Die Parteien müssen den Sachverhalt selber vorbringen. Der Richter darf nicht von sich aus nach weiteren Tatsachen fahnden. Hingegen ist er bezüglich der Beweiserhebungen nicht an die Parteianträge gebunden (§ 98 Abs. 2, 251 Abs. 2 ZPO).

Auf Blut- und Ähnlichkeitsgutachten haben die Parteien einen bundesrechtlichen Anspruch. Diese Gutachten schaffen nicht etwa auf unerlaubte Art und Weise einen neuen Sachverhalt; vielmehr werten sie nur den gegebenen Tatbestand im einzelnen Fall naturwissenschaftlich aus (BGE 84 I 220, 90 II 149).

Dem bundesrechtlichen Anspruch auf ein Ähnlichkeitsgutachten stehen indessen einschränkende kantonale Prozeßvorschriften entgegen (BGE 91 II 1).

Nur in diesem allgemeinen Rahmen besteht die Fragepflicht des Richters (§ 99 ZPO). Eventuell besteht diese Pflicht sogar noch im Berufungsverfahren. Freilich bewirkt das Sich-Ausschweigen einer Partei vor erster Instanz in der Regel, daß sie im Berufungsverfahren auch mit *nova* ausgeschlossen bleibt.

2. HEGNAUER bestätigt dem Sinne nach die Auffassung GULDENERS (Zivilprozeß 1958, S. 148), wonach die Kantone die Offizialmaxime zugunsten von Mutter und Kind vorsehen können. Das ist m.E. unrichtig.

Für seine Meinung scheint zunächst zu sprechen, daß man etwa sagt, der Richter könne nicht Tatsachen von Amtswegen zugunsten des Beklagten erheben. Die bezügliche Erklärung lautet dann etwa, die Offizialmaxime begünstige jedenfalls in ihrer Auswirkung die Klägerschaft. Dabei wird aber meiner Ansicht nach übersehen, daß ja auch zugunsten der Klägerschaft nicht von Amtswegen Tatsachen zu berücksichtigen sind.

Oder es heißt, der Schutz von Mutter und Kind liege in öffentlichen Interessen begründet. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß auf diese Weise Mutter und Kind auch zu Unrecht bevorzugt werden könnten. Und das darf nicht sein. Ein derartiges Ergebnis würde bestimmt dem öffentlichen Interesse widersprechen.

Daher, glaube ich, ist auf eine mittlere Lösung zu tendieren. Soweit die Offizialmaxime Platz greift, soll sie neutral, d.h. zugunsten beider Prozeßparteien, gehandhabt werden.

Die Klägerschaft wird ohnehin durch Art.314 Abs.1 ZGB begünstigt, wonach die Vaterschaft des Beklagten unter bestimmten Voraussetzungen vermutet wird. Um so weniger geht es alsdann an, den Beklagten auch noch prozessual zurückzusetzen.

So wurde denn schon die Auffassung vertreten, die Offizialmaxime nur allein zugunsten der Klägerschaft verstoße unter Umständen gegen Art.310 Abs.2 ZGB. Inwiefern das der Fall sein soll, kann ich nicht einsehen. Dagegen meine ich, daß eine so verstandene und gehandhabte Offizialmaxime die Rechtsgleichheit verletzt, Art.4 BV. Denn es kann nicht richtig sein, daß die Prozeßparteien grundsätzlich ungleiche Waffen tragen.

Dabei ist nicht unwesentlich, festzustellen, daß die Referenten am Juristentag 1961 – stillschweigend – von einer Beschränkung (der Offizialmaxime zugunsten der Klägerschaft) absehen (GULDENER und VOYAME, ZSR 1961 II, S.44, N.108 und S.137).

Ich kann mich für meine Auffassung vorab auf die bundesrechtliche Praxis betreffend Ähnlichkeitsgutachten be-

rufen. Beide Parteien haben Anspruch darauf, auch der Beklagte, und sogar selbst wenn er es nicht rechtzeitig angerufen hat (BGE 90 II 220, KassG Zürich SJZ 1962, S.105).

Bisher hatte der Beklagte allerdings keinen Anspruch auf ein solches Gutachten, wenn kein Anhaltspunkt für Mehrverkehr der Mutter vorlag und keine auffallenden Merkmale des Kindes bezeichnet werden konnten (ZR 61 Nr.49, 62 Nr.26, BGE 87 II 286). Neuerdings ist die Frage, ob der Beklagte Anhaltspunkte für Mehrverkehr nachzuweisen habe, offengelassen worden (BGE 90 II 224 und 225).

Andererseits hat die Klägerschaft keinen Anspruch auf das Ähnlichkeitsgutachten, wenn die Blutuntersuchung den Beklagten ausschließt.

Derartige Einschränkungen, insoweit sie noch bestehen, sind aber aus der subsidiären Natur eines Ähnlichkeitsgutachtens heraus zu verstehen (vgl. BGE 90 II 219).

Grundsätzlich aber möchte ich – auch für das kantonale Recht – die Rechtsgleichheit der Prozeßparteien postulieren. Die Oficialmaxime gilt nicht nur für die Klägerschaft, sie gilt auch zugunsten des Beklagten.

M. BERNARD HOFFMANN, Tuteur général adjoint, Genève:

I. Reconnaissance avec effets d'état civil: Lorsqu'une mère s'oppose à la reconnaissance de son enfant par le père naturel, elle ne le fait pas toujours en tenant compte des intérêts de l'enfant. En règle générale, il s'agit pour elle d'éviter que le père puisse revendiquer des droits sur l'enfant. Il arrive aussi qu'elle agisse par ressentiment à l'égard de son ancien amant. On observera qu'il lui est très facile de manifester son opposition à une reconnaissance qu'elle n'a pas besoin de justifier.

Le père a la possibilité de faire valoir ses droits en justice (article 305, alinéa 2, CCS). Le cas est rare dans la pratique parce que le père hésite à engager une procédure. Elle lui paraît trop compliquée ou coûteuse, ou encore il est gêné de se mettre en position de conflit déclaré vis-à-vis de la mère.

Il existe des cas où, aux yeux du tuteur, il serait dans l'intérêt de l'enfant que le père le reconnaisse. La loi ne permet malheureusement pas à l'enfant de revendiquer lui-même un jugement déclaratif de paternité, en dehors des conditions très limitatives de l'article 323 CCS.

Quels remèdes apporter à ce problème? Faut-il concevoir des conditions plus strictes à l'exercice du droit d'opposition de la mère? Il ne semble pas. En revanche, on pourrait prévoir une procédure plus simple, par exemple devant l'autorité tutélaire, pour permettre au père de faire valoir ses droits. Enfin, comme le dit M. le Professeur LALIVE, il serait souhaitable de donner à l'enfant le droit d'intenter action avec effets d'état civil, dans les «cas où les circonstances justifient réellement, dans l'intérêt de l'enfant, l'établissement de liens juridiques avec le père» (thèse n° 6, page 807 du rapport de M. le Professeur LALIVE). Par contre, il serait opportun de supprimer les conditions actuelles prévues à l'article 323 CCS, qui ne tiennent pas compte des intérêts de l'enfant.

II. «Fausses» légitimations: Lorsqu'une mère célibataire épouse un homme qui n'est pas le père de son enfant, elle désire souvent, ainsi que son fiancé, permettre à l'enfant d'être intégré dans le foyer qu'elle va créer. Ces couples sont déçus de savoir que la loi ne leur offre que la possibilité de demander le changement de nom de l'enfant. Ils n'acceptent pas les limites fixées par la loi et, malgré les risques d'annulation ultérieure, légitiment faussement l'enfant.

Cette solution n'a pas toujours des effets heureux. Certains enfants réagissent violemment lorsqu'ils apprennent que celui qu'ils ont considéré comme leur père, n'est pas leur père de sang. On pourrait, dans ce domaine, parler d'un droit de l'enfant à être élevé dans la vérité. Dans d'autres cas, si un divorce intervient, l'enfant risque de ne toucher aucune pension alimentaire, ni de son père naturel, ni de son père légal.

La seule formule valable qui éviterait des inconvénients, serait d'autoriser l'adoption de l'enfant par sa mère et son

beau-père. Pour faciliter une telle solution, la révision de l'article 264 CCS quant à l'âge des parents adoptifs et à l'absence de descendants légitimes s'impose.

III. Délai d'introduction de l'action en recherche de paternité: Les inconvénients du délai de péremption d'une année de l'article 308 CCS sont connus. Les deux rapporteurs sont d'accord pour proposer des prolongations de délai. M. le Professeur LALIVE fait la proposition la plus libérale en préconisant un délai de 4 ans après la naissance. On peut se demander cependant si ce long terme ne pousserait pas les curateurs à se montrer moins empressés dans l'exécution de leur mandat. Cette suggestion a cependant l'avantage de résoudre les cas où plusieurs pères sont possibles. Il arrive parfois que le curateur ait des raisons de penser que la mère cache la vérité. Les dispositions légales obligent le curateur à engager plusieurs procès contre tous les «pères possibles», ce qui est une solution embarrassante.

La formule préconisée par M. le Dr HEGNAUER prévoit une prolongation de délai lorsque le retard est causé par une attitude du défendeur, ou en raison de motifs importants. Cette proposition paraît trop limitative. Elle pourrait être élargie par l'utilisation de la formule de l'article 257, alinéa 3, CCS selon laquelle le demandeur peut introduire action après échéance du délai fixé, lorsque de justes motifs rendent le retard excusable.

IV. Mesures provisoires: Les propositions des deux rapporteurs visant au versement d'avance ou à titre provisoire des prestations dues à la mère et à l'enfant seraient bénéfiques au point de vue social. Il est établi que, depuis un certain temps, il est difficile d'obtenir la signature d'engagements de la part des pères présumés. Le nombre de procès a également tendance à augmenter. Voici les chiffres tirés des statistiques du service du Tuteur général de Genève:

	1963	1964	1965 (8 premiers mois)
Engagements signés	64	33	28
Procès intentés	30	46	50

La possibilité de demander le versement d'une pension alimentaire, dans les cas où la paternité est vraisemblable, résoudrait un certain nombre de problèmes sociaux. On sait assez à l'heure actuelle l'importance des premières années pour le développement de l'enfant, et combien il est primordial de lui permettre de vivre dans les meilleures conditions, pour lui assurer la sécurité et la stabilité dont il a besoin. Or, dans la majorité des cas, les revenus de la mère sont insuffisants pour trouver des solutions valables. Les prix de placements dans des familles nourricières sont très élevés et atteignent à Genève entre fr. 250.— et fr. 300.— par mois.

On ne peut également que soutenir la proposition généreuse de M. le Professeur LALIVE de créer une caisse publique assurant le versement des pensions alimentaires. La création de telles caisses se heurte à de nombreux problèmes financiers, et il ne fait aucun doute que la réalisation d'un tel projet serait grandement facilitée si on avait les moyens de contraindre le père à verser une pension avant l'issue d'un procès qui dure plusieurs années.

Les pratiques des tribunaux relatives à la fixation des pensions sont très différentes d'un canton à l'autre. Une coordination sur le plan suisse est à souhaiter dans ce domaine. Des normes pourraient être fixées comme c'est le cas en Allemagne. Il serait enfin rationnel de prévoir l'indexation des pensions selon l'évolution du coût de la vie.

Dr. FRITZ HÜRLIMANN, Oberrichter, Zürich:

Ich äußere mich nur zur Frage, welche Einreden einem Beklagten, dessen Vaterschaft nach Art. 314 Abs. 1 ZGB zu vermuten ist, im Falle von Mehrverkehr der Mutter während der kritischen Zeit einzuräumen seien, mit andern Worten: unter welchen Voraussetzungen diese Vermutung entfallen soll.

Bekanntlich geht die heutige gesetzliche Regelung und die sich darauf stützende Rechtsprechung des Bundesgerichtes dahin, daß die Vermutung entfällt, sobald der

Beklagte Mehrverkehr der Mutter bewiesen hat. Als dann ist es Sache der Klagepartei, diese Vermutung durch den Nachweis wiederherzustellen, daß der Dritte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht der Vater sei.

Diese gesetzliche Regelung wird mit Recht als für Mutter und Kind zu hart empfunden. Ich gehe deshalb auch davon aus, daß sie revisionsbedürftig ist. Die Mehrverkehrseinrede des Beklagten soll eingeschränkt werden.

Und nun die Abänderungsvorschläge der beiden Referenten: Prof. LALIVE will dem Beklagten nur die Einrede der Unmöglichkeit der Vaterschaft einräumen. Dr. HEGNAUER unterscheidet, ob Mehrverkehr der Mutter vorliegt oder nicht. Liegt kein Mehrverkehr vor, so räumt auch er dem Beklagten nur die Einrede der Unmöglichkeit der Vaterschaft ein; bei Mehrverkehr der Mutter zudem die Einrede, daß die Vaterschaft des Beklagten weniger wahrscheinlich sei als diejenige eines Dritten.

Meines Erachtens soll es auch bei der Neuregelung des Mehrverkehrsfalles möglichst wenig darauf ankommen, wen die Klagepartei eingeklagt hat. Die Klagepartei soll mit ihrer Klage möglichst wenig präjudizieren können. Auch bei Mehrverkehr soll der Beklagte möglichst wenig einfach der Klagepartei ausgeliefert und auch nicht einfach dem Gefährdungsprinzip ausgesetzt sein. Denn auch bei Mehrverkehr der Mutter soll doch grundsätzlich irgendwie geprüft werden, ob nun der Beklagte oder der Dritte der Vater sei, und nicht einfach auf das Vorgehen der Klagepartei abgestellt werden, besonders nicht angesichts der heute von Dr. HEGNAUER angegebenen Zahlen, wonach bei 1500 Blutuntersuchungen in Vaterschaftsprozessen 35 Prozent der Beklagten als Väter ausgeschlossen worden seien und in Ehelichkeitsanfechtungsprozessen sogar mehr als 50 Prozent. Grundsätzlich soll auch am Verwandtschaftsprinzip festgehalten werden, wenn es sich auch, der Natur der Sache nach, nicht rein durchführen läßt, sondern eine gewisse Kombination zwischen dem Verwandtschafts- und dem Gefährdungsprinzip

platzzugreifen hat, wobei aber das Gefährdungsprinzip, wie HEGNAUER sagt, nur zu Hilfe genommen werden soll.

Beim Vorschlag Prof. LALIVES, der dem Beklagten nur die Einrede der Unmöglichkeit der Vaterschaft einräumen will, besteht nun aber die ernstliche Gefahr, daß nicht nach diesen Grundsätzen entschieden wird, sondern daß die Klagepartei zu Lasten des Beklagten zuviel präjudizieren kann und der Beklagte dem Gefährdungsprinzip zuviel ausgeliefert ist. Denn das, was bisher die Klagepartei zu beweisen hatte und was als für sie zu hart empfunden wurde, wird nach dem Vorschlag Prof. LALIVES nun einfach dem Beklagten überbunden, und zwar in noch etwas verstärktem Maße, indem der Beklagte danach die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft zu beweisen hätte, während heute die Klagepartei nur die an Sicherheit grenzende Unwahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Dritten zu beweisen hat. Das als ungerecht und unbefriedigend Empfundene schlägt nun einfach auf die andere Seite aus. Der Ball wird dem Beklagten zugeworfen. Eine solche Regelung kann nicht als gerechter oder wesentlich gerechter und befriedigender empfunden werden als die geltende Regelung.

Prof. LALIVE begründet seinen Vorschlag auf S.658/59 seines gedruckten Referates damit, es sei doch wahrscheinlicher, daß die Mutter den wirklichen Vater belange, und weniger wahrscheinlich, daß sie den Beklagten willkürlich, z.B. nach seinen Vermögensverhältnissen, bestimme, und es sei deshalb wahrscheinlicher, daß der Dritte nicht der Vater sei, und Prof. LALIVE findet, das seien genügend objektive Gründe (*éléments objectifs*), die eine verschiedene rechtliche Behandlung des Verkehrs der Mutter mit dem Beklagten und desjenigen mit dem Dritten rechtfertigten.

Das letztere geht meines Erachtens zu weit. Die verschiedene rechtliche Behandlung des Verkehrs der Mutter mit dem Beklagten und desjenigen mit dem Dritten würde sich im Grunde genommen doch nur darauf stützen, wen die Klagepartei eingeklagt hat. Das ist aber nach dem Gesagten kein objektives Kriterium, oder jedenfalls kein genügend

objektives Kriterium, das eine solche verschiedene rechtliche Behandlung rechtfertigte. Und namentlich würde es nicht rechtfertigen, dem Beklagten nur die Einrede der Unmöglichkeit seiner Vaterschaft zu gewähren.

Gewiß, auch die Vermutung des Art. 314 Abs. 1 ZGB, die ja unangefochten und beizubehalten ist, knüpft an den Verkehr mit dem Beklagten und an die Einklagung des Beklagten an. Aber sie gilt für alle Fälle, also auch die immerhin zahlreichen, in denen kein Mehrverkehr der Mutter vorliegt. Liegt kein solcher Mehrverkehr vor, so rechtfertigt es sich, dem Beklagten nur die Einrede der Unmöglichkeit seiner Vaterschaft einzuräumen, worüber sich die beiden Referenten einig sind. Bei Mehrverkehr aber liegt ein typischer Fall erheblicher oder ernstlicher Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten vor, weshalb es sich nicht mehr rechtfertigt, dieselbe Regelung platzgreifen zu lassen, dem Beklagten also auch nur die Einrede der Unmöglichkeit seiner Vaterschaft einzuräumen.

Der Hinweis auf die Regelung im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß geht nicht an, da hier andere tatsächliche und rechtliche Verhältnisse (Ehe der Mutter) vorliegen.

Der Vorschlag Prof. LALIVES ist daher als zu weitgehende Einschränkung der Mehrverkehrseinrede abzulehnen.

Dagegen scheint mir die weniger weit gehende Einschränkung der Mehrverkehrseinrede, wie sie Kollege HEGNAUER vorschlägt, gerecht, jedenfalls gerechter zu sein als die heutige Regelung und der Vorschlag Prof. LALIVES. Zu Lasten des Beklagten wirkt sich das Gefährdungsprinzip nur noch aus, soweit der Beklagte nicht zu beweisen vermag, daß seine Vaterschaft weniger wahrscheinlich ist als diejenige eines Dritten.

Ich verkenne nicht, daß der Unterschied der beiden Vorschläge, wie Prof. LALIVE heute bemerkte, vielleicht nicht so große Auswirkungen haben wird, da ja bei dem wenigstens heute häufigsten Beweismittel, der Blutuntersuchung, der Nachweis der geringeren Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Beklagten mit demjenigen der Unmög-

lichkeit zusammenfallen wird. Doch kann der Unterschied in anderen Fällen, z.B. bei der anthropologisch-erbbiologischen Begutachtung, von Bedeutung werden. Es lag mir daher daran, auf diesen Unterschied hinzuweisen.

Ich glaube daher, wir wollen Dr. HEGNAUER danken dafür und uns, soweit wir Zürcher sind, auch noch etwas freuen darüber, daß unser – um mit den Worten Prof. LALIVES zu sprechen – *éminent juriste* und *savant juge zurichois* den goldenen Mittelweg gefunden hat.

M. CHARLES GUGGENHEIM, juge cantonal, Fribourg:

MM. les rapporteurs ont décrit les multiples problèmes que pose le droit actuel, et futur, de la filiation illégitime.

Sans répéter ce qui a été si savamment exprimé, qu'il nous soit permis, nous fondant en partie sur nos expériences de praticien, d'émettre quelques brèves remarques.

1. L'exception offerte au défendeur, de n'échapper à la présomption de l'art. 314 CCS qu'en faisant la preuve de l'impossibilité de sa paternité, nous semble trop rigoureuse. Nous lui préférons la formule plus souple proposée par M. le Juge HEGNAUER. Certes, les expériences faites sous l'empire de la loi actuelle justifient un renforcement sérieux de la position de l'enfant, et par conséquent de la mère, encore que, pour le passé, la situation favorisée, ou prétendue telle, faite au défendeur, ne le soit pas autant qu'on pourrait le croire. Car, au départ, ne l'oublions pas, il y avait, et il y a encore, à la charge du défendeur, la présomption redoutable attachée à la cohabitation, laquelle ne se déduit parfois que d'indices plus ou moins valables ou fragiles. En l'absence des moyens scientifiques actuellement connus, le défendeur échappait difficilement à une condamnation et l'on comprend que, faute d'autres moyens de défense, il se soit attaché, avec un zèle parfois excessif il est vrai, à soulever les deux exceptions prévues par la loi. S'il en est résulté, hélas, qu'un certain nombre d'enfants ont perdu injustement leur action, soyons convaincus qu'à la faveur de la seule présomption de l'art.

314 CCS, bien des défenseurs se sont vu attribuer une paternité à laquelle ils étaient étrangers. Nous faisons cette affirmation d'après notre expérience professionnelle, où nous avons vu plusieurs fois la paternité de défenseurs être exclue, en fin de procédure, sur la seule base des méthodes d'analyses des sangs toutes récentes, bien plus sélectives que l'analyse fondée sur les groupes sanguins, seule appliquée autrefois, laquelle, dans ces cas particuliers, n'avait pas exclu la paternité du défendeur. C'est dire qu'en l'absence d'analyses fondées sur des méthodes sélectives, la paternité du défendeur aurait été prononcée. Faut-il ajouter que, dans plusieurs cas, jusqu'à réception du rapport d'analyse excluant la paternité du défendeur, la condamnation de ce dernier semblait probable, voire certaine, tant la mère paraissait sincère et la cohabitation avec un tiers improbable. Nous nous plaçons, cela va de soi, sur le principe admis de la paternité fondée sur la parenté physique. Nous tiendrions un autre langage si la paternité était fondée sur le *Gefährdungsprinzip*, ou si l'on admettait la participation de plusieurs défenseurs. Le dernier mot a-t-il vraiment été dit à ce sujet ?

Certes, grâce aux méthodes scientifiques actuelles, qui se perfectionnent encore, les possibilités de libération offertes au défendeur qui n'est pas le père ont sensiblement augmenté. Cependant, ces méthodes ne sont pas encore sélectives au point d'exclure la paternité de toute personne actionnée à tort. L'expertise anthropomorphologique elle-même n'aboutit souvent pas à un résultat pouvant être pris en considération. C'est pourquoi la preuve de l'impossibilité de la paternité nous paraît, en l'état, aller trop loin. Elle pourrait amener le défendeur à contester systématiquement les faits, et elle concéderait à la mère, ainsi qu'à l'enfant, le choix arbitraire du défendeur, rien ne s'opposant même, théoriquement parlant, et dans l'hypothèse de deux procès séparés, à ce que la mère choisît un défendeur, et l'enfant un autre ! Nous accordons dès lors notre faveur à la formule proposée par M. le rapporteur de langue allemande.

2. Sur le délai utile pour intenter action, malgré les excellents arguments qui justifieraient une prolongation du délai actuel, nous restons très fermement partisan du délai d'un an, corrigé largement par la restitution ou la prolongation pour justes motifs. Combien de fois le juge ne reçoit-il pas, le 365^e jour après la naissance, ou peu de jours auparavant, l'acte d'ouverture d'action, alors que rien ne s'opposait à plus de diligence. Prolonger le délai actuel ferait du législateur le complice de nouveaux retards. Il sera toujours possible au juge d'ordonner la suspension du procès lorsqu'une expertise anthropomorphologique doit être effectuée. Le juge aura pu, jusque-là, grâce aux autres éléments fournis par la procédure probatoire, se faire une idée assez précise pour être en mesure de se prononcer sur une demande éventuelle de versements anticipés à faire par le défendeur, innovation légale proposée par MM. les rapporteurs.

3. En ce qui concerne l'encaissement des pensions dues par le père et la répression pénale, nous comprenons les soucis de M. le rapporteur de langue française. Nous nous demandons toutefois si ses considérations ne dépassent pas le cadre du domaine de la filiation illégitime; nous y voyons plutôt, pour notre part, un problème général de solvabilité des débiteurs, et aussi d'opportunisme judiciaire. Contre l'insolvabilité d'un débiteur, le juge le plus diligent, ou le mieux intentionné, ainsi que la loi elle-même sont en général impuissants. Le fisc lui-même, avec son contentieux bien organisé, ne reçoit-il pas de nombreux actes de défaut de biens? Quant à la répression pénale, l'expérience nous a appris qu'il est souvent contraire à l'intérêt de la mère et de l'enfant d'agir avec trop de rigueur, car, lorsque le débiteur est au pénitencier, la pension n'est en tout cas plus payée. En revanche, la menace d'une sanction (condamnation ou révocation du sursis) peut amener le débiteur récalcitrant à s'exécuter.

4. Nous voudrions, en terminant ces brèves remarques, toucher, sans les développer, un point ou l'autre encore:

a) la désignation d'un tuteur à l'enfant illégitime et son maintien pendant un temps assez long nous paraissent indispensables. Les modalités de l'exercice de sa fonction doivent cependant tenir compte de chaque cas particulier et, si la mère fait preuve de capacités suffisantes, le tuteur doit s'effacer de plus en plus, dans ses interventions, afin de permettre à un moment donné, insensiblement en fait, le transfert à la mère de la puissance paternelle;

b) la reconnaissance avec suites d'état civil devrait faire l'objet d'un examen strict de la part des responsables de l'enfant et il faudrait renforcer la possibilité de s'y opposer. L'enfant a rarement un avantage réel à suivre la condition de son père. Comme l'a relevé M. le rapporteur HEGNAUER, les obligations qui résultent de la reconnaissance ne sont pas à sens unique; elles peuvent aussi, pour l'enfant, l'emporter sur ses droits et conduire, plus tard, à des situations choquantes (dette alimentaire). Le problème mériterait en tout cas d'être examiné;

c) enfin, en matière de désaveu, si nous nous inclinons devant la récente jurisprudence, certes discutable, du Tribunal fédéral, conférant à l'enfant le droit d'intenter action, nous ne pouvons en revanche admettre une modification législative dans la forme dépouillée proposée par M. le Juge HEGNAUER. Le droit de l'enfant d'intenter action doit être entouré de réserves, au moins dans la mesure, voire au-delà, esquissée par le Tribunal fédéral. Il est inadmissible de conférer ce droit à l'enfant qui vit ou a vécu dans la communauté familiale des parents qu'il entend actionner. Cela constituerait une atteinte excessive à la famille, dont ce pourrait signifier l'éclatement. Seule la dislocation du ménage et le remariage de la mère avec le père réel, accompagnés éventuellement d'autres conditions encore, peuvent justifier la qualité de l'enfant pour intenter action.

Prof. Dr. WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, Direktor des Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.:

Darf ich Ihnen zunächst herzlich für Ihre freundliche Einladung danken, an Ihrer Tagung als Ihr Gast teilnehmen zu dürfen. Sie bedeutete für mich eine große Ehre und Freude; ich habe hier sehr viel Gutes in menschlicher und fachlicher Hinsicht gehört und erfahren.

Wer rechtsvergleichend die Behandlung des unehelichen Kindes in den letzten Jahrzehnten verfolgt, erhält ein Bild, das ihn vielleicht ein wenig an die meteorologische Entwicklung der Atmosphäre in den letzten Tagen erinnert. Als wir anreisten, zeichneten sich in dem tiefen Nebel wenig Möglichkeiten für weitreichende Ausblicke ab. Die Wege waren schwer zu finden, und alles erschien etwas unübersichtlich und problematisch. Aber als wir uns dann hier näher mit den Fragen befaßten, klärte es sich bald auf; im richtigen Zeitpunkt kam sogar die Sonne heraus und stimmte optimistisch, daß alles sich bald befriedigend lösen werde. Auf der Fahrt über den Bodensee konnten die Ausblicke weit nach allen Richtungen gehen, insbesondere nach Österreich und Deutschland, ohne daß sich bei aller Wahrung der Eigenständigkeiten fundamentale Unterschiede feststellen ließen – im Gegenteil bekräftigte die in vielem bestehende grundsätzliche Übereinstimmung unsere Zuversicht, daß allseitig befriedigende Reformen bald erreicht werden.

Heute sind auf dem Gebiete des Unehelichenrechts Anlässe zu scharfen, prinzipiellen Auseinandersetzungen eigentlich nicht mehr vorhanden. Die erstrebten Lösungen sind in den verschiedenen Rechten nicht mehr weit voneinander entfernt. In diesem Sinne verdient es hier gleich am Anfang festgestellt zu werden, daß eine rechtsvergleichende Betrachtung statt der bislang bestimmenden Gegensätze vielmehr weitgehende Übereinstimmung über das Bleibende und das Reformbedürftige in der Gegenwart ergibt. Während früher dieses Thema als ein ausgesprochen «heißes Eisen» galt, das grundlegende Divergenzen und weitreichende Differenzierungen einschloß, haben sich heute die Standpunkte dazu in vielen Einzelpunkten undogmatisch angenähert. Wir verdanken diese Entschärfung nicht zuletzt den offenen,

unvoreingenommenen Untersuchungen, die unter breiter Einbeziehung der Nachbargebiete durchgeführt worden sind, insbesondere unter Beachtung der soziologischen und medizinischen Gegebenheiten und unter Betonung der verbindenden Elemente in religiösen und geisteswissenschaftlichen Bereichen. Einen Höhepunkt stellen hierbei die beiden ausgezeichneten Referate dar, die zu diesem Thema hier erstattet worden sind. Ich kann mich infolgedessen in meinen Bemerkungen auf Nuancen beschränken, die ich in der einen oder anderen Frage etwas anders setze.

Eine rechtsvergleichende Betrachtung zeigt, daß die ursprüngliche Fassung des deutschen BGB wesentlich weniger aufgeschlossen und ungünstiger für das uneheliche Kind war als die des ZGB. Insbesondere sind die weitblickenden Bemerkungen zum ZGB von EUGEN HUBER auch heute noch für jede rechtspolitische Betrachtung gerade auch des Unehelichenrechts von großem Wert. War mithin das deutsche BGB enger und rückschrittlicher bei seinem Erlaß als das Ihre, so haben in der Zwischenzeit doch zahlreiche Gesetzesänderungen es jetzt in manchen Punkten etwas weiter vorwärts gebracht. Schon insofern scheint mir Ihr Wunsch nach einer baldigen Reformierung einzelner Vorschriften über das illegitime Kind durchaus legitim.

Darf ich nun kurz einzelne Punkte herausgreifen. In bezug auf die Vaterschaftsklage besteht heute wohl allgemein Übereinstimmung, daß die «Vereinskinderschaft» des früheren dänischen und norwegischen Rechts nicht als Vorbild für uns in Frage kommt. Es kann sich also immer nur um eine «Wahrscheinlichkeitslösung» handeln. Dabei stellt sich die schwierige Frage, welche Anforderungen im einzelnen rechtlich zu stellen sind und wie die Beweislast zu verteilen ist. Beachtenswerterweise kommt die Regelung des Referentenentwurfs des deutschen Bundesjustizministeriums in etwa auf die bisherige Fassung des Art. 314 Abs. 2 ZGB hinaus, auf den gerade Ihre Reformwünsche sich jetzt konzentrieren. Die Vaterschaftsvermutung soll danach entfallen, «wenn bei Würdigung aller Umstände triftige Gründe gegen die Ab-

stammung des Kindes vom Beklagten sprechen» (§ 1600q Abs.1, S.2 des Entwurfs), während ja Art.314 II ZGB die Vermutung wegfallen läßt, «sobald Tatsachen nachgewiesen werden, die erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen». Demgegenüber wollen andere Vorschläge, die mehr der geltenden Regelung in Dänemark und Norwegen entsprechen, den wenig wahrscheinlichen oder wenig glaubhaften Erzeuger ausscheiden und dann nur den Richter unter den verbleibenden Beihältern den – relativ – wahrscheinlichsten Vater feststellen lassen. Diese dürften sich rechtspolitisch aber wohl nicht durchsetzen. Immerhin trägt der deutsche Referentenentwurf Sorge dafür, daß die Auslegung seiner ja auch nicht scharfen Regel des § 1600q in der Richtung gehen muß, wie sie Herr Professor MERZ mit Nachdruck gegenüber der bisherigen Praxis befürwortet hat.

Die Entscheidungen in diesem Fragenkomplex können nicht überzeugend getroffen werden, ohne daß die Vorfrage beantwortet ist: wieviel Rechte will man eigentlich dem unehelichen Vater geben? Je mehr man das uneheliche Kind dem Scheidungskind annähert, insbesondere in den rechtlichen Beziehungen zum Vater, um so mehr muß man natürlich bestrebt sein, den wirklichen Vater zu ermitteln. Da unser Gesetz die Verantwortung des unehelichen Vaters stärken will, zielt unsere Tendenz im wesentlichen dahin, daß möglichst versucht werden soll, den wahrscheinlichsten Vater – ohne viele Einschränkungen – zu ermitteln. Dabei gehen wir auch von der Erwartung aus, daß sich die medizinischen Feststellungsmöglichkeiten weiterhin verbessern und außerdem die Zahl der unehelichen Kinder zurückgeht, nicht zuletzt durch die zunehmende wirtschaftliche Ermöglichung von Frühehen sowie durch verbesserte Erziehung und Aufklärung. Nur der wirkliche Erzeuger soll also möglichst als Vater festgestellt werden und dann aber auch die entsprechende Verantwortung auf sich nehmen. Auch begründet ja allein die Verwandtschaft des Vaters mit seinem Kind die väterliche Unterhaltspflicht. In diesem Sinne

kann ich den einschlägigen Ausführungen von Herrn HEGNAUER zustimmen.

Der Grenzfall ist, wenn die Vaterschaft zweier Männer gleich wahrscheinlich ist. In diesem Fall, der – jedenfalls beim augenblicklichen Stand der Medizin – noch nicht ganz selten ist, neigt wohl die Mehrheit im Schrifttum dazu, daß dem Staat nach Art einer abgeschwächten *exceptio plurium* die Zahlungslast zufällt, weil eben kein wahrscheinlicherer «Vater» ermittelt werden kann. Es ist klar, daß dies ein etwas fragwürdiger «Lastenausgleich» zugunsten der unehelichen Väter ist; aber ich meine doch, daß hier nichts anderes übrig bleibt, als den Staat eintreten zu lassen, zumal er auch schon jetzt in vielen Fällen einspringen muß, die weniger weitreichende unglückliche Konsequenzen für das Kind haben.

Dabei darf ich noch eine wirtschaftliche Bemerkung anfügen. Der vielberufene Familienschutz, der ja in den Verfassungen von Ost und West gleichermaßen proklamiert wird, sollte, wenn man wirklich damit ernst machen will, dazu führen, den Staat im Unehelichenrecht an manchen Stellen doch stärker als bisher rechtlich zu engagieren. Wie leicht wird die Harmonie in einer armen Familie gefährdet, wenn Unterhaltsbeiträge nach vielen Jahren unnachgiebig bis zum letzten Rest eingetrieben werden. Der Vater mag das Kind vielleicht lange vor seiner Verheiratung erzeugt haben; auch kann es ja durchaus an der Mutter gelegen haben, daß es damals zu keiner Eheschließung kam. Dann kann durch eine Eintreibung lang aufgelaufener Unterhaltsbeiträge sehr leicht die Familienharmonie zerstört werden. Wirkt doch nichts für den Familienfrieden in bedrängten Verhältnissen gefährlicher, als wenn die sowieso schon knapp bemessene Decke nicht mehr reicht – insbesondere deshalb, weil die Gemeinden mit Härte zum allgemeinen Wohl ihre aufgelaufenen hohen Unterhaltsforderungen durchsetzen. Ohne die grundsätzliche Notwendigkeit zur Vollstreckung im Unterhaltsrecht in Abrede zu stellen, scheint mir hier doch eine etwas flexiblere, großzügigere Handhabung erwägenswert.

Die nächste Frage, die hier vor allem diskutiert worden ist, betrifft die Streichung des Art. 304 ZGB. Vom Standpunkt des deutschen Rechts aus ist dazu nur zu sagen, daß die Ehelichkeitserklärung des § 1723, bei der das uneheliche Kind auf Antrag des Vaters die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes erlangt, auch für Ehebruchskinder genau so gut wie für andere uneheliche Kinder in Frage kommt. Hierzu bedarf es neben der Einwilligung des Kindes noch der Einwilligung der Ehefrau des Vaters, wenn dieser verheiratet ist. Unser kommendes Unehelichenrecht wird wahrscheinlich das Erfordernis dieser Einwilligung etwas nachgiebiger gestalten. Ein Unterschied zwischen Ehebruchskindern und anderen Kindern sollte grundsätzlich hier wie an anderen Stellen nicht gemacht werden, um gewisse Klassen unehelicher Kinder nicht zu diffamieren. Auch in dieser Hinsicht scheint mir die grundsätzliche Tendenz des Aufsatzes von Herrn Professor NAEGELI in der ausgezeichneten Festschrift für den diesjährigen Juristentag – zumindest soweit der Komplex der Ehebruchstrafe reicht – beachtenswert zu sein.

In der leidigen Frage des Kindesnamens gibt es keine Ideallösung. In Deutschland erhält nach geltendem Recht das uneheliche Kind den Familiennamen der Mutter – also, wenn die Mutter verheiratet ist, deren Mädchennamen. Aber der Ehemann der Mutter kann durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten dem Kind unter Einwilligung der Mutter seinen Namen erteilen (Einbenennung, § 1617 BGB). Nach den Vorschlägen insbesondere des Deutschen Juristentages soll dagegen das uneheliche Kind in Zukunft den Namen der Mutter tragen, den diese zur Zeit seiner Geburt hat. Eine Namensänderung der Mutter nach Scheidung ihrer Ehe soll sich grundsätzlich auch auf den Namen des Kindes erstrecken. Eine Einbenennung soll im übrigen auch weiterhin möglich bleiben. Fernerhin wird noch das Vormundschaftsgericht die Zuständigkeit erhalten, unter Umständen – namentlich bei überwiegendem Interesse des Ehemannes – dem Kind den Mädchennamen der Mutter zu erteilen oder

eine sonstige Namensänderung auf Antrag des Kindes in die Wege zu leiten, wenn das Wohl des Kindes dafür spricht. Jedenfalls sollte das Ziel bei alledem sein, dem unehelichen Kind nach Möglichkeit wie dem ehelichen Kind den Namen des Elternteils zu geben, bei dem es lebt. Nichts ist geeigneter, die Unehelichkeit des Kindes nach außen zu dokumentieren, als die Nichtübereinstimmung des Namens des Kindes mit dem Personennamen des sorgeberechtigten Elternteils. Dementsprechend sollte grundsätzlich der Name des unehelichen Kindes mit dem Namen der Mutter übereinstimmen. Darüber hinaus sollte überhaupt unser Bemühen sein, die leidige Frage des Namens zu entdramatisieren. Ich glaube, und das entspricht auch der Behandlung dieser Fragen im englischen und skandinavischen Recht, daß wir weniger starr in dieser ganzen Namensfrage denken sollten. Wir müssen sie liberaler handhaben, statt ihre Wichtigkeit bürokratisch zu überschätzen. Einen verlässlichen Schluß auf die Abstammung erlaubt der Name sowieso nicht.

Was die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter anlangt, so fällt hierbei die besondere Hilfsbedürftigkeit der unehelichen Kinder vor allem ins Gewicht. In Deutschland dürfte in Zukunft der Grundsatz gelten, daß die Mutter die elterliche Gewalt erhält. Bei uns ist die gesetzgeberische Ausgangslage heute allerdings etwas anders als bei Ihnen. Nach geltendem deutschem Recht hat die Mutter bereits einen Anspruch auf Übertragung der elterlichen Gewalt, wenn sie sich bewährt hat, oder wenn sie sich nach menschlichem Ermessen bewähren wird (§ 1707 II BGB). Das Gericht kann davon einzelne Angelegenheiten ausnehmen. Es liegen noch keine verlässlichen Angaben über die praktische Bewährung dieser erst im Jahre 1962 in Kraft getretenen Vorschrift vor. Aber mir sind gewisse Erfahrungen eines Jugendamtes im Schwarzwald mitgeteilt worden. Dort hatte von 1100 unehelichen Müttern nach der Gesetzesänderung zunächst nur eine einzige die Übertragung der elterlichen Gewalt auf sich beantragt. Es wurde dann eine Aufklärungsschrift verteilt. Daraufhin hatten sich von etwa

1100 Müttern etwa 500 Mütter zur Übernahme der elterlichen Gewalt bereiterklärt, wodurch sie ihr Verantwortungsbewußtsein gut dokumentierten. Im übrigen muß aber auch eine bewegliche Regelung für Mißbrauchsfälle vorgesehen sein, um schnelle Abhilfe treffen zu können.

Die Mutter darf dabei natürlich nicht den Beistand des Jugendamts ganz einbüßen. Es geht infolgedessen vor allem darum, ob die Mutter grundsätzlich die gesetzliche Vertretung bekommt und ihr dann – etwa nach dem schwedischen Vorbild des Kinderpflegers – eine flexible Hilfe durch das Jugendamt bzw. einen Beistand geleistet wird. Das Hauptargument gegen eine Verstärkung der Rechte der Mutter ist, daß sie in der Mehrzahl der Fälle auf Grund ihrer Herkunft, ihrer Haltung und der seelischen Konflikte, in denen sie sich befindet, zur Ausübung der elterlichen Gewalt nicht in der Lage sei. Das mag nicht selten zutreffen. Doch wird mit einer Sonderregelung für die minderjährige Mutter den Hauptbedenken Rechnung getragen. Außerdem geht in Deutschland die Tendenz dahin, in diesen Fragen das uneheliche Kind mehr mit dem Scheidungskind in Parallele zu setzen. Natürlich werden sich die Jugendämter dagegen wehren; die es mit Nachdruck tun, sind sogar oft die besten Jugendämter, da sie es besonders ernst mit ihren Pflichten nehmen. Aber im allgemeinen sollte um des Kindes willen die grundsätzliche Neigung bestehen, dem Jugendamt nur die Funktionen eines Beistandes einzuräumen – abgesehen von Unterhaltsklagen und Klagen auf Feststellung der Abstammung, bei denen es seine bisherige Stellung behalten sollte. Die Mutter sollte dementsprechend grundsätzlich ein klagbares Anrecht haben, die gesetzliche Vertretung des unehelichen Kindes auszuüben.

Die umstrittenste praktische Frage in diesem Komplex betrifft das Verkehrsrecht des unehelichen Vaters mit seinem Kinde. Hier meine ich, daß das Wohl des Kindes ganz allein entscheiden sollte; «Rechte» der Eltern müssen zurücktreten. Die jugendpsychologischen Erfahrungen sprechen sehr dafür, das Kind um jeden Preis aus dem Streit der beiden

Elternteile herauszuhalten. Es ergeben sich hier ähnliche Probleme wie beim Scheidungskind, obwohl allerdings nicht zu verkennen ist, daß in Scheidungsfällen das Kind immerhin ein Vatererlebnis gehabt haben mag. So sollte man, da das uneheliche Kind meist in der mütterlichen Familie aufwächst, grundsätzlich kein generelles Verkehrsrecht des Vaters festlegen, jedoch die Möglichkeit vorsehen, daß das Vormundschaftsgericht wohlwollend in geeigneten Fällen den Verkehr mit dem Vater gestattet. Freilich muß Raum bleiben, daß die umgekehrte Regelung gilt, falls das Kind beim Vater aufwächst.

Schließlich noch ein Wort zum Kindesunterhalt. Es ist zunächst einmal fraglich, wie der Unterhalt überhaupt gewährt werden soll. Auch hier neigen die deutschen Reformwünsche ganz allgemein zu einer elastischeren Regelung, die grundsätzlich eheliche und uneheliche Kinder gleichstellt. Wir erstreben weiter, die nur bei unehelichen Kindern vorgesehene zeitliche Grenze der Zahlungspflicht heraufzusetzen, und zwar möglichst in praktischer Anlehnung an die Verhältnisse beim ehelichen Kind, um die Ausbildungschancen nicht zu beeinträchtigen. Dabei geht allerdings der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums sehr weit. Er sieht eine generelle Grenze erst bei 30 Jahren vor, während sonst eine Grenze beim 25. Lebensjahr gezogen wird. Unproblematisch ist, daß die Unterhaltspflicht ohne zeitliche Grenze bestehen soll, wenn das Kind auf Grund körperlicher oder geistiger Gebrechen nicht in der Lage ist, sich selbst zu unterhalten.

Mit dieser weitgehenden Leistungspflicht hängen noch die Frage der Sicherstellung des Unterhalts und die Frage einer vorläufigen Unterhaltspflicht zusammen. Wird die Sicherstellungspflicht in Art. 321 ZGB in eine Vorschußpflicht umgewandelt, so würde das auf der Linie der deutschen Regelung in § 1716 BGB liegen. Schwieriger ist die Frage, ob die Möglichkeit einer vorläufigen Verurteilung des nicht durch schnell verfügbare Beweismittel als Vater ausgeschlossenen Beihalters eingefügt werden soll. Dabei wäre

vor allem die Zeit bis zur Einholung der anthropologisch-erbbiologischen Gutachten überbrückt. Ähnliches kennt Schweden. Bei Glaubhaftmachung des Anspruchs kann dort der mögliche Vater im Wege der einstweiligen Verfügung zum vorläufigen Unterhalt bis zur Rechtskraft des Urteils herangezogen werden. Wird er später als Vater ausgeschlossen, so steht ihm keine Regreßforderung gegen den wirklichen Vater, die Mutter oder das Kind zu. Er wird vielmehr aus öffentlichen Mitteln entschädigt.

Die deutsche Praxis behilft sich hier mit dem Institut der einstweiligen Verfügung, obwohl das systemwidrig ist. Voraussetzung dafür sind die Glaubhaftmachung des Anspruchs mit den verfügbaren Beweismitteln und eine Gesundheit oder Leben des Kindes gefährdende Notlage. Der Schuldner kann nur so lange herangezogen werden, bis die Notlage behoben ist. Die Begründung einer vorläufigen Unterhaltspflicht bis zur endgültigen Klärung der Vaterschaft ist auch bei uns diskutiert worden. Vielfach wird ein zweigeteiltes Verfahren befürwortet. Das Kind soll nach Feststellung der Beiwohnung des Beklagten in der Empfängniszeit und bei nicht gelungenem Ausschluß durch Blutgruppen-Gutachten zunächst einen vorläufigen Unterhaltstitel gegen diesen erhalten. Sonstige Beweismittel sollen erst in einem zweiten Verfahrensabschnitt zugelassen werden. Wird der vorläufige Unterhaltsschuldner im Nachverfahren ausgeschlossen, dann soll ihm kein Regreß gegen den wirklichen Vater oder gegen die Mutter bzw. das Kind zustehen. Ein anderer, besserer Vorschlag geht dahin, einen Regreßanspruch gegen den wirklichen Vater zu geben, jedoch im Rang hinter den Unterhaltsforderungen des Kindes.

Bis jetzt haben aber diese Anregungen mit Recht keinen Niederschlag in den neuen Entwürfen gefunden. Abgesehen davon, daß die Lösungsversuche für den Fall, daß später ein Dritter als Vater festgestellt wird, unbefriedigend sind, spricht gegen die Einführung einer vorläufigen Unterhaltspflicht entscheidend die Erwägung, daß dann das Kind beim späteren Ausschluß des vorläufig Unterhaltspflichtigen ent-

weder seinen Vater «verliert» oder aber bei Feststellung eines Dritten seinen Vater «wechselt». Das erscheint mir im Kindesinteresse unerträglich.

Wenn man, wie in der Schweiz und auch in Deutschland, grundsätzlich am Verwandtschaftsprinzip festhält und wenn, wie besonders nach unserem Reformwunsch, die Möglichkeiten verstärkt werden, die Vater-Kindesbeziehungen zu intensivieren, um dadurch die Verantwortung des Vaters zu stärken, dann wäre es vorzuziehen, zur Überbrückung die öffentliche Fürsorge in Vorlage treten zu lassen und vielleicht diesen öffentlichen Schutz noch auszubauen, um voreilige Entscheidungen zu vermeiden. Die Behörden können sich ja dann später an den festgestellten Vater halten. Damit wäre – in Übereinstimmung mit dem Vorschlag von Herrn Professor LALIVE –, ohne daß dies zu versorgungsstaatlich wäre, für die Übergangszeit eine Annäherung an die dänische und norwegische Lösung erreicht. Dort kann sich jeder, der Unterhaltsgelder für ein Kind in Empfang zu nehmen hat, die Beträge vorschußweise von staatlichen Behörden auszahlen lassen. Die endgültige Einziehung der Unterhaltsbeiträge beim Schuldner übernimmt dann der Staat.

Prof. Dr. HANS W. FASCHING, Wien:

Auch ich darf an der Spitze meiner Ausführungen dafür danken, daß Sie es uns, Herrn Sektionsrat Dr. ENT vom österreichischen Bundesministerium für Justiz in Wien und mir, ermöglicht haben, in Ihrem Gremium an den Sitzungen teilzunehmen. Wir sind uns der Ehre, teilnehmen zu dürfen, bewußt, und der Gewinn, den wir aus Ihren Beratungen gezogen haben, wird unsere Arbeit sehr fördern. Ich werde meine Ausführungen auf das Problem der Vaterschaftsfeststellung beschränken, möchte aber darauf verweisen, daß auch wir bereits einen zweiten Ministerial- und Regierungsentwurf über die Regelung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes haben, der im Parlament zur Beratung liegt.

Natürlich sind wir nicht in der Lage, zu sagen, wann er tatsächlich Gesetz werden könnte. Dieser Entwurf betrifft auch das ganze Rechtsgebiet des unehelichen Kindes, ich beschränke mich jedoch auf die Vaterschaftsfeststellung.

Das geltende österreichische Privatrecht ist in diesem Punkte das älteste in unseren drei Rechtsordnungen. Schon im Jahre 1811 ist es in der heute fast unverändert geltenden Fassung geschaffen worden. Ich darf Ihnen nun den Wortlaut dieser Vorschrift sagen: «Wer auf eine in der Gerichtsordnung vorgeschriebene Art überwiesen wird, daß er der Mutter des Kindes innerhalb des Zeitraumes beigewohnt habe, von welchem bis zur Entbindung nicht weniger als 180 und nicht mehr als 302 Tage verstrichen sind; oder wer dieses auch nur außer Gericht gesteht, von dem wird vermutet, daß er das Kind erzeugt habe.» Ich darf also darauf hinweisen, daß der Gesetzgeber damals eine Zeugungsvermutung aufgestellt hat und als rechtlichen Vater schon damals ausschließlich den biologischen Erzeuger gewünscht hat. Dies war nach dem damaligen Stand der Wissenschaft nicht möglich. Daher mußte die Vermutung an die Beiwohnung geknüpft werden. Diese Formulierung zeigt, daß nach österreichischem Recht eine Mehrverkehrseinrede unbeachtlich und bedeutungslos ist, daß das österreichische Recht auch keine Einrede der Unsittlichkeit bzw. des unsittlichen Lebenswandels der Mutter kennt. Sie zeigt auch, daß bei mehreren Personen, die in der kritischen Zeit beigewohnt haben, das Kind (in Wahrheit die Mutter) auswählen kann, welchen dieser «Väter» es zum Vater haben will. Die Gefahr, daß damit ein Unrichtiger herausgenommen wird, vor allem der Zahlungskräftigste oder vielleicht die Person, die aus gesellschaftlichen Rücksichten sich am wenigsten auf den Prozeß einlassen kann, liegt auf der Hand. Es ist in Österreich von allen drei Ländern, die hier zu Worte kommen, der Prozentsatz der unehelichen Kinder der größte. Daher hat auch das Verfahren der Feststellung der unehelichen Vaterschaft eine immer größere Bedeutung erlangt. Da in Österreich diese Einreden des Mehrverkehrs und der Unsittlich-

keit schon damals nicht zulässig waren und bis heute nie übernommen wurden, war es klar, daß wir der Widerlegung der Beiwohnungsvermutung, der Zeugungsvermutung, ein besonderes Gewicht zubilligen mußten. Hier darf ich darauf hinweisen, daß gerade in Österreich am frühesten der biologische Beweis zum Gegenbeweis gegen diese Vermutung herangezogen wurde. Bereits seit dem Jahr 1929 haben wir die ersten Blutgruppenbeweise, und im Jahre 1931 hat der oberste Gerichtshof die klassischen Blutgruppen als absolut bindendes Beweismittel anerkannt. Sie sehen, daß sich bei uns der biologische Beweis in sehr großem Maße entwickelt hat und vom Gericht nach eingehender Prüfung sehr entgegenkommend anerkannt wurde. Die Rechtsordnung fordert als Gegenbeweis die Unmöglichkeit der Zeugung. Die Naturwissenschaft läßt uns aber trotz aller optimistischer Prognosen doch ein wenig im Stich. Sie kann uns höchstens die an Unmöglichkeit grenzende Unwahrscheinlichkeit an die Hand geben. Dementsprechend haben Rechtsprechung und Lehre an Stelle der absoluten Unmöglichkeit die an Unmöglichkeit grenzende Unwahrscheinlichkeit bereits seit etwa 25 Jahren auch für die Überlegung der Vaterschaftsvermutung als ausreichend angesehen.

In den letzten Jahren hat auch bei uns die Reformbestrebung Platz gegriffen. Die Reform mußte sich im Bereich der Vaterschaftsfeststellung vor allem darauf beziehen, den Ergebnissen des biologischen Beweisverfahrens und seiner Fortschritte Rechnung zu tragen und auch der vor allem bei den außerösterreichischen Juristen als unbillig empfundenen Regel Abhilfe zu schaffen, daß jeder geklagt werden konnte, der in der Beiwohnungsfrist beigewohnt hat, ohne daß er eine Mehrverkehrseinrede hätte. Unsere Vorschläge liegen im wesentlichen auf der gleichen Ebene wie die schweizerischen Reformpläne. Sie werden viel Bekanntes wiederfinden; ich werde mich daher darauf beschränken, hier ganz kurz zu sein. Als erstes: die Beiwohnungsvermutung in der kritischen Frist bleibt aufrecht in der Form: «Wer innerhalb dieser Frist der Mutter beigewohnt hat, von dem wird ver-

mutet, daß er der Vater des Kindes sei.» Auch hier glauben wir, bezüglich des Gegenbeweises der Entwicklung Spielraum zu gewähren und damit doch genügende Sicherheit beizubehalten. Es müßte doch nach unserer Auffassung der Vaterschaftsvermutung zur Widerlegung eine bloße Unwahrscheinlichkeit genügen, bei der, «unter Würdigung aller Umstände», klar ist, daß das Kind aus dieser Beiwohnung nicht gezeugt wurde. Es muß sich also wohl nicht um die absolute Unmöglichkeit oder die an Sicherheit grenzende Unwahrscheinlichkeit handeln. Andererseits dürfen aber diese «Umstände», die hier zur Würdigung herangezogen werden, nicht so verstanden werden, daß wir auf diesem Wege sozusagen durch die Hintertüre der Mehrverkehrseinrede doch etwas Raum gewähren. Das Problem der Beiwohnung mehrerer Väter in der kritischen Frist scheint uns dadurch am ehesten gelöst zu werden, daß die Zeugungswahrscheinlichkeit der einzelnen Väter aus der Beiwohnung untereinander verglichen wird und der dem Verhältnis nach am wahrscheinlichsten scheinende also außerehelicher Vater ist. Wir haben auf diesem Gebiete schon in der jetzigen Praxis zahlreiche und äußerst brauchbare biologische Sachverständigengutachten. Dabei sind wir uns auch klar, daß man mit dem ohne Kautelen zulässigen Vergleich mit mehreren Vätern auch der Prozeßverschlechterung Tür und Tor öffnen könnte, weil der richtig präparierte Beklagte jedenfalls hier, wie Sie es ja mit der Unsittlichkeits- und Mehrverkehrseinrede schon haben, hypothetische Beiwohnungen behaupten oder Beiwohnungen (und die dazugehörigen Männer) überhaupt erfinden könnte. Dem soll auch das Gesetz vorbeugen, indem es Personen von dem Vergleich überhaupt ausschließt, die abwesend sind (nicht momentan ortsabwesend, sondern abwesend wohl in dem Sinne, in dem auch sonst die Rechtsordnung für Abwesende besondere Schutzbedürftigkeit annimmt), ferner unbekannte «Väter» (wenn man nicht in der Lage ist, die Vergleichsperson zu identifizieren oder sie überhaupt nicht festzustellen weiß) oder wenn sie gestorben sind. Das wäre der wesentliche Inhalt unseres Reformvorschlages.

Ich darf sagen, daß er in anderen Punkten weitergeht, sowohl was den Unterhalt anbelangt, als auch das Besuchsrecht des Vaters und das Erziehungsrecht der Mutter, aber es würde den Rahmen übersteigen, auch noch über diese Fragen zu sprechen. Ich möchte Ihnen nochmals dafür danken, daß ich hier anwesend sein und das Wort ergreifen konnte.

M. PIERRE ENGEL, docteur en droit, avocat, Genève:

Voulez-vous me permettre d'intervenir très brièvement pour apporter ici des remerciements, un vœu et une information.

J'exprime à M. le Juge HEGNAUER et à M. le Professeur LALIVE ma gratitude très vive pour la qualité et l'importance des rapports qu'ils nous ont donnés. Rarement tant d'expérience, de science et de talent ont été servis par autant de générosité et d'humanité.

Je suis persuadé que ces qualités-là existent également au Département fédéral de justice et police.

C'est pourquoi, Monsieur le Conseiller fédéral, je forme le vœu que soit enfin conduite à chef la révision que nos collègues attendent tous dans le domaine qui nous occupe ici. Ce vœu – ils l'ont souligné – est aussi celui des rapporteurs. Je sais que vos services sont chargés et qu'un code d'urgence doit être établi. Mais nous sommes en présence d'intérêts moraux et sociaux considérables et tout doit être mis en œuvre pour aller de l'avant.

Une information, pour finir: par hasard, j'ai eu récemment connaissance d'un jugement rendu dans l'Etat de New York: l'enfant naturel réclamait, outre les prestations alimentaires que nous connaissons, une indemnité supplémentaire pour l'atteinte aux intérêts personnels que constitue dans une vie d'homme la tare de l'illégitimité. Le premier juge a accueilli la demande et les juges d'appel aussi.

Peut-être y a-t-il là une indication que nous pourrions utilement méditer.

Dr. DIETRICH STAEHELIN, Zivilgerichtspräsident, Basel:

Ich habe mit Genugtuung von den Vorschlägen gelesen, die die Herren Referenten zur Verbesserung der rechtlichen Stellung des unehelichen Kindes gemacht haben, bin aber, wie bereits wiederholt gesagt worden ist, auch der Meinung, daß die Einschränkung der Einreden des Beklagten zu weit geht, jedenfalls nach den Vorschlägen der Referenten. Ich komme zu dieser Auffassung auf Grund meiner Erfahrungen als ausschließlicher Vaterschaftspraktiker 1. Instanz – Vaterschaftspraktiker, soweit es das außereheliche Vaterschaftsverhältnis betrifft, selbstverständlich nur hinter dem Richtertisch –.

Wir stehen heute vor der Tatsache, daß die Mehrzahl der Vaterschaftsbeklagten die Beiwohnung innerhalb der kritischen Zeit anerkennt. Ich habe das für Basel für die letzte Zeit nachgerechnet und bin von denjenigen Beklagten, die eine Antwort eingereicht haben, zu einer Ziffer von 56 Prozent gekommen; die übrigen rund 44 Prozent setzten sich zum größten Teil aus Ausländern zusammen. Es ist zu befürchten – auch Herr Dr. HEGNAUER hat darauf hingewiesen –, daß im Falle einer Beschränkung der Einreden der Beklagten die Anerkennung der Beiwohnung innerhalb der kritischen Zeit stark zurückgeht. Ich halte diese Gefahr für viel größer als Dr. HEGNAUER, gleichgültig aus welchen Gründen die Beiwohnung nun zugestanden wird.

Wer schon Vaterschaftsprozesse miterlebt hat, vor allem in 1. Instanz, weiß, daß der Nachweis der Beiwohnung innerhalb der kritischen Zeit zu den schwierigsten Kapiteln eines Vaterschaftsprozesses gehört. Die Beweise sind sehr beschränkt. Wir haben nicht einen Dritten, der als Zeuge mitgewirkt hat wie beim Ehebruch. Manchmal ist zwar ein Dritter dabei, aber nur selten, und wenn einer dabei ist, ist er meistens betrunken. Darum ist auf seine Zeugenaussage kaum abzustellen. Herr Dr. HEGNAUER legt großes Gewicht auf die Parteibefragung. Nach meiner Erfahrung ist bei einer Parteibefragung nicht viel herauszuholen, vor allem

darum nicht, weil die unehelichen Mütter, die ja in der Regel aus intellektuell unterbemittelten Kreisen stammen, nicht in der Lage sind, einem bei der Befragung des Beklagten zu helfen. Es bleibt noch der Indizienbeweis, und weil das Verhältnis zwischen der unehelichen Mutter und dem Beklagten oft sehr lose ist, versagt dieser Beweis in sehr vielen Fällen. Jedenfalls kommt man nur sehr selten ohne einen Ergänzungseid oder ein Handgelübde an Ergänzungsstatt aus. Es bleibt darum dabei, daß die Mutter, und was wichtiger ist, das Kind, auf den Weg des positiven Vaterschaftsnachweises verwiesen sind mit all den Problemen und Gefahren, die das mit sich bringt. Die Beweislast liegt bei der Klagpartei, und ich glaube, daß man durch eine starke Einschränkung der Einreden des Beklagten dem Kind und der Mutter mehr wegnimmt, als man ihnen durch diese Einschränkung gibt.

Herr Dr. HEGNAUER schlägt vor, im Falle des Mehrverkehrs den Beklagten zum Beweis der größeren Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft eines Dritten zuzulassen. Ich zweifle daran, daß dieser Beweis erbracht werden kann. Wie kann er erbracht werden? Soll die größere Anzahl der Beiwohnungen maßgebend sein? Herr Dr. HEGNAUER macht das selbst nicht geltend. Ich glaube, es kann dies nicht die Meinung sein, ganz abgesehen, daß es sehr schwierig ist, festzustellen, wie oft der in Frage kommende Mann der Mutter beigewohnt hat. Herr Dr. HEGNAUER verweist auf die Möglichkeit der Periode und des Reifegradzeugnisses. Auch das scheint mir sehr problematisch zu sein, denn auch über die Periode haben wir selten zuverlässige Auskünfte. Sie sind nie nachprüfbar. Außerdem sagen uns die Gynäkologen immer wieder, daß auch nach der Konzeption noch Blutungen auftreten können, die von einer Periode nicht zu unterscheiden sind. Das Reifegradzeugnis gibt uns keinen festen Konzeptionstermin, sondern sagt uns nur in Dekaden, also in Zeiträumen von 10 Tagen, wie groß die Konzeptionswahrscheinlichkeit ist. Im günstigsten Fall ist sie 40 Prozent. Auch das ist schon sehr fragwürdig; aber wenn man diese

Beweismittel anwenden will, muß man außerdem noch genau wissen, wann welcher Mann der Mutter beigewohnt hat. Und hier wird es erst recht problematisch: der Beklagte kann mir sagen, was er will, er ist nicht zur Wahrheit verpflichtet. Auf seine Angaben ist ohnehin kein Verlaß. Daß die Beiwohnung nur schwer zu beweisen ist, habe ich Ihnen vorhin ausgeführt, und was die Zeugen betrifft, so erinnern sich die Mehrverkehrter, die unter der Wahrheits- und der Zeugenpflicht stehen, sehr oft nicht genau oder nur sehr vage, ob sie überhaupt der Mutter beigewohnt haben, geschweige denn, wann das gewesen wäre. Die Zeiträume erstrecken sich oft auf mehrere Wochen. Ich glaube, daß in Vaterschaftsprozessen von Zeugen weniger gelogen wird, als dies Prof. LALIVE annimmt, jedenfalls wesentlich weniger als in Ehescheidungsprozessen. Aber wir müssen berücksichtigen, daß die Zeugeneinvernahme in der Regel 1 ½ bis 2 Jahre nach den Ereignissen stattfindet, und da ist das Gedächtnis sehr oft verschwommen, denn diese Mehrverkehrter sind ja in der Regel von nicht bedeutender Intelligenz. Es bleibt das Blutgruppengutachten. Herr Prof. HOLLÄNDER hat vor etwa fünfviertel Jahren im Juristenverein Basel erklärt, es lasse sich durch die Blutuntersuchungen unter Umständen feststellen, welcher von mehreren Männern wahrscheinlicher als Vater in Frage komme. Seither hat das Zivilgericht Basel-Stadt in jedem Fall, da das Blut mehrerer Männer untersucht werden mußte, die Frage gestellt, ob eine größere Wahrscheinlichkeit für den einen oder andern oder den Dritten spreche und wie groß der Unterschied in der Wahrscheinlichkeit sei. In keinem Fall hat bis jetzt der Experte, gleich welcher es auch war, sagen können, es bestehe eine größere Wahrscheinlichkeit für den einen oder anderen Mann. Ein Beweis der größeren Wahrscheinlichkeit mit dem Blutgruppengutachten scheidet meiner Meinung nach aus oder ist jedenfalls nur sehr selten möglich. Es bleibt das anthropologisch-erbbiologische Gutachten. Ich habe schon verschiedene solche Gutachten gesehen. Noch in keinem ist gesagt worden, daß eine größere Wahrscheinlichkeit für den

einen oder anderen bestehe. Es ist immer mit Sicherheit gesagt worden, daß der betreffende Mann «es» ist oder «es» nicht ist. Auch hier müssen wir, jedenfalls nach meinen bisherigen Erfahrungen – und diese sind für einen erstinstanzlichen Richter, glaube ich, ziemlich groß, denn seit einigen Jahren gehen sämtliche Vaterschaftsprozesse des Kantons Basel-Stadt in erster Instanz durch meine Hände – feststellen, daß mit dem anthropologisch-erbbiologischen Gutachten für diesen Wahrscheinlichkeitsbeweis nicht viel anzufangen ist. Ich glaube darum, daß dieser Beweis der größeren Wahrscheinlichkeit, wie ihn Herr Dr. HEGNAUER verlangt, praktisch auf das hinausläuft, was Herr Prof. LALIVE vorschlägt – die Meinungen der beiden Referenten liegen gar nicht so weit auseinander, wie schon wiederholt festgestellt worden ist –, nämlich auf einen Beweis der Unmöglichkeit. Und damit treten alle die Gefahren ins Gesichtsfeld, die ich in der ersten Hälfte meines Votums dargelegt habe, nämlich daß die Mutter in sehr vielen Fällen zufolge Bestreitung der Beiwohnung und mangels Nachweises der Beiwohnung auf den positiven Vaterschaftsbeweis verwiesen ist, was sicher nicht im Interesse des Kindes und der Mutter liegt.

Dr. LUDWIG FRANK, alt Oberrichter, Zürich:

Nur einige Bemerkungen zu Fragen, die in den ausgezeichneten Referaten mehr am Rande berührt worden sind, die aber doch einer Erörterung bedürfen:

1. Gerichtsstand: Der von Herrn Prof. LALIVE vorgeschlagene Gerichtsstand des Geburtsortes hätte zweifellos den Vorteil, jeden Streit über die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes und, wenn man dem Herrn Referenten auch hierin folgt, über die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde, auszuschließen. Die Kehrseite aber wäre, daß es die Klägerin-Mutter noch mehr als bisher in der Hand hätte, durch die Wahl des Geburtsortes, auch ohne Begründung eines Wohnsitzes, die Zuständigkeit von Gerichten und Vormund-

schaftsbehörden zu begründen, die im Rufe besonders günstiger Gesinnung für außereheliche Mütter und ihre Kinder stehen. Ich will keine Namen nennen, aber man kann sich etwa denken, an welchen Orten sich die Vaterschaftssachen konzentrieren würden. Nachträgliche Bemerkung: Auch die Leiter der sonst schon überfüllten Gebäranstalten hätten dazu etwas zu bemerken.

2. Erbrecht: Es ist unmöglich, das gesetzliche Erbrecht des außerehelichen Kindes mit oder ohne Standesfolge so zu regeln, daß es der «Fülle der Erscheinungen» – um einen von FRITZ FLEINER gern gebrauchten Ausdruck zu verwenden – gerecht wird. Aber etwas könnte und sollte der Gesetzgeber tun: Das Pflichtteilsrecht der ehelichen Kinder so weit einschränken, daß der Vater die Möglichkeit hat, ein außereheliches Kind oder deren mehrere – mit oder ohne Standesfolge – bis zur Gleichstellung mit den ehelichen Kindern zu begünstigen, ohne sich der Möglichkeit zu begeben, auch der überlebenden Ehefrau etwas über ihren gesetzlichen Erbteil hinaus zuzuwenden. Beim jetzigen Rechtszustand ist die Gleichstellung eines Standesfolgekinds mit einem ehelichen schon möglich, bei einem außerehelichen Kind ohne Standesfolge aber nur, wenn drei oder mehr eheliche Kinder vorhanden sind. Sie geht aber in beiden Fällen auf Kosten der Möglichkeit, der überlebenden Ehefrau die bekannten und in vielen Fällen sehr gerechtfertigten drei Sechzehntel zuzuwenden. Diese Schwierigkeit sollte durch eine entsprechende Gesetzesänderung behoben werden.

3. Adoption: Aus Furcht vor Mißbräuchen hat der Gesetzgeber, alter Überlieferung folgend, Hindernisse gegen Adoptionen unter gewissen Umständen aufgerichtet, die manche aus menschlichen Gründen durchaus gerechtfertigte Kindesannahme verunmöglichen. Ich bin mit den Referenten durchaus darin einverstanden, daß diese Hindernisse behoben werden sollten. Aber etwas anderes sollte bei dieser Gelegenheit auch vorgekehrt werden: Ich habe zwei tragische Fälle erlebt – einen als Anwalt, einen als Richter –, wo

außereheliche Mütter, die noch unter der Schockwirkung der Geburt standen, von Armen- oder Vormundschaftsbehörden überredet wurden, ihre Kinder wegzugeben und auf persönliche Beziehungen zu ihnen zu verzichten, später aber diesen Schritt bitterlich bereuten. Behörden, die noch an etwas anderes denken als an ihre Gemeindekasse, werden so etwas nicht tun. Aber man sollte doch eine Sicherung gegen solch übereilte Verzichte schaffen, vielleicht durch Einführung einer Sperrfrist von einigen Monaten nach der Geburt, vor deren Ablauf eine Mutter – auch eine eheliche – nicht gültig einer Adoption zustimmen oder auf persönliche Beziehungen zu ihrem Kinde verzichten kann.

Dr. HERMANN BRASSEL, Jugendanwalt, Hettlingen:

Als einer der wenigen hier anwesenden Juristen, die sich in amtsvormundschaftlicher Funktion als Beistand außerehelicher Kinder mit dem in den heutigen Referaten behandelten Rechtsgebiet zu befassen haben, steht es mir in erster Linie an, im eigenen und im Namen meiner Kollegen zu danken:

Dem Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins für die Wahl des Themas, vor allem aber den beiden Referenten für ihre vorzüglichen Arbeiten. Daß es dem deutschen Berichterstatter gelungen ist, sein mit Interesse erwartetes Werk so frühzeitig abzuschließen, daß es als Ferienlektüre eingepackt und dementsprechend mit Muße gekostet werden konnte, verdient ein besonderes Lob. Vom Praktiker aus gesehen darf beiden Referenten zugebilligt werden, daß sie bester Schweizer Juristentradition gemäß auf dem Boden der Realität stehen und sich bei aller fortschrittlichen Denkweise vor extremen Vorschlägen hüten, wie sie vereinzelt in parlamentarischen und außerparlamentarischen Vorstößen zum Ausdruck kommen. Das Bedauern des deutschen Referenten über eine ungenügende statistische Erfassung der außerehelichen Kindesverhältnisse und ihrer rechtlichen Regelungen hat mich veranlaßt, meine früheren Jahres-

berichte zu Rate zu ziehen und ihnen folgende Zusammenstellungen zu entnehmen:

In den fünf Jahren 1959–1963 sind mir 92 Beistandschaften gestützt auf Art. 311 ZGB übertragen worden. Davon erledigten sich je ein Fall durch Überweisung an eine andere, örtlich zuständige Instanz und durch Totgeburt. Die restlichen 90 Fälle wurden erledigt durch:

Legitimation	13
außergerichtliche und gerichtliche Klageanerkennung	30
Gutheißung der Klage durch Urteil	32
Verzicht auf Klage und Rückzug oder Abweisung der Klage	15

Das ergibt somit für die Legitimationen einen Sechstel, für die Anerkennungen und Gutheißungen je einen Drittel und für den Verzicht, die Abweisung und den Rückzug einen Sechstel der Fälle.

Der Umstand, daß nur in einem Sechstel keine Regelung der Vaterschaft möglich war, beweist zweierlei:

einmal, daß das geltende Recht bei aller Revisionsbedürftigkeit nicht in Bausch und Bogen verdammt werden darf, sondern – im Vergleich zu den Gesetzgebungen unserer südlichen und westlichen Nachbarländer – doch eine recht brauchbare Unterlage bildet,

sodann, daß unsere Gerichte bestrebt sind, dem Recht des außerehelichen Kindes, vor allem seinem Anspruch auf einen Zahlvater, bestmöglich zum Durchbruch zu verhelfen. Dabei denke ich an die mir vertraute Praxis des Bezirksgerichts Winterthur, der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich (ich mache diese Bemerkung besonders gerne in Anwesenheit des verehrten ehemaligen Präsidenten Dr. DIENER und weiterer früherer und gegenwärtiger Mitglieder dieser Kammer), aber auch an die uns allen bekannte Spruchpraxis des Bundesgerichts.

Trotzdem werden Sie verstehen, daß mich vor allem der Sechstel der nicht in positivem Sinne geregelten Fälle mora-

lisch belastet, und daß im Hinblick auf sie die Frage angezeigt erscheint, ob und auf welche Weise sich dieser Anteil verringern läßt. Ein kleiner Teil davon könnte heute geregelt werden dank der neuen Praxis des Bundesgerichts, die dem Art. 315 ZGB einen Teil seines Stachels genommen hat, und auch in Fällen zahlreicher Konkumbenten den positiven Vaterschaftsnachweis durch den Kläger zuläßt. Ein Teil der Vaterschaften wird sich auch beim besten, fortschrittlichsten Gesetz nicht regeln lassen, nämlich jene seltenen Fälle, in denen die Mutter den Namen des Schwängerers nicht bekanntgeben will oder, häufiger, ihn gar nicht kennt. Daß für eine weitere Senkung der Zahl der bisher nicht zu regelnden Fälle eine Gesetzesrevision erforderlich ist, dürfte unbestritten sein. Unter den in beiden Referaten enthaltenen Postulaten sind es vor allem zwei, die in dieser Richtung eine wesentliche Erleichterung für das außereheliche Kind und seinen Prozeßvertreter bedeuten würden:

1. Die Erweiterung der Klagefrist in Art. 308. Ich möchte nicht verhehlen, daß die Verwirkung des Klagerechts nach einem Jahr eine erzieherische Wirkung ausübt. Sie zwingt den Beistand, auch unangenehme, zeitraubende Nachforschungen erheischende Fälle speditiv in Angriff zu nehmen. Deshalb bin ich mit Dr. HEGNAUER nicht für eine generelle Verlängerung dieser Frist. Voraussetzung dafür ist allerdings die Verwirklichung seines Restitutionsvorschlages, wobei als wichtiger Grund für eine spätere Klage insbesondere der negative Ausgang des Verfahrens gegen einen andern Mann festzuhalten ist. Davon verspreche ich mir auch einen Rückgang der Gefälligkeitszeugen. Ob diese Nachfrist im Gesetz zeitlich zu präzisieren ist, wobei sich die vom Referenten für Art. 253 und 257 vorgeschlagenen sechs Monate aufdrängen dürften, oder ob in Analogie zur Nachfrist auf Grund der Generalklausel in Art. 257 Abs. 3 davon abzusehen ist, möchte ich nur als Frage aufwerfen.

2. Wesentlich ist sodann der postulierte Wegfall von Art. 314 Abs. 2 und Art. 315 und ihre Ersetzung durch den

Nachweis des Beklagten, daß seine Vaterschaft unmöglich oder weniger wahrscheinlich ist als diejenige eines Dritten.

Ich möchte mich nicht länger zu diesen Beweisfragen äußern, aber mich zum Schluß noch einer ganz andern Frage zuwenden, die mich sehr beschäftigt: den auf eine Abänderung der Art.311 Abs.2 und Art.324 Abs.3 hinzielenden Vorschlägen.

In seinem Schlußbericht zuhanden der Vormundschaftsbehörde hat der Beistand Antrag zu stellen, ob dem Kind ein Vormund zu ernennen oder ob es unter die elterliche Gewalt der Mutter oder – was in meiner Praxis noch nie aktuell geworden ist – des Vaters zu stellen sei. Dieser Antrag erfordert subtile fürsorgerische Überlegungen. Sicher wurde bisher oft allzu unbesehen nicht der bequemere, aber der weniger Mut und Vertrauen in die Fähigkeiten der ledigen Mutter erfordernde Weg der Bevormundung gewählt. Gerade die neuen Methoden der vertieften Einzelfürsorge lehren uns, wie eine anvertraute Aufgabe die Persönlichkeit zu entwickeln und zu fördern vermag. Wichtig erscheint mir aber, daß der Mutter und dem Kind im Rahmen der Beistandschaft nach Art.311 nicht nur die für die Vaterschaftsregelung unumgängliche juristische Beihilfe zuteil wird, sondern daß auch ihre allgemeinmenschlichen, seelischen und ökonomischen Anliegen gesehen und gefördert werden. Es ist daher bestimmt von Vorteil, wenn solche Beistandschaften Fürsorgeinstitutionen, wie es die zürcherischen Bezirksjugendsekretariate sind, übertragen werden können. Das Team Beistand-Fürsorgerin wird dann in der Lage sein, die Frage, ob der Mutter die elterliche Gewalt eingeräumt werden darf, in allen ihren Aspekten zu prüfen und zu beantworten. Und das ist ja auch unter dem geltenden Recht durchaus möglich. In einer Zeitspanne von drei Jahren ergaben sich in den von mir geführten Beistandschaften zwei Fünftel Übertragungen der elterlichen Gewalt, wovon die Hälfte auf Grund von Legitimationen, und drei Fünftel Vormundschaften, wovon ein Drittel schon wegen Minderjährigkeit der Mutter errichtet werden mußten. Die Fälle, in denen eine echte Entschei-

dung möglich war, verhalten sich ungefähr 1 zu 2 zugunsten der Vormundschaften.

Ich frage mich, ob ich unter den vorgeschlagenen neuen gesetzlichen Bestimmungen in einem andern prozentualen Verhältnis meine Anträge gestellt hätte. Ich möchte das bezweifeln. Die Referenten haben in bewundernswerter Einfühlung in die tatsächlichen Verhältnisse das Pro und Contra einer Revision der Art. 311 Abs. 2 und Art. 324 Abs. 3 abgewogen. Beide haben sich vor extremen Lösungen gehütet, die gerade in dieser für das Kind entscheidenden Frage nicht zu verantworten wären. Persönlich kann ich mich eher mit dem Vorschlag von Herrn Professor LALIVE (S. 559) befriedigen, der übersetzt lautet:

«Die Vormundschaftsbehörde überträgt die elterliche Gewalt der Mutter, sofern die Interessen des Kindes nicht die Errichtung einer Vormundschaft verlangen.»

Abschließend möchte ich also den zuständigen Behörden etwas mehr Mut zur Übertragung der elterlichen Gewalt an ledige Mütter wünschen, während umgekehrt bei den Scheidungskindern die häufigere Errichtung von Vormundschaften sich eher rechtfertigen würde.

M. JACQUES-MICHEL GROSSEN, docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel:

La 2^e Cour civile du Tribunal fédéral a apporté, me paraît-il, une contribution remarquable à l'amélioration de la condition juridique de l'enfant illégitime. Il y a pourtant des limites qu'elle ne pouvait pas franchir. Déjà, certains commentateurs ont estimé que le dernier coup porté à l'article 315 CCS (ATF 89 II 273) constituait un excès du pouvoir juridictionnel. Le moment est donc venu où cette médecine interne que représentent les infléchissements et les revirements de la jurisprudence ne suffit plus, et où il faut par conséquent recourir à la méthode chirurgicale de la réforme législative.

L'attachement que tous les juristes suisses portent à leur Code civil nous fait espérer que l'opération nécessaire sera rapide, sans douleur, et qu'elle ne laissera pas de vilaine cicatrice. Il y a trois ans, dans le cadre de l'exposition consacrée à EUGEN HUBER, le chef du Département fédéral de justice et police a clairement indiqué son souci de préserver le Code de 1907 de toute modification qui compromettrait sa solidité ou son harmonie (RDS 81, 1962, I, p. 1-7). De ce point de vue, il n'est peut-être pas inutile de souligner que les excellents rapporteurs d'aujourd'hui ont établi, l'un et l'autre, non seulement la nécessité et l'urgence d'une réforme du droit de la filiation illégitime, mais encore la possibilité de réaliser cette réforme dans le respect de l'esprit et des techniques qui caractérisent le Code civil suisse. Pour ce qui est des techniques, du style législatif, il suffit de lire les articles formulés par le rapporteur de langue allemande pour se convaincre qu'ils ne dépareraient pas le Code. Quant à l'esprit, les propositions qui nous sont soumises correspondent, d'une façon évidente, à l'actualisation d'une idée fondamentale du Code civil suisse – et même de l'ensemble de l'ordre juridique suisse – l'idée de la protection des faibles.

Les orateurs précédents ont presque tous abordé le problème des moyens libératoires du défendeur, et plus spécialement celui du remplacement de l'article 314 al.2 CCS. Il n'y a pas lieu de s'en étonner, puisque c'est là le problème le plus important de toute réforme du droit de la filiation illégitime. L'unanimité s'est faite en faveur de la solution recommandée par M. HEGNAUER. Le professeur LALIVE lui-même s'est rallié, ce matin, à cette solution. Pour ma part, j'avouerai que mes préférences allaient, avant cette séance, à la proposition initiale de M. LALIVE. Disposé, maintenant, à accepter la thèse qui semble recueillir tous les suffrages, je voudrais toutefois l'assortir d'une réserve, ou du moins d'une précision. La formule du rapporteur de langue allemande est inspirée du paragraphe 6 de la loi danoise du 18 mai 1960. Or, selon les renseignements dont je dispose, les expériences que le Danemark fait avec sa nouvelle loi ne sont pas entière-

ment satisfaisantes. La pratique des tribunaux comporte des interprétations divergentes. Il semble au surplus que le nombre des actions rejetées est assez important. Si donc la proposition de M. HEGNAUER était acceptée dans son principe, il devrait être bien entendu que le seul fait de la cohabitation de la mère avec deux ou plusieurs hommes ne suffit pas pour écarter la présomption de paternité. Sans cela, nous chasserions l'*exceptio plurium* par une porte pour l'introduire par une autre. Le danger auquel je fais allusion n'est pas illusoire, car, il faut le rappeler, il n'eût pas été arbitraire d'interpréter les termes actuels de l'article 314 al. 2 CCS dans un sens plus favorable à l'enfant illégitime. M. MERZ, mon éminent collègue de Berne, l'a bien montré (ZBJV, 94, 1958, p. 17-18).

Pour conclure, je me dois de confirmer qu'il existe une large base d'accord entre les rapporteurs. Cela aussi est un signe que le moment est venu de mettre en marche l'appareil législatif. Il est temps d'accorder à l'enfant illégitime le supplément de justice que son sort malheureux exige de nos consciences.

Prof. Dr. OTTO K. KAUFMANN, Rektor der Hochschule St. Gallen :

Er dankt dem Präsidenten des schweizerischen Juristenvereins, Herrn Bundesrichter GRISEL, und Herrn Bundesrat LUDWIG VON MOOS für die anerkennenden Worte, die sie der Hochschule St. Gallen und deren juristischer Abteilung als Herausgeberin der Festschrift gewidmet haben.

Mit Bezug auf die Rechtsstellung der unehelichen Kinder liest er einen Passus aus einem Brief vor, den Herr lic.oec. HARRY MEIER ihm aus Caracas/Venezuela geschrieben hat. HARRY MEIER, der über den Einfluß der rechtlichen Regelung der Familie auf die wirtschaftliche Entwicklung in Venezuela zu dissertieren gedenkt, schreibt folgendes:

«Es scheint mir, daß die Desintegration der Familie das Haupthindernis der Entwicklung Venezuelas darstellt. Rund 57% der

Bevölkerung stammen aus unehelichen Beziehungen. Diese Kinder weisen nachgewiesenermaßen einen höheren Prozentsatz geistig Ungesunder und Krimineller auf. Normalerweise müssen die Mütter allein für den Lebensunterhalt dieser Kinder aufkommen. Bei der hohen durchschnittlichen Kinderzahl von 6 Kindern, die häufig von drei oder vier verschiedenen Vätern stammen, gelingt ihnen dies nur ungenügend. Die Kinder sind unterernährt und daher körperlich unterentwickelt. Sie bleiben auch geistig zurück, weil die Mütter auch keine Zeit haben, um ihnen auch nur das primitivste Grundwissen beizubringen. Der freie Vater andererseits zeigt eine äußerst schlechte Arbeitsmoral, wenn er für seinen Lebensunterhalt genügend verdient hat, erscheint er nicht mehr auf dem Arbeitsplatz. Der Absentismus ist sehr hoch, weil diese «Väter» auf kein regelmäßiges Einkommen angewiesen sind.

Dies sind die Auswirkungen einer Gesetzgebung und Gesetzesanwendung, die es nicht wagt, den Vätern auf den Leib zu rücken. Vielleicht ist aber auch das demokratische System mitverantwortlich, weil sich die erforderliche Parlamentsmehrheit für eine gesunde Regelung nicht finden läßt. Obwohl die Frau in Venezuela das Stimmrecht hat, ist ihre Stellung äußerst prekär. Eine Dissertation über diese Fragen ist deshalb interessant, weil in Venezuela nicht der Mangel an finanziellen Mitteln die wirtschaftliche Entwicklung hemmt, sondern der Zerfall des Familienlebens und das Versagen des Familienrechts.»

Die Verbesserung des schweizerischen Unehelichenrechts ist nicht nur ein Dienst an unserer eigenen Rechtsordnung; sie strahlt langfristig auch auf andere Rechtsordnungen aus. Wenn Studierende aus Entwicklungsländern bei uns vom Wert eines guten zeitgemäßen Rechts überzeugt werden und mit diesen Eindrücken in ihr Land zurückkehren, ist dies ebenfalls eine sehr wichtige Form der Entwicklungshilfe.

Les deux rapporteurs s'expriment encore brièvement et, vu l'heure avancée, présenteront leurs conclusions par écrit.

Schlußwort von Dr. C. HEGNAUER:

1. Den Zweifeln von Herrn Dr. STAEHELIN, ob mit den medizinischen Gutachten die unterschiedliche Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft mehrerer in Betracht fallender Männer forensisch verwertet werden könne, sind folgende Beispiele aus der Rechtsprechung entgegenzuhalten:

a) *Reifegradgutachten*: Beiwohnung des Beklagten 274 Tage, Mehrverkehr 230 Tage vor der Geburt des knapp reifen Kindes. Die Klage wurde abgewiesen, obwohl die Vaterschaft des Beklagten unvergleich wahrscheinlicher war als diejenige des Dritten (BGE 78 II 110; ähnlich 76 II 7, 57 II 393). – Dieses Gutachten darf nicht wegen Unglaubwürdigkeit der Angaben der Beteiligten über die Daten der Beiwohnung und allenfalls der letzten Periode abgelehnt werden. Gewiß sind sie mit Vorsicht aufzunehmen. Zu weit geht es, sie allgemein als unbrauchbar zu verwerfen. Eine gründliche Befragung und die Heranziehung aller sonst noch erheblichen Indizien erlauben doch in den meisten Fällen ein Urteil über die Zuverlässigkeit solcher Angaben.

b) *Blutgruppengutachten*: Der Beklagte war nicht ausgeschlossen, der Dritte dagegen auf Grund der A-Untergruppen A₁ und A₂ ausgeschlossen. Die Klage wurde abgewiesen, weil der Sachverständige diesem Ausschluß nur das Prädikat der erheblichen bis sehr erheblichen Wahrscheinlichkeit einräumte (BGE 84 II 670 ff.; vgl. dazu 89 II 67; ähnlich in bezug auf den Duffy^a-Ausschluß BGE 83 II 107, 86 II 320, 88 II 494).

c) *Ähnlichkeitsgutachten*: Die Vaterschaft des Dritten fand im Gesamtbefund der Ähnlichkeitsuntersuchung keine Stütze, dagegen bestanden in den von der Mutter abweichenden Merkmalen eine Reihe von Ähnlichkeiten des Kindes mit dem Beklagten, bezüglich der Papillarlinien der Finger in einem seltenen und sehr charakteristischen Merkmal. Die Klage wurde vom Obergericht Zürich gutgeheißen (ZR 55/1956 Nr. 150), vom Bundesgericht dagegen abgewiesen (BGE 82 II 261; ähnlich SJZ 43/1947, 222).

Müßte der Beklagte, wie angeregt, bei Mehrverkehr nachweisen, daß seine Vaterschaft weniger wahrscheinlich sei als diejenige des Dritten (S. 98 ff.), so wäre in allen diesen Fällen die Klage gutgeheißen worden. Ich glaube nicht, daß diese maßvolle Einschränkung der Einreden die Bereit-

schaft des Beklagten, die Beiwohnung zuzugeben, ungünstig beeinflussen würde (vgl. auch S. 101).

2. Mit Herrn Prof. LALIVE glaube ich, daß der wirtschaftlichen Not der außerehelichen Mutter und ihres Kindes erst durch Zahlungen der öffentlichen Hand nachhaltig abgeholfen werden kann (S. 179 ff.). Indessen stehen beträchtliche Hindernisse im Wege. Eine einheitliche Lösung brächte nur die Einfügung eines solchen Anspruches in die eidgenössische Sozialversicherung (AHV oder Mutterschaftsversicherung). Mit ihr den Rückgriff auf den Erzeuger zu verknüpfen, dürfte aber erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Sachgerechter wäre die Verwirklichung im Rahmen des überlieferten Fürsorge-rechts; doch untersteht dieses der Zuständigkeit der Kantone. – Die angeregte vorläufige Zahlungspflicht des Beklagten (S. 172 ff.) wäre ein in vielen Fällen wirksamer Weg, um Mutter und Kind mit den Mitteln des Privatrechts zu helfen. Daß es in einzelnen Fällen später zum Wechsel des Unterhaltspflichtigen kommen könnte, scheint mir entgegen Prof. MÜLLER-FREIENFELS nicht unerträglich zu sein.

3. Die Offizialmaxime gilt, soweit der Status in Frage steht, bundesrechtlich für alle Beteiligten. Im gewöhnlichen Unterhaltsprozeß ist es dagegen Sache der Kantone, darüber zu befinden, ob und wie weit die Offizialmaxime anzuwenden sei. Sie dient der Wahrung des öffentlichen Interesses an den in Frage stehenden Ansprüchen. Dieses verlangt im gewöhnlichen Vaterschaftsprozeß nur, daß für den Unterhalt des Kindes angemessen gesorgt sei, aber wohl nicht auch, daß allein der wirkliche Erzeuger zum Unterhalt verpflichtet werde. Entgegen den von Herrn Obergerichter Dr. PFENNINGER geäußerten Bedenken halte ich daher die beschränkte Anwendung der Offizialmaxime zugunsten der Klagepartei für zulässig und richtig. Sie ergibt sich auch aus der Überlegung, daß dem Beklagten nicht verwehrt ist, die Klage anzuerkennen, selbst wenn er nicht der Vater ist.

Conclusions de M. le Professeur PIERRE-A. LALIVE:

Des diverses interventions qui viennent d'être faites, et qui furent d'un grand intérêt, se dégage une conclusion très nette: il n'existe aucun désaccord parmi nous, ni sur le sens général d'une réforme, ni sur sa nécessité.

Parmi les orateurs de ce matin, quelques-uns ont énoncé des réserves qui me paraissent appeler une ou deux observations.

Sur l'article 314 al.2, une impressionnante pléiade de magistrats, se ralliant à M. HEGNAUER, préfère à la règle qui obligerait le défendeur à prouver l'*impossibilité* de sa paternité, une «formule plus souple». Dans mon exposé introductif, j'avais déjà concédé à M. HEGNAUER que, dans certains cas, il pourrait être équitable de nuancer l'exigence de l'impossibilité, à condition d'éviter de retomber dans les abus de l'*exceptio plurium*. Mais, après avoir entendu le professeur GROSSEN nous parler des récentes expériences danoises, je suis beaucoup moins enclin aux concessions. L'exemple du Danemark nous montre un danger à éviter; ne vaut-il pas mieux alors exiger du défendeur, présumé père, qu'il établisse l'*impossibilité* (compte tenu de la nature des choses, comme dit le Tribunal fédéral) de sa paternité? Rappelons-nous aussi que les méthodes scientifiques de preuve font des progrès constants, ce dont il convient de tenir compte en préparant une révision législative.

Sur le délai d'action de l'article 308, on sait que je me sépare de M. HEGNAUER. Il semble résulter de la discussion que, si les tuteurs officiels estiment souhaitable, comme moi, une prolongation du délai (ou, tout au moins, une large possibilité de restitution de délai), les magistrats, eux, sont satisfaits du statu quo. Ceci, d'ailleurs, pour des raisons assez contradictoires, puisque M. le juge GUGGENHEIM signale qu'à Fribourg les actions sont souvent introduites dans les derniers jours utiles – ce qui lui fait redouter une prolongation – alors que M. le juge HEGNAUER, se fondant sur la pratique zurichoise (rapport p. 103), nous apprend que 63% des

causes sont introduites dans la première moitié du délai, d'où il déduit que le délai est suffisant. Ces données paraissent bien peu décisives au regard de l'ignorance où nous sommes du nombre de cas où il y a eu renonciation à l'action, vu l'écoulement du délai. Elles pèsent bien peu, surtout en face de l'importance grandissante des expertises (rapport, p. 742). Il ne suffit donc pas, pour réfuter sur ce point nos propositions de réforme, d'affirmer, sans autre démonstration, qu'un délai de plus d'un an ne suffirait pas davantage, ou d'invoquer, contre la tendance générale du droit comparé, le seul exemple... de la Roumanie (rapport, p. 105)!

En résumé, aucun des arguments invoqués par les partisans du statu quo (même pas celui qui est tiré des prestations arriérées, un problème nullement insoluble) ne paraît convaincant.

L'article 304 est un autre des – rares – points de divergence entre les rapporteurs.

Qu'il me soit permis de le regretter, le rapport de langue allemande (pp. 60 ss.) semble ici contenir une analyse moins approfondie que dans d'autres chapitres, et ses affirmations ne persuadent pas. Relevons enfin, dans la communication du professeur MÜLLER-FREIENFELS, que le projet allemand autorise la reconnaissance des enfants adultérins moyennant le consentement de l'épouse de l'auteur de cette reconnaissance*.

Enfin, et puisqu'on a parlé ce matin de l'article 312, je voudrais indiquer pourquoi je ne puis partager l'attitude négative de mon collègue zurichois, qui invoque cinq arguments contre l'idée d'un for au lieu de la naissance (rapports, pp. 110ss. et 745ss.): 1) La question est liée à celle de la nomination d'un curateur. Mais c'est bien pourquoi il faudrait modifier parallèlement les règles régissant cette nomination (rapport, p. 749). 2) Le lieu de la naissance est «acci-

* Selon une intéressante note de M. FRITZ BAUMANN, ancien juge cantonal à Aarau (note reçue par nous *après* l'assemblée de Saint-Gall), l'expérience judiciaire démontrerait aussi l'iniquité de l'art. 304 dans les cas, si exceptionnels qu'ils soient, des enfants incestueux.

dentel» et «arbitraire». Pas tant que cela! Il l'est souvent moins que celui du domicile (p.ex. le domicile légal, dérivé, d'une mineure) ou de l'origine (rapport, p.748); la mère n'est-elle pas contrainte en bien des cas d'accoucher au lieu de sa résidence, de son travail? 3) Autre argument, la variété des procédures cantonales (p.110). Il ne vaut, au mieux, qu'en faveur de règles fédérales de procédure, et non contre le nouveau for proposé, d'autant plus que le droit actuel permet déjà aux demandeurs en paternité de tirer parti de cette diversité des lois cantonales! 4) En outre, l'adjonction du for du lieu de la naissance ne répondrait, dit-on, à aucune nécessité véritable et ne serait utile qu'en un très petit nombre de cas. Il est frappant, ici encore, de comparer l'attitude des milieux tutélaires, favorables à l'amélioration envisagée, et celle du magistrat, gardien de la *lex lata* et, partant, naturellement conservateur, et sensible à cet «argument des nombres» dont j'ai écrit à plusieurs reprises qu'il ne saurait être décisif sur le plan d'une révision législative. 5) Enfin, M. HEGNAUER déclare que la modification proposée à l'article 312 n'apporterait pas d'amélioration appréciable à l'enfant illégitime (p.112). Cette affirmation nous semble, elle aussi, manquer de démonstration.

Qu'on me permette enfin de relever une petite observation faite tout à l'heure par un éminent juge cantonal. Celui-ci s'étonnait, si je l'ai bien compris, de l'importance attachée dans mon rapport au recouvrement des pensions, la question lui paraissant «dépasser le cadre» de notre sujet. La remarque est si surprenante qu'elle ne peut guère s'expliquer que par un malentendu. Sans doute le paiement des pensions à la mère et à l'enfant échappe-t-il à la *compétence* du magistrat saisi de l'action, mais, sur le terrain qui est le nôtre, celui de la révision, comment ne pas se préoccuper de ce qui, pour les intéressés, est en définitive l'essentiel? Comment les juristes pourraient-ils se désintéresser de l'application du droit et de l'abîme qui sépare (rapport, p.775) la *théorie* des obligations alimentaires, judiciaires ou conventionnelles, de la *pratique*, soit leur paiement effectif?

En conclusion, les quelques divergences qui sont apparues, soit entre les rapports, soit dans notre discussion, apparaissent très secondaires en comparaison de la remarquable unité de vues qui se dégage, des uns et de l'autre, sur l'essentiel. Après des années d'élaboration doctrinale et jurisprudentielle, après les postulats parlementaires, après les travaux des associations, de la petite Commission du Département fédéral de justice et police et, enfin, de notre Société, tout semble avoir été dit, ou presque, sur la révision du droit de la filiation illégitime. La question est donc mûre, et l'accord général: il reste à notre Société à le constater et à en tirer la conclusion, comme nous y invite le projet de résolution qui nous a été lu par notre Président. Permettez-moi de vous en recommander, très vivement, l'adoption.

XV.

La résolution proposée par le Comité* est acceptée à l'unanimité par l'assemblée. En conséquence, elle sera transmise au chef du Département fédéral de justice et police.

*

Le président remercie les organisateurs du congrès, les rapporteurs ainsi que les orateurs, et clôt à 12 heures 15 la 99^e assemblée de la Société suisse des juristes.

XVI.

Le samedi soir, les congressistes participèrent à un banquet au Kongresshaus Schützengarten. Après les souhaits de bienvenue du président, M. le conseiller fédéral LUDWIG VON Moos, chef du Département fédéral de justice et police, et M. le conseiller d'Etat GOTTFRIED HOBY, chef du Département cantonal de la justice et de la santé, prirent la parole.

* Cf. p. 902.