

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: 87 (1968)

Rubrik: Protokoll der 102. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 31.03.2026

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

PROTOKOLL
DER 102. JAHRESVERSAMMLUNG DES
SCHWEIZERISCHEN JURISTENVEREINS

vom 20., 21., 22. September 1968
in Solothurn

SITZUNG VOM SAMSTAG 21. SEPTEMBER 1968
IM LANDHAUSSAAL

Präsident:
Prof. Dr. HANS MERZ, Muri

I.

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 8.30 Uhr mit folgenden Worten:

Mehr als 400 Teilnehmer haben sich zu dieser 102. Jahresversammlung in Solothurn angemeldet. Ob das wissenschaftliche Interesse an den Verhandlungsgegenständen sie bewegt oder ob sie ganz einfach den kollegialen, freundschaftlichen Kontakt suchen, sie sind unsern Solothurner Gastgebern, für die ich hier stellvertretend spreche, in gleicher Weise willkommen. Beides erfüllt ja den Vereinszweck: die Pflege der Rechtswissenschaft und die Begründung und Erhaltung freundschaftlicher Beziehungen unter den Schweizer Juristen. Unser besonderer Gruß – und hier spreche ich nicht nur für die Gastgeber, sondern auch und vor allem für den Verein – gilt unsern Ehrengästen: vorab dem Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Herrn Bundesrat von Moos, und den Präsi-

denten der obersten Gerichte, Herrn Bundesgerichtspräsident Panchaud, flankiert von den beiden Solothurner Bundesrichtern Häfliger und Kämpfer, und Herrn Bundesversicherungsgerichtspräsident Boner; sodann den Behörden des Standes Solothurn, Landammann Dr. Jeger, Vorsteher des kantonalen Justizdepartementes, Vizelandammann Dr. Erzer, Obergerichtspräsident Dr. Pfluger, den Vertretern der Bürgergemeinde und der Einwohnergemeinde und dem Präsidenten des Solothurnischen Juristenvereins, alt Obrichter Dr. Wüthrich. Als Gast aus den Nachbarstaaten hat Professor Ernst von Caemmerer unserer Einladung Folge geleistet. Wir freuen uns über die Anwesenheit des Präsidenten der deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung und besonderen Kenners des Obligationen- und Gesellschaftsrechts, der in Freiburg im Breisgau der Schweiz und den Schweizer Juristen auch örtlich nahe verbunden ist, und bedauern nur, daß die ebenfalls eingeladenen Gelehrten aus Frankreich und Italien unvorhergesehener Umstände halber auf die Teilnahme verzichten mußten.

Mit der Gruppe der Ehrengäste möchte ich auch die Delegationen der oberen kantonalen Gerichte, die wir traditionsgemäß eigens eingeladen haben, herzlich willkommen heißen. Nach einer üblichen, aber für das Recht besonders untauglichen Unterscheidung gehören sie zu den «Praktikern», die Professoren dagegen, zu denen ich mich zu zählen habe, zu den «Theoretikern», beides Bezeichnungen, denen man durch geeignete Betonung die gewünschte Bedeutung geben kann. In Tat und Wahrheit haben wir Juristen jedoch eine einheitliche Aufgabe, die Anwendung des Rechts, und wir lösen sie nach einheitlichen Methoden. Nur steht für den Richter die Fallentscheidung im Vordergrund, für die Doktrin dagegen die darin enthaltene generelle Norm, die es häufig erst zu entdecken und in den System- und Wertzusammenhang zu stellen gilt. Deshalb die Notwendigkeit eines ständigen Dialogs. Möchte er an unseren Juristentagen und vermehrt auch bei anderen Gelegenheiten offen, unbefangen und sachbezogen geführt werden.

Bevor ich zur Tagesordnung übergehe, habe ich als Sprecher aller Eingeladenen eine Dankespflicht zu erfüllen. Das Solothurner Organisationskomitee hat unter dem Vorsitz seines Präsidenten, Dr. Franz Hammer, keine Mühe gescheut, um diese Tagung umsichtig und sorgfältig vorzubereiten, nicht als eine eigentlich lästige Pflicht, die man nun einfach von Zeit zu Zeit übernehmen muß, sondern als eine freudig übernommene ehrenvolle Aufgabe. Möge dieser schöne Bürgersinn, der gerade in den überblickbaren Gemeinschaften von der Art und der Größe Solothurns in eindrucksvoller Weise hochgehalten wird, in unserem herzlichen Dank und in dem Gefühl freundeidgenössischer Verbundenheit seine Anerkennung finden und die Kraft zur Dauer schöpfen.

II.

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung als Sekretäre und zugleich Stimmenzähler:

Herrn Dr. JOSEF ACKERMANN, Sekretär der kantonalen
Rekurskommission, Solothurn, und
Herrn PIERRE NOEL, Bundesgerichtssekretär, Lausanne.

III.

Der Präsident legt seinen Bericht über das vergangene Geschäftsjahr (1967–1968) vor:

A. Wenn ich mich in meinem Jahresbericht vorerst auf die eigentliche Vereinstätigkeit beschränke, so habe ich Ihnen über die Bewegung im Mitgliederbestand und über einige Angelegenheiten, die den Vorstand oder auch nur den Präsidenten beschäftigten, Bescheid zu geben.

1. Im Laufe des Berichtsjahres haben wir 77 neue Mitglieder gewonnen. Diesen Eintrittten stehen 15 Demissionen und 31 Todesfälle gegenüber, so daß die Gesamtzahl der Mitglieder um 31 auf 2432 gestiegen ist.

Dem Verein sind beigetreten:

Zürich

Werner Bantli, Obergerichter, Zürich
Dr. Ernst Bösiger, Obergerichter, Urdorf
Dr. Frank Heyden, Rechtsanwalt, Kilchberg
Dr. Raoul Imseng, iur. Mitarbeiter der Allg. Treuhand AG Zürich,
Adliswil
Dr. Alfred Keller, Rechtsanwalt, Subdirektor der Winterthur-
Unfall, Winterthur
Dr. Max Koller, Staatsanwalt, Zürich
Dr. Gerold Lüthy, Staatsanwalt, Zürich
Dr. Verena Marty, Vorsteherin Abt. Frauenberufe, Gewerbeschule
Zürich
Dr. Eduard Ott, Rechtsanwalt, Kilchberg
Dr. Jörg Rappold, Rechtsanwalt, Zürich
Hansjörg Rasch, Anwaltssubstitut, Glatthbrugg
Hans H. Schmid, Mitarbeiter in Anwaltspraxis, Zürich
Dr. Benno Schulthess, Rechtsanwalt, Zürich
Jean-Rodolphe Spahr, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Jakob Stamm, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Raoul Ernst Widmer, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Hans Gerold Wirz, Bankprokurist, Stäfa

Bern

Danielle Angel, Dr en droit, juriste au Département fédéral de
justice et police, Berne
Dr. Diego Balmelli, funzionario federale, Bern
Dr. Felix Endtner, eidg. Beamter, Wabern-Bern
Dr. Christoph von Greyerz, Fürsprecher, iur. Mitarbeiter der
Allg. Treuhand AG Bern
Dr. Heinz Hausheer, Fürsprecher, Assistent an der Universität Bern
Blaise Junod, avocat, Berne
Dorette Lador, lic. en droit, La Neuveville
Dr. Urs Neuenschwander, Vizedirektor der Allg. Treuhand AG Bern
Pierre Widmer, Fürsprecher, Bern

Uri

Walter A. Stoeckli, Rechtsanwalt, Erstfeld

Fribourg

Augustin Macheret, avocat, Fribourg
Pierre Tercier, lic. en droit, Fribourg
Pierre Kaeser, lic. en droit, Grangeneuve

Solothurn

Dr. Josef Ackermann, Fürsprecher und Notar, Sekretär der
kantonalen Rekurskommission, Solothurn
Bruno Peier, lic.iur., Lostorf

Basel-Stadt

Dr. Jean-Nicolas Druey, Advokat, Basel
Adolf Hasler, lic. iur., Jurist, Basel
Etienne Nebel, lic. en droit et sciences commerciales, Basel
Jenny-Salomé Paravicini, lic. iur., Basel
Dr. Fritz Rapp, Advokat, Basel
René A. Rhinow, lic. iur., Universitätsassistent, Basel
Dr. Wolfgang Wackernagel, Advokat, Archivar am Staatsarchiv
Basel-Stadt, Basel

Baselland

Jean-Luc Nordmann, lic. iur., Arlesheim
Dr. Karl Zeltner, Regierungsrat, Arlesheim

St. Gallen

Dr. rer. publ. Gueng, Verwaltungsgerichtsschreiber, St. Gallen
Dr. Remigius Kuchler, Rechtsanwalt, Hochschulassistent,
St. Gallen

Graubünden

Dr. Casper Vonmoos, Bezirksgerichtspräsident, St. Moritz

Aargau

Dr. Andreas Max Hemmeler, Fürsprecher, Brugg
Dr. Isabell Mahrer, Gerichtsschreiberin am Bezirksgericht Baden,
Rheinfelden

Ticino

Fabio Delcò, Vicecancelliere del Tribunale amministrativo, Lugano
Flavio Cometta, lic. en droit, Chiasso
Emilio Riva, Dott. in legge, avvocato e notaio, Giudice del
Tribunale appello del Cantone Ticino, Lugano-Besso
Ulisse Sutter, avvocato, Locarno

Vaud

Dr. Jean W. Brack, Lausanne
François Carrard, Dr en droit, avocat, Lausanne
Olivier Etienne, Dr en droit, Lausanne
Virgilio Grignoli, lic. iur., Lausanne

Georges Wilhelm, Dr en droit, Adjoint à l'Administration vaudoise
des impôts, Lausanne

Georges Wagen, Dr en droit, juriste auprès de la maison
André Co. S.A., Lausanne

Valais

Dr. Dieter von Balthasar, Jurist der Staatskanzlei des Kantons
Wallis, Sitten

Claude Chappaz, avocat et notaire, Martigny

Jean-Yves Fumeaux, lic. en droit, Sion

Jean-Claude Lugon, avocat et notaire, Sion

Bernard Mayor, lic. en droit, Sion

Jean-Luc Spahr, avocat et notaire, Sion

Neuchâtel

Philippe Bois, lic. en droit, La Chaux-de-Fonds

Daniel Jeanneret, lic. en droit, St-Blaise

Bernard Schneider, lic. en droit, Corcelles

Genève

Georges Borgeaud, lic. en droit, Genève

Didier Brosset, lic. en droit, Genève

Gion Clopath, lic. en droit, Genève

Jean-Jacques Fivaz, lic. en droit, Genève

Claude Frieden, avocat, Genève

Roger Mock, avocat, Genève

Raoul Oberson, Dr. en droit, avocat, Genève

Jean-François Perrin, avocat, Genève

Anne Sauvain, lic. en droit, assistante au Centre d'études
juridiques européennes, Genève

Edgar Volpé, avocat, Genève

François Wille, avocat, Genève

Ausland

Max Wehrli, lic. iur., Tübingen

Ihren Austritt haben erklärt:

1. Dr. Adolfo Bader, Lugano
2. Fritz Baumann, alt Obergerichter, Aarau
3. Gaston Beuret-Moser, avocat, Neuchâtel
4. Dr. Hans Büchler, Hünibach/Thun
5. Philippe Freymond, notaire, Lausanne

6. Leo Friberg, Rechtsanwalt, Danis
7. Dr. Willy Gschwend, Wädenswil
8. Marianne Läubin-Lindegger, Winterthur
9. Albert Maire, Le Locle
10. F. Meier, Grasswil
11. Jacques Monnet, Genève
12. Gaston Muller, directeur, Lausanne
13. Dr. Charles Oser, Bern
14. Walter Reinhard, Notar, Bern
15. Dr. Chr. Walser, Basel

Seit dem letzten Juristentag hat der Verein durch den Tod folgende Mitglieder verloren*:

PETER BADRUTT wurde 1889 geboren. Seine Studien, die ihn nach Leipzig und München führten, schloß er 1916 mit dem Doktorat in Bern ab. In seinem Heimatkanton Graubünden wurde er zuerst Sekretär des Justizdepartementes, um dann seit 1921 eine eigene Anwaltspraxis zu führen, bis 1934 in Arosa und seither in Chur. Gerichte und Klienten schätzten ihn als ruhigen, unentwegten Kämpfer für das Recht mit hohem Berufsethos. Er war während einiger Jahre Redaktor der Bündnerischen Gerichts- und Verwaltungspraxis und langjähriger Präsident des Bündnerischen Anwaltsverbandes. Einer weiteren Öffentlichkeit diente er als Kreisrichter, Bezirksrichter und Großrat. Er starb am 15. April 1968. Dem Juristenverein trat er 1922 bei.

Der 1900 in Burgdorf geborene HANS BEER studierte die Rechte in Leipzig und Bern, wo er zum Dr. iur. promovierte und das Fürsprecherpatent erwarb. Er eröffnete in Bern ein eigenes Anwaltsbüro. Seine Praxis hatte einen ausgesprochenen konsiliarischen, nicht einen forensischen Charakter. Er war ständiger Berater verschiedener größerer Unternehmungen, vor allem solcher der Straßenbaubranche. Der Öffentlichkeit diente er als langjähriges Mitglied und als Präsident des Kirchgemeinderates der Heiliggeistkirche; er war auch Präsident des kantonalen Vereins für freies Christentum. Schon in der Studentenzeit eifriger Sänger, trat er dem Berner

* Der Präsident beschränkte sich auf die Bekanntgabe der Namen der Verstorbenen, hob aber die Tätigkeit einiger Mitglieder hervor, die dem Verein durch ihr Wirken in der Öffentlichkeit und auf andere Weise besonders verbunden waren: Giuseppe Lepori, Emile Ems, Jakob Eugster, Hans Schmid, Hans Peter Zschokke.

Männerchor bei, den er einige Jahre leitete, und wurde in den Vorstand des Eidgenössischen Sängervereins berufen. Er starb am 22. August 1967. Mitglied des Juristenvereins war er seit 1935.

WILLIAM E. BELSER, gebürtiger St. Galler, 1901 in Argentinien geboren, verbrachte seine Mittelschul- und Universitätsjahre in Genf. Nach Abschluß seiner Studien war er zuerst in der Advokatur tätig, um 1929 in den Dienst der Schweizerischen Rückversicherungsgesellschaft zu treten, deren Stellvertretender Direktor er 1949 wurde. Er unternahm für seine Firma ausgedehnte Reisen, vor allem in den Fernen Osten, wobei sich sein großes Einfühlungsvermögen in fremde Wesensarten auszuwirken vermochte. Im letzten Jahrzehnt seines Lebens widmete der am 23. Juli 1968 Verstorbene seine ganze Arbeit dem Aufbau und der Leitung des auf Initiative des «Comité Européen des Assurances» geschaffenen «Centre d'études du risque atomique». In seiner Funktion als Experte verschiedener internationaler Organisationen, so der Euratom, der OECD und als Berater der Internationalen Atomenergiebehörde wirkte er maßgebend mit bei der Gestaltung von internationalen Übereinkommen auf dem Gebiet der Nuklearenergie wie auch bei der Schaffung nationaler Atomgesetze. Er hat sich insbesondere durch seine Verdienste um die Versicherbarkeit des Atomrisikos in der Assekuranz und in der Atomwirtschaft ein dauerndes Andenken erworben. Mir wird der Verstorbene zudem als begeisterter Artillerist und begeisterter Vorgesetzter, zuletzt Artilleriechef einer Division, in Erinnerung bleiben. Dem Juristenverein ist er 1962 beigetreten.

PIERRE BOVEN, geboren 1886, promovierte 1912 in Lausanne zum lic.iur., 1913 zum Dr.iur. und bestand 1915 das Anwalts-examen. Die berufliche Laufbahn führte ihn in die Staatsanwaltschaft. Von 1932 bis 1951 war er Generalprokurator des Kantons Waadt. Im Ersten und im Zweiten Weltkrieg hatte er sich neben den Aufgaben seines Hauptberufs mit kriegswirtschaftlichen Fragen zu befassen, als außerordentlicher Untersuchungsrichter und von 1939 bis 1955 als Mitglied des obersten kriegswirtschaftlichen Gerichtes. Diesem Tätigkeitsbereich entspringt eine strafrechtliche Studie über den «Prix normal». Seine Interessen reichten aber weit über Jurisprudenz und Nationalökonomie hinaus. Schüler des in Lausanne lehrenden italienischen Sozialökonomen Vilfredo Pareto, übersetzte er dessen «Traité de sociologie générale». Er war ein großer Naturfreund, der sich wissenschaftlich als anerkannter Ornithologe und Mykologe, praktisch als Vorstandsmitglied des Schweizerischen Naturschutzbundes, als naturkundlicher Zeichner und Schriftsteller betätigte. Die reiche Persönlichkeit des am 28. Februar 1968 Ver-

storbenen, der seit 1919 dem Juristenverein angehörte, hinterläßt ein bleibendes Andenken.

HANS BRIGGEN, geboren 1901, wandte sich zuerst der Nationalökonomie zu und schloß das Studium 1928 mit dem Doktorexamen ab. Anschließend studierte er in Bern Jurisprudenz und bestand als lic.iur. der Universität Bern die basellandschaftliche Anwaltsprüfung. 1934 eröffnete er in Liestal ein Anwaltsbüro, das er bis 1967, als ihn die Krankheit zum Aufhören zwang, mit großer Gründlichkeit und Sorgfalt führte. Nebenamtlich war er während 30 Jahren Sektionschef von Liestal. Dem Juristenverein ist der am 3. Februar 1968 Verstorbene im Jahre 1944 beigetreten.

GOTTLIEB CORRODI, geboren 1899, promovierte 1922 an der Universität Zürich zum Dr.iur. und erwarb 1925 das zürcherische Anwaltspatent. Nach einigen Jahren praktischer Weiterbildung als Auditor am Bezirksgericht und als Anwaltssubstitut eröffnete er eine eigene Praxis, die er während Jahrzehnten bis zu seinem am 13. Februar 1968 erfolgten Tod als geschätzter und angesehener Rechtsanwalt führte. Dank seiner juristischen und organisatorischen Fähigkeiten wurde er in die Verwaltung verschiedener Wirtschaftsunternehmen berufen. Dem Juristenverein gehörte er seit 1928 an.

FABIO DELCÒ, geboren 1937, ist – kaum dem Juristenverein beigetreten – am 21. Januar 1968 einem Autounfall zum Opfer gefallen. Wie manche seiner Tessiner Landsleute studierte er die Rechte in Bern, wo der sympathische Student, der mit einem ersten Seminarpreis ausgezeichnet werden konnte, seinen Professoren noch in guter Erinnerung ist. Nach dem Lizentiatsexamen und bestandener Praxis erwarb er 1964 das Anwalts- und Notariatspatent. Bis Ende 1966 war er Jurist im kantonalen Baudepartement, seit 1967 bis zu seinem Tode Vizegerichtsschreiber des Tribunale di Appello in Lugano.

In der Person des im November 1967 verstorbenen EMILE EMS verliert der Juristenverein eines seiner ältesten und treuesten Mitglieder. Seit 1909, dem Beitrittsjahr des 1885 Geborenen, hat er nicht manche Jahresversammlung versäumt und sich auch recht häufig an der Diskussion beteiligt. Nach juristischen Studien in Freiburg, wo er zum Dr.iur. promovierte und das Anwaltspatent erwarb, nicht ohne das damals noch zur Tradition gehörende Auslandssemester in Heidelberg verbracht zu haben, trat er 1910 in die kantonale Verwaltung ein. 1914 übertrug der Freiburger Staatsrat dem zweisprachigen Juristen das Amt des Gerichtspräsidenten im Seebezirk, 1938 wählte ihn der Große Rat zum Mitglied des Kantons-

gerichts, das er dreimal präsiidierte. In Murten gehörte er dem Gemeinderat, in Freiburg dem Conseil général an. Seinen mannigfachen juristischen, historischen und volkshundlichen Interessen blieb der umgängliche Verstorbene auch nach seiner 1955 erfolgten Pensionierung treu.

Der 1882 geborene und am 23. September 1967 verstorbene JAKOB EUGSTER kam auf dem Umweg über die Veterinärmedizin, deren Studium er mit dem Erwerb des Doktorhutes abschloß, zur Jurisprudenz. Er promovierte 1912 in Zürich zum Dr. iur. mit einer Dissertation über die Zuständigkeit der Militärgerichte, damit ein Gebiet berührend, dem auch alle seine späteren Publikationen und ein wesentlicher Teil seiner Lebensarbeit gewidmet waren. Schon der Aktivdienst des Ersten Weltkrieges führte ihn ins Armeeauditorat und zum Divisionsgericht 2, wo er als Auditor tätig war. Nachdem er die ganze Stufenleiter der Militärjustiz begangen hatte, bekleidete er von 1941 an während elf Jahren des Amt des Oberauditors der Armee und trug damit in schwerer Zeit eine große Verantwortung. Seine unbeirrbar Sachlichkeit machte ihn zum geschätzten Berater der zivilen Behörden wie der Armeeleitung in vielen und oft heiklen Fragen. Zur zivilen beruflichen Tätigkeit des Verstorbenen zurückkehrend, ist zu vermerken, daß er nach Erwerb des zürcherischen Anwaltpatentes nach einigen Jahren der freien Praxis im Jahre 1927 zum Staatsanwalt gewählt wurde, welches Amt er mit hoher Auszeichnung 20 Jahre lang ausübte, seit 1940 bis zu seinem Rücktritt in der Stellung des I. Staatsanwaltes. Neben der beruflichen Tätigkeit ging die politische einher. Der Verstorbene wurde als Mitglied der Freisinnigen Partei 1929 in den Kantonsrat gewählt, dem er bis 1943 angehörte und den er 1938/39 präsiidierte. Während dieser Zeit hat er als Präsident oder Mitglied wichtiger Kommissionen die Gesetzgebung des Kantons Zürich nachhaltig beeinflußt, so bei der Revision des Rechtspflegegesetzes und bei der Ausarbeitung des Gesetzes über den Rechtsanwaltsberuf und des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Strafgesetzbuch. Sein Anteil bei der Beratung des Medizinalgesetzes führte zu seiner Ernennung zum Ehrendoktor der Medizin. Eugster war Gründermmitglied, Präsident und Ehrenpräsident der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, deren Instruktionskurse er lange Jahre betreute. Dem Juristenverein ist er 1921 beigetreten; bis in die letzten Jahre gehörte er zu den regelmäßigen Besuchern der Jahresversammlungen.

ERNST GANZ, geboren 1895, studierte in Zürich, wo er zum Dr. iur. promovierte. Seine berufliche Laufbahn als Bankier führte ihn über verschiedene Stationen 1938 nach Bern, wohin er zum Direktor

der nach schwerer Krise sanierten Spar- und Leihkasse berufen wurde. Diese schwierige Aufgabe wurde zu seinem eigentlichen Lebenswerk, auf dessen Gelingen er 1963, als er eine bedeutende und blühende Lokalbank seinem Nachfolger übergab, mit Genugtuung zurückblicken durfte. Bis zu seinem Ableben im Januar 1968 war er Vizepräsident des Verwaltungsrates seiner Bank. Eine Reihe bernischer Wirtschaftsunternehmungen machten sich seine Fachkenntnis und Weitsicht zunutze, vor allem die Bergbahnen des Oberlandes. Bern ist dem kultivierten Zürcher weit über das Berufliche hinaus zur zweiten Heimat geworden. Dem Juristenverein gehörte er seit 1940 an.

Der 1878 geborene KARL HALTER studierte in Zürich, Lausanne, Berlin und Bern, wo er 1903 zum Dr.iur. promovierte. Nach kurzer Tätigkeit als Anwaltssubstitut wurde er 1905 Mitglied und Schreiber des Obergerichts des Kantons Thurgau. 1912 eröffnete er ein eigenes Anwaltsbüro. Von 1919 bis 1946 war er Stadtmann und damit Präsident des Gemeinderates von Frauenfeld, nachdem er schon seit 1905 als Gemeindeschreiber und seit 1910 als Ortsvorsteher nebenamtlich im Dienst seiner Wohngemeinde gestanden hatte. Im Obergericht saß er wiederum seit 1919 als Suppleant und von 1929 bis 1941 als nichtständiges Mitglied. Politisch wirkte der am 13. April 1968 Verstorbene als langjähriges Mitglied des Großen Rates des Kantons Thurgau. Dem Juristenverein gehörte er seit 1923 an.

Der 1902 geborene ADOLF HASLER schloß sein in Basel und Neuenburg absolviertes Studium im Jahre 1927 mit der Promotion zum Dr.iur. ab. Er erwarb das baselstädtische Anwaltspatent und trat nach verschiedenen Volontariaten und Auslandsaufenthalten 1933 in die Dienste der Basler Versicherungsgesellschaft gegen Feuerschaden. Er starb als deren Subdirektor am 8. November 1967. Er war Vorstandsmitglied der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungsrecht. Dem Juristenverein gehörte er seit 1945 an.

PAUL KAUFMANN starb 1967 in seinem 78. Lebensjahr. Auf dem väterlichen Hof in Wil aufgewachsen, studierte er in Genf, Paris und Bern, wo er zum Dr.iur. promovierte. 1917 eröffnete er in Lichtensteig sein Anwaltsbüro und erwarb sich bald das Vertrauen der toggenburgischen Bevölkerung. Er war Mitglied des Kantonsrates, des St. Galler Kassationsgerichtes und der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte. Mitglied des Juristenvereins wurde er im Jahre 1933.

Geboren 1888 in Mitlödi (Kanton Glarus), studierte FRITZ KIND in Zürich, Berlin, München und Bern die Rechte. Nach der 1913 in Bern auf Grund einer militärrechtlichen Dissertation erfolgten Pro-

motion und nach dem Erwerb des St. Galler Anwaltspatentes war er einige Jahre als Gerichts- und Anwaltssubstitut sowie in der Bundesverwaltung tätig. 1920 trat er dann in die neugegründete Rechtsabteilung des Zürcher Sitzes der Schweizerischen Treuhandgesellschaft ein, die er von 1929 bis 1956 als Direktor leitete. Die ihm in dieser Stellung übertragenen verantwortungsvollen Aufgaben zum Schutze bedrohter Vermögenswerte führten ihn auch in den Kriegsjahren, in welchen er außerdem seiner Wohngemeinde Oberrieden als Gemeindepräsident vorstand, oft zu schwierigen Reisen ins Ausland. Mit dem ihm selbstverständlichen Pflichtbewußtsein diente der am 3. November 1967 Verstorbene in der Infanterie, zuletzt als Oberstleutnant. Dem Juristenverein ist er 1939 beigetreten; er war ein regelmäßiger Besucher unserer Jahresversammlungen.

GIUSEPPE LEPORI, im Jahre 1902 in Massagno bei Lugano geboren, Mitglied unseres Vereins seit 1941, studierte in München und Freiburg die Rechtswissenschaften. Nach dem Lizentiat in Freiburg, das ihm später den Ehrendoktor verlieh, bestand er das Tessiner Anwaltsexamen, betrat aber vorerst als Redaktor und Großrat die politische Laufbahn. 1935 verließ er die Redaktion von «Popolo e Libertà», um in Bellinzona eine Anwaltspraxis zu eröffnen. Die Politik ließ ihn aber nicht los. 1940 trat er die Nachfolge des zum Bundesrat gewählten Enrico Celio im Staatsrat an, wo er vorerst das Erziehungs- und Polizeiwesen, später Polizei, Justiz und Inneres leitete. In einer denkwürdigen Sitzung der Bundesversammlung erfolgte am 16. Dezember 1954 seine Wahl zum Bundesrat. Er übernahm das Post- und Eisenbahndepartement, wo eine Fülle heikler Fragen zu betreuen waren, von denen hier nur das neue Eisenbahngesetz, das neue Organisationsgesetz der PTT und nicht zuletzt die Probleme des Fernsehens erwähnt seien. Nach nur fