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: 85 (1966)

Rubrik: Procès-verbal de la 100e 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: 31.03.2026

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

PROCÈS-VERBAL DE LA 100e ASSEMBLÉE ANNUELLE DE LA SOCIÉTÉ SUISSE DES JURISTES

des 23, 24 et 25 septembre 1966
à Zoug

SÉANCE DU SAMEDI 24 SEPTEMBRE 1966 AU CINÉMA SEEHOF

Président:
M. André Grisel, juge fédéral, Lausanne

I.

Le président ouvre la séance à 9 heures en ces termes:

Les cantons suisses sont divers. L'historien les distingue selon la date de leur entrée dans la Confédération, le géographe d'après leur configuration, et le fisc fédéral eu égard à l'état de leurs finances. La Société suisse des juristes, elle, a tendance à les classer suivant leurs possibilités d'accueillir ses congrès. La plupart des cantons nous reçoivent une fois tous les vingt ans; ceux qui comptent une ville importante ou un centre de tourisme nous invitent plus souvent; en revanche, contre leur gré et le nôtre, quelques-uns ont dû renoncer à abriter nos assemblées. Nous supposions que le canton de Zoug appartenait à cette dernière catégorie. Si nous nous y sommes réunis en 1881 et en 1901, à une époque où nos assises attiraient quelques dizaines de juristes, le nombre de nos congressistes s'est accru depuis lors dans une mesure qui paraissait dépasser les capacités d'un petit canton. Mais un fait nouveau s'est produit: le développement de

l'automobile abrège les distances et nous permet de siéger dans une localité tout en logeant dans une autre. A vrai dire, le progrès technique ne suffit pas à expliquer notre présence à Zoug. Même en utilisant les ressources de Zurich et de Lucerne, qui font en l'occurrence figure de banlieues, les juristes zougois ne pouvaient pourvoir à nos aises qu'au prix d'un rare dévouement. Or ils ne cessent d'en faire preuve depuis quelques mois. Animé par son président, le Dr Gregor Schech, et son secrétaire général, le Dr Adolf Stierli, le Comité d'organisation n'a rien épargné pour assurer notre bien-être autant que faire se peut. Sans doute en sommes-nous aussi redevables aux autorités cantonales et municipales, dont plusieurs membres ont accepté d'être nos hôtes d'honneur: M. le landamman Hürlimann, M. le conseiller d'Etat Staub, MM. les juges Kündig, Schaller, Fischer et Kamer, ainsi que M. le conseiller municipal Schneider.

Les applaudissements qui avaient accueilli l'année dernière l'invitation de nos collègues zougois, laissaient présager la réussite de notre congrès. Ce qui était moins prévisible, c'était l'ampleur du succès. Le nombre des participants s'élève à quelque 500, chiffre qui, sauf erreur, n'a été dépassé qu'une seule fois, à l'occasion du centenaire de la Société. Parmi les congressistes, j'ai le plaisir de saluer M. le conseiller fédéral von Moos, M. Philipp Etter, ancien président de la Confédération, M. Fritz Häberlin, président du Tribunal fédéral, M. Pietro Mona, président du Tribunal fédéral des assurances, et maints délégués des tribunaux cantonaux supérieurs. En se joignant à nous, M. le professeur Antoniolli, président de la Cour constitutionnelle autrichienne, témoigne de son intérêt pour nos travaux et de son amitié pour notre pays. Il voudra bien ne pas se considérer comme un étranger parmi les juristes suisses, que sa présence honore et réjouit. Je regrette en revanche que M. Mario Rotondi, professeur à Milan, qui devait aussi s'associer à notre manifestation, en ait été empêché par la maladie. A tous enfin, je souhaite la bienvenue à notre 100e congrès, que je déclare ouvert.

II.

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

M. Ernst Brandenberg, licencié en droit, Zoug, et
M. Jacques Meylan, docteur en droit, Lausanne.

III.

Le président présente son rapport sur l'exercice écoulé (1965–1966):

Il y a cinq ans, notre Société célébrait son premier siècle d'existence. Aujourd'hui, nous tenons nos assises pour la centième fois. Mais si les anniversaires se suivent, cela ne veut pas dire qu'ils doivent se ressembler. Sans hésiter, notre Comité a renoncé à renouveler cette année les manifestations qui avaient attiré à Zurich, en 1961, une affluence inusitée. Une société qui entend témoigner de sa vitalité a mieux à faire qu'à multiplier les commémorations. D'ailleurs, la cérémonie que nous aurions organisée n'aurait pu être qu'un reflet de la précédente, dont l'éclat n'est pas près de s'effacer. Aussi, au lieu de préparer des festivités, notre Comité m'a-t-il simplement prié d'évoquer ce second centenaire dans mon rapport présidentiel. Cette tâche est toutefois moins facile qu'il n'y paraît. L'histoire de nos congrès n'est plus à faire depuis que le professeur Fritzsche s'en est chargé; à quoi bon relater des souvenirs qui sont présents à l'esprit de ses lecteurs, c'est-à-dire de beaucoup de mes auditeurs? Quant au rôle de nos assemblées dans la vie juridique du pays, ce thème paraît épuisé par les nombreux discours qu'il a inspirés. En somme, pour éviter les redites, il ne reste qu'à faire œuvre critique, à rechercher nos insuffisances et les moyens d'y parer. Or, quoi qu'on en dise, la critique n'est pas toujours aisée.

Apparemment, il n'y a guère à reprendre à *l'organisation matérielle* de nos congrès. Dans une grande mesure, c'est l'affaire de comités locaux, qui rivalisent de zèle. Selon la

tradition, nous nous retrouvons un soir, nous réunissons le lendemain et reprenons nos travaux le jour suivant, pour nous séparer dans l'après-midi. Seules, deux innovations sont apparues récemment: à la suite de l'introduction de la semaine de cinq jours, les congrès débutent le vendredi et, pour alléger la tâche des organisateurs, nous avons supprimé la soirée récréative, dont le banquet officiel a pris la place. Mais à ces réserves près, l'ordonnance de nos réunions est immuable et, si j'en juge par le nombre des participants, généralement approuvée. Aussi bien mérite-t-elle d'être maintenue. Plus longs, nos congrès risqueraient d'être moins fréquentés et, s'ils étaient abrégés, ce serait au détriment des entretiens scientifiques ou amicaux. Bien sûr, quelques détails peuvent laisser à désirer: chacun n'est pas toujours logé à sa convenance et les règles de la préséance subissent parfois des entorses. L'accueil que nous recevons partout suffit cependant à faire oublier ces désagréments.

Certes, l'organisation matérielle de nos congrès n'en est pas l'aspect essentiel. Le choix des *sujets de discussion* importe davantage; c'est lui qui détermine notre activité scientifique. Dans la recherche de thèmes, vos comités se sont fondés sur trois considérations. D'abord, n'ignorant pas que la valeur d'un principe dépend de ses possibilités d'application, ils ont manifesté leur prédilection pour les problèmes pratiques; le juriste ne s'intéresse guère à la théorie pure, en Suisse peut-être moins qu'ailleurs. En outre, les sujets adoptés relèvent de tous les domaines du droit; si les branches classiques furent souvent explorées, les disciplines adjacentes n'ont pas été négligées. Enfin, loin de nous borner à scruter les textes applicables, nous nous préoccupons de leur perfectionnement; le droit de demain nous importe autant que celui d'aujourd'hui. Bref, dans la quête de sujets, vos comimités se sont souciés, à des fins pratiques, du développement de l'ensemble de notre droit. C'est en visant le même but que nous avons fixé les thèmes de l'année prochaine: le statut des étrangers en Suisse et l'unification du droit de la responsabilité. C'est aussi dans le même esprit que nous devrons exa-

miner certains des problèmes que pose le projet de reviser la Constitution fédérale. Il n'y a sans doute aucune raison de changer de direction.

Si les sujets de discussion ont peut-être suscité des réserves, il n'en est pas de même du choix des *rapporteurs*. En tout cas, les Romands seraient mal venus à se plaindre du rôle qui leur est dévolu. Depuis toujours ou presque, chaque thème fait l'objet de deux rapports, l'un en allemand, l'autre en français, voire en italien. Il est vrai qu'en vertu d'une règle non écrite du régime fédéraliste, la majorité doit attribuer à la minorité un peu plus de droits que ne l'exige la stricte application du principe proportionnel. Cette maxime, grâce à laquelle la diversité des langues n'est pas un facteur de division, a toutefois son corollaire: il incombe à la minorité de reconnaître la compréhension dont elle bénéficie. Dans notre Société, elle a d'autant plus de raisons de le faire que la parité des langues a quelquefois placé nos comités dans l'embarras, les rapporteurs en puissance étant plus nombreux en Suisse allemande que dans les cantons romands ou au Tessin. Cependant, si difficulté il y a, elle n'est pas insurmontable. Chaque année, quatre membres de notre Société se mettent volontiers à son service pour enrichir notre collection de monographies. L'empressement des rapporteurs est méritoire; il ne s'explique ni par l'appât du gain ni par la soif des honneurs. Je ne vois qu'une ombre au tableau: la parution parfois tardive des rapports. Nos membres, dont le roman policier ne semble pas l'unique distraction, désirent recevoir nos publications au début de l'été afin de les emporter en vacances. Or, si les premiers rapports sont généralement distribués en juillet, il arrive que l'un ou l'autre se fasse attendre jusqu'au mois suivant. Depuis plusieurs années, dans l'espoir d'éviter les retards, le Comité désigne les rapporteurs deux ans à l'avance, c'est-à-dire qu'il leur accorde deux fois plus de temps que jadis. Mais s'il a rendu service aux auteurs, il n'a guère hâté le dépôt des manuscrits. L'opportunité d'une nouvelle prolongation est aléatoire. Le juriste, qui vit dans l'appréhension des délais, sait que les plus longs ne sont pas

toujours les mieux respectés. En disant cela, je vise plus à stimuler le zèle des futurs rapporteurs qu'à susciter des remords chez les anciens.

Les rapports ne sont pas publiés pour eux-mêmes, mais servent de base à nos *discussions*, dont le déroulement est invariable. Les rapporteurs ouvrent les débats, puis une série d'orateurs se succèdent à la tribune. Invités à reprendre la parole, les rapporteurs y renoncent souvent pour rédiger des conclusions que reproduit le procès-verbal. Malgré les habitudes acquises, la forme de nos débats n'est pas à l'abri des critiques. Ne serait-il pas souhaitable que les orateurs s'expriment avec plus de spontanéité, s'interpellent et, pour le moins, s'attirent sur le champ une riposte des rapporteurs ? Nos prétendues discussions ne sont-elles pas en réalité une juxtaposition d'exposés, qui forment un ensemble plus ou moins cohérent ? Nous ne manquons pas cependant de circonstances atténuantes. D'une part, en accordant deux ou trois tours de parole au même orateur, nous risquerions d'empêcher tel participant d'émettre son opinion. D'autre part, nos assemblées ne sont pas des réunions de spécialistes ; tous nos membres étant appelés à s'y faire entendre, même ceux qui ne sont pas familiarisés avec les sujets traités, il est compréhensible que les improvisations soient rares ; au contraire, pour être pertinentes, les observations présentées sur de savants rapports doivent être méditées. Assurément, pour rendre nos discussions plus vivantes, nous pourrions nous diviser et débattre en petits comités de plusieurs sujets distincts. Mais le remède est à double effet. Fractionnée, notre Société serait un groupement d'associations spécialisées et perdrait son caractère original. Il serait d'ailleurs aussi difficile de trouver deux rapporteurs pour chaque sujet que les fonds nécessaires à la publication de leurs travaux. Quant à l'idée d'instituer un forum, c'est-à-dire d'inviter quelques-uns de nos membres à s'entretenir devant les autres participants, elle ne pourrait être retenue qu'au prix de certaines amputations, nos séances étant généralement surchargées. Mais à quoi faudrait-il renoncer ? Comme il n'est pas question

de priver nos membres de leur droit de parole, il s'agirait tout au plus de supprimer les introductions des rapporteurs. Ces exposés rendent toutefois service à ceux qui n'ont pas eu le loisir de lire les rapports. Pour aujourd'hui, je me suis contenté de recommander aux rapporteurs d'intervenir non seulement à la fin, mais aussi au cours des débats. Je ne suis d'ailleurs pas persuadé de l'efficacité de ce conseil, qui n'est évidemment pas destiné à décourager les orateurs. Dans les assemblées nombreuses, les véritables dialogues sont rares. Il y a un siècle et demi, Benjamin Constant s'en inquiétait déjà:

«Quand les orateurs se bornent à lire ce qu'ils ont écrit dans le silence de leur cabinet, ils ne discutent plus, ils amplifient: ils n'écoutent point, car ce qu'ils entendraient ne doit rien changer à ce qu'ils vont dire; ils attendent que celui qu'ils doivent remplacer ait fini; ils n'examinent pas l'opinion qu'il défend, ils comptent le temps qu'il emploie, et qui leur paraît un retard. Alors il n'y a plus de discussion, chacun reproduit des objections déjà réfutées; chacun laisse de côté ce qu'il n'a pas prévu, tout ce qui dérangerait son plaidoyer terminé d'avance. Les orateurs se succèdent sans se rencontrer; s'ils se réfutent, c'est par hasard; ils ressemblent à deux armées qui défileraient en sens opposé, l'une à côté de l'autre, s'apercevant à peine, évitant même de se regarder, de peur de sortir de la route irrévocablement tracée.»

Soucieux d'innover, je me suis efforcé de critiquer le mécanisme de nos congrès, mais sans grand succès. Bien qu'elles aient été mises au point il y a longtemps déjà, nos méthodes semblent encore adaptées, malgré quelques imperfections, aux circonstances actuelles. Peut-être attribuerez-vous cette conclusion à la déformation professionnelle, au fait qu'un juge habitué à rejeter huit ou neuf recours sur dix est plus enclin à écarter les griefs qu'à les accueillir. Je n'entends pas, cependant, prononcer de jugement définitif. Au contraire, vos «Wiedererwägungsgesuche» seront déclarés recevables et examinés «mit freier Kognition».

* * *

Si mon sens critique est en défaut, il vous appartient maintenant d'exercer le vôtre, à l'audition du compte-rendu de notre activité au cours de l'exercice écoulé.

1. Membres

Selon notre dernier procès-verbal, notre Société comptait 2211 membres le 11 septembre 1965. En réalité, vérification faite, nous n'étions que 2203. Aujourd'hui, après avoir enregistré 132 admissions d'une part, 16 démissions et 26 décès d'autre part, nous dénombrons 2293 sociétaires, soit 90 de plus qu'il y a une année.

Ainsi, notre effectif s'accroît régulièrement. Plutôt que d'organiser une campagne de recrutement à travers tout le pays, notre Comité juge préférable de prospecter chaque année un ou deux cantons. En 1966, ce sont les juristes bernois et, bien entendu, nos collègues zougois, qui ont été particulièrement sollicités. Beaucoup se sont empressés de répondre à notre appel. Voici les noms des nouveaux membres:

Zürich

Dr. Nicolo Biert, Redaktor der «Neuen Zürcher Zeitung», Zürich
Dr. Theodor Bühler, Uster
Dr. Walter Haller, Substitut am Bezirksgericht Uster, Zürich
Peter H. Helmerking, Lic. iur., Rechtsanwalt, Kilchberg
Dr. Erich Huber, Rechtsanwalt, Zürich
Pierre Hug, Leiter einer Rechtsabteilung, Birmensdorf
Lic. iur. Nikola Korrodi, Bülach
Dr. Werner Kuster, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Hans Maurer, Rechtskonsulent, Effretikon
Dr. Marc Panchaud, Oberengstringen
Dr. Werner Romang, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Josef Scherrer, Zürich
Dr. Ursula Schwander-Bindschedler, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Armin Strub, Zürich
Dr. Christian Thalmann, Advokat, Zürich
Jeannette Thurnherr-Disler, Rechtsanwalt, Kilchberg

Bern

Hugo Aeberhard, Fürsprecher und Notar, Bern
Hans Aeschlimann, Notar, Ostermundigen

Henri Béguelin, juge d'appel, Berne
Arlette Bernel, Docteur en droit, Berne
Ernst Bernhard, Fürsprecher und Notar, Laupen
Hans Walter Bieri, Fürsprecher, Bern
Peter Blessing, Fürsprecher, Burgdorf
Dr. Alfons Breitenbach, Fürsprecher und Notar, Bern
Alfred Brunner, Notar, Spiez
Dr. Benz Buchmüller, Fürsprecher, Muri
Fritz Christeller, Notar, Thun
Hans Fankhauser, Notar, Herzogenbuchsee
Lic. iur. Peter Giezendanner, Bern
Jacques Gigandet, avocat et notaire, Moutier
Paul Graf, Notar, Worb
Walter Grossenbacher, Fürsprecher, Langenthal
Thomas Guggenheim, Fürsprecher, Wangen a.d.A.
Hugo Güntert, Fürsprecher und Notar, Bern
Peter Herrmann, Notar, Langenthal
Dr. Josef Hofstetter, Fürsprecher, Bern
Alfred Hug, Fürsprecher, Bern
Gotthard Jakob, Fürsprecher, Bern
René Jenni, Docteur en droit, avocat, Bienne
Hans Kellerhals, Fürsprecher, Bern
Uli Kunz, Fürsprecher und Notar, Biel
Dr. H. Kuratle, Rechtsanwalt, Gümligen
Johannes Lehmann, Notar, Bern
Robert Liechti, Notar, Nidau
Dr. Rolf Lüthi, Fürsprecher, Bern
Jean-Louis Marro, Lic. en droit, chef section Bureau féd. propriété intellectuelle, Berne
Dr. Willy Meier, Notar, Biel
Dr. Kurt Meyer, Fürsprecher, Langenthal
Paul Moritz, avocat, Delémont
Beat Müller, Fürsprecher, Bern
Franz Müller, Fürsprecher und Notar, Münchenbuchsee
Guido Rieder, Fürsprecher, Bern
Dr. Walter Ryser, Docteur en droit, avocat, Gümligen
Willy Santschi, Notar, Thun
Jean-Marc Sauvant, Lic. en droit, Stuckishaus
Dr. Markus Schär, Fürsprecher, Muri
Hans Schwenter, Fürsprecher, Bern
Fred Spycher, Notar, Steffisburg
Paul Spycher, Notar, Langenthal
Ulrich Stämpfli, Fürsprecher und Notar, Bern
Max Stirnemann, Notar, Grünen i.E.

Theo Strübin, Notar, Interlaken
Alfred Thomet, Fürsprecher und Notar, Ins
Franz Thomet, Rechtsanwalt und Notar, Ins
Dr. Hans Voegeli, Fürsprecher, Direktor der Schweiz. Volksbank, Bern
Dr. Kurt Witz, Fürsprecher, Bern
Dr. Georg Wyss, Fürsprecher, Bern
Edith Zehnder, Fürsprech, iur. Sekr. Richteramt, Thun
Ralph Zloczower, Fürsprecher, Bern
Dr. Paul Zweifel, Adjunkt Eidg. Justizabteilung, Ostermundigen

Luzern

Dr. Josef Egli, Grundbuchverwalter, Hochdorf
Dr. Bruno Hübscher, Malters
Lic. iur. Verena Trutmann, Luzern

Zug

Dr. Hans-Rudolf Barth, Rechtsanwalt, Zug
Dr. Otto Burki, Rechtsanwalt, Zug
Dieter Delwing, Lic. iur., wissenschaftl. Mitarbeiter Finanzdirektion des Kantons Zug, Cham
Dr. Erwin Keusch, Rechtsanwalt, Zug
Dr. Andrew Müller, Rotkreuz
Dr. Philipp Schneider, Rechtsanwalt und Stadtrat, Zug
Kurt Schwengler, Lic. iur., Rechtsanwalt, Baar
Dr. Arnold Spiess, Rechtsanwalt, Zug
Dr. Adolf Stierli, Regierungssekretär, Zug

Fribourg

Claude Pochon, Lic. en droit, Fribourg
Pierre Ruffieux, juge cantonal, Fribourg

Solothurn

Dr. Markus Haefely, Direktionsassistent, Zuchwil

Basel-Stadt

Dr. Silvio Arioli, Advokat, Basel
Dr. Alfred Bietenholz, Advokat, Riehen
Gerhard Frey, Lic. iur., Basel
Dr. Hans-Peter Hauser, c/o Geigy A.G., Basel
Dr. Ernst Küng, Advokat, Basel
Dr. Valentin Preiswerk, c/o Lonza A.G., Basel
Dr. André Zünd, dipl. Bücherexperte VSB, Basel

Baselland

Hans Heinz Meiner, Fürsprech, Arlesheim
Dr. Fritz Zweifel-Stettler, Advokat, Münchenstein

Schaffhausen

Dr. Hans Konrad Peyer, Rechtsanwalt, Schaffhausen

Appenzell Inner-Rhoden

Arnold A. Knechtle, Lic. iur., Appenzell

St. Gallen

Dr. Leo Braegger, Rechtsanwalt, St. Gallen

Aargau

Dr. Jürg Merz, Direktionssekretär Kt. Tiefbauamt, Aarau
Dr. A. F. Moosbrugger, Obergerichtsschreiber, Aarau
Peter Schluep, Lic. iur., Baden

Ticino

Davide Enderlin, avvocato e notaio, Cassarate

Vaud

Daniel Bornand, Docteur en droit, notaire, Montreux
Philippe Champoud, Docteur en droit, avocat, Lausanne
Jean-Pierre Chatelain, Docteur en droit, juge fédéral, Lausanne
Fred Frautschi, Docteur en droit, secrétaire au Tribunal fédéral, Lausanne
Claude Hosner, Docteur en droit, avocat, Yverdon
Emile Hugonnet, Lic. en droit, Lausanne
Jean-François Leuba, Docteur en droit, avocat, Lausanne
Jacques Meylan, Docteur en droit, Le Mont
Jean-Marc Rivier, Docteur en droit, St-Prex
Jean-Michel Roulin, Docteur en droit, avocat, Pully
Alain Wurzburger, Docteur en droit, avocat-stagiaire, Lausanne

Valais

Henri Fragnière, juge cantonal, Sion
Claude Rouiller, Lic. en droit, notaire, Dorénaz

Neuchâtel

Rolf Bloch, Docteur en droit, La Chaux-de-Fonds
Emer Bourquin, avocat et notaire, Neuchâtel

Jean-Louis Duvanel, président de tribunal, Le Locle
Jean Guinand, avocat-stagiaire, Neuchâtel
Bertrand Houriet, juge cantonal, Neuchâtel
Jehan Loewer, avocat, La Chaux-de-Fonds
Guido H. P. Spichty-Böttigheimer, avocat, Neuchâtel

Genève

Roger-Philippe Budin, avocat, Genève
Jean-Rodolphe Christ, notaire, Genève
Roger Dami, avocat, Petit-Saconnex
Pierre Heyer, avocat-stagiaire, Genève
Raymond Luscher, avocat, Pinchat/Carouge
Jean-Georges Mallet, avocat, Genève
Jacques-André Reymond, avocat-stagiaire, Genève
Christian Reymond, substitut du Procureur général, Genève
Pierre Sidler, avocat, Genève
Jacques Wittmer, Docteur en droit, Genève

Ausland

Marc Sand, Docteur en droit, Strasbourg

16 sociétaires ont démissionné:

Edmond Bourquin senior, avocat, Neuchâtel
Dr. Werner Bühler, Winterthur
J. Depuoz, avocat, Fribourg
Janine Didisheim, avocate, Genève
Dr. Fritz Funk, Baden
Dr. A. Hecht, Jerusalem
Dr. Rolf Henne, Küsnacht
Dr. H. Irmiger, Wohlen/AG
Otto Matter, Zürich
B. Pélichet, Lausanne
Jacques Remy, avocat, Fribourg
Lucien Schatz, Genève
Jean Schnetzler, ancien juge cantonal, Epalinges
Dr. Willy Schulthess, a. Bankdirektor, Zollikon
Dr. H. R. Suter, St. Gallen
Georges-Otto Robert-Tissot, avocat, Genève

La mort nous a privés de 26 membres:*

* Le président s'est borné à lire la liste des défunts, tout en évoquant l'activité de Ernest Béguin, Friedrich T. Gubler et Joseph Plattner, anciens présidents de la Société.

Walter Amstalden voua sa longue carrière au canton d'Obwald et à son pays. Né en 1883, il étudia le droit à l'Université de Fribourg. En 1908, il s'installait comme avocat à Sarnen et, de 1911 à 1930, exerça la fonction de procureur général. La vie politique l'attira bientôt: il fit partie du Conseil communal de Sarnen, qu'il présida de 1920 à 1929, et du Parlement cantonal, dont il dirigea les débats de 1928 à 1929; élu conseiller d'Etat en 1930, il revêtit avec distinction la dignité de landamman; membre du Conseil des Etats, il acquit une autorité dont témoigne son accession à la charge présidentielle en 1936. Mais son activité fut loin de s'épuiser dans les conseils politiques: les problèmes scolaires ne l'intéressaient pas moins que les questions bancaires; ancien rédacteur de l'*Obwaldner Volksfreund*, il présida l'Association de la presse catholique suisse; administrateur de plusieurs entreprises de transport, il prit la tête de la Commission fédérale appelée à étudier l'assainissement des chemins de fer privés; officier de la justice militaire, il contribua au développement des sociétés de tir. L'Université de Fribourg avait conféré le grade de docteur honoris causa à ce citoyen exemplaire, qui appartint à notre Société pendant 46 ans.

Eduard Amstutz est mort le 7 juillet 1965, dans sa 93e année. Au terme de ses études aux Universités de Berne et de Berlin, il obtint le brevet d'avocat. Pendant une vingtaine d'années, sauf deux consacrées à une fonction judiciaire, il exerça à Thoune la profession d'avocat. Puis, durant plus de deux décennies, il fit partie du Conseil communal de cette cité, dont il fut le président de 1926 à 1938. Il joua en outre un rôle en vue dans les autorités ecclésiastiques. Dans ses diverses activités, son sens de l'humain n'était pas moins apprécié que son objectivité. Son adhésion à notre Société remonte à 1922.

Un homme d'Etat en vue a disparu en la personne d'Ernest Béguin, qui s'est éteint dans sa 88e année. Né en 1879, il avait étudié le droit à Neuchâtel et à Paris. Président de tribunal à 25 ans, procureur général à 30, il était entré en même temps dans les conseils législatifs de la ville et du canton de Neuchâtel. En 1918, il abandonna le Ministère public pour occuper la fonction de conseiller d'Etat, qu'il exerça pendant plus de deux décennies. Comme chef du Département de justice et police, il fut un des promoteurs de la réforme de l'organisation judiciaire et de la procédure civile neuchâteloises. En marge de son activité de magistrat, il revêtit de hautes charges hors des frontières cantonales. Non seulement il appartint longtemps au Conseil des Etats, qu'il présida en 1935, mais il assuma la présidence du conseil d'administration des Chemins de fer fédéraux et celle du parti radical suisse. Après s'être retiré de la vie politique, il

ne cessa de s'intéresser au sort de sa cité et de son canton, présidant en particulier le synode de l'Eglise réformée neuchâteloise et la Société de l'aéroport de Neuchâtel. Son dévouement pour la chose publique n'eut d'égal que son attachement pour notre Société. Entré dans nos rangs en 1912, il accéda en 1932 à la fonction présidentielle, dont il s'acquitta avec une bienveillante autorité. Jusqu'à un âge avancé, il participa assidûment à nos congrès, où ses amis de partout se plaisaient à le retrouver. Jamais il ne ménagea ses conseils à tous ceux qui s'empressaient de les solliciter. Sa mort prive notre Société d'un de ses membres les plus fidèles.

Konrad Bloch est décédé en 1965, à 85 ans. Il étudia aux Universités de Zurich, Vienne et Leipzig, obtint le doctorat en droit et le brevet d'avocat, puis pratiqua le barreau à Zurich pendant de longues décennies. Tout en donnant un essor remarquable au cabinet qu'il dirigeait, il s'intéressait aux problèmes scientifiques. Non seulement il publia nombre d'études dans la Revue suisse de jurisprudence sur la société anonyme, les fondations et les trusts, ainsi que sur le droit international privé et le droit américain, mais il assista régulièrement, jusqu'à un âge très avancé, aux conférences organisées par la Société des juristes zurichois. Ami de la nature, il recueillit comme alpiniste des expériences qu'il relata dans quelques articles. Il appartenait à notre Société depuis 1954.

Alfred Brasey était né en 1892. Licencié en droit, il devint greffier du Tribunal d'arrondissement de la Sarine, à Fribourg. Pendant de nombreuses années, il mit au service de la justice sa connaissance du droit et son expérience humaine. A la fin de sa vie, il trouva dans la ville d'Estavayer le cadre qui convenait à un esprit sensible et cultivé. Il décéda en 1964, après avoir appartenu à notre Société durant quatre décennies.

La mort de Guido Dubler, survenue le 12 décembre 1965, a privé le barreau zurichois d'un de ses doyens. Né le 1er mai 1884, le défunt étudia à l'Université de Berne, qu'il quitta avec le grade de docteur en droit. Porteur en outre du brevet d'avocat, il exerça quelque temps cette profession, entra ensuite au service de l'administration fédérale, puis s'établit à Zurich, où il remplit d'abord la charge de procureur de district. A la fin de la première guerre mondiale, il s'occupa de la défense d'intérêts suisses dans la Ruhr, en même temps qu'il favorisa le transfert d'enfants et de blessés dans notre pays. Il se voua encore à la gestion d'une entreprise commerciale avant de revenir au barreau, qu'il pratiqua en collaboration avec des confrères zurichois. Officier de la justice militaire, il parvint

au grade de colonel; ses fonctions d'auditeur et de grand-juge l'accaparèrent durant la dernière période de mobilisation. Il fit partie de notre Société pendant 37 ans.

Anton Erni naquit en 1885, fréquenta les Universités de Berne, Fribourg en Brisgau et Vienne, et obtint le grade de docteur en droit. Membre du barreau lucernois, il exerça de 1913 à 1933 les fonctions de conservateur du registre foncier et de préposé aux faillites du cercle d'Altishofen, puis présida le Tribunal du district de Willisau jusqu'en 1953. Durant 25 ans, il appartint au Grand Conseil lucernois, dont il assuma la présidence en 1926. Sa collaboration ne fut pas moins appréciée dans les conseils d'administration dont il fit partie, qu'au sein des associations où il joua un rôle actif. Entré dans notre Société en 1946, il s'éteignit en 1965.

Le 5 octobre 1965, Friedrich T. Gubler succombait à New York dans sa soixante-sixième année, victime d'un accident de la route. Il avait commencé par entreprendre des études pédagogiques, dont les circonstances le détournèrent bientôt. Journaliste en Allemagne, il collabora comme critique littéraire à la Frankfurter Zeitung et à la Vossische Zeitung. Puis, de retour en Suisse, il obtint dans le temps le plus bref le grade de docteur en droit de l'Université de Zurich. Tard venu dans la carrière juridique, il s'y distingua rapidement. Avocat à Winterthour, il aimait à mettre au service d'autrui son talent d'orateur et ses qualités de juriste. Plusieurs entreprises bénéficièrent de ses avis et l'appelèrent à siéger dans leur conseil d'administration. Cependant, loin de se borner à la pratique du barreau et des affaires, il s'intéressait aux problèmes scientifiques. Il présenta à notre congrès de Schwyz un rapport sur les trusts, avant d'être chargé d'un cours de droit des cartels à la Faculté de droit de Zurich. En 1958, élu président de notre Société, il contribua à son essor avec un rare dévouement. Grâce à son dynamisme, le nombre de nos membres s'accrut notablement, en même temps que notre situation financière s'affermissait. En 1961, il assuma la lourde tâche d'organiser les fêtes du Centenaire, auxquelles il sut donner un éclat particulier. Il était toutefois trop riche de dons pour ne se préoccuper que de droit. Mainte association littéraire ou artistique trouva en lui un animateur et un mécène. Les études qu'il a publiées dans les programmes du *Musikkollegium* de Winterthour témoignent de sa culture et de sa sensibilité. A l'occasion de son soixantième anniversaire, des savants, des hommes politiques, des artistes, lui avaient rendu, sous la forme d'un recueil de travaux, un hommage amical.

Jakob Heusser est né à Zurich le 2 février 1901. A 23 ans déjà, après ses études aux Universités de Genève, Berlin et Zurich, il obtenait le grade de docteur en droit. Nommé substitut au Tribunal de district de Zurich en 1926, il devenait juge de cette autorité trois ans plus tard. En 1936, il entrait au Tribunal cantonal, qu'il présida de 1951 à 1953. De multiples activités accessoires prouvent son esprit de dévouement et la considération qu'il s'était acquise. C'est ainsi qu'au cours des années, il fut appelé à la tête de la Commission de surveillance des avocats zurichois, de la Société des juristes de son canton, d'une cour pénale d'économie de guerre, de l'Office cantonal de conciliation, de la Commission de recours pour l'assurance-chômage, de la Commission de discipline de Zurich, de la Fondation du Musée des beaux-arts de cette ville. Elu juge fédéral en 1964, il fut bientôt frappé par la longue maladie qui devait l'emporter le 5 décembre 1965. Son départ prématuré prive le Tribunal fédéral d'un juriste particulièrement expérimenté, aux opinions claires et pondérées. Il était membre de notre Société depuis 1939.

Né en 1908, Theodor Hildebrandt est mort en 1966, des suites d'un accident de la route. Il étudia le droit à Zurich et à Munich, puis collabora dans l'étude d'avocat de son frère. A partir de 1939, il fonctionna comme greffier-substitut du Tribunal de district, à Hinwil d'abord et ensuite à Zurich. Nommé greffier en 1953, il exerça régulièrement la charge de juge-suppléant extraordinaire. En 1950, il avait publié avec H. Glarner un guide destiné aux commissaires au sursis concordataire. Son admission dans notre Société remonte à 1949.

Victime d'un accident de la circulation, Roland Kettiger succomba à l'âge de 44 ans. Après avoir obtenu le grade de docteur en droit de l'Université de Bâle et le brevet d'avocat, il exerça le barreau pendant quelques années avant de devenir le collaborateur d'une entreprise commerciale. En 1958, il quittait son activité privée pour entrer au service de l'administration fédérale, occupant la fonction de juriste au Département politique, puis à la Subdivision de l'impôt sur le chiffre d'affaires. Ses qualités professionnelles n'étaient pas moins appréciées que son caractère. Il faisait partie de notre Société depuis 1951.

Le jour de Noël 1965, Curt Labhart s'éteignit à l'âge de 72 ans. Après avoir passé sa jeunesse dans le canton de Thurgovie et obtenu au terme de ses études le grade de docteur en droit, il exerça à Schaffhouse, pendant près d'un demi-siècle, la profession d'avocat. Unissant les multiples qualités que requiert la pratique du barreau,

il maîtrisait les divers domaines de la science juridique. Les subtilités de la procédure lui étaient familières, de même que les particularités souvent ignorées du droit administratif et du droit fiscal. Son activité s'étendit notamment aux affaires industrielles et commerciales; aussi d'importantes sociétés l'appelèrent-elles à siéger dans leur conseil d'administration. Une longue maladie assombrit les dernières années de ce conseiller expérimenté, qui était entré dans notre Société en 1923.

Le courage et la générosité caractérisaient Yves Maître. Né à Porrentruy en 1917, il étudia le droit à Berne avant d'ouvrir à Genève une étude d'avocat. Dès sa jeunesse, il s'intéressa à l'aéronautique: officier d'aviation, il présida l'Association des pilotes militaires et l'Association suisse pour l'industrie aéronautique, en même temps qu'il contribuait au développement de l'aérodrome de Cointrin. La vie politique l'attira aussi de bonne heure: député au Grand Conseil genevois, qu'il présida en 1964, il était également membre du Conseil national. Son esprit de dévouement se manifesta à maintes occasions; en particulier, à la fin de la guerre, il mit ses talents au service des réfugiés. Il exerçait encore la fonction d'auditeur auprès du Tribunal de la 2e division et celle de juge-suppléant à la Cour de justice au moment d'être, à 49 ans seulement, la victime d'une crise cardiaque. Il était entré dans notre Société en 1946.

Le 28 novembre 1965, Gerardo Mojonny mourait dans sa 35e année. Docteur en droit de l'Université de Fribourg, *master of law* de celle d'Indiana, il pratiqua le barreau et le notariat à Locarno, d'abord comme collaborateur d'un confrère, puis à la tête de sa propre étude. Au moment où il trouvait dans le succès de ses affaires la récompense d'une rare ténacité, il succombait à la maladie qu'il avait contractée à l'âge de 22 ans et dont l'art médical ne put que retarder le progrès. Bien qu'elle l'eût obligé à limiter ses activités extra-professionnelles, l'altération de sa santé ne l'empêcha pas de présider la section locarnaise des Jeunes radicaux et celle du Club Alpin. Il appartenait à notre Société depuis 1959.

Joseph Plattner naquit à Coire, dans son canton d'origine, le 2 septembre 1902. Après avoir obtenu à l'Université de Berne le grade de docteur en droit, il fit un stage d'avocat et notaire en Valais, la patrie de sa mère. Sa carrière de juriste débuta dans le canton de Thurgovie: inspecteur des contributions, puis chef de l'administration fiscale, il entra en 1936 au Tribunal cantonal, qu'il présida à partir de 1943. Elu en 1954 juge au Tribunal fédéral, il siégea jusqu'à sa mort dans la IIe Cour civile de cette autorité. Quoique absor-

bantes, ses fonctions de magistrat ne le retinrent pas d'exercer d'autres activités, soit en tant que président d'une cour pénale d'économie de guerre, soit à la tête de la Commission de recours des douanes, soit encore comme officier d'infanterie, puis d'Etat-major. Sa clarté d'esprit, la fermeté de ses principes, un sens psychologique aigu, caractérisaient ce juge particulièrement épris d'équité et de solutions transactionnelles. Pendant plus de trente ans, il mit ses dons et son tempérament généreux au service de la Société suisse des juristes. En 1945, il présentait à notre congrès de Baden, sur le développement du droit fiscal, un rapport auquel les spécialistes recourent avec profit. Appelé en 1946 à la charge présidentielle, il fit preuve d'une autorité qui s'alliait à son esprit de finesse. Plus tard, il continua de se dépenser pour notre Société, la représentant ici ou là, dirigeant sa Commission de recherche, fréquentant avec zèle ses assemblées. L'été dernier même, il espérait participer au congrès de St-Gall. S'il dut abandonner ce projet malgré lui, beaucoup ont regretté son absence, qui assombrit notre réunion. Il s'éteignit quelques jours après, le 19 septembre 1965.

Paul Popp naquit à St-Gall en 1907. Il étudia le droit à Berne, Genève, Munich et Berlin, obtint en 1931 le grade de docteur et, deux ans après, le brevet d'avocat. Il ne tarda pas à embrasser la carrière judiciaire, qu'il honora particulièrement. Greffier, puis président du Tribunal du district de Rorschach, il fut élu en 1943 membre du Tribunal cantonal st-gallois, qu'il présida à deux reprises. A ses magistratures cantonales s'ajoutaient ses fonctions de président de Tribunal militaire de cassation et de juge suppléant au Tribunal fédéral. Il mourut brusquement le 6 octobre 1965, le lendemain du jour où son parti avait décidé de présenter sa candidature à la succession du juge fédéral Plattner. Entré dans notre Société en 1944, il avait fait partie du comité d'organisation du *Juristentag* de 1965.

Rares sont les juristes suisses dont la renommée égala celle de Georges Sauser-Hall. Né à La Chaux-de-Fonds en 1884, il avait obtenu à Genève son doctorat en droit et le brevet d'avocat. Fonctionnaire, il dirigea pendant quelques années un service du Département politique fédéral. Professeur, il illustra les chaires de droit civil, de droit comparé et de droit international privé de l'Université de Genève; en même temps, il enseigna à Neuchâtel ces deux dernières branches et le droit international public; la Faculté de droit de Lausanne fit aussi appel à son concours. Conseiller légiste, il prépara les juristes turcs à la réception du droit civil suisse. Avocat, il représenta la Suisse et d'autres Etats devant la Cour de la Haye.

Arbitre, il s'attira la confiance de maints gouvernements étrangers. Auteur, il publia de nombreuses études et un *Guide politique suisse*, dont les éditions sans cesse renouvelées prouvent l'intérêt. Ses mérites ne sont pas restés méconnus: en 1952, l'Université de Lausanne lui conférait le doctorat *honoris causa*; la même année, il recevait, sous la forme d'un recueil de travaux, l'hommage de ses collègues genevois et neuchâtelois; membre de l'Institut de droit international, il eut l'honneur de le présider à partir de 1957. Son labeur ne fut interrompu que par la mort, qui le surprit dans sa 82e année. Il appartenait à notre Société depuis 1924.

Né en 1890, Emil Schucany étudia le droit à Munich, Zurich et Leipzig. Docteur en droit en 1915, il obtint son brevet d'avocat en 1919. Pendant plusieurs décennies, il exerça le barreau à Zurich et gagna la considération de ses confrères et des magistrats, ainsi que des hommes d'affaires qui lui confièrent leurs intérêts. Non seulement il fit paraître plusieurs études dans les revues juridiques, mais il publia sur le droit des sociétés anonymes un commentaire dont la deuxième édition date de 1960. Pendant ses dernières années, il s'était retiré peu à peu de la vie active pour se consacrer à ses travaux scientifiques. Il décéda le 29 juillet 1966 à Fetan, son village d'origine, auquel il était resté fidèlement attaché. Pendant plus de 40 ans, il appartint à notre Société.

Le 1er mai 1966, la mort interrompait les travaux que, malgré sa retraite, Roger Secrétan n'avait pu se résoudre à délaisser. Issu d'une famille qui illustra le pays de Vaud, il naquit à Lausanne le 4 juin 1893. Après avoir obtenu le grade de docteur en droit et le brevet d'avocat, il fut appelé à deux reprises aux fonctions de secrétaire du Tribunal fédéral. En 1929, il était nommé professeur de droit administratif à l'Université de Lausanne et, en 1931, il y occupait la chaire de droit des obligations et de droit commercial, où il se distingua pendant plus de trente ans. Les doctorats *honoris causa* que lui conférèrent les Universités de Montpellier et de Genève, le recueil de *Mélanges* que lui offrirent en 1964 ses collègues suisses et étrangers, attestent sa réputation de civiliste. Loin de se cantonner dans un domaine particulier, il exerça divers mandats internationaux: désigné en 1923 comme secrétaire général du Tribunal arbitral mixte franco-allemand, chargé en 1925 d'organiser les services du Tribunal arbitral turco-grec, il devint en 1937 vice-président de la Commission de la Société des Nations pour le *sandjak* d'Alexandrette. Commandant d'un régiment d'infanterie de montagne, puis d'une brigade de couverture frontière, il acquit sous les armes une autorité qui ne le cédait pas à celle du juriste. Entré dans notre Société en

1922, il rapporta en 1929 sur le droit des fonctionnaires et appartint à notre Comité. De nombreux amis l'entouraient à nos réunions annuelles, auxquelles il fit rarement défaut.

Moses N. Silberroth naquit en 1888 en Galicie. Après avoir abandonné pour des raisons de santé l'étude de la médecine, il embrassa la carrière juridique. Il vint aux Grisons peu avant la première guerre mondiale pour se soigner, acquit la nationalité suisse et ouvrit à Davos, en 1917, une étude d'avocat. Si son activité s'étendit aux diverses branches du droit, les assurances sociales et le droit du travail furent ses domaines de prédilection. Conseiller de divers syndicats, il représenta le parti socialiste, de 1931 à 1947, au Grand Conseil des Grisons. Les problèmes culturels l'intéressaient particulièrement. Membre de notre Société pendant 40 ans, il s'éteignit le 19 novembre 1965 à la suite d'une longue maladie.

Jacques-Ed. Sillig naquit à La Tour-de-Peilz le 31 décembre 1917. Ses études de droit terminées, il obtint le brevet d'avocat et entra à Vevey dans l'étude paternelle. En 1964, il renonça à la pratique du barreau pour devenir avocat-conseil d'une société fiduciaire. Ses multiples activités témoignent de son intérêt pour la chose publique. Membre du Conseil communal de La Tour-de-Peilz, il présida cette autorité en 1963. Pendant une législature, il appartint au Grand Conseil vaudois. Après avoir fait partie de notre Société durant une quinzaine d'années, il s'est éteint le 3 septembre 1966, dans la force de l'âge.

Né en 1884, August Fritz Spielmann étudia le droit à l'Université de Lausanne et obtint en 1909 le brevet de notaire. Non seulement il exerça le notariat pendant plus d'un demi-siècle dans la capitale vaudoise, mais il contribua au développement de cette profession. Président de l'Association des notaires vaudois, animateur de la Société vaudoise d'études notariales, il publia un ouvrage sur *Le notariat vaudois* et un autre sur *L'organisation du notariat en Suisse.* Il appartint au Conseil communal de Lausanne et présida la Société des jeunes commerçants de cette ville. Entré dans notre Société en 1921, il décéda en 1965.

Notre société a perdu en la personne de Jakob Strebel, décédé le 18 octobre 1965 dans sa 79e année, un de ses membres les plus éminents. Il avait étudié à Fribourg en Brisgau, à Leipzig et à Zurich avant d'obtenir à l'Université de Berne le grade de docteur en droit et de s'établir comme avocat à Muri, sa cité d'origine. Sa carrière politique fut rapide, mais brève. Député au Grand Conseil argovien

à 26 ans, membre du Conseil national à 32 ans, il abandonna bientôt l'activité parlementaire pour devenir juge au Tribunal fédéral. Pendant plus de trois décennies, il inspira maints arrêts de cette autorité, qu'il présida en 1937 et 1938. Le rayonnement de ses publications ne fut pas étranger à son influence sur la jurisprudence. Si son commentaire de la loi sur la circulation routière reste son œuvre maîtresse, ses réflexions sur le divorce eurent un retentissement presque sans exemple dans la littérature juridique suisse. Quant à ses études sur la fonction judiciaire et d'autres sujets, elles témoignent de l'élévation de sa pensée et de la diversité de ses intérêts. Durant vingt ans, il enseigna en outre le droit privé à l'Université de Lausanne, qui lui décerna le doctorat en droit *honoris causa*. Alliant aux dons de l'esprit de hautes qualités morales, Jakob Strebel s'est attiré la reconnaissance des juristes suisses et de notre Société, à laquelle il appartenait depuis 1921.

Né le 17 octobre 1888, George Pearson Treadwell est décédé le 15 juillet 1966. Après avoir fréquenté les Universités de Zurich, Heidelberg et Munich, il obtint le doctorat en droit et le brevet d'avocat. Jusqu'à sa mort, il pratiqua le barreau à Zurich. Juriste autorisé, plaideur distingué, il fit partie du conseil d'administration de plusieurs entreprises. Il joua un rôle en vue dans l'Association des avocats zurichois, appartint à son comité et présida la Commission de modération des honoraires. Pendant la seconde guerre mondiale, il dirigea le service juridique d'un arrondissement territorial. Il était entré dans notre Société en 1928.

D'une durée exceptionnelle, la carrière de Fritz Trüssel fut aussi particulièrement fertile. Elle se déroula à Berne, où il obtint le brevet d'avocat et le grade de docteur en droit. Successivement greffier, procureur général, juge à la Cour suprême, il présida en 1915 le Tribunal de commerce. En 1918, il abandonnait la fonction judiciaire pour pratiquer le barreau. De 1911 à 1920, il fit partie du *Stadtrat*, qu'il présida en 1919. Officier de la justice militaire, il occupa pendant vingt ans la fonction d'auditeur en chef de l'armée. Son énergie et son sens de l'équité se manifestèrent dans ces multiples activités, qui ne l'empêchèrent pas de publier plusieurs articles et de s'intéresser au développement du Musée des Beaux-Arts. Il s'éteignit à 93 ans, après avoir appartenu à notre Société pendant une période sans doute rarement égalée de 65 ans.

Né en 1893, Max Weber fréquenta les Universités de Berne et de Zurich et étudia dans sa thèse de doctorat l'évolution des contributions publiques dans le canton de Soleure. Après avoir exercé son

activité dans l'économie privée, il ouvrit à Soleure un bureau fiduciaire qu'il dirigea jusqu'à sa mort, survenue en 1965. Il rendit des services appréciés à l'Association suisse des experts-comptables, dont il devint membre d'honneur. De nombreux voyages avaient étendu sa connaissance des langues étrangères en même temps que le cercle de ses intérêts. Il appartenait à notre Société depuis 1934.

2. Comité

La gestion d'une association qui groupe quelque 2300 membres, organise des congrès réguliers et publie chaque année quatre rapports, sans parler d'autres ouvrages, occasionne à son Comité certains soucis, qu'heureusement la compréhension du Fonds national de la recherche scientifique, le dévouement de notre éditeur et la bonne volonté de tous contribuent à alléger. Parmi les sujets de préoccupation de votre Comité, j'en relèverai deux seulement.

Il s'agit d'abord de l'unification de la procédure civile. Comme je le rappelais à notre assemblée de St-Gall, nous avons prié M. le juge fédéral Schwartz d'établir, sous la forme d'un projet de loi, une base de discussion. A la fin de l'année passée, M. Schwartz nous remettait ce texte et, quelques mois après, un exposé des motifs. Votre Comité s'est mis aussitôt à l'œuvre. Après avoir obtenu le concours des professeurs Grossen, Guldener, Hinderling et Kummer, ainsi que du juge fédéral Cavin, il s'est encore assuré l'assistance de M. Jean Gauthier, secrétaire au Tribunal fédéral. Le 20 mai, il a tenu une première séance, qui sera suivie d'une autre en octobre. Entre-temps, il complète sa documentation, notamment en organisant une enquête dans chaque canton en vue de déterminer les effets d'une unification éventuelle sur l'organisation judiciaire. Il est impossible de prévoir d'ores et déjà la date d'achèvement de nos travaux. Mais quelle que soit leur opinion sur l'opportunité d'une loi fédérale de procédure civile, tous les membres du Comité élargi tiennent également à poursuivre leur étude sans relâche.

D'autre part, je vous ai annoncé en septembre passé notre projet de remplacer, du moins momentanément, les concours annuels par des mandats confiés à de jeunes chercheurs. L'idée est sur le point de se réaliser. C'est ainsi que nous avons chargé un juriste bernois d'étudier les conditions générales d'affaires (allgemeine Geschäftsbedingungen). Notre collaborateur, qui entreprendra vraisemblablement son travail au début de l'année prochaine, aura pour tâche de grouper et d'analyser les principaux textes en vigueur dans une monographie que nous espérons publier et qui, peut-être, inaugurera une collection des «Realien» du droit suisse.

3. Commissions

Quelques commissions secondent d'ailleurs notre Comité. Deux d'entre elles sont permanentes: la Commission des sources du droit et la Commission de la recherche scientifique, dont les rapports d'activité figurent à l'ordre du jour de demain. D'autres commissions, occasionnelles, ont pour but principal d'examiner les problèmes que le Département fédéral de justice et police veut bien nous soumettre. Nous remercions tous ceux qui sacrifient leurs loisirs pour nous permettre de répondre à la confiance dont nous honore l'autorité fédérale. Composées généralement d'anciens rapporteurs et de spécialistes des sujets à traiter, les commissions temporaires ne peuvent émettre que les opinions de leurs membres, sans engager notre Société. Elles s'efforcent cependant de traduire, du moins sur les questions de principe, la manière de voir présumée de la majorité des juristes suisses.

A la fin de l'année dernière, appelés à nous prononcer sur un projet que le Département fédéral de justice et police envisageait d'opposer à une initiative contre la spéculation foncière, nous avons formé une commission de huit membres: MM. Jean-François Aubert, Claude Bonnard, Hans Huber, Otto-K. Kaufmann, Alfred Kuttler, Hans Merz, Paul Reichlin et votre serviteur. Nous osons croire que notre préavis, rédigé par M. Bonnard, exprime sur le

droit de propriété et les moyens de le protéger des idées auxquelles la plupart d'entre vous pourriez souscrire.

Quelques mois après, nous étions consultés sur la revision de plusieurs chapitres du code civil: les effets du mariage, le divorce, les régimes matrimoniaux, la filiation illégitime, l'adoption, la tutelle. Sous la présidence de M. le professeur Merz, notre vice-président, les professeurs Deschenaux, Grossen, Hinderling, Jäggi, Lalive, Meier-Hayoz et Piotet se sont joints aux juges fédéraux Forni et Lemp et aux magistrats cantonaux Barde, Bühler et Hegnauer pour étudier cette importante réforme. Leur rapport, dont la rédaction a été confiée à M. Peter Goepfert, secrétaire au Tribunal fédéral, sera déposé à la fin de l'année.

4. Rapporteurs

Il importe de compléter la liste déjà longue de nos collaborateurs en mentionnant les plus actifs: nos quatre rapporteurs. L'actualité des thèmes soumis à leurs réflexions n'en facilitait pas l'étude. Le droit des sociétés anonymes ne cesse d'évoluer; en Allemagne et en Autriche, il vient d'être modernisé; ailleurs, sa revision est en cours; partout, il suscite d'innombrables publications. Pour MM. Bär et Hirsch, il était pas plus aisé de se tenir au courant des dispositions nouvelles ou projetées que de suivre les travaux dont elles sont l'objet. Quant au contrôle parlementaire, les Chambres fédérales en délibéraient encore au moment où MM. Bäumlin et Helg achevaient leur rédaction. En quelque sorte, nous avons été devancés par l'événement: nos rapporteurs n'ont pu tenir compte des dernières décisions parlementaires, qui ont été prises dans l'ignorance de leurs conclusions. Ils n'ont cependant pas lieu de douter de l'efficacité de leur effort. Adoptées en raison de circonstances qui peuvent changer, les solutions légales ne sont pas nécessairement définitives. Si nos rapports n'ont pas été utilisés par le législateur actuel, ils rendront certainement service à ses successeurs.

En apparence, les deux sujets choisis sont disparates.

L'administration d'une collectivité publique et celle d'une entreprise privée diffèrent par leurs fins et leurs moyens d'action comme par leur régime juridique. Il n'en est pas moins vrai qu'elles soulèvent certaines questions analogues. Si l'appareil de l'Etat ne cesse de s'étendre, le cercle d'activité de nombreuses sociétés s'accroît également. Il est presque aussi difficile aux actionnaires d'une grande entreprise d'en suivre le développement qu'aux administrés de se renseigner sur la marche des affaires publiques. C'est dire qu'en droit public et en droit privé, les problèmes de l'information et du contrôle gagnent en importance et que, loin d'être tout à fait séparées, les deux branches maîtresses de notre discipline sont en réalité liées. Il appartient précisément à notre Société, qui groupe des juristes de toutes professions, d'éveiller l'attention sur cette parenté, qu'un spécialiste pourrait avoir tendance à oublier. C'est pourquoi, en joignant sur le même ordre du jour les deux thèmes dont nous allons débattre, nous croyons avoir atteint – à vrai dire par hasard – un des buts que nous assigne notre raison d'être.

IV.

M. Bernhard Peyer, avocat, Schaffhouse, trésorier de la Société, présente les *comptes* de l'exercice 1965/66:

I. Hauptrechnung

Bilanz per 30. Juni 1966

Aktiven	Fr.
Kasse	454.50
Postcheck	8 385.79
Waadtländer Kantonalbank	10 923.60
Waadtländer Kantonalbank Festgeldkonto	30 000.—
Wertschriften	29 969.—
Transitorische Aktiven	147.95
	79 880.84

Passiven		
Rückstellung für Expo-Festschrift		4 000.—
Einlage Fonds Dr. Arnold Janggen		2 000.—
Kapital am 1. Juli 1965	Fr. 73 257.94	
+ Reingewinn	Fr. 622.90	
Kapital am 30. Juni 1966		73 880.84
		79 880.84

Erfolgsrechnung vom 1. Juli 1965 bis 30. Juni 1966

Ertrag		Fr.
Mitgliederbeiträge		38 883.75
Forschungsbeiträge Nationalfonds 1965		2 058.90
Druckkostenbeitrag Nationalfonds 1965		15 600.—
Verkauf von Druckschriften		3 650.30
Beitrag Zeitschrift für Schweiz. Recht		1 600.—
Wertschriftenertrag		701.15
Bankzinsen		116.85
Rückerstattung Verrechnungssteuer		147.95
		62 758.90

Aufwand		
Druck Referate und Verhandlungsprotokolle 1965	Fr. 47 685.90	
abzüglich Rückstellung 1965	Fr. 7 000.—	40 685.90
Übersicht der Literatur über Schweiz. Recht		2 168.—
Auslagen-Entschädigung an Referenten 1965		2 058.90
Juristentag		4 081.20
Kommission für ZPO		1 163.80
Vorstand, Kommissionen und Delegationen		3 014.50
Zirkulare, Drucksachen		3 055.95
Archivar, Sekretär, Buchhalter		2 289.95
Porti, Telephon, Bürospesen		700.80
Bankspesen		61.90
Steuern		49.10
Einlage Fonds Dr. A. Janggen		2 000.—
Kursverlust auf Wertschriften		806.—
Reingewinn		622.90
		62 758.90

II. Rechtsquellen-Fonds

Bilanz per 30. Juni 1966

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank	12 255.70
Wertschriften	111 148.—
Sauerländer & Co.	3 561.20
Transitorische Aktiven	789.50
	127 754.40

Passiven	
Kapital am 1. Juli 1965	147 350.75
— Reinverlust	19 596.35
	127 754.40

Erfolgsrechnung vom 1. Juli 1965 bis 30. Juni 1966

Ertrag	
Verkauf von Druckschriften	1 463.60
Wertschriftenertrag	3 620.60
Bankzinsen	270.71
Subventionen	10 800.—
Rückerstattung Verrechnungssteuer	789.50
Reinverlust	19 596.35
	36 540.76

Aufwand	
Bankspesen	162.06
Druckkosten für Rechtsquellen	31 654.70
Honorar für Rechtsquellen	1 000.—
Kursverlust auf Wertschriften	3 724.—
	36 540.76

III. Fonds Dr. Arnold Janggen für Preisausschreiben

Bilanz per 30. Juni 1966

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank	4 697.80
Wertschriften	32 875.—
Transitorische Aktiven	2 263.25
	39 836.05

Passiven	
Kapital am 1. Juli 1965	37 915.10
+ Reingewinn	1 920.95
	39 836.05

Erfolgsrechnung vom 1. Juli 1965 bis 30. Juni 1966

Ertrag	
Wertschriftenertrag	589.75
Rückerstattung Verrechnungssteuer	263.25
Bankzinsen	49.72
Einlage aus Hauptrechnung	2 000.—
	2 902.72

Aufwand	
Bankspesen	36.77
Kursverlust auf Wertschriften	945.—
Reingewinn	1 920.95
	2 902.72

V.

M. Philibert Lacroix, notaire, Genève, lit le rapport des vérificateurs de comptes qu'il a établi avec M. John Ochsé, docteur en droit, Bâle. Sur la proposition des vérificateurs, l'assemblée donne décharge au trésorier, en le remerciant de son dévouement.

VI.

Le trésorier présente le *budget* de la Société pour l'exercice 1966/67:

Ertrag	Fr.
Mitgliederbeiträge	39 000.—
Druckkostenbeiträge Nationalfonds	15 600.—
Übertrag von Fonds Dr. A. Janggen	5 500.—
Verkauf von Druckschriften	3 000.—
Beitrag Zeitschrift für schweizerisches Recht	1 600.—
Wertschriftenertrag	700.—
Bankzins	300.—
Rückerstattung Verrechnungssteuer	300.—
	66 000.—

Aufwand	
Druck Referate und Verhandlungsprotokolle	39 000.—
Juristische Bibliographie	2 200.—
Juristentag 1966	4 000.—
Forschungsauftrag «Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz»	7 500.—
Vorstand, Kommissionen, Delegationen	3 000.—
Kommission für ZPO	2 000.—
Familienrechtskommission	2 000.—
Zirkulare, Drucksachen	3 000.—
Archivar, Sekretär, Buchhalter	2 500.—
Porti, Telefon, Bürospesen	700.—
Bankspesen	50.—
Steuern	50.—
	66 000.—

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.

VII.

L'ordre du jour administratif est épuisé.

Le président ouvre la discussion sur le sujet *La haute surveillance du parlement sur le gouvernement et l'administration.* Après avoir remercié les deux rapporteurs, MM. Richard Bäumlin, professeur à l'Université de Berne, et René Helg, ancien conseiller d'Etat, Genève, il donne successivement la parole à chacun d'eux.

M. Richard Bäumlin, rapporteur de langue allemande:

Die kurze Redezeit, die mir zugemessen ist, gestattet es nicht, über eine thesenhafte Zusammenfassung von Ergebnissen des gedruckten Referats hinauszukommen. Ich wende mich jetzt besonders einigen grundsätzlichen Fragen zu, während sich Herr Kollege Helg dann auch zu den praktisch wichtigsten Einzelproblemen äußern wird.

Um bei einem ganz allgemeinen Gesichtspunkt einzusetzen, möchte ich zunächst einmal darauf hinweisen, daß wir in einer Zeit wie der unsrigen, in der das Gespräch über die politischen Institutionen neu in Fluß gekommen ist, Anlaß haben, auch zur politischen Grundstimmung Sorge zu tragen, in der unsere Anstrengungen geschehen. Eine dem guten Gelingen förderliche Ambiance läßt sich zwar nicht planmäßig fabrizieren. Immerhin kann man sich gewisse Gefahren vor Augen halten. Lange haben wir dazu geneigt, uns für der Welt beste Demokraten und politische Morallehrer der anderen zu halten, und die ständige weitere Perfektionierbarkeit unserer Demokratie für eine ziemlich selbstverständliche Sache genommen. Unversehens scheint nun diese Hochstimmung einem Verzagen zu weichen. Man

redet vom «helvetischen Malaise», von «Unbehagen im Kleinstaat». Zeitkritische Analysen, etwa solche der Soziologen, stellen unsere Schwierigkeiten in einen weiteren Rahmen der Problematik der heutigen menschlichen Situation überhaupt. Neigt der eine zur Resignation des in das Unheil eingeweihten Betrachters, möchte der andere doch wieder nach totalen Neukonzeptionen greifen, die allen Widerwärtigkeiten zum Trotz endlich Gewißheit und Sicherheit verbürgen sollten.

Wir dürfen die vielen neuen Gefahren, die gerade unsere Zeit im allgemeinen und unsere Demokratie im besonderen verunsichern, nicht übersehen. Gleichwohl wären aber jene allzu perfektionistische Hochstimmung wie jenes Verzagen vermehrt als Versuchungen zu erkennen, denen wir nicht nachgeben dürfen. Gerade im Bereich des Politischen scheinen Perfektionismus und Resignation übrigens zusammenzugehören. Diese folgt auf jene, und miteinander bilden sie einen Zirkel, aus dem der Weg zur Bewältigung der praktischen Aufgaben in die Zukunft hinein schwer zu finden ist. Allein, wir können uns doch auch heute an die Einsicht halten, daß die Veränderung, die existenzbedrohende innere und äußere Gefahr und das dauernde Auf-dem-Wege-Bleiben nun einmal zu den menschlichen Verhältnissen gehören. Im Ungesicherten besonnen zu fragen und den hier und jetzt aufbauenden Lösungen in die Zukunft einen Weg zu bahnen, das ist die Aufgabe, die sich für den Juristen und den Politiker geziemt.

Die Art unserer Stellungnahme zu den Fragen der Reform unserer politischen Institutionen wird allzumal durch unsere Vorverständnisse darüber, was denn das Wesen des Demokratischen überhaupt ausmache, mitbestimmt. Da gilt es nun zuzusehen, daß wir uns nicht zum vornherein von verfehlten Leitbildern überwältigen lassen. Das ist ein durchaus praktischer Gesichtspunkt! Ein hinderliches Dogma ist insbesondere das von der Demokratie als Selbstregierung des Volkes. Einschmeichelnd tönt es in unseren Ohren. Wie schön zu hören, wir seien alle unsere eigenen Könige. Allein,

dieses politische Dogma ist nur geeignet, uns die wirklichen Probleme zu verhüllen. Darum ist es zwar allenfalls bequem, ganz sicher aber unnütz. Es stellt uns das Volk als in sich einiges Herrschaftssubjekt vor, das entweder unmittelbar oder durch seinen wiederum personifiziert gedachten Stellvertreter, das Parlament, die Herrschaft führe. Der «Volkswille» wird als etwas selbstverständlich Vorgegebenes vorausgesetzt, das sich bloß noch durchsetzen müßte, vielleicht mit Hilfe des Parlaments. Auch in der Demokratie ist die Einheit aber nichts Vorgegebenes. Wenn z.B. ein neues Gesetz erlassen werden soll, sind wir uns zunächst gewöhnlich sehr uneinig. Da gibt es die verschiedenen Verbandsinteressen, und u.U. haben sie alle ihr relatives Recht. Ausgangspunkt in der Demokratie ist die pluralistische Vielfalt. Und das Demokratische besteht darin, daß in einem offenen Prozeß der Meinungs- und Willensbildung von verantwortlichen Amtsträgern immer praktikable Konkordanzlösungen gesucht und verwirklicht werden, Lösungen, die einen optimalen Ausgleich herstellen und damit die Gefolgschaft der Rechtsgemeinschaft finden. Demokratie ist Kompromiß.

Demokratie bedeutet ferner verantwortliche Regierung. Damit wird sofort die zentrale Bedeutung der Kontrolle in der Demokratie klar. Was ist kontrolliertes Handeln? Ein solches eben, das sich vor einem andern rechtfertigen, über seine Gründe ausweisen, sich anreden lassen muß. Es ist auf einen Dialog verpflichtetes Handeln und als solches das Gegenstück zur einsamen Dezision einer absoluten, d.h. losgelöst, sich selber genügenden Instanz. In der Demokratie ist niemand für sich selber klug.

Die Demokratie erheischt heute mehr denn je ein kompliziertes und wirksames Gefüge verschiedener Kontrollen. Je leistungsfähiger die Kontrollen, desto realer die Demokratie! Nach wie vor ist für das Schicksal der Demokratie zumal die Parlamentskontrolle über Regierung und Verwaltung entscheidend. Wer einseitig die richterliche Kontrolle betont, begibt sich in ein gefährliches defensives Pathos gegen Staat und Politik.

Demokratische Kontrolle ist nicht bloß ein «Schutz gegen den Staat». Es handelt sich vielmehr darum, die Sicherungen in den demokratischen Regierungsprozeß selber einzufügen. Das bezweckt vor allem die Parlamentskontrolle über Regierung und Verwaltung. Auch das Parlament ist zwar nicht «das oberste Regierungsorgan»; seine Kompetenz hat aber den Sinn, zu gewährleisten, daß das politische Handeln nach Gründen und vor dem Forum der Öffentlichkeit vor sich gehe. Ja, der Ausbau unserer Demokratie ist nötig. Doch handelt es sich heute nicht mehr um die Erweiterung der Volksrechte, wohl aber um die Stärkung der Kontrollfunktionen.

Eine Entdogmatisierung ist nun aber auch in bezug auf die Gewaltenteilung nötig. Noch heute meinen viele Juristen, es handle sich um eine scharfe, klassifikatorische Ausscheidung der Funktionen. Die sog. «Legislative» hätte demnach allgemeine Weisungen zu erlassen, während Regierung und Verwaltung als bloße Willensvollstrecker diese Befehle nur noch auszuführen hätten. Hinterher käme die Parlamentsaufsicht, die noch prüfen würde, ob Regierung und Verwaltung die ihnen erteilten Weisungen gehorsam ausgeführt hätten.

Ein derart simplifizierendes Bild der Gewaltentrennung verkehrt indessen deren Sinn. Die gewaltenteilige Ordnung will im Staate den Prozeß einer verantwortlichen Regierung institutionalisieren. Dazu bedarf es einer Verteilung der Aufgaben auf verschiedene Organe, die sich wechselseitig voreinander zu rechtfertigen haben. Neben der Aufgabenteilung darf das Zusammenwirken nicht übersehen werden. Denken wir etwa an das Zusammenwirken im Gesetzgebungsverfahren mit seinen verschiedenen Stadien vom ersten Anstoß, dessen Überprüfung, über die Redaktion der Entwürfe, das Vernehmlassungsverfahren, die Kommissionsberatungen, bis hin zur Diskussion und zum Beschluß im Plenum. Im Gesetzgebungsverfahren sind Regierung und Verwaltung, selbst die Verbände, Parlament und Volk mit ihren verschiedenen Teilaufgaben einander auf die eine Gesamtauf-

gabe der Gesetzgebung hin zugeordnet. Insbesondere müssen wir uns vom Vorurteil befreien, die Gewaltenteilung sei ein inhaltlich starr festgelegtes Prinzip, aus dem sich bestimmte Folgerungen einfach logisch deduzieren ließen. Es gibt zwar eine Idee der Gewaltentrennung, die eben die Differenzierung und wechselseitige Zuordnung der staatlichen Organe meint. Wie die Gewaltenteilung aber in einem bestimmten Staate optimal zu realisieren sei, das läßt sich nicht aus ihrem Begriff schlußfolgern. Es handelt sich vielmehr um eine an das positive Staatsrecht gestellte Frage.

Bei der Einrichtung einer gewaltenteiligen Ordnung und bei ihrer Handhabung in der Praxis ist sodann ständig auch zu überdenken, was von den einzelnen Staatsorganen, ihrer Art, d.h. etwa ihrer Größe und Zusammensetzung nach, vernünftigerweise überhaupt erwartet werden darf. Diesen Gesichtspunkt haben namentlich die Angelsachsen in ihrer Theorie und Praxis seit jeher beachtet. Sie sind dabei zu dem auch für uns gültigen Ergebnis gekommen, daß das Parlament nicht zum eigentlichen Regierungsorgan taugt, daß sein Beitrag vielmehr im Anregen und in der mitgestaltenden Kritik besteht. Das trifft sogar für die Gesetzgebung zu. Das Parlament ist nicht Gesetzgeber schlechthin, auch nicht zusammen mit dem Volk. Die Mitbeteiligung von Regierung und Verwaltung ist nötig und prinzipiell richtig. Denken wir etwa an die integrierende Aufgabe gegenüber den Verbänden: wer anders als der Bundesrat kann sie schließlich wirksam wahrnehmen! Was bleibt nun aber dem Parlament? Die Teilfunktion, die dem Parlament zukommt, ist im wesentlichen als Kontrollfunktion, wenn auch besonderer Art, zu qualifizieren – eben gerade auch im Gesetzgebungsverfahren. Wir müssen uns vor einem allzu hochgeschraubten und dogmatisierten Bild des Parlaments frei machen – nicht um zu resignieren, im Gegenteil: um das Parlament für die Teilaufgabe, für die es taugt, und die in der Demokratie unerläßlich ist, besser auszurüsten. Gerade bei einem «Laienparlament» ist das besonders nötig, wenn wir nicht ständig hindernden Fiktionen verfallen wollen.

Die hier vorgetragenen Überlegungen führen uns zu einem weitgefaßten Begriff der Kontrolle. Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung erschöpft sich im Bunde nicht in der sog. «Oberaufsicht über die eidgenössische Verwaltung». Wie gesagt, haben wir auch im Gesetzgebungsverfahren Kontrollvorgänge zu erblicken. Gleiches gilt z.B. für die Beratungen und den Beschluß über das Budget, Phänomene der politischen Kontrolle sind überall da zu erkennen, wo Regierung und Parlament sich begegnen und wo jene sich vor diesem zu rechtfertigen hat. Das schließt nicht aus, daß das Instrumentarium der Parlamentskontrolle, etwa ihre Sanktionen, je nach den Anwendungsgebieten differenziert sind. Das Parlament kann z.B. keine Verwaltungsakte korrigieren, wohl aber Regierungsvorlagen zu einem Gesetz.

Weiter kommt der Parlamentskontrolle nicht bloß eine nachträglich-repressive Funktion zu, womit nicht bestritten wird, daß auch diese an ihrem Ort sinnvoll und nötig ist. Wichtig ist aber insbesondere die präventive, in die Zukunft gerichtete Funktion der Parlamentskontrolle. Als anregende, kritisch modifizierende und sanktionierende Instanz nimmt das Parlament an der schöpferischen Weiterbildung des Gemeinwesens teil.

Politische Kontrolle ist schließlich wesensmäßig wechselseitige Kontrolle. Denn Kontrolle ist ja nichts anderes als eine Äußerung einer dialogischen Struktur des Regierungsprozesses. Darum gibt es auch eine politische Kontrolle des Bundesrates gegenüber der Bundesversammlung.

Man kann die in meinem Referat vertretenen Thesen auch dahin zusammenfassen, daß es heute darum gehe, ein falsches, romantisierendes Bild des Parlaments preiszugeben. Das Parlament ist nicht die alles dominierende Instanz, wohl aber kommt ihm eine zentrale mitgestaltende Funktion im demokratischen Regierungsprozeß zu.

Ist diese Konzeption mit der geltenden Bundesverfassung zusammenzubringen? Hiezu ist zu bemerken, daß ich meine Darlegungen durchaus als Thesen zur Interpretation unseres

geltenden Verfassungsrechts verstanden sehen möchte. Die Verfassung ist nicht von ihren gelegentlichen theoretischen Aussagen her zu interpretieren, wie etwa vom Satze, die Bundesversammlung sei die «oberste Gewalt im Bunde». Entscheidend für die Auslegung ist vielmehr das Gefüge von Einzelregelungen, mit denen die Verfassung praktische Fragen beantwortet. Und setzen wir hier an, nehmen wir z.B. davon Notiz, wie es die Verfassung selber ist, die dem Bundesrat für die Gesetzgebung ein Initiativ- und Begutachtungsrecht einräumt, so muß uns doch deutlich werden, daß unsere Verfassung durchaus ein dialektisches Wechselspiel verschiedener Organe vorsieht und der Bundesversammlung insbesondere die Kontrolle in dem hier gemeinten weiten Sinn aufträgt. Gewiß haben sich in den letzten hundert Jahren mancherlei Verschiebungen der Gewichte vollzogen. Doch ist unsere Verfassung für eine solche Entwicklung offen.

Wir haben eben auch das Mißverständnis zu verabschieden, es sei Sache der Verfassung, in ihren organisatorischen Bestimmungen ein fix-fertiges und starres System zu normieren. Wohl stellt die Verfassung für den demokratischen Regierungsprozeß eine Reihe prinzipaler Regeln auf. Die verfassungsrechtliche Ordnung bedarf jedoch der Konkretisierung in der Gesetzgebung, aber auch etwa in den Geschäftsreglementen der Eidgenössischen Räte. Schließlich hängt das, was aus unserem verfassungsrechtlich nur umrißhaft geregelten Regierungssystem in der Praxis wird, wesentlich auch von dem durch keine Normen zu garantierenden Stil ab, in dem wir unsere politischen Auseinandersetzungen austragen. Wichtig ist da etwa, daß wir uns besser von der fatalen Meinung freimachen, politische Kontrolle wahrzunehmen bedeute, die persönliche Integrität der von ihr Betroffenen anzuzweifeln, so daß dann diese wiederum Anlaß fänden, beleidigt oder gar weinerlich zu reagieren. Mit solchem subjektiven Moralismus hat die recht verstandene, sachlich-objektive Funktion der politischen Kontrolle nichts zu tun. Wir müssen sie besser als selbstverständlichen Be-

standteil des dialogischen Regierungsprozesses erkennen, der die Demokratie ausmacht. Es kommt also entscheidend auf die Pflege des Details an, beim Erlaß der konkretisierenden Normen und bei ihrer Handhabung. Diese Pflege des Details kann uns auch die beste Verfassung nicht abnehmen.

Zum Schluß möchte ich der Überzeugung Ausdruck geben, daß die in unserer Verfassung enthaltene Ordnung des schweizerischen demokratischen Regierungsprozesses grundsätzlich gut ist. Warum sollten wir uns dessen nicht wiederum mutiger erfreuen! Wir haben m. E. keinen Anlaß, anzunehmen, unser politisches System sei aus den Fugen geraten. Schief dürften vielmehr gewisse übertriebene Erwartungen sein, die zuweilen an die Verfassung herangetragen werden, etwa die Meinung, sie habe alle Fragen abschließend zu beantworten und uns endgültige Gewißheit zu verschaffen. Die Verfassung ist kein Böswetterhäuschen für nervös gewordene Demokraten. Halten wir uns an das Gegebene, um es verantwortlich weiter zu bilden, damit es auch den Anforderungen einer sich wandelnden Zeit gewachsen bleibe. Mit dem hier ausgesprochenen Lob unserer Verfassung ist ja nicht gemeint, es gebe nichts mehr zu tun. Gut ist nicht eine Verfassung, die die weiteren Anstrengungen erübrigt oder diese als starres System geradezu verbieten wollte, sondern die Verfassung, die für zeitgemäße Konkretisierung offen ist. Die Aufgabe solcher Verfassungsverwirklichung wird uns weiterhin vereinigen: Praktiker und Theoretiker, Politiker und Juristen.

M. René Helg, rapporteur de langue française:

Par le choix même des rapporteurs – qui ne se sont pas consultés et qui ont fait connaissance hier soir – une certaine répartition du travail s'est instaurée. Le Professeur Bäumlin, par une analyse très poussée, a démontré l'étendue et l'importance du contrôle parlementaire en le situant dans le cadre de nos institutions politiques. J'ai pour ma part tenté de fournir un instrument de travail aussi simple et précis que

possible avec l'espoir, sans doute présomptueux, d'alimenter une discussion parlementaire qui paraissait s'essouffler trop rapidement. Mais une étude aussi pratique qu'elle se veuille a aussi ses fondements. Si ceux que j'ai indiqués étaient jugés par trop sommaires, j'ajouterais volontiers une note à mon rapport pour renvoyer mes lecteurs à la toile de fond brossée par le Professeur BÄUMLIN. Sa conception de la séparation des pouvoirs, étrangère à tout schématisme, ses vues sur la collaboration et l'interaction de l'exécutif et du législatif, sa notion très large du contrôle parlementaire emportent une adhésion d'autant plus sincère qu'elle n'est pas donnée sous réserve de réciprocité. Je ne me suis fait, en effet, guère d'illusions à cet égard car il y aura, semble-t-il, toujours une certaine disparité entre la vision socratique du professeur et les préoccupations de l'homme politique dont l'action est nécessairement affectée par les contingences humaines. Lorsque M. le Professeur BÄUMLIN insiste, page 256 de son rapport, sur le style à observer dans le contrôle politique et qu'il précise que ce dernier doit s'exercer dans un esprit de solidarité réciproque, je ne puis qu'applaudir.

C'est ainsi en effet que les choses se présentent au grand jour. Mais le parlementaire qui attache son nom à une réforme jugée nécessaire ou qui contribue à surmonter de graves difficultés en payant de sa personne, est parfois un Janus dont l'autre face ne voit dans les difficultés survenues qu'autant de circonstances favorables qui vont contribuer à lui ouvrir le chemin du pouvoir. L'exploitation du contrôle parlementaire à des fins partisanes est inévitable car elle s'inscrit dans la dynamique de la vie politique. Il convient donc d'en limiter les effets négatifs. C'est la raison pour laquelle les propositions que je me suis permis de faire en vue d'augmenter l'efficacité du contrôle parlementaire, s'accompagnent de quelques mesures de prudence destinées à sauvegarder l'autorité et l'autonomie du gouvernement ainsi que la cohésion, la fidélité et le dévouement de l'administration.

Permettez-moi maintenant d'entrer dans quelques détails. J'ai examiné les projets d'extension du contrôle parle-

mentaire dans la *première partie* de mon rapport, aux pages 95ss. en me fondant sur la dernière version dont je disposais, soit le rapport de la commission de gestion du Conseil des Etats du 12 février 1966. Donné à l'impression au mois d'avril, mon rapport ne pouvait évidemment pas tenir compte des textes que les Chambres ont finalement adoptés lors de leur session d'été. Il apparaît donc indispensable de procéder à une mise à jour en apportant à chacun des chapitres de cette première partie les compléments qui me sont dictés par le résultat final des délibérations du parlement.

Ad chapitre I^er – Procédure législative «préparlementaire». – Le parlement a renoncé aux deux articles prévus. J'avais combattu le premier qui prévoyait que le Conseil fédéral devait régler par ordonnance la procédure préparlementaire pour élaborer les projets de lois et arrêtés. Mais j'avais conclu au maintien du second qui précisait la responsabilité du Conseil fédéral dans l'élaboration des lois. J'admettais cependant que cet article n'avait qu'une portée limitée. – Il faut donc trouver autre chose, la question laissée sans réponse n'étant pas négligeable. En effet, ce n'est pas sans raison que le parlement a le sentiment que le contrôle de l'orientation politique générale tend à lui échapper et qu'il ne devient qu'un instrument de ratification. C'est ainsi que j'ai été amené à faire deux suggestions pour tenter de mieux associer le parlement à l'élaboration des lois. La première consiste en des exigences accrues quant à la rédaction des messages afin que le parlement soit placé devant la liberté de choix que le gouvernement avait lui-même le devoir de s'assurer; la seconde envisage la consultation de commissions parlementaires permanentes avant le dépôt de projets importants. C'est d'ailleurs l'intérêt bien compris du gouvernement d'associer le parlement à sa politique notamment en lui présentant, dans les messages à l'appui de projets de lois, des exposés des motifs aussi objectifs et complets que possible. Une mesure proposée n'est en effet souvent qu'une conjecture, c'est-à-dire une opinion fondée sur des probabi-

lités. Si le parlement, pleinement informé à son tour, fait sienne cette conjecture, il ne peut plus guère se dégager si les choses tournent mal et perd, en partie en tout cas, de sa force de contestation face au pouvoir. Les décisions enlevées au pas de charge risquent parfois de n'être que des succès éphémères.

Ad chapitre II^e – La création d'un service de documentation. – Le principe de la création d'un service de documentation est admis. Un arrêté fédéral simple en réglera les tâches et l'organisation. J'ai estimé toutefois qu'il était superflu d'adjoindre un service juridique mais j'ai suggéré en revanche d'alléger la tâche des parlementaires par la mise à disposition de secrétaires par fractions ou mieux par groupes de parlementaires ayant les mêmes affinités politiques.

Ad chapitre III^e – L'extension des droits des commissions parlementaires en matière d'information. – Le nouvel article 47^bis prévoit en son alinéa premier la possibilité pour les commissions de faire appel à des experts. L'idée selon laquelle des avis écrits ne peuvent être demandés que par une majorité qualifiée de la commission n'a finalement pas été retenue. Le recours à des experts est d'ailleurs conforme à la pratique antérieure. – L'alinéa 2 de ce nouvel article permet aux commissions d'entendre des fonctionnaires contre le gré du Conseil fédéral. Celui-ci s'y était formellement opposé pour finalement se rallier à un amendement du Conseil des Etats aux termes duquel cette possibilité était réservée aux commissions importantes. Cet amendement a toutefois été rejeté de sorte que toutes les commissions parlementaires peuvent entendre des fonctionnaires contre l'avis du Conseil fédéral. J'ai pris nettement position contre cette innovation et il va de soi que je manquerai pas de développer mon point de vue si la discussion devait s'engager sur ce point.

Ad chapitre IV^e – La réorganisation des commissions de gestion. – Les art. 47^ter à 47^quinquies sont, dans leurs grandes

lignes, conformes à ceux figurant dans le rapport de la commission du Conseil des Etats du 12 février 1966 sur lequel je m'étais fondé. – J'ai marqué mon scepticisme quant à l'efficacité du contrôle que cette commission peut exercer dès lors qu'elle ne dispose pas comme la commission des finances d'un organe auxiliaire. J'ai, en conséquence, préconisé la constitution d'un secrétariat élargi capable de procéder pour le compte des commissions de gestion à des enquêtes, analyses et études. J'attache personnellement beaucoup d'importance à cette suggestion.

Ad chapitre V^e – Les commissions parlementaires d'enquête. – Le parlement a réglementé la constitution de commissions d'enquête. Cette innovation ne me paraissait pas indispensable, j'ai mis en doute la prétention des commissions d'établir la responsabilité de fonctionnaires, critiqué l'instruction à caractère judiciaire et finalement considéré comme inadmissible qu'elles puissent de leur propre chef lever le secret de fonction et le secret militaire.

Dans une *seconde partie*, j'ai examiné les effets de l'extension du contrôle parlementaire sur l'équilibre des pouvoirs et j'ai relevé à ce propos que la réforme adoptée m'apparaissait trop marquée par l'affaire des «Mirage». – A mon sens, l'extension du contrôle parlementaire ne doit pas s'exercer par une ingérence accrue dans l'administration mais par une élévation du niveau du contrôle, l'effort devant porter davantage sur ce qui devrait être que sur ce qui est. – Ainsi conçu, le contrôle parlementaire, au lieu d'affaiblir le gouvernement, peut, au contraire, consolider sa position en faisant aboutir les réformes de structure qui paraissent s'imposer.

Engagé dans cette voie, il fallait que je m'explique sur ces réformes, ce que j'ai fait dans la *troisième partie*. J'en suis venu à traiter de l'allègement des tâches du gouvernement et du parlement, de la décentralisation, du contrôle de la ges-

tion des crédits et du contrôle de l'intervention de l'Etat dans l'économie. – Je ne voudrais cependant pas qu'on supposât qu'en m'engageant dans cette direction, j'aurais saisi l'occasion d'exprimer des vues sur des questions qui n'auraient qu'un rapport indirect avec le contrôle parlementaire. C'est au contraire ma conviction profonde que par un contrôle du plus haut niveau le parlement peut parfaitement contribuer à adapter nos institutions aux temps modernes.

Dans une *quatrième partie*, j'ai complété mon rapport par quelques considérations sur l'intérêt que la Suisse pourrait avoir à l'introduction du système suédois de l'«Ombudsman». Cette institution m'apparaît d'une utilité bien problématique pour la Confédération. D'aucuns seront d'avis que je lui ai encore fait la part trop belle et soutiendront qu'elle ne serait qu'un corps étranger nuisible au bon fonctionnement de nos institutions. Je ne le pense pas et je m'en explique simplement en soulignant pour terminer que dans la rédaction de mon rapport j'ai été dominé par la conviction que c'est l'honneur d'un gouvernement vraiment démocratique de ne pas craindre un contrôle objectif mais que c'est en revanche son devoir de combattre avec détermination les intrusions susceptibles de provoquer une déliquescence de l'appareil de l'Etat.

Dr. Kurt Reber, Advokat, St. Gallen:

Das Thema der Kontrolle des Parlamentes über Regierung und Verwaltung stellt sich nicht nur im Bund, sondern auch in den Kantonen. Die Zweifel, ob die schweizerischen gesetzgebenden Behörden ihrer Kontrollfunktion und ihrer Aufgabe als Gesetzgeber ohne institutionelle Änderungen noch gewachsen seien, beziehen sich auch auf die kantonalen Parlamente. Auf Grund langjähriger Erfahrung als Mitglied eines Großen Rates scheint mir allerdings, daß die Kritik sehr oft überborde. Vom Kanton St. Gallen darf beispielsweise ohne Übertreibung gesagt werden, daß sich Regierung

und Parlament heute noch ernsthaft und mit Erfolg um die Gesetzgebung bemühen. Wenn Mißstände festgestellt werden müssen, sind sie nach meiner Beobachtung auch im Bund – inkl. Mirage – weit mehr auf das Versagen des Parlamentes in der Erfüllung bestimmter Aufgaben als auf ungenügende verfassungsmäßige Einrichtungen zurückzuführen. Ich frage mich daher, ob es richtig sei, das herkömmliche Bild von der Gewaltenteilung, das uns doch bis heute recht gute Dienste geleistet hat, über den Haufen zu werfen und mit Prof. Bäumlin die Rolle des Parlamentes in der Gesetzgebung zu entideologisieren und dessen Aufgabe auf die Nachvollziehung eines vorher von einer anderen Instanz vollzogenen Denkprozesses zu beschränken (S. 271). Es geht kaum an, die «Beschlusseskompetenz des Parlamentes am Ende des Verfahrens» nur beiläufig in einem Nebensatz zu erwähnen.

Bäumlin hält mit Recht die Vorbereitung eines Erlasses auseinander von seiner Behandlung im Parlament. Aber darf man das Hauptgewicht in diesem Maße auf die Vorbereitung legen, wie es der deutschsprachige Referent tut? Er zitiert auf S. 192 Prof. Eichenberger, dessen Reformvorschläge daraufhin abzielten, das Parlament wieder in den Mittelpunkt der Gesetzgebung zu stellen. Diese Forderung ist ernst zu nehmen. Sie entspricht dem Umstand, daß vor dem Volk das Parlament nicht nur den letzten, sondern allein den Entscheid fällt, ob ein Entwurf Gesetzeskraft erhalten soll. Damit liegt die Verantwortung bei ihm, und es kann sie auf niemanden abwälzen. Es ist auch zu beachten, daß Regierung und Verwaltung nicht immer auf eigenen Antrieb tätig werden, sondern sehr oft auf Initiative des Parlamentes, das in Form von Postulaten und Motionen Anregungen macht oder gar verbindliche Aufträge erteilt. Richtig ist, daß der Referent von einem Zusammenwirken verschiedener Instanzen auf ein gemeinsames Ziel spricht, doch möchte ich seinen Ausführungen auf S. 250 ff. widersprechen, wo von der wechselseitigen (politischen) Kontrolle der einzelnen Behörden die Rede ist, wonach also auch der Bundesrat das Parlament

kontrolliert. Um Kontrolle geht es nach BÄUMLIN, S. 247, «überall da, wo sich eine Instanz vor einer anderen rechtfertigen muß». Dem ist zuzustimmen. Aber das Parlament hat sich weder im Bund noch in den Kantonen vor der Regierung zu rechtfertigen, und wenn es vorkommen soll, daß einzelne Regierungsmitglieder recht massiv auf die Parlamente einwirken, so machen sie nur von ihrem Recht der beratenden Stimme Gebrauch, zugegeben in vielen Fällen mit dem schweren Gewicht ihrer sachlichen Kompetenz. Dagegen wird kein Parlamentarier etwas einzuwenden haben, aber es ändert nichts an der alleinigen Entscheidungsbefugnis der gesetzgebenden Behörde, wenn sie will, sogar frei schöpferisch von einer tabula rasa aus zu legiferieren.

Trotzdem kann ich der These Prof. BÄUMLINS zustimmen, daß die ideale, von der Regierung dem Parlament unterbreitete Vorlage bewirken soll, daß dieses keinen begründeten Anlaß habe, sie wesentlich zu verändern. Das tangiert aber die Stellung des Parlamentes nicht, und der Idealfall wird nicht so oft Wirklichkeit, daß man sagen könnte, das Parlament habe ausgespielt. Richtig ist ferner, daß das Parlament auf die zielbewußt geleitete Vorarbeit der Verwaltung angewiesen ist und daß es überfordert wäre, wenn es in allen Fällen diese Vorarbeit selber leisten müßte. Es wäre uneinsichtig, diese Vorarbeit als Übergriff in den Reservatsbereich des Gesetzgebers zu empfinden. Ich verkenne also die Bedeutung des Vorbereitungsstadiums keineswegs und bin sogar der Meinung, es sollte nicht die erste Sorge des Parlamentes sein, über dieses Vorverfahren Regeln aufzustellen. Ich teile die Auffassung BÄUMLINS, daß das staatsrechtlich zwar durchaus möglich wäre, halte aber dafür, daß größte Zurückhaltung am Platze sei, wie sie übrigens auch von Herrn HELG empfohlen wird.

Die von Regierung und Verwaltung zielbewußt und sorgfältig vorbereitete Vorlage nimmt dem Parlament die Aufgabe nicht ab, sie erleichtert sie nur und ermöglicht sie erst.

Dem Parlament bleibt vorbehalten, zu entscheiden, was es will, und im Zusammenhang damit zu prüfen, ob die Vor-

bringen der Regierung einer kritischen Analyse standhalten. Darin liegt, was auch beide Referenten anzuerkennen scheinen, die wirksamste Kontrolle der Regierung durch das Parlament; sie ist von entscheidenderer Bedeutung als die Überprüfung von Rechnung und Amtsbericht. Ich frage mich daher, ob nicht in der Diskussion um den Gesetzesentwurf über den Ausbau der Verwaltungskontrolle allzusehr Gewicht gelegt worden sei auf die Tätigkeit der Geschäftsprüfungs- und der Finanzkommissionen und einer allfälligen speziellen «Untersuchungskommission», unter Vernachlässigung der vorberatenden Kommissionen namentlich für Gesetzesvorlagen.

Bei den Versuchen der Parlamentsreform geht es darum, wie die Aufgabe der Kontrolle besonders im Gesetzgebungsverfahren erleichtert werden kann. Dazu einige Bemerkungen.

Im Kapitel über die Notwendigkeit des Vorverfahrens der Gesetzgebung sagt der deutschsprachige Referent, eine Begutachtung gesetzgeberischer Vorhaben sei nicht möglich ohne vorherige Prüfung des Sachverhaltes. Das ist eine entscheidende Feststellung. Sie gilt aber nicht nur für das Vorverfahren, sondern und vor allem für das Verfahren in der gesetzgebenden Behörde selbst, praktisch für die Arbeit der vorberatenden Kommissionen. Die Bundesversammlung und die kantonalen Parlamente können ihrer Aufgabe nur gerecht werden, wenn sie den Sachverhalt ganz kennen, und es ist daher nur schwer verständlich, daß überhaupt diskutiert werden muß, wie dem Parlament der Sachverhalt zugänglich gemacht werden könne. Es ergibt sich doch einfach von selbst, daß mindestens die vorberatende Kommission Anspruch hat, die Materialien zu kennen, die der Regierung als Unterlage dienten, von Beamten Auskunft zu verlangen und verwaltungsfremde Experten zuzuziehen. Wenn man ihr das verweigert, hindert man sie ganz einfach an der Erfüllung der dem Parlament von der Verfassung zugewiesenen Aufgabe. Ich unterstütze daher die Bemerkungen Prof. Bäumlins auf S. 273 ff.

Im weiteren scheint mir viel gewonnen, wenn man sich den von Herrn Bäumlin zitierten Satz Prof. Eichenbergers zu eigen macht: «Die Verwaltung gehört auch dem Parlament.» Die Verwaltung hat in der Tat nicht die Aufgabe, der Regierung, der sie allerdings unterstellt ist, zu dienen, sondern dem Staat. Wenn man den Gegensatz von Regierung und Parlament mit etwas weniger Genuß hochspielt, als dies heute oft geschieht, dann wird die gleiche Verwaltung, die am Entwurf einer Vorlage unter Leitung der Regierung arbeitete, mit der größten Selbstverständlichkeit und mit der gleichen Hilfsbereitschaft in derselben Sache unter Leitung der Kommission auch für das Parlament tätig sein. Diese Erfahrung habe ich jedenfalls in meinem Kanton wiederholt gemacht.

Man kann darüber hinaus parlamentseigene Dokumentationsstellen und Rechtsdienste kreieren. Aber man wird von ihnen nicht zuviel erwarten dürfen. Sie können nur Hilfsdienste leisten, aber dem einzelnen Parlamentarier die Denkarbeit, deretwillen ihm sein Mandat wohl übertragen worden ist, nicht abnehmen. Dagegen wird man sich ernsthaft fragen müssen, ob nicht eine angemessenere Besoldung der Parlamentarier, im Bund sogar der Übergang zum Berufsparlament, unumgänglich seien, denn das Parlament kann seine Aufgabe nur erfüllen, wenn sich für die Gesetzgebung geeignete Bürger zur Verfügung stellen, die in die Lage versetzt werden, die dafür erforderliche Zeit aufzubringen. Die Annahme, das sei auf die Dauer auf ehrenamtlicher Basis möglich, ist eine reine Illusion, die es zu zerstören gilt.

Leider fehlt mir die Zeit, noch auf die sehr interessante Anregung des welschen Referenten einzugehen, daß ständige parlamentarische Kommissionen vom Bundesrat konsultativ beizuziehen seien, bevor dieser einen Gesetzesentwurf dem Parlament unterbreitet. Der Vorschlag bedeutet den merklichsten Einbruch in das herkömmliche Bild der Gewaltenteilung. Ich befürchte, daß er geeignet wäre, die Verantwortlichkeiten zu verwischen und Parlamentarier

verschiedenen Ranges zu schaffen. Anderseits ist die Begründung, daß künftig das politische Schwergewicht auf der langfristigen Planung liege und das Parlament deshalb mangels Eignung an Bedeutung verlieren könnte, einleuchtend. Ich frage mich aber, ob dieser Situation nicht der Vorschlag von Prof. Imboden auf Schaffung eines zivilen Generalstabes besser Rechnung trage. Das Problem ist gestellt. Es wird in den künftigen Gesprächen um die Totalrevision der Bundesverfassung einen breiten Raum einnehmen.

Dr. Paul Siegenthaler, Fürsprecher, Bern:

Wenn ich mich hier zum Problem der parlamentarischen Oberaufsicht äußere, geschieht es nicht in meiner Eigenschaft als Angehöriger der Bundesverwaltung. Vielmehr möchte ich auf die parlamentarische Oberaufsicht im System der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung eintreten. Meine Äußerungen haben rein persönlichen Charakter.

Die politische und rechtliche Tragweite der parlamentarischen Oberaufsicht über die Exekutive und die Justiz wird bestimmt aber auch begrenzt durch die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung. Verfassungsrechtlich statuierte Kompetenzen sind aber im Sinne der Letztinstanzlichkeit zu einer staatlichen Willensentscheidung ausgestaltet. Wenn dies nicht der Sinn der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung wäre, würde die Verfassung ihres organisatorischen Charakters entäußert. Letztinstanzliche Zuständigkeit bedeutet aber, daß ein Organ, das über diese Art von Zuständigkeit verfügt, keiner anderen Instanz funktionell und hierarchisch untergeordnet ist und auch keiner Dienstgewalt unterliegt. In diesem Sinne verfügen über Letztinstanzlichkeit – allerdings mit Ausnahmen – die Bundesversammlung, der Bundesrat und die eidgenössischen Gerichte; die Bundesversammlung ist angesichts des Gesetzesreferendums nicht letztinstanzlich zuständig für die Gesetzgebung und dem Bundesrat fehlt Letztinstanzlichkeit im Falle der konkurrierenden Zuständigkeiten mit der Bundesversamm-

lung im Falle der Delegation der Gesetzgebungsbefugnis durch die Bundesversammlung.

Auf Grund der verfassungsrechtlich statuierten Letztinstanzlichkeit kann u.a. auf zwei Folgerungen hingewiesen werden, die, es sei wiederholt, persönlichen Charakter haben.

Einerseits ergeben sich aus der letztinstanzlichen Zuständigkeit die Problematik und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber der Bundesgesetzgebung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenüber Akten der Verwaltung; denn, wenn diese Erlasse staatlichen Handelns durch die Justiz überprüft und aufgehoben werden könnten, wäre nicht mehr die Legislative oder die Exekutive die letztinstanzlich zuständige Instanz, sondern die Justiz wäre es. Nach Art. 102 Ziff. 15 der Bundesverfassung anderseits ist der Bundesrat zur Beaufsichtigung der Geschäftsführung aller Beamten und Angestellten der eidgenössischen Verwaltung zuständig, und zwar ebenfalls letztinstanzlich. Es muß daher die Problematik der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Beaufsichtigung der Bundesbeamten durch parlamentarische Untersuchungskommissionen im Sinne des neuen Geschäftsverkehrsgesetzes aufgeworfen werden.

Das Korrelat zur Letztinstanzlichkeit ist die politische Verantwortung. Die politische Verantwortung ist das Einstehen einer obersten Instanz für das staatliche Handeln. Die politische Verantwortung hat an sich keine rechtliche Struktur, auch wenn ihre Geltendmachung institutionalisiert sein mag. «In der obersten Instanz», schreibt Walther Burckhardt, dessen Erkenntnis man sich erneut erinnern darf, «muß das Bewußtsein der Pflicht und die moralische auctoritas die rechtliche Bindung ersetzen. Gegenstand der parlamentarischen Oberaufsicht ist somit die letztinstanzliche Kompetenzausübung durch die Exekutive und die Justiz, das heißt die Geltendmachung der politischen Verantwortung. Parlamentarische Oberaufsicht bedeutet aber nicht die Übernahme letztinstanzlicher Kompetenzen. Die parlamentarische Oberaufsicht wird durch die parlamentarischen

Mittel geltend gemacht und kommt schließlich in der periodischen Amtsbestätigung zum Ausdruck.

Da der Gegenstand der parlamentarischen Oberaufsicht durch die positivrechtlich letztinstanzlich statuierte Kompetenz zu den staatlichen Funktionen bestimmt wird, ist mit dem Problem der parlamentarischen Oberaufsicht noch ein tieferes Problem verbunden, als bloß die Festlegung ihrer Tragweite: es ist das Problem der Bedeutung der positivrechtlichen Kompetenznorm, der positiven Norm.

Eine verfassungsrechtlich normierte letztinstanzliche Zuständigkeit zu einem Willensentscheid kann nicht dadurch relativiert und abgewertet werden, daß an der Willensbildung mehrere soziologisch zu begreifende Teilfunktionen mitwirken. Es ist aber eine Abwertung einer positivrechtlichen Letztinstanzlichkeit, wenn ihr bloß die Bedeutung einer Teilfunktion beigemessen wird. Jede positivrechtliche Norm, sei es eine Kompetenznorm oder eine Norm über einen materialen Wertentscheid ist genormter Wille, der angesichts der Kompetenz zu einem Willensentscheid keine Relativierung erträgt. Da und dort wird aber die Tendenz zur Abwertung und Relativierung positivrechtlicher Kompetenznormen und Normen über materiale Wertentscheide sichtbar.

Wenn eine geltende Norm der Vorstellung der Normunterworfenen über die Ordnung des Zusammenlebens der Gemeinschaft nicht mehr entspricht, muß sie in dem dafür verfassungsrechtlich oder gesetzesrechtlich vorgeschriebenen Verfahren geändert werden. «Die Gesetzgebung», schreibt Walther Burckhardt – was auf die Rechtsetzung erweitert werden muß, um auch die Verfassungsstufe zu erfassen –, «fängt immer wieder von vorne an. Ob das, was bisher galt, noch zu gelten verdiene, muß immer neu unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit erwogen werden.» Eine positivrechtliche Norm verliert aber ihren ordnenden und institutionellen Charakter, wenn ihr ein Sinn beigegeben wird, der dem Willensentscheid nicht entspricht.

Der verstorbene Zürcher Philosoph Hans Barth weist

in seinem Buche «Die Idee der Ordnung» auf eine Erkenntnis Antoine de Rivarols hin. «Für Antoine de Rivarol», schreibt Hans Barth, «ist es eine durch die Geschichte aller Zeiten erwiesene Tatsache, daß immer, wenn ein Volk die drei Gewalten durch sich selbst ausübt, die Demokratie sich in eine Anarchie verwandelt.» Wir haben allen Anlaß, diese Erkenntnis Antoine de Rivarols der in der Gegenwart feststellbaren Tendenz der Relativierung und Abwertung positivrechtlicher Normen entgegenzustellen.

Prof. Dr. Kurt Eichenberger, Aarau:

Die «Kontrolle» im Staat ohne parlamentarisches Regierungssystem ist ein relativ neues Thema, nicht nur für die Wissenschaft, sondern auch für die Praxis, der die Struktur, die Bedeutung und die technischen Voraussetzungen praktikabler Durchführung nur begrenzt geläufig gewesen sein dürften. Wendet man sich einem verfassungsrechtlichen Institut zu, das im schwer deutbaren Sozial- und Verwaltungsstaat der Gegenwart fast plötzlich in eine Aktualisierung gedrängt wird, so ist es methodisch empfehlenswert, neben den wegleitenden und ordnenden Grundlegungen, wie sie uns Herr Collega Bäumlin in so eindrücklicher Weise gegeben hat, immer wieder Phänomene des Instituts und seiner Funktionen beschreibend zu umkreisen, auch auf die Gefahr der Repetitionen hin.

Bevor ich dergestalt auf einzelne Aspekte der Kontrollproblematik hinweise, möchte ich aber zu soeben diskutierten Fragen folgendes bemerken: Trotz der weiten Umschreibung der Kontrolle, wie sie die Referenten vornehmen und der ich im Sinne einer typologischen Bestimmung beipflichte, fällt die Kontrollfunktion weder wesensgemäß noch begrifflich mit der Gesetzgebungsfunktion zusammen; parlamentarische Kontrolle geht nicht in der parlamentarischen Rechtssetzung auf. Aber: bei Anlaß der Gesetzgebungsverfahren können, einhergehend und eingeschlossen, Kontrollen durch das Parlament wahrgenommen werden. Ferner müs-

sen wir uns bei der bedeutungsvollen Erkenntnis, daß die verschiedenen Gewalten zusammenwirken und Teilaufgaben einer Gesamtheit wahrnehmen, doch darum bemühen, Vorstellungen und Begriffe der Kompetenz und der Verantwortung als spezifische Rechtsbegriffe sicherzustellen, wenn wohl auch in gewandelten Ausformungen.

Kontrolle ist kein isoliertes Geschehen, auch die des Parlaments nicht. Sie ist immer wieder in auszeichnende Zusammenhänge zu bringen.

1. Kontrolle als Funktion im Staat hat eine nahe Beziehung zur Funktion der Planung. Das mag befremden. Herkömmliche Auffassungen legten gern Planung an den Anfang von linear bestimmten Handlungsreihen. Der Planung folgte die Realisation oder Durchsetzung. Dieser schloß sich zuletzt die Kontrolle an. Hier bestand freilich bereits ein Zusammenhang zwischen Planung und Kontrolle darin, daß Kontrolle prüfte, ob plankonform vollzogen worden sei. Allein, der Zusammenhang ist noch enger. Wenn man mit Herrn Professor Bäumlin die Kontrolle als einen bestimmten Typus der Teilhabe an der politisch-staatlichen Gestaltung versteht, wird ein Kreis von Handlungsabläufen geschlossen: Die Kontrolle ist immer auch wieder Anfang und geht in neue Planung über. Kontrolle erlangt Wesenszüge der Planung, vor allem durch die Ausrichtung auf Künftiges in politischen Gestaltungsvorgängen, ohne deswegen allerdings mit der Planung zusammenzufallen; sie bleibt typologisch eine eigenständige Funktion.

Darüber hinaus tritt Kontrolle auch während der Realisationsphase des Geplanten auf. Sie überwacht, greift berichtigend ein bei Abweichungen vom Plan oder veranlaßt Änderungen des Plans, wenn sich das ursprüngliche Konzept als undurchführbar erweist. Planung, Plan und Plan-Realisation vermögen sich zu decken dank einer intermittierenden Kontrolle.

Daraus folgt verschiedenes. Man kann Kontrollvorgänge im planenden und planmäßig agierenden Staat nicht auf

abgeschlossene Staatsakte beschränken. Sie muß vielmehr auch das erfassen, was auf lange Sicht oder kurzfristig bevorsteht, was gerade geschieht oder was fortwirkt. Doch damit wird augenfällig, daß das Parlament nicht die ganze Kontrollfunktion im planenden Staat tragen und allgegenwärtig durchführen kann. Im allgemeinen läßt sich vielleicht sagen, daß Planungskompetenz und Kontrollkompetenz möglichst in die gleiche Hand gehören, jedenfalls eine institutionalisierte Kontaktstelle brauchen, wo sie sich aufeinander einstellen.

Wie Planung ohnehin gegen Parlament und Parlamentsstruktur eine unverkennbare Widerborstigkeit aufweist, so stößt auch parlamentarische Kontrolle im Bereiche planvoller Staatstätigkeiten früh an natürliche Grenzen. Das Plenum kann nur aufgreifen, was es auch planend bestimmen kann und was die volle Öffentlichkeit erträgt. Es muß bald seine Kontrollkommissionen – insbesondere Finanz- und Geschäftsprüfungskommissionen – eintreten lassen. Diese können dichter und energischer zugreifen, brauchen dafür freilich eine relative Eigenständigkeit, die ihnen rechtlich heute erst begrenzt zukommt, und zugleich bedürfen sie der Hilfseinrichtungen, um die sachliche Kompetenz sicherzustellen, namentlich die Finanzkontrolle, die Zentralstelle für Organisationsfragen, die Kommissionssekretariate. Hier stellt sich künftig die Frage, ob und allenfalls inwieweit parlamentarische Kommissionen und ihre Hilfseinrichtungen an materiellen staatlichen Planungen beteiligt werden sollen. Wie weit sollen etwa die Finanzkommissionen Teilhaber der umfassenden Finanzplanung oder der Planungen der Interventionsverwaltung werden? Sollen parlamentarische Kommissionen und Hilfseinrichtungen an den fällig werdenden Energie-, Bildungs- oder Raumplanungen materiell mitarbeiten? Wenn nein, bleibt ihre Kontrollfunktion an entscheidenden Stellen wirkungsarm, oder sie werden durch die Planung überspielt. Wenn ja, treten sie in die aktive Staatsleitung unmittelbar ein und verlieren den bisherigen Charakter der Plenums-Ausschüsse.

Es geht hier noch nicht um Antworten, sondern um den Hinweis, daß ein großes staatspolitisches und staatsrechtliches Thema der Gegenwart, die Planung, das Kontrollproblem funktionell und organisatorisch wesentlich berührt.

2. Außer der Planung ist ein bewegendes Thema der Gegenwart, wie der unermeßliche Aufgabenanfall im Sozial- und Verwaltungsstaat zweckmäßig bewältigt werden kann, ohne wesentliche Strukturprinzipien der schweizerischen Demokratie preisgeben zu müssen. Im Bund wie in den Kantonen tritt immer deutlicher zutage, daß wir die Organisationseinheiten mehr als bisher in die Tiefe gliedern, mehr Entscheidungskompetenzen nach unten übertragen und die Spitzenpositionen teils entlasten, teils in neuen Lenkungsfunktionen aktivieren müssen. Um vermehrte Delegationen in fast allen staatlichen Tätigkeiten ist nicht herumzukommen. Dieser Umbau könnte mit Fug schon bei der Bundesversammlung einsetzen, der heute zu viele Entscheidungskompetenzen in sekundären Angelegenheiten aufgeladen sind; er wird aber vor allem Regierung und Departemente ergreifen. Doch bleibt die durchgehende Verantwortlichkeitsordnung im demokratischen Legitimationskonnex nur dann gewahrt, wenn Kontrollen ausgebaut werden. Kompetenzübertragung und Kontrolle sind Komplementärbegriffe. Je mehr übertragen wird, desto umfangreicher und dichter muß die Kontrolle werden. Das ist ja – wenn auch nicht theoretisch, so doch praktisch – eine weitgehend neue Erfahrung: Damit, daß ich delegiere, werde ich aus der Verantwortung nicht entlassen; ich bleibe erfaßt. Durch die Kontrolle aber behalte ich die Möglichkeit, meiner Verantwortung nachzukommen. Dafür müssen Kontrollvorgänge institutionell sichergestellt werden.

Indessen stoßen wir auf eine interessante Erscheinung: Abgesehen von den Finanzkontrollen, die sich übrigens in den Kantonen immer noch gern in nachträglichen Revisionen erschöpfen, fehlen systematische Kontrollen vornehmlich der Regierungen über ihre Departemente und die Anstalten.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit vermag diese Lücke aus Natur und Auftrag nicht zu schließen. Aber auch die Parlamente können schwerlich einspringen. Sonst müßten sie nicht nur permanente Kontrollorgane ausscheiden, sondern auch eine ungeteilte Verantwortung für die Tätigkeit der Exekutive prästieren. Bleibt es im großen ganzen beim Kontrollkonzept und seiner Rollenverteilung nach heutigem Verfassungsrecht, wie es die beiden Referenten charakterisiert haben, sollte sich das Parlament darauf verlassen dürfen, daß ausreichend Kontrollen im Innern der Exekutive stattfinden. Doch da liegen bemerkenswerte Lücken. Mit dem quantitativen Ausbau der Verwaltungsorganisation hat vor allem das gouvernementale Kontrollinstrumentarium nicht Schritt gehalten. Wenn aber die Kontrollfunktionen im Staat zu einer systematischen Ganzheit gefügt werden sollen, was ein kapitales Anliegen ist, und wenn man vermeiden will, daß parlamentarische Kontrollen ohne den Unterbau verwaltungsinterner Kontrollen im freien Raume schweben und verpuffen, so ist in nächster Dringlichkeit die gouvernementale Aufsicht zu gewährleisten. Damit ist aber auch etwas Relevantes für die parlamentarische Kontrolle ausgesagt. Eine zeitgemäße Staatsorganisation mit ihren notwendigen Tiefengliederungen läßt sich nicht rechtsstaatlich fundieren, wenn der Aufbau des Kontrollgefüges im Rudimentären stecken bleibt.

3. Es wird wenig staatliche Funktionen geben, die dermaßen wie die parlamentarische Kontrolle auf eine bestimmte Haltung gestellt sind, eine Haltung, die sich rechtlich nicht garantieren läßt und doch zur Ergänzung der Institution unentbehrlich ist: nämlich die Beachtung von Maß und politischer Vernunft. Die Kontrolltätigkeit ist auf kluges Abwägen angewiesen. Was soll aufgegriffen werden, wie weit sind Informationen zu beschaffen, welche Werte sollen entscheidend sein, welche Formen der Kundgabe sind zu wählen? Parlamentarische Kontrolle entfaltet sich fruchtbar erst im Mittelfeld, das gleicherweise die aufgeregte

Betriebsamkeit wie das vertrauensselige Treibenlassen meidet. Obwohl sie dadurch gelegentlich an kräftiger Farbe verlieren mag, so erlangt sie die Chance, sich in der staatlichen Strukturierung richtig einzufügen. Parlamentarische Kontrolle ist kein das staatliche Geschehen überhöhendes Attribut einer allmächtigen Gewalt, sondern ihrerseits voll unter Verantwortung gestellt. Sie kann sich der umfassenden politischen Verantwortung nicht mit dem Hinweis entschlagen, der Wächter könne nicht bewacht werden. Das kontrollierende Parlament ist nicht unbehütbarer Hüter oder Schlüsselherr im Gemeinwesen, sondern in den Gesamtzusammenhang gebracht, in dem keine Tätigkeiten verantwortungsfrei ablaufen, eben auch die Kontrolle des Parlaments nicht.

M. Louis Guisan, conseiller aux Etats, Lausanne:

Il est dans la nature des choses que le parlement perfectionne sans cesse l'exercice de sa haute surveillance sur le gouvernement et l'administration. Impressionné par l'affaire des Mirage, le parlement suisse vient de consacrer beaucoup d'études, de discussions et de décisions à cet objet. Ses travaux ont été conditionnés par une crise. Ils sont donc exposés au risque de correspondre à une situation spéciale et de ne pas répondre à des besoins généraux.

Il est très heureux que la Société suisse des juristes ait mis le même sujet à l'ordre du jour de son assemblée. Les parlementaires ne pourront en tout cas pas reprocher à la Société d'avoir voulu jouer le rôle d'un groupe de pression, puisque les rapports de MM. Bäumlin et Helg ne nous sont parvenus qu'après la fin de nos débats. Je le regrette, car les opinions exprimées dans ces rapports auraient été du plus grand profit pour les parlementaires par leur solidité et leur sérénité.

La question centrale du débat est celle de la responsabilité de l'homme de gouvernement. M. Helg l'aborde en des termes brefs et particulièrement heureux à la page 118 de son rapport: «Ce qui importe pour l'homme politique, c'est qu'il

démontre qu'il continue à être habité par la chance». Nous ne pouvons pas renfermer la responsabilité de l'homme politique dans les limites d'une définition légale, et nous devons, comme M. Helg, confondre cette responsabilité avec l'exercice du gouvernement. Comme le général, l'homme politique doit avoir de la chance.

Mais cette chance est l'effet d'une volonté et non pas du hasard. L'homme de gouvernement peut connaître la guerre et ses défaites, la révolution intérieure et ses troubles, la trahison de ses plus proches collaborateurs. Il demeure digne de gouverner, s'il domine ses malheurs et en prend la direction pour les faire contribuer au bien du pays. Et jamais l'homme de gouvernement n'est aussi bien à l'apogée de sa carrière que lorsqu'il est affronté avec les plus graves difficultés et qu'il doit faire lui-même et immédiatement le lendemain.

La responsabilité de l'homme politique, c'est bien la chance mais s'il sait s'en emparer et demeurer maître des événements.

J'aimerais maintenant m'exprimer sur deux points particuliers, le premier étant celui de la consultation des commissions parlementaires au stade de l'élaboration des lois par le gouvernement. M. Helg recommande cette consultation. Il a maintenu cette opinion aujourd'hui. Je n'ai pas trouvé d'opinion sur ce point dans le rapport de M. le professeur Bäumlin.

En ce qui me concerne, en qualité d'homme de gouvernement et de parlementaire, j'ai toujours soutenu l'opinion qu'il ne convenait pas de consulter les commissions parlementaires dans le stade de la préparation des lois.

C'est un danger pour le gouvernement: le danger de requérir d'abord l'approbation, et de rechercher ensuite quel est le bien du pays. On fait volontiers à notre gouvernement fédéral et à nos gouvernements cantonaux la critique de manquer d'une politique. Or la première tâche du pouvoir est de définir une politique ordonnée au bien commun. Il faut naturellement que cette politique soit acceptée. Des consul-

tations – mais pas celle des commissions parlementaires –, bien conduites, permettent de préparer l'approbation.

En ce qui concerne les parlementaires, ils ne désirent pas que leur liberté de décision soit limitée par des approbations préalables. Ils n'entendent pas être engagés d'avance dans leur fonction principale, qui est celle de parlementaire. Au surplus, les parlementaires ont des moyens d'action à l'égard de projets entièrement rédigés avant qu'ils ne les voient: je songe simplement aux nombreux va-et-vient qui ont marqué entre les commissions parlementaires et les départements le récent projet de loi sur le droit de superficie et l'actuel projet de loi sur le code pénal suisse. S'il arrive que des parlementaires soient simultanément des experts, ce qui n'est pas nécessairement exclu, les parlementaires seront alors consultés en leur qualité non de parlementaires mais d'experts.

Qu'en est-il ensuite de l'audition des fonctionnaires par des commissions parlementaires? M. Helg, maintenant l'opinion exprimée dans son rapport écrit, ne la recommande pas en principe. M. Bäumlin, si je dégage ce qui est écrit aux pages 275 à 277 de son rapport, paraît lui être favorable.

A mes yeux, le projet du gouvernement est présenté par l'homme de gouvernement. Il appartient à celui-ci de choisir les collaborateurs qui l'assisteront au cours des débats parlementaires. Ce n'est que dans des cas bien exceptionnels – je ne vois guère lesquels – que la commission parlementaire pourra appeler à ses débats d'autre fonctionnaires que ceux par lesquels le chef de gouvernement s'est fait assister.

Lorsque le gouvernement a présenté un projet, il a dominé les inévitables divergences qui se sont fait jour au sein de l'administration dans le stade de la préparation. Il n'appartient pas au parlement de ranimer ces divergences, mais bien d'examiner le projet présenté. Le devoir du fonctionnaire, quelle qu'ait été son opinion à l'origine, est de soutenir le projet gouvernemental. Où irions-nous si les officiers d'état-major général se mettaient à jouer les généraux?

Enfin, il conviendrait peut-être de définir encore en quel-

ques mots les limites naturelles de la haute surveillance, et de compléter sur ce point les réflexions de nos rapporteurs. Est-ce que la haute surveillance n'a pas des limites naturelles? J'en vois deux. La première est celle du secret et la seconde, celle de la disponibilité des parlementaires.

Sur certains objets traités par eux, le gouvernement et l'administration ont le devoir d'observer le secret, aussi à l'égard des parlementaires. Cette obligation du secret est si naturelle que si le parlement voulait l'enfreindre, il contraindrait le gouvernement et l'administration à adopter d'autres formes pour protéger le secret. Et vous me permettrez d'évoquer un exemple tout récent, qui est celui du «Courrier Mirage».

Le chef du département militaire fédéral avait le devoir de se faire renseigner de semaine en semaine sur l'évolution de cet appareil, et il lui appartenait de se faire renseigner à titre personnel et secret. Par la diffusion du Courrier, le Mirage est tombé plus ou moins dans le domaine public. Le chef du département continuera à se faire renseigner, mais par d'autres méthodes. Ainsi le secret présente une résistance élastique et parfaitement légitime, dont la haute surveillance doit tenir compte.

La seconde limite naturelle est celle de la disponibilité des parlementaires. Le lieu n'est pas ici de discuter si les parlementaires doivent rester des demi-amateurs, comme maintenant, ou devenir des professionnels. Partons de l'idée que nous maintenons le statut actuel. Il est dès lors impossible de leur demander davantage que ce qu'ils font. Il ne sert à rien de leur présenter plus de rapports, qu'ils ne liront pas. La conséquence en a été tirée par les rapporteurs: il convient de les assister d'un certain personnel.

La question intéressante sera de savoir ce que deviendra ce personnel. Il va proliférer. Est-ce qu'il restera alors véritablement à la disposition des parlementaires pour lesquels on les a créés? Ou est-ce qu'il prendra peu à peu une existence autonome? Il a tendance à prendre une existence autonome par sa prolifération d'abord, par sa situation parti-

culière à l'égard du reste de l'administration ensuite. Le risque existe d'avoir deux administrations, l'une petite, l'autre grande, parallèles ou opposées. Le système fonctionne aujourd'hui parfaitement bien dans des limites modestes pour le contrôle des finances. Il conviendra d'étudier l'évolution de ce corps de fonctionnaires, à mi-distance entre l'administration ordinaire et les parlementaires, et de se demander si peut-être par le souci de perfection, les parlementaires ne vont pas lui donner une existence autonome se privant ainsi dans une certaine mesure de la haute surveillance qu'ils entendaient exercer.

J'en arrive à conclure. L'inconvénient incontestable de l'affaire Mirage et de l'éclairage qu'elle a donné au problème qui nous occupe a été de réduire la haute surveillance du parlement à un contrôle. Il est heureux que la Société suisse des juristes ait permis d'élever le débat. M. Helg l'a fait en termes particulièrement heureux, dans son rapport aux pages 129 et 130, et encore aujourd'hui.

Nos Conseillers fédéraux sont intègres et travailleurs. Nos fonctionnaires sont compétents, honnêtes et zélés. Ce n'est pas parce qu'une fois un accident se produit que le corps entier doit être mis en cause. Mais ce qui me paraît caractériser l'action gouvernementale et administrative – c'est dans la nature des choses – est son peu de goût pour la prévision et pour les idées générales. On l'a bien vu au cours de ces dernières années, par la résistance opposée au désir des parlementaires que le rapport de gestion du Conseil fédéral contienne une partie générale, en tête, qui mentionne les intentions à longue échéance du gouvernement.

Le rôle du parlement et de sa haute surveillance, comme M. Helg et M. le professeur Eichenberg l'ont rappelé, est de sortir l'administration d'elle-même; de lui apporter la réalité telle qu'elle se fait et de préparer ainsi l'avenir.

Prof. Dr. Walter Antoniolli, Präsident
des Verfassungsgerichtshofes, Wien:

Ich habe mir die Mahnung Ihres Präsidenten über die Führung der Debatte wohl hinter die Ohren geschrieben, aber erlauben Sie doch, daß ich Danke dafür sage, daß Sie mich eingeladen haben und daß ich an dieser Tagung teilnehmen kann. Man kommt natürlich sehr gern in das schöne Zug und man trifft sehr gerne alte Freunde wieder und gewinnt neue. Aber das Entscheidende scheint mir doch zu sein, daß ich Gelegenheit habe, im Kreise von Schweizer Juristen ein grundlegendes Problem des demokratischen Staates diskutiert zu hören, denn mögen Sie auch Ihre Sorgen mit Ihrer Demokratie, mit Ihrem Staat haben, für uns sind Sie immer und waren Sie immer das Beispiel des demokratischen Staates, dem wir freilich als manches Mal nicht sehr gelehrige Schüler nachgefolgt sind. Wir haben die selben Probleme wie Sie, ich glaube aber, daß aus beiden Referaten, die ich wirklich mit großem Interesse studiert habe, und aus allen Beiträgen, die heute in der Debatte gegeben wurden, ich eins ersehe: das Thema ist eigentlich nicht die Kontrolle der Verwaltung durch das Parlament, sondern es ist das Problem des Funktionierens eines parlamentarischen Staates überhaupt, im besondern das Verhältnis des Parlaments zur Regierung und zur Verwaltung, aber ich glaube, ebensogut zur Gerichtsbarkeit. Das Problem der Kontrolle scheint mir, ich möchte sagen, nur ein Ausschnitt daraus zu sein. Die Schwierigkeiten sind ganz grundlegender Art. Auch wir haben sie ähnlich, und sie sind bei uns vielleicht nur deshalb bis jetzt noch nicht so zutage getreten, weil, wie wir uns eingestehen müssen, unser Parlament bei den gegebenen politischen Verhältnissen, wie sie etwa seit 1945 bis in die allerletzte Zeit bestanden haben, eine gegenüber der Regierung zweifellos untergeordnete Rolle gespielt hat. Die Entscheidungen sind in der Regierung, nicht einmal in der Regierung, sondern in einem kleineren Ausschuß, der sich sehr bedenklich am Rande der Verfassung bewegt hat, einem

Koalitionsausschuß zwischen den Führern der großen Parteien, der Interessenverbände getroffen worden, und die Regierung vielleicht noch, aber jedenfalls das Parlament, haben dann diese Beschlüsse vollzogen. Das gibt natürlich ein verfälschtes Bild der Verhältnisse, wie sie sein sollten, und als die politischen Verhältnisse nach der letzten Wahl sich verändert haben, sind sofort ganz ähnliche Probleme aufgetaucht, wie sie nun offenkundig Sie beschäftigen. Aus beiden Referaten sind mir zwei Gedanken so bedeutsam erschienen, Gedanken, zu denen ich in wenigen Worten bloß Stellung nehmen möchte, weil ich es für unmöglich und für unzweckmäßig halte, in wenigen Minuten Ihnen zu zeigen, wie die Rechtslage in Österreich ist, wie die tatsächlichen Verhältnisse sind, wie weit die tatsächlichen mit der Rechtslage übereinstimmen und wie und was man denn etwa ändern sollte. Es wäre Unfug, in wenigen Minuten darüber zu sprechen. Aus dem Referat von Dr. Helg hat mich besonders berührt, daß versucht werden soll, mit dem nun gegebenen Problem durch technische Mittel fertig zu werden. Ich glaube, den Versuch muß man gehen, man muß die alleräußersten Möglichkeiten hier erschöpfen, um ein Parlament arbeitsfähig zu machen, ihm die Möglichkeit zu geben, sich selbst eine Meinung zu bilden, Kontrollen auszuüben, aber auch seine eigentlichste Funktion auszuüben, die Gesetzgebung. Wir glauben, von unseren Verhältnissen aus gesehen, daß etwa der österreichische Nationalrat kaum wirklich in der Lage ist, sich über die Frage z.B. der Altersversicherung, der Bauernschaft, der Gestaltung des Wehrsystems usw. selbständig eine Meinung zu bilden. Und das ist doch von größter Bedenklichkeit. Wir müssen also auch bei uns, und das hat die ganz geringfügige Veränderung der politischen Situation völlig klar gemacht, diese technischen Mittel, um die Sie ringen, in ganz besonderem Maße zu schaffen versuchen. Manche der Dinge sind bei uns gelöst, wie ich etwa entnommen habe das Problem der Begutachtung von Gesetzesentwürfen, das offenbar bei Ihnen Schwierigkeiten macht, macht bei uns an sich

gar keine Schwierigkeiten, das ist die Regel bei den Organisationsgesetzen, jener Einrichtungen, denen ein Begutachtungsrecht eingeräumt ist. Prof. BÄUMLIN hat mir, ich muß sagen, aus einem andern Gesichtspunkt, sehr aus dem Herzen gesprochen. Ich bin mit einem meiner Vorredner völlig einer Meinung, daß die Verfassung durch Interpretation nicht aufgeweicht werden darf, daß man aus Demokratie nicht etwas anderes im Wege der Interpretation machen darf. Aber eine nun schon jahrzehntelange Erfahrung in der Verfassungsgerichtsbarkeit beweist mir täglich von neuem, daß die geheiligten Begriffe des politischen Lebens, ich nenne einige, Demokratie oder Bundesstaat, Rechtsstaat, das Problem etwa der Gewaltentrennung, der richterlichen Unabhängigkeit, daß diese, ich sage im politischen Leben, nun so sehr verankerten Begriffe allmählich erstarren und daß sie von Zeit zu Zeit auf das zurückgeführt werden müssen, was die Verfassung unter ihnen wirklich verstanden hat. Eine Verfassungsgerichtsbarkeit, wie wir sie in Österreich haben, lebt und fällt geradezu mit diesem Problem, daß man sich nicht damit begnügt, etwa mit einer jahrzehntelangen Rechtsprechung zum Gleichheitssatz oder zum bundesstaatlichen Prinzip, sondern daß man immer wieder den Dingen auf den Grund zu kommen versucht und dann zu jenen im Rahmen der Verfassung gegebenen Lösungen des einzelnen Falles fortschreitet. Ich glaube, das ist auch etwas, das man bedenken muß. Wir können nicht immer wieder das parlamentarische System so verstehen, wie es im Laufe der Jahrhunderte irgendwo ausgebildet worden ist, sondern wir müssen von der Verfassung ausgehen, die Dinge so sehen, wie sie eben der Verfassung entsprechen. Und da werden wir wahrscheinlich Wege zur Lösung auch dieser aktuellen Schwierigkeiten finden, die Sie genau so wie uns bedrücken. Ich sage wirklich, sie bedrücken uns sehr. Sie werden freilich, ich möchte sagen aus der Froschperspektive des täglichen politischen Lebens, in Österreich von den Politikern kaum gesehen, aber daß ein parlamentarisches System, in dem das Parlament sich nicht mehr selbst die

Meinung bildet, daß ein solches System aufs Höchste gefährdet ist, das ist, glaube ich, klar. Und wenn dieses parlamentarische System gefährdet ist, dann sehen wir darin eben eine große Gefährdung des demokratischen Systems überhaupt, weil wir nach unseren bisherigen Vorstellungen das demokratische Prinzip vom parlamentarischen noch nicht zu trennen gelernt haben. Das ist eine Aufgabe, die uns aufs tiefste bewegt. Wir hoffen sehr, daß Sie uns in diesen Fragen wieder einmal vorangehen, wir werden uns nicht scheuen, alles was wir gut finden an Ihren Lösungen, nachzuahmen.

Prof. Dr. Max Imboden, Basel:

Das Wort «Kontrolle» steht in Gefahr, zu einer wenig spezifischen Bezeichnung, zu einer diffusen Umschreibung der staatsrechtlichen Mitwirkung zu werden. Ich kann mich als Jurist mit dieser drohenden Verwischung der Konturen nicht abfinden. Ja ich glaube, daß dabei nicht nur staatsrechtliche Kategorien, sondern auch politische Gegebenheiten verblassen. Zwei Unterscheidungen scheinen mir unerläßlich – bei allem Wissen darüber, daß (sich diese Differenzierungen nicht immer folgerichtig durchführen lassen, daß) es m.a.W. Vorgänge gibt, die im Lichte der begrifflichen Trennungen ein doppeltes Gesicht zeigen.

Einmal wird man in der Tätigkeit des Parlamentes zwischen Handeln in eigener letzter Verantwortung, zwischen Eigen-Entscheidung einerseits, und zwischen kritisch-prüfendem Nachvollzug, eben «Kontrolle» anderseits, unterscheiden müssen. Das wichtigste staatspolitische Postulat scheint mir darin zu liegen, vor allem die Kraft und die Möglichkeiten des Parlamentes zu eigener Entscheidung zu stärken. In der Eigenentscheidung liegt die Substanz der parlamentarischen Tätigkeit. In einer deutlichen Abstufung kommt die Kontrolle als zweites hinzu. Man scheint zu vergessen, daß der konkrete Fall, der im Parlament und im Volke zur Besinnung rief, nur wenig mit parlamentarischer Kontrolle zu tun hatte. Von einer eigenen Entscheidung der

Bundesversammlung hat sich vielmehr nachträglich herausgestellt, daß sie auf ungenügender Information beruhte.

Man könnte von der im Bunde beschlossenen «Verwaltungskontrolle» sagen, sie sei deshalb so bedeutungsvoll, weil sie – entgegen ihrem Namen – mehr bringt als eine bloße Verbesserung der Kontrolltätigkeit. Die Instrumente des Parlamentes zur eigenen Entscheidung wurden verbessert. Die Informationsmöglichkeiten wurden erweitert.

Freilich wird man sich darüber Rechenschaft geben müssen, daß manches noch bloßes Programm ist. Der Aufbau des Dokumentationsdienstes, die systematische Gestaltung der parlamentarischen Hilfsdienste steht erst noch bevor. Davon, wie diese Aufgabe gelöst wird, hängt nicht weniger ab als von der beschlossenen Gesetzesrevision.

Ein wichtiges Mittel, das die Entscheidungskraft des Parlamentes zu stärken vermöchte, bleibt freilich noch immer ungenügend ausgenützt: ich meine die vermehrte Bestellung ständiger, möglichst fachkundiger parlamentarischer Kommissionen. Wir haben – um nur diese zwei Beispiele zu nennen – keine Verfassungskommission, die die zahlreichen, sich immer wieder stellenden konstitutionellen Fragen mit Konstanz und Autorität prüft. Wir haben keine Kommission für Forschung und Wissenschaft, obwohl die Vorlagen, die diesen Bereich berühren, immer häufiger werden. Dafür führt man im Bunde als Relikt des 19. Jahrhunderts eine Kommission für die Eisenbahnkonzessionen fort, und zwar neben der Bundesbahnkommission. Unverkennbar begegnet man in der Bundesversammlung den ständigen Kommissionen mit einem gewissen Mißtrauen. Man möchte jeden Parlamentarier überall zu Hause sehen; man möchte dem Fachmann in den eigenen Reihen nicht eine zu weite Entfaltung geben. So denkt das nämliche Parlament, das sich auf der anderen Seite immer wieder überfordert sieht. Dieser Widerspruch zeigt, wie sehr unser Parlament Mühe hat, seine neue Rolle in einer technisierten Welt und in einem hoch entwickelten spezialisierten Verwaltungsstaat zu finden.

In den Bereich eigener Entscheidung des Parlamentes fällt immer noch, ja ich möchte sagen: Fällt nach wie vor die Gesetzgebung. Gewiß ist das Parlament auf die vorbereitende Arbeit und auf die ständige Hilfe von Verwaltung und Regierung angewiesen. Aber ihm obliegt der verantwortliche Entscheid. Seine Aufgabe ist etwas ganz anderes als Kontrolle. Und wo sie zur bloßen Kontrolle herabsinkt, da wird sich ernsthaft die Frage stellen müssen, ob nicht die zu erlassenden Rechtssätze richtigerweise in Verordnungsform zu kleiden seien. Ich meine im übrigen, daß unser Bundesparlament durchaus in der Lage ist, Gesetze aus eigener Verantwortung zu schaffen. Es wird diese Aufgabe um so besser erfüllen können, je mehr die Verwaltung die Möglichkeit konstruktiver Hilfe erkennt. Die Hilfe ist nicht dann erfolgreich, wenn sie erreicht, daß das Parlament eine vorbedachte Straße geht. Sie bewährt sich, wenn sie dazu beiträgt, eine Entscheidung möglichst bewußt zu vollziehen. Die Ausarbeitung von Alternativ-Vorschlägen ist eine wesentliche Methode, um beim Parlament den Raum bewußten Entscheidens zu erweitern. Wie konstruktiv dieser Weg ist, wie sehr er zu wirklich neuer Erkenntnis führen kann, zeigt sich gegenwärtig in der parlamentarischen Beratung des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Wir sind dem Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes dafür dankbar, daß er immer wieder neue Möglichkeiten prüfen und neue Alternativen entwickeln ließ. So besteht alle Gewähr, daß ein wirklicher Schritt nach vorwärts getan werden kann.

Wo aber das Parlament im technischen Sinne auf Kontrolle, d.h. auf nachvollziehende Prüfung beschränkt bleibt, wird eine wesentliche Unterscheidung zu machen sein: Die Kontrolle im Einzelfall, die Überprüfung konkreter Verwaltungsgeschäfte, ist etwas anderes als die Kontrolle allgemeiner Zielsetzungen. Die Einzelfall-Kontrolle kann nur in extremis, nur in ganz besonderen Fällen, Sache des Parlamentes sein. Sie ist vor allem dem Verwaltungsrichter und besonderen verwaltungsinternen Kontrollinstanzen anzu-

vertrauen. Hingegen hat das Parlament allen Anlaß, sich vermehrt der Kontrolle des Allgemeinen zuzuwenden. Die von der Regierung erlassenen Verordnungen und die generellen Dienstanweisungen der Verwaltung sollten laufend gesichtet und geprüft werden. Das geschieht heute nicht. Dabei kann es aber um so weniger bleiben, als die Verordnungen aufs engste den Bereich der parlamentarischen Gesetzgebung berühren. Oft erhält das Gesetz erst durch die Verordnung konkrete Gestalt. Der Gesetzgeber muß sich daher der inneren Übereinstimmung der Zielsetzungen vergewissern.

Es gilt für die Befugnisse des Parlamentes letztlich das gleiche wie für die Rechte des Volkes. Wir dürfen diese Befugnisse nicht verbreitern; wir müssen sie im Gegenteil auf das Wesentliche beschränken. Dieses Wesentliche aber soll das Parlament kraftvoll und im Bewußtsein seiner vollen Verantwortung tun.

M. André Archinard, docteur en droit, Genève:

Je désire présenter une observation au sujet de l'art. 41 du Règlement du Conseil national, du 2 octobre 1962 (R. O. 1962, p. 1367), que M. le professeur Bäumlin a mentionné dans son beau rapport (p. 293).

Aux termes de cette disposition, «tout député peut demander des explications au Conseil fédéral sur n'importe quelle affaire concernant la Confédération, soit en usant du droit d'interpellation, soit en posant une petite question».

Mais, résulte-t-il de ce texte que le Conseil fédéral est tenu de répondre systématiquement et sans exception à toutes les interpellations développées et petites questions posées par des députés au Conseil national au sujet des affaires concernant la Confédération?

En Grande-Bretagne, à la Chambre des communes, le gouvernement se refuse souvent à fournir des informations que des parlementaires l'invitent à donner. Lorsqu'il estime qu'un renseignement émanant de lui pourrait avoir des con-

séquences fâcheuses, il se borne à déclarer que le gouvernement de Sa Majesté n'estime pas opportun de répondre à la question posée. On semble donc admettre, en Grande-Bretagne, que le pouvoir exécutif peut refuser de satisfaire la curiosité des parlementaires lorsque l'intérêt général est en jeu.

En 1926, à la Chambre française, on exprima le désir de connaître le taux auquel le franc serait stabilisé. Raymond Poincaré, premier ministre et ministre des finances, opposa une fin de non-recevoir absolue à la question posée, en faisant valoir que toute indication quelconque à ce sujet déchaînerait la spéculation internationale. Son refus fut sans autre admis.

Qu'en est-il en Suisse? Je pense que le Conseil fédéral n'est pas tenu de répondre à une interpellation ou à une petite question lorsque sa réponse serait susceptible de compromettre l'intérêt général. Dans un tel cas son silence est même de rigueur.

Mais l'intérêt général n'est pas toujours en cause. L'intérêt d'une personne déterminée peut aussi être en jeu. Je pense qu'un gouvernement cantonal non seulement peut mais doit refuser de fournir certaines informations. Il doit, par exemple, opposer une fin de non-recevoir à une interpellation ou à une question l'invitant à dire si un permis de liquidation totale ou partielle a été refusé à tel ou tel négociant. Il ne doit pas indiquer s'il a pris ou non des mesures administratives répressives à l'égard de tel ou tel fabricant, ni mentionner les noms des dénonciateurs éventuels. Il ne doit pas révéler non plus que telle ou telle personne a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion.

Les psychologues ont forgé l'adage «Maxima reverentia puero debetur». Les juristes ne peuvent-ils pas forger, à leur tour, à l'intention des différents pouvoirs de l'Etat, l'adage «Maxima reverentia civi debetur»? D'autre part, le droit et même l'obligation pour le pouvoir exécutif de garder le silence dans des éventualités de ce genre ne procèdent-ils pas du principe de la séparation des pouvoirs?

Minister Robert Kohli, Bern:

Unser französischsprachiger Herr Referent hat in seinem Exposé mit Recht zu der neuen Bestimmung des Geschäftsverkehrsgesetzes, wonach eine parlamentarische Untersuchungskommission die förmliche Zeugeneinvernahme anordnen kann, einige Fragezeichen gesetzt. Ich möchte diesen Punkt noch etwas einläßlicher behandeln.

Man ist sich in Doktrin und Praxis darüber einig, daß die Verantwortung des Bundesrates gegenüber der Bundesversammlung eine politische Verantwortung ist. Die eidgenössischen Räte können die Geschäftsführung des Bundesrates kritisieren; sie können – wie im «Mirage»-Fall – die Kredite kürzen oder ihre Benützung an gewisse Bedingungen knüpfen; sie können auch die nach ihrer Meinung sich aufdrängenden gesetzgeberischen Maßnahmen treffen – die Novelle zum Geschäftsverkehrsgesetz ist ein Beispiel hiefür – oder sie können durch Motionen dem Bundesrat verbindliche Weisungen erteilen.

Immer aber ist das Ergebnis der parlamentarischen Oberaufsicht ein politischer Entscheid und nie ein Gerichtsurteil.

Das wird auch nicht anders sein für das Ergebnis, zu dem die Tätigkeit einer parlamentarischen Untersuchungskommission führen kann. Die Einsetzung einer solchen Untersuchungskommission ist für «Vorkommnisse von großer Tragweite» vorgesehen. Was das heißt, haben wir im «Mirage»-Fall gesehen. Man wird m.a.W. damit zu rechnen haben, daß im Zeitpunkt der Einsetzung einer parlamentarischen Untersuchungskommission und bis mindestens zum Abschluß ihrer Tätigkeit in unserem öffentlichen Leben eine erhebliche politische Spannung herrschen wird.

Erscheint es nun wirklich angezeigt, für den Fall einer solchen politischen Situation eine parlamentarische Untersuchungskommission mit dem Recht auszustatten, «förmliche Zeugeneinvernahmen», unter Strafandrohung für die Verweigerung der Aussage als Zeuge oder der Herausgabe

von Akten, anzuordnen? «Jedermann», d.h. jeder Schweizerbürger, unter Umständen auch ein Ausländer, ist zur Ablegung des Zeugnisses verpflichtet, wenn die Untersuchungskommission für gut findet, ihn vorzuladen.

Gewiß, die förmliche Zeugeneinvernahme soll, um mit Art. 60 des Geschäftsverkehrsgesetzes zu sprechen, dann angeordnet werden, «wenn sich ein Sachverhalt auf andere Weise nicht hinreichend abklären» läßt. Das öffentliche Interesse an einer solchen Abklärung soll nicht in Abrede gestellt werden. Auf der andern Seite wird man aber doch auch auf das Persönlichkeitsinteresse der als Zeugen geladenen Personen die gebührende Rücksicht nehmen müssen. Wir haben nur die eine Erfahrung, diejenige mit der Untersuchungskommission, die die Angelegenheit der Beschaffung der Mirage-Flugzeuge zu behandeln hatte. Aus der Atmosphäre, die damals herrschte, wird man nicht den Schluß ziehen dürfen, daß in derartigen politischen Untersuchungen die Abgeklärtheit und Objektivität gegenüber jeder Auskunftsperson und jedem Zeugen herrschen würde, wie sie etwa das Forum von Mon-Repos auszeichnet. Wir können uns auch überhaupt noch keine Vorstellung darüber machen, unter welchen politischen Umständen und über welchen Gegenstand je wieder eine parlamentarische Untersuchungskommission eingesetzt werden müßte. Eines ist aber sicher: Wer je vor eine solche Kommission geladen werden wird, der wird im Scheinwerferlicht der öffentlichen Diskussion und der je nach der politischen Richtung differenziert berichterstattenden Presse stehen!

Man wird mir entgegenhalten, daß die Zeugnispflicht doch für jeden Zivilprozeß besteht, wo es nur um die Durchsetzung privater Ansprüche geht. Warum also nicht auch im parlamentarischen Untersuchungsverfahren? Das ist richtig, aber für die Frage, um die es mir geht, nicht schlüssig. Im Zivilprozeß hat man es mit einem gerichtlichen Verfahren zu tun, hier aber mit einem politischen. Viel eher könnte man, was die Folgen für die Zeugen anbetrifft, gewisse Schauprozesse – ich denke hier natürlich keineswegs an Länder außerhalb

unseres europäischen und amerikanischen Kulturkreises – zum Vergleich heranziehen.

Es liegt mir fern, den Redaktoren der Novelle zum Geschäftsverkehrsgesetz irgendwelche dunkle Absichten unterzuschieben. Aber die Ansätze zu einer unerwünschten Entwicklung sind gegeben; die rechtlichen Mittel liegen verwendungsbereit vor. Unsere Hoffnung bleibt, daß von einem so zweischneidigen Instrument wie die Zeugnispflicht unter Strafandrohung vor einem politischen Forum nie ein Gebrauch gemacht werde, der mit unserer Tradition der Achtung vor den Persönlichkeitswerten in Widerspruch geraten würde.

Dr. Hans Georg Lüchinger, Rechtsanwalt, Zürich:

Ich möchte einige Gedanken anbringen, die mehr staatspolitischer Art sind, bin ich doch vor allem von der politischen Seite her an dieses Problem herangekommen.

1. Ich halte es für sehr verdienstvoll, daß der deutschsprachige Referent das Problem grundsätzlich, und zwar von der Demokratie her angegangen ist. Ich glaube persönlich allerdings, daß man dabei von einer teleologischen Betrachtung der Demokratie ausgehen sollte. Was ist Sinn und Zweck der Demokratie? Das ist für mich immer noch die Freiheit der größtmöglichen Zahl von Bürgern, die dadurch erreicht wird, daß die staatliche Tätigkeit nach dem Willen der Mehrzahl ausgerichtet wird.

2. Leider sind heute die Probleme, denen der Staat gegenübersteht, so kompliziert und vielschichtig geworden, daß es vielen Bürgern unmöglich geworden ist, Einzelfragen sachlich fundiert zu beurteilen und zu einer persönlichen Entscheidung zu gelangen. Das hat zu einer Gewichtsverlagerung von der direkten zur repräsentativen Demokratie geführt. Der Parlamentarier als spezialisierter und sachlich besser fundierter Volksvertreter muß an die Stelle des Bürgers treten. Das erhöht aber die Aufgaben und vor allem die Verantwortung des Parlamentes. Um dieser erhöhten Verant-

wortung gerecht zu werden, bedarf das Parlament der Stärkung und des Ausbaus.

3. Ich bedaure, daß in der politischen Diskussion der letzten zwei Jahre nur immer wieder von der Verbesserung der Verwaltungskontrolle die Rede war. Es hätte richtigerweise von der Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Parlamentes im allgemeinen gesprochen werden müssen. Denn das eidg. Parlament ist auch seinen gesetzgeberischen Aufgaben nicht mehr gewachsen. Der Kern der Problematik liegt in der Überforderung, in der Zeitnot der Parlamentarier, in der physischen Unmöglichkeit, neben der privaten beruflichen Tätigkeit die parlamentarischen Aufgaben mit derjenigen Sorgfalt zu meistern, die notwendig wäre. Mit einer Verstärkung der Kontrollkompetenzen des Parlamentes ist dieses zentrale Problem nicht gelöst. Im Gegenteil. Will der Parlamentarier von seinen zusätzlichen Kontrollkompetenzen Gebrauch machen, so braucht er mehr Zeit.

Eine allgemeine Ausrichtung der ganzen Diskussion hätte uns auch die ganze, praktisch doch eher unfruchtbare Diskussion um die Gewaltentrennung ersparen können. Wir brauchen nämlich eine Verstärkung der Funktionsfähigkeit und der Arbeitskapazität sowohl der Legislative wie der Exekutive. Beide sind durch die Vielfalt und Komplexität moderner Aufgaben und Probleme überfordert.

4. Weil das Kernproblem m.E. in der Zeitnot der Parlamentarier liegt, betrachte ich die parlamentarischen Hilfsdienste als das Entscheidende. Ich begrüße es daher, daß Staatsrat Helg für eine weitere Ausdehnung dieser Hilfsdienste plädiert, einerseits durch eine Erweiterung der Aufgaben und Kompetenzen des Sekretariates der Geschäftsprüfungskommission, andererseits durch fraktionsgebundene Hilfsdienste. Ich bin der Meinung, daß es nach dem Wortlaut des neuen Geschäftsverkehrsgesetzes möglich sein sollte, diese Ziele auch heute noch zu erreichen, ist doch im Gesetz vorgesehen, daß die Aufgaben des Sekretärs der Geschäftsprüfungskommission wie auch des zentralen Doku-

mentationsdienstes durch einen einfachen Bundesbeschluß geregelt werden. Ich möchte mit der Frage an Herrn Staatsrat Helg schließen, ob er ebenfalls der Meinung ist, daß seine Postulate betreffend erweiterte Hilfsdienste im Rahmen der noch zu fassenden einfachen Bundesbeschlüsse erfüllt werden können.

Dr. Konrad Keller, Rechtskonsulent, Zürich:

Das zürcherische Gemeindegesetz stellt politischen Gemeinden mit über 5000 Einwohnern die Form der Organisation mit Großem Gemeinderat zur Verfügung. Danach verteilen sich die Befugnisse auf die Stimmberechtigten, den Großen Gemeinderat und den Gemeinderat, das letztere Organ wird in den Städten Zürich und Winterthur Stadtrat genannt. Der Große Gemeinderat kann als Gemeindeparlament bezeichnet werden. Es erheben sich auch in diesem kommunalen Rahmen Fragen der Kontrolle des Gemeindeparlaments über die Exekutive. In der Stadt Zürich sind sie in den vergangenen Jahren akut geworden. Sie werden auch bei der gegenwärtig vor dem Gemeinderat liegenden Vorlage des Stadtrates auf Vornahme einer Gesamtrevision der Stadtverfassung zweifellos zu lebhaften Diskussionen führen. Es dürfte angezeigt sein, im Hinblick auf die in einer Stadt entstehenden Probleme der Kontrolle der Exekutivbehörde und des Verwaltungsapparates einige Bemerkungen anzubringen.

Wir dürfen Herrn Prof. Dr. Bäumlin sicherlich dankbar sein, daß er die Forderung nach einer Befreiung von der Vorstellung gewisser Verfassungsmodelle erhebt und mit Nachdruck den Akzent auf eine Zusammenarbeit der verschiedenen Organe legt. Anderseits glaube ich, daß der Grundsatz der Gewaltentrennung doch zu stark zurückgedrängt wird und der Begriff der Kontrolle eine Ausdehnung bis an die Grenze der Verschwommenheit erfährt. Ich möchte diese Ansicht gerade am kommunalen Beispiel erläutern.

Die Kontrolle der richterlichen Tätigkeit scheidet auf

kommunalem Boden praktisch aus. Von ihr könnte man höchstens im Rahmen der Bußenpraxis bei Übertretungstatbeständen reden, und da würde es sich darum handeln, daß das Gemeindeparlament rügen kann, ob auf bestimmten Gebieten zu häufig oder zu wenig gebüßt werde. In den Einzelfall dürfte sich aber der Große Gemeinderat bestimmt nicht einmischen. Soweit ist der Grundsatz der Gewaltentrennung, wie mir scheint, ganz allgemein unangefochten. Heikel aber wird es bei der Kontrolle der Exekutive und des Verwaltungsapparates. Hier sind drei Bereiche zu unterscheiden: a) der Verwaltungsakt, mit welchem Rechtsbeziehungen zwischen einem Bürger und dem Gemeinwesen fixiert werden, b) die Vorbereitung oder der Erlaß von Rechts- und Verwaltungsverordnungen und schließlich c) die Erfüllung allgemeiner Verwaltungsaufgaben (Bau von Straßen, Schulhäusern, Verwaltungsgebäuden usw.).

Zu a): Soweit ein Verwaltungsakt Rechtsbeziehungen zwischen dem Bürger und dem Gemeinwesen ordnet, stehen der Weiterzug an die höheren Instanzen und allenfalls das verwaltungsgerichtliche Verfahren offen. Auch hier ist eine Einmischung durch das Gemeindeparlament strikte abzulehnen. Man muß sich nur einmal ausmalen, was herausschauen würde, wenn sich Mitglieder des Gemeindeparlamentes mit der Erteilung oder Verweigerung von Baubewilligungen, etwa bei Hochhäusern, oder mit Polizeierlaubnissen für die Ausübung des Taxigewerbes befassen würden. Ein allfälliges grundsätzliches Mißtrauen gegen die Verwaltung kann höchstens dazu führen, daß man im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Generalklausel einführt und damit dem Bürger in allen Fällen von Verwaltungsakten den Rechtsweg an das Verwaltungsgericht öffnet.

Zu b): Bei der Vorbereitung oder beim Erlaß von Rechts- und Verwaltungsverordnungen möchte ich ein Beispiel herausgreifen. Der zürcherische Gemeinderat ist zum Erlaß einer Bauordnung kompetent. Bauordnungen können be-

kanntlich recht weitgehend in die Eigentumsrechte von Privaten eingreifen. Sie sind aber auch für das Gemeinwesen und seine bauliche Entwicklung von enormer Bedeutung, man denke nur an die Schaffung von Freihaltezonen. Eine solche Rechtsverordnung muß selbstverständlich von der Verwaltung sorgfältig vorbereitet werden. Bei der Schaffung von Freihaltegebieten spielen der kommunale Besitz und die kommunale Bodenpolitik eine erhebliche Rolle. Vielfach ergeben sich auch bei der Abgrenzung der verschiedenen Wohnzonen heikle Fragen; auch hier kann das private Eigentum der Gemeinde bei Entscheidungen mit im Spiele sein. Wie werden nun diese Probleme von der Verwaltung angepackt und wie wird zu ihnen im Gemeindeparlament Stellung bezogen? Die Verwaltung muß sich nach den allgemeinen Interessen richten und in der Mehrzahl der Fälle wird sie sich auch an diese Beurteilungsmaxime halten. Sie hat auch genaue Kenntnis darüber, was im kommunalen Eigentum steht und was gegebenenfalls mit diesem Besitz geplant ist. Wichtig ist nun, daß die Beamten der Schweigepflicht unterstehen und daher über die Besitzesverhältnisse und die kommunalen Absichten grundsätzlich keine Auskunft geben dürfen. Wie treten aber die Mitglieder des Gemeindeparlaments an die Sache heran? Sie sind keiner Schweigepflicht unterworfen. Bei einzelnen Mitgliedern können die verschiedensten privaten Interessen zur Geltung kommen. Es sind auch nicht alle Parlamentsangehörigen Engel. Wird nun bei der Behandlung einer Bauordnung mit dem dazu gehörenden Zonenplan über allen kommunalen Besitz und alle Absichten der Verwaltung in aller Öffentlichkeit Aufschluß erteilt, so besteht die Gefahr, daß die nach dem Allgemeininteresse sich auszurichtende Bodenpolitik der Verwaltung durchkreuzt wird. Das kann vor allem durch Leute geschehen, die im Parlament sitzen und irgendwie mit dem Liegenschaftengeschäft verbunden sind. Man könnte zwar einwenden, wer ein Interesse glaubhaft mache, könne gemäß Art. 970 ZGB und Art. 105 der Grundbuchverordnung beim Grundbuchführer einen Auszug verlangen. Allein es

ist zunächst fraglich, ob der Grundbuchführer einer Person, die bestimmte wirtschaftliche Absichten verfolgt, Auskunft geben darf; ich verweise darauf, daß eine Kantonalbank nicht verlangen kann, daß ihr von allen Handänderungen Auszug erteilt wird (Bundesblatt 1913 II S.303). Selbst wenn aber die Praxis des Grundbuchführers large ist, braucht es viel Akribie, um eine Übersicht über allen kommunalen Besitz zu erhalten. Der Weg über die parlamentarische Beratung wäre weit bequemer und zielsicherer, wenn die Exekutive gehalten wäre, über alles und jedes offen Aufschluß zu geben. Dem Postulat der weitestgehenden Aufschlußpflicht der Verwaltung ist daher mit einer gewissen Skepsis zu begegnen. Um ein anders gelagertes Beispiel zu nennen: Die Einsichtnahme von Parlamentsangehörigen in die Unterschriftenbogen beim fakultativen Referendum kann leicht zu Mißbrauch führen. Ich glaube, daß aus der politischen Verantwortung einer gewissenhaften Exekutive heraus doch der Grundsatz der Trennung der Gewalten von einer bestimmten, allerdings schwer zu ziehenden Grenze an ins Spiel kommen muß. Die Maxime der engen Zusammenarbeit von Parlament und Exekutive wird von einem gewissen Punkte an fragwürdig.

Zu c): Bei der Erfüllung von allgemeinen Verwaltungsaufgaben spielt die Frage der direkten Auskunftspflicht des Beamten gegenüber dem Parlamentsmitglied eine große Rolle. Sie hat ja bekanntlich auf eidgenössischem Boden Anlaß zu erheblichen Auseinandersetzungen gegeben. Die differenzierte Lösung des revidierten Geschäftsverkehrsgesetzes ist bekannt. Auf kommunalem Boden kann sich eine extreme Regelung – nämlich die direkte Befragung des Beamten ohne Anhören der vorgesetzten Behörde – unerfreulich auswirken. Die Gefahr ist sehr groß, daß Beamte gegeneinander und vor allem gegenüber ihren vorgesetzten Regierungsmitgliedern ausgespielt werden. Als mittelbare Folge kann so etwas wie ein kleiner Kampf um die Autorität entstehen. Dabei geht es meistens nicht einmal so sehr um

Sachfragen – sie bilden selbstverständlich das Substrat der Auseinandersetzung – als vielmehr um außerhalb der reinen technischen Entscheidung liegende Wertentscheide. Solche Wertentscheide gehören aber ganz bestimmt in die Befugnis der politisch verantwortlichen Instanz. Daher bin ich sehr skeptisch gegen die Einführung eines direkten Befragungsrechtes der Beamten durch die parlamentarischen Kommissionen ohne vorgängige Zustimmung der Behörde. Ich könnte hier mit Beispielen aufwarten, wo gelegentlich einfach die Ansicht des Beamten benützt wird, um gegen das Behördemitglied ins Feld zu ziehen. Es muß daher sehr sorgfältig abgewogen werden, welche Mittel man für die parlamentarische Kontrolle auf der kommunalen Ebene einsetzen will. Herr Prof. Dr. Eichenberger hat sicher recht, wenn er in seinem Artikel in der NZZ vom 16. September 1966 bemerkt, das Kontrollproblem stelle sich auf kantonalem und kommunalem Boden in jedesmal veränderter Form, man dürfe nicht leicht auf die kleinern Gemeinwesen übertragen, was dem Bunde fromme.

Zum Schluß erlaube ich mir noch eine Bemerkung. Ebenso wichtig wie die parlamentarische Kontrolle scheint mir die Förderung der Kenntnisse des Verwaltungsrechts bei Behördemitgliedern und Beamten zu sein. Man muß oft nur staunen, welche Lücken gelegentlich selbst bei ausgebildeten Juristen anzutreffen sind, Lücken, die oft statt durch ein sorgfältiges Studium des einzelnen Problems mit Schneid ausgefüllt werden. Der Förderung der Kenntnis des Verwaltungsrechts ist m.E. volle Beachtung zu schenken.

Prof. Dr. Richard Bäumlin (Schlußwort des Berichterstatters in deutscher Sprache):

Ich möchte allen, die sich an der Diskussion beteiligt haben, für ihre Anregungen und für weiterführende Kritik danken. Nur noch ganz kurz kann ich mich zu einigen Punkten äußern.

Herr Dr. Reber hat den Gedanken der Wechselseitigkeit

in den Kontrollvorgängen abgelehnt. Nun finde ich es sehr schön und wichtig, wenn von Kollegen, die mit der aktiven Politik aus persönlicher Parlamentserfahrung vertraut sind, jetzt besonders die vom Parlament ausgehende Kontrolle und nur sie betont wird. Oft hat man freilich aber eben den Eindruck, es gebe in der politischen Realität nur die politische Kontrolle des Bundesrates gegenüber dem Parlament. Wenn nun die andere, theoretisch geläufige, praktisch indessen doch oft recht schwache Komponente hervorgehoben wird, ist das sehr wichtig. Allerdings möchte ich annehmen, es habe doch einiges für sich, den Gedanken der Wechselseitigkeit der Kontrolle in der Demokratie weiterhin zu vertreten. Es ist nämlich m.E. unrichtig – dasselbe hat übrigens im letzten Jahrhundert schon Bundesrat Dubs angenommen – anzunehmen, Kontrollvorgänge gehörten zu einer scharfen hierarchischen Struktur, innerhalb derer sie dann einseitig von oben nach unten verliefen. Die Vorstellung einer solchen Struktur beruht doch auf einem absolutistischen Ordnungsmodell. Von diesem aus kommt man dann etwa zum Bilde eines absoluten Monarchen, der alles wisse und seine Willensvollstrecker habe, denen er ständig auf die Finger sehen müsse. Demokratische Kontrolle dagegen ist etwas Dialogisches, wir dürfen ruhig sagen: etwas Partnerschaftliches. Da stehen verschiedene Organe nebeneinander und kommen miteinander ins Gespräch. Von da aus gelangt man dann aber eben auch dazu, von Teilaufgaben der verschiedenen Organe bei der Wahrnehmung einer Gesamtaufgabe zu sprechen. Im gedruckten Referat habe ich versucht, dies zu erläutern, wenn auch ziemlich knapp. Gewiß dürfen die verschiedenen, je besonderen Verantwortlichkeiten nicht einfach verwischt werden. Das ist in der Tat ein wichtiges praktisches Problem. Es muß darum gehen, eine nähere Differenzierung der verschiedenen – wenn auch insgesamt auf eine Aufgabe bezogenen – Teilaufgaben anzustreben. Denkt man dagegen vom traditionellen Trennungs-Schema aus, ist die Gefahr groß, daß wirksame Kontrolle überhaupt nicht wahrgenommen wird. Man kann dann auch allzuleicht

der Versuchung verfallen, der Verantwortung auszuweichen. Denken wir etwa an das Beispiel der Parlamentskommissionen, die mit Bundesrat und Bundesverwaltung zu tun haben. Oft können nur gerade die Kommissionen rechtzeitig eine mitgestaltende Kontrolle ausüben. Dabei werden sie freilich irgendwie solidarisch mit dem Bundesrat. Wenn sie das scheuen und sich hinter einem dogmatisch erstarrten Funktionsschema verstecken, ist die Gelegenheit für eine wirksame Kontrolle von seiten des Parlaments u. U. endgültig vorbei.

Wir dürfen sodann nicht – und das möchte ich besonders Herrn Kollege Siegenthaler entgegnen – allzu formallogisch von der «Letztinstanzlichkeit» aus denken. Geht nicht auch die Idee der Letztinstanzlichkeit schließlich auf ein im Grunde absolutistisches Ordnungsmodell zurück? Ich glaube, daß wir von hier aus nicht weiter kommen. Gewiß geht es mir nicht darum, Normen der Verfassung zu relativieren. Hingegen möchte ich gewisse verhärtete Dogmen in Frage stellen. Das ist in der Tat nötig, um zu praktischen und also nicht letztlich bloß theoretisch-spekulativen Fragestellungen vorzurücken. Wir dürfen die Verfassung nicht so interpretieren, daß wir ihr ein logisch geschlossenes System von theoretischen Aussagen zugrunde legen. Die Verfassung ist «etwas Praktisches», ein sinnvoll geordnetes Gefüge praktischer Regeln. Da ist jeder Dogmatismus bedenklich. Herrn Professor Antoniolli bin ich für die Bestätigung, die er mir zu diesem Punkt ausgesprochen hat, besonders dankbar.

Nun zur Frage «Gesetzgebungsvorgänge und Kontrolle»! Wenn ich recht sehe, stehen die Ausführungen des Herrn Kollegen Imboden sachlich betrachtet doch nicht allzusehr im Gegensatz zu meinen Thesen. Handelt es sich bei unseren Differenzen letztlich nicht – wenigstens zum Teil – um terminologische Fragen? Terminologische Streitigkeiten wären aber nicht fruchtbar. Ich habe betont, auch im Gesetzgebungsverfahren seien wechselseitige Kontrollvorgänge festzustellen, wobei «Kontrolle» in einem prospektiven Ver-

stand gemeint ist. Ob man den Anteil der Bundesversammlung an der Gesetzgebung als Kontrolle besonderer Art betrachte oder nicht, ist schließlich eine terminologische Frage. Wichtig scheint es mir aber zu sein, daß wir die Phänomene des Gesetzgebungsverfahrens einerseits und die der «Oberaufsicht» i.e.S. andererseits einander nicht scharf antithetisch gegenüberstellen.

Herr Kollege Eichenberger ist darauf zu sprechen gekommen, wie sehr die Funktionen des Parlaments und der Exekutive etwa bei der Planung aufeinander angewiesen und ineinander verflochten sind. Jedenfalls wollen wir uns doch nicht an einem romantisierenden Bild des Parlaments orientieren, das *a tabula rasa* handle. Ist es nicht realitätsgerechter und für gute Fragestellungen nützlicher, wenn wir davon ausgehen, daß das Parlament selbst im Gesetzgebungsverfahren weitgehend zunächst von dem ausgehen muß, was Regierung und Verwaltung vorbereitend schon geleistet haben, um dann zu kontrollieren, zu modifizieren und zu beschließen. Sicher ist der Beschluß, der der Bundesversammlung zusteht, wichtig. Ohne die Sanktion von seiten des Parlaments kommt im Gesetzgebungsverfahren nichts rechtswirksam zustande. Doch wäre es ein dezisionistisches Denken, wenn man nur gerade auf diesen letzten Akt abstellen würde. Mindestens ebensowichtig ist doch die Inhaltsgebung. Da sind z.B. schwierige Konkordanzprobleme zu lösen, und hierbei muß gerade auch die Regierung beteiligt sein. Eben deshalb ist die Aufgabe der Bundesversammlung im Gesetzgebungsverfahren eine Teilfunktion, allerdings eine sehr wichtige.

Was haben wir von der Idee des Herrn Kollegen Imboden zu halten, der Bundesrat habe im Vorbereitungsverfahren der Gesetzgebung ein Bündel von Alternativen ausarbeiten zu lassen, um so der Bundesversammlung möglichst freie Hand zu lassen? Soll sich die Regierung wirklich darauf beschränken, Alternativvorschläge vor dem Parlament auszubreiten? Nein, so geht es wohl nicht, und das Beispiel der Revision von Vorschriften über Normen betreffend die Verwal-

tungsrechtspflege ist kaum typisch! Zumeist geht es bei der Gesetzgebung darum, einen vernünftigen Ausgleich der verschiedenen Interessen herzustellen. Und da kann es sich nicht darum handeln, eine Musterkarte von Alternativvorschlägen auszubreiten, die ja dann alle bloß Extremlösungen, jedenfalls nie optimale Konkordanzlösungen enthalten könnten. Regierung und Verwaltung haben im Vorbereitungsverfahren die verschiedenen Interessen auszugleichen, die oft alle irgendwie berechtigt sind. Zuweilen müssen auch einander widerstreitende Verwaltungstendenzen integriert werden. Wo kämen wir hin, wenn sich die Regierung im Vorbereitungsverfahren nicht gerade auch solcher Aufgaben annehmen wollte!

Mit Herrn Dr. Lüchinger bin ich der Auffassung, daß Leitbilder in der Staatslehre ihren Sinn haben und daß wir auch ein Leitbild der Demokratie brauchen, wenngleich sich aus diesem verfassungsrechtliche Lösungen nicht deduzieren lassen. Das Identitätsmodell der Demokratie ist aber jedenfalls ein gefährliches Bild, ist es doch gerade das Denkmodell der totalitären Staaten. Nein, vom Identitätsschema aus kommen wir nicht zu einem guten und glaubwürdigen Leitbild der Demokratie! Ganz unjuristisch formuliert könnte man sagen, die Grundfrage der Demokratie laute nicht: «Wie herrschen wir einheitlich, als die miteinander Identischen?» – das wäre zu totalitär und auch reichlich sentimental –, sondern vielmehr wie folgt: «wie kommen wir zusammen, d.h. in gemeinsamer Anstrengung, wenn auch je an unserem besonderen Ort, auf vernünftige Weise immer wieder miteinander aus, obschon wir nicht identisch sind und auch nicht im Sinne haben, es jemals zu werden?»

Die Diskussion hat jedenfalls u.a. gezeigt, wie differenziert das Instrumentarium der Parlamentskontrolle gestaltet sein muß, damit den je nötigen Teilaufgaben der Regierung und der Verwaltung einerseits und des Parlaments andererseits Rechnung getragen werden kann. Das werden wir auch gegenüber dem heute etwa zu vernehmenden Ruf nach eindeutigen, scharf profilierten politischen Strukturen

in Erinnerung behalten müssen. Das Modell des «demokratischen Zentralismus» im Sinne der marxistischen Staatsideologie erfüllt diese Forderung nach Klarheit maximal. Aber geht es den Juristen und den Politikern in der Demokratie um diese scharfe, endgültige Klarheit? Ich möchte in diesem Zusammenhang einen Gedanken Rudolf von Jherings zitieren, einen Satz, auf den ich kürzlich bei vergnüglicher Abendlektüre gestoßen bin. Rudolf von Jhering, unter den großen Juristen der Vergangenheit nicht der kleinste, hat einmal vom «Mute der Inkonsequenz» gesprochen, «welche sowohl im Handeln wie im Denken das unterscheidende Merkmal aller gesunden von den ungesunden Naturen bildet». Eindeutig und starr sind die Herrschaftsstrukturen, wie gesagt, im totalitären und absolutistischen Staat. Die Demokratie erheischt differenzierte und komplizierte Formen des dialektischen Wechselspiels verschiedener politischer Faktoren und Organe. Das macht den demokratischen Regierungsprozeß unvermeidlicherweise zum Teil unübersichtlich. Es entwindet sich dieser oft der eindeutigen Bestimmung. Das müßten wir indessen auf uns nehmen, sowohl als Praktiker wie auch als Theoretiker und nicht zuletzt damit, daß wir das wirklich auf uns nehmen und durchstehen, die Chancen der Demokratie in die Zukunft hinein vermehren.

M. René Helg, rapporteur de langue française,
conclut en ces termes:

Parmi les questions soulevées au cours des débats, je laisserai de côté celle concernant le pouvoir conféré aux commissions parlementaires d'entendre des fonctionnaires contre le gré du Conseil fédéral. La plupart des interventions que nous avons entendues ce jour sur cette question sont, en effet, des critiques qui viennent à l'appui des réserves que j'ai formulées.

J'ai suggéré dans mon rapport la consultation de commissions parlementaires permanentes avant le dépôt de projets

importants. Cette suggestion a été combattue brièvement par M. Reber et surtout par M. Louis Guisan, conseiller aux Etats, qui y voit, d'une part, une atteinte à la liberté de décision des Chambres et, d'autre part, une certaine démission du pouvoir exécutif. Comme je l'ai indiqué dans mon rapport, j'avais essentiellement en vue la consultation préalable de commissions parlementaires en matière économique. Un plan établi avec le concours de toutes les forces économiques du pays forme un tout qu'il est difficile de modifier sans le déséquilibrer. Le parlement se trouvant presque devant un fait accompli n'est-il pas indiqué de lui permettre d'intervenir dans la phase de l'élaboration plutôt que de lui laisser le rôle de chambre d'enregistrement? Je reconnais volontiers que la question est délicate et que les objections formulées ont toute leur valeur. Je pense cependant que dans certaines situations, ce n'est pas affaiblir mais renforcer le parlement que de lui donner le pouvoir d'intervenir par le truchement de ses commissions parlementaires avant le dépôt d'un projet. Bien que cela ne soit pas prévu par des textes, rien ne s'y oppose. D'ailleurs, selon les références que j'ai données, c'est ainsi que cela se passe parfois avec certains projets importants concernant la défense nationale: la commission militaire est préalablement consultée.

En France, par exemple, les commissions parlementaires sont consultées avant le dépôt d'un plan en matière économique.

J'avais, en outre, suggéré, d'une part, la mise à disposition de secrétaires par fraction ou mieux par groupe de parlementaires ayant les mêmes affinités politiques et, d'autre part, la création d'un secrétariat élargi pour les commissions de gestion. Me Lüchinger, de Zurich, m'a demandé s'il était possible d'atteindre ces objectifs sans modifier les textes arrêtés définitivement par les Chambres le 1er juillet de cette année.

A mon avis, l'engagement de secrétaires pour les parlementaires pourrait parfaitement se faire dans le cadre du service de documentation. Ces secrétaires apparaîtraient en

effet comme les auxiliaires nécessaires à l'utilisation effective du service de documentation par les parlementaires. En revanche, si l'art. 47 quinquies prévoit bien la création d'un secrétariat commun pour les commissions de gestion, une phrase malheureuse dispose que: «le secrétaire» est subordonné aux présidents des deux commissions. On peut donc en déduire que l'organisme nouvellement créé ne comporte qu'une seule personne physique. Sous réserve de modification de cette phrase, il serait possible de constituer un secrétariat mieux étoffé.

Les débats sont interrompus à 12 h. 35.

SÉANCE DU DIMANCHE 25 SEPTEMBRE 1966 AU CINÉMA SEEHOF, ZOUG

Président:
M. André Grisel, juge fédéral, Lausanne

Les débats sont repris à 9 h 15.

VIII.

M. le professeur Jakob Wackernagel, Bâle, président de la *Commission des sources du droit*, lit le rapport d'activité de cette dernière, rédigé comme il suit:

1. Im abgelaufenen Vereinsjahr ist in der Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, 2. Abteilung, Die Rechtsquellen des Kantons Bern, 1. Teil Stadtrechte: Band VIII, 1. Hälfte, des Stadtrechts von Bern, enthaltend das Wirtschaftsrecht, erschienen. Sein Bearbeiter ist Herr Prof. Dr. H. Rennefahrt, Bern. Bezüglich der weiteren zur Zeit in Bearbeitung befindlichen Bände der Berner Stadtrechtsquellen ist zu berichten:

Band VIII, 2. Hälfte (Wirtschaftsrecht) ist samt Register fertig gesetzt, großenteils korrigiert und wird noch dieses Jahr erscheinen. Von Band IX (beschlagend: Staatsgebiet, Staatshaushalt und nutzbare Hoheitsrechte) ist der erste Halbband ebenfalls abgesetzt. Er dürfte im Jahre 1967 erscheinen. Der zweite Halbband ist weit im Satz fortgeschritten und kann möglicherweise ebenfalls im Jahre 1967 publiziert werden. Band X (Polizei und behördliche Fürsorge) ist zum Setzen vorbereitet. Mit dem Setzen kann wohl noch dieses Jahr begonnen werden. Die Manuskripte zu den Bänden XI (Wehrwesen) und XII (Bildungswesen) sind vom

gleichen Bearbeiter ebenfalls fertiggestellt. Außerdem hat er das Manuskript einer zweiten Auflage von Band 1 der Berner Rechtsquellen, der vergriffen ist, fertig ausgearbeitet.

Es darf ferner erwartet werden, daß im Jahre 1967 der Kommission das Manuskript eines Teils der Graubündner Rechtsquellen, bearbeitet von Herrn Dr. A. Schorta, zum Druck vorgelegt wird.

Die Veröffentlichung des Stadtbuches von Schaffhausen, welches von Prof. Dr. K. Schib, Schaffhausen, bearbeitet wird und das aus editionstechnischen Gründen nun als Band II der Schaffhauser Rechtsquellen erscheinen soll, konnte leider wegen sonstiger wissenschaftlicher Beanspruchung des Verfassers immer noch nicht erfolgen. Die Kommission rechnet aber mit Bestimmtheit damit, daß der Band im neuen Vereinsjahr erscheinen wird, nachdem die Korrekturen weit fortgeschritten sind.

Über die Herausgabe der Rechtsquellen des Kantons Zug (Bearbeiter Prof. Dr. E. Gruber), die im letzten Bericht bereits angekündigt wurde, ist folgendes zu berichten:

Bisher konnte der Bearbeiter noch nicht die volle vorgesehene Stundenzahl seiner Aufgabe widmen. Doch liegt jetzt schon eine Sammlung teils Abschriften, teils Regesten bis gegen die Mitte des 15. Jahrhunderts vor. Vor allem aber hat er die nicht leichte Edition der beiden Stadt- und Amtsbücher von 1432 und 1566 vorbereitet. Diese werden durch den Schweizerischen Juristenverein in Form eines Vorabdruckes aus den Zuger Rechtsquellen den Teilnehmern des 16. Deutschen Rechtshistorikertages, der im September dieses Jahres in Basel stattfindet, als Festgabe überreicht.

Über die ebenfalls im letzten Bericht in Aussicht gestellte Veröffentlichung der Rechtsquellen der ehemaligen Freien Ämter im Aargau (Bearbeiter Dr. J. J. Siegrist) kann berichtet werden:

Die Zusammenstellung der Rechtsquellen nimmt den vorgesehenen Verlauf. Bisher wurde vor allem in den beiden Staatsarchiven Aarau und Luzern geforscht, sodann in den zahlreichen Kleinarchiven des Gebietes. Sporadisch wurden

auch andere Archive mit in die Forschung einbezogen. Dank der Findigkeit des Bearbeiters häuft sich allerdings ein überraschend umfangreiches Material. Darum wurde schon bald eine Zusammendrängung des Stoffes studiert und angestrebt, indem nur beispielhaft einzelne typische Gebiete für eine möglichst vollständige Quellenwiedergabe vorgesehen sind, während für den Rest nur das Wichtigste veröffentlicht, auf das Übrige lediglich verwiesen werden soll. Aber trotz dieser Beschränkungen wird man diese Rechtsquellen voraussichtlich in zwei Bände aufteilen müssen.

Von der Rechtsquellenkommission wurde ferner beschlossen, die Herausgabe der Rechtsquellen des Kantons Glarus an die Hand zu nehmen, für deren Bearbeitung sich ein höchst qualifizierter Bearbeiter zur Verfügung gestellt hat. Auch die von Robert Durrer begonnene, aber unvollendete Sammlung der Rechtsquellen von Unterwalden soll nunmehr fortgesetzt werden.

Die bereits im letzten Jahresbericht angekündigte 2. Auflage der Lex Romana Curiensis (Bearbeiterin: Frau Dr. E. Meyer-Marthaler) ist ausgedruckt und wird im Laufe des Monats Oktober erscheinen.

2. Im Hinblick auf die Herausgabe weiterer Rechtsquellenbände hat sich immer deutlicher die Notwendigkeit gezeigt, auch auswärtige Archive auf schweizerische Rechtsquellen zu durchforschen, um Lücken in der Quellenedition, wie sie früher etwa vorgekommen sind, in Zukunft möglichst zu vermeiden. Es kommen dafür vor allem die Archive von Karlsruhe, Stuttgart, Innsbruck, Wien, eventuell Colmar, Besançon und für west- und südschweizerische Quellen auch Turin und Mailand in Betracht.

Ferner sollen nunmehr die Vorarbeiten zur Herausgabe der Basler Rechtsquellen in Gang gebracht werden. Hier hat sich vor allem für die ältere Zeit herausgestellt, daß eine Ausscheidung der Quellen, die das ehemalige Fürstentum des Bischofs von Basel betreffen und der stadtbaslerischen Rechtsquellen nicht ganz einfach ist. Die ersteren sollen in

einer besonderen Unterabteilung der Berner Rechtsquellen zum Abdruck gelangen. Und es muß vor allem dafür gesorgt werden, daß Quellen, welche vorzüglich die Stadt Basel betreffen, über die der Bischof ja ursprünglich ebenfalls die Stadtherrschaft ausübte, in der Abteilung der Rechtsquellen von Basel zum Abdruck kommen. Es wurde deshalb der Plan gefaßt, eine parallele Durchforschung des Basler Staatsarchivs und des Archivs von Pruntrut durchzuführen, um die absolut notwendige, aber nicht immer leichte Ausscheidung des Quellenstoffes vorzunehmen. Vor allem um diese umfangreichen Quellenstudien in ausländischen Archiven, ferner in den Archiven von Basel und Pruntrut zu ermöglichen, hat die Rechtsquellenkommission im Februar dieses Jahres ein Gesuch an den Schweizerischen Nationalfonds gerichtet, dieser möge ihr einen umfangreicheren Kredit gewähren, der vor allem der Besoldung der für diese Studien zu gewinnenden Rechtshistoriker zu dienen hätte. Ein Teil des Kredites soll ferner für die Finanzierung der Bearbeitung der Glarner und Unterwaldner Rechtsquellen sowie für die Weiterführung des Sekretariates der Rechtsquellenkommission Verwendung finden, das, geführt von Prof. Dr. W. H. Ruoff, im abgelaufenen Vereinsjahr wiederum ausgezeichnete Arbeit geleistet hat. Zur Erläuterung und näheren Begründung dieses Gesuches waren mehrere Besprechungen mit Organen des Schweiz. Nationalfonds in Bern erforderlich.

Die Kommission hat im abgelaufenen Vereinsjahr zwei Sitzungen abgehalten.

Ce rapport est accepté sans discussion par l'assemblée.

Puis le président exprime à M. Wackernagel, démissionnaire, la gratitude de la Société en ces termes:

C'est la dernière fois, M. le président et cher collègue, que vous présentez le rapport de la Commission des sources du droit. Vous nous avez fait part de votre décision, malheureusement irrévocable, d'abandonner la charge présidentielle, que vous avez assumée pendant six ans. Sous votre prési-

dence une tâche considérable s'est accomplie: notre programme d'activité a été revu et précisé; nous avons publié de nouveaux ouvrages; nous nous sommes assuré le concours de plusieurs collaborateurs; notre règlement a été modernisé; nous avons intensifié nos efforts en engageant un secrétaire semi-permanent en la personne du Dr Ruoff. De cette tâche vraiment considérable, vous vous êtes acquitté avec autant de distinction que de modestie. Notre société vous en est très vivement reconnaissante; elle vous remercie aussi de bien vouloir rester membre de notre Commission, qui, nous l'espérons, bénéficiera longtemps encore de votre collaboration.

L'assemblée procède ensuite à la désignation du nouveau président de la Commission des sources du droit; sur proposition du Comité, elle élit M. le professeur Herold, de Zurich, que le président remercie de bien vouloir accepter cette charge.

IX.

Aucun rapport n'est présenté au nom de la *Commission de la recherche scientifique*, son président, M. le professeur Karl Spiro, étant retenu à Bâle. Le président de la Société communique à l'assemblée que la Commission n'a eu aucune activité durant l'exercice écoulé.

X.

Au nom des juristes neuchâtelois, Me Fred Uhler, bâtonnier de l'Ordre des avocats neuchâtelois, invite la Société à tenir son prochain congrès à Neuchâtel. Le président remercie les juristes neuchâtelois de leur proposition, que l'assemblée accepte par ses applaudissements.

L'ordre du jour administratif est épuisé. Aucune observation n'étant présentée, le président clôt la séance administrative.

XI.

Le président ouvre la discussion sur le sujet *Problèmes actuels du droit de la société anonyme*. Il remercie les rappor-

teurs, MM. Rolf Bär, professeur à l'Université de Berne, et Alain Hirsch, chargé de cours à l'Université de Genève, qui prennent successivement la parole.[1])

M. Rolf Bär, rapporteur de langue allemande:

Grundsätzlich geht unser Verein von der freundlichen Fiktion aus, jedermann habe die Referate gelesen. Trotzdem gibt der Vorstand, offenbar aus dem Verdacht, daß diese Fiktion nicht der Normallage entspreche, den Referenten eine Viertelstunde zur Einführung derjenigen, die den Rapport nicht gelesen haben. Eine Viertelstunde ist wenig angesichts der sehr heterogenen Themen von heute, die durch den Gesamttitel «Aktuelle Fragen» nur dürftig zusammengehalten werden.

Gleichwohl möchte ich eine Minute an eine Bemerkung verlieren, welche nicht direkt mit dieser Einführung zu tun hat. Nicht zum ersten Mal sind gestern die Referenten dringend ermahnt worden, doch recht frühzeitig ihre Manuskripte abzuliefern. Ich halte mich zu einem kurzen Wort dazu für legitimiert, weil unter den Langweilern ich dieses Jahr der größte war, doch geschieht es nicht mehr in eigener Sache, sondern zugunsten künftiger Berichterstatter: Übernimmt man den Auftrag, in zwei Jahren einen Rapport vorzulegen, geschieht dies oft nicht in der Meinung, man sei zu sofortigem Beginn bereit, sondern nachdem eine möglichst umsichtige Berechnung ergeben hat, man werde in einem oder anderthalb Jahren in der Lage sein, nach Erledigung bereits hängiger Aufgaben auch diesen Auftrag zu erledigen.

---

[1] Un nombre inusité de congressistes ayant exprimé le désir de participer à la discussion, le président s'est trouvé dans l'impossibilité, faute de temps, de leur permettre à tous de s'exprimer. A titre exceptionnel, le Comité a décidé que toutes les interventions annoncées seraient reproduites dans le procès-verbal, même celles dont l'auteur n'a pu prendre la parole. En outre, étant donnée l'ampleur du débat, il a autorisé les rapporteurs à présenter des conclusions détaillées, qui figurent également au procès-verbal.

Eine kleine Verschiebung in den äußeren Umständen bedeutet dann gleich Zeitnot. Und hat man dennoch die durch Zeitnot verstärkte Mühe hinter sich gebracht, mutet es etwas seltsam an zu hören, es hätten sich Mitglieder beklagt, sie wären genötigt gewesen, im Juli am Strande von Riccione zum Beispiel Simenon statt Bär zu lesen. Das läßt doch etwas die Proportionen vermissen, und ich versichere Ihnen: Sicherlich ist das Lesen der Rapporte mühselig, doch das Schreiben ist es noch weit mehr. Es werden wohl alle Rapporteure von sich aus wissen, wie wichtig ein frühzeitiges Abliefern wäre; jedoch die Möglichkeiten reichen manchmal nicht aus. – Damit kehre ich zurück zur Einführung:

Ich werde Ihnen in jenen Punkten, die ohne größeres Ausholen nicht behandelt werden können, nicht viel mehr als die Ergebnisse vortragen und im wesentlichen bloß in einem einzigen Punkte etwas substantieller werden, in welchem ich einerseits ein besonders reges Diskussionsinteresse voraussetzen darf, und in welchem anderseits in kurzer Zeit wenigstens die Spur einer Begründung gegeben werden kann. Die brennendsten Probleme in unserm Themenkreis liegen allerdings im Bereiche der «Publizität» und sind Herrn Kollegen Hirsch aufgetragen worden; wir haben uns, wie Sie wissen, in die Aufgaben geteilt. – Leider konnte uns die Eidgenössische Justizabteilung das erst kürzlich erstattete Gutachten von Herrn Dr. Georg Gautschi aus Konsequenzgründen nicht zugänglich machen, so daß kein Vergleich mit seinen Ergebnissen möglich ist.

Ich übergehe ganz die Übersicht über ausländische Revisionen und über schweizerische Revisionsbestrebungen und ihre Gründe (§ 1 meines Berichts).

Was die sogenannte Spaltung der vinkulierten Namenaktie betrifft, bin ich zum Ergebnis gekommen, sie sei unzulässig. Ich meine, das Wertpapierrecht füge sich hier vollkommen dem Gesellschaftsrecht; das Gesellschaftsrecht jedoch könne aus m.E. zwingenden ordnungspolitischen Erwägungen zum Verhältnis zwischen Risiko und Einwir-

kungsmöglichkeit die Spaltung nicht dulden. Dieses Ergebnis ist durchaus de lege lata gewonnen. Doch halte ich eine Gesetzesrevision trotzdem für notwendig, aus dem einzigen Grund, daß andernfalls die Praxisänderung praktisch vielleicht ausbleibt. Das Bundesgericht hat vor wenigen Jahren offen bekundet, daß das Fehlen einer Übergangslösung den Entschluß zu einer Praxisänderung erschwere. Der Schutz des Vertrauens in eine konstante Praxis kann über eine als richtiger erkannte Auslegung die Oberhand gewinnen.

Unter dem Titel «Besondere Beteiligungsarten und -zwecke» habe ich postuliert eine vereinfachte Kapitalerhöhung zur Schaffung von Umtauschaktien für Wandelobligationen sowie von Arbeitnehmeraktien und eventuell weitere Fälle, welche bestimmte Garantien bieten. Hingegen habe ich das autorisierte Kapital nicht generell empfehlen können. Ferner habe ich befürwortet die Senkung des Mindestnennwerts. Dagegen scheinen mir die Vorteile der nennwertlosen Aktie nicht gegen die Nachteile aufzukommen. – Um nur einen wesentlichen Grund für manche dieser Entscheidungen zu nennen: Ich halte gewisse ausländische Gestaltungen zwar vielleicht in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen für erwägenswert, aber ihre Vorzüge für bei weitem nicht so groß, daß der Gedanke des Kapitalschutzes geschwächt werden sollte. Es ist auch zu bemerken, daß in den Vereinigten Staaten als Ursprungsland des autorisierten Kapitals, welches diesbezüglich besonders anfällig ist, eine intensive Staatskontrolle besteht, und ich weiß nicht, ob Sie das als notwendige Ergänzung des autorisierten Kapitals in der Schweiz haben möchten.

Weiter habe ich hingewiesen auf Gefahren der Arbeitnehmeraktien, der Mitbestimmung der Arbeitnehmer (einem Problem, das eher inaktuell ist) und der Popularisierung des Aktienbesitzes. Dazu nicht viel mehr als ein Stichwort: ich glaube, daß der sogenannte Volkskapitalismus bei weitem nicht selbsttätig das Volk mit dem Kapitalismus versöhnt. Wenn zum latenten ideologischen Vorbehalt noch eine finanzielle Beteiligung kommt, erhöht sich die Gefahr des Rufs

nach Staatskontrolle, sobald eine namhafte Enttäuschung eintritt; vorbehalten nur, man habe vorher das Klima dermaßen großartig vorbereitet, daß auch der «Kleine Mann» begreift, woher die Schwankungen der Kurse kommen, mithin durch zuvorkommendste (man möchte einen Super-Superlativ zur Hand haben) Publizitätspraxis, und zwar von langer Hand, nicht erst, wenn eine kritische Situation vor der Türe steht. Verständnis und Vertrauen kann man nicht in einem Jahr, sondern nur in vielen Jahren schaffen.

Das für uns aktuellste Problem besonderer Beteiligungsarten besteht aber beim Kapitalbeschaffungsgenußschein, wofür wir uns an den Ausdruck Partizipationsschein zu gewöhnen begonnen haben. Ich habe die Rechtsstellung der Kapitalbeschaffungsgenußscheine in einer Weise bestimmt, die – vielleicht überraschend – der Rechtsstellung von Aktien, abgesehen vom Stimmrecht, sehr nahe rückt. Sofern man die Rechtsstellung des Aktionärs für befriedigend ansieht, was ich hier vorderhand einmal unterstelle, kann man deshalb sagen, der Rechtsschutz sei de lege lata nicht unbefriedigend, sobald alle Möglichkeiten des Gesetzes ausgeschöpft werden, vor allem die ungeschriebenen tragenden Grundsätze. Aber ich halte eine Revision für wünschenswert, weil wichtige Einzelheiten unklar sind, vor allem die doch wohl unglückliche Übertragung der Gläubigergemeinschaft, und weil gewisse Punkte zu einer unzweckmäßigen Lösung gelangen; ich denke vor allem an die Notwendigkeit einer gesetzlichen kurzen Befristung der Leistungsklage in Angleichung an die Befristung der Anfechtungsklage.

Doch das Grundproblem des Kapitalbeschaffungsgenußscheins kommt aber aus der Erkenntnis, daß er eine stimmrechtlose Beteiligung darstellt, eine Beteiligung allerdings nicht am publizierten Aktienkapital, womit wir also ganz knapp und formell an OR 692 noch vorbeikommen. Gleichwohl bleibt uns die Frage der Vereinbarkeit dieser stimmrechtlosen Beteiligung mit tragenden Gedanken des Gesellschaftsrechts nicht erspart. Darf es stimmrechtlose Hinter-

säßen mit genau demselben Risiko geben? – Ich vermag diese Frage der Vereinbarkeit nur zu bejahen, wenn ich den in Ausübung des Stimmrechts zustande gekommenen Mehrheitsentscheid bloß als organisatorischen Behelf betrachte, für weit wesentlicher aber die individuellen Rechte, vor allem die Rechte der Kontrolle und der Anfechtung.

Das hat nun aber Konsequenzen für die Maßstabbildung im Minderheitenschutz. Ich glaube nämlich nicht, daß man das folgende verneinen, den Kapitalbeschaffungsschein dagegen bejahen darf. Damit kommen wir zu jener Frage, mit welcher ich Ihre Aufmerksamkeit etwas länger in Anspruch nehmen möchte: Wenn ich vom Mehrheitsentscheid als «organisatorischem Behelf» spreche, meine ich, irgend jemand müsse notwendig Entscheide treffen, und dazu ist zunächst die Mehrheit der Generalversammlung berufen. Wird nicht angefochten, kann man auf dem Beschluß weiterbauen. Wird dagegen angefochten, dann ist es m.E. verfehlt, den demokratischen Gedanken auf das Aktienrecht zu übertragen, und – wie die Praxis – eine Vermutung der sachlichen Richtigkeit des Mehrheitsentscheides aufzustellen; derart, daß dieser Entscheid nur noch auf pure Willkür überprüft wird. Die Beziehung einer Anzahl geldanlagesuchender Leute zu ihrer Aktiengesellschaft ist bei weitem nicht derart, wie die Staatsrechtslehre der Demokratie die Beziehung des Bürgers zu seinem Staate voraussetzen muß. Insbesondere aber besteht hier nicht die geringste Notwendigkeit, vor einem allfälligen Mangel an Affinität die Augen zu schließen; hier kann man ohne weiteres den Richter über die Mehrheit setzen. Ich halte also dafür, daß der Startvorteil des Mehrheitsentscheids wegfallen muß, soweit – dieser Vorbehalt ist zugunsten der Mehrheit anzubringen – nicht Ermessen in verschiedener Art völlig sachgemäß ausgeübt werden kann.

Ergänzend dazu postuliere ich die Gleichbehandlung der sogenannten relativ wohlerworbenen Rechte und der nicht wohlerworbenen, unter welche vor allem die im Gesetz ausdrücklich als abänderbar bezeichneten zählen, und deren

Beeinträchtigung die Praxis nur auf Rechtsmißbrauch seitens der Mehrheit überprüft, praktisch nur auf Sondervorteile. Man nimmt m. E. zu Unrecht an, der Schutz des Aktionärs liege hier im wesentlichen im Erreichen des gesetzlichen Quorums. Vielmehr sollte die gesamte Rechtsstellung des Aktionärs, soweit sie nicht überhaupt in absolut unentziehbaren oder gar unverzichtbaren Rechten besteht, nur geschmälert werden dürfen, wenn das geboten ist. Nun aber: «geboten» – nach welchem Maßstab? – nicht nach der Auffassung der Mehrheit, welche gemäß einer bundesgerichtlichen Formel sogar beschließen darf, was den Richter befremdet und ihm nicht recht einleuchtet (wobei sich ja Urteilsredaktoren sehr gemäßigt auszudrücken pflegen). Das vertrüge sich nicht mit der Figur des gesellschaftlichen Zusammenschlusses. Denn gesellschaftlicher Zusammenschluß bedeutet im Privatrecht nicht in erster Linie Unterwerfung unter die Mehrheit, sondern Unterwerfung unter den gewählten Gesellschaftszweck in einem weiteren Sinne, und er gibt anderseits Anspruch auf die Verwirklichung dieses Gesellschaftszwecks. Die Konkretisierung des Gesellschaftszwecks in einem weiteren Sinne – soweit er nicht statutarisch anormal festgesetzt ist – zu einem plastischen Leitbild ist die Figur des typischen Aktionärs. Die Rechtsform AG ist auf große Gesellschaften zugeschnitten; darin ist auch die historische Rechtfertigung der Entstehung dieser Rechtsform zu finden. Der Betriebswissenschafter Schmalenbach hat die Aktiengesellschaft als eine Kapitalpumpe bezeichnet. Um diesen Schöpfermechanismus privatrechtlich zu ermöglichen, hat man seinerzeit die AG geschaffen. Der typische Aktionär nun, der im Zweifel (beim Fehlen einer abweichenden statutarischen Zielsetzung) in seinem Vertrauen geschützt werden muß, einer so gearteten AG beigetreten zu sein, erwartet – und darin liegt die notwendige Konkretisierung des gesellschaftlichen Normalzwecks – Gewinn und dauerhafte Kapitalanlage, nicht aber Macht oder irgendwelche andern Dienste oder Lasten. Geschützt werden kann also nur ein Beschluß, der diese Erwartung im Rahmen eines

sachgemäß, also nicht bloß nicht willkürlich ausgeübten Ermessens erfüllt.

Das Ergebnis eines solchen Konzepts, das ich hier nicht weiter ausführen kann, ist nicht etwa ein Umsturz in der Anfechtungspraxis. Unter dem Leitbild «Wohl des Unternehmens» wird heute viel von dem gedeckt, was auch unter dem Gesichtspunkt des typischen Aktionärs geschützt werden müßte. Und doch bietet der letztere Gesichtspunkt eine Korrektur einer durchaus verfehlten Perspektive. Heute verhält es sich so, daß einem von den Gesellschaftern emanzipierten, von der Mehrheit vermutungsweise bestens gewahrten Unternehmensinteresse, das als Blickpunkt gewählt wird, ein vermutungsweise unverzeihlich egoistischer Aktionär als Angreifer gegenübersteht, und der Richter hat die Tendenz, die ich zwar nicht eigentlich zu beweisen vermag, doch mit Bestimmtheit behaupte, die Gesellschaft vor den Zumutungen des Aktionärs in Schutz zu nehmen. Nach unserer Perspektive dagegen würde vom Aktionär her geblickt und gefragt, ob sein Interesse dem typischen Interesse, welches jeder Aktionär im Rahmen des Gesellschaftszwecks verfolgen darf, entspreche. Die praktische Folge wäre gleichwohl, daß nur gerade solche Fälle nun anders entschieden würden, die für das Rechtsgefühl schon bisher «spitz» waren. Denn hinter diesen Entscheiden stand ja immer noch das gesunde Empfinden eines Richters; nur in Zweifelsfällen vermochte das «Unternehmens»-Leitbild den Ausschlag in die m. E. falsche Richtung zu geben. Doch es sind vornehmlich die wenigen Urteile dieser Art (nebst einigen wenig ermunternden abstrakten Formeln), welche das Gefühl der Ohnmacht der Aktionäre geschaffen haben, weshalb schon eine quantitativ bescheidene Wandlung der Praxis das Klima entscheidend verbessern könnte. Der Aktionär brauchte nicht mehr mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit dem Verlust des Anfechtungsprozesses zu rechnen.

Mit einer solchen – der geltenden Wirtschaftsverfassung und dem Privatrecht konzeptkonformen – Auffassung wer-

den keine öffentlichen und Arbeitnehmerinteressen mißachtet, die unter der selben Wirtschaftsverfassung geschützt werden müßten. Dazu habe ich im schriftlichen Referat einige Hinweise gegeben. Ich möchte am Rande des sich an dieser Stelle unseres Weges öffnenden Diskussionsfeldes einhalten. Wir fänden dort Thesen vertreten etwa von der «allseitig verantwortlichen Verwaltung» als «Mittlerin zwischen Kapital und Arbeit». Man hat das sarkastisch die «Theorie der Verwaltung an sich» genannt. Diese Verwaltung ist nämlich keiner Seite gegenüber faßbar verantwortlich; sie ist unverantwortlich, wenn auch nicht notwendig in herabminderndem Sinn. Und dieses Konzept bedeutet die Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Grundlage der AG; man hat schon von der Konkurseröffnung über die AG als Gesellschaftsform gesprochen. An den Nutzen solcher Thesen, die meist in idealistischer, zukunftsfroher Suggestivität, aber durchaus vage vorgetragen werden, glaube ich so lange nicht, bis uns die Tatbestände konkret und nüchtern aufgewiesen werden, denen ein rein privatrechtliches, gesellschaftliches Konzept nicht gerecht wird, und die doch unter dem g e l t e n d e n Wirtschaftssystem anders geordnet werden müssen. Konkret und nüchtern! Trotz der nicht unerheblichen Literatur darüber ist diese Arbeit von den Befürwortern m.E. nicht geleistet, weshalb der Skeptiker keine Diskussionsgrundlagen vorfindet und höchstens in Gefahr gerät, als ewig Gestriger verdächtigt zu werden. Selbst wenn eine faktische Tendenz in die Richtung jener Thesen bestehen sollte, ist einmal der Fortschritt damit nicht bewiesen und muß ferner dieser Ansatz zu einer «Rechtsfortbildung» praeter legem (oder wohl eher contra legem) zuerst auf Wünschbarkeit überprüft werden; er kann nicht schlechthin als Naturgewalt hingenommen werden.

Mir will scheinen, solche Thesen über die Emanzipation der Verwaltung gingen wesentlich vom Faktum aus, daß die Generalversammlung als Organ untüchtig ist – einem unheilbaren Geburtsgebrechen der AG –, woraus dann offenbar geschlossen wird, aus diesem Geburtsgebrechen sei als recht-

liche Maxime die Schwächung des Untüchtigen zu ziehen, doch wird übersehen, daß in dieser Rechnung nicht allein die tüchtige Verwaltung übrig bleibt, sondern auch der Einzelaktionär, der einzeln zwar meist ebenso teilnahmslos ist wie im Kollektiv, der aber auch wehrhaft sein k a n n, sofern man ihm die Mittel dazu in die Hand gibt, und wenn das der Fall ist, wird er durch seine potentielle Existenz bereits präventiv einigermaßen heilsam wirken. So gilt es denn auch mit Recht heute als ausgemacht, daß das erstrebenswerte Gegengewicht zur Verwaltung nicht in einer Verstärkung der Generalversammlung gesucht werden müsse, sondern der Kontrolle. Dazu zählt aber auch – soweit irgend möglich – die Kontrolle durch die Mitgesellschafter, weshalb das Gegengewicht auch in der Verstärkung der individuellen Rechte des Aktionärs gesucht werden muß, nämlich in Anfechtungsrechten, die nicht nur gegen bare Unanständigkeit etwas nützen, und in Auskunfts- und Einblicksrechten, bei denen man sich auf eine Frage nicht mit der Antwort «Nach den Gegebenheiten des Falles ist das nicht gegeben» begnügen muß. Es handelt sich um die überlieferte Antwort in einer deutschen Hauptversammlung neuerer Zeit auf die Frage der durch eine Fusion benachteiligten Aktionäre nach milderen Lösungen; ich wähle ein deutsches Beispiel, damit sich alle Anwesenden ungetrübt daran freuen dürfen.

Mit unserer Auffassung soll unseren verdienten Unternehmensführungen weder ein generell sicher nicht begründetes Mißtrauen bezeugt, noch das Leben schwer gemacht werden. Am allerwenigsten wird ihnen dadurch der Spielraum ihrer Initiative und die Attraktivität ihrer Tätigkeit unzumutbar beschnitten. Doch geht es darum, den Boden privatrechtlich begründbarer Entscheidungsmaximen nicht zu verlassen und der Verwaltung einen klaren Auftrag wiederherzustellen; ein wohlverstandener Vorteil für sie.

Wenn man die Emanzipation der Verwaltungen und die Bejahung eines emanzipierten Unternehmensinteresses gemäß einer starken Tendenz gleichnishaft als «Verstiftung der AG» bezeichnen könnte, mache ich ganz am Rande aufmerk-

sam auf die neue Tendenz der formellen Verstiftung, nämlich die Tendenz zur Unternehmensstiftung. Dagegen haben sich bei uns bis heute kaum Bedenken geäußert, und in der Tat scheint es ganz natürlich, menschlich begründet zu sein, daß ein alternder Unternehmer, beseelt vom Mißtrauen gegen die Tüchtigkeit oder Einigkeit der nächsten Generationen, sein Lebenswerk erhalten möchte. Und es ist eine Eigenart des Menschen – mithin auch des Juristen –, bei gleichsam harmlosen kleinen Anfängen nicht geneigt zu sein, die vollen Konsequenzen überblicken zu wollen. Ich habe einige Konsequenzen und Zweifelsgründe im Bericht wenigstens frageweise angeführt und hoffe gerne, daß im übernächsten Jahr in den Berichten über den Typenzwang näheres zu lesen sein wird. Doch halte ich eine Klärung für derart dringend, daß ich vorläufig wenigstens die Fragen breitesten Juristenkreisen zum Bewußtsein bringen möchte: Die Hauptproblematik liegt darin, daß der Gesetzgeber die Immobilisierung der Vermögen bekämpft hat: Verbote der Familienunterhaltsstiftung, der sukzessiven Nacherbeneinsetzung, der Neuerrichtung von Fideikommissen. Alsdann sollte sich die Immobilisierung des Stiftungsvermögens nur rechtfertigen lassen, wenn damit ein Zweck verfolgt wird, dessen Erfüllung man aus wirtschaftlich genutzten Vermögen nicht dauernd erwarten darf: Kulturförderung, Armenunterstützung u. dgl.; populär spricht man etwa von einem «guten Zweck». Soll es dagegen dem Sinn des Gesetzes auch entsprechen, wenn der Unternehmenszweck als ein allgemeiner des Vermögensrechts in einer Rechtsform verfolgt wird, welche im Gegensatz zum Gesellschaftsrecht weder persönliche Haftungen noch einen Kapitalschutz, vor allem keine Vermögenspublizität kennt? Ist es so durchaus unproblematisch, daß das Bundesgericht die GmbH als einzige Destinatärin einer Stiftung betrachtet hat, deren Hauptzweck die Erhaltung dieser GmbH war? Ist es nicht eher eine Gruselgeschichte von Edgar Allan Poe als ein Wunschtraum Eugen Hubers, wenn die tote Hand aus ihrem Grabe winkt?

Und nun noch kurz etwas zum Problem der Anpassungsfähigkeit der AG an besondere Bedürfnisse, vor allem der Klein- und Familien-AG. – Ich vertrete nicht etwa eine typkonforme Rechtsanwendung in dem Sinne, daß die Rechtsform AG nur benützen dürfe, wer mit der auf große Gesellschaften zugeschnittenen Ordnung zufrieden sei. Sondern ich möchte genau darauf achten, welche Interessen allenfalls durch eine Abweichung verletzt würden. Unter diesem Gesichtspunkt können Konzessionen allerdings nicht in Frage kommen bei Normen im Interesse des Gläubigerschutzes oder der Öffentlichkeit oder bei tragenden Gedanken des Privatrechts, etwa über die Beziehung von Risiko zu Einblick und Einfluß und endlich auch bei der Organisation. Als praktisch wichtiges Beispiel für diese Auffassung wäre ich nicht bereit, irgend welche Konzessionen bei der Publizität zu machen. Es ist, wie ich hervorheben möchte, internationale Tendenz, sogar frühere Konzessionen wieder zurückzunehmen; sehr ausgeprägt im diesjährigen neuen englischen Gesetz. – Wo dagegen die genannten Gesichtspunkte nicht durchgreifen, möchte ich weitherzig Abweichungen zulassen und habe verglichen mit der herrschenden Meinung weit weniger Bedenken gegen die statutarischen Vorkaufsrechte oder etwa gegen feste Vertretungsrechte in der Verwaltung.

Die Typizität wird erst fruchtbar, wo Vertrauen in das Bestehen einer bestimmten Aktionärstellung geschützt werden muß. Das ist der Fall bei der nachträglichen Einführung abnormer Gestaltungen sowie bei der Statutenauslegung, wofür die Zweifelsregel aufgestellt werden muß, daß bei unklarem Inhalt gegen eine abnorme Ausgestaltung auslegungsmäßig entschieden werden muß. Sie sehen, daß ich keine Abgrenzungskriterien zwischen großer und kleiner AG im Hinblick auf eine Sonderordnung der letztern vorschlage, vielmehr davon ausgehe, daß in den Urstatuten starke Anpassungen an besondere Bedürfnisse möglich sind, daß aber atypische Bestimmungen nachträglich kaum anders als einstimmig eingeführt werden können, wenn die

Änderung nicht anfechtbar sein soll. – Die Börsenkotierung betrachte ich nicht als ein taugliches Kriterium; sie kann m.E. höchstens Anlaß zu einer weiteren Verschärfung der Publizität über ein bereits beachtliches gesetzliches Niveau hinaus geben. Es kann, ich unterstreiche das noch einmal, nicht in Frage kommen, für irgend welche Gesellschaften zu ermäßigen, was an Publizitätsmaßnahmen für erforderlich gilt. In den kleinen Gesellschaften hat der Aktionär den Informationsschutz in der Regel noch weit nötiger als in der großen, denn jenes Maß an Benachteiligungen, das in den kleinen Gesellschaften nicht allzu selten erreicht wird, weil die Mitarbeitenden mit der Mehrheit identisch sind und oft von Animositäten gegen die scheinbar nutzlosen Außenseiter bewegt werden, kommt in den meist ganz anders strukturierten großen Gesellschaften höchst selten vor. – De lege ferenda gehe ich vom gleichen Konzept aus, schlage allerdings eine Regelung vor, wonach Abnormitäten nur möglich sind, wenn im Aktientitel selber die Existenz einer nicht typkonformen Gesellschaft zum Ausdruck gebracht wird.

Am Schluß möchte ich meine Meinung zum Revisionsbedürfnis zusammenfassen:

Eine Gesamtrevision halte ich nicht für dringlich, allerdings in der Hoffnung, die Rechtsprechung werde sich vermehrt auf den Aktionär besinnen und in diesem Sinne die vorhandenen Texte auslegen. Die notwendige Verbesserung des Minderheitenschutzes ließe sich ohne weiteres derart erzielen.

Was Teilrevisionen anbelangt, sind sie praktisch nur möglich in isolierbaren Materien. Sobald man weit verstreut zu flicken genötigt ist, regt sich das legitime Bedürfnis nach einer Gesamtüberprüfung.

Ob eine ausreichende Verbesserung der Publizität und der Kontrolle auf dem Auslegungsweg erzielt werden könnte, ist für mich persönlich nicht entschieden. Hingegen scheinen mir diese Gegenstände bei gutem Willen so isolierbar zu sein, daß eine Teilrevision möglich wäre. Diese Meinung stützt sich auf die bereits zu der Kleinen AG vorgetra-

genen Überlegung: In diesen Beziehungen stellt sich keine Frage der Differenzierung zwischen verschiedenen Gesellschaftsstrukturen. Auch alle jene Veränderungen, welche Verfechter einer AG mit einer «allseitig verantwortlichen» Verwaltung vielleicht vorzuschlagen geneigt wären (etwa zur Machtverteilung), fallen m.E. hier nicht ins Gewicht, sofern nur man sich wirklich bescheiden will.

Dringend scheint mir die Beseitigung der sogenannten Spaltung zu sein; deswegen, weil letztere – wie man volkstümlich sagt – «am wachsenden Schaden steht».

Für geboten und nicht zu lange hinauszuschieben halte ich eine Festlegung der Rechte der Kapitalbeschaffungsgenußscheine.

Als wünschbar, doch nicht dringend betrachte ich die Vereinfachung der Kapitalerhöhung für bestimmte Zwecke und die Reduktion des Mindestnennwerts. Eine Teilrevision wäre an sich möglich.

Weitere angeregte Änderungen können wohl nur im Rahmen einer Gesamtrevision vorgenommen werden und sind nicht dringlich. Das gilt vornehmlich für die gesetzliche Festlegung von atypischen Regelungen, welche von Kleinen Gesellschaften u. dgl. in Anspruch genommen werden dürften. Hier würden nun die Modifikationen so weit gestreut, daß sie immer weitere (auch allgemeinerer Art) nach sich ziehen müßten.

Sollte aber eine Gesamtrevision gelegentlich in Angriff genommen werden, möchte ich wünschen, sie geschehe nicht überstürzt und zeitige eine folgerichtige Ordnung, welche im Hinblick auf die stets übrig bleibenden Unsicherheiten die Richtlinien für die Auslegung mindestens deutlich durchblicken lasse.

Me Alain Hirsch, rapporteur de langue française:

Face aux divers problèmes que pose actuellement le droit de la société anonyme, nous nous sommes limité aux questions soulevées par l'organisation de la société et par la répartition du pouvoir au sein de la société. L'examen de ces

problèmes est rendu particulièrement difficile, du fait que la société anonyme recouvre une multitude de réalités économiques, de la petite société de famille à la holding mondiale. Cette diversité présente toutefois de multiples avantages et le juriste ne doit pas succomber à la tentation d'identifier la société anonyme à une seule réalité économique, que ce soit pour interpréter le droit positif ou pour le réformer.

En pratique, l'organisation des sociétés anonymes n'est que rarement conforme aux principes proclamés par le code des obligations. Le rôle et les pouvoirs de l'assemblée générale, de la direction et des contrôleurs ne correspondent pas au modèle de la loi. Les causes de cette situation sont multiples. Dès l'origine l'équilibre des pouvoirs prévu par la loi n'a pas été respecté en pratique et cette tendance n'a fait que s'accentuer par la suite. De leur côté, les juristes ont tenté de justifier cette évolution, en interprétant la loi de manière souvent erronée. Ainsi, en doctrine comme en jurisprudence, certaines dispositions légales ont pris une importance excessive (ainsi l'art. 663 al. 2 CO sur les réserves latentes), alors que d'autres sont restées lettre morte (ainsi l'art. 697 CO sur le droit d'information de l'actionnaire et l'art. 724 CO sur le rapport de gestion).

Nos discussions doivent maintenant se concentrer sur un certain nombre de principes, qui devraient inspirer soit une meilleure interprétation du droit positif, soit une réforme éventuelle du droit des sociétés anonymes. La voie que l'on suivra en définitive ne revêt donc pas aujourd'hui une importance déterminante.

I. La question la plus importante que pose aujourd'hui le droit de la société anonyme est à notre avis la suivante: comment faut-il *contrebalancer le pouvoir de l'administration*, devenue aujourd'hui toute puissante, du fait que l'assemblée générale ne joue pas son rôle légal ?

1. Les législateurs français et allemand se sont efforcés de donner *une importance accrue à l'assemblée générale*, pour lui permettre de mieux jouer le rôle d'organe suprême de la

société, qui lui est imparti par la loi. A notre avis, dans les grandes sociétés (au sens que nous avons donné à ce terme dans notre rapport) un tel espoir est illusoire et cette tendance est même erronée. En effet, le petit actionnaire (que nous avons appelé actionnaire-public) n'a aucun intérêt à participer plus activement aux débats de l'assemblée générale et à exercer son droit de vote.

Quant aux sociétés petites et moyennes, l'assemblée générale serait parfaitement prête à jouer son rôle, déjà aujourd'hui, si elle disposait des informations nécessaires. C'est donc pratiquement le problème de l'information qui se pose; nous l'aborderons dans un instant.

2. Le législateur français vient d'imiter le droit allemand, en introduisant (à titre d'ailleurs facultatif) un nouvel organe social entre l'assemblée générale et l'administration: *le conseil de surveillance.* Il est cependant évident que cette modification législative n'a pas une grande portée pratique: aujourd'hui déjà, dans les grandes sociétés, le conseil d'administration joue pratiquement le rôle de conseil de surveillance et c'est la direction qui gère les affaires sociales.

D'ailleurs, en Allemagne, la situation est pratiquement la suivante: ou bien le conseil de surveillance représente une majorité organisée d'actionnaires et domine la direction; ou bien les membres du conseil de surveillance sont pratiquement choisis par la direction et suivent toujours ses propositions. Dans les deux cas, la loi n'assure donc pas un véritable contrepoids au pouvoir de l'organe dirigeant (direction ou conseil de surveillance).

3. On peut aussi songer (et c'est l'une des préoccupations essentielles de notre corapporteur) à contrebalancer le pouvoir de l'administration en augmentant *les droits individuels de chaque actionnaire.* Cependant, ceci ne joue de nouveau aucun rôle dans les grandes sociétés où l'actionnaire-public n'exercera jamais les droits individuels qui lui seront juridiquement octroyés.

Quant aux sociétés petites et moyennes, l'exercice des

droits individuels des actionnaires peut y jouer un rôle important. Cependant, c'est surtout le manque d'information qui empêche aujourd'hui les actionnaires d'exercer leurs droits. Même leur droit individuel d'information ne pourrait être utilement exercé que si une information générale était préalablement donnée, dans les comptes et dans le rapport de gestion.

4. En définitive, dans les petites et moyennes sociétés en tout cas, c'est donc bien l'amélioration de *l'information sur la vie sociale* qui pourrait surtout rendre son rôle à l'assemblée générale et permettre aux actionnaires d'exercer utilement leurs droits individuels.

En outre, une meilleure information jouerait également un rôle essentiel pour les grandes sociétés, dans une autre perspective. En effet, c'est alors le marché financier qui pourrait réagir aux informations ainsi données, notamment en accueillant plus ou moins bien les augmentations de capital ou l'émission d'emprunts-obligations. De plus, le seul fait qu'une grande société doive rendre publiquement des comptes, présentés de manière systématique, claire, uniforme et relativement détaillée, constituerait déjà un contrepoids très efficace au pouvoir de l'administration.

Mais jusqu'où doit aller cette information ? Quelles sont les limites qu'il faut observer en l'occurrence, pour ne pas léser des intérêts légitimes ? D'une manière générale, on exagère certainement l'importance du secret des affaires. Nous verrions plutôt un certain danger du côté de la presse, dont le droit de critique est souvent exercé de manière légère, parfois même tendancieuse. Il s'agit là d'un abus de la liberté de la presse, qui ne concerne toutefois pas seulement les sociétés anonymes. La vie publique en est parfois sérieusement troublée. Comment pourrait-on prévenir ces abus sans affaiblir la liberté de la presse elle-même ? Ce sujet dépasse notre thème d'aujourd'hui (il rejoint d'ailleurs le thème d'hier !), mais il serait intéressant de l'approfondir à une autre occasion.

Quoi qu'il en soit, nous avons pensé qu'il n'était pas op-

portun d'entrer dans le détail des informations que l'administration devrait donner sur la vie sociale, avant de résoudre le problème-clef des *réserves latentes*. A notre avis, l'interprétation actuellement donnée à l'art. 663 CO par la doctrine dominante et par la pratique est erronée. Nous en avons proposé une autre, plus conforme à l'esprit général du droit des sociétés anonymes. S'il devait se révéler impossible de modifier cette interprétation traditionnelle, une réforme législative s'imposerait alors sur ce point de manière urgente.

5. Un autre élément, d'ailleurs relié à celui de l'information, est encore susceptible de contrebalancer le pouvoir de l'administration dans la société anonyme: *l'accroissement du rôle des contrôleurs*. Ceux-ci devraient être vraiment indépendants du conseil d'administration. D'autre part, ils ne devraient pas considérer qu'ils agissent seulement dans l'intérêt des créanciers, sans devoir se soucier de l'intérêt des actionnaires. En d'autres termes, les contrôleurs ne devraient pas seulement vérifier que la situation de la société n'est pas présentée sous un jour trop optimiste; ils devraient également intervenir si la situation est présentée de manière trop pessimiste (cette question étant naturellement liée au problème des réserves latentes).

Un problème délicat subsiste cependant: comment une divergence entre l'administration et les contrôleurs doit-elle être résolue? Conformément à la loi, c'est aujourd'hui l'assemblée générale qui tranche, après avoir été pleinement informée. Cette solution n'est toutefois souvent pas possible en pratique. Il faudrait donc envisager une procédure spéciale pour trancher cette divergence avec la discrétion nécessaire, ce qui permettrait d'ailleurs aux contrôleurs d'être plus stricts.

De nouveau, nous pensons que ces améliorations pourraient intervenir sans qu'une modification de la loi soit indispensable. Les associations professionnelles compétentes pourraient jouer un rôle particulièrement utile en établissant des règles professionnelles à cet effet.

6. Si les solutions qui viennent d'être évoquées ne peuvent être adoptées (ni «de lege lata», ni «de lege ferenda»), il semble qu'il ne reste qu'une seule issue: contrebalancer le pouvoir de l'administration par une *intervention étatique*, probablement sous la forme d'une autorité de surveillance. Pour les fonds de placement, la nouvelle loi fédérale a prévu une autorité de surveillance, sans compromettre l'esprit libéral du système. Une solution semblable serait toutefois beaucoup plus dangereuse pour les sociétés anonymes.

II. *1.* Sur un point, nous proposons une réforme législative immédiate: *les actions sans droit de vote* devraient être prévues par la loi. De telles actions existent d'ailleurs déjà en pratique, sous la forme des «bons de participation», qui ont été émis récemment par plusieurs grandes sociétés. Il est possible, comme le pense notre corapporteur, que ce système puisse juridiquement se développer de manière satisfaisante. Cependant, les bons de participation ont nécessairement un statut différent dans chaque société; cette extrême variété ne leur permet pas de constituer une base juridique solide pour le développement d'un nouveau moyen de financement. Le marché financier ne peut pas fonctionner normalement si l'achat d'un titre implique, à chaque fois, l'examen détaillé des statuts de la société, pour savoir quels sont exactement les droits conférés aux porteurs de tel ou tel «bon de participation». D'ailleurs, si le cours en bourse des bons de participation est inférieur aux actions au porteur de la même société et ayant la même valeur nominale, c'est pour compenser cette incertitude et cette insécurité, et non pas la perte d'un droit de vote déjà bien théorique.

Nous proposons donc que le développement actuel des bons de participation soit remplacé aussi vite que possible par un régime juridique plus clair, plus uniforme et plus sûr: celui des *actions sans droit de vote.*

2. Les actions sans droit de vote auraient un statut juridique fort peu différent des actions ordinaires. Il faudrait

cependant prévoir la manière dont devrait être opérée une modification statutaire portant atteinte, directement ou indirectement, aux droits des actionnaires sans droit de vote. Il ne faudrait certes pas rétablir, à cette occasion, une nouvelle assemblée générale des actionnaires sans droit de vote, en revenant ainsi aux illusions actuelles. Ne pourrait-on pas plutôt, à l'image de ce qu'a prévu la loi fédérale sur les fonds de placement pour la modification des règlements de gestion instituer une procédure de publication et d'homologation par le juge, devant lequel les intéressés peuvent faire valoir leurs objections ?

D'autre part, une certaine proportion devrait être respectée entre les actions sans droit de vote et les actions ordinaires. Il serait en effet anormal que la société soit entièrement dirigée par des actionnaires ne portant qu'une infime partie de la responsabilité financière. Cependant, la même proportion devrait alors être respectée lorsqu'une société émet des actions à droit de vote (indirectement) privilégié.

Enfin, lorsque des actions sans droit de vote sont émises, les actions ordinaires devraient obligatoirement être nominatives (à l'image de ce que la loi prévoit aujourd'hui pour les actions à droit de vote privilégié).

3. On pourrait même envisager de réserver les actions sans droit de vote au petit actionnaire (que nous avons appelé actionnaire-public). Seules celles-ci seraient ainsi largement réparties dans le public et pourraient être cotées en bourse. Au contraire, les actions ordinaires seraient exclusivement aux mains des personnes qui dirigent effectivement la société. Dans cette hypothèse, l'assemblée générale et le principe de la majorité reprendraient alors toute leur importance.

4. Nous envisageons enfin, dans cette perspective, une mesure supplémentaire d'information sur la vie sociale: *le registre des actionnaires* pourrait être *accessible aux actionnaires* (avec ou sans droit de vote). Cette mesure ne risquerait pas de compromettre le financement des sociétés ano-

nymes, puisque les actions sans droit de vote resteraient au porteur.

Lorsqu'un actionnaire veut avoir une influence sur la vie sociale, en participant aux décisions essentielles de la société, n'est-il pas assez normal qu'il échappe à l'anonymat? Cette information serait d'ailleurs une précieuse garantie pour les droits individuels de l'actionnaire, car celui-ci pourrait alors savoir comment se compose la majorité qui gouverne la société; en cas de litige, il serait bien plus aisé de discerner si une décision a été inspirée par des intérêts particuliers et non par l'intérêt social. Cette information serait également précieuse lorsque la société fait partie d'un groupe de sociétés; elle contribuerait à simplifier les problèmes délicats que pose le «droit des Konzern». D'ailleurs, la publicité du registre des actionnaires (comme celle de la liste de présence à l'assemblée générale) est déjà prévue en France, où elle ne semble pas susciter de difficultés particulières.

III. En conclusion, nous pensons que le pouvoir de l'administration pourrait être contrebalancé par deux éléments, qui devraient constituer le centre de nos préoccupations:

- une meilleure *information sur la vie sociale*, dont le détail ne pourra être utilement discuté qu'une fois résolu le problème-clé des réserves latentes;
- un accroissement sensible du *rôle des contrôleurs*.

Le droit positif pourrait déjà permettre cette évolution si la doctrine et la jurisprudence traditionnelles se modifient et si les intéressés sont disposés à coopérer dans ce sens. Si ces conditions ne peuvent être remplies, une réforme législative devrait être entreprise sans tarder.

Nous pensons d'autre part que le système des «bons de participation» n'offre pas une base juridique suffisante pour constituer un nouveau moyen de financement des sociétés anonymes. Il devrait donc être remplacé au plus tôt par le système des actions sans droit de vote, qui implique une modification partielle de la loi; celle-ci pourrait intervenir rapidement, sans préjuger une réforme plus importante.

Dr. Conrad Pfenninger, Oberrichter, Zürich:

Zur Spaltung der vinkulierten Namenaktie

Herr Prof. Bär lehnt die Spaltung de lege lata ab. Für diese klare Stellungnahme schulden wir ihm Dank. Ich freue mich über seine Lösung und stimme ihr im Ergebnis zu, möchte aber folgend meine zum Teil abweichenden Erwägungen skizzieren. Dabei sind drei Punkte zu behandeln:
- die Elimination des «Wertpapiers» im Referat Bär,
- die grundlegende theoretische Orientierung der vinkulierten Namenaktie, die ich im genannten Referat wie auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts eigentlich etwas vermisse,
- und schließlich einige Beispiele aus der Praxis, die mit der Theorie konfrontiert werden sollen.

1. Ich bin nicht so recht einverstanden, daß der Herr Referent den Komplex «Wertpapier» a limine ausklammert (auch wenn, zugestanden, der Entscheid letzten Endes im Aktienrecht fällt und nicht im Wertpapierrecht). Zwar ist richtig, daß das Recht aus dem Papier durch Indossament oder Zession allein nicht übertragen wird. In beiden Fällen bedarf es zudem einer Besitzübertragung. Indessen ist die durch Indossament angestrebte Übertragung bei Orderpapieren möglich, bei Namenpapieren aber unmöglich. Die freie Namenaktie kann durch Indossament übertragen werden, Art. 684 OR. Gilt das nun ohne weiteres auch für die vinkulierte Aktie (wie das Bundesgericht leichthin annimmt)?

2. Wir stehen, allgemein, vor der Frage:

- was ist Inhalt des Aktientitels,
- welches sind die Wirkungen der Vinkulation?

Das Gesetz, Art. 627 Ziff. 8 und Art. 686 Abs. 1, gibt keine Auskunft. Dort ist der Übertrag des Titels, hier der Eintrag in das Aktienbuch an die Zustimmung der AG gebunden.

Somit ist, genauer ausgedrückt, zu untersuchen, wie sich die vinkulierte Aktie – auch als Wertpapier – präsentiere:

– unter der Vertrags- oder Spaltungstheorie einerseits,
– unter der Legitimations- oder Einheitstheorie anderseits.

3. Die Spaltungstheorie lehrt:
– die vinkulierte Aktie sei teilbar, sie enthalte nur Vermögensrechte;
– diese würden durch Übergabe des indossierten Titels auf den Erwerber übergehen;
– die vinkulierte Aktie sei also Orderpapier, Art. 684 und 1145;
– die Mitgliedschaft gehe allein durch Eintrag im Aktienbuch auf den Erwerber über;
– diesen Eintrag könne die AG ablehnen, und nur diesen (Art. 681).

4. Demgegenüber besagt die Einheitstheorie:
– die vinkulierte Aktie enthalte Vermögens- und Mitverwaltungsrechte als untrennbare Einheit;
– sie gehe als Ganzes auf den Erwerber über – oder gar nicht;
– schon die Übertragung sei zustimmungsbedürftig, Art. 967 Abs. 3;
– die Eintragung im Aktienbuch als solche bewirke noch keinen gültigen Titelübergang, sie setze ihn vielmehr voraus;
– die vinkulierte Aktie sei Namenpapier und das Indossament (im technischen Sinn) ausgeschlossen.

5. Das Bundesgericht hält die vinkulierte Aktie für unteilbar und läßt die Spaltung dennoch zu. Das ist inkonsequent und m. E. auch nicht auf angebliche «Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs» zu stützen. Zu diesen Bedürfnissen folgendes. Ihre «Spaltpilz-Qualität» wird im allgemeinen – zu Unrecht – als factum, wenn nicht als fatum hingenommen[1].

[1] Pfenninger SAG 1966, S. 81 f.

a) Es ist nicht wahr, daß der Börsenverkehr im Interesse der Negoziabilität die Spaltung verlange. Er verlangt nur, daß eine bestimmte Operation innert Frist definitiv – und eindeutig – erledigt werde. Die Börsen-Usancen verlangen die Spaltung nicht, sie wollen sie verhüten.

b) Beim Investment-Trust werden die Mitverwaltungsrechte von der Trustleitung ausgeübt, wogegen theoretisch das Eigentum an den Werttiteln den Anteilhabern zusteht. Das muß aber nicht so sein. In der Regel sehen denn die Reglemente bezüglich der Titel ein depositum irregulare vor. Alsdann besitzt aber die Trustleitung das Stimmrecht und das Eigentum am Anlagefonds zugleich.

c) Wie steht es beim Depot-Stimmrecht?

Der Aktionär ermächtigt kraft Legitimationsübertragung eine Bank, in Wahrung seiner Interessen das Stimmrecht an der Generalversammlung in seinem Namen auszuüben. Normalerweise erhält aber die Bank als Fiduziar Stimmrecht und Titeleigentum.

d) Auch mit dem Partizipationsschein und der stimmrechtlosen Aktie ist die tatsächlich angeblich existierende Spaltung nicht bewiesen. Denn diese Papiere, der Mitverwaltungsrechte bar, sind Aktienabarten.

e) Endlich ein Wort zum Bezugsrecht auf neue Aktien bei Erhöhung des Aktienkapitals.

Die Einheitstheorie erblickt darin zutreffend ein Basisrecht. Sind die alten Aktien vinkuliert, so muß die AG der Abtretung eines Bezugsrechts zustimmen oder zustimmen können. Denn das Bezugsrecht geht auf Erhaltung meiner vollen bisherigen – vinkulierten – Mitverwaltungsrechte.

Nach der Spaltungstheorie dagegen ist (oder wäre) das Bezugsrecht eher anzusehen als Ertragswert, d.h. es ist (oder wäre) als bloßer Vermögenswert frei übertragbar. Die freie Übertragbarkeit hinter dem Rücken der AG ist aber ein Unding, wenn die neuen Aktien alten vinkulierten Aktien entstammen. Und hier erweist sich die Spaltungstheorie

in ihren Konsequenzen vollends als problematisch und gefährlich.

6. Bleibt die Einheitstheorie. Sie ist eindeutig und klar, währenddem die Spaltungstheorie in Theorie und Praxis Unklarheiten mit sich bringt. Die Einheitstheorie entspricht eben auch den praktischen Gegebenheiten.

Der Aktionär erhält das Stimmrecht dank der Beteiligung am Aktienkapital, dank seiner Risikoträgerschaft (Art. 692).

Die AG will wissen, wer vinkulierte Aktien besitzt. Sie will und soll darüber wirksam Kontrolle führen.

Für die Zirkulation der Aktientitel ist daher nicht maßgebend, was sich Veräußerer und Erwerber privat unter Vinkulierung vorstellen, sondern was die AG im konkreten Fall darunter versteht: eine eindeutige Bindung der Aktienrechte im Sinne der Einheitstheorie.

Die vinkulierte Aktie läßt sich nicht spalten.

Dr. Heinz Reichwein, Rechtsanwalt, Zürich:

Man wird kaum fehlgehen, wenn dem geltenden schweizerischen Aktienrecht ein gutes Zeugnis ausgestellt wird. Eine solche laudatio soll jedoch nicht hindern, die erforderlichen Anpassungen an die in der Vergangenheit erfolgte Entwicklung und die eingetretenen Wandlungen vorzunehmen. Sicher verdienen die mit der vinkulierten Namenaktie verbundenen Probleme und der Partizipationsschein die uneingeschränkte Aufmerksamkeit des diesjährigen Juristentages. Es bestehen aber noch andere Fragen, die nicht weniger Beachtung fordern.

Der Partizipationsschein in der von der Praxis entwickelten Ausgestaltung ist seinem Wesen nach nichts anderes als eine stimmrechtslose Aktie. Es ist unerläßlich, die wünschbaren Rechte und Pflichten aus diesem Beteiligungspapier zu überdenken und gesetzlich zu regeln. Das gleiche gilt für die Wandelobligation.

Im Zuge der gesetzlichen Regelung des Partizipations-

scheins wird sich zwangsläufig auch die Frage des gesetzlichen Mindestnennwertes der Aktie stellen. Es können keine stichhaltigen Gründe geltend gemacht werden, die gegen eine Herabsetzung sprechen, wobei an eine Reduktion bis auf einen Franken zu denken ist. Es bleibt dann der Praxis überlassen, in welchem Ausmaße sie von der Möglichkeit kleiner Nennwerte Gebrauch machen will. Unterbliebe die Anpassung an die bestehenden Bedürfnisse, so bestünde die Gefahr, daß die Praxis Auswege findet wie zum Beispiel durch die Emission von Teilzertifikaten, was neue Probleme aufwerfen würde und bezüglich der Ausübung des Stimmrechts nicht befriedigend wäre.

Art. 659 OR verbietet grundsätzlich der Aktiengesellschaft, eigene Aktien zu halten. Dieses Prinzip ist äußerst fragwürdig geworden, und es empfiehlt sich die Lösung, mindestens den Publikumsaktiengesellschaften zu ermöglichen, ihr Kapital ohne Liberierung im Sinne des «authorized capital» in bestimmtem Umfange zu erhöhen. Dadurch würden die Publikumsaktiengesellschaften ein elastisches Finanzierungsmittel in die Hand bekommen, indem sie nach Bedarf ihre eigenen Aktien über die Börse bzw. im außerbörslichen Handel zu plazieren vermöchten. Auch könnten dadurch auf einwandfreie Weise die für die Wandelobligationen erforderlichen Aktien bereitgestellt werden, ohne Umwege gehen zu müssen, die nach geltendem Recht regelmäßig mit einer Umgehung der Vorschriften über die Gründerhaftung verbunden sind.

Nicht zu befriedigen vermag die Bestimmung von Art. 652 OR über die Bezugsrechte, wonach der Minderheit durch Mehrheitsbeschluß das Bezugsrecht entzogen werden kann. Wünschbar ist eine Regelung, welche die Interessen der Minderheit schützt.

Viel wurde geschrieben über die vinkulierten Namenaktien und die sog. Dissoziation. Der heute bestehende Zustand darf nicht dramatisiert werden. Das Abkommen, welches unter der Ägide der Schweizerischen Bankiervereinigung zwischen ihren Mitgliedbanken und einer Großzahl

schweizerischer Publikumsaktiengesellschaften geschlossen worden ist, funktioniert gut und erfüllt seine Zwecke. Wo die Spaltung trotzdem eintritt, darf nicht vergessen werden, daß der bloße Buchaktionär an den einmal verkauften Aktien und somit auch am Stimmrecht kein Interesse mehr hat und bei richtiger Betrachtungsweise auch von jedem Recht ausgeschlossen ist.

Beachtung verdient in unserem Lande die im neuen deutschen Aktiengesetz verwirklichte Neuregelung des Depotstimmrechts der Banken. Unter Einhaltung eines komplizierten Verfahrens sind die deutschen Depotbanken gesetzlich verpflichtet, jeden einzelnen Aktionär, für den sie Aktien verwahren, vor jeder Hauptversammlung unter Beilegung eines Formulars um Erteilung von Weisungen für die Ausübung des Stimmrechts zu ersuchen. Dadurch wird eine Art indirekte Stimmabgabe auf dem Korrespondenzweg eingeführt. Fehlen Weisungen des Aktionärs, so hat die Bank das Stimmrecht nach ihrem eigenen Vorschlag auszuüben. Damit wollte das Ziel angestrebt werden, die Publikumsaktiengesellschaften vermehrt unter die Kontrolle der Aktionäre zu bringen. Meines Erachtens drängt sich eine entsprechende gesetzliche Regelung in der Schweiz nicht auf. Hingegen erscheint es als wünschenswert, daß die Verwaltungen der Publikumsaktiengesellschaften hierzulande das Interesse ihrer Aktionäre durch vermehrte und vor allem bessere Information (Vierteljahresberichte, Aktionärbriefe) wecken und wachhalten. Eine auf diese natürliche Weise herbeigeführte Bindung des Aktionärs an die Gesellschaft verspricht mehr als ein im Gesetz formuliertes Abstimmungsreglement.

Gewisse Fragen wirft die Solidarhaftung des Verwaltungsrates auf. Dem Begriff der Solidarität liegt der Gedanke der Haftung für das Verschulden und die Schuld eines andern zugrunde. Das ist das Prinzip des geltenden Rechts. Die neuesten Versuche, dieses Prinzip unter dem geltenden Recht aufzuweichen und den Ausgleich unter den einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates nicht im internen Regreß

zu finden, sondern in einer differenzierten externen Haftung zu suchen, widerspricht dem gesetzlich verankerten Prinzip der externen Solidarität. Hingegen ist de lege ferenda die Frage durchaus prüfenswert, ob nicht die externe Haftung differenziert werden sollte, und zwar im Sinne einer verschärften Verantwortlichkeit des Präsidenten (und Vizepräsidenten) sowie von Mitgliedern des Ausschusses, der Delegierten und Generaldirektoren unter entsprechender Entlastung nichtchargierter Organe. Durch eine solche Regelung könnte der komplexen Tatsache vermehrt Rechnung getragen werden, daß nach schweizerischem Aktienrecht der Verwaltungsrat als Gremium sowohl geschäftsführende als auch nur überwachende Funktionen auszuüben hat. Die letzte Konsequenz aus dieser Situation wäre allerdings eine Zweiteilung des Verwaltungsrates in einen Vorstand und einen Aufsichtsrat nach deutschem Vorbild, was auch noch in anderer Hinsicht Vorteile brächte. Es ist nicht zu verschweigen, daß eine solche Erweiterung der Gesellschaftsorgane für die Kleinen Aktiengesellschaften besondere Probleme aufwerfen würde.

Ein heißes Eisen ist die gesetzliche Behandlung der stillen Reserven. Bei der Diskussion geht es im vornherein nicht darum, Vorschriften über die Auflösung bereits bestehender stiller Reserven zu erlassen und damit steuerliche Konsequenzen heraufzubeschwören, die bei der bestehenden bundesstaatlichen Finanzordnung kaum lösbar wären. Vernünftigerweise kann nur davon die Rede sein, ob die Neubildung stiller Reserven einer strengeren gesetzlichen Regelung unterworfen werden sollte, was übrigens eine empfindliche Schlechterstellung der jungen Gesellschaften zur Folge haben müßte. Ich glaube indessen nicht, daß es im Interesse der Gesellschaft oder auch nur im wohlverstandenen langfristigen Interesse des Aktionärs liegt, die Bildung stiller Reserven im geringsten zu beschneiden, wie dies zum Beispiel im deutschen Aktiengesetz 1965 für die Reservebildung im allgemeinen geschehen ist. Eine maximale Selbstfinanzierung entspricht nicht nur dem ausgeprägten Spar-

willen und dem starken Unabhängigkeitsbedürfnis des Schweizers, sondern ist zugleich das wirksamste Linderungsmittel gegen wirtschaftliche Rezessionen und führt als automatischer Regulator zu bedeutenden volkswirtschaftlichen Vorteilen, beispielsweise im Hinblick auf möglichst kontinuierliche Steuerleistungen sowohl der Gesellschaft als auch der Aktionäre. Die Selbstfinanzierung bewahrt zudem vor Staatsinterventionen und dient in letzter Hinsicht dem Schutz der Privatwirtschaft sowie der Selbsterhaltung des freien Unternehmertums. Abgesehen davon bliebe die gesetzlich gleichmäßige Erfassung der stillen Reserven immer eine äußerst fragwürdige Angelegenheit; Bewertungen sind weitgehend Sache des Ermessens, und zuverlässige Abgrenzungskriterien der stillen Reserven von den Wertberichtigungen fehlen.

Die unbeschränkte Zulassung der Bildung stiller Reserven und der Ausschluß des Aktionärs von jeder Information darüber heißt aber nicht, daß gleiches auch für die Auflösung stiller Reserven gelten solle. Währenddem sich eine gegenüber der Wirklichkeit schlechtere Darstellung von Bilanz und Jahresrechnung mit dem obligationenrechtlichen Prinzip der Höchstbewertung durchaus vereinbaren läßt, stellen sich Bedenken ein, wenn die Auflösung stiller Reserven dazu verwendet wird, Betriebs- oder andere Verluste auszugleichen, um dadurch eine gegenüber den Tatsachen verbesserte Ertragsrechnung vorzutäuschen. Ein solches Vorgehen erscheint dann um so bedenklicher, wenn es sich um verhältnismäßig große Beträge handelt oder diese Praxis über mehrere Jahre geübt wird. Es dürfte deshalb gerechtfertigt sein, de lege ferenda zu fordern, daß die Auflösung von stillen Reserven der Generalversammlung bekanntgegeben werden muß. Dieses Erfordernis könnte dahin abgeschwächt werden, daß eine Meldepflicht nur besteht, wenn zum Beispiel die Auflösung betragsmäßig den Durchschnitt der in einer bestimmten Anzahl von Vorjahren gebildeten stillen Reserven übersteigt oder wenn die Auflösung das ausgewiesene Geschäftsergebnis wesentlich beeinflußt. Für die Banken, die als

Sammelbecken des Sparkapitals auf den öffentlichen Kredit angewiesen sind, wäre an separate Bestimmungen zu denken, die den besonderen Bedürfnissen Rechnung tragen. Eine solche Regelung sollte den Publikumsaktionär zufriedenstellen. Er kauft Aktien in erster Linie zu Anlagezwecken oder weil er zu spekulieren wünscht. Er hat auch jederzeit die Möglichkeit, kotierte Aktien an der Börse, nicht kotierte außerbörslich abzustoßen. Ein solcher Ausweg ist bei Familienaktiengesellschaften und überhaupt bei der Kleinen Aktiengesellschaft dem Aktionär verschlossen. Dieser Aktionär ist – zumal wenn als Minoritätsaktionär ungenügend dokumentiert – oft nicht einmal in der Lage, eine auch nur einigermaßen zuverlässige Bewertung seiner eigenen Aktien vorzunehmen und echte Verkaufsverhandlungen zu führen. Es dürfte deshalb angezeigt sein, bei einer Gesetzesrevision den Gedanken aufzugreifen, als angemessenes Korrelat jedem Aktionär, der zum Beispiel mindestens zwanzig Prozent des Aktienkapitals besitzt, einen unentziehbaren Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat zu gewähren. Dadurch würde ein gewisser Minoritätsschutz eingeführt, der generell für alle Aktiengesellschaften gelten würde.

Viel zu reden gibt in der Schweiz auch das Postulat der konsolidierten Bilanzierung. Daß unter allen denkbaren Verhältnissen, mögen sie noch so verschachtelt und international kompliziert sein, Konzernbilanzen erstellt (und veröffentlicht) werden können, wenn man will und allerdings die dazu erforderlichen technischen Voraussetzungen schafft, beweisen genügend Beispiele großer internationaler Konzerne, wobei in der Schweiz allerdings nur Landis & Gyr zu nennen ist. Indessen kommen heute auch die übrigen schweizerischen Konzerne kaum ohne interne Darstellungen mehr aus, die als Führungsinstrument unerläßlich sind und mindestens teilweise den Zweck konsolidierter Übersichten erfüllen. Der Gesetzgeber würde deshalb nicht etwas technisch Unerfüllbares verlangen, wenn er die Erstellung konsolidierter Bilanzen und deren Publikationen gebieten würde. Nicht gerechtfertigte steuerliche Nachteile

in der Schweiz würden sich für die Gesellschaften nicht einstellen, da der für die Besteuerung maßgebende Geschäftsabschluß der schweizerischen Muttergesellschaft von der Konzernbilanz unabhängig sein kann. Das gleiche kann allerdings unter gewissen Voraussetzungen für ausländische Fisci nicht behauptet werden, was allein schon größte Zurückhaltung gebietet. Hier ist auch zu bemerken, daß selbst das deutsche Aktiengesetz 1965, welches sehr strenge Bilanzierungsgrundsätze aufstellt, die Gliedgesellschaften mit Sitz im Ausland von der Einbeziehung in die Konzernbilanzen ausdrücklich ausgenommen hat. Allein ganz abgesehen von diesen Erwägungen, ist im Auge zu behalten, daß der Aussagewert konsolidierter Abschlüsse vom Aussagewert der zugrunde gelegten Abschlüsse der Gliedgesellschaften abhängt. Wird das Erfordernis der offenen Bilanzierung an die Gliedgesellschaften nicht gestellt und werden stille Reserven zugelassen, so ist der Aussagewert der Konzernbilanzen entsprechend beschränkt. Es dürfte deshalb mehr versprechen und in der Schweiz die einzig richtige Lösung sein, hier nicht den Weg des gesetzlichen Zwanges, sondern des guten Vorbildes und der «moral persuasion» zu gehen, wobei der Schweizerischen Kammer für Revisionswesen und den Revisionsgesellschaften zur Förderung einer nur schrittweisen Entwicklung eine bedeutende und dankbare Aufgabe zufällt.

Zu beachten sind weiter die hauptsächlich von seiten der Bücherexperten kommenden Vorschläge über die Gliederung von Bilanz und Ertragsrechnung und über eine präzisere Formulierung der Aufgabe der Kontrollstelle.

Damit sind einige mir wichtig erscheinende Revisionspunkte angedeutet worden, ohne Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu wollen. Es wäre nach meiner Überzeugung verfehlt, vor den dringenden Anforderungen, welche die Gegenwart an das schweizerische Aktienrecht stellt, die Augen zu verschließen. Die sich aufdrängenden vorbereitenden Arbeiten für eine Teilrevision sollten ohne Aufschub begonnen werden. Mehr als eine Teilrevision erscheint indessen nicht als angezeigt.

M. Maurice Penard, avocat, Bâle:

C'est dans la *perspective européenne* que je voudrais placer ma contribution à ce débat sur les problèmes actuels du droit de la société anonyme. Le droit suisse a la réputation, certes non usurpée, de constituer une législation de synthèse entre les droits d'inspiration germanique et latine. Le domaine des sociétés n'échappe pas à cette règle, bien au contraire. La formation d'un droit des sociétés nouveaux dans le cadre de la Communauté Economique Européenne, d'une part, et l'introduction de codes de sociétés entièrement révisés et refondus chez nos voisins du nord et de l'ouest, d'autre part, ne sauraient donc nous laisser indifférents. Nos rapporteurs s'y réfèrent fréquemment à l'occasion de l'examen de telle ou telle institution particulière du droit des sociétés. Il apparaît utile, à côté de ces mentions de référence, de faire le point de l'état d'avancement du droit européen dans son ensemble et de savoir quelles expériences et conséquences nous pouvons en tirer sur le plan suisse.

Le droit des sociétés du Marché Commun dispose, pour s'implanter, de deux voies. La première concerne les «*Directives*» émises par le Conseil des Ministres qui siège à Bruxelles. Elles sont prises à la *majorité* du dit Conseil et ont un caractère obligatoire qu'elles tirent des dispositions mêmes du Traité de Rome (art. 54 f et g). Ces clauses visent à supprimer les restrictions à la liberté d'établissement et d'activité des sociétés à l'intérieur du Marché Commun. C'est sur cette base qu'a été émis le projet de directive du 25 mars 1964, encore en discussion aujourd'hui. Ce texte pose un certain nombre d'exigences communes minima principalement en matière de *publicité* (à l'occasion de la constitution des sociétés), de *représentation* et de *nullité* de la société (dans le but de mieux garantir la sécurité des tiers dans leurs relations avec la société).

La seconde voie est celle de l'*harmonisation* dans le cadre du rapprochement des législations préconisé par l'art. 100 du Traité de Rome. Contrairement aux «Directives» dont le

champ d'application est nettement délimité, l'harmonisation peut s'étendre à tous les domaines du droit. Elle intervient en revanche seulement dans le cadre de décisions ayant obtenu l'agrément de l'*unanimité* des membres du Conseil des Ministres. L'harmonisation apparaît ainsi comme une procédure simplifiée de convention internationale, dispensée de ratification par les parlements nationaux. C'est dans le cadre de cette source législative que s'inscrit le *projet de société de droit européen.* Il s'agirait de constituer une forme nouvelle de société à ajouter à chacune des législations nationales à côté des formes déjà existantes. Cela reviendrait à l'introduction d'une loi uniforme internationale, du même type que celle adoptée en matière de change. Un tel projet de loi européenne sur les sociétés n'a, en l'état actuel des choses, pas encore été formulé.

Les organes compétents de Bruxelles n'ont même pas opté définitivement pour l'un ou l'autre des deux systèmes (directive limitée ou harmonisation générale), et il reste également possible que les deux voies soient poursuivies parallèlement. *Il n'existe ainsi à ce jour aucun droit européen des sociétés qui puisse, même dans la plus faible mesure, inciter à une révision du droit suisse.* On peut, au contraire, déceler dans la solution des systèmes proposés sur le plan européen, des tendances plus proches de la loi suisse que ne le sont certains droits nationaux de pays membres du Marché Commun; comme p.ex. en matière d'inscription au Registre du Commerce et d'effet constitutif de cette formalité.

La situation est bien différente sur le plan des législations nationales de nos voisins. Nous trouvons là des codes entièrement neufs.

Si le droit communautaire en matière de sociétés n'apparaît encore que comme une frêle et légère esquisse, il est frappant de constater combien les nouvelles lois française et allemande sont imprégnées de l'optique européenne. Les exposés des motifs et les comptes rendus des débats dénotent une recherche caractérisée d'harmonisation avec le droit du pays voisin. L'adoption – même à titre encore facultatif –

d'un Conseil de Surveillance de type allemand dans la nouvelle loi française est un signe manifeste de cette tendance.

Une autre caractéristique de ces nouvelles législations réside dans les efforts de réglementation de domaines nouveaux, tout particulièrement en ce qui concerne l'introduction d'un chapitre réservé au «*Konzern*». La question se pose de savoir si le droit suisse doit lui aussi s'engager dans cette voie. Quel que soit l'avis que l'on puisse avoir sur l'opportunité de telles normes, il paraît difficile de contester que le développement économique considérable des «Groupes» place le législateur en face d'une réalité économique nouvelle qu'il ne saurait ignorer. Le Professeur Bär (page 522 de son rapport) estime que l'examen des problèmes de la protection des minorités épuise presque la question des sociétés dépendantes, voire même des «Konzern». J'ai quelque difficulté à suivre jusqu'au bout cette conclusion. L'existence du «Groupe» pose tous les problèmes liés à la direction économique concentrée d'une série de sujets de droits distincts dont la destinée n'appartient plus entièrement aux organes traditionnels institués par la loi. Les discussions relatives au bilan, à la publicité ou à la protection des créanciers ne sont que quelques-uns des problèmes qui se posent *à côté de celui des rapports internes* et qui sont eux, pour l'essentiel, effectivement des questions de protection des minorités.

Ceci dit, il serait prématuré d'en conclure qu'une législations sur les «Konzern» s'impose, bien au contraire. Nous avons actuellement la chance de pouvoir observer deux exemples de codification entièrement nouveaux. La question de l'opportunité d'une réglementation légale de ce problème reste absolument ouverte. Rien ne nous dit que cette voie doive être préférée à des solutions jurisprudentielles introduisant progressivement et par retouches successives des normes peut-être beaucoup plus pratiques que celles conçues par de modernes technocrates. Quoi qu'il en soit, seule l'expérience dira si une législation détaillée et complète cherchant à saisir toutes les éventualités de la vie économique, ainsi que le fait la loi allemande, se révèle plus pratique

ou simplement plus viable que le système français qui se limite en fait à une définition des filiales et participations aux art. 354–359 du nouveau code des sociétés commerciales. Il ne serait donc pas sage de renoncer au bénéfice de l'expérience à laquelle il nous sera donné d'assister au cours des prochaines années. Toutefois, ces expériences n'auront qu'une portée relative, puisque les normes tant françaises qu'allemandes en matière de «Konzern» limitent leurs effets au territoire national. Si un problème se pose pour la Suisse, il concerne la participation internationale et non pas seulement locale.

Il ressort donc de l'ensemble de la situation que toute tentative de réglementation législative du «Konzern» apparaît pour le moins prématurée et que les législations européennes tant supranationales que nationales ne nous incitent d'aucune manière à nous engager dans une telle voie.

Dr. Georg Gautschi, Rechtsanwalt, Zürich:

1. Ob eine Uhr oder eine Verbandsperson funktioniert, hängt von der Ausbalancierung der bewegenden Kräfte ab. Das sind im Verein, in der Personen- und in der Kapitalgesellschaft:

Die Geschäftsführung, mit der Unruhe vergleichbar, die das Temperament zügelnde Kontrolle, und die Masse der nicht geschäftsführenden Gesellschafter, die mit ihren Beiträgen die Basis schufen, auf der das perpetuum mobile ruht.

2. Wie wir vorab die Publikumsgesellschaften regulieren, die Aktien oder Obligationen am Kapitalmarkt aufgenommen oder an den Effektenbörsen kotiert haben, wirkt sich nicht nur im gesellschaftlichen Innenleben aus. Es beeinflußt die Attraktivität der Aktie und Obligation als Ware, die an unseren Börsen den Konkurrenzkampf mit ausländischen Titeln bestehen muß. Daß die kotierten Schweizer Aktien seit dem Stand von 1962 trotz anhaltender

Hochkonjunktur ca. 20 Milliarden an Kurswert verloren haben, ist ebenso beachtlich wie der Rückzug nicht nur der Auslandgelder, sondern auch des Schweizer Sparkapitals aus den inländischen Anlagen. Kapitalerhöhungen führender Unternehmungen können nur noch mit Mühe untergebracht werden. Der Börsenhandel in schweizerischen Aktien leidet an einem beängstigenden Schrumpfungsprozeß.

3. Wir haben ein demokratisches, aus der Gründerzeit des 19. Jahrhunderts stammendes Aktienrecht 1936 unter einer schweren wirtschaftlichen Depression in einer Zeit revidiert, als die Nachbarn und ein Harst von Eidgenossen die Überlegenheit des autoritären Führungsprinzips lautstark propagierten.

4. Das Charakteristikum dieser Revision ist die Ausstattung des Geschäftsführungsorgans mit einer Machtfülle, die in den Aktiengesetzen des Erdballs ihresgleichen sucht. Sie übertrifft die Macht, die das hitlerdeutsche Aktiengesetz von 1937 Vorstand und Aufsichtsrat zusammen zugestanden hat.

Die Generalversammlung, nach Art. 698 OR immer noch oberstes Organ der AG, ist eine Illusion geworden. Sie wird dem nicht zur Verwaltung gehörigen Aktionär bewußt, wenn er, einmal pro Jahr, einen prächtig aufgemachten Jahresbericht und, von seiner Depotbank, eine Stimmvollmacht erhält mit dem Wink, den Anträgen der Verwaltung zuzustimmen. Tut er es nicht selbst, so tut es seine Bank gebührenfrei für ihn.

5. Werde ich an der angekündigten Generalversammlung teilnehmen, wenn ich

(1) weiß, daß Bericht und Rechnungen keinen Einblick in die tatsächliche Vermögenslage und Ertragsentwicklung der Gesellschaft vermitteln? Sie weisen das aus, was die Verwaltung den Aktionären zu sagen für richtig hält.

(2) zum voraus weiß, daß nach einer Präsidialadresse, aus

der ich viel über Volkswirtschaft, aber nichts über die Geschäftsführung erfahre, die Generalversammlung den Anträgen der Verwaltung zustimmen und unter Verdankung der nicht unentgeltlich geleisteten Dienste Entlastung erteilen wird?

und wenn mir (3) für die Beurteilung der Geschäftsführung die sachliche Information fehlt, geschweige denn der Einblick in die Unterlagen? Es wäre ein aussichtsloses Unterfangen, wollte ich versuchen, beides gegen den Willen einer Verwaltung zu bekommen, für die Schweigen Gold ist.

Kann man noch von Stimmrecht sprechen, wenn Jahresrechnungen diskussionslos genehmigt werden, von denen alle wissen, daß außer bei der Addition der Bilanzsumme die moderne Quantentheorie nicht gilt?

Ich beschließe, nicht hinzugehen, zumal ich am Verhandlungstage noch anderes zu tun und das unbestimmte Gefühl habe, ich sei nur willkommen, wenn die Verwaltung etwas vorschlägt, wofür sie ein qualifiziertes Quorum braucht.

6. Immerhin werfe ich einen Blick in Erfolgsrechnung und Bilanz. Da erscheint das Anlagevermögen meiner Konzerngesellschaft mit einem Betrag, über den ich den Kopf schüttle. Ist es möglich, mit ein paar Millionen einen Konzern aufzubauen, der die Konkurrenz mit den amerikanischen und deutschen Giganten aushält? Es scheint, ja. Nur ich kleiner Publikumsaktionär darf von den Geheimrezepten nichts wissen. Davon redet man nur unter sich und nur im Flüsterton.

7. Als Jurist ziehe ich mein Obligationenrecht hervor, Ausgabe von Herrn alt Bundesrichter SCHÖNENBERGER, und stoße auf Art. 663 Absatz 1:

«Die Jahresbilanz soll das Verhältnis zwischen den eigenen Mitteln und den Verbindlichkeiten der Gesellschaft zum Ausdruck bringen.»

Unmittelbar anschließend erfahre ich das Geheimnis der im Randtitel apostrophierten stillen Reserven. Die

Verwaltung darf nach dem Bundesgericht jede Aktivenposition mit einem beliebigen Mindestwert ausweisen. Sie darf sogar fiktive Passiven, z.B. als Abschreibungen oder Rückstellungen, einsetzen. Wenn dem so ist, wozu dann die folgenden Artikel 664–670 mit minutiösen Bestimmungen darüber, zu welchen Werten die einzelnen Bilanzposten einzustellen sind? Mich würgt die ketzerische Frage: Welch merkwürdiges Gesetz, das zehn exakte Gebote aufstellt, aber schon in der Präambel verkündet: Die Gebote brauchen nach unten nicht befolgt zu werden. Moses am Sinai hat es offenbar anders gemacht.

8. An Rechtsvergleichung gewöhnt, suche ich in den ausländischen Aktiengesetzen nach Ähnlichem. Ich gebe mich geschlagen. Da kommt der erlösende Gedanke: Das liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht von 1926. Im allgemeinen Abschnitt über Verbandspersonen unter dem Titel «Bilanzgrundsätze» liest man in Art. 204:

«Eine Bilanzierung zu Ansätzen, die hinter dem nach Gesetz zulässigen Wert der Aktiven am Bilanztage zurückbleibt, sowie die Anlage anderer stiller Reserven durch die Verwaltung ist im Rahmen dieses Gesetzes und der Statuten im Interesse einer möglichst gleichmäßigen Gewinnverteilung und zur Konsolidierung des Unternehmens gestattet.»

Die Übereinstimmung mit unserem zehn Jahre später verabschiedeten Aktienrecht ist frappant. Was prominente Parlamentarier als «Perle des Gesetzes» und «die stille Kraft unserer Volkswirtschaft» priesen, ist Geistesgut, das wir nur mit Liechtenstein teilen. Mag die Inspiration des fürstlichen Gesetzgebers aus unseren frühen Entwürfen stammen oder nicht. Es erheben sich zwei einfache Fragen: Ist das, was für Liechtenstein gut sein mag, das Richtige für die Schweiz? Warum haben fast alle anderen Aktienrechte den entgegengesetzten Weg eingeschlagen?

Die Antwort ist im Kommentar Bürgi Art. 662/63 N. 85 zu finden:

«Die Frage der Zulässigkeit der stillen Reserven betrifft

tatsächlich die Grundkonzeption der AG. Durch ihre Zulassung wird die Verwaltung zum nahezu unbeschränkten Herrn des Unternehmens. Wenn die Verwaltung über die Bildung und Inanspruchnahme der stillen Reserven keine Auskunft schuldet, beschränkt sich ihre Orientierungspflicht im Grunde auf einige Hinweise über den allgemeinen Geschäftsgang.»

und unter N. 29:

«... aber die Verwaltung hat es doch weitgehend in der Hand, die Bilanz so aufzustellen, daß ein zum voraus bestimmter Reingewinn ausgewiesen wird. Der Gesetzgeber nahm dabei bewußt in Kauf, daß die Jahresbilanz keinen Ausweis über den wirklichen Vermögensstand der Gesellschaft bildet und lediglich über das mindestens vorhandene Reinvermögen orientiert.»

Nach dieser Belehrung beschließe ich, eigene Reingewinne in ausländischen Aktien anzulegen, vorab solchen der USA (trotz des gegenwärtigen Kursrückganges), wo eine drakonische Gesetzgebung unter härtesten Strafsanktionen dafür sorgt, daß ein weltweites Publikum quartalsweise über Ertragsentwicklung und Vermögensstand der Publikumsgesellschaften wahrheitsgemäß informiert wird. Zudem sind die amerikanischen Aktien rentabler, selbst wenn man zu den gegenwärtigen Tiefstkursen in die schweizerischen Papiere einstiege.

9. Trotzdem lese ich noch den Revisionsbericht meiner heimischen Gesellschaft. Er lautet: «In Ausführung des uns übertragenen Mandates bestätigen wir, daß die Bücher der X AG ordentlich geführt sind (woran ich nie gezweifelt habe) und daß die Rechnungen den gesetzlichen Bewertungsvorschriften entsprechen. Wir schließen uns den Anträgen der Verwaltung an, den Jahresgewinn zur Auszahlung einer Dividende von 8% auf dem Nominalwert (= 0,9% auf dem Steuerwert) zu verwenden und den Rest auf neue Rechnung vorzutragen. Wir beantragen, die Verwaltung unter Verdankung der geleisteten Dienste zu entlasten.»

Daraus schließe ich voreilig: Also stimmt doch alles. Die gesetzlichen Bewertungsvorschriften der Art. 664–670 sind eingehalten.

Aber eben: Art. 663 gehört zu den Bewertungsvorschriften. Und er besagt, die Verwaltung dürfe beliebig unterbewerten. Das Bundesgericht bestätigt, das Prüfungsrecht der Kontrollstelle sei rein formell. Ob stille Reserven zur Konsolidierung notwendig seien, sei Geschäftsführungspolitik. Das gehe die Kontrollstelle nichts an. Doch selbst wenn diese den Schlund kennt, der die Gesellschaftsgewinne schluckt, ist ihr nach Art. 730 OR der Mund gestopft.

10. Merkwürdig... Professor Egger lehrte uns: Das Aktienrecht von 1936 bringt eine Verantwortung der Verwaltung schon für leichte Fahrlässigkeit. Abermals im OR blätternd stoße ich auf Art. 722, Absatz 3:

«Die Verwaltung ist dafür verantwortlich, daß ihre Protokolle und diejenigen der Generalversammlung sowie die notwendigen Geschäftsbücher regelmäßig geführt werden und daß die Gewinn- und Verlustrechnung sowie die Bilanz nach den gesetzlichen Vorschriften aufgestellt und der Kontrollstelle zur Prüfung unterbreitet werden.»

Also doch: Bilanzierungspflicht nach den in Art. 959 proklamierten Grundsätzen der Wahrheit und Klarheit und nach den Bewertungsvorschriften der Art. 664–670 OR. Strenge, sogar strafrechtliche Verantwortung der Verwaltung: Gefängnis bis zu drei Jahren kumuliert mit Buße bis zu Fr. 20000.— für unwahre Angaben in Geschäftsberichten, Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen. Art. 152 StGB. Aber alles ist toter Buchstabe. Es gibt kein Strafurteil zu Art. 152 StGB. Nach liechtensteinischer Rezeptur darf die Geschäftsführung alles, nur darf sie nichts überbewerten. Schon aus steuertechnischen Gründen besteht keine Gefahr der Überbewertung. Davor schützen zudem die verschärften Strafbestimmungen im Konkursfall: Art. 166 StGB.

Die Übernahme des liechtensteinischen Vorbildes macht die zivil- und strafrechtliche Verantwortung für die Rechnungslegung, Schlagader der Kapitalgesellschaft, zu einer Proklamation auf dem Papier.

Welcher Aktionär könnte auf dieser Basis wagen, einen Verantwortlichkeitsprozeß gegen die Verwaltung zu starten? Bei hohem Kostenrisiko kann er nichts für sich gewinnen. Er kann nur auf Leistung an die Gesellschaft klagen, solange diese nicht bankerott ist.

11. Abschließend:

Ob in der AG die korporativen Kräfte richtig ausbalanciert sind, einmal so, daß sie entsprechend ihrer Zweckbestimmung wirksam werden, andererseits so, daß eine Machtballung durch eine erhöhte Verantwortung aufgewogen wird, ist kein schweizerisches Problem. Es präsentiert sich in jeder Korporation in allen Breitengraden. Auch die Bilanzgleichung: Aktiven = Fremdkapital plus Eigenkapital, ist überall die nämliche. Ein Sonderfall Schweiz existiert auch hier nicht.

Mir scheint, die 1936 vorgenommene Verteilung der Gewichte: Geschäftsführende Verwaltung als einzige reale Potenz, kein Aufsichtsorgan und machtlose Kontrollstelle unter der Fuchtel der Verwaltung, verbürge kein Gleichgewicht. Sie macht die Generalversammlung zur überflüssigen Dekoration und den kleinen Minderheitsaktionär drückt sie mit wohlerworbenen aber inhaltslosen Rechten ganz an die Wand.

Die schon kurz nach 1936 in Kraft getretene Wehrsteuergesetzgebung anerkennt den Nibelungenhort der stillen Reserven nicht. Die kantonalen Steuergesetze sind ihr gefolgt. Nur der Aktionär und die Gesellschaftsgläubiger haben kein Recht, die Wahrheit zu wissen. So gibt es ein halbes Dutzend verschiedene Bilanzen der AG, nur keine, die den gesetzlichen Bewertungsvorschriften entspricht.

Eine gut regulierte Uhr läuft auch unter Temperatur- und Konjunkturschwankungen. Daß die stürmische Hausse der Fünfzigerjahre oder die Baisse, die das fünfte Jahr andauert, dem Aktienrecht von 1936 gut bekommen sei, läßt sich kaum behaupten.

Es leidet an einigen konstitutionellen Schwächen, über die mehr zu sagen die Kürze der Sprechzeit verbietet.

Immerhin einen Gedanken, den der Herr Präsident an den Eingang der diesjährigen Tagung gestellt hat, aufnehmend, stelle ich die Parallelität des öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Themas fest: Wenn wir sogar unserer Landesregierung zumuten, daß sie sich einer erhöhten und wesentlich verschärften Kontrolle unterzieht, so ist es, glaube ich, keine allzugroße Zumutung, auch den Verwaltungen der privaten Aktiengesellschaften von Gesetzes wegen nahe zu legen, daß sich ihre Tätigkeit in Zukunft in einer besseren Beleuchtung abspielen soll.

Prof. Dr. W.F. Bürgi, Handelshochschule, St. Gallen:

Gestatten Sie mir zunächst einige Einzelprobleme, die in den sehr interessanten Ausführungen der beiden Referenten behandelt worden sind, zu berühren und nachher einige allgemeinere Bemerkungen über das Problem einer Gesamtrevision des Aktienrechts anzubringen.

Unter den behandelten Problemen wird die nur in der Schweiz so beliebte Vinkulierung von Herrn Kollegen Bär mit großem persönlichem Scharfsinn erneut behandelt und die Spaltung abgelehnt. Insbesondere die heute beim Verkauf von vinkulierten Aktien anerkannte Spaltung in persönliche und wirtschaftliche Rechte ist von Befürwortern und Gegnern in den letzten Jahren mit so vielen interessanten und überzeugenden Argumenten behandelt worden, daß sich als Ergebnis wohl zeigte, daß beide Auffassungen rechtlich gleichermaßen vertretbar sind.

Das Bundesgericht hat trotz vieler Kritik an der freien Übertragbarkeit der Vermögenswerte bis heute festgehalten, nach meiner Überzeugung mit vollem Recht.

Bei der außerordentlichen Verbreitung der vinkulierten Aktien in der Schweiz wäre die Möglichkeit, daß die Gesellschaft auch die Veräußerung der Vermögensrechte verhindern könnte, von außerordentlicher Tragweite. Sie würde

wohl eines der wenigen, ja vielleicht das wichtigste Schutzrecht der Minderheitsaktionäre, wenigstens über ihre Vermögensbeteiligung verfügen zu können, vernichten und sie endgültig der in der Gesellschaft herrschenden Mehrheit ausliefern. Eine derartige Maßnahme würde aber nicht nur den Interessen der Minderheitsaktionäre widersprechen, sondern auch volkswirtschaftlich großen Schaden anrichten. Seit einigen Jahren ist, übrigens nicht nur in der Schweiz, die Bereitschaft, der Industrie bei Kapitalerhöhungen weitere Mittel zur Verfügung zu stellen, ganz außerordentlich gering geworden; sie würde zweifellos noch viel kleiner, wenn die Erwerber von Bezugsrechten damit rechnen müßten, daß es der Gesellschaft freisteht, später eine Verfügung über diese Vermögenswerte zu verhindern. Ich glaube nicht, daß wir es uns in der gegenwärtigen Börsensituation leisten können, durch rechtliche Maßnahmen die Weiterfinanzierung unserer Industrie noch mehr zu gefährden. Zugeben möchte ich ohne weiteres, daß die Spaltung in persönliche und in wirtschaftliche Rechte keine schöne Lösung darstellt. Trotzdem ist sie besser als eine weitere Schwächung der Minderheitsaktionäre.

Materiell ist dazu weiter zu bemerken, daß die ratio legis der Vinkulierung unbestreitbar darin liegt, die Mitsprache unerwünschter Elemente in der Gesellschaft zu verhindern. Dieser Zweck ist von der heutigen Lösung, der Aufteilung in persönliche und wirtschaftliche Rechte, weitgehend erreicht worden. Auch das Argument, daß Buchaktionäre nachher als Strohmänner des neuen Vermögensinhabers auftreten könnten, erscheint mir keineswegs überzeugend. Ich bestreite nicht, daß derartige Umgehungsgeschäfte vorkommen mögen, aber Umgehungsgeschäfte sind immer und überall möglich; sie würden auch nicht ausgeschlossen, wenn die wirtschaftlichen Rechte nur mit den persönlichen zusammen verkauft werden könnten.

Ich begrüße deshalb das Festhalten des Bundesgerichts an der theoretisch zwar nicht schönen, aber praktisch brauchbaren Spaltung. Eine Änderung dieser Rechtssitua-

tion könnte vielleicht bei Anlaß einer Revision versucht werden, etwa in der Art, daß, wie es im Ausland üblich ist, die Voraussetzungen für eine Vinkulierung eingeschränkt und genauer festgelegt würden.

Ich teile die Auffassung von Herrn Kollegen Bär, wenn er die Notwendigkeit einer Verstärkung der wohlerworbenen Rechte postuliert, und es hat mich gefreut, daß er dieses wichtige Thema in seinen heutigen mündlichen Ausführungen noch eingehender behandelt hat. Die Stellung der Minderheiten wird entscheidend sein für Charakter und Struktur einer neuen Ordnung, und es wird eine der Hauptaufgaben sein, bei einer Revision gerade diesem Problem höchste Beachtung zuzuerkennen. Das grundsätzliche Verhältnis zwischen Gesellschaft und Aktionären bleibt eben das entscheidende Kriterium für den Geist eines Gesetzes über Aktiengesellschaften.

Die heutigen Publizitätsmängel betrachte ich mit weniger Optimismus als Herr Kollege Hirsch. Zweifellos wäre es möglich, einige von den zahlreichen und schwerwiegenden Mängeln unseres Gesetzes auf diesem Gebiet einstweilen de lege lata durch eine entschiedenere Auslegung zu vermindern. Die wesentlichsten Mängel aber können nur durch eine Revision beseitigt werden. Dies gilt sowohl für das Ausmaß der Aufgaben, welche der Kontrollstelle von Gesetzes wegen zustehen; sie erscheinen insbesondere im Hinblick auf die materielle Prüfung noch zu unbestimmt und wohl auch zu gering. Auch die subjektiven Voraussetzungen für eine Wahl als Kontrollstelle können nur de lege ferenda verbessert werden. Dasselbe gilt bestimmt auch für das Problem der Inkompatibilität. Das Gesetz sieht auch nicht vor, daß Bilanz und Jahresrechnung eine minimale Gliederung aufweisen müßten, wie es z.B. im deutschen Recht der Fall ist. Es dürfte möglich sein, eine gewisse Gliederung und auch die formellen Anforderungen an den Jahresbericht durch Auslegung etwas zu vermehren. Gänzlich undenkbar ist es dagegen, die Probleme, welche mit den stillen Reserven zusammenhängen, anders als durch positive Gesetzesvorschrift neu

zu ordnen. Das Auskunfts- und Kontrollrecht der Aktionäre ist bekanntlich im Interesse der Äufnung stiller Reserven so sehr ausgehöhlt worden, daß ihm heute kaum mehr eine praktische Bedeutung zukommt; eine vermehrte Offenlegung der Verhältnisse den Aktionären gegenüber durch die Gesellschaft würde aber nur ausnahmsweise wirkliche Gefahren enthalten. Persönlich glaube ich dagegen nicht, daß die Bildung stiller Reserven in Zukunft verboten oder auch nur sehr erheblich beschränkt werden sollte; denn ihre große Bedeutung für die Selbstfinanzierung ist durch die Praxis eindeutig bewiesen worden.

Gestatten Sie mir nur noch einige Bemerkungen allgemeineren Charakters.

Insbesondere von Herrn Kollegen Bär, aber auch von andern Rednern ist die Auffassung vertreten worden, daß möglicherweise Teilrevisionen genügen würden, um die heute bestehenden Mißstände abzuschaffen. In diesem Sinne wurde verlangt eine Verbesserung der wohlerworbenen Rechte, eine Straffung der Publizitätsvorschriften und eine weitere Ausgestaltung der mit neuen Finanzierungsmethoden zusammenhängenden wertpapierrechtlichen Probleme (Wandelanleihen, Partizipationsscheine usw.). Zweifellos liegen hier die Hauptprobleme; aber wenn man bedenkt, daß diese drei Problemkreise sich auf sozusagen alle wichtigen Fragen des Aktienrechts auswirken, scheint es mir unmöglich, durch eine bloße Teilrevision eine moderne und einheitliche Lösung herbeizuführen. Ich glaube deshalb, daß sich in absehbarer Zeit doch die Vorbereitung einer Generalrevision aufdrängen dürfte. Wir wissen aus Erfahrung, daß eine derartige Revision mindestens zehn, wahrscheinlich aber zwanzig Jahre beanspruchen würde, und ich glaube deshalb, daß ihre allmähliche Vorbereitung, die uns zwingen würde, uns mit all diesen wichtigen Problemen konkreter als bisher abzugeben, nicht mehr allzuweit herausgeschoben werden sollte.

Bei einer Revision des Aktienrechtes wird uns die Rechtsvergleichung besonders wertvolle Dienste leisten können.

Die neuen wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten, die sich seit dem ersten Weltkrieg durchgesetzt haben, zwangen unsere Nachbarländer zu einer rascheren Anpassung als uns selbst. Wir können deshalb aus ihren neuen Gesetzen und den damit gemachten Erfahrungen zweifelos viel lernen.

Grundsätzlich zu überdenken ist auch die Stellung, die dem gegenseitigen Verhältnis von Aktionär und Gesellschaft zukommen soll, einerseits durch eine gewisse Verstirkung der wohlerworbenen Rechte, anderseits durch die notwendige Rücksichtnahme auf Gesellschaft und Unternehmen, wozu auch die Interessen der Arbeitnehmer gehören. Das Bundesgericht hat diesen Interessenausgleich seit Jahren gesucht, aber es zeigt sich immer deutlicher, daß die Interessenabwägungslehre im bisherigen Sinne weder Rechtssicherheit noch klare Richtlinien garantiert, jedenfals dann nicht, wenn sie voraussetzt, daß die Gesellschaftsinteressen immer den Vorrang genießen sollten.

Ich teile auch die heute wiederholt vertretene Ansicht, daß die rechtliche Stellung der Aktionäre und der Organe in anonymen Groß- und in persönlich ausgestalteten Kleingesellschaften in wesentlichen Punkten so verschieden ist, daß diese Verschiedenheit auch im Gesetz zum Ausdruck kommen müßte, zum mindesten in der Weise, daß einzelne Sonderbestimmungen für Kleingesellschaften aufgestellt würden.

Schließlich sei auch noch kurz darauf hingewiesen, daß die übernationalen Zusammenschlüsse wirtschaftlicher Art, welche nicht nur die Gegenwart, sondern wohl in noch vermehrtem Maße die Zukunft mitbestimmen werden, bei jeder Revisionsarbeit gebührend berücksichtigt werden müssen. Dies setzt wiederum vermehrte Beschäftigung mit rechtsvergleichenden Problemen voraus; es ist sehr erfreulich, feststellen zu können, daß sich verschiedene Institute an schweizerischen Universitäten neuerdings systematisch mit der Erforschung dieser Probleme befassen.

Prof. Dr. W. R. Schluep, St. Gallen:

Beiden Referenten gebührt der Dank der Versammlung für die Exposition der Probleme und den Aufriß möglicher Lösungen. Es mag überrascht haben, daß Herr Kollege Hirsch – wohl entgegen seinem Temperament – die Organisationsfragen etwas zaghaft und ohne die erwartete Abrechnung (sozusagen mit der «Rechnung der A.G.») erörtert hat. Man darf ihm das aber nicht verargen; denn es geht ja heute nicht um die Revision, sondern um die Herausstellung von Aktualitäten. So gesehen genügte es zu zeigen, daß die offenkundigen Mängel unseres Publizitätsrechts de lege lata kaum behoben werden können. Doch will mir scheinen, Herr Hirsch habe in diesem wohlverstandenen Streben mitunter das häufig gebotene «Gewehr bei Fuß» auch dort befolgt, wo Angriffe schon nach geltendem Recht möglich gewesen wären. So überzeugen mich die Gründe nicht, die Herr Kollege Hirsch gegen die Befugnis der GV etwa zur Korrektur der Bilanzansätze vorbringt. Es besteht wahrhaftig kein Anlaß, der GV eines der wenigen verbleibenden Rechte in Richtung auf Bilanzwahrheit abzusprechen. Die Gläubiger sind meines Erachtens durch die gesetzlichen Höchstbewertungsvorschriften ausreichend geschützt.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen die Ausführungen unseres Kollegen Rolf Bär. Man hat allgemein erwartet, daß die von Herrn Kollegen Bär vor Jahren angerufene Typologie nun ihre Früchte tragen werde. Im Ergebnis darf man der nun doch konventionell gewordenen Typik durchaus zustimmen. Wer teleologisch auslegt, muß, wenn er es mit Gesellschaften zu tun hat, ein Leitbild unterlegen, soll anders er den funktionalen Bezug der auszulegenden Norm nicht ganz und gar verwischen. Das versteht sich für das zwingende Organisationsrecht von selbst. Offen ist nur, wie es sich mit den erlaubten Abwandlungen verhält, zu denen Herr Kollege Bär sogar die Einführung von Nebenleistungspflichten rechnet. Hier frage ich mich, ob die Typologie nicht ungerecht wird, wenn – wie Herr Kollege Bär es vor-

schlägt – erlaubte statutarische Abweichungen unter dem Gesichtspunkt der Typentreue nach Möglichkeit so behandelt werden sollen, wie wenn re vera der reine Typ vorläge.

Was endlich die Eignung der Typizität zur Maßstabbildung für die Scheidung richtiger und unrichtiger Beschlüsse betrifft, so bleibt von der Divergenz der Auffassungen nicht eben viel übrig. Mit Herrn Kollegen BÄR bin ich der Meinung, das Mehrheitsprinzip sei primär eine Techne, um überhaupt den Beschluß und damit die zweckgerichtete Tätigkeit der Gesellschaft zu ermöglichen. Die von EUGEN HUBER und HERBERT KRÜGER etwa angetönten materiellen Rechtfertigungen des Mehrheitsprinzips im Sinne des vermutlich richtigen Ergebnisses einer Mehrzahl übereinstimmender Auffassungen ist schon deshalb im Aktienrecht nicht schlüssig, weil Mehrheit hier nicht Mehrzahl, sondern Kapitalüberhang bedeutet.

Nun soll das Richtige nach Auffassung unserer verehrten Referenten das sein, was der typische Aktionär will. Jedem ist damit aufgegeben, dafür besorgt zu sein, daß dem Willen des typischen Aktionärs genügt wird. Deshalb hat – wenn ich richtig verstehe – die Lehre vom Rechtsmißbrauch im System unseres Kollegen ausgedient. Denn wenn der Aktionär kein Recht hat, anders zu wollen als der typische Aktionär wollen müßte, so kann er auch nicht mißbräuchlich wollen. Er kann allenfalls sozusagen «ultra vires» handeln. Damit wird der typische Aktionär in der Tat zum entscheidenden Maßstab. Im Referat macht nun unser verehrter Kollege BÄR, wie mir scheint, klar, daß der typische Aktionär mit dem Typus der AG recht wenig zu tun hat. Denn es ist ja ganz schlicht zu ermitteln, was der typische Aktionär will, was mithin auch alle andern Aktionäre eigentlich wollen müßten. Das ist aber die Frage nach der Zweckgerechtigkeit. Eine inhaltliche Konkretisierung kann hier vom Typus der Gesellschaft her nur zum Schein gewonnen werden. Denn selbst wenn man unterstellte, der typische Aktionär sei wirklich – ich zitiere – «der gewinnstrebige, nicht nur auf kurzfristigen Spekulationserfolg, sondern überdies auf eine

wertbeständige Anlage bedachte», so verlöre sich solche Normativwirkung in mangelnder Schärfe. Demgegenüber wirkt das Unternehmen als Leitbild konkreter und doch auch zweckgerecht, weil es ja Zweckmittel ist.

Aber all das steht nicht gegen die Richtigkeit des Bär-schen Prinzips, daß die Mehrheit material gebunden ist. Auch das praktische Ergebnis weicht im Grunde nicht von jener Theorie ab, die der Mehrheit statt des typischen Aktionärs den wohlverstandenen Unternehmungsschutz als Richtschnur ziehen will. Wir sind uns einig darüber, daß die Lehre vom «Unternehmen an sich», die Vergötterung transpersonaler Werkwerte also, abzulehnen ist. Wenn Herr Kollege Bär den typischen Aktionär zum Maß nimmt, so meint er damit auch – darüber besteht nach dem Referat ein Zweifel nicht mehr – den Unternehmensschutz. Und umgekehrt reicht der Unternehmensschutz nach meiner Meinung nur so weit, wie er als Ausgleichsprinzip wirksam ist, wie er also auch wohlverstandene Aktionärinteressen mitbegreift.

Damit reduziert sich der Widerstreit auf die Frage, wo man zweckmäßigerweise ansetzen solle: beim Aktionär oder beim Unternehmen. Herr Kollege Bär bringt mit guten Gründen vor, der Unternehmens-«approach» sei gefährlich, weil er einmal einen bloßen Wertungsgesichtspunkt zum Ausgleichungsprinzip – also einen Teilwert zum Vollwert – stemple. Und zweitens weil das Wort «Unternehmen» eben durch langjährigen Umgang mit der Lehre vom «Unternehmen an sich» die Ehrbarkeit eingebüßt habe und daher sozusagen zweideutig wirke.

Demgegenüber scheint es mir nach wie vor richtig, das Unternehmen als Versöhnungsprinzip vor den typischen Aktionär zu stellen, und zwar aus folgenden Erwägungen: Einmal bekenne ich mich – obwohl es da und dort anrüchig geworden ist – zu denen, die Richtlinien zur Beilegung von Konflikten primär im Gesetz suchen. Hier zeigt sich nun, daß das Gesetz etwa in der Frage des Dividendenrechts beim Unternehmen und nicht beim Aktionär ansetzt. Anderseits vermag ich keine Norm zu sehen, nicht einmal 646 OR, in der

der typische Aktionär auch nur den Umständen nach zum normativen Leitbild erhoben wäre. Drittens halte ich es für unklug, mit dem Bild des typischen Aktionärs den Pluralismus im Aktienwesen gleichsam zu übertünchen. Wie das Staatsvolk sind auch die Aktionäre keine Einheit, die zum Maß tauglich wäre. Ich darf dazu aus dem Referat des Herrn Kollegen BÄUMLIN zitieren: «Das Volk ist keine vorgegebene Einheit, nicht eine Gemeinschaft der Gleichartigen, weder nach dem Wissen und Können, noch nach den Anschauungen und Interessen der Einzelnen» (214f.). In der Tat ist für die Identitätstheorie trotz der Lehre von der juristischen Person auch im Privatrecht kein Raum.

Schließlich steht die Versöhnung der Interessen durch wohlverstandenen Unternehmensschutz auch methodisch richtig, nämlich gegen die Loslösung sozusagen rein ziviler Interessen aus dem soziologischen Kontext und für den Einbezug aller erheblichen soziologischen Fakten und aller Werte, wie das schon JHERING und in den USA POUND gefordert haben. So halte ich es auch zivilrechtlich für vertretbar, daß Sozialleistungen zu Gunsten der Belegschaft der AG um ihrer selbst willen erbracht werden und nicht nur, weil eine zufriedene Arbeiterschaft – ich zitiere Herrn Kollegen BÄR – «durch das typische Aktionärinteresse an einer langfristigen Anlage gedeckt» (520) ist. Daher bleibt für mich der wohlverstandene Unternehmensschutz Bild und Vorbild der immer wieder gestellten Aufgabe einer gerechten Lösung, weil nach den Worten ALFRED SIEGWARTS gewiß ist, «daß alle Beteiligten, deren Ziele schützenswert sind, sich jedenfalls zusammenfinden in der Sorge um die Erhaltung des Unternehmens». Aber gerade deshalb gebührt Herrn Kollegen BÄR Dank; denn er hat deutlicher als andere herausgestrichen, daß nicht schon die Förderung des Unternehmens schlechthin, sondern bloß die Ausgleichswirkung des Unternehmens genügen darf. So ist es zutreffend, daß nicht jede Selbstfinanzierung durch das wohlverstandene Unternehmensinteresse gedeckt ist, aber – und hier zeigt sich ein Gegensatz zur Meinung unseres verehrten Referenten – es ist auch

nicht jede aus offenen Reserven finanzierte Expansion *per se* untersagt. Die Grenze liegt grob gesagt dort, wo die außerbetriebliche Reinvestition höhere Renditen erwarten läßt als die innerbetriebliche Verwendung. Als Korrelat gehört aber dazu die Austrittsmöglichkeit der Minderheit.

Anderseits muß offen zugestanden werden, daß es Konflikte gibt, in denen der Ausgleich, der echte Kompromiß also, auch durch wohlverstandenen Unternehmensschutz nicht bewirkt werden kann, etwa weil die Kollision gar nicht auf das Unternehmen bezogen ist. Oder weil – wie in gewissen Familienaktiengesellschaften – ein schützenswertes Einzelinteresse angesichts der Verquickung der persönlichen Interessen der Mehrheit mit dem an sich durchaus legitimen Unternehmensschutz nicht den Ausgleich, sondern den Vorzug eines der beteiligten Interessenten fordert. Aber damit bewegen wir uns – erlauben Sie mir die Rezeption – im Bereich der atypischen Sachverhalte.

Lassen Sie mich schließen mit zwei Bemerkungen zum Vinkulierungsproblem. Vorab ist auch hier Herrn Kollegen Bär zu danken für die gekonnte Lüftung des wertpapierrechtlichen Schleiers. Daß die Spaltung aktienrechtlich unzulässig wird, ist hinzunehmen, wenn man die Maxime bejaht – und ich glaube, man muß sie bejahen –, daß es weder Macht ohne Risiko noch Risiko ohne Macht geben darf. Aber Maximen stehen selten isoliert da. Ist es nicht auch ein tragender Grundsatz des Privatrechts, daß Mitgliedschaften lösbar sein müssen und daß private Körperschaften nicht ohne Ermächtigung expropriieren dürfen? Hier gilt es, wie im Gesellschaftsrecht überhaupt, sorgsam zu wägen und zu bedenken, daß im Bereich des Sozialen das allseitig verwurzelte Bestmögliche mitunter besser ist als das vom Höhenwind verwehte Beste.

M. Charles-André Junod,
professeur à l'Université de Genève:

Parmi les diverses questions abordées par les rapporteurs, deux points me paraissent mériter une attention particu-

lière, sous l'angle de la revision de notre droit de la société anonyme.

Le premier intéresse les bons de jouissance. Les deux rapporteurs ont relevé l'innovation que représente le recours croissant à cette forme de papier-valeur comme instrument de financement. Je voudrais ajouter, à ce propos, qu'un obstacle fiscal non négligeable va très prochainement disparaître. Il s'agit de la pratique administrative, consacrée par le Tribunal fédéral, selon laquelle le remboursement des bons de jouissance, même à leur valeur (nominale) d'émission, est traité comme une distribution de bénéfice («prestation appréciable en argent» au sens de l'article 5, alinéa 2 LC, auquel renvoie l'article 4, alinéa 1, lettre a AIA)[1]. Cette pratique, fondée sur une interprétation stricte des dispositions légales précitées, ne constituait pas un obstacle majeur aux utilisations traditionnelles et limitées des bons de jouissance, mais elle serait probablement apparue comme incompatible avec une grande extension de leur usage. La difficulté n'a pas été résolue explicitement par la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA). Toutefois, la définition de l'impôt contenue à l'article premier, alinéa 1 LIA implique clairement que cette anomalie devra cesser, puisque aussi bien l'impôt anticipé ne pourra plus avoir pour objet que «les r e v e n u s de capitaux mobiliers, les gains faits dans les loteries et les prestations d'assurances»; l'article 4, alinéa 1 LIA le confirme en précisant qu'il faut entendre par «revenus de capitaux mobiliers... les intérêts, rentes, participations aux bénéfices et tous autres rendements», de certains papiers-valeurs ou autres avoirs. En conséquence, l'ordonnance d'exécution actuellement en cours d'élaboration spécifiera *expressis verbis* que le remboursement des bons de jouissance (tout au moins de leur valeur nominale effectivement libérée) ne sera plus frappée de l'impôt anticipé.

Cet obstacle levé, la tendance actuelle pourra s'affirmer.

---

[1] Cf. M. Virot, Fiche Juridique Suisse No 531, page 2, et la jurisprudence citée; voir également ATF 83 I 128 ss.

Or, ce serait fermer les yeux devant les réalités que de méconnaître que dans la plupart des cas, les bons de jouissance nouvellement émis le sont en lieu et place des actions sans droit de vote qu'ignore notre Code; certaines sociétés ont d'ailleurs eu la franchise de l'expliquer à leurs souscripteurs étrangers, qu'intriguait l'expression curieuse et difficilement traduisible en anglais de «bon de jouissance»! Cette constatation m'amène à appuyer sans réserve la proposition de Me Hirsch (paragraphe 17, page 27) et à écarter les doutes exprimés par le Professeur Bär (pages 420–421). S'il est normal, dans ce domaine, que les réalités économiques précèdent le droit, celui-ci ne saurait les ignorer. Il appartient au législateur de décider s'il entend tolérer l'institution des actions sans droit de vote. Personnellement, dès lors qu'elle répond incontestablement à un besoin, je ne vois pas de raison déterminante pour la proscrire, quelque étrangère qu'elle puisse être à notre conception traditionnelle de la société anonyme. Il est toutefois évident qu'elle comporte des risques d'abus non négligeables, en raison du divorce qu'elle consacre entre la participation financière et le droit de coopérer à la formation de la volonté sociale. Il serait difficilement compréhensible qu'un système juridique qui a estimé nécessaire d'édicter une réglementation très stricte et même autoritaire en matière de fonds de placement, accepte de laisser presque sans protection les «actionnaires» de cette nouvelle catégorie; l'espoir d'une solution jurisprudentielle formulée par le Professeur Bär me paraît non seulement trop optimiste, mais je ne pense pas que, sauf à étendre abusivement la notion de lacune, une telle tâche soit celle du juge. C'est pourquoi les bons de jouissance constituent à mes yeux un des domaines importants où une revision prochaine de la loi se justifierait pleinement.

Le second problème qui me semble mériter l'attention immédiate du législateur est celui de l'information de l'actionnaire. Je m'abstiendrai de répéter ce qu'a dit excellemment Me Gautschi, en des termes dont la vivacité n'est pas excessive, compte tenu de l'opiniâtreté des résistances, à

vaincre. Je me bornerai à insister sur certains aspects économiques de la question. Je crois qu'on aurait tort de méconnaître l'existence d'une relation entre la désaffection dont le marché boursier suisse est victime depuis plus de deux ans et l'insuffisance notoire de l'information des actionnaires; à plusieurs reprises, il m'est apparu, au cours de discussions avec des analystes financiers étrangers, que cette réticence persistante est due également à l'incapacité dans laquelle ils se trouvent d'étudier scientifiquement la marche des affaires de la majorité des grandes sociétés suisses et de formuler quant à son évolution future un pronostic qui ne relève pas principalement de la science augurale. Cette situation est d'autant plus fâcheuse que la plupart des actions suisses se présentent clairement sur le marché comme des «growth stocks», *même aux cours actuels* (du fait de la forte hausse des taux d'intérêt qui est survenue entretemps).

Cette observation m'incite à considérer comme bienvenues les suggestions formulées par Me Hirsch à propos des réserves latentes (paragraphes 43 et 44), s'agissant aussi bien de leur constitution que de leur dissolution. Certes, la seconde opération suscite des questions très délicates, qui touchent directement au principe de la bonne foi; on ne saurait cependant renoncer pour autant – ainsi que l'a préconisé Me Reichwein – à s'occuper de la première, de manière à assurer un minimum de publicité: l'actionnaire qui a acheté de telles actions parce qu'il escomptait une progression continue des affaires de la société et de ses bénéfices, ne saurait être laissé dans l'ignorance, *souvent totale*, du rythme de la formation des réserves latentes. Je ne pense pas, à la lumière de l'expérience américaine, que le taux d'autofinancement se trouverait sensiblement affecté par une information moins incomplète dans ce domaine. Par ailleurs, le recours des sociétés au marché des émissions, à une époque de resserrement brutal des liquidités bancaires, devrait en être facilité (le problème de l'information ne se pose guère lorsque les sociétés font appel au crédit bancaire, car on a

peine à imaginer qu'un banquier suisse se contente, pour accorder un crédit, du bilan destiné aux actionnaires!).

La mise au point des modalités de cette meilleure information sera sans doute longue et difficile. La Suisse pourrait cependant s'inspirer utilement des efforts entrepris à ce sujet à l'étranger, dans les pays anglo-saxons notamment (sans bien entendu qu'il puisse s'agir d'une simple transposition); l'établissement d'un plan comptable, *même non obligatoire*, pourrait également être la source de progrès rapides, pour autant qu'il soit appuyé par les bourses de valeurs et par les banques; dans la mesure où, comme je le souhaite, l'action sans droit de vote serait officiellement introduite dans notre système juridique, une publicité accrue quant au(x) groupe(s) contrôlant la société devrait également être étudiée. Certes, ces changements ne pourront sortir tous leurs effets qu'une fois dissipées les formes les plus excessives du mythe du secret auquel maints chefs d'entreprises suisses demeurent attachés. La reconnaissance de ce problème psychologique ne saurait cependant dispenser plus longtemps le législateur d'intervenir dans un domaine où son abstention prolongée ne serait pas seulement regrettable du point de vue de la protection des droits individuels de l'actionnaire[2], mais pourrait en outre avoir à plus long terme (au-delà des aspects boursiers immédiats) des répercussions fâcheuses sur le plan des structures économiques, tant il serait dangereux – me semble-t-il – d'espérer qu'à notre époque l'Etat (soit plus précisément ses services non fiscaux), les organisations syndicales, le public en général acceptent indéfiniment d'être aussi peu renseignés sur les aspects économiques et financiers des organismes qui for-

---

[2] A ce propos, on peut utilement confronter l'opinion contraire émise par Me Fromer, dans son intervention reproduite dans FuW No 83, page 13, avec le compte rendu de l'assemblée extraordinaire des actionnaires de l'Union de Banques Suisses paru dans le No 77, page 3! La démonstration paraît faite qu'à l'heure actuelle l'actionnaire ne dispose pas de moyens juridiques suffisants pour s'informer lorsqu'exceptionnellement il en éprouve le besoin.

ment, aujourd'hui encore, le pilier juridique de notre économie libérale.

Dr. Leo Fromer, Advokat, Basel:

In der Schweiz erfreut sich die Rechtsform der Aktiengesellschaft größter Beliebtheit, waren doch Ende 1965 im schweizerischen Handelsregister 48149 Aktiengesellschaften eingetragen. (Vergleiche über die statistischen Angaben «Die Volkswirtschaft», herausgegeben vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement, März-Heft 1966 und August-Heft 1966.) 15104 Aktiengesellschaften sind Immobiliengesellschaften, 6462 sind Holdinggesellschaften. 11563 Aktiengesellschaften gehören zur Industrie, 12284 zum Handel.

Die überwiegende Mehrzahl der Aktiengesellschaften, nämlich 43758, haben ein Aktienkapital, das Fr. 500000.— nicht übersteigt. 23762 Gesellschaften haben sogar bloß das Mindestkapital von Fr. 50000.—. Nur 2245 Aktiengesellschaften haben ein Kapital von über einer Million. Nur 300 Gesellschaften haben ihre Aktien an der Börse kotiert und nur die Aktien von 300 weiteren schweizerischen Gesellschaften werden außerbörslich gehandelt.

Aus diesen Zahlen ergibt sich, daß die Rechtsform der Aktiengesellschaft in der Schweiz zu ihrer überwältigenden Mehrheit von kleinen und mittleren Unternehmen beansprucht wird, die zur Hauptsache Familien- oder private Aktiengesellschaften sind. Entscheidend für die Wahl der Aktiengesellschaft ist nicht etwa, wie meines Erachtens zu Unrecht im Referat Prof. Bärs auf Seite 476 ausgeführt wird, die Beschränkung der Haftung – keine Bank gibt einer kleinen Aktiengesellschaft Kredit ohne persönliche Bürgschaft der mitarbeitenden Aktionäre –, sondern die Tatsache, daß die Aktiengesellschaft am leichtesten eine Vererbung des Familienunternehmens ermöglicht und am geeignetsten für die Trennung der Interessen der geschäftsführenden Aktionäre von denjenigen der passiven Gesellschafter ist.

Die im schweizerischen Aktienrecht enthaltenen Bestimmungen sind daher im Grunde genommen nur für eine kleine Anzahl von Aktiengesellschaften gedacht. Das im Obligationenrecht verankerte Modell wurde geschaffen für Großunternehmen. Aus diesem Grunde wurden ausführliche Bestimmungen aufgestellt über die Sukzessivgründung einer Aktiengesellschaft, die Prospekthaftung, die Abgrenzung der Kompetenzen der Generalversammlung von denjenigen des Verwaltungsrates, die Protokollführung des Verwaltungsrates, die Gründerverantwortlichkeit usw. In Kenntnis der Verbreitung der Aktiengesellschaft als Rechtsform für kleinere und mittlere Unternehmen wird man sich fragen müssen, ob es richtig war, daß bei der Revision des Obligationenrechts der Vorschlag von Prof. Dr. Eugen Huber (Bericht 1919, Seite 43) abgelehnt worden ist, der dahin ging, im schweizerischen Aktienrecht zu unterscheiden zwischen den sogenannten «private companies» und den «public companies», genau gleich wie das englische und nordamerikanische Aktienrecht das tun. «Es ist nicht gleichgültig», schreibt Eugen Huber im Jahre 1919, «ob eine Gesellschaft nur an einen kleinen Kreis sich richtet und nur in diesem Umfang Beteiligte in sich aufnimmt, oder ob sie ausgesprochenermaßen sich an das allgemeine Publikum wendet und die Beteiligung auf breiter Basis zu gewinnen sucht. Danach unterscheidet man alsdann zwischen kleinen Aktiengesellschaften einerseits ... und großen Unternehmungen anderseits und stellt für diese letzteren andere Vorschriften auf als für die erstern, indem man sie einer Publizität und einer Kontrolle unterstellt, die bei den kleineren Unternehmen ... nicht notwendig sind.»

Wäre diesem Gedanken Eugen Hubers in unserem Obligationenrecht Rechnung getragen worden, so müßten wir heute nicht feststellen, daß das im Gesetz enthaltene Modell einer Aktiengesellschaft in Wirklichkeit die Ausnahme ist, während für die privaten Aktiengesellschaften, die die Regel bilden, keine besonderen Vorschriften im Gesetz enthalten sind.

Die Begriffsumschreibung der «private Company» wurde im englischen Recht ohne Schwierigkeiten gefunden (vgl. CHARLESWORTH's Company Law, 7. Auflage, 1960, Seite 266 ff.). Die «private Company» ist an drei zwingende Voraussetzungen geknüpft:

a) Aktienübertragungsbeschränkungen (ähnlich wie bei uns die vinkulierten Namenaktien)
b) Beschränkung der Zahl der Aktionäre auf maximal 50
c) Verbot der öffentlichen Zeichnung von Aktien oder Obligationen der Gesellschaft.

Die Rechtsform der Aktiengesellschaft gemäß geltendem Recht eignet sich für die verschiedensten soziologischen Unternehmenstypen. Vorweg kommt sie in Betracht für die kapitalbezogenen Kapitalgesellschaften, bei welchen die Person und der Kreis der Aktionäre keine Bedeutung haben, also für die typische «Société anonyme». Für diesen Unternehmenstyp sollte die Inhaberaktie das Normale sein, was jedoch bei den schweizerischen Publikumsaktiengesellschaften, die der Industrie und der Versicherungsbranche angehören, nicht der Fall ist.

In gleicher Weise eignet sich die Aktiengesellschaft jedoch auch für personenbezogene Kapitalgesellschaften, die «intuitus personae» sind, bei welchen also die Person des Aktionärs eine entscheidende Bedeutung hat. Aus Gründen der Erleichterung der Erbteilung und zur Erhaltung der Firma ist es durchaus möglich, im Innenverhältnis eine Kollektivgesellschaft, nach außen jedoch eine Aktiengesellschaft zu sein. Es genügt, vinkulierte Namenaktien zu besitzen und für die Genehmigung der Übertragung die Zustimmung von 9/10 sämtlicher Aktionäre an der Generalversammlung zu verlangen. Eine solche Statutenbestimmung ist gemäß Art. 627 Ziff. 11 OR zulässig.

Die Rechtsform der Aktiengesellschaft ist schließlich auch für Gemeinschaftsunternehmen geeignet, bei welchen die Mehrheitsaktionäre die Geschäftsführung haben. Alle sich aus der gemeinsamen Zielsetzung ergebenden Fragen

werden in einem Konsortialvertrag geregelt. In den Statuten finden wir in der Regel lediglich eine Bestimmung über eine Sperrminorität, derzufolge bestimmte Beschlüsse an der Generalversammlung eines bestimmten Quorum bedürfen. Die Aktien solcher Gesellschaften können nach außen durchaus Inhaberaktien sein. Im Konsortialvertrag ist die Hinterlegung der Aktien der Konsorten in einem Sperrdepot geregelt.

Aus diesen wenigen Beispielen für die vielfache Verwendbarkeit der Rechtsform der Aktiengesellschaft zeigt sich, daß die Praxis dank der liberalen Gestaltung des Aktienrechtes immer wieder legale Mittel und Wege gefunden hat, um die Aktiengesellschaft als Rechtsform für Gesellschaften der verschiedensten soziologischen Art verwenden zu können. Von diesem Blickpunkt aus auf die Rechtsrealität der Aktiengesellschaft besteht kein Revisionsbedürfnis.

Besteht ein Revisionsbedürfnis von anderen Blickpunkten aus?

Der Hinweis auf die Revision des Aktienrechtes der uns umgebenden Staaten ist vollauf unbegründet. In Deutschland bestehen bloß ca. 2500 Aktiengesellschaften, jedoch 49000 Gesellschaften mit beschränkter Haftung. In Deutschland ist die Aktiengesellschaft die Rechtsform der Publikumsgesellschaft. Die Revision des deutschen Aktienrechtes kann nicht als Grund für die Revision des schweizerischen Aktienrechtes angerufen werden, ist doch die Zahl der schweizerischen Publikumsaktiengesellschaften gemessen an der Gesamtzahl der Aktiengesellschaften verschwindend klein. In Österreich gar bestehen nur 516 Aktiengesellschaften.

Das Informationsbedürfnis der Aktionäre erfordert keine Änderung des geltenden Rechtes. Es genügt, das nach Gesetz verankerte Auskunftsrecht der Aktionäre richtig anzuwenden durch sinnvolle Fragen an der Generalversammlung auch von Publikumsaktiengesellschaften. Wenn immer wieder behauptet wird, der ausgewiesene Reingewinn sei in keinem Verhältnis zum wirklich erzielten Reingewinn, so kann

dieser Mangel auf andere Weise als durch Gesetzesänderung behoben werden, z.B. durch die Frage des Aktionärs an der Generalversammlung über das prozentuale Verhältnis des steuerbaren Reingewinnes des abgelaufenen Geschäftsjahres zum steuerbaren Reingewinn des Vorjahres. Ein Hinweis auf den provisorisch geschätzten steuerbaren Reingewinn im Verhältnis zum ausgewiesenen Reingewinn zeigt den Umfang der Selbstfinanzierung.

Auch das Postulat, es gelte durch eine Revision die Macht der Verwaltung herabzusetzen, ist trotz seiner Popularität sachlich nicht begründet. Die Verwaltung wurde von der Mehrheit der Aktionäre in den Verwaltungsrat berufen und kann durch Mehrheitsbeschluß jederzeit abberufen werden. Die meines Erachtens zu weit gehende Kritik an den Bestrebungen der Verwaltung, insbesondere auf Seite 376 des Referates Bär, ist fehl am Platze. Auch die auf Seite 64 des Referates Hirsch geforderte Berichterstattung des Verwaltungsrates über den Zeitaufwand verkennt die Aufgaben des Verwaltungsrates. Man kann von einem Verwaltungsrat doch nicht Rechenschaft darüber verlangen, wie oft und zu welcher Zeit er sich mit den Problemen der Gesellschaft beschäftigt hat. Sind Aktionäre der Ansicht, die Verwaltung verdiene nicht das erforderliche Vertrauen, so können sie jederzeit deren Abberufung verlangen und Ergänzungswahlen wünschen. Die überwältigende Mehrheit der Aktionäre sind jedoch mit der Tätigkeit der Verwaltung einverstanden. Sie schenken der Verwaltung im allgemeinen volles Vertrauen und unterlassen deshalb bei Ergänzungswahlen eigene Anträge zu stellen. Oder liegt fehlende Zivilcourage vor? Durch eine Revision des Aktienrechtes kann die Zivilcourage nicht ersetzt werden. Auch hier genügt eine richtige sinnvolle Anwendung des geltenden Rechtes.

Erstaunt hat mich der Umstand, daß weder von den Referenten noch von den bisherigen Votanten die Mangelhaftigkeit der Regelung über die Verantwortlichkeitsansprüche der Aktionäre erwähnt wurde. Will heute ein Aktionär Verantwortlichkeitsansprüche gegen den Verwaltungs-

rat geltend machen, solange die Gesellschaft nicht in Konkurs ist, so muß er auf Schadenersatz an die Gesellschaft klagen und trägt das volle Kostenrisiko. Mutatis mutandis wäre daran zu denken, daß – ähnlich wie im Kollokationsrecht – Aktionäre, deren Antrag auf Einreichung von Verantwortlichkeitsklagen gegen den Verwaltungsrat durch Kommissäre (vergleiche Art. 693 OR) abgelehnt worden ist, mit der Ablehnung ihres Auftrages ermächtigt sind, für eigene Rechnung und auf eigenes Risiko Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Verwaltung einzuklagen. Die Verwirklichung dieses Gedankens erfordert allerdings eine Revision von Art. 755 OR.

M. Robert Patry, professeur à l'Université de Genève:

Le thème de notre discussion – nous le constatons tous aujourd'hui – est exceptionnellement vaste. Il pose de très nombreuses questions, les unes – de nature théorique – touchant aux fondements même de la société anonyme et les autres – plus concrètes et pratiques – portant sur des points particuliers du droit des sociétés anonymes en Suisse.

Nous pouvons donc être reconnaissants aux deux rapporteurs d'avoir opéré un choix parmi ces nombreuses questions et d'avoir pu, ainsi, étudier de manière approfondie, celles dont la solution, jurisprudentielle ou législative, apparaît aujourd'hui la plus nécessaire.

A mon tour, je dois opérer un choix – inévitablement arbitraire – parmi ces questions, pour limiter mon intervention à une remarque liminaire et à trois problèmes qui me semblent dignes d'être posés, sinon résolus.

Je remarque, en effet, tout d'abord que les deux rapporteurs n'ont pas estimé indispensable d'établir des réglementations légales différentes selon qu'il s'agit d'une grande société anonyme ou, au contraire, d'une petite société, que pour simplifier on appelle – de manière inexacte d'ailleurs – «Familienaktiengesellschaft». Dans son rapport, Monsieur Alain Hirsch se déclare, en principe tout au moins, d'ac-

cord avec la doctrine, admettant ainsi de maintenir le système d'un régime juridique unique, établi pour la société anonyme de type classique, c'est-à-dire pour une société qui groupe de nombreux actionnaires et réunit des capitaux relativement importants.

Sans doute, est-ce là un problème fondamental qui mériterait d'être étudié, en tenant compte non seulement de la situation particulière qui existe en Suisse, mais aussi des tendances actuelles du droit des sociétés anonymes en Europe. On pourrait, à cet égard, citer à titre d'exemple le récent projet de réforme de la société par actions en Italie, établi expressément dans le but de réserver la forme de la société par actions aux seules entreprises de grande envergure.

Cependant, ce problème essentiel fera l'objet de nos discussions au cours d'un prochain congrès. De ce fait, j'estime inutile de l'étudier ici.

* * *

Mais, alors, un premier problème se pose maintenant, que je désire rapidement évoquer.

Si l'on adopte, du moins à titre provisoire et en principe, le système d'une réglementation légale unique, on doit alors se demander comment définir l'actionnaire «typique», c'est-à-dire le membre de cette société anonyme typique qui sert de modèle pour cette réglementation unique.

La doctrine classique enseigne, à cet égard, que l'actionnaire a des droits et des intérêts à défendre dans la société anonyme et ces droits sont de nature aussi bien sociale que pécuniaire.

Or, la lecture des deux rapports m'a donné l'impression – peut-être erronée – que l'on tend aujourd'hui à concevoir l'actionnaire comme une personne ayant principalement – sinon exclusivement – des intérêts économiques à faire valoir dans la société anonyme. Ainsi, par exemple, Monsieur Alain Hirsch – aux pages 15 et 35 de son rapport – considère la décision de l'assemblée générale sur l'emploi du bénéfice

net comme «la compétence essentielle de l'assemblée générale». En outre, le choix des questions qu'il a étudiées dans son brillant rapport – information de l'actionnaire, réserves latentes, contrôle – apparaît de nature à confirmer cette impression.

Ce sont là, bien sûr, des questions importantes qui se posent aujourd'hui dans le droit des sociétés anonymes en Suisse comme ailleurs.

En particulier, Monsieur ALAIN HIRSCH a certainement raison d'insister sur la nécessité actuelle d'une meilleure information de l'actionnaire. Mais, alors, il importe de savoir dans quel but réel on envisage cette réforme.

S'il s'agit – comme le précise d'ailleurs le rapporteur de langue française – de permettre à l'assemblée générale de jouer de manière plus efficace le rôle que la loi lui attribue dans l'organisation de la société anonyme, je pense que l'on a pleinement raison; l'expérience montre, en effet, que l'actionnaire ne peut réellement exercer ses droits sociaux que dans la mesure où il reçoit une information suffisante.

En revanche, la situation est bien différente si, comme certaines interventions, notamment celle de mon distingué collègue, Monsieur JUNOD, le laissent entendre, on estime nécessaire une meilleure information du public pour favoriser sa participation financière au développement des sociétés anonymes.

Dans ce cas, on ne s'efforce plus d'assurer une meilleure protection des intérêts de l'actionnaire minoritaire ou isolé; on cherche bien plutôt à protéger les épargnants, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas encore actionnaires et hésitent à le devenir.

Pour ma part, je me demande donc s'il ne conviendrait pas maintenant de dissiper un malentendu qui paraît subsister dans la discussion. On devrait reconnaître qu'en réalité la réforme envisagée dans de nombreux milieux – pour une information plus complète sur la situation sociale – a pour but principal, non pas de rétablir l'équilibre nécessaire entre les organes sociaux, mais de créer dans le public un certain

climat de confiance, afin de faciliter l'expansion des sociétés anonymes par appel à l'épargne publique.

En soi, ce but mérite, sans doute, d'être pris en considération; mais, il me semble qu'on devrait le dire clairement, comme on l'a fait dans les divers projets de réforme qui existent en Europe: il ne s'agit pas, en somme, de protéger l'actionnaire lui-même, mais de donner certaines garanties en faveur de l'épargne publique.

D'ailleurs, cette relative confusion n'est pas seulement théorique; elle entraîne aussi des conséquences pratiques – notamment dans la solution du problème – évoqué par les deux rapporteurs – des «bons de participation».

Bien entendu, il n'est pas dans mon propos de contester l'importance pratique de ce problème. Il apparaît aujourd'hui nécessaire de permettre à la société anonyme de s'adresser au public pour assurer le financement de son expansion, sans pour autant compromettre la majorité actuelle. De plus, j'admets que pour les raisons indiquées dans les deux rapports, la législation actuelle s'est révélée incapable de résoudre ce problème de manière satisfaisante: une réforme législative apparaît donc nécessaire.

Or, la confusion sur la définition de l'actionnaire typique – que j'ai estimé devoir dénoncer – joue un rôle pratique dans la solution de ce problème.

En effet, si l'on demeure fidèle à la conception classique – selon laquelle l'actionnaire a aussi des intérêts sociaux à défendre dans la société – on doit alors admettre, avec le professeur Bär, qu'il conviendrait d'établir une réglementation plus précise des bons de participation.

En revanche, si l'on considère que cet actionnaire n'a, aujourd'hui, que des intérêts pécuniaires à faire valoir, on pourrait, sans trop de difficulté, adopter la solution que Monsieur Alain Hirsch a proposée, c'est-à-dire créer des actions sans droit de vote.

* * *

Cependant, quelle que soit la solution que l'on adopte en définitive, il est alors un second problème que je désire rapidement vous soumettre, celui de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, prévue par l'article 706 du code des obligations.

Au risque de paraître trop théorique, j'éprouve, en effet, quelque difficulté à donner la légitimation active aux porteurs de bons de participation ou même aux «actionnaires» sans droit de vote.

Certes, à l'exemple du droit allemand, Monsieur Alain Hirsch propose d'autoriser ces actionnaires – de seconde classe – à participer aux assemblées générales et à exercer tous les droits de l'actionnaire, sauf – bien entendu – celui de prendre une part active aux décisions de l'assemblée générale.

Mais cette solution ne serait-elle pas encore plus artificielle et illusoire que la solution actuelle? Si, aujourd'hui, l'actionnaire public – qui dispose de son droit de vote – estime inutile d'assister aux assemblées générales, on peut supposer que l'actionnaire sans droit de vote aura encore plus de raisons de ne pas paraître aux assemblées générales où il n'aura pratiquement rien à faire. Il serait donc dangereux de donner à cet «actionnaire» le droit d'attaquer en justice une décision à laquelle il ne pourrait pas participer.

En outre et surtout, le droit d'attaquer en justice une décision sociale me paraît, en réalité, intimément lié au droit de prendre une part active à cette décision.

C'est pourquoi, je pense, pour ma part, que l'on devrait plutôt réserver l'action prévue par l'article 706 du code des obligations aux seuls véritables actionnaires, c'est-à-dire à ceux qui ont le droit de vote. De ce fait, l'actionnaire sans droit de vote ou le porteur de bons de participation ne disposerait pas de cette action. Mais, il importe de le rappeler, il ne serait pas pour autant privé de tout moyen de défense, car, titulaire de droits à faire valoir dans la société anonyme, il pourrait de toute façon disposer de l'action en exécution

qui, selon la jurisprudence existe à côté de l'action en annulation.

Or cette solution me paraît justifiée à la fois par des arguments théoriques et par des considérations pratiques.

En effet, d'une part, sur le plan théorique, je pense pouvoir admettre que celui qui accepte de souscrire un simple bon de participation et renonce ainsi au droit de vote manifeste par là son désintérêt pour la vie de la société. Seule compte pour lui, en fait, la défense de ses intérêts économiques, qu'il peut assurer précisément par l'action en exécution. Il renonce donc, une fois pour toutes, à intervenir – même par le biais de l'action en annulation – dans la vie sociale.

D'autre part, sur le plan pratique, cette solution serait de nature à faciliter une évolution de la jurisprudence, conformément aux vœux de la doctrine, vers une protection plus efficace des droits de l'actionnaire minoritaire.

Les tribunaux hésitent, aujourd'hui, à annuler une décision sociale, car le Tribunal fédéral a établi une sorte de présomption en faveur de la majorité, considérant que les intérêts de la majorité s'identifient le plus souvent aux intérêts de la société elle-même. Mais, la doctrine – le professeur Bürgi, en particulier – a dénoncé le caractère fictif de cette présomption, proposant ainsi de donner au juge un pouvoir plus étendu dans l'appréciation des conditions de l'article 706 du code des obligations.

Or, il me paraît évident que le Tribunal fédéral aurait des raisons valables de maintenir sa jurisprudence actuelle si, conformément à la proposition de Monsieur Alain Hirsch, les «actionnaires» sans droit de vote pouvaient eux aussi, intenter cette action en annulation.

Je reconnais, il est vrai, que, dans les législations étrangères – notamment en droit allemand – l'action sans droit de vote existe et son titulaire paraît avoir la possibilité d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale – aux-

quelles, pourtant, il ne peut pas prendre part – mais, dans le cadre de la réforme législative qui est souhaitée, je pense que ce problème de l'action en annulation devra être étudié.

* * *

Enfin, il est encore un troisième problème que, pour conclure, j'estime devoir évoquer, car il domine, me semble-t-il, toute notre discussion d'aujourd'hui.

Nous sommes en train de nous demander si une révision de notre code apparaît nécessaire et, le cas échéant, dans quelles directions cette réforme législative pourrait se faire. Et, bien sûr, nous examinons ces questions d'un point de vue essentiellement suisse.

Or, nous savons, pourtant, que des efforts sont entrepris actuellement – sur plusieurs plans différents – non seulement pour réformer le droit des sociétés en Europe, mais surtout en vue d'une harmonisation plus complète des diverses législations européennes.

En particulier, une commission d'experts, composée de représentants des six pays membres de la Communauté économique européenne, étudie le problème de la création d'une société de type européen.

Nous pouvons, certes, chercher à nous tenir au courant de ces travaux – et à cet égard, la création des deux instituts de droit européen à St-Gall et à Genève peut rendre de grands services –; mais nous ne pouvons pas y participer activement.

C'est là, me semble-t-il, un danger, dont les autorités ne paraissent pas avoir mesuré toute la gravité. Quelle que soit la décision que notre pays peut prendre, sur le plan politique, à l'égard de la Communauté européenne, nous ne pouvons plus ignorer ce qui se passe à l'étranger. Tôt ou tard, notre législation – en particulier dans le domaine de la société anonyme – devra s'aligner sur la réglementation uniforme qui est en préparation chez nos voisins.

Dès lors, si nous voulons pouvoir exercer quelque influence sur cette réglementation, nous devons insister dès maintenant pour que, d'une manière ou d'une autre, les juristes suisses puissent participer aux travaux de ces commissions.

Au surplus, cette participation me paraît d'autant plus urgente que la commission européenne chargée d'établir le projet de convention relative à la société anonyme de type européen doit prochainement prendre une décision importante: il s'agit de savoir si la réglementation de cette société européenne sera fondée sur le droit communautaire et soumise au contrôle des organes judiciaires de la Communauté – nous ne pourrions alors pas accepter cette solution – ou si, au contraire, cette réglementation uniforme sera introduite dans la législation interne des pays signataires de la convention, selon le système des lois uniformes de change.

Sans vouloir engager l'avenir, je pense donc que nos autorités devraient examiner, dès maintenant, la possibilité d'une participation officielle des juristes suisses aux travaux de certaines de ces commissions.

Sinon, toutes les réformes, jurisprudentielles ou législatives, que nous pourrions envisager, sur le plan interne, dans le domaine de la société anonyme risqueraient de devenir rapidement inutiles.

Prof. Dr. Peter Jäggi, Fribourg:

Es war meine Absicht, mich im Hinblick auf das Votum von Herrn Oberrichter Dr. Pfenninger zur «Spaltung» der Aktie zu äußern. Nun hat aber Herr Kollege Bürgi hiezu die notwendigen Ergänzungen angebracht. Daher beschränke ich mich darauf, das Wesentliche noch einmal festzuhalten: Die «Spaltung» ist an sich ein Übelstand. Aber mit Rücksicht auf die grundsätzliche Freiheit der Aktionäre kann sie nur durch klare Bestimmungen der Statuten oder des Gesetzes beseitigt werden; außerdem bedarf es einer loyalen Übergangslösung.

Prof. Dr. Walther Hug, Zürich:

Ich glaube, es dient der Kürze, wenn ich unter Abstraktion von jedem vorbereiteten Text versuche, einige Gedanken vorzutragen, welche die strukturellen Verhältnisse der Aktiengesellschaft, vor allem Stellung und Funktion ihrer einzelnen Organe, betreffen. Es ist nicht zufällig, daß in den Berichten, welche der heutigen Versammlung von den Herren Prof. Bär und Dr. Hirsch vorgelegt worden sind, zwei Gruppen von Fragen behandelt werden, die als «aktuelle Probleme» bezeichnet werden können. Die eine Gruppe bilden die Fragen, die seit der Revision des Aktienrechts in den dreißiger Jahren neu entstanden sind, wie die Vinkulierungsfragen, die Fragen der Wandelanleihe, der Partizipationsscheine, der Kleinaktie und der Arbeitnehmeraktie. Die letztere ist im Referat Bär vielleicht etwas zu kurz gekommen, indem die eigentliche Problematik dieser Aktie, ihre Ausgestaltung als eine besonders privilegierte Aktie, kaum behandelt worden ist. Ich bin der Meinung, daß in der Form der Arbeitnehmeraktie eine Rechtsform gefunden werden könnte, welche das sog. betriebliche Miteigentum der Arbeitnehmer verwirklichen könnte, selbstverständlich nicht zwangsweise, sondern ausschließlich auf freiwilligem Weg. Die möglichen Nachteile einer solchen Beteiligung der Arbeitnehmer an Vermögen und Ertrag der Gesellschaft müßten durch das Gesetz ausgeschaltet werden, vor allem dürfte der Arbeitnehmer dadurch nicht an das Unternehmen gebunden werden und die Freizügigkeit des Arbeitsplatzes nicht einbüßen. Der Kategorie der Arbeitnehmeraktionäre als einer bestimmten Minderheit wäre durch das Gesetz eine Vertretung im Verwaltungsrat zu sichern.

Die zweite Gruppe aktueller Probleme des Aktienrechts, die in den Referaten behandelt werden, betreffen die Grundfragen, die seit jeher und immer wieder Gesetzgebung und Wissenschaft beschäftigt haben. Dazu gehören in erster Linie die Probleme der strukturellen Gestaltung und der Organisation der Aktiengesellschaft. Ich bin wohl einer der

wenigen in dieser Versammlung, vielleicht sogar der einzige, der zu diesen Grundfragen schon bei der Vorbereitung der Revision von 1936 kritisch Stellung genommen hat (in meiner Schrift «Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts», von 1934). Die Probleme, die ich damals behandelte, haben sich in der Folge so gezeigt, wie es zu erwarten war. Der Gesetzgeber hat 1936, wie das von Herrn Dr. GAUTSCHI eindrücklich dargelegt worden ist, die Macht der Verwaltung und damit der obersten Geschäftsleitung außerordentlich verstärkt. Das war, wie ich damals betonte und wie ich heute nach Jahrzehnten der Erfahrung wiederholen möchte, eine Notwendigkeit, nicht nur weil tatsächlich die Machtverhältnisse sich so gestaltet haben, sondern weil letzten Endes Gedeih und Verderb eines Unternehmens von seiner Geschäftsführung abhängig sind. Der Gesetzgeber hat aber 1936 den Schritt nicht getan, gegenüber der Macht der Verwaltung die entsprechenden Gegengewichte zu schaffen. Wohl hat er erkannt, jedenfalls bis zu einem gewissen Grad, daß das Gegengewicht nicht in der Generalversammlung liegen kann. Es ist eines der interessantesten Ergebnisse der heute vorliegenden Berichte, daß sie übereinstimmend feststellen, es könne das Strukturproblem der Aktiengesellschaft nicht etwa durch eine Aufwertung des Kollektivs der Aktionäre, also der Generalversammlung, gelöst werden. Wer je an der Generalversammlung einer großen Aktiengesellschaft mit Hunderten oder gar Tausenden von Aktionären teilgenommen hat, der weiß, daß das kein geeignetes Organ zur Beratung der vorgelegten Anträge der Verwaltung bilden kann. Wenn heute eine Revision des Aktienrechts unternommen werden sollte, dann kann es keinesfalls deren Aufgabe sein, die Generalversammlung aufzuwerten und ihr mehr Befugnisse zu übertragen, als das Gesetz ihr bereits eingeräumt hat.

Die beiden Gegengewichte, die in der Aktiengesellschaft gegenüber der Macht der Verwaltung geschaffen werden können, sind einerseits die Verstärkung der Kontrolle, die Vermehrung der Aufgaben und Befugnisse der Kontroll-

stelle, und andrerseits die Verstärkung des Individualschutzes, die Stärkung der Stellung des Aktionärs, auf die im Referat Bär hingewiesen ist. In meiner Schrift von 1934 habe ich diese Verstärkung der Stellung des Aktionärs postuliert. Die Waffen, die das Gesetz dem Aktionär in die Hand gegeben hat – die Anfechtungsklage, die Verantwortlichkeitsklage und die Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen – haben sich aber in der bundesgerichtlichen Praxis weitgehend als stumpf erwiesen, weil den Interessen des Aktionärs ständig dasjenige des Unternehmens vorangestellt worden ist. Diese Waffen können auch nur dann wirksam eingesetzt werden, wenn dem Aktionär der Einblick in die gesellschaftlichen Verhältnisse und damit die Beurteilung der Anträge der Verwaltung ermöglicht wird. Der Individualschutz setzt somit voraus, daß dem Aktionär eine entsprechende Information, sei es direkt durch die Verwaltung oder sei es durch die Kontrollstelle, zuteil wird. Das Problem der Publizität und das Problem der Stillen Reserven tauchen damit auf, auf die ich der Kürze halber an dieser Stelle nicht eintreten kann. Aber ich darf betonen, daß ich schon bei Anlaß der letzten Revision darauf hingewiesen habe, daß es sich bei der Frage der Regelung der Publizitäts- und Revisionsbestimmungen um «eine Kardinalfrage der Neuordnung» handle und daß der gesteigerten Macht der Verwaltung in der Unternehmensleitung eine gesteigerte Rechenschaftspflicht und Kontrolle entsprechen müsse. In Anknüpfung an das, was Herr Dr. Fromer soeben ausgeführt hat, möchte ich aber darauf hinweisen, daß es sehr fraglich ist, ob man bezüglich der Publizität für alle Aktiengesellschaften generelle Normen aufstellen soll oder ob nicht gerade die Publizität eine differenzierte Regelung finden muß.

Der Gesetzgeber von 1936 hat sich bemüht, wenn auch mit viel zu großer Zurückhaltung, das zweite Gegengewicht gegenüber der Macht der Verwaltung zu schaffen, nämlich eine wirksame Kontrolle. In diesem Zusammenhang ist bis jetzt zu wenig unterstrichen worden, daß die Kontrollstelle

die Aufgabe einer wirksamen Kontrolle nur erfüllen kann, wenn sie erstens aus sachkundigen Personen bestellt werden muß und zweitens aus Personen, die von der Verwaltung unabhängig sind. Hier liegen die entscheidenden Anforderungen, die an die Besetzung der Kontrollstelle zu stellen sind, die aber leider das Gesetz nicht aufgestellt hat. Etwas anderes ist es in bezug auf die Aufgaben der Kontrollstelle. Wohl ist sie verpflichtet, der Generalversammlung nicht nur mündlich, wie früher, sondern schriftlich Bericht über das Ergebnis ihrer Prüfung zu erstatten. Herr Dr. Gautschi hat aber wiederum in eindrucksvoller Weise darauf hingewiesen, wie wenig, ja nichtssagend, diese Berichte der Kontrollstelle an die Generalversammlungen sind. In Tat und Wahrheit erstattet nämlich die Kontrollstelle einen internen Bericht der Verwaltung, der auf Dutzenden oder gar Hunderten von Seiten sehr eingehend die Jahresrechnung kommentiert, und dann der Generalversammlung einen Bericht, der auf einer Seite komprimiert ist. Dieser Praxis ist Vorschub geleistet worden durch die bekannten Entscheidungen des Bundesgerichts, wonach der Kontrollstelle keine materielle Prüfung obliege, woraus sich ergibt, daß sie auch keine materielle Berichterstattung vorzunehmen hat. Wären die Vorschriften über den Geschäftsbericht der Verwaltung und über den Bericht der Kontrollstelle so angewendet worden, wie es den Intentionen des Gesetzgebers von 1936 entsprochen hätte, so wären schon im geltenden Recht genügend Ansatzpunkt vorhanden, um das Informationsbedürfnis des Aktionärs entsprechend befriedigen zu können. Im Grunde genommen ist es eine Angelegenheit der Wirtschafts- und Finanzpresse, bei den großen Gesellschaften mit kotierten Aktien auch der Börsen, der Treuhand-Gesellschaften und Revisionsverbände und schließlich der Aktionäre selbst, durch Geltendmachung des Auskunftsrechts, entsprechend Remedur zu schaffen.

Wenn ich zusammenfassend zum Strukturproblem einige Schlußfolgerungen zu ziehen versuche, dann ist es erstens diese, daß das geltende Aktienrecht gewisse, wenn auch

ungenügende Handhaben bietet, um zwischen den Organen der Aktiengesellschaft ein Gleichgewicht der Macht herzustellen und einem vermehrten Publizitäts- und Kontrollbedürfnis zu entsprechen, daß aber diese Möglichkeiten nicht entsprechend ausgeschöpft worden sind. Die zweite Schlußfolgerung geht dahin, daß nach der soziologischen Gestaltung unseres Aktienwesens einheitliche Normen für alle Gesellschaften nur in beschränktem Maße möglich sind. Unsere Aktiengesetzgebung hat, im Gegensatz zur ausländischen, die Rechtsform der Aktiengesellschaft für alle möglichen Zwecke zur Verfügung gestellt, so daß sich in dieser Form kleinste und größte Kapitalgesellschaften gebildet haben. Herr Dr. Fromer hat zutreffend darauf hingewiesen, daß fast genau die Hälfte unserer Aktiengesellschaften nur gerade das gesetzliche Mindestkapital aufweisen, daß aber das wirtschaftliche Schwergewicht bei den großen Gesellschaften liegt. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft wird heute für Zehntausende von Gesellschaften verwendet, für die sie im Grunde nicht bestimmt ist. Es stellt sich daher die grundsätzliche Frage, ob man im Falle einer Revision die Rechtsform der Aktiengesellschaft wie bis anhin allen möglichen Bedürfnissen offenhalten will, oder ob nicht durch eine zweckmäßige Ausgestaltung der GmbH den Bedürfnissen der kleinen Kapitalgesellschaften, vor allem der Familiengesellschaften, besser entsprochen werden könnte. Das würde ermöglichen, die Rechtsform der Aktiengesellschaft auf die großen Kapitalgesellschaften auszurichten. Bleibt man aber bei der bisherigen Konzeption, dann drängt sich die Folgerung auf, anstelle des einheitlichen Aktienrechts differenzierte Vorschriften für die einzelnen Haupttypen von Gesellschaften aufzustellen.

Unter diesem Gesichtspunkt ist die Grundfrage zu betrachten, ob es zweckmäßig oder gar notwendig ist, im Hinblick auf bestimmte Teilprobleme baldig eine Revision des Aktienrechts an die Hand zu nehmen oder ob es nicht vorzuziehen wäre, wie das Herr Prof. Bürgi ausgeführt hat, in weitsichtiger Weise die grundlegenden Probleme der Aktien-

gesellschaft neu zu überdenken. Eine solche grundlegende Untersuchung kann nicht von einer in herkömmlicher Weise eingesetzten Expertenkommission durchgeführt werden; sie kann nur das Werk der wissenschaftlich orientierten Praktiker und der Wissenschaft selbst sein. Es wäre unzweckmäßig, mit der Prüfung konkreter Postulate zu beginnen und sich in der Beratung dieser Postulate festzufahren, um dann zu erkennen, daß eine umfassende oder gar eine Totalrevision des Aktienrechts sachgerechter wäre. Faßt man nämlich nicht bloß klar umrissene Teilrevisionen ins Auge, dann führt das praktisch zu einer Totalrevision gewisser Abschnitte des Gesetzes. Das Beispiel, das uns jüngst die Studienkommission über die Revision des Familienrechts geliefert hat, ist lehrreich. Sie ist zur Überprüfung des Rechts des außerehelichen Kindes, des Adoptionsrechts und des ehelichen Güterrechts eingesetzt worden, aber sie empfiehlt nun die Abänderung von mehr als 100 Artikeln der über 300 Artikel des Zweiten Teils des ZGB. Das Beispiel zeigt, wohin eine beschränkte Teilrevision führen kann.

Wenn man das Aktienrecht neu gestalten will, dann ist zunächst die bereits erwähnte Grundfrage zu entscheiden, auf welche Gesellschaften man diese Rechtsform ausrichten will. Der schweizerische Gesetzgeber war bis anhin in dieser Beziehung sehr pragmatisch und eklektisch, während die ausländischen Aktienrechte viel grundsätzlicher ausgerichtet waren und sind. Die Revisionen in den Nachbarstaaten wie im europäischen Raum überhaupt, werden zeigen, welche Tendenzen sich durchsetzen werden. Von seiten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sind Bestrebungen im Gange, das Aktienrecht oder jedenfalls Teile davon zu vereinheitlichen. Die künftige Gestaltung des Aktienrechts in den europäischen Ländern und die mögliche Vereinheitlichung im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft werden sich auch auf unser Aktienrecht auswirken. Es erscheint mir daher notwendig, vor der Inangriffnahme einer Gesetzesrevision die wissenschaftliche Bearbeitung der Grundfragen mit aller Sorgfalt durchzuführen. Deren Er-

gebnis wird dann darüber entscheiden, ob und wann an eine Gesetzesrevision herangetreten werden soll. Die Ausführungen in den heutigen Referaten wie auch der verschiedenen Votanten sind nicht in dem Sinne schlüssig, daß man sofort eine Teilrevision an die Hand nehmen müßte. Herr Prof. Bürgi hat am Beispiel der Publizität dargetan, daß eine Teilrevision wegen der Vielschichtigkeit der Probleme nicht genügen würde und daß sie notwendigerweise in eine Generalrevision ausmünden müßte. Die Vorarbeiten zu einer solchen sind aber heute noch nicht geleistet, weil weder eine vollständige Kommentierung des geltenden Rechtes vorliegt, noch die wissenschaftliche Abklärung der Grundfragen erfolgt ist. Diese gilt es ungesäumt und auf breiter Front an die Hand zu nehmen. Dazu sollte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement einem Kreis von Wissenschaftern und wissenschaftlich orientierten Praktikern einen entsprechenden Forschungsauftrag erteilen. Erst wenn der Bericht eines solchen Gremiums von unabhängigen Sachverständigen vorliegt, das nicht nur bestimmte Postulate behandelt, sondern die Grundfragen abgeklärt hat, ist es sinnvoll, an eine Teil- oder Gesamtrevision des Aktienrechts heranzutreten.

Dr. Max Brunner, Direktor, Basel:

Ich möchte mich zu zwei Fragen äußern:

Zu einer Detailfrage aus dem Gebiet des Participationsscheins, bzw. der stimmrechtslosen Aktie, und sodann zu einigen Rechtsfragen als Beitrag zur Diskussion um die Konzernbilanz und die Konzern-Gewinn- und Verlustrechnung.

Zunächst zum stimmrechtslosen Beteiligungspapier: Herr Dr. Hirsch erblickt auf Seite 26 seines Referates einen großen Vorteil dieses Papiers unter anderem darin, daß die Gesellschaften ausländisches Kapital beteiligen können, ohne daß ihre Nationalität tangiert wird. Ich möchte dazu ein großes Fragezeichen setzen. Wenn man die Gesetzgebung

des Auslandes über die Behandlung feindlichen Vermögens liest, namentlich die Erlasse des letzten Weltkrieges[1], so sieht man, daß für die Bestimmung der Nationalität durchaus nicht nur auf die stimmrechtsmäßige Kontrolle abgestellt wird. Es wird ebenso sehr darauf abgestellt, wem die Gesellschaft wirtschaftlich gehört, und es sind im letzten Krieg für den Nachweis der schweizerischen Nationalität teilweise recht hohe Prozentsätze schweizerischen Besitzes verlangt worden. Diese Nachweismöglichkeit, die bei Inhaberaktien Schwierigkeiten bereitet, war übrigens der Grund, weshalb eine Reihe von schweizerischen Konzernen nach dem Krieg auf Namenaktien umgestellt hat. Man übersieht das allzu häufig bei der Kritik der Namenaktien und der Zurückhaltung der Gesellschaften gegenüber ausländischem Aktienerwerb. Die Zurückhaltung entspringt nicht einfältiger Xenophobie, die unseren weltweit tätigen Konzernen schlecht anstehen würde, sondern ihrer Sorge um den einwandfreien Nachweis der schweizerischen Nationalität, der für sie auch in Zukunft wieder einmal zur Existenzfrage werden kann. Das Schweizerische Bundesgericht hat uns mit der Zulassung der Abspaltung der Vermögensrechte aus der Aktie diesen Nachweis allerdings nicht erleichtert, worauf Herr Prof. Bär (S. 377) mit Recht hinweist. Es wäre auch unter diesem Gesichtspunkt wertvoll, wenn seine Kritik anläßlich eines nächsten Entscheides Beachtung fände.

Participationsscheine oder stimmrechtslose Aktien können also praktisch nur so weit ausgegeben werden, als die schweizerische Nationalität der Firma unter Einschluß dieser Papiere sicher erhalten bleibt. Sie sind unter diesem beschränkten Gesichtswinkel nicht vorteilhafter als Inhaberaktien. Unter andern Gesichtspunkten mag die stimmrechtslose Aktie Vorteile bieten, aber ich halte sie für problematisch. Die Gesellschaften haben kaum ein Interesse daran, Aktionäre zweiter Güte zu schaffen. Es sind potentiell unzu-

[1] Vgl. z.B. für USA: Executive Order No. 8389 vom 10.4.1940, Sec. 5(E), zitiert in U. Oppikofer, Der Schutz der Schweizerischen Auslandsinvestitionen, Zürich 1958, S. 33.

friedene Aktionäre, gerade weil sie als solche nicht mitreden oder mitstimmen können. Der Schritt vom Participationsschein heutiger Ausgestaltung zur stimmrechtslosen Aktie mag rechtlich klein sein, psychologisch ist er es bestimmt nicht.

Ob die Chancen, ein statutarisches Quorum zu erreichen, mit der Schaffung stimmrechtsloser Aktien wesentlich verbessert werden, darf bezweifelt werden. Der schweizerische Anleger jedenfalls wird einfach die Aktiengattung kaufen, die ihm kursmäßig die besseren Chancen zu bieten scheint.

Wenn ich mich nun anschließend noch zur Frage der Konzernbilanz und der Konzern-Gewinn- und Verlustrechnung äußere, so soll dies nicht unter Gesichtspunkten der Wünschbarkeit, der Aussagekraft und der zweckmäßigen Ausgestaltung geschehen. Über diese Seite des Problems ist schon viel diskutiert worden und wird weiter diskutiert werden. Dagegen hat mich diese Diskussion zu einigen Gedanken über die rechtliche Seite der Konzernbilanz angeregt, die ich gewissermaßen als «Anmerkungen» am Rande einer wissenschaftlichen Diskussion vortragen möchte.

Zunächst zu einem fundamentalen Grundsatz des Bilanzrechts: Die Bilanz einer Firma muß mit ihren rechtserheblichen Büchern übereinstimmen. Das bürgt, gesichert durch zivil- und strafrechtliche Normen, zu Gunsten von Gläubigern, Aktionären und Dritten für ihre Richtigkeit. Die Prüfung der Übereinstimmung von Bilanz und Büchern steht an erster Stelle des Pflichtenheftes der Kontrollstelle (Art. 728 OR).

Der zu bilanzierende Konzern ist aber nur eine wirtschaftliche Einheit, rechtlich zerfällt er in seine einzelnen Glieder. Der Konzern als solcher ist nicht buchführungspflichtig und kann es gar nicht sein. Er ist kein handelsregisterfähiges Unternehmen. Buchführungspflichtig sind nur die einzelnen Glieder des Konzerns, jedes für sich, und jedes nach den besonderen Bestimmungen seines Landesrechts. Die Konzernbilanz stützt sich deshalb auf keine

rechtserheblichen – ich betone rechtserheblichen – Konzernbücher ab.

Anderseits besteht auch keine Übereinstimmung mit den Büchern der einzelnen Konzerngesellschaften. Eine solche ist schon rein buchhalterisch unmöglich; das liegt in der Natur der Konsolidierung und ist unbestritten.

Es folgt daraus eine erste Feststellung: Die Konzernbilanz ist rechtlich nirgends solide verankert. Sie stützt sich zwar als Rohstoff auf die Bücher der einzelnen Konzerngesellschaften, aber eben nur als Rohstoff. Die Buchungen sind im einzelnen nicht verbindlich; sie werden bearbeitet, abgewandelt. Aus ihnen wird die Konzernbilanz nur abgeleitet, sie werden nicht tel quel in die Konzernbilanz übernommen.

Das spricht natürlich nicht gegen die betriebswirtschaftliche Zuverlässigkeit einer Konzernbilanz, gegen ihre materielle Aussagefähigkeit. Sie ist aber rechtlich unverbindlich, weil sie von den verbindlichen Buchungen der Konzerngesellschaften bewußt abstrahiert und im Interesse der konzernweiten Aussagefähigkeit wahrscheinlich sogar abstrahieren muß.

Daraus folgt die weitere Feststellung, daß die Kontrollstelle in keinem Falle wird erklären können, daß die Konzernbilanz mit den Büchern der Konzerngesellschaften übereinstimmt. Sie kann lediglich erklären, daß nach ihrer Auffassung aus diesem Rohstoff betriebswirtschaftlich ein aussagefähiger Gesamtüberblick über die Aktiven und Passiven des Gesamtkonzerns abgeleitet wurde. Das ist natürlich je nach dem Standing der Kontrollstelle mehr oder weniger wertvoll, aber es ist keine Kontrolle im Rechtssinne. Die Kontrollstelle kann auch nicht zur Verantwortung gezogen werden, wenn sich später ihre betriebswirtschaftlichen Kenntnisse als mangelhaft und die Ableitung zu einer Konzernbilanz als sachlich falsch erweisen.

Ich möchte noch etwas weiter gehen: Führende Betriebswirtschafter verlangen im Interesse der Aussagekraft einer Konzernbilanz, daß die Konsolidierung nach für den ganzen

Konzern einheitlichen Kontenplänen und Bewertungsvorschriften erfolgt[1]. Das bedeutet die Einrichtung einer eigenen unverbindlichen Konzernbuchhaltung und damit eine Neubewertung einer Reihe von Positionen in Abweichung von den Bewertungen in den Bilanzen der einzelnen Konzerngesellschaften. Es bedeutet aber noch mehr. Die Bilanzen der betreffenden Länder und die gesetzlich vorgeschriebenen oder durch Usanz erhärteten Bewertungsgrenzen weichen von Land zu Land voneinander ab. Bewertet man nun diese Positionen in der Konzernbilanz nach zwar einheitlichen, aber anderen Sätzen, so bewertet man sie teilweise contra legem eines bestimmten Landes und teilweise gegen die in einem Land allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze.

Nun kann man natürlich anstelle des Konzerns, der ja kein Rechtssubjekt ist, das Stammhaus durch Gesetz oder Usanz verpflichten, neben der eigenen Bilanz noch eine Konzernbilanz zu erstellen. Sie hat aber auch dann nur den Charakter einer Orientierung der Aktionäre, der Gläubiger und der Öffentlichkeit über die wirtschaftliche Potenz des Stammhauses unter Einbeziehung seiner Ableger. Herr Dr. Hirsch subsumiert die Konzernbilanz denn auch zutreffend unter den Geschäftsbericht gemäß Art. 724 OR und nicht unter die Bilanz gemäß Art. 662 OR. Die Konzernbilanz entfaltet somit auch keine bilanzrechtlichen Wirkungen. Ihre Bedeutung ist identisch mit der Bedeutung irgendeiner andern Orientierung im Geschäftsbericht. Sie unterliegt nicht der gesetzlichen Prüfung durch die Kontrollstelle und ist von der Generalversammlung nicht zu genehmigen. Selbstverständlich untersteht der ausgewiesene Konzerngewinn auch nicht der Verfügungsmacht der Generalversammlung.

Da sich die Verpflichtung zur Erstellung einer Konzernbilanz rechtlich nur an die Obergesellschaft richten kann, stellt sich für den Juristen auch die Frage nicht, welche die

---

[1] Vgl. z.B. K. Käfer, NZZ No. 225/226 vom 18. Januar 1966, «Konsolidierte Jahresrechnungen von Konzernen».

Betriebswirtschafter bewegt[1]: Wessen Bilanz die Konzernbilanz nun eigentlich sei, die Bilanz des Konzerns als Wirtschaftseinheit oder die Erläuterung der Bilanz des Mutterhauses. Juristisch kann sie nur eine Berichterstattung des Stammhauses an seine Aktionäre sein. Daran ändert auch nichts, daß die Beteiligung eines Drittaktionärs, d.h. eines an einer Untergesellschaft beteiligten Außenaktionärs darin als Gläubigerrecht oder als Minderheitsbeteiligung am Konzern ausgewiesen wird. Diese Darstellung drängt sich buchhalterisch wahrscheinlich auf. Sie ist aber ein bloßes Bild, und ich möchte sagen, juristisch ein Trugbild. Denn der Außenaktionär hat keine Rechte auf das Konzernvermögen und den Konzerngewinn, weder Gläubigerrechte noch Beteiligungsrechte. Er hat Rechte nur innerhalb seiner eigenen Gesellschaft, und ist diese ertragslos, so hat er nichts davon, wenn eine Schwestergesellschaft floriert.

Noch eine weitere Feststellung: Es wird von namhaften Betriebswirtschaftern gewissermaßen als selbstverständlich hingestellt, daß bei der Aufstellung einer Konzernbilanz die gesetzlich vorgeschriebenen Grundsätze der Buchführung und Bilanzierung zu beachten seien[2]. Ich habe indessen eingangs darauf hingewiesen, daß die gesetzlich vorgeschriebenen Grundsätze im gesamten Bereich eines Konzerns keineswegs einheitlich sind. Vor allem sind bei den einzelnen Konzerngesellschaften neben den handelsrechtlichen Vorschriften ja auch die Vorschriften des Steuerrechts zu berücksichtigen. Die Bewertungsvorschriften können von Land zu Land sehr unterschiedlich sein. Die Forderung nach Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Grundsätze ist daher wohl so zu verstehen, daß auf die von einem schweizerischen Stammhaus errichtete Konzernbilanz die schweizerischen Bewertungsvorschriften angewendet werden sollen, falls überhaupt nach einheitlichen Bewertungssätzen bilanziert wird. Damit setzt man sich dann aber für die Konzernbilanz über Vorschriften von Ländern hinweg, wo für das Konzern-

[1] Vgl. z.B. K. Käfer, loco citato.

[2] Vgl. z.B. K. Käfer, loco citato.

potential vielleicht überaus wichtige Konzerngesellschaften domiziliert sind. Das ist für den Wahrheitsgehalt der Bilanz nicht ganz unbedenklich.

Es ist nun vielfach als Modell für einen gesetzlich vorgeschriebenen Konzernabschluß auf das neue deutsche Aktiengesetz hingewiesen worden. Mir scheint dabei aber zu wenig beachtet worden zu sein, daß dieses nur die inländischen Tochtergesellschaften dem Konsolidierungszwang unterwirft. Damit stellen sich natürlich viele Probleme nicht, zumal dann alle konsolidierten Tochtergesellschaften den gleichen Bewertungsvorschriften wie das Mutterhaus unterstehen. Eine solche beschränkte Konsolidierung wäre aber für unser Land sinnlos, da die schweizerischen Konzerne sich ja gerade durch den großen und weitverzweigten ausländischen Beteiligungsbesitz bei kleinem Heimatmarkt auszeichnen. Wieso übrigens die Deutschen die Auslandsbeteiligungen vom Konsolidierungszwang ausgenommen haben, konnte ich bisher nicht feststellen. Vielleicht sind die Probleme einer weltweiten Konsolidierung juristisch eben nicht so sauber lösbar, daß man Rechtspflichten statuieren kann. Vielleicht haben aber auch wirtschaftspolitische Überlegungen zu einer ähnlichen Zurückhaltung gemahnt, wie sie bisher schweizerische Konzerne geübt haben.

Dr. Ernst Kober, Direktor, Basel:

Zum Problem der Spaltung bei der vinkulierten Namenaktie nur ein Wort der Freude und Befriedigung darüber, daß Herr Prof. Bär die unglückselige Spaltungstheorie, die ja dogmatisch wie praktisch schon an der Frage des Bezugsrechts scheitern muß, gründlich und hoffentlich definitiv ad absurdum geführt und damit die dem Aktienrecht einzig kongruente Auffassung der Aktie als Verkörperung einer unteilbaren Mitgliedschaftsstelle im Sinne Carl Wielands zu neuer, hoffentlich auch beim Hohen Schweizerischen Bundesgericht bleibender Geltung gebracht hat.

Me Hirsch redet einer Erweiterung der Publizität

das Wort und postuliert die Verwirklichung seiner Anregungen im Rahmen von Gesprächen der interessierten Kreise. Das Vorgehen entspricht schweizerischer Überlieferung und ganz allgemein wird gesagt werden dürfen, daß über Verbesserung der Information immer gesprochen werden kann und soll, auch wenn die materiellen Vorschläge im einzelnen einläßlicher kritischer Erwägungen bedürfen.

Obschon der Kursrückgang der Aktien auch der publizitätsfreudigsten Gesellschaften bei uns, in Deutschland und namentlich in USA, dem vielgepriesenen Eldorado der Publizität, die These widerlegt, wonach die Stagnation unserer Börsen auf einen Mangel an Information zurückzuführen sei, ist die Forderung nach sinnvoller aussagefähiger Information des Aktionärs über sein Unternehmen an sich sehr legitim; ihre Verwirklichung ist ein aufrichtiges Anliegen der Verwaltung jeder seriösen Gesellschaft. Der Inhalt der genannten Kriterien «sinnvoll» und «aussagefähig» muß dabei immer neu erarbeitet werden. «Sinnvoll» umfaßt sowohl das Interesse des Aktionärs am Überblick über den Stand seiner Investition, als auch das Interesse des Unternehmens und damit seiner Aktionäre an der Wahrung seiner Stellung im Wettbewerb und insbesondere hinsichtlich seiner Beziehungen zum Ausland, ein Aspekt, der gerade für die schweizerische Exportindustrie ohne ins Gewicht fallenden «homemarket» von ausschlaggebender Bedeutung ist. «Aussagefähig» will heißen, daß die Information nicht nur scheinbar aufschlußreich sein soll, d.h. sie darf nicht durch alle möglichen Details das wirkliche Bild verschleiern und bei scheinheiligem Bekenntnis zur Publizität effektiv den Aktionär irreführen. Wenn sich die von Me Hirsch zur Erörterung des Problems aufgerufenen Kreise von diesen Kriterien leiten lassen, so ist es durchaus denkbar, daß konstruktive Ergebnisse erzielt werden im Sinne einer besseren Informationspolitik, besser vor allem im qualitativen Sinne und nicht einfach im Sinne quantitativer Anhäufung. Voraussetzung ist allerdings, daß auch die Erwägungen der Verwaltungen als legitim und verantwortungsbewußt anerkannt und nicht

mit Verdächtigung der Motive beiseite geschoben oder gar lächerlich gemacht werden.

Leider ist dieses echte Problem einer qualitativen Verbesserung der Unternehmenspublizität aber eben heute durch eine etwas hektische, zum Teil auch etwas demagogische Publizistik verfälscht, die außerordentlich weitgehende Forderungen aufstellt und vielfach die erwähnten qualitativen Kriterien zu Gunsten eines Verlangens einfach nach «mehr Zahlen» außer acht läßt. Dabei dürfte es nun erlaubt und angebracht sein, einmal die Frage zu stellen, wer eigentlich an dieser Polemik beteiligt ist. Es sind praktisch ausschließlich drei Interessentenkreise:

- einmal die Vertreter der Wissenschaft auf dem Gebiete des Rechts- und des Revisionswesens, die in erster Linie von theoretisch puristischen Gedankengängen beseelt und mit den praktischen Aspekten vielleicht doch zu wenig vertraut sind,
- sodann die Finanzpresse, der ganz natürlicherweise die Publizität an und für sich am Herzen liegt, und
- schließlich die Kreise, die am täglichen Börsengeschehen und damit an den fluktuierenden Börsenkursen interessiert sind.

Diese Feststellung soll die Motive solcher Bestrebungen in keiner Weise qualifizieren. Was aber einmal gesagt werden muß, ist, daß diese Interessen keineswegs notwendigerweise mit denjenigen der betreffenden Unternehmungen und ihrer Aktionäre übereinstimmen. Von seiten der auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens und die langfristige Qualität ihrer Investitionen bedachten Aktionäre sind dagegen bezeichnenderweise trotz aller publizistischen Bemühungen der drei erwähnten Postulantenkategorien und trotz mannigfacher Gelegenheit, z.B. an den Generalversammlungen, meines Wissens noch nie so weitgehende Forderungen geäußert worden. Die Publizität wird von den erwähnten Interessengruppen zur «heiligen Kuh» emporgespielt und, genau wie in Andersens Märchen «Des Kaisers neue Kleider» als

selbstverständliches Postulat der gesamten Öffentlichkeit dargestellt in der Hoffnung, daß auch die wirklich Interessierten, nämlich die Aktionäre, plötzlich glauben, «des Kaisers neue Kleider» zu sehen, d.h. das zu wünschen, was ihnen suggeriert wird.

Und nun im Lichte des Gesagten einige Bemerkungen zur Hauptforderung von Me Hirsch, es seien die für Selbstfinanzierungszwecke als stille Reserven zurückbehaltenen Gewinnteile jährlich präzis der Generalversammlung bekanntzugeben, um sie deren Kontrolle und Diskussion zu unterstellen. Das Postulat wird als Vorschlag zur Neu-Interpretation von Art. 663 OR vorgetragen und damit begründet, daß der Gesetzgeber bei der Redaktion der erwähnten Bestimmung nicht an stille Reserven zur Finanzierung des Wachstums eines Unternehmens gedacht habe und daß die herrschende Auslegung von Art. 663 OR im unlösbaren Widerspruch zur Forderung des Art. 959 OR nach Bilanzfähigkeit und Bilanzklarheit stehe. Abgesehen davon, daß bereits Begriff, Entstehung und Zweck der sogenannten stillen Reserven recht nebelhaft erscheinen und nach meinem Eindruck dabei sind, zu einer Jaspers'schen «Chiffre» für alle möglichen Beschwerden und Theorien zu werden, glaube ich, daß schon die beiden erwähnten juristischen Prämissen unrichtig sind.

Art. 663 OR erlaubt die Bildung stiller Reserven durch die Verwaltung mit Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens. Ich hatte das Glück, ungefähr vor 30 Jahren, also gerade als das revidierte Obligationenrecht in Kraft trat, die aktienrechtlichen Vorlesungen des unvergessenen Robert Haab zu hören, der an den Vorarbeiten für das revidierte Obligationenrecht aktiv beteiligt war. Ich erinnere mich deutlich, daß von ihm schon damals die Selbstfinanzierung als wesentlicher Anwendungsfall der Bildung von stillen Reserven unterstrichen worden ist. Tatsächlich ist dann die Selbstfinanzierung seither bei zahlreichen schweizerischen Unternehmungen, insbesondere soweit sie in der Forschung und international tätig sind, zum Eckpfei-

ler des dauernden Gedeihens geworden. Zum dauernden Gedeihen gehört nicht nur die möglichst sorgfältige Abdeckung gegen Risiken des bestehenden Geschäfts, sondern mindestens so sehr die Sicherung eines gesunden Wachstums durch Inangriffnahme neuer Projekte, für die bei aller umsichtigen Planung ein Erfolg mit Sicherheit nicht vorausgesagt werden kann, für deren Verwirklichung also die Selbstfinanzierung lebensnotwendig ist. Die dafür gebildeten stillen Reserven dienen somit in hervorragendem Maße dem dauernden Gedeihen des Unternehmens, denn das Wort Gedeihen hat keinen statischen, sondern einen dynamischen Sinn; wenn diese Dynamik nicht gesichert ist, wird das Gedeihen in Frage gestellt.

Aber auch Art. 959 OR wird dadurch, daß die Bildung stiller Reserven im Ausmaß der heutigen Praxis erlaubt wird, nicht verletzt. Diese Bestimmung verlangt, daß Betriebsrechnung und Jahresbilanz nach allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen vollständig klar und übersichtlich aufgestellt werden. Wenn nun behauptet wird, solche allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze gebe es nicht, so darf, ohne sich in die Geheimsphäre der Buchführungsschriftgelehrten vorzuwagen, festgestellt werden, daß die Bewertungsvorschriften, die dasselbe Obligationenrecht zum Beispiel für Aktiengesellschaften aufgestellt hat und zu denen auch Art. 663 OR gehört, unzweifelhaft zu den allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen gehören müssen.

Wenn wir somit zum Schluß kommen, daß herrschende Doktrin und Praxis mit Wortlaut und Sinn sowie den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Gesellschaften in Übereinstimmung stehen, so muß andererseits festgestellt werden, daß der Neu-Interpretationsvorschlag von Me Hirsch für Art. 663 OR nicht realisierbar ist. Wenn in seinem Sinne Bekanntgabe der für Selbstfinanzierung bestimmten stillen Reserven eine Kontrolle und Diskussion derselben in der Generalversammlung ermöglichen soll, so beruht das auf der These, daß dann die Generalversammlung diese Reserven-

bildung als Ganzes sanktioniert. Wenn diese Zustimmung sinnvoll sein soll, so müßte sie auf Grund einigermaßen detaillierter Angaben über die Zweckbestimmung solcher Reserven erfolgen. Damit wäre aber die Verwaltung gezwungen, praktisch der Öffentlichkeit und insbesondere der lieben in- und ausländischen Konkurrenz über ihre Pläne zum voraus Aufschluß zu erteilen, womit vielleicht die Wettbewerbswirtschaft gefördert würde, sicher aber nicht das dauernde Gedeihen des Unternehmens. Vor allem aber wären die ausländischen Behörden dankbare Zuhörer solcher Aufschlüsse. Diesem Hinweis wird immer wieder mit der Verdächtigung begegnet, man befürchte die Aufdeckung unlauterer Machenschaften oder von Steuerhinterziehungen. Darum geht es natürlich nicht. Aber aus der Praxis wissen die international tätigen Unternehmungen, daß sie einem wachsenden Appetit und oft recht krausen Praktiken ausländischer Steuerbehörden ausgesetzt sind, und daß ihnen schon detaillierte Angaben über Gewinn und Selbstfinanzierungsgrad nur Schwierigkeiten bereiten müssen. Wenn in einem kürzlich erschienenen Aufsatz als Korrelat zur vermehrten Publizität eine verständnisvolle Haltung der Steuerbehörden postuliert wird, so steht zu befürchten, daß dies auf ausländische Steuerbehörden wenig Eindruck machen wird, denn um sie geht es und nicht um den schweizerischen Fiskus, der ein weitgehendes Verständnis zeigt.

Schließlich darf auch festgestellt werden, daß die bisherige Praxis ein ziemlich spektakuläres Wachstum der schweizerischen Industrie ermöglicht und bis jetzt offensichtlich nicht zu Mißbräuchen geführt hat, während umgekehrt in andern Ländern Finanzskandale jedenfalls durch Publizitäts-Vorschriften nicht verhindert worden sind. Angesichts der aufgezeigten Rechtslage und andererseits der dargelegten Nachteile einer Neu-Interpretation von Art. 663 OR im Sinne von Me Hirsch erscheint es deshalb nicht als angezeigt, aus der Befürchtung allfällig möglicher Mißbräuche heraus perfektionistisch eine Regelung anzustreben, die nach dem heutigen Stand unnötig und schädlich wäre.

Vielleicht läßt sich der Gedanke von Me Hirsch im Sinne einer vorbeugenden Verhinderung von Mißbräuchen durch eine Stärkung der Stellung der Kontrollstelle verwirklichen, die ja auch Gegenstand der in Aussicht genommenen Gespräche der interessierten Kreise sein soll. Von einer Bekanntgabe der für Selbstfinanzierungszwecke als stille Reserven zurückbehaltenen Gewinnteile an die Generalversammlung sollte aber sicher abgesehen werden, im Interesse der Erhaltung der Selbstfinanzierung der schweizerischen Unternehmungen, deren Bedeutung erst kürzlich von Herrn Bundespräsident Dr. Schaffner anläßlich des Nestlé-Jubiläums betont worden ist, im Interesse also des dauernden Gedeihens der Unternehmungen und somit auch im Interesse ihrer Aktionäre.

Dr. A. Christ, stellvertretender Direktor, Basel:

In der Zusammenfassung hat heute der welsche Berichterstatter der stimmrechtlosen Aktie das Wort geredet. Diese stimmrechtlose Aktie soll als Inhaberpapier ausgestattet werden. Die Aktien mit Stimmrecht sollen nur noch als Namenaktien ausgegeben werden. Damit befürwortet also der Herr Berichterstatter die Abschaffung der Inhaberaktien. Nicht nur den Aktionären, sondern auch den Inhabern der stimmrechtlosen Aktien soll Einblick in das Aktienbuch gegeben werden, das damit de facto offengelegt wird. Diese Vorschläge dürfen nicht unwidersprochen bleiben.

Stimmrechtlose Aktien sind in unserem Rechtssystem widernatürliche Gebilde. Die Aktie verkörpert eine Mitgliedschaftsstelle, die Vermögensrecht und Herrschaftsrecht beinhaltet. Ohne Stimmrecht kein Herrschaftsrecht, ohne Herrschaftsrecht keine Aktie. Es ist gefährlich, klare Begriffe durch unklare Bezeichnungen zu verwässern. Deshalb ist von der Einführung der sogenannten stimmrechtlosen Aktie abzusehen. Der Genußschein ist das Instrument, dessen Verwendung gegebenenfalls durch Praxis oder Gesetzgebung den heutigen Bedürfnissen angepaßt werden kann.

Es wäre wirtschaftlich höchst unerwünscht, die Inhaberaktien abzuschaffen. Sie sind ein notwendiges Instrument für unsere Wirtschaft. Die Abschaffung der Inhaberaktie würde einen Eingriff in unsere Wirtschaft bedeuten, der sich sehr verhängnisvoll auswirken würde.

Die Offenlegung der Aktienregister ist ebenso erwünscht oder unerwünscht wie die Aufhebung des Bankgeheimnisses.

Fritz von Steiger, Fürsprecher, Zürich:

Was die Kontrollstelle anbelangt, so ist die gesetzliche Regelung in doppelter Hinsicht unbefriedigend. Einerseits werden, vom Art. 723 OR abgesehen, keinerlei Forderungen hinsichtlich der fachlichen Eigenschaft der Revisoren gestellt. Immerhin sei verwiesen auf die Regelung in der Spezialgesetzgebung. Vergleiche Art. 72 des Eisenbahngesetzes, wonach, wenn als Kontrollstelle nicht eine Treuhandgesellschaft oder ein Revisionsverband gewählt werden, wenigstens ein Mitglied ein Büchersachverständiger sein muß. Art. 20, Abs. 1 des Bankengesetzes bestimmt: «Mit der Revision kann nur ein Revisionsverband oder eine Treuhandgesellschaft beauftragt werden, die als Revisionsstelle für Banken anerkannt worden ist.» Nach Art. 159 ff. der Vollziehungsverordnung zum BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung kommen als Revisionsstellen für die Kassenrevision (externe Revisionsstellen genannt) in der Regel nur Personen in Betracht, die das eidg. Diplom für Bücherexperten besitzen und Mitglieder einer Gruppe sind, die der Schweiz. Kammer für Revisionswesen angeschlossen ist. Endlich kommen bei der Revision auf Grund des BG über die Seeschiffahrt unter der Schweizerflagge vom 23. Sept. 1953 (Art. 3 des Reglementes vom 20. Nov. 1956) nur diplomierte Bücherexperten und vom Bundesrat anerkannte Treuhand- und Revisionsgesellschaften in Betracht.

Andrerseits ist man sich bei uns nicht genügend klar darüber, daß die Kontrollstelle, soll sie objektiv ihres Amtes

walten können, von dem zu kontrollierenden Unternehmen unabhängig sein muß. Nicht ohne Grund stellt J.L. Carey in einem dem «American Institute of Accountants» gewidmeten Buch über «Professional Ethics of public accountants» auf Seite 41 den Grundsatz auf: «Independence is the keystone in the structure of accounting profession». Natürlich hat es auch in der Schweiz nicht an Leuten gefehlt, die auf die Mangelhaftigkeit der gesellschaftsrechtlichen Regelung im Obligationenrecht hingewiesen haben. Vgl. statt vieler Giroud/Dober, Buch- und Bilanzprüfung in der Schweiz, 5. Aufl. 1962, S. 58; Prof. C. Terrier im Vorwort zur Arbeit von Prof. Ed. Folliet, Le contrôleur dans les sociétés anonymes, Genf 1957; W.F. Bürgi, SAG 30, S. 110; W. Dober, SAG 37, S. 105ff. Aber auch hier ist nur die Spezialgesetzgebung befriedigend. Erinnert sei zum Beispiel an die bankengesetzliche Regelung in Art. 30, Abs. 3 und 32, Lit. c und d der Vollziehungsverordnung vom 30. August 1961 zum BG über die Banken und Sparkassen, wonach eine Treuhandgesellschaft eine Bank nicht revidieren darf, wenn diese durch ein Mitglied der Geschäftsleitung oder des Organs für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle in einem Organ der Treuhandgesellschaft vertreten ist. Sodann wird ausdrücklich bestimmt, daß die Leitung von Revisionen nur Revisoren anvertraut werden darf, die von den verantwortlichen Organen und Personen der zu revidierenden Bank unabhängig sind, ihrerseits insbesondere keinem für die Geschäftsführung der Bank verantwortlichen Organ angehören.

Ferner verlangt Art. 4 der Vollziehungsverordnung zum BG über die Seeschiffahrt unter Schweizerflagge vom 20. Nov. 1956, daß die anerkannten Prüfungsstellen, sowie deren Organe und Angestellte, von der Verwaltung und Geschäftsführung der zu prüfenden Schiffahrtsunternehmung unabhängig sein müssen und nicht daran beteiligt sein dürfen. Das Reglement betr. die Anerkennung der Revisionsstellen schweizerischer Schiffseigentümer vom 20. Nov. 1956 seinerseits bestimmt, daß für die Prüfungsstelle ihr schweizerischer Charakter erwiesen sein müsse, und

daß keinerlei wichtige Gründe gegen ihre Zulassung sprechen dürfen. Solche Gründe werden als gegeben erachtet, wenn die Prüfungsstelle, deren Organe oder Angestellte gegenüber der zu prüfenden Schiffahrtsunternehmung als befangen erscheinen. Das wird insbesondere dann angenommen, wenn die Prüfungsstelle am Schiffahrtsunternehmen oder an einem Konkurrenzbetrieb wesentlich beteiligt ist, oder ein Dienstvertrag- oder Auftragsverhältnis mit dem zu prüfenden Schiffahrtsbetrieb oder mit einem Konkurrenzunternehmen vorhanden ist, welches sich nicht auf die Revision, Reorganisation oder Beratung in Steuer- und Wirtschaftsfragen bezieht.

Eine ähnliche Regelung enthält Art. 167 der Vollzugsverordnung vom 21. Okt. 1947 zum BG über die Alters- und Hinterbliebenenversicherung. Nach Art. 68 dieses Gesetzes sind die Ausgleichskassen einschließlich ihrer Zweigstellen periodisch zu revidieren, wobei sich die Revision auf die Buchhaltung und die Gesellschaftsführung erstreckt. Zudem sind die der Ausgleichskasse angeschlossenen Arbeitgeber ebenfalls periodisch auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmung zu kontrollieren. Über die Unabhängigkeit aber heißt es im zitierten Artikel 167: «Die Revisionsstellen müssen von der Geschäftsführung der Gründerverbände der zu revidierenden Ausgleichskasse sowie von den zu revidierenden Arbeitgebern unabhängig sein. Bei Befangenheit haben die Revisionsstellen, bzw. die mit der Revision oder Kontrolle beauftragten Personen in den Ausstand zu treten. Ausstandsgründe sind insbesondere: a) wesentliche finanzielle oder gleichwertige Beteiligung am Gründerverband, an dem zu kontrollierenden Arbeitgeberbetrieb oder an einem Konkurrenzunternehmen; b) ein Dienstvertrags- oder Auftragsverhältnis, das sich nicht auf die Vornahme einer Revision oder Kontrolle bezieht, mit dem zu kontrollierenden Arbeitgeber oder mit einem Konkurrenzunternehmen.»

Unabhängigkeit wird im Aktienrecht nur in Art. 723 OR gefordert; über die Art und das Maß der Unabhängigkeit

wird jedoch nichts gesagt. In Art. 727 OR wird andrerseits noch weniger vorgeschrieben. Hier bestimmt der Gesetzgeber nur, daß die Revisoren sowie deren Ersatzmänner weder Mitglieder des Verwaltungsrates noch Angestellte der zu prüfenden Gesellschaft sein dürfen. Diese Unvereinbarkeitsvorschrift gilt jedoch nur für Einzelpersonen, nicht für Treuhandgesellschaften. Immerhin wird von den verantwortungsbewußten Instanzen der der Schweiz. Kammer für Revisionswesen angeschlossenen Kreise das Prinzip der Unabhängigkeit nicht in Frage gestellt, wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß in der Praxis sich gelegentlich Fälle ereignet haben, die zu Beanstandungen und Maßnahmen Anlaß gaben.

Es gibt z.B. Einmanngesellschaften, die einem Bücherexperten gehören. Der Zweck der Übung ist, dem Allein-Aktionär einer solchen Gesellschaft zu ermöglichen, einerseits bei einer andern Gesellschaft Verwaltungsrat zu sein und andrerseits bei dieser selben Gesellschaft via Einmanngesellschaft auch das Mandat als Kontrollstelle zu übernehmen. Die Gerichte kommen selten in die Lage, zu solchen Verhältnissen Stellung zu nehmen. Kritisch äußerte sich das Zürcher Handelsgericht im Falle Royaltex (Urteil vom 20. Juni 1949). Es beanstandete, daß dieselbe Treuhandgesellschaft mit zwei Angestellten den Verwaltungsrat und mit zwei andern Angestellten die Kontrollstelle der Royaltex bildete (ZR 34 Nr. 101).

Heute ist niemand da, der solche Dinge bemängeln kann. Ob und wie ein revidiertes Obligationenrecht über die sachliche Qualifikation und die Unabhängigkeit der Kontrollstelle Vorschriften enthalten wird, ist nicht bekannt. Dagegen wäre es heute schon möglich, einem Vorschlag Folge zu geben, den seinerzeit Herr Prof. Ed. Folliet in seiner Abhandlung «Le contrôleur dans les sociétés anonymes» gemacht hat. Er schlägt vor, die Revisoren im Handelsregister einzutragen. Dieser Wunsch könnte leicht erfüllt werden durch eine Revision der Handelsregisterverordnung; dazu aber ist der Bundesrat befugt laut Art. 929 und 936 OR.

Es würde damit erreicht einerseits, daß die Aktiengesellschaften, die die Kontrollstelle nicht besetzt haben, verschwinden würden und andrerseits, daß die ärgsten Mißbräuche beseitigt würden. Sobald bekanntgegeben werden muß, aus wem die Kontrollstelle besteht, wird vermutlich erreicht werden, daß Revisoren bezeichnet werden, die ihr Erscheinen im Lichte der Öffentlichkeit nicht zu fürchten haben. Völlig ungeeignete Personen würden im Schweiz. Handelsamtsblatt kaum aufgeführt werden. Außerdem würde den schlimmsten Abhängigkeitsverhältnissen auf diese Weise wahrscheinlich mit einigem Erfolg begegnet werden. Dieser Vorschlag hat den Vorteil, daß er unverzüglich verwirklicht werden kann.

Prof. Dr. Karl Käfer, Zürich:

1. Bei gemeinsamen Arbeiten zum Bilanzrecht der Aktiengesellschaft bin ich aufgefordert worden, hier einige Worte zum Tagesthema vom Standpunkt des Ökonomen aus zu sagen. Und zwar speziell vom Standpunkt des Betriebswissenschafters aus, dessen Untersuchungsgegenstand die Unternehmung ist, vor allem die Großunternehmung in der Form der Aktiengesellschaft. Die genauere Fragestellung zum heutigen Thema lautet dann: Ist das schweizerische Aktienrecht so gestaltet, daß es das harmonische Gedeihen dieses Wirtschaftsgebildes fördert und mithilft, die Ziele zu erreichen, die seine Schöpfer verfolgen. Und wenn dies nicht bejaht werden kann: Wie müßte es umgestaltet werden, um dieser Forderung zu entsprechen.

Die Zeit erlaubt nicht, auf mehrere der vielen betriebswirtschaftlich wichtigen Fragen einzugehen. Ich beschränke mich daher auf kurze Ausführungen zur Frage der Rechnungslegung der Aktiengesellschaft, der auch von den Berichterstattern und mehreren Votanten eine wichtige Rolle zugewiesen wird. Daß die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts über die Rechnungsauslegung der Aktiengesellschaften infolge ihrer Unvollständigkeit, Un-

klarheit und mangelhaften Terminologie reformbedürftig sind, drängt sich jedem auf, der sich häufig mit der Untersuchung von veröffentlichten oder auch mit den Steuerbehörden vorgelegten unveröffentlichten Jahresabschlüssen zu beschäftigen hat. Der Wunsch nach weniger unvollkommenen Rechtsbestimmungen wird besonders stark beim Lehrer, der sie an praktischen Beispielen und Aufgaben demonstrieren muß und gelegentlich auch, in schwierigen Fällen, die Praxis beraten sollte.

Der Betriebswirtschafter wird den beiden Referenten uneingeschränkt zustimmen, wenn sie bei ihrer Untersuchung den Begriff der «Aktiengesellschaft an sich» ablehnen. Auch für ihn ist die Unternehmung nicht ein Lebewesen mit Eigeninteresse, sondern ein mehr oder weniger vollkommenes Instrument, ein Mittel zu Zwecken. «Interessierte» sind immer Personen und Personenkreise. Die Gesellschaft zur lebenden Person zu erhöhen und vom «Interesse der Unternehmung» zu reden, entspricht zwar unserer täglichen, vom Animismus unserer Vorfahren geprägten Sprache; es bedeutet aber nur ein Ausweichen vor der schwierigen Beurteilung der Interessen und Rechte der Beteiligten als Individuen und Gruppen, oft auch die Scheu vor der Korrektur ihrer Machtlage.

2. Buchhaltung und Bilanz sind als Vergangenheitsrechnungen Mittel der Information. Sie sind aber nicht in erster Linie Mittel zur Aufklärung der außenstehenden Aktionäre, sondern Instrumente der Geschäftsleitung. Diese wird durch die Konten zwar auch direkt zu Handlungen aufgerufen, zum Beispiel zu Zahlungen; hauptsächlich liefert die Rechnungsführung aber Unterlagen für unternehmerische Entscheidungen. Die Jahresrechnungen allerdings werden vor allem gestaltet gemäß ihrer zweiten Aufgabe, der Rechenschaftsablage gegenüber den Aktionären, der Steuerverwaltung und weiteren Kreisen. Erfahrungsgemäß ergeben sich daraus jedoch auch beträchtliche Rückwirkungen auf die interne Rechnungsführung: Fördert das Gesetz wie

bei uns die Tendenz, den Informationsgehalt der Mitteilungen an die Aktionäre herabzusetzen, so dienen diese Rechnungen auch dem Verwaltungsrat als unvollkommene, oft nur spärlich ergänzte Unterlagen.

Kleine und große Aktiengesellschaften stimmen darin überein, daß Kapital eingesetzt wird und Erfolg erzielt werden soll. Gewinn- und Verlustrechnung und Bilanz sind von gleicher Art, ob es sich um Tausender oder Millionen handelt. Die Minderheit in der kleinen Aktiengesellschaft wird vielleicht besonders empfindlich geschädigt, wenn mangelhafte Gesetzesbestimmungen eine unwahre Rechnungsauslegung zulassen. Aber auch das Rechnungswesen der Unternehmungen aller andern Formen wird nachteilig beeinflußt; ist es doch üblich, daß sich auch diese nach den Buchführungsvorschriften des Aktienrechts richten.

Die Mängel des Buchführungsrechts der AG liegen zunächst in seiner Unvollständigkeit. Bestimmungen über die Erfolgsrechnung, über den Ausweis der Konzernbeziehungen, über die Bilanzierung mancher Aktiven und Passiven fehlen. Wünschbar wären auch erweiterte Publizitätsvorschriften für Publikums-Aktiengesellschaften. Als solche sind nach der Formulierung eines Vorredners in Erweiterung der üblichen Definition wohl etwa jene zu bezeichnen, «die zur öffentlichen Zeichnung aufgelegtes Aktien- oder Obligationenkapital ausstehend oder an einer schweizerischen Effektenbörse kotiert haben».

Weiter ist die Sprache teilweise mißverständlich. Die Bezeichnungen Reservefonds, Erneuerungs- und Amortisationsfonds, die nichtexistierende Fonds vortäuschen, sollten verschwinden, – nach dem bei der letzten Revision leider abgelehnten Vorschlag der Revisorenverbände. Wurde diese Ausdrucksweise doch auch in den gesetzgebenden Räten mißverstanden, wie die Bestimmung über die Verwendung des gesetzlichen Reserve«fonds» in Krisenzeiten deutlich zeigt. Der Ausdruck «eigene Mittel» in der Gliederungsvorschrift des Art. 663 Abs. 1 umfaßt dort das Eigenkapital; er wurde im französischen Text mit «les actifs» übersetzt, –

begreiflicherweise, da Mittel eben Teile des Vermögens sind.

Doch genug dieser Unzulänglichkeiten, die sich in die Bewertungsvorschriften fortsetzen und in den Bestimmungen über die Stillen Reserven gipfeln.

3. Bei einer künftigen Revision muß der Betriebswirtschafter wünschen, daß die von seinem Fach entwickelten Erkenntnisse über die Rechnungsführung, speziell über Bilanz und Erfolgsrechnung, mitberücksichtigt werden. Dies betrifft zunächst einmal Inhalt, Form und Gliederung der Jahresrechnungen. Dazu ist allerdings zu bemerken, daß nur wenige Grundsätze als allgemein gültig nachgewiesen sind; der Gesetzgeber sollte deshalb nicht schematisch festlegen wollen, was sich in Entwicklung befindet. Die allzu detaillierten Vorschriften des neuen deutschen Aktiengesetzes sind m.E. nicht nachzuahmen.

Weiter stellt sich das Problem der Bewertung. Auch hier muß es gelingen, falsche Auffassungen über manche Erscheinungen in der Unternehmung zu korrigieren und den Gesetzeswortlaut entsprechend zu beeinflussen. Gestatten Sie mir, kurz auf das Problem der Reserven und speziell der Stillen Reserven einzugehen, deren Bedeutung vielfach nicht richtig gesehen wird. «Echte» Reserven oder Rücklagen sind Teile des Eigenkapitals. Durch ihre Bildung oder Auflösung wird in der Gewinn- und Verlustrechnung der Reingewinn zahlenmäßig erniedrigt oder erhöht. Dies ist aber nur ein Schreiben: Materiell ändert sich nichts; der reale Vermögenszuwachs oder -schwund bleibt bestehen. Die oft hervorgehobene Bedeutung großer Reserven in Krisenzeiten liegt darin, daß das mit ihrer Bildung angesammelte hohe Eigenkapital eine langdauernde Schrumpfung auszuhalten vermag, bevor die Überdeckung der Gläubigeransprüche ungenügend wird. Dies gilt gleichermaßen für offene wie für stille Reserven. Tatsächlich werden ja beiden in OR 663 und 674 genau die gleichen Funktionen zugewiesen.

Und damit komme ich zu einer zentralen Tatsache: Die meisten zugunsten der Stillen Reserven vorgebrachten Argu-

mente gelten zwar für die Reserven, aber nicht für die Stille der Reserven. Tatsächlich ist diese Stille weder nötig zur Stabilisierung der Dividende noch für das dauernde Gedeihen des Unternehmens, sondern einzig zur erlaubten (?) oder notwendigen (?) Irreführung der übrigen Beteiligten über Zu- und Abnahme des Eigenkapitals in guten und schlechten Zeiten. Der Kernpunkt der stillen Reserven ist ihre negative Informationsfunktion. Darüber ist heute wenig gesprochen worden. Und doch hängt, abgesehen vom Recht des Aktionärs auf Information, die Beurteilung der Reservenstille von einem sozialpsychologischen Faktum ab: Der (unerforschten) Reaktion des Schweizer Aktionärs auf Offenlegung.

Dazu eine weitere Feststellung in Zustimmung zum Referat Hirsch: Ein Verbot der Stillen Reserven ist unmöglich, da sie laufend in unbekannter Höhe entstehen wegen der gesetzlichen Höchstbewertungsvorschriften und der kaufmännischen Bilanzvorsicht, die angesichts der Ungewißheit der Zukunft gerechtfertigt ist. Es geht also um eine Frage des Maßes, bzw. um die Verhinderung eines Übermaßes an Camouflage, so auch, wenn die Verpflichtung eingeführt würde, die Schaffung und/oder Auflösung «stiller» Reserven offen zu legen. Dabei wird man um die Festlegung bestimmter quantitativer Relationen kaum herumkommen. Zum Beispiel wäre eine Anwendung der Steuerwerte, die für das Unternehmen ja ohne steuerliche Folgen bliebe, in vielen Fällen bereits eine wesentliche Verbesserung der Information, – und jedenfalls dort, wo die Steuerregister öffentlich sind, eine von der Verwaltung leicht zu verschmerzende Erweiterung der Publizität. Aber auch eine noch vollständigere Umwandlung von stillen in offene Reserven hätte in der Regel keine Steuerwirkung, da nach der Praxis die anerkannten Abschreibungen definitiv sind und ja nichts aufgewertet würde.

Soweit wäre eine Offenlegung auch den alten Unternehmungen zuzumuten. Junge Gesellschaften sind unter dem System der stillen wie der offenen Reserven im Nachteil,

weil sie noch wenig Reserven zu verbergen oder offenzulegen haben. Und zudem ist nicht bewiesen, daß die Stille der Reserven der Aktiengesellschaft tatsächlich nützt: Vielleicht nur der Verwaltung, aber die Verwaltung ist nicht die Unternehmung. Dies gilt anscheinend bald auch im Verhältnis zum Ausland: Das weltbekannte «understatement» in unseren Bilanzen verführte schon mehr als eine ausländische Behörde zur Überschätzung der tatsächlichen Gewinne und zu entsprechenden Überforderungen.

Unsere Aktionäre würden sich wohl leicht an die amerikanischen Verhältnisse gewöhnen, wo die «retained earnings» oft ein Vielfaches des «paid-in capital» ausmachen. Sie werden wahrscheinlich das übliche «Zwangssparen» aus eigenem Willen fortsetzen und das weitere Anwachsen ihrer Gesellschaft wenig hindern. Auch bei Beschränkung der stillen Reserven bleibt die Verwaltung Herrscherin über die AG; nur werden in diesem Falle ihre Handlungen deutlicher sichtbar. Doch auch da darf man sich nicht täuschen: Das gegen die stillen Reserven oft, meist unberechtigt, vorgebrachte Argument, die Verwaltung könne sich durch deren Auflösung bereichern, ist unbehelflich; die Verbuchung von Eigenbezügen als Aufwand ist stets der bequemere Weg.

Betriebswirtschaftliche Erkenntnisse dieser Art können wohl dazu beitragen, die Diskussion über das selbstverständlich dennoch wichtig bleibende Problem der stillen Reserven zu entschärfen.

4. Die Folgerung muß sein, zu versuchen, in Zusammenarbeit von Rechtswissenschaft, Wirtschaftspraxis, Bücherexperten, Finanzanalytikern und Wirtschaftswissenschaft für die AG von heute und morgen ein Buchführungs- und Bilanzrecht vorzuschlagen, das seine Aufgabe besser erfüllt.

Beide Referenten betonen, daß statt der Gesetzesrevision noch ein anderes Heilmittel in Betracht zu ziehen ist: Die Neuinterpretation der geltenden Vorschriften durch den Richter. Wie weit dies möglich und wahrscheinlich ist, wage ich nicht zu untersuchen. Wenn sie aber beide anregen, die

Börsen, die Unternehmerverbände und die Revisorenverbände sollten ihren Einfluß zur Hebung des Informationsniveaus einsetzen, so möchte ich dem voll zustimmen. Es handelt sich zunächst weitgehend um die Weckung des Verständnisses, – eine Erziehungsaufgabe, zu der neben den Mittel- und Hochschulen auch die Presse beizutragen hat. Vielleicht wird so auch bei uns eine aufschlußreiche Rechnungslegung zu einer der Vorbedingungen für die erfolgreiche Außenfinanzierung der Aktiengesellschaft. Ein gewisser Trend in dieser Richtung ist heute in der schweizerischen Praxis ohne Zweifel festzustellen. Wohin er führen wird, ist schwer zu sagen. Wohl kaum so weit, daß er sich auch bei den rückständigen Verwaltungen durchsetzen wird.

Wenn man bedenkt, daß von dem ersten Entwurf bis zum Inkrafttreten des neuen Aktienrechts das letzte Mal rund 20 Jahre verflossen sind, so ist die Folgerung wohl die, daß beide Entwicklungen miteinander laufen sollten: Die Selbstheilung der Praxis wie die Vorarbeiten zum neuen Recht, die hoffentlich bald fortgeführt werden.

Dr. Felix Amrein, Advokat, Basel:

In ihren Referaten zum diesjährigen Juristentag haben beide Berichterstatter für fast alle behandelten Probleme festgestellt, daß sich diese mittels entsprechender Auslegung des geltenden Aktienrechts durchaus befriedigend lösen lassen. Es sei hier auf diese Auslegungsmöglichkeiten, welche das OR von 1936 bietet und die eine Revision des geschriebenen Rechts als unnötig erscheinen lassen, nicht mehr zurückgekommen. Hingegen sei auf drei weitere Aspekte hingewiesen, die bei der Willensbildung des Juristen in der Frage einer Revision des Gesetzes gleichfalls nicht unbeachtet bleiben dürfen.

Zunächst ist der Umstand zu berücksichtigen, daß wohl jede Teilrevision letzten Endes in eine Gesamtrevision des OR einmünden würde. Nicht nur ruft eine Gesetzesrevision auf bestimmten Gebieten, z.B. der Publizität, zufolge des

innern Zusammenhanges mit andern Teilgebieten auch deren Änderung, sondern es ist auch zu erwarten, daß verschiedene Interessengruppen versuchen würden, ihre Einzelwünsche auf dem Gebiete des Aktienrechts durch Änderung des geltenden Gesetzes gleichfalls durchzusetzen, sobald einmal ein Revisionsverfahren in Gang gekommen ist. Gegen eine hieraus resultierende faktische Gesamtrevision bestehen nicht nur im Hinblick auf ihren falschen methodologischen Ausgangspunkt schwere Bedenken, sondern auch angesichts der Überforderung von Verwaltung und Legislative durch eine Flut von Materien, die in der nächsten Zeit der Gesetzgebung harren, wie die Neuordnung des Bodenrechts, der Schutz gegen die Verschmutzung von Land, Luft und Wasser sowie gegen die Lärmeinwirkungen, die Neuaufteilung der Finanzierungslasten zwischen Bund und Kantonen in den Sektoren Verkehr und Erziehung, die Beteiligung des Bundes an der Forschung usw. Muß man schon generell aus Gründen der Gesetzgebungsökonomie mit Gesetzesrevisionen zurückhalten, wenn sich durch Auslegung des geltenden Rechts dasselbe Ziel erreichen läßt wie durch eine Novelle, so gilt dies insbesondere für eine Situation wie die heutige, wo eine Vielzahl anderer Fragenkomplexe gesetzgeberisch zu regeln ist, bei denen öffentliches und privates Interesse weit stärker berührt sind als auf dem Gebiete des Aktienrechts. Man kann mit gutem Grund Zweifel hegen, ob angesichts der bereits bestehenden Beanspruchung von Verwaltung und Räten Gewähr für eine durchdachte, materiell und formell befriedigende Aktienrechtsrevision geboten wäre, zumal die Grundlagendiskussion der Wissenschaft erst im Anlaufen begriffen ist.

Die zweite Frage, die Beachtung verdient, ist die, ob sich die soziologischen und wirtschaftlichen Verhältnisse bzw. die Interessen der Beteiligten seit der letzten Aktienrechtsrevision wirklich derart fortentwickelt haben, daß eine neuerliche Gesetzesänderung unumgänglich geworden ist. Und hier steigen dem Betrachter doch etwelche Zweifel auf. Gilt nicht für manche Revisionspostulate, daß die angeblich

neuen Verhältnisse und Interessen, die durch Gesetzesänderung geregelt bzw. geschützt werden sollen, in Wirklichkeit gar nicht oder bei weitem nicht in der behaupteten Bedeutung existieren? Erwähnt sei hier zunächst das von vielen Seiten so hochgestellte Informationsinteresse des Aktionärs. Dabei hat jedoch andererseits, wie der Presse zu entnehmen war, eine von einer mittelgroßen, im Raume Basel gelegenen Industriefirma durchgeführte Aktionärsenquête ergeben, daß deren Aktionäre an mehr Information gar nicht sonderlich interessiert sind. Weiter das Postulat der Verstärkung der Stellung der Generalversammlung gegenüber der Verwaltung: Glaubt man wirklich, daß der Großteil der schweizerischen Aktionäre auf eine solche gesetzgeberische Maßnahme wartet? Zutreffend weist das eine Referat darauf hin, daß das mangelnde Interesse zumindest des Publikumsaktionärs gegenüber Generalversammlungen als ein Faktum zu gelten hat und als solches in Rechnung zu stellen ist. Sodann die Herabsetzung des gesetzlich geforderten Aktiennennwertes zwecks Einführung von Kleinaktien: Man wird wohl kaum behaupten können, die Anlagebedürfnisse der mittleren und kleinen Sparer hätten sich seit 1936 in einem Maße gewandelt, daß heute, trotz erneuten Sichtbarwerdens der Risiken einer Anlage in Aktien, eine Verminderung des gesetzlichen Mindestnennwertes zu einer gesetzgeberischen Notwendigkeit geworden sei.

Die Frage muß daher gestellt werden, ob es bei gewissen Revisionswünschen gar nicht um eine Anpassung des Rechts an veränderte soziologische und wirtschaftliche Gegebenheiten bzw. gewandelte Interessensituationen geht, sondern darum, mittels einer Gesetzesrevision unverändert gebliebene, weil soziologisch und wirtschaftlich nach wie vor begründete Realitäten umzugestalten. Ein sprechendes Beispiel hiefür liefert der Kommentar eines Finanzjournals zu der erwähnten Aktionärsenquête einer Industriefirma, wo es heißt: Da der Aktionär offenbar an größerer Publizität nicht interessiert sei, gelte es nicht nur, von der AG vermehrte Information zu fordern, sondern ebensosehr, den Aktionär

zu einem verstärkten Informationsbedürfnis zu erziehen. Zutreffend wird im Referat von Me Hirsch ausgeführt, daß «dans ce cas (que l'on désire modifier la réalité juridique économique et sociale) il faut être plus prudent et s'interroger sur les motifs précis qui justifient la modification souhaitée». Im vorliegenden Fall muß sich der Jurist namentlich z.B. auf dem Gebiet des Publizitäts- und Bilanzrechts davor hüten, die von nicht direkt beteiligten Dritten, insbesondere von Finanzpresse, Börsenkreisen und Bilanztheoretikern vorgebrachten Wünsche unbesehen zu übernehmen und ohne nähere Prüfung ein entsprechendes, rechtlich zu schützendes Interesse der unmittelbar Beteiligten, d.h. der Aktionäre und der Generalversammlung einfach zu unterstellen, dabei aber erprobte Prinzipien wirtschaftlichen Schaffens zu tangieren.

Der dritte Punkt: Manche Befürworter einer Aktienrechtsrevision, insoweit diese eine Verstärkung der Stellung der Generalversammlung gegenüber der Verwaltung, eine vermehrte Informationspflicht der Verwaltung gegenüber den Aktionären und eine offenere und detailliertere Gesellschaftsbilanz bringen soll, unterstreichen die angeblich günstige, ja heilende Wirkung, welche daraus auf unsern seit längerer Zeit angeschlagenen Kapitalmarkt ausgehen soll. Man verspricht sich in diesem Fall vom Anlagepublikum, da es dann besser Bescheid wisse über die gesunde Lage vieler Unternehmen und von begründeter Aussicht auf höhere Dividenden geleitet sei, vermehrte Aktienkäufe, was zu einem Anstieg der Börsenkurse führen würde. Eine solche Betrachtungsweise vereinfacht nun aber allzusehr das Geschehen in der Wirtschaft und an der Börse. Ein Blick auf den Kurszettel belehrt, daß auch Papiere von Gesellschaften, deren Verwaltungen sich einer sehr weitgehenden Publizität befleißigen, unaufhaltsam gefallen sind, während die Titel anderer Unternehmen trotz beschränkter Information kursmäßig relativ gut abschneiden. Anlagebereitschaft und Wertschriftenkäufe des Publikums werden in erster Linie durch ganz andere Faktoren beeinflußt als von der recht-

lichen Ausgestaltung des Verhältnisses von Generalversammlung bzw. Aktionär zur Verwaltung einer Gesellschaft oder von der Art ihres Bilanzschemas. Eine allfällige Aktienrechtsrevision würde daher keineswegs ipso facto eine Besserung der heutigen Lage am Kapitalmarkt bringen. Wenn dem wirklich so wäre, so hätte z.B. an den Börsen unseres nördlichen Nachbarlandes mit der Verabschiedung der großen Aktienrechtsreform von 1965 schon längst eine Hausse eintreten müssen.

Dr. H. von der Crone, Zürich:

1. Herr Dr. Hirsch kommt in seinem Referat im Abschnitt über die Kontrollstelle zum Schluß, daß die gesetzlichen Vorschriften für die Buch- und Bilanzprüfung bei der Aktiengesellschaft bei richtiger Auslegung und Anwendung kaum einer Revision bedürfen, sofern die zuständigen Fach- und Berufsorganisationen in vermehrtem Maße allgemein gültige und anerkannte Grundsätze und Regeln für die Buchprüfung und für den Beruf des Buchprüfers aufstellen werden.

Diese grundsätzliche Feststellung verdient die volle Unterstützung aller Kreise, die sich mit diesen Fragen befassen.

2. Es darf an dieser Stelle festgehalten werden, daß solche Grundsätze und Regeln in der Praxis der qualifizierten Bücherexperten heute schon vorhanden sind und daß diese Fragen in den zuständigen Fachgremien laufend bearbeitet werden. Große Anstrengungen werden auch unternommen zur Ausbildung von qualifiziertem Nachwuchs an Bücherexperten.

Die Zahl der Anmeldungen zu den in diesem Herbst stattfindenden eidgenössischen Bücherexperten-Prüfungen liegt mit rund 230 Kandidaten um beinahe 50% über der Zahl der letzten Prüfungen; dies ist als Erfolg der von der Schweizerischen Kammer für Revisionswesen durchgeführten viersemestrigen Schulungskurse zu werten.

3. Die in Fachkreisen vertretenen Ansichten über die Auslegung der geltenden gesetzlichen Bestimmungen weichen nun in zwei Punkten, die näher behandelt werden sollen, von der im Referat Hirsch geäußerten Ansicht ab:

- einmal in der Definition der Aufgaben von Kontrollstelle gemäß Art. 727 und von Büchersachverständigen gemäß Art. 723 OR
- sodann in der Art und Weise der Berichterstattung durch die Kontrollstelle.

4. Für die Umschreibung der Aufgabe der aktienrechtlichen Kontrollstelle wird u.a. auf den im Gesetz begründeten Unterschied zwischen den Aufgaben der Prüfer gemäß Art. 727 und 723 hingewiesen. Es wird die Auffassung vertreten, daß diese beiden Funktionen einen unterschiedlichen Inhalt hätten; und es wird bezweifelt, ob die Ausübung dieser Funktionen durch eine und dieselbe Person den Verhältnissen gerecht werde – auch wenn es sich um unabhängige Sachverständige handle.

Der Gesetzgeber wollte mit der Differenzierung zwischen den beiden Funktionen nach 727 und 723 OR bewußt eine Prüfung von unterschiedlicher Qualität, von unterschiedlichem Niveau. Die Meinung war wohl die, daß für kleinere Aktiengesellschaften, die von geringerer volkswirtschaftlicher Bedeutung sind, eine von Laien ausgeführte Kontrolle der Bücher sehr wohl genüge, daß aber für Aktiengesellschaften von größerer volkswirtschaftlicher Bedeutung neben dieser Laienkontrolle eine Sachverständigenprüfung notwendig sei. Ziel und Zweck der Prüfungen sind aber nach der in der Praxis wohl herrschenden Auffassung letztlich identisch. Wenn im einen Fall vielleicht der Gläubigerschutz und die Orientierung des Verwaltungsrates im Vordergrund stehen mag, im andern Fall eher der Schutz der Gesellschaft und das Interesse der Aktionäre, handelt es sich doch im einen wie im andern Fall darum, die formelle und materielle Richtigkeit der Rechnungslegung nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zu prüfen und zu bestätigen. Daraus

ergibt sich, daß eine fachgerechte Prüfung unter beiden Titeln nach demselben Prüfungsverfahren durchzuführen ist; hinsichtlich der Prüfungstechnik besteht überhaupt kein Unterschied.

Der Auffassung, daß für die in Art. 729 verlangten Bestätigungen der Kontrollstelle eine Laienprüfung genüge, ist entgegenzuhalten, daß die vom Gesetz geforderten Bestätigungen – Ordnungsmäßigkeit der Buchführung, richtige Darstellung der Vermögenslage und des Geschäftsergebnisses nach Maßgabe der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften – nur aufgrund einer sorgfältigen und gründlichen Prüfung der Buchführung und der Jahresrechnung abgegeben werden können. Um die Richtigkeit einer Jahresrechnung und die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung hinreichend sicher beurteilen zu können, sind aber nicht nur genaue Kenntnisse der gesetzlichen Bewertungsvorschriften, der Gewinnverwendungsvorschriften, darüber hinaus der kaufmännischen Usanz hinsichtlich der Erstellung der Jahresrechnung usw. notwendig, sondern die Kontrollstelle muß insbesondere über gute Kenntnisse der Prüfungstechnik verfügen. Diese Technik umfaßt ein ganzes Repertoire von aufeinander abgestimmten Maßnahmen und erschöpft sich nicht im Abpunktieren einzelner Buchungen anhand der Belege.

Wenn man die Aufgabe der Prüfung derart sieht, entfällt jede Notwendigkeit, zwischen «revision comptable» und «contrôle légal» zu unterscheiden und die Prüfungen nach 727 und 723 OR verschiedenen Instanzen zu übertragen. Die vielerorts noch bestehende alte Tradition, die Prüfung nach OR 723 zwar durch einen qualifizierten unabhängigen Büchersachverständigen durchführen zu lassen, die Kontrollstelle aber durch Laien zu besetzen, ist vom Standpunkt des sachkundigen Prüfers aus und im Interesse einer rationellen Prüfungsdurchführung nicht zu verstehen.

Kommt man so zur Feststellung, daß die beiden Revisionsfunktionen identisch sind, so ist die weitere Folge davon, daß eine Buch- und Bilanzprüfung sowohl nach 723 als auch nach

727 nur durch qualifizierte Bücherexperten bzw. entsprechend qualifizierte Treuhand- und Revisionsgesellschaften vorgenommen werden kann. Diese Entwicklung zur Prüfung durch qualifizierte Fachleute ist im Ausland, aber auch in der Schweiz in vollem Gang. Auf internationaler Ebene wird an der Angleichung der Prüfungsgrundsätze gearbeitet.

5. Zum zweiten Punkt:

Es ist bemerkenswert, daß z.B. in den Ländern wie USA, England und Deutschland der Bestätigungsbericht des Prüfers einen ganz bestimmten normalen Wortlaut hat, und sich im allgemeinen auf wenige Sätze beschränkt. Anläßlich der nächsten Fachtagung der Schweizerischen Kammer für Revisionswesen soll auch in der Schweiz ein Versuch der Formulierung eines einheitlichen Wortlautes für den aktienrechtlichen Kontrollstellbericht unternommen werden.

Es versteht sich von selbst, daß es bei sachkundiger und fachgerechter Ausübung der Prüfungsfunktion sinnlos ist, die Generalversammlung im Kontrollstellbericht über die Art und das Ausmaß der durchgeführten Prüfungen zu orientieren. Die Generalversammlung setzt sich ohnehin nicht aus Büchersachverständigen zusammen und sie ist deshalb auch nicht in der Lage, aufgrund einer Umschreibung der Prüfungshandlungen durch die Kontrollstelle zu beurteilen, ob diese ihres Amtes sachkundig und korrekt gewaltet hat. Es ist der ureigenste Gewissensentscheid des Bücherexperten, mit seinen Prüfungen so weit zu gehen, bis er ein hinreichend sicheres Urteil über die Richtigkeit der Rechnungsablage abgeben kann. Dieses Urteil selbst ist aber im Kontrollstellbericht nur dann zu begründen, wenn Beanstandungen in der Rechnungsablage anzubringen sind.

Das alles kann den Prüfer selbstverständlich nicht davon entbinden, über das Ausmaß und die Einzelheiten der durchgeführten Prüfungen in seinen Arbeitspapieren sorgfältig Rechenschaft abzulegen, damit er im Falle eines Verantwortlichkeitsprozesses den Nachweis für die fachgerechte Erfüllung seiner Aufgabe erbringen kann.

6. Die Frage der fachlichen Qualifikation des Prüfers bekommt im übrigen noch größeres Gewicht im Zusammenhang mit den Postulaten auf vermehrte Offenlegung in der Jahresrechnung, und zwar vor allem im Hinblick auf die Schwierigkeiten der zahlenmäßigen Erfassung der stillen Reserven und ihrer Veränderung.

Ich frage mich aber, ob dazu ein Monopol dieser sachverständigen Prüfer in der von Dr. Hirsch angedeuteten Weise notwendig ist.

Dr. Th. Faist, Sekretär der Vereinigung schweizerischer Industrie-Holdinggesellschaften, Bern:

Zunächst möchte ich mich zur Problematik der Einleitung einer Revision des Aktienrechts äußern. Würde eine Gesetzesrevision vorerst auch nur über einen eng begrenzten Gegenstand aufgenommen, so wäre es praktisch doch nicht möglich, es bei einer Teilrevision bewenden zu lassen. Jede einzelne Änderung zieht eine weitere nach sich; auch kämen immer noch mehr Revisionswünsche hinzu, so daß eine Gesamtrevision des Aktienrechts schließlich unvermeidlich würde. Die beiden Hauptreferenten stimmen aber darin überein, daß eine Gesamtrevision weder angezeigt noch dringlich ist. Der heutigen Tendenz entsprechend wäre m.E. zu befürchten, daß der Gesetzgeber in eine unglückliche Reglementiererei geraten würde und die großen Linien des geltenden, eher liberalen Rechts verloren gingen. Daher sollten sich gerade die privatwirtschaftlichen Kreise wohl bewußt sein, daß es besser ist, bei unserem geltenden, gesamthaft bewährten Aktienrecht zu bleiben und dafür auf einzelne Verbesserungen zu verzichten.

Das Postulat von Nationalrat Dr. A. Muheim (soz.-dem., Luzern), wonach durch Gesetzesrevision die Aktiengesellschaften zu vermehrter Publizität verpflichtet werden sollen, macht zur Begründung geltend, daß vermehrte Angaben zu den Grundlagen für eine erfolgreiche staatliche Konjunkturpolitik gehörten. Ich betrachte

es jedoch als verfehlt, für solche Zwecke eine Erweiterung der Publizität der Aktiengesellschaften vorschreiben zu wollen. Zweck und Umfang der Publizität sind – wovon auch Herr Dr. Hirsch ausgeht – ausschließlich auf die Interessen der Gesellschaft, ihrer Aktionäre und allenfalls ihrer Gläubiger auszurichten. Die Rücksichtnahme auf Belange der staatlichen Konjunkturpolitik würde vom eigentlichen Thema wegführen und die Diskussion mit einer zusätzlichen Problematik belasten, die zu meistern ohnehin nicht Sache unseres Aktienrechts sein kann. Auch wäre die Beschränkung auf Aktiengesellschaften sachlich nicht begründet, da für Zwecke der Konjunkturpolitik alle mittleren und größeren Unternehmen, ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform, einbezogen werden müßten, z.B. auch die Genossenschaften. Nur nebenbei verweist das Postulat zur Begründung auch noch auf die Interessen der Aktionäre.

Das Referat von Herrn Dr. Hirsch zeigt im einzelnen, welchen Spielraum für die Interpretation unser geltendes Aktienrecht bietet; es kann also auch neueren Entwicklungen ohne Gesetzesänderung Rechnung getragen werden. Solange die bestehenden Möglichkeiten in der Praxis nicht ausgeschöpft werden, erscheint eine Änderung des geltenden Rechts m. E. nicht gerechtfertigt. Herr Dr. Hirsch legt zudem anhand ausländischer Beispiele dar (S. 2/3), daß die Probleme zur Legiferierung noch nicht reif sind.

In seinen Schlußfolgerungen vertritt Herr Dr. Hirsch die Auffassung, daß eine Gesetzesrevision für die Publizität nicht notwendig und opportun sei; hingegen empfiehlt er ein Vorgehen der Wirtschaftsverbände zur Lösung der hängigen Fragen auf freiwilliger Basis. Ich bin überzeugt, daß die Wirtschaftskreise diese Haltung des Referenten inbezug auf das Vorgehen unterstützen und, unter Verzicht auf die Gesetzesrevision, eine Lösung auf dem vorgeschlagenen Weg der Freiwilligkeit suchen sollten. Die Vereinigung schweizerischer Industrie-Holdinggesellschaften, der mehrere der bedeutendsten schweizerischen Industrieunternehmen angeschlossen sind, hat ihre Bereitschaft bekannt-

gegeben, mit den andern zuständigen Organisationen der Wirtschaft gemeinsam zu prüfen, welche Lösungen auf freiwilligem Weg möglich sind.

In der kontroversen Frage, ob zur Regelung der Partizipationsscheine eine Gesetzesrevision dringlich sei, ist m.E. zu berücksichtigen, daß die Emission neuer Partizipationsscheine zu Kapitalbeschaffungszwecken sich sozusagen durchwegs an das Publikum richtet und die Partizipationsscheine später an der Börse kotiert oder außerbörslich gehandelt werden. Daher könnten die wirtschaftlichen Organisationen (worunter auch die Banken) Richtlinien aufstellen für die öffentliche Emission neuer Partizipationsscheine zu Kapitalbeschaffungszwecken. Auf diesem Wege könnte den Vorschlägen der beiden Referenten bei künftigen Emissionen wohl zu einem Teil Rechnung getragen werden, und zwar kurzfristig, statt erst bei einer Gesamtrevision in 10–15 Jahren.

Daß eine Fortentwicklung durch die Praxis möglich ist, zeigen die Empfehlungen der Vereinigung schweizerischer Effektenbörsen vom Dezember 1964. Diese Empfehlungen nehmen auf die Interessen der Publikumsaktionäre und der Gesellschaftsleitungen in abgewogener Weise Rücksicht. Die Empfehlungen stießen bei den Gesellschaftsleitungen auf eine positive Einstellung und ergaben daher in der kurzen Zeit ihrer Geltung sehr gute Resultate. Die im letzten und in diesem Jahr veröffentlichten Jahresrechnungen und Geschäftsberichte zeigten in den meisten Fällen einen bedeutenden Ausbau der Orientierung des Aktionärs.

Lösungen auf freiwilliger Basis haben zur Voraussetzung, daß auf die Inbetriebsetzung der Gesetzgebungsmaschine verzichtet wird. In diesem Sinne sagte auch die Vereinigung schweizerischer Effektenbörsen im erwähnten Rundschreiben, die Empfehlungen sollen dazu beitragen, gesetzliche Vorschriften vermeiden zu helfen, da eine Lösung auf dem Boden der Freiwilligkeit den Gegebenheiten unseres Landes angemessener ist als eine starre gesetzliche Regelung.

In der Diskussion über vermehrte Publizität wird sehr

oft übersehen, daß bei den größeren schweizerischen Industriekonzernen das Schwergewicht der Investitionen und Erträge im Ausland ist. Es liegen bedeutend größere Teile ihrer Aktiven jenseits der schützenden Grenze der Heimat, als dies bei den meisten ausländischen und besonders bei den amerikanischen Unternehmen der Fall ist. Auch steht nicht das Gewicht einer Großmacht hinter ihnen. Sie sind praktisch allein den politischen Schwierigkeiten, nationalistischen Maßnahmen, der übersteigerten Fiskalität, der monetären Unstabilität und daneben selbstverständlich auch der scharfen Konkurrenz in manchen Ländern ausgesetzt. Herr Dr. Hirsch (S. 39) läßt in diesen Fällen von Gesellschaften mit bedeutenden Niederlassungen im Ausland daher eine gewisse Beschränkung der zu publizierenden Angaben zu. Und es darf doch wohl auch auf seiten der Finanzjournalisten und Anlageberater Verständnis dafür erwartet werden, daß die Unternehmen nicht durch immer weiter gehende Aufdeckung der Verhältnisse ihre Stellung im Ausland erschweren und dadurch auch das Resultat beeinträchtigen, das allein den Aktionär interessiert.

Die Zurückhaltung schweizerischer Unternehmen bei der Erteilung von Informationen über die konzernmäßigen Beziehungen des schweizerischen Mutterhauses zu seinen ausländischen Filialen und gegenüber der Konsolidierung der Jahresrechnung bei Tochtergesellschaften in den verschiedensten ausländischen Staaten hat ihre guten Gründe. Ich verweise auf die von Herrn Dr. Hirsch zitierten (S. 60–61) Regelungen im neuen deutschen Aktiengesetz, wonach Beteiligungen im Ausland nicht konsolidiert werden müssen, und im neuesten französischen Recht, das für die ausländischen Beteiligungen sich mit einer globalen Angabe begnügt. Diese zwei Beispiele zeigen überzeugend, daß es unrealistisch und unvernünftig wäre, den schweizerischen Konzernen eine weitergehende Publizität gesetzlich vorschreiben zu wollen.

Wenn gegenüber einer allzu offenen Information der Generalversammlung und daher praktisch der Öffentlichkeit

von seiten der Publikumsgesellschaften Bedenken vorgebracht werden müssen, so wäre es anderseits durchaus diskutabel, in der von Herrn Dr. Hirsch aufgezeigten Richtung einer Verbesserung der Funktion der Kontrollstelle eine Lösung zu suchen. Der Kontrollstelle könnten an Stelle der Generalversammlung vermehrte Informationen geliefert werden, z.B. über die wirtschaftliche Lage von Beteiligungsgesellschaften.

Auch beim geltenden Artikel 727, der in bezug auf die fachliche Eignung der Kontrollstelle bekanntlich keine Vorschriften aufstellt, könnte eine Gesetzesrevision unterbleiben, wenn auf dem Wege der Freiwilligkeit die Praxis bei den einzelnen Gesellschaften weiter entwickelt würde.

Dr. Heinrich Stockmann, Rechtskonsulent, Basel:

Auf Grund der Beobachtungen im täglichen Geschäftsbetrieb einer Großbank möchte ich den beiden Referenten beistimmen, wenn sie ein behutsames Vorgehen bei der Revision des schweizerischen Aktienrechts empfehlen und sich Zurückhaltung auferlegen in der Zuerkennung des Wortes «dringlich» für ein Revisionspostulat (Bär, S. 327). Mit Recht wird empfohlen, vorerst den geltenden Gesetzestext auszuschöpfen und auf dieser Grundlage nach Verbesserungen zu suchen.

Beizufügen wäre, daß auch durch freiwillige Vereinbarungen innerhalb der beteiligten Kreise gewisse aktienrechtliche Probleme, die in der Literatur und in der Finanzpresse zu Diskussionen Anlaß gegeben haben, gelöst oder doch entschärft werden können.

Ein Beispiel dieser Art ist im deutschsprachigen Referat (S. 385) erwähnt, nämlich das im Jahre 1961 zwischen den Banken und den wichtigsten schweizerischen Publikumsgesellschaften, die vinkulierte Aktien ausstehend haben, zustande gekommene Gentlemen's Agreement betreffend die Voraussetzung der Eintragung von neuen Aktionären. Damit hat das Problem der Aktienspaltung in einem wesent-

lichen Sektor durch die Praxis eine Lösung erfahren, die durchaus befriedigt und zur Beruhigung der Beteiligten beigetragen hat.

Ein weiteres Feld der freiwilligen Vereinbarungen scheint mir auch das sog. Depotstimmrecht zu bieten, wo die Banken durch Abmachungen unter sich allfälligen Kritiken, soweit sie sich als berechtigt erweisen, die Spitze brechen können.

Auf der Basis der Freiwilligkeit ließen sich wohl bis zu einem gewissen Grade auch Lösungen bei der heute lebhaft diskutierten Frage der Publizität der AG finden. – Unter dem Einfluß der amerikanischen Praxis und unter dem Druck der Presse ist ein Trend auf Offenlegung des Geschäftsganges heute ohnehin unverkennbar. Auch die Notwendigkeit einer engeren Tuchfühlung der Gesellschaft mit dem Kapitalmarkt, d.h. mit den potentiellen Geldgebern, wirkt sich in gleicher Richtung aus. In diesem Zusammenhang ist auch an das Schreiben der Vereinigung schweizerischer Effektenbörsen vom Dezember 1964 zu erinnern, das die Wünsche der Aktionäre und der Finanzpresse nach zusätzlichen Informationen zur Beachtung empfiehlt, ein Anliegen, das auch von den Banken unterstützt wird. – Zu prüfen wäre ferner, ob die Börsenorgane und eventuell die Emissionsinstitute anläßlich der Börseneinführung eines Titels resp. bei Kapitalerhöhungen und Anleihensemissionen erhöhte Anforderungen an die Auskunftspflicht stellen könnten, da die Prospektangaben der Art. 651 resp. 1156 OR doch als Minimalerfordernisse gedacht sind. – Schließlich sind auch Berufsverbände, wie die Schweizerische Kammer für Revisionswesen und dergl. in der Lage, durch Einwirkung auf die Unternehmensleitung «erzieherisch» zur vermehrten Publizität beizutragen. Das wäre um so wünschbarer, als viele Unternehmen in den vergangenen Jahren wohl allzu karg mit Auskünften gewesen sind, und zwar auch hinsichtlich Zahlen und Vorfällen, deren Bekanntgabe der Gesellschaft ganz offenkundig nicht nachteilig gewesen wäre.

Als eine Unterfrage des Publizitätsproblems ist das Po-

stulat nach einem gesetzlichen Schema der Jahresrechnung zu betrachten.

Im deutschen Aktienrecht war schon immer den Gesellschaften eine bestimmte Gliederung der Jahresrechnung vorgeschrieben. Das neue Aktiengesetz verfeinert nun dieses Schema in zahlreichen Punkten (§ 151). Ein schweizerisches Pendant zu diesen Bestimmungen haben wir heute bereits im Bankgewerbe. Art. 20–23 der Vollziehungsverordnung zum Bankengesetz schreiben ein bestimmtes Schema für die Bankbilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung vor.

Auch hier könnte auf der Basis der Freiwilligkeit unter Mitwirkung der Fachverbände wohl eine gewisse Vereinheitlichung der Bilanzen erzielt werden, um eine bessere Übersicht und Vergleichbarkeit zu erreichen. Es würde unsern schweizerischen Gepflogenheiten jedenfalls besser entsprechen, wenn unter den Beteiligten selbst eine Lösung gesucht würde, bevor man die Gesetzgeber zu Hilfe ruft.

Gewiß ist mit diesen Anregungen das Problem der Publizität der Aktiengesellschaften oder – vom Aktionär aus betrachtet – das Einsichtsrecht in die Interna der Gesellschaft nicht grundsätzlich gelöst. Dazu müßte man in erster Linie den materiellen Gehalt des Einsichtsrechts und dessen Abgrenzung gegenüber gegenläufigen Interessen, die seitens der Gesellschaft, der übrigen Aktionäre und eventuell sogar der schweizerischen Volkswirtschaft geltend gemacht werden mögen, umschreiben, und hier liegen nun die eigentlichen Schwierigkeiten. Die großen Unterschiede in bezug auf Geschäftszweck, Geschäftsumfang, Kapitalgröße, Aktionärzahl, Auslandsbeziehungen etc. (bei den rund 50000 Aktiengesellschaften, die Ende Juni 1966 in unserem Lande existierten) lassen eine einheitliche Lösung des Aktionär-Einsichtsrechtes kaum verwirklichen.

Wenn bei einer kleinen Immobiliengesellschaft das uneingeschränkte Auskunftsrecht der Minderheitsaktionäre keine Bedenken weckt, so präsentiert sich das Problem doch wesentlich anders bei Unternehmen mit Fabrikationsgeheim-

nissen, mit Konzernbeziehungen, mit know how, worüber nur mit Vorsicht Mitteilungen gemacht werden können, soll nicht das Unternehmen geschädigt werden.

[Die sarkastisch-amüsanten Bemerkungen, die wir heute vom bundesrätlichen Experten gehört haben, stellen denn doch eine allzu grobe Vereinfachung dieses Problems dar.]

Auch der Kreis der Mithörer bei der Auskunftserteilung ist von Fall zu Fall verschieden. Gläubiger (bei den Banken die Einleger), Konkurrenten, ausländische Fisci und Nationalisierungsbehörden ziehen aus den gemachten Mitteilungen ihre Schlüsse, die nicht unbedingt im Interesse des Unternehmens und der Aktionärgesamtheit liegen.

Wer soll nun aber die Abwägung der gegensätzlichen Interessen zwischen Gesellschaft und Aktionär im Einzelfalle in sachlich richtiger Weise vornehmen, wenn eine starre Gesetzesvorschrift nicht taugt? Wenn vorgeschlagen wird, daß der Richter hier eingeschaltet werde und daß er allgemein den Minderheitsschutz durch Überprüfung der unternehmerischen Entscheide der Geschäftsleitung verwirkliche (Bär, S. 521), so darf man sich wohl berechtigterweise fragen, ob hier der Richter nicht überfordert werde. Zweckmäßiger schiene mir die erweiterte Heranziehung der Kontrollstelle, wozu Art. 697, Abs. 1 OR die Handhabe gibt. Nach dieser Bestimmung kann der Aktionär die Kontrollstelle auf zweifelhafte Ansätze der Bilanz aufmerksam machen «und die erforderlichen Aufschlüsse verlangen». Voraussetzung für ein richtiges Funktionieren dieses Instrumentes wäre die Übertragung der Kontrollstelle an eine sachkundige, seriöse, unabhängige und auf längere Periode gewählte Revisionsgesellschaft. Diese müßte gleichsam als Treuhänder zwischen Aktionär und Gesellschaft im konkreten Fall unter Abwägung aller Interessen darüber befinden, ob eine Auskunft erteilt werden kann oder verweigert werden soll. – Die Kontrollstelle könnte auch die Gründe überprüfen, die den Aktionär zur Fragestellung veranlassen. Diese sollten sachlich und vertretbar sein und jedenfalls nicht gesellschaftsfeindlich. Die Kontrollstelle könnte die

Auskunft auch außerhalb der Öffentlichkeit der Generalversammlung dem Fragesteller direkt erteilen, um unnötige Publizität zu vermeiden.

Abschließend möchte ich noch auf ein Problem zu sprechen kommen, das wohl nur bei Anlaß einer Gesetzesrevision zu realisieren ist. Ich halte die Anhandnahme einer sauberen Regelung für das Wandelungskapital bei Wandelanleihen, entgegen der Auffassung von Herrn Prof. BÄR (S. 442), doch für dringlich.

Das heute praktizierte Verfahren bei der Bereitstellung des Umtauschkapitals ist, wie der deutschsprachige Referent mit Recht betont, nicht einwandfrei, da die Gesellschaft, welche die Wandelanleihe ausgibt, vielfach das benötigte Aktienkapital indirekt selbst zeichnet oder garantiert. Eine Ausnahme liegt immerhin dort vor, wo die nötigen Aktien für den Umtausch von dritter Seite, z.B. der Muttergesellschaft bereitgehalten werden, oder wenn bestehende Aktien einer Konzerngesellschaft zum Tausch offeriert werden, wie im Falle der Wandelanleihe 1960 der Firma Landis & Gyr Holding A.G. – Leider ist nun aber auch der von Herrn Prof. BÄR de lege lata gewiesene Weg, nämlich nur an bestimmten Terminen die Obligationentitel wandeln zu lassen und alsdann nach Maßgabe der eingegangenen Wandelungsbegehren das Kapital unter Ausschluß des Bezugsrechtes der alten Aktionäre zu erhöhen, offenbar nicht gangbar. Jedenfalls hat bisher keine Gesellschaft diesen Weg beschritten. Eine Wandelanleihe, die nicht kontinuierlich getauscht werden kann, verliert ihren Reiz, abgesehen von der latenten Unsicherheit darüber, ob die zukünftige Generalversammlung bei den Kapitalerhöhungen stets auch «marschieren» wird.

Schon eher wäre eine Kombination in Betracht zu ziehen, wonach vorerst ein Tauschrecht in Genußscheine in Aussicht gestellt wird (was zu keinen Bedenken Anlaß gibt) und daß alsdann periodisch, z.B. anläßlich der ordentlichen Generalversammlung, ein weiterer Umtausch in eigentliche Aktien vorgenommen wird. Die kontinuierliche Wandelung ist damit gewährleistet und, sollte eine spätere Generalversamm-

lung wider Erwarten die benötigte Kapitalerhöhung nicht vornehmen wollen, so hätte der Einleger zum mindesten alle Vermögensrechte des Aktionärs. Nach mündlicher Auskunft der Eidg. Steuerverwaltung würde sich eine doppelte Belastung des Emissionsstempels vermeiden lassen, so daß auch von dieser Seite Schwierigkeiten nicht entstehen. – Zuzugeben ist, daß auch dieser Weg nicht ganz einfach ist, weshalb ich zum Schluß komme, daß die Revision des Gesetzes durch Schaffung des autorisierten Kapitals in irgendeiner Form dringlich ist.

Zu andern Problemen, die hier auch diskutiert werden, nur noch stichwortartig folgende Bemerkungen:

a) Die Aktie ohne Stimmrecht scheint mir entbehrlich, wenn der Genußschein/Partizipationsschein als Finanzierungsmittel eine juristisch klare Umschreibung erhalten hat. Ob diese Aktienform dogmatisch überhaupt gangbar ist, mag die Wissenschaft entscheiden.

b) Der Genußschein kann auch ohne Gesetzesrevision durch sorgfältige Redaktion der bezüglichen statutarischen Bestimmungen eine befriedigende Ausgestaltung erfahren.

c) Zu den «großen Problemen» einer Aktienrechtsreform gehört das Neuüberdenken und Neugestalten des Verhältnisses Aktionär-Verwaltungsrat-Geschäftsleitung, da die wirtschaftliche Entwicklung sich hier jedenfalls bei den großen Unternehmen vom Leitbild des Gesetzgebers grundlegend entfernt hat.

Schon heute spielt der Verwaltungsrat eher die Rolle des «Aufsichtsrates», wogegen die Direktion die eigentliche Geschäftsleitung innehat. – Im Verhältnis zum Aktionär hat sich «ein zunehmendes Eigenleben» und eine «Eigengesetzlichkeit des Großunternehmens»[1] herausgebildet. Dieser Gewichtsverlagerung wird auch der Gesetzgeber Rechnung tragen müssen.

d) Im Rahmen einer Gesamtrevision wird auch der Ab-

[1] Vgl. Max Staehelin jun., ZSR 1960, S. 339.

schnitt über die Verantwortlichkeit gründlich zu überprüfen sein. Auch wenn es sich hier seiner Natur nach stets um ein «streitiges» Gebiet handelt und man sich keinen Illusionen betreffend eine allseits befriedigende Lösung hingeben darf, so muß doch festgehalten werden, daß die eigentlich Verantwortlichen nur sehr schwer und die Mitläufer wohl eher zu einfach belangt werden können.

Dr. Felix H. Thomann, Advokat, Basel:

Der deutschsprachige Referent postuliert auf den Seiten 362ff. und 486ff. de lege ferenda, der Erwerber einer Aktie öffentlichen Glaubens müsse sich darauf verlassen können, daß der Inhalt der Gesellschaftsstatuten nicht vom «Typischen», vom «Normalen» abweiche. Eine Gesellschaft, deren Statuten «atypische» Bestimmungen enthalten, dürfte ihre Aktien nicht als Papiere öffentlichen Glaubens herausgeben oder müßte im Text der Titel unmißverständlich auf den Charakter der Statuten hinweisen; Aktien der in diesem Sinne «anormalen» Gesellschaften wären vom Börsenhandel auszuschließen. Was als atypisch anzusehen sei, möchte der Referent im Gesetz aufgezählt wissen und damit ein Verbot der durch das Gesetz nicht ausdrücklich erlaubten Ausgestaltungsmöglichkeiten verbinden.

Diese Postulate, welche der Referent meiner Feststellung nach für die Aktiengesellschaft ganz allgemein verwirklicht sehen möchte, erscheinen mir in mehr als einer Hinsicht problematisch:

Ein erstes Bedenken ist praktischer Natur:

Es dürfte nämlich äußerst schwierig, wenn nicht unmöglich sein, die «anormalen» Tatbestände in einer Weise zu formulieren, welche nicht nur eine klare Grenzziehung zum Bereich des «Normalen» auf der einen und zu demjenigen des «Unerlaubten» auf der andern Seite ermöglicht, sondern gleichzeitig auch dem Bedürfnis nach Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall und nach organischer Fortentwicklung der Rechtsordnung Rechnung trägt.

Diese Schwierigkeit der Grenzziehung – auch der Referent hebt sie mit einer gewissen Resignation hervor – ist nun allerdings kein Argument gegen die Grenzziehung an sich; sie ist aber leider nicht das einzige Problem:

So stellt sich zum Beispiel die Frage nach den Sanktionen bei Verletzung der vorgeschlagenen Regelung: was soll etwa geschehen, wenn eine «anormale» Gesellschaft ihre Aktien nicht gehörig kennzeichnet? Man müßte annehmen, daß unter diesen Umständen der normale Statuteninhalt gilt; es gibt aber nicht einen normalen Statuteninhalt, sondern eine große Fülle normaler Variationsmöglichkeiten. Was soll sodann die Folge sein, wenn die Gründungsstatuten einer Gesellschaft eine unerlaubte Rechtsfigur enthalten? Sollen die Handelsregisterbehörden befugt sein, die Eintragung der Gesellschaft zu verweigern? Oder, falls dies nicht erwünscht ist, soll die Aktiengesellschaft eingetragen werden und riskieren, daß vielleicht erst nach längerer Zeit ihre Nichtigkeit festgestellt wird? Oder soll die betreffende unerlaubte Statutenbestimmung lediglich anfechtbar sein, womit sie bei Nichtanfechtung zumindest formell doch wieder erlaubt würde? Was soll endlich geschehen, wenn eine unerlaubte Rechtsfigur nachträglich eingeführt wird? Ist sie als nichtig anzusehen und sollen daher die bisherigen Statuten weiter gelten? Oder soll eine Anfechtung nötig sein und wiederum bei Unterlassung der Anfechtung die fragliche Bestimmung in Rechtskraft erwachsen?

Machen schon diese wenigen Andeutungen die praktische Problematik der vorgeschlagenen Regelung deutlich, so muß man sich darüber hinaus fragen, ob ihr Schutzobjekt, das Vertrauen auf die «Normalität» der Gesellschaftsstatuten, beim Erwerb von Aktien überhaupt eine entscheidende Rolle spielt. Meines Erachtens ist dies nicht der Fall: Von den beiden Haupttypen des Aktionärs wird sich der sogenannte Unternehmensaktionär, welcher in erster Linie durch Ausübung seiner Mitverwaltungsrechte auf das Gesellschaftsgeschehen Einfluß nehmen will, ohnehin eingehend über die Statuten orientieren; er bedarf daher eines beson-

deren Schutzes nicht. Der sogenannte Publikumsaktionär andererseits faßt den Entschluß zum Kauf einer Aktie auf Grund des Börsenblattes und der Geschäftsberichte; ob die Gesellschaftsstatuten normal oder anormal ausgestaltet sind, interessiert ihn nicht, solange seine Vermögensinteressen nicht tangiert werden. Und in diesem Punkte bin ich der Meinung, daß die Interessen der Aktionäre keineswegs durch atypische Statuten notwendigerweise beeinträchtigt beziehungsweise durch eine typische statutarische Regelung eo ipso gefördert werden. Vielmehr vermag im Einzelfall eine Mehrheit im Rahmen «typischer» Statuten die Interessen der Minderheit schwer zu schädigen, während umgekehrt atypische Statutenbestimmungen – und zwar auch bei nachträglicher Einführung – dem Schutz der Aktionärsinteressen dienen können. Die Gefahr für den einzelnen Aktionär liegt also nicht in bestimmten atypischen Statutenregelungen, sondern im Gebrauch, den die Mitaktionäre im Einzelfall von den konkreten – typischen oder atypischen – Statuten machen. Entsprechend ist auch der Schutz des Aktionärs nicht durch eine schematische Trennung der möglichen Statutenausgestaltungen in verbotene böse, mit einem Warnungssignal versehene anormale und unverdächtige gute anzustreben; vielmehr muß man unter Berücksichtigung aller Umstände im konkreten Einzelfall entscheiden, ob eine Statutenbestimmung schutzwürdige Aktionärsinteressen verletzt. Daß sich damit der Schutz des Aktionärs in der Hauptsache repressiv statt präventiv gestaltet, ist allerdings ein unverkennbarer Nachteil, der noch gesteigert wird durch die verständliche Scheu des einzelnen Aktionärs, sich in einen mit großem Kostenrisiko verbundenen Anfechtungsprozeß einzulassen und durch die vom Referenten mit Recht hervorgehobene im allgemeinen übergroße Abneigung der Gerichte, formell richtig zustandegekommene Generalversammlungsbeschlüsse aufzuheben. Gerade hier könnte und sollte aber der Hebel angesetzt werden: einerseits durch die nötige Revision der Prozeßgesetze; andererseits durch unermüdliche Anstrengungen der rechtswissenschaftlichen

Lehre, den Gerichten die Anregungen für eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung im Sinne eines besseren Schutzes des Aktionärs zu geben. Die Ausführungen des Referenten auf Seiten 506 ff. scheinen mir einen wertvollen Schritt in dieser Richtung darzustellen. Dieser Weg der Fortbildung der Privatrechtsordnung durch ein fruchtbares Zusammenwirken von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entspricht wohl auch der schweizerischen Rechtstradition besser, als eine allzu kasuistische Durchnormierung, welche leider in letzter Zeit immer mehr aus dem öffentlichen auch in das Privatrecht übergegriffen hat.

Dr. André Zünd, Prokurist, Basel:

Ich erlaube mir, Ihre Aufmerksamkeit für wenige Minuten auf ein Problem zu ziehen, das rechtstheoretisch nicht sehr interessant sein mag, aber von erheblicher praktischer Bedeutung ist. Es geht um die Frage der Publizität von konsolidierten Bilanzen schweizerischer Konzerne mit internationaler Tätigkeit.

Die Besonderheit des Konzernabschlusses liegt darin, daß für den Konzern als wirtschaftliche Einheit von rechtlich selbständigen, unter einheitlicher Leitung stehenden Unternehmungen eine Bilanz und Erfolgsrechnung erstellt wird, in der der zahlenmäßige Ausdruck der konzerninternen Beziehungen ausgeschaltet wird. Mit der konsolidierten Bilanz und Erfolgsrechnung wird der «juristische Schleier» gehoben und die wirtschaftliche Realität offen gelegt. Der Konzernabschluß ist ein betriebliches Führungsmittel, das bisher nur für interne Zwecke bestimmt war. Von verschiedenen Seiten wird nun gefordert, daß die Konzernabschlüsse zur vermehrten Information der Aktionäre publiziert werden.

Für die bisher in unserem Lande geübte Zurückhaltung in der Veröffentlichung von Konzernabschlüssen können triftige wirtschaftliche Gründe angeführt werden. Ich denke dabei weniger an die bilanztechnischen Schwierig-

keiten der Konsolidierung oder an die Gefahr von Fehlinterpretationen oder an die Weckung von Begehrlichkeiten der Aktionäre und Gewerkschaften. Die besondere Problematik der Abschlußpublizität internationaler Konzerne liegt darin, daß ausländischen Behörden authentisches Zahlenmaterial in die Hände gespielt wird, das ein willkommenes Mittel zur Durchsetzung etatistischer Ziele bildet. Vor allem auf zwei Gebieten staatlicher Aktivität vermag die Konzernrechnung gute Dienste zu leisten: in der Steuerpolitik und in der Preispolitik.

Auf dem Gebiete der Steuerpolitik besteht die Gefahr, daß gewisse, durch kein Doppelbesteuerungsabkommen mit der Schweiz gebundene Staaten gestützt auf die Konzernbilanz ihrerseits den «juristischen Schleier» lüften und in Anwendung der Filialtheorie inländische Tochtergesellschaften als Betriebsstätten ausländischer Muttergesellschaften nach dem Prinzip des weltweiten Einkommens besteuern, unabhängig davon, ob diese Tochtergesellschaften einen Verlust ausweisen. Mit einer einfachen Proportion (Umsatz der Tochtergesellschaft: Konzernumsatz) kann der zu besteuernde Anteil am Konzerngewinn ermittelt werden. Aber auch ohne Anwendung der Filialtheorie leisten Konzernbilanz und Konzernerfolgsrechnung dem ausländischen Fiskus gute Dienste. Die Konzernrechnung kann als Kontrollmittel für die Beurteilung der steuerlichen Angemessenheit von Leistungen zwischen Tochtergesellschaft und Muttergesellschaft verwendet werden. So können durch Gegenüberstellung der Abschlüsse von Tochtergesellschaft und Gesamtkonzern Verhältniszahlen (z.B. Forschungsaufwand: Umsatz) ermittelt werden, die die ausländischen Steuerbehörden in die Lage versetzen, Gewinnverschiebungen zu konstruieren, wenn die Verhältniszahlen der Tochtergesellschaft von denen des Konzerns abweichen.

Die publizierte Konzernbilanz läßt sich aber auch für die staatliche Preispolitik einspannen. Während zur Besteuerung grundsätzlich alle internationalen Konzerne her-

angezogen werden können, ist die staatliche Preispolitik gegen Wirtschaftszweige gerichtet, die im modernen Wohlfahrtsstaat eine wichtige Rolle spielen, wie z.B. die pharmazeutische Industrie. Den ausländischen Behörden steht ein ganzes Arsenal von interventionistischen Waffen zur Verfügung (von der Kontingentierung bis zur Nationalisierung), um die Produktenpreise und Gewinnmargen unter Kontrolle zu halten. Mit der Publizierung eines konsolidierten Rechnungsabschlusses wird nun solchen Staaten ein Mittel in die Hand gelegt, das ihnen eine Scheinlegitimation zur Intervention gibt, da der konsolidierte Gewinn eines Konzerns rein optisch immer als übersetzt erscheint.

Es lassen sich gegen ein solches Vorgehen gewisser ausländischer Staaten natürlich begründete Einwendungen in wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung vorbringen. Wir müssen uns aber bewußt sein, daß die Sanktionsmöglichkeiten internationaler Konzerne beschränkt sind, wenn diese ausländischen Absatzgebiete nicht aufgegeben werden sollen. Der ausländische Staat sitzt am längeren Hebelarm. Es sollte daher vermieden werden, daß durch eine gesetzliche Pflicht zur Veröffentlichung von konsolidierten Bilanzen und Erfolgsrechnungen schweizerischen Konzernen mit internationaler Aktivität Schaden zugefügt wird, was den Interessen der Aktionäre und der schweizerischen Volkswirtschaft entgegensteht.

Man kann sich aber mit Recht fragen, ob der beabsichtigte Publizitätszweck nicht auch mit einer Beschränkung der Konsolidierung auf inländische Konzernunternehmungen erreicht werden könne, wie dies in § 329 Abs. 2 des neuen deutschen Aktiengesetzes vorgesehen ist. Für die Beschränkung der Konsolidierung auf inländische Konzerne mag in der Deutschen Bundesrepublik neben den angeführten Gründen auch die fehlende Möglichkeit der Überprüfung ausländischer Gesellschaften, ein Ausfluß des Souveränitätsprinzips, mitgespielt haben. Wenn schon ein Land wie Deutschland, das über ganz andere wirtschaftliche und politische Machtmittel verfügt als die

Schweiz, auf eine Konsolidierung ausländischer Konzerngesellschaften verzichtet, um so mehr erscheint die Schweiz als berechtigt, von einem Einbezug abhängiger Unternehmungen mit Sitz im Ausland abzusehen.

Die deutsche Lösung ist aber für unser Land nicht geeignet. Sie käme nicht nur dem Bedürfnis nach vermehrter Information nicht entgegen, sondern würde vielmehr die finanzielle Situation internationaler Konzerne verfälscht wiedergeben. Wir müssen bedenken, daß der Grad der Exportorientierung deutscher und schweizerischer Unternehmungsgruppierungen ganz unterschiedlich ist. Die deutschen Konzerne sind viel weniger auslandabhängig als die schweizerischen (Beispiel: die Badische Anilin- & Soda-Fabrik [BASF] und die Farbenfabriken Bayer, deren Auslandsgeschäft im Jahre 1965 rund 45% bzw. 48,5% des Konzernumsatzes betrug gegenüber 90% und mehr bei schweizerischen Chemiekonzernen). Eine rein schweizerische Teilkonzernbilanz gäbe ein Zerrbild der Konzernverhältnisse, das zu gänzlich falschen Schlüssen führen würde.

Ich gelange daher zum Ergebnis, daß eine gesetzliche Verpflichtung zur vollständigen oder beschränkten Konsolidierung schweizerischer Konzerne mit internationaler Tätigkeit schwerwiegendere Folgen hätte als die Beibehaltung des gegenwärtigen Rechtszustandes. Jede vermehrte Publizität ist zu begrüßen, es sei aber jeder Unternehmungsgruppierung selber überlassen, Zeitpunkt und Ausmaß der Publizität zu wählen, da die Verhältnisse je nach Wirtschaftszweig und Konzernstruktur ganz verschieden liegen.

Schlußwort von Prof. Rolf Bär:

Ein Gutes der Diskussion liegt nicht nur darin, neue Gesichtspunkte hervorzubringen, sondern auch darin, den kritisierten Referenten zu zeigen, wo sie sich nicht deutlich genug ausgedrückt haben und mißverstanden worden sind.

1. So muß der Referent – beinahe wehmütig – einen Vorbehalt zu jenen Voten anbringen, welche ihm das stärkste Kontingent ausdrücklichen Beifalls eingebracht haben, jedoch ihre Unterstützung der These, eine Totalrevision sei nicht dringend, mit dem Bekenntnis verbinden, es seien die *moral persuasion* und die freie Vereinbarung vollauf genügende, spezifisch schweizerische Wege. Nun anerkenne ich zwar sehr, was etwa die Vereinbarungen und Richtlinien von 1961 bzw. 1964 über Vinkulierung bzw. Publizität (S. 333, 385*) erreicht haben, und gerade in jüngster Zeit gewinnt man den Eindruck, es sei die Bekanntgabe von Anhaltspunkten zu den stillen Reserven als ein kostenloses Mittel der Kurspflege entdeckt worden. Doch ob man die notwendigen Verbesserungen der Publizität, Kontrolle, Minderheitenstellung etc. allein auf dem Wege der Einsicht und Freiwilligkeit zu erreichen vermöchte, bezweifle ich. Es wäre ja auch unnatürlich, wenn Verwaltungen ihre eigene Dispositionsspanne so leicht einschränkten; nicht von ungefähr werden im Geschichtsunterricht als einzigartige Ereignisse hervorgehoben, daß sich Karl V. aus freien Stücken in ein Kloster zurückgezogen hat und der Diktator Cincinnatus nach strikter Erfüllung seiner Aufgabe schleunigst zu seinem Pflug heimgekehrt ist.

Wenn ich meine, eine Totalrevision sei nicht dringend notwendig, dann doch im Vertrauen auf ein Zwangsmittel, nämlich eine Verbesserung der Gerichtspraxis, wofür sich das geltende Recht m.E. als weitgehend tragfähig herausstellt. Ich habe mein Referat aus dem Grunde vornehmlich einer Untersuchung de lege lata gewidmet und die Prüfung de lege ferenda der Güte doktrineller Anregungen oder aus-

---

* Seitenzahlen ohne Autorangabe verweisen auf das gedruckte Referat des Verfassers, «Hirsch Ziff. . . .» auf das französische Referat, Namen ohne weitere bibliographische Angabe auf Diskussionsvoten (wenn in Klammern gesetzt, werden alle Titel der Herren Votanten weggelassen). «ZBJV 1959 . . . .» verweist auf den S. 471 Anm. 252 zitierten früheren Aufsatz des Referenten zum Minderheitenschutz.

ländischer Normen oder gar das Erfinden auch möglicher neuer Konstruktionen erst in zweite Linie gestellt, daß ein Referat als unschweizerisch empfunden und zum vornherein nicht ernst genommen worden wäre, welches überaus häufig und dringlich nach dem Gesetzgeber gerufen hätte, ohne den Beweis der baren Notwendigkeit zu leisten. Wenn ich nun aber bei Anwendung der Auslegungsmittel z.B. dazu gekommen bin, die sog. Spaltung sei unzulässig, die Rechtslage des «Partizipationsscheins» sei bei Ausschöpfung aller Mittel nicht eigentlich unbefriedigend (allerdings auch nicht so beschaffen, wie sie in Statuten meist umschrieben wird, und mit einigen sekundären Unzweckmäßigkeiten), die Verbesserung des Minderheitenschutzes sei nur eine Frage des Willens, die Elastizität zugunsten der Kleinen AG sei vorhanden (und für den Rest der Postulate unerwünscht), und es seien nur einige eng umgrenzte Teilrevisionen notwendig, dann heißt dies nicht, ich müßte mich einer Totalrevision widersetzen, zumal natürlich die wesentliche Prämisse meiner Auffassung über das Revisionsbedürfnis unsicher bleibt: die Neuorientierung der Gerichte hinsichtlich des Verhältnisses zwischen einzelnen Beteiligten und Mehrheitswillen sowie hinsichtlich der Ausbalancierung der Machtverhältnisse im «Unternehmen» als bloßem Mittel der Zweckverwirklichung. Nur wäre ich geneigt, nach wenigen legislatorischen Retouchen zunächst abzuwarten, nicht zuletzt, weil seit 1965 (BGE 91 II 298ff.) einige Hoffnung keimt, allerdings kurz nach einem frostigen Urteil von 1963 (BGer SAG 1964 130ff.), das hoffentlich nicht bloß zufällig in der amtlichen Sammlung fehlt!

Diese Auffassung spräche insbesondere nicht dagegen, daß sich zunächst einmal die Wissenschaft vermehrt an die Klärung des wünschbaren Konzepts der AG machte (Hug, Bürgi). Doch könnte sich empfehlen, trotz der Bedenken von Herrn Kollegen Hug die systematischen Bemühungen mit einem Teilgebiet einzuleiten, das im Vordergrund des Interesses (wie auch der Meinungsverschiedenheiten) steht und die weitesten eigentlichen Forschungsaufgaben stellt: Re-

servebildung, Selbstfinanzierung, Publizität und Kontrolle. Wohl streifte man dabei zuweilen auch die Frage des wünschbaren Konzepts, doch wäre mit der Behandlung dieses Teilgebiets das Pferd nicht am Schwanze aufgezäumt: Sobald man sich wenigstens darauf zu einigen vermöchte, die Kontrolle sei nicht vom Staate auszuüben und die Publizität habe sich nicht auf volkswirtschaftliche Daten auszurichten (Postulat MUHEIM, vgl. S. 334, bes. Anm. 9), darf man für das weitere wohl davon ausgehen, daß Publizität und Kontrolle nie zu weit gehen können, gleichgültig wie man das Grundkonzept der AG faßt, nämlich ob nur Aktionärinteressen (nur Vermögensbeteiligungsinteressen oder auch andere) oder ob zudem sozialpolitische Interessen befriedigt werden sollen; gleichviel auch, ob es sich um eine Kleine oder eine Große AG handelt (vgl. S. 484); vorausgesetzt aber immer, daß das Ausmaß technisch möglich bleibe und den Interessenträgern nicht größern Schaden als Nutzen bringe, indem das Unternehmen ernstlich geschwächt werden könnte. Reservenbildung und Selbstfinanzierung sind allerdings weniger gewiß grundkonzeptunabhängig, doch müßte einmal sehr konkret ermittelt werden, inwiefern die allfällige Abhängigkeit von bestimmten Konzeptvarianten überhaupt bestehe. Alle hier angedeuteten Abgrenzungen sind m.E. noch zu wenig erforscht; es bedürfte dazu – um nur außerrechtliche Themen zu nennen – vertiefter Einsichten in Finanzierungstechnik, Organisationserfordernisse, Risikoquellen u.ä.

Weil beispielsweise die Risiken (vor allem in Fragen der Geheimhaltung von Reserven und unternehmerischen Fehlschlägen) von den Unternehmern möglicherweise doch übertrieben dargestellt werden (vgl. S. 331 Anm. 5), sollte man zu einer nüchternen, alle Gesichtspunkte abwägenden Prüfung schreiten. Auf die Frage, ob dies irgendwie institutionell zusammengefaßt und in Faktenbeschaffung und Auswertung organisiert werden sollte, möchte ich mich hier nicht einlassen, wohl aber den Wunsch aussprechen, man wolle darauf verzichten, jene Wissenschafter, die nicht auf Interessenwahrung verpflichtet sind, als weltfremd, z.B. als «Bilanz-

theoretiker» (AMREIN) oder «theoretisch puristische» Denker, (KOBER), zu diskreditieren, sobald sie nicht in der Lage sind einen erwägenswerten Gesichtspunkt alsogleich zur Maxime zu erheben.

2. Wenn allerdings der Vorwurf der Weltfremdheit unverblümt von einem Hochschulkollegen kommt, scheint es Ernst zu werden. Herr Kollege SCHLUEP hat meiner Auffassung über die sog. Spaltung der vinkulierten Namenaktie – obwohl er ihr wenigstens die «Lüftung des wertpapierrechtlichen Schleiers» gutschreibt – entgegengehalten, «daß im Bereich des Sozialen das allseitig verwurzelte Bestmögliche mitunter besser ist als das vom Höhenwind verwehte Beste». Da mir Herr Kollege SCHLUEP sicher nicht den Tort antun wollte, durchblicken zu lassen, diese kostbare Einsicht möchte mir – oder irgendeinem juristisch gebildeten Leser – als eine ganz allgemeine noch nie zuteil geworden sein, muß er konkret meine Lösung visieren. Allerdings kreidet er mir keinen Fehler in den geäußerten Argumenten an, wendet jedoch ein, ich hätte Maximen übersehen, welche neben den von mir relevierten ständen und diese paralysierten: die Rechtsgrundsätze der Lösbarkeit von Mitgliedschaften und des Verbots privater Expropriationen. – Dann aber könnte doch wohl vom «Besten» gar nicht mehr die Rede sein, nicht einmal von einem «verwehten» (wobei mir die Frage nicht von der Zunge will, ob etwa Herr SCHLUEP persönlich den Höhenwind blase).

Nun ernsthaft: Ich gehe kaum fehl mit der Annahme, Herr Kollege SCHLUEP schließe sich praktisch der von den Herren Kollegen BÜRGI und JÄGGI geäußerten Auffassung an, es sei die Aufgabe der Spaltung untunlich, so lange nicht auch die Vinkulierungsvorschriften gelockert oder durch eine Abnahmepflicht ergänzt seien. – Das Argument, die Vinkulierung brauche ein Ventil, läßt sich fraglos hören, und ich habe selber auf eine entsprechende Korrektur und auf ausländische Regelungen hingewiesen (S. 389 ff.). Doch war und bin ich der Ansicht, das Ventil müsse vom Gesetzgeber

bei den Vinkulierungsbestimmungen geöffnet werden, nicht aber die Gerichte hätten den Überdruck mittels einer Spaltung entweichen zu lassen, welche zu unannehmbaren Resultaten bei den Machtverhältnissen führt (S. 372ff.) und zudem zu einer nur behelfsmäßig parierbaren Verzerrung feindeigentumsrechtlicher Natur (S. 377f., vgl. 385). Das alles zurechtzurücken wird der Gesetzgeber um so länger keinen genügenden Anlaß sehen, je gründlicher die Praxis am falschen Ende den Dampf abläßt. Ginge jedoch der Gesetzgeber nach meinem Vorschlag vor (S. 383f.), stände er unausweichlich auch vor der Frage einer Erleichterung, die umgrenzt genug ist, daß sie keine Gesamtrevision nach sich zu ziehen brauchte.

Und was die von Herrn Kollegen SCHLUEP erwähnten Maximen betrifft: Es war der Gesetzgeber selber, welcher mit Einführung der Vinkulierung grundkonzeptwidrig das Prinzip der Lösbarkeit von Mitgliedschaften tangierte und damit in Kauf nehmen mußte, daß die Beteiligungssubstanz nicht mehr zu Wettbewerbspreisen verflüssigt werden kann (wogegen immerhin eine Quasi-Expropriation von Gewinn- und Liquidationsanteil unmöglich bleibt, welche über die Möglichkeiten aus den unzureichenden Anfechtungschancen hinausgeht). Jedenfalls sprechen die Materialien trotz einiger zweifelhafter Stellen nicht dafür, bereits der Gesetzgeber habe klar an die Spaltung als Ventil gedacht (vgl. S. 378 Anm. 85), zumal die Kommentare zu aOR 637 V die Bindung auch der Gewinnanteile offenbar noch als völlig selbstverständlich und natürlich betrachtet haben (BACHMANN N. 5, SCHNEIDER/FICK N. 10). Auch Herr Kollege BÜRGI – der allerdings, ebenfalls zu Recht, in den Materialien keine Äußerungen gegen die Spaltung finden kann (Festschrift Guhl 203) – teilt den Eindruck des Referenten, die Spaltung stelle einen Versuch der Praxis dar, nachträglich die Vinkulierung auf Kosten der Unteilbarkeit der Aktionärrechte zu mildern (Kommentar, OR 686 N. 92f.). Das heißt doch wohl, die von Herrn Kollegen SCHLUEP angerufenen Maximen seien ursprünglich geschwächt worden.

Wenn ich nun die möglichste Restitution in jene billigenswerten Maximen nicht mit einem nachträglich eingebauten (übrigens nicht in allen Situationen befriedigend funktionierenden) Ventil der Spaltung verwirklicht sehen möchte, sondern die durch die Spaltung nun erst verletzte Maxime einer vernünftigen Relation von Macht und Risiko für hic et nunc unbedingt wesentlich genug halte, daß ich umgekehrt vom Gesetzgeber die allenfalls als Nötig geltende Erleichterung mittels einer die beteiligten Interessen gleichmäßiger berücksichtigenden Vinkulierungsordnung erwarte, ist das zwar nur eine Auffassung in einem Dilemma, über die sich immer sachlich diskutieren läßt. Doch wer die Gegengesichtspunkte gesehen hat, braucht sich kaum in des Himmels Bläue verweisen zu lassen, sondern kann wie der Kritiker einen Anteil am Erdreich beanspruchen. Beide stehen je auf zwei soliden Beinen auf dem Boden – nur auf verschiedenen Äckern.

Herr Oberrichter Pfenninger findet, ich hätte den wertpapierrechtlichen Komplex «nicht a limine ausklammern» dürfen, obwohl ich mich dem bis an die Grenzen dessen gewidmet habe, was im Rahmen eines solchen Rapports zu verantworten war. Und die Frage, ob die vinkulierte Namenaktie ein Orderpapier und durch Indossament übertragbar sei, ist ausdrücklich bejaht (S. 344ff., 350f., 387). Zu den weiteren sehr speziellen Erwägungen von Herrn Oberrichter Pfenninger möchte ich mich nicht äußern, zumal wir im Ergebnis einer Meinung zu sein scheinen.

3. Was die durchaus richtigen Mahnungen anbelangt, die Entwicklung der «Europäischen AG» u. dgl. wach und wenn möglich auch aktiv zu verfolgen (Bürgi, Patry, Penard), kann ich nur auf S. 339ff. verweisen und wiederholen, daß es bei Abfassung des Referats an ausreichend konkreten und nicht allzu umstrittenen Ansätzen, deren Verarbeitung sich gelohnt hätte, noch gefehlt hat.

Ebenfalls nur ganz knapp möchte ich zum Konzernaktienrecht bemerken, daß es selbstverständlich den Min-

derheitenschutz nicht als einziges Problem stellt (PENARD). Immerhin handelt es sich um das «wesentlichste» (S. 522), vielleicht weniger für den Konzernwirtschafter als für den Richter und den Gesetzgeber. Der Gläubigerschutz ist übrigens kurz erwähnt; seine Institute haben ja weitgehend eine Doppelfunktion auch zugunsten der Minderheitsaktionäre als Außenseiter des Innenbezirks. Und die Publizität dient als Hilfsmittel dem Schutze beider Außenseiterkategorien.

Eine befriedigende Ordnung der Verantwortlichkeit (REICHWEIN, FROMER, STOCKMANN), insbesondere eine Differenzierung nach der faktischen Funktion ähnlich dem deutschen Schema Vorstand – Aufsichtsrat, wäre in der Tat wünschenswert (S. 385 bei Anm. 96) und blieb nur wegen des Auswahlprinzips (S. 327) außerhalb der Untersuchungen.

Hinsichtlich der wenigen Äußerungen zu den in § 4 des Referats behandelten Finanzierungsproblemen (REICHWEIN, STOCKMANN) möchte ich nur gegenüber dem letztgenannten Votanten bemerken, daß ich an der Ablehnung des autorisierten Kapitals festhalte, jedoch zu der auch von mir hervorgehobenen Unsicherheit de lege lata bei Wandelanleihen eine spezielle Korrektur de lege ferenda vorgeschlagen habe (S. 437 ff.), welche m. E. allen Bedenken von Herrn Dr. STOCKMANN Rechnung trüge; nur halte ich sie für weniger dringlich.

4. Während Herr Kollege HIRSCH in seinem Referat eine baldige Gesetzgebung über die Rechtsstellung der «Partizipationsscheine» fordert, weil ihn die statutarischen Regelungen nicht befriedigen, und dem die Einführung der stimmrechtlosen Aktien noch vorzöge, halte ich zwar die statutarischen Ordnungen für ebenfalls unbefriedigend, komme aber in Anwendung zwingender allgemeiner Rechtsgrundsätze (auch nach Würdigung der Bedenken von Herrn Kollegen JUNOD) bereits de lege lata zu einer Rechtslage, welche mindestens keinen Notruf an den Gesetzgeber erfordert, jedoch auch nicht wesentlich von derjenigen stimmrechtloser Aktien abwiche (bes. S. 420 f.). Im Grunde hätten

wir mit dem «Partizipationsschein» die stimmrechtlose Aktie.

Diese Schlußfolgerung scheint Herrn Kollegen PATRY nicht überzeugt zu haben, wenn er unterscheidet: Nehme man an, der Aktionär habe neben seinen Vermögensinteressen auch gesellschaftliche Interessen zu wahren, müsse man mit BÄR den Partizipationsschein besser regeln (offenbar: – weil dann die Aktionäre von den bloßen Vermögenspartizipanten sauber geschieden werden müssen). Nehme man dagegen an, auch der Aktionär verfolge nur Vermögensinteressen, müsse man mit HIRSCH die stimmrechtlose Aktie fordern. Überhaupt bleibe grundsätzlich zu entscheiden, ob eine Revision eine höhere Funktionstüchtigkeit der Generalversammlung der das Gesellschaftsleben bestimmenden Personen erstreben sollte oder aber nur ein besseres Klima für potentielle Aktionäre, nämlich weniger einen Minderheitenschutz als einen Sparerschutz. Das seien zwei verschiedene mögliche Modelle der Ordnung der AG, und man dürfe sie nicht vermengen.

Demgegenüber meine ich, es handle sich um zwei Aspekte (einmal von innen, einmal von außen) des selben Modells, sofern man bei der Verbesserung der Funktionstüchtigkeit nicht daran denkt (PATRY wohl so wenig, wie die Referenten), die Kompetenzen der Generalversammlung ganz grundlegend zu erweitern. – Die AG ist als Kapitalpumpe angelegt und sollte so beschaffen sein, daß sie zur Investition anlockt (vgl. S. 333, 372, 470). Die Stellung der gegenwärtigen Inhaber der Rechte und der Grad der Information als Hilfsmittel bestimmen auch den Appetit von Reflektanten auf solche Rechte, doch allesamt sind sie Sparer und Investoren, ob bereits der Minderheit angehörend oder erst der Rekrutierungsreserve. Die ganze Rechtsstellung aber bezieht sich bloß auf die Wahrung von Vermögensinteressen. Jedenfalls kann ich nicht anerkennen, daß die Teilnahme am sog. Leben der Gesellschaft einen andern Zweck legitimerweise – vorbehältlich einer abweichenden Statutenbestimmung – verfolgen dürfe (vgl. S. 426, 514) und daß das Stimmrecht

mehr als einen organisatorischen Behelf zur Erreichung des Gesellschaftszwecks i.w.S., als Inbegriff koordinierter Vermögensinteressen, darstelle. Näheres S. 427f., 513f.

Bei dieser Einstellung müßte ich nach den Kriterien von Herrn Kollegen PATRY offenbar für stimmrechtlose Aktien plädieren. Doch wenn ich das nicht tue, liegt mir auch fern, eine solche Neuerung zu bekämpfen; denn für mich besteht kein sehr wesentlicher Unterschied. Und damit komme ich zum zweiten Punkt der Divergenz mit Herrn Kollegen PATRY: Nach ihm gehören Stimm- und Anfechtungsrecht zusammen; es sei gefährlich, den Partizipanten oder stimmrechtlosen Aktionären das Recht zur Anfechtung eines Beschlusses zu geben, an dem sie nicht teilnehmen durften. – Meines Erachtens dient die Anfechtung nicht dem Versuch, einen in der Abstimmung unterlegenen Standpunkt doch noch durchzusetzen (es wird denn auch nicht verlangt, der Anfechtende müsse an der Versammlung teilgenommen und abgestimmt haben), sondern die Anfechtungsklage ist der Behelf des einzelnen Aktionärs, Rechtmäßigkeit und insbesondere Zweckverwirklichung zu erzwingen. Sie ist daher nicht notwendig siamesischer Zwilling des Stimmrechts. Wegen dieser und der im vorhergehenden Absatz niedergelegten Auffassung von der Stellung des einzelnen Beteiligten kann ich Herrn Kollegen PATRY auch nicht beistimmen, wenn er den Ausschluß der Anfechtungsklage weiter damit begründet, mit der Zeichnung bloß eines Partizipationsscheins (wohl auch einer stimmrechtlosen Aktie?) bezeuge der Zeichner seine Gleichgültigkeit gegenüber dem Gesellschaftsleben. Was er jedoch nicht bezeugt, ist seine Uninteressiertheit an der Optimierung seiner Vermögensstellung, dem alles Gesellschaftsleben zu dienen hat. Und wenn Herr Kollege PATRY den Partizipanten auf die Leistungsklage verweist, hat diese nicht bloß die Ausrichtung der beschlossenen Ausschüttungen zum Gegenstand, sondern wie bei jeder in einem weitern Sinne partiarischen Beteiligung nötigenfalls auch die Konformität der einseitig festgelegten Leistung mit dem Abmachungssinn. Das kann man

weder Partizipanten noch stimmrechtlosen Aktionären nehmen. Damit erhält die Leistungsklage eine wesentliche Eigenschaft der Anfechtung, und wenn sie allerdings den Beschluß nicht als solchen aufzuheben vermag, so wird praktisch die Generalversammlung nach Unterliegen der AG vor Gericht doch häufig auf ihren Beschluß zurückkommen müssen. Im übrigen ist es auch für die AG selber eine Inkonvenienz, daß die Leistungsklage der Anfechtung de lege lata nicht noch besser angeglichen werden kann (vgl. dazu S. 414).

Endlich bleibt mir verborgen, warum die Reinhaltung der Anfechtungsklägerschaft von allen stimmrechtlosen Beteiligten die Chancen einer Verbesserung der Anfechtungspraxis (durch Beseitigung der Richtigkeitsvermutung für die Mehrheit; also ganz im Sinne des Referenten) mehren soll (Patry). – Wir haben de lege lata bereits den gewünschten engen Kreis von Personen, die zu einer technischen Anfechtung legitimiert sind, und wir haben auch die mit Recht beanstandete Praxis. Warum sollte sie sich eher ändern, weil man darauf verzichtete, etwas Neues einzuführen? Die Sinnesänderung der Gerichte müßte zum Inhalt gerade nicht eine engere Beziehung zwischen Mitsprache und Anfechtung haben, sondern eine Verstärkung der vermögenswerten Individualstellung gegenüber Mehrheitsentscheiden. Doch besteht eben eine Divergenz zwischen Herrn Kollegen Patry und mir über die Bedeutung des Stimmrechts und des «Gesellschaftslebens».

Die weitern noch nicht erwähnten Voten zu diesem Thema (Brunner, Christ, Faist, Reichwein, Stockmann) weisen entweder keinen Gegensatz zum Referenten auf, oder es gelten einzelne Bemerkungen zum Votum Patry auch für sie.

5. Damit komme ich zur Frage der Auslegung des Aktienrechts nach einem bestimmten Modell, vor allem im Hinblick auf die noch zulässigen statutarischen Abweichungen und auf die Maßstabbildung des Minderheitenschutzes.

Daß der Auslegung ein bestimmtes Modell, ein Leitbild der gesetzlichen Ordnung, auch dann zugrunde gelegt werden muß, wenn es nicht legaldefinitorisch feststeht, ist m.E. selbstverständlich und hat in der Diskussion Zustimmung von im übrigen kritisierenden Votanten gefunden (SCHLUEP, wohl auch PATRY). Auch die vorherrschende Auffassung kommt darum nicht herum, nur bemüht sie sich nicht stets um ein zusammenhängendes Leitbild, sondern hält sich nicht selten mehr punktuell an einige im Gesetz besonders auffallende Regelungen, worunter – neben dem Organisationsschema und dem Kapitalschutz, beides unzweifelhaft fundamental – etwa das Verbot der Nebenleistungspflicht, das gleichmäßige Kapitalstimmrecht (trotz der Ausnahmen), das demokratische Mehrheitsprinzip. So weit unter den Elementen ein Zusammenhang überhaupt hergestellt wird, kann man vergröbert sagen, ein verbreitetes Leitbild heiße «Kapitaldemokratie», und dieser Idee wird ein Eigenwert zugemessen. – Es sei an einige im Referat enthaltene Beispiele erinnert, in welchen aus einem andern Leitbild heraus die Qualität solcher anscheinend tragender Säulen mehr oder weniger stark angezweifelt worden ist: Sinn des Mehrheitsbeschlusses und Rechtsmißbrauch, Stichentscheid, Verbot der Nebenleistungspflicht.

Obwohl gerade das letztere Beispiel bei eingehender Behandlung die vielleicht beste Illustration der Problematik böte und besonders instruktiv u.a. dafür wäre, wie eine Bestimmung zwar gewiß ein Strukturindiz darstellt und doch mehrere Deutungsmöglichkeiten zuläßt (S.497f. und die Andeutung in Anm.309), und obwohl sich Herr Kollege SCHLUEP von meinem etwas kurz begründeten Auslegungsvorschlag befremdet gezeigt hat, verbietet der Zweck eines Schlußworts, in erforderlicher Breite die Typizitätsfrage von einem andern als dem im Referat gewählten Ausgangspunkt noch einmal zu entwickeln. Anders aber hätte die Wiederaufnahme dieses Teilthemas keinen rechten Sinn.

Vielmehr soll nun auf einige Diskussionsvoten zum Gegenstand dieser Ziff.5 eingegangen werden, nachdem die

Thesen dazu bereits im Einleitungsvotum zusammengefaßt worden sind (Referat §5 Ziff. 1–8, §3 Ziff. 4a/b).

a) Wenngleich ich davon ausgehe, der gesetzliche Typus sei eine AG, welche Aktionäre zusammenfasse, die sich nur für optimale Anlage (Werterhaltung und Ertrag) interessieren, komme ich doch dazu, daß viele jener atypischen statutarischen Gestaltungen möglich bleiben, welche in Kleinen und Familiengesellschaften für wünschenswert gehalten werden, deren Rechtsschutz aber bisher nicht als gesichert erschien, weil sie nicht recht zum gesetzlichen Modell passen wollten und weil man nicht mit bestem Gewissen sagen durfte, mangels ausdrücklichen Verbots gelte allenthalben Privatautonomie.

Ob Herr Dr. Fromer als Verteidiger der Interessen Kleiner Gesellschaften mit seiner Betonung der viel größeren Zahl von Nicht-Publikumsgesellschaften meinen methodischen Ansatzpunkt in Frage stellen wollte (und den gleichwohl geleisteten, gemessen an der bestehenden Literatur nicht ganz selbstverständlichen Sukkurs zu wenig gewürdigt hätte), ist seinem Votum nicht restlos deutlich zu entnehmen, doch wird man aus seiner Bemerkung, das gesetzliche Modell gelte für Großunternehmen, gegen eine derart große Divergenz schließen dürfen. Hingegen scheint sein Hinweis auf Eugen Hubers Differenzierung und seine Ablehnung rechtsvergleichender Blicke in benachbarte Aktienrechte darauf hinzuweisen, daß sich Herr Dr. Fromer in meinem Konzept am Fehlen einer Erleichterung bei Publizität und Kontrolle stoße.

Da kann ich nur mit Nachdruck wiederholen (S. 484 und Einleitungsvotum), daß der Minderheitsaktionär einer Kleinen Gesellschaft die Prophylaxe vor Benachteiligung mindestens so nötig hat wie derjenige einer Publikumsgesellschaft, in welcher regelmäßig bloß gerade kühl gerechnet, aber nicht noch geneidet und gehaßt wird. Unschwer ließen sich aus der Anwaltspraxis so viele Belege zusammentragen, daß man das Phänomen der Erhitzung unter wenigen, relativ

groß Beteiligten nicht als allzu seltene Ausnahme abtun könnte. (Bedauerlicherweise hat sich Herr Dr. FROMER nicht an meine Charakterisierungen auf S. 484 und 470 gehalten, statt dessen eine Bemerkung im ganz andern Zusammenhang von S. 376 als deplaziert zurückgewiesen, wo ich aber keineswegs die «Bestrebungen der Verwaltung» gegeißelt, sondern einen durch fortgeschrittene Spaltungen eintretenden, ordnungspolitisch unerwünschten Zustand dargestellt habe, ohne im geringsten zu behaupten oder durchblicken zu lassen, das sei das Ziel einer normalen Verwaltung). – Ich glaube auch, Herr Dr. FROMER urteile etwas einseitig aus der Sicht der Geschäftsführer-Aktionäre, wenn er findet, das Informationsbedürfnis der Aktionäre sei durch sinnvolles Fragestellen an der Generalversammlung zu befriedigen, das Gesetz könne den Mangel an Zivilcourage nicht ausgleichen, und die Verwaltung sei schließlich abberufbar. Mir scheinen gewichtige Einwände so nahe zu liegen, daß ich sie unausgesprochen lassen darf, anders als eine Richtigstellung: Beide Referenten streben nicht etwa eine Schwächung des Verwaltungsrats an (FROMER), sondern in Übereinstimmung mit der internationalen Tendenz eine bessere Ausbalancierung (Rechenschaft, Kontrolle, individuelle Aktionärstellung; S. 536, vgl. 337).

Was die Rechtsvergleichung anbelangt, muß man allerdings in den Nachbarländern seine Blicke auch auf die GmbH richten (ebenfalls S. 490), doch wäre zu untersuchen, einmal ob dort die gewünschten Erleichterungen wirklich bestehen, weiter ob die im Gang befindlichen GmbH-Revisionen nicht strenger als unser geltendes Aktienrecht ausfallen werden. Und in angelsächsischen Staaten hat man entweder bisher schon nur geringfügig zwischen Kleinen und Großen Gesellschaften unterschieden (USA), oder die Differenzierungen werden neuerdings weitgehend zurückgenommen (England), weshalb die von Herrn Dr. FROMER (und S. 491 Anm. 294) erwähnte englische Begriffsbestimmung praktisch fast bedeutungslos wird. So viel ich sehe, könnte er nur beim holländischen Entwurf namhafte Unterstützung

finden. Die allgemeine Tendenz geht aber dahin, nur insofern zu differenzieren, als den börsenkotierenden Gesellschaften über ein bereits allgemein strenges Publizitäts- und Kontrollniveau hinaus noch weitere Pflichten aufgetragen werden. (Zu diesem Absatz S. 490 ff., vgl. auch 488 ff.)

b) De lege ferenda habe ich zur Diskussion gestellt, einen Katalog untypischer Statutenbestimmungen insofern einer Sonderregelung zu unterwerfen, als diese nur bei Aufnahme in den Aktientitel gültig wären, oder besser nur, wenn der Titel global besonders bezeichnet ist. Damit wird ein Gedanke aufgenommen, der in der Diskussion über die vinkulierte Namenaktie immer wieder auftaucht: Es ist bei einem Wertpapier eine Irregularität, daß dessen Inhalt weder durch die Skriptur, noch durch die Verkehrsauffassung bestimmt umschrieben ist. Zwar halte ich de lege lata daran fest, daß ungeachtet der Skriptur der jeweilige Statuteninhalt gelte, doch ist rechtspolitisch eine Korrektur im Sinne besserer Publizität nicht von der Hand zu weisen: Es bliebe zwar im Rahmen jener «normalen» möglichen Statuteninhalte, die man bei jeder typischen AG erwarten muß, beim gegenwärtigen Zustand, aber derjenige, welcher bei Papiererwerb die Statuten nicht konsultiert, wäre wenigstens vor der Überraschung atypischer (und zumeist sehr einschneidender) Gestaltungen gefeit (S. 362 ff., 486 ff.).

Herr Dr. Thomann hat dagegen mehreres eingewandt:

Es sei die Enumeration schwierig, und sie hindere die Rechtsfortbildung. – Dieses Argument ist stets sehr beachtlich, und ich habe dafür im allgemeinen vollstes Verständnis (vgl. S. 530). Nur glaube ich, daß die Gefahren hier nicht so groß wären, wenn man sorgfältig den Bestand der Bedürfnisse einer Kleinen AG und der vorkommenden Anomalien aufnähme. M. E. sind es nämlich sehr wenige, die sich weit überwiegend um Aktienveräußerung, Vertretungsrechte und Begrenzungen von Gewinnstrebigkeit oder -anteil drehen. Die Bedürfnisse dürften sich auch nicht derart rasch wandeln, daß sich ein limitierter Katalog von gesetz-

geberisch als zulässig erkannten Anomalien hindernd bemerkbar machte. Eine Generalklausel mit oder ohne exemplifizierenden Katalog – im allgemeinen die bessere Lösung – sähe ich hier ausnahmsweise als allzu unsicher an.

Es seien die Sanktionen unklar (Nichteintrag durch Registerbehörde, Voll- oder Teilnichtigkeit, Ersetzung durch «normalen» Statuteninhalt, den es aber nicht gebe ?). – Angesichts der wertpapierorientierten Lösung scheint mir die relative Unwirksamkeit (Unverbindlichkeit) gegeben zu sein (vgl. S. 486 das Postulat der «unbedingten Skripturkraft»): Jede anormale Klausel ist für den Inhaber einer nicht gekennzeichneten Aktie unverbindlich; der «normale» Rest bleibt verbindlich. Die Gesellschaft hat es dabei in der Hand, für Gleichmäßigkeit der Aktionärrechte und für Lückenlosigkeit der statutarischen Ordnung zu sorgen, indem sie von Anfang an keine ungekennzeichneten Aktien ausgibt; über nachträgliche Einführung S. 487.

Der Publikumsaktionär halte sich an Börsenzettel und Geschäftsbericht und interessiere sich für die Normalität des Statuteninhalts nicht, so lange seine Vermögensrechte nicht tangiert würden. – Ja: so lange... ! Aber man denke z.B. an ein limitiertes Vorkaufsrecht.

Der typische Statuteninhalt liege nicht notwendig im Interesse des Aktionärs, der atypische beeinträchtige ihn nicht regelmäßig. – Doch wohl in der Regel schon. Das «normale» Aktienrecht ist auf die Publikums-AG als «Kapitalpumpe» zugeschnitten und kommt den Bedürfnissen des Aktionärs mit bloßen Anlage- und Ertragsinteressen entgegen. Ihm bringen jedenfalls alle meine Beispiele «anormaler» Gestaltungen (S. 362ff.) Nachteile. Und mein Vorschlag will nicht die Befriedigung anderer Bedürfnisse einer AG verunmöglichen, jedoch den Publikumsaktionär warnen.

Für den Aktionär sei vielmehr wichtig, welchen Gebrauch man von den Statuten mache. – Selbstverständlich, doch ist auch nicht unwichtig, was überhaupt in den Statuten steht.

Es vermöge die Mehrheit selbst in einer typischen AG

die Interessen der Minderheit sehr zu schädigen. – Das vermöchte ich nicht als Argument gegen meinen Vorschlag zu begreifen, sondern als Argument für einen allgemein besseren Minderheitenschutz, und diesbezüglich erkennt Herr Dr. THOMANN in meinen Vorschlägen von S. 506 ff. einen «wertvollen Schritt».

Abschließend bleibt anzumerken, daß mir an meinem Vorschlag weit weniger liegt als an manchem andern. Doch sollte mittels eines konkret umrissenen Postulats die Verwirklichung eines Gedankens zur Diskussion gestellt werden, der im Zusammenhang mit Mitgliedschaftspapieren offenbar elementar immer wieder durchbricht und in der Tat einen rechtspolitisch guten Kern enthält.

c) Herr Kollege SCHLUEP stellt fest, das von mir bereits in ZBJV 1959, 369 ff. angewandte, von ihm in SAG 1960/61 137 ff., 170 ff., 188 ff. kritisierte Typizitätsdenken sei nun «konventionell geworden» und habe kaum Früchte getragen. Auch hätte ich klar gemacht, daß mein Kriterium des typischen Aktionärs mit dem Typus der AG «recht wenig zu tun» habe, «nur zum Schein» aus diesem gewonnen werde und doch «im Grunde nicht» andere Ergebnisse bringe, als die herrschende und von ihm vertretene Richtschnur des Unternehmensschutzes. Endlich finde mein Kriterium im Gesetz keine Stütze («Einmal bekenne ich mich ... zu denen, die Richtlinien zur Beilegung von Konflikten primär im Gesetz suchen»; dieser Satz kann im gegebenen Zusammenhang den Referenten nicht einschließen). Mit andern Worten: Der («verehrte») Referent hat altes als neu verkündet, ohne aber diesen neuen alten Ausgangspunkt nachher namhaft zu benützen; und bloß um anerkannte und gesetzlich solid fundierte Ergebnisse zu gewinnen, hat er den Aufwand freier Erfindung getrieben. Fürwahr des Schaumes höchste Türmung! Ein Fest fürs Auge, wenn der Höhenwind hineinbliese!

Doch wieder ernsthaft: Der Referent hat die vor Jahren mit Herrn Kollegen SCHLUEP entbrannte Kontroverse sei-

nerseits nicht weitergeführt, weil sie sich etwas persönlich zugespitzt hatte und weil nach Exposition der Thesen allfällige Drittstellungnahmen wertvoller gewesen wären, als eine unweigerlich ins Widerlegen einzelner Sätze abfallende Auseinandersetzung. Um letztere auch nicht auf den Juristentag hin zu provozieren, ist das unumgängliche Minimum an Stellungnahme in zwei Anmerkungen des Referats verbannt worden (252, 348), zudem unter Betonung des Verbindenden. Da nun aber das zugriffige Votum von Herrn Kollegen SCHLUEP den Anschein erwecken könnte, es sei das weitgehend gleiche, von ihm längst verfochtene Ergebnis bloß noch von einigen BÄRschen Marotten zu reinigen, muß diesmal doch dem Eindruck «qui tacet consentire videtur» vorgebeugt werden. Es handelt sich um wesentliche Teile meines Referats, und in Wahrheit bleibt auch des praktisch Trennenden noch genug übrig.

Wenn Herr Kollege SCHLUEP gemäß dem 2. Absatz seines Votums offenbar angenommen hat, die Typologie müßte mich zur Unflexibilität gegenüber der Kleinen AG führen, hat er den kurzen allgemeinen Ausführungen in ZBJV 1959 381 ff. zu viel entnommen, wo ich die Typologie knapp eingeführt und der Sache nach als bekannt nachgewiesen habe, ohne damit alle Beleg-Beispiele als materiell richtig anzuerkennen. Ein solches Vorgehen war 1959 noch nötig und empfahl sich zumal für einen jungen Autoren .Die Frage der Anpassungsfähigkeit an Kleine Gesellschaften aber ist damals ausdrücklich offen geblieben (l. c. S. 400) und nur die Anwendbarkeit auf den Minderheitenschutz ausgeführt worden; doch dies wohl bereits so, wie nun 1966 wieder.

Dem Kriterium des «typischen Aktionärs» haftet offenbar der diskussionstaktische Nachteil an, daß es Kritikern die referierende Aussage zu erlauben scheint: «Es ist ja ganz schlicht zu ermitteln, was der typische Aktionär will». «Jedem ist damit aufgegeben, dafür besorgt zu sein, daß dem Willen des typischen Aktionärs genügt wird» (SCHLUEP). Da muß sich selbstverständlich spontaner Widerspruch regen: Korporationsrechtliche Abhängigkeit von fremdem

individuellem Willen! Doch in Wahrheit ist der «typische Aktionär» eine plastischere Ausprägung des Kriteriums, das sich aus dem typischen Zweck des Zusammenschlusses ergibt (S. 514). Beim Zweck habe ich seit jeher angesetzt (S. 513 ff., auch ZBJV 1959, 376 ff., 380), denn dem selbstgewählten Zweck (in einem weitesten Sinne, nicht nur von OR 648 und der Vermutung aus OR 620 III, also auch nicht allein im Sinne der Gewinnstrebigkeit) haben sich alle gesellschaftlichen Entscheidungen unterzuordnen. Er ist der «Ort» des Kriteriums dessen, was Gesellschafter verlangen dürfen und was sie sich gefallen lassen müssen. Doch wird er vom Gesetz nicht deutlich umschrieben, und so weit er nicht statutarisch gewillkürt festgelegt ist (z.B. die Gesellschaft in den Dienst eines Konzerns, einer gemeinnützigen Aufgabe u. dgl. gestellt wird; wobei ich außerstatutarische Spezialisierungselemente grundsätzlich ablehne: S. 503), muß er sich aus dem Normalsinn der Wahl der Gesellschaftsform der Charakteristik AG bzw. der nachträglichen Beteiligung an einer solchen ergeben. Dafür existiert m. E. keine andere Erkenntnismöglichkeit, als der Versuch, eine Antwort auf die Frage zu finden, zur Befriedigung welcher Interessenlage der Gesetzgeber die betreffende Gesellschaftsform geschaffen habe und weiterhin zur Verfügung stelle. Die Antwort besteht danach im Leitbild der gesetzlichen Ordnung, im «Typus», was aber nicht heißt, bei geeigneten statutarischen Vorkehren dürfe nicht auch ein anders geartetes Interesse verfolgt werden (die Frage des Typenzwangs und seines Ausmaßes kommt also noch dazu; vgl. S. 473, 476 ff., bes. 484 ff., 493 ff.).

Daß mein «typischer Aktionär» mit dem Typus der AG «recht wenig zu tun» habe, sei deshalb ebenso nachdrücklich bestritten, wie die weitere Behauptung, es handle sich um ein Kriterium ohne rechtliches Fundament. Sicher läßt sich der Typus der AG nicht aus gesetzlichen Indizien exakt sozusagen vorrechnen; man muß außerdem allgemeine Prinzipien sowie den Sachverhalt heranziehen, welcher durch Schaffung des Instituts vernünftig geordnet werden sollte,

ohne daß man dies als bloß «rechtshistorisch» und «vorrechtlich» abtun kann (SCHLUEP SAG l.c. 193, 195), und ohne daß man aus gewissen Verunreinigungen des Typus durch den Gesetzgeber leichthin gleich die Aufgabe des Leitbilds folgern darf. Ja selbst der logisch seltsame Vorgang, daß zum Mitaufbau eines Grundsatzes zunächst auch gesetzliche Einzelvorschriften als Indizien herangezogen werden, die dann doch wieder auslegend kontrolliert werden müssen, (genereller:) – daß alle Zwischenergebnisse grundsätzlich in der Schwebe bleiben, bis man am Ende alles in allem findet, eine möglichst objektiv begründbare und nicht nur gefühlsmäßig gerechte Lösung gefunden zu haben (ohne indessen diese Beurteilung nach Strich und Faden nachweisen zu können), kann keinen sich selber gegenüber ehrlichen Juristen befremden, obwohl glücklicherweise derart komplexe Auslegungsprobleme selten sind. Herr Kollege SCHLUEP hat in seinen Büchern und Aufsätzen ein zu großes Interesse für die Methodik, für ihre Schwierigkeiten und die Wechselbeziehungen ihrer Elemente bewiesen, als daß er der Meinung sein könnte (deren Anschein sein Votum trotz des Wortes «primär» zu erwecken vermöchte), man brauche bloß frohen Mutes «Hie Gesetz!» zu rufen und habe nach Ausspielen dieses Trumpfes das Spiel gewonnen. Vielleicht dürfte man mit ihm auch über seinen Satz in SAG l.c. 178 diskutieren, die Auslegung möge der Ermittlung des Typus dienen, nicht aber umgekehrt.

Herr Kollege SCHLUEP hat sich zur positivrechtlichen Begründung seiner Gegenposition wie schon früher auf die «Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens» in OR 663 II und 674 II berufen; das Gesetz gehe also beim Dividendenrecht vom Unternehmen aus, nicht vom Aktionär. – Für mich ist es dagegen ein elementarer Grundsatz des inneren Gesellschaftsrechts, daß man von den Gesellschaftern ausgehen muß und ihnen nur den gemeinsamen Zweck i.w.S. (nicht aber dessen Mittel) entgegensetzen darf. Diesem Grundsatz widersprechen die genannten Bestimmungen nicht eindeutig, denn auch ohne diese gälte selbstverständ-

lich, daß man das Mittel nicht gefährden dürfe, so lange die Weiterverfolgung des Zwecks sinnvoll bleibt (S.517). So weit man dagegen aus den genannten Bestimmungen ein mehreres ableiten wollte, wäre das Gesetz nicht mehr klar, sondern auslegungsbedürftig, ist doch in der Gesetzesrevision nicht nur das «dauernde Gedeihen» (statt früher: «Sicherstellung»), sondern auch die Einschränkung «soweit» eingefügt worden, und die Materialien schillern gerade in der Stellungnahme zur Frage «Freipaß oder Schranke?» (ZBJV 1959, 389f.; vgl. jetzt darüber auch HIRSCH Ziff.38ff.). Der Auslegung bleiben – welcher Methode immer man auch anhänge – beide Möglichkeiten. – Ist das nun wirklich eine bessere Gesetzesgrundlage, als das Ausgehen vom gesellschaftsrechtlich elementaren Zweck des Zusammenschlusses, selbst wenn seine Konkretisierung über das methodische Mittel der Typologie (ebenfalls) der Diskussion fähig bleibt? Und ist wirklich ein Kriterium schlechter, das sich aus dem Zweck des Zusammenschlusses ableitet, als wenn dafür das Unternehmen, als Mittel zum Zwecke, gewählt wird? (Das Leitbild des Unternehmens wirke «...zweckgerecht, weil es ja Zweckmittel ist»; SCHLUEP.)

Wie weit allerdings Herr Kollege SCHLUEP in der praktischen Beurteilung von konkreten Fällen vom Referenten abwiche, bliebe im einzelnen noch auszumachen; sehr viel wird es nach Meinung beider jedenfalls nicht sein (Votum SCHLUEP; S.517 und Anm.348), doch geht es mindestens um jene Grenzfälle, deren Andersbeurteilung eine entscheidende Verbesserung des Klimas mit sich bringen könnte. Sogar wenn ich mich nur an das heutige Votum von Herrn Kollegen SCHLUEP halte, sind immerhin zwei Unterschiede sehr praktischer Art deutlich sichtbar geworden (abgesehen von jenen Fällen, in denen auch der Votant annimmt, das Unternehmenskriterium finde keinen Angriffspunkt):

Herr Kollege SCHLUEP erklärt, auch für ihn sei das Mehrheitsprinzip «primär eine Techne». Wenn ich glaube, in diesem Punkt entschiedener zu urteilen (S.422ff., 427), läßt sich das allein schon daraus ableiten, daß sich Herr

Kollege SCHLUEP über meine Abwendung vom bloßen Rechtsmißbrauchsverbot (S. 506ff., bes. 509f., 516f.) wundert. Rechtsmißbrauch kann ich mir nur denken als Mißbrauch des Rechts der Mehrheit, ihren Willen durchzusetzen, wenn also der letzteren eine materiell besondere Qualität zuerkannt wird (vgl. Anm. 343). Das halte ich aber zunächst für dogmatisch unrichtig. Und vergegenwärtigt man sich, auf welche Tatbestände die h.M. den Rechtsmißbrauch beschränkt (Anm. 334), weil sie die Überprüfung des angefochtenen Beschlusses auf Zweckmäßigkeit gerade wegen der Quasi-Souveränität der Mehrheit ablehnt, dann öffnet sich ein recht breiter und nicht nur dem Theoretiker sichtbarer Graben zu meiner Auffassung vom Minderheitenschutz. (Herr Dr. STOCKMANN findet, mein Konzept überfordere die Richter. – Immerhin wird ihnen – anders etwa als in Art. 5 II c des Kartellgesetzes – eine sogenannt justiziable Aufgabe der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe zugedacht, und überdies ist das Bessere auch dann der Feind des Guten – oder Unguten –, wenn das Beste unserer unvollkommenen menschlichen Erkenntnisfähigkeit verborgen bleiben sollte; vgl. Anm. 360. Wollte man statt dessen das Kontrollorgan mit schiedsrichterlichen Aufgaben betrauen, wie nach dem Vorschlag STOCKMANN, könnte es sich unmöglich um die von der Mehrheit gewählte Kontrollstelle handeln.)

Ein zweiter Graben läßt sich erkennen, wenn Herr Kollege SCHLUEP Sozialleistungen nicht nur legitimieren will, soweit sie vom typischen Aktionärinteresse an einer langfristigen Anlage gedeckt sind (und damit sehr weit, weil dazu gemäß S. 520 auch gehören «Aufwendungen zur Erzielung einer zufriedenen Arbeiterschaft und das zeitweilige Durchhalten der eingearbeiteten Arbeitskräfte»), sondern wenn er diese Leistungen «um ihrer selbst willen» erbracht wissen möchte. Herr Kollege SCHLUEP plädiert hier «gegen die Loslösung sozusagen rein ziviler Interessen aus dem soziologischen Kontext und für den Einbezug aller erheblichen soziologischen Fakten und aller Werte», und hier scheiden sich

allerdings unsere Ideen zutiefst. Es sei auf S. 518 ff. (vgl. auch Einleitungsvotum) hingewiesen und nur betont, daß sich nun meinerseits die Frage nach der Rechtsgrundlage stellt. OR 663 II ist es doch wohl nicht, auch OR 673 genügt nicht, und einer Legitimation sogenannt soziologischer Gesichtspunkte mittels der Methode der zeitgemäßen Auslegung u. dgl., doch im Widerspruch zum Sinn des Privatrechts und der Wirtschaftsverfassung, stehe ich skeptisch gegenüber; so auch der «Eigengesetzlichkeit» von Großunternehmen (STOCKMANN). Herr Kollege SCHLUEP ist begreiflicherweise heute aus Zeitmangel nicht darauf eingegangen, doch hat er sich in seiner Dissertation (zit. S. 350 Anm. 33) dazu geäußert (S. 406 ff. in Verbindung mit 374 ff.) und dort (S. 380) die «Eigengesetzlichkeit» der Sachverhalte plastisch so umschrieben: «Die Sache bäumt sich in ihrer eigenen kausalen Bestimmtheit gegen die gesetzwidrige Formung durch die Idee auf». – Trotz Kenntnis einiger Darstellungen des sog. Strukturwandels der AG vermochte ich noch nie zu sehen, was genau an meiner Auffassung so beschaffen sein könnte, daß sich ein Sachverhalt dagegen aufbäumen müßte, derart nämlich, daß die Idee – gleichgültig, ob unter der geltenden Rechtsordnung verfechtbar – notwendig unterzugehen hätte; z.B. welche Sozialleistungen unumgänglich und doch von meinem Konzept nicht gedeckt wären. Dieses erlaubt jedenfalls betriebliche Sozialleistungen, die sich auch vor Nicht-Reaktionären sehen lassen dürfen.

Wenn mir Herr Kollege SCHLUEP vorhält, es sei «unklug, mit dem Bild des typischen Aktionärs den Pluralismus im Aktienwesen gleichsam zu übertünchen», dann frägt sich, was «Pluralismus» hier bedeute. – Sollten nur die Interessengegensätze unter effektiven Aktionären bzw. Aktionärarten (Unternehmer-, Konzern-, Anleger-, Spekulationsaktionären) gemeint sein, bin ich der Ansicht, sie seien kaum ausgleichsfähig (vgl. S. 513) und das «Ausgleichsprinzip Unternehmensschutz» bedeute wesentlich eine Formel dafür, daß die Entscheidung offen bleibe, wogegen ich mit dem dar-

gelegten Kriterium versuche, die überhaupt berücksichtigenswerten Interessen zu charakterisieren (eine abweichende Statutenbestimmung stets vorbehalten). Also: Ausmarchung, nicht Tünche. – Sollte aber «Pluralismus» weitere Interessen wirtschaftlicher Natur mitumfassen, als bloß die S. 494 erwähnten, in zwingendem Aktienrecht verwirklichten Gläubiger und «öffentlichen Interessen, und sollten auch jene im Unternehmensschutz mitversöhnt werden, dann müßte ich dem nun meinerseits entgegenhalten, es würde der Einbezug gesellschaftsrechtlich irrelevanter Interessen «gleichsam übertüncht».

Endlich sei noch einmal hervorgehoben, warum ich das Kriterium des «Unternehmens» auch in der praktischen Anwendung für unzweckmäßig halte, obwohl dessen Schutz unter dem Aspekt des typischen Aktionärs keineswegs vernachlässigt bleibt (S. 517): Zum Argument der «Perspektive» (S. 517 unten/518 oben) kommt tatsächlich einmal die von Herrn Kollegen Schluep witzig wiedergegebene Vorbelastung des Terminus «Unternehmen» mit der Theorie des «Unternehmens an sich». Doch schwerwiegender noch als diese aktienrechtsdogmatische Reminiszenz ist für mich die weitere, nun einfach unvermeidliche «Vorbelastung», daß der Begriff der «Unternehmung» (was doch wohl das gleiche, nur sprachlich schwerfälliger ist als «Unternehmen») in erster Linie der Betriebswirtschaftslehre angehört, sogar ihr Gegenstand ist, ja noch mehr: ihr einziger Wertgesichtspunkt (wenn man die Moral als selbstverständlich vorbehält). Abgesehen von der Minderheitsrichtung der «normativen» Betriebswirtschaftslehre, welche auch das Gemeinwohl u. dgl. mitzuberücksichtigen bereit ist (vgl. z.B. Adolf Moxter, Der optimale Selbstfinanzierungsgrad, Festschrift Wilhelm Rieger, Stuttgart 1963, S. 300 ff.), blickt diese Wissenschaft ausschließlich auf das Wohl des Unternehmens und wird etwa die Frage nach dem Maß der Reserven und der Selbstfinanzierung zwar vielleicht nicht einfach damit beantworten, beides könne nie zu groß sein, doch wird sie diese Frage allein mittels Schätzung der langfristigen Kapi-

talkosten bei verschiedenen Finanzierungsarten und der finanzierten Risiken zu beantworten suchen. Z.B. die Ausschüttungen an die Gesellschafter wird sie jedoch wohl nur unter dem Gesichtspunkt der Kurs- und Aktionärpflege im Hinblick auf künftige Neuemissionen und deren Wahrscheinlichkeit in Betracht ziehen. Die Erforschung der sehr komplexen Beurteilungsfaktoren der Finanzierungswege scheint nach meinen Informationen noch nicht sehr weit gediehen zu sein (vgl. neustens ERICH GUTENBERG, Zum Problem des optimalen Verschuldungsgrades, Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1966, 681 ff.), so wenig wie die empirische Erforschung der Aktionärreaktionen, welche aber vorderhand eher zum Schluß zu berechtigen scheinen, der Aktionär vergesse schlechte Behandlung relativ rasch. Ich frage mich sogar, wieweit das einleuchtende Kriterium von Herrn Kollegen SCHLUEP, es sei die zu erwartende innerbetriebliche Rendite mit der möglichen Rendite externer Investition zu vergleichen (auch bei mir in ZBJV 1959, 391), einem Betriebswirtschafter nahegebracht werden könnte, da dem Unternehmer das langfristige Ausleihen (anders als der Beteiligungserwerb) fern liegt, und da sich immer begründen lassen wird, eine innerbetriebliche Investition (namentlich Forschung und Markterschließung) sei derart riskant, daß sich «nur» der Verlust von Selbstverdientem rechtfertige. – Eher kann man beim Betriebswirtschafter Verständnis für eine wirksame Kontrolle und eine realistische Betrachtung der Geheimhaltungsfrage suchen. Das Votum von Herrn Kollegen KÄFER darf als eindrucksvoller Beleg gelten; immerhin scheint bei ihm aktienrechtliches Denken bereits Resonanz gefunden zu haben.

Wie dem auch im einzelnen sei, scheint mir der Schluß berechtigt, das «Unternehmen als Leitbild» wirke «konkreter» (SCHLUEP) nur, wenn man es beim betriebswirtschaftlichen Wort nehme, dann jedoch gesellschaftsrechtlich unannehmbar; hingegen sei es nicht konkreter, wenn es im Sinne eines «Ausgleichsprinzips» anders gefaßt werden müßte. So oder so aber droht das Herausstreichen des Unter-

nehmensschutzes, den nicht näher Eingeweihten durch Vorspiegelung eines privatrechtlich inexistenten Interessenträgers irre zu leiten (vgl. auch KÄFER).

Über alle Differenzen hinweg darf abschließend festgestellt werden, daß sich der Referent mit Herrn Kollegen SCHLUEP – er möge ebenfalls eine kleine Rezeption erlauben – auf das Ausgleichsprinzip «Verbesserung des Minderheitenschutzes» zu einigen vermag und damit der Einklang mit dem welschen Referat und vielen Votanten hergestellt ist (BÜRGI, HUG, PATRY, JUNOD, REICHWEIN, THOMANN). Manch ein «Praktiker» wird es zwar für bezeichnend halten, daß sich darunter sämtliche «Professoren» finden, welche zu entsprechenden Themen überhaupt das Wort ergriffen haben, doch der Referent findet diese Einigkeit bemerkenswert.

Conclusions de Me ALAIN HIRSCH:

Nos débats ont assez bien montré, nous semble-t-il, quelles sont les questions qui sont controversées et dans quels domaines, au contraire, un accord général est possible.

Le problème des *réserves latentes* est certainement le plus important et le plus controversé des «problèmes actuels du droit de la société anonyme». Il faut nécessairement le résoudre avant d'aborder toute autre question relative à l'information des actionnaires, à la présentation des comptes ou au rapport de gestion. De même, l'organisation de la société anonyme, les rapports des différents organes entre eux, dépendent de la solution qui sera adoptée à cet égard. Tant que ce problème n'est pas résolu, toute discussion fondamentale sur la société anonyme nous semble vaine.

Comme le Professeur KÄFER, nous pensons que les principaux arguments invoqués en faveur des réserves latentes pourraient aussi bien être invoqués en faveur des réserves ouvertes. Croit-on sérieusement que les actionnaires, mis en face de leur responsabilité, refuseraient aux sociétés le financement dont elles ont besoin, alors qu'à l'heure actuelle ils

acceptent aveuglément toutes les propositions qui leur sont présentées? L'autofinancement serait-il sérieusement compromis si l'assemblée générale connaissait le bénéfice effectivement réalisé? Nous ne croyons d'ailleurs pas que le conseil d'administration devrait, dans ce cas, révéler à l'assemblée générale ses intentions précises pour l'utilisation des réserves dans l'avenir, comme le craint Monsieur KOBER. De nouveau, pourquoi l'actionnaire si docile aujourd'hui, deviendrait-il subitement hostile et méfiant, du seul fait qu'il comprendrait un peu mieux la situation de la société? Il y aurait tout au plus un effort d'éducation des actionnaires à accomplir en même temps que l'effort d'information.

Cette importante controverse au sujet des réserves latentes reflète les divergences qui existent sur le rôle de l'assemblée générale. En revanche, tout le monde admet volontiers qu'il faut renforcer *le rôle des contrôleurs*. Certes, certains ne l'admettent que comme un moindre mal, pour éviter une information plus complète de l'assemblée générale. Quoi qu'il en soit cependant, l'unité de doctrine qui se dégage en l'occurrence est assez frappante, quelle que soit la diversité des motifs qui peut l'inspirer. Cette question est donc mûre pour une réforme, qu'elle soit adoptée par le législateur ou librement acceptée par les intéressés.

Si chacun s'accorde à reconnaître que la réglementation actuelle *des bons de jouissance* est insuffisante, les opinions divergent quant au moyen de remédier à cette situation. Certains pensent qu'il faudrait prévoir une réglementation légale plus complète pour les bons de jouissance; d'autres, comme nous, proposent d'introduire l'action sans droit de vote pour remplacer les bons de participation émis à l'heure actuelle; d'autres enfin pensent que la pratique et la jurisprudence devraient permettre d'aboutir à une solution satisfaisante, sans qu'une modification de la loi soit immédiatement nécessaire.

* * *

Quant au *principe même d'une revision du droit de la société anonyme*, les opinions les plus diverses se sont exprimées. Les uns estiment qu'une telle revision est superflue et que notre droit actuel, dans l'ensemble satisfaisant, est assez souple pour permettre une évolution nécessaire de la pratique et de la jurisprudence. D'autres pensent que certaines revisions partielles sont possibles et indispensables. D'autres enfin affirment qu'il serait utopique de limiter la revision à certains aspects particuliers du droit de la société anonyme; ils proposent donc d'entreprendre sa revision générale, en soulignant que les travaux de revision dureront en tout cas de nombreuses années.

Pour inspirer l'orientation d'une revision générale de la loi, plusieurs orateurs ont insisté sur la nécessité de résoudre préalablement certaines questions fondamentales concernant le caractère et la structure d'une société anonyme moderne. Nous ne sommes pas sûr que ces questions plus générales soient en pratique les plus fondamentales. Ainsi, le conseil d'administration doit-il être remplacé par deux organes: un conseil de surveillance et une direction? Cette question théoriquement importante nous semble pratiquement secondaire. Par contre, l'introduction d'un droit à la représentation au conseil d'administration pour les minorités présente une importance capitale, du moins si les droits des administrateurs individuels sont précisés. Lorsqu'on voit l'importance qu'un simple alinéa (l'art. 663 al. 2 CO, consacré aux réserves latentes) a prise dans tout le droit des sociétés anonymes, on est amené à douter de la portée pratique d'une discussion générale sur la structure de la société anonyme. En d'autres termes, une discussion sur *quelques problèmes-clé* nous semblerait plus utile qu'une discussion sur les principes.

Une seule question nous semble devoir être tranchée au préalable: la société anonyme doit-elle être désormais réservée aux grandes entreprises ou doit-elle être également accessible, comme aujourd'hui, aux petites sociétés? La première solution entraînerait une foule de conséquences, d'ordre

juridique, fiscal et économique. Elle ne devrait être adoptée que si des arguments décisifs l'imposaient. En l'état, les arguments qui sont invoqués en sa faveur ne nous semblent pas justifier un tel bouleversement. Il n'en reste pas moins qu'une décision préalable sur ce principe serait indispensable.

Si les travaux de revision entrepris prochainement ne doivent vraiment aboutir que dans une quinzaine d'années (ce qui nous semble, malgré tout, un peu long), il convient certainement de les entreprendre sans tarder. Pendant ce temps les milieux intéressés auront toute latitude de rechercher et d'appliquer des solutions librement consenties. Si ces solutions donnent satisfaction, le législateur sera évidemment tenté de les confirmer plutôt que de les bouleverser. Ainsi, les travaux relatifs à une revision générale du droit des sociétés anonymes pourraient être entrepris parallèlement aux efforts accomplis par l'économie privée, dans le cadre du droit actuel, pour résoudre les «problèmes actuels du droit de la société anonyme».

*

Après avoir remercié les organisateurs du congrès, les rapporteurs et les orateurs, ainsi que les journalistes présents, le président clôt à 12 h 45 les débats de la 100e assemblée de la Société suisse des juristes.

XII.

Le samedi soir, les congressistes participèrent, au Casino de Zoug, à un banquet au cours duquel M. le conseiller fédéral von Moos, M. le landamman Hürlimann et le président prirent la parole.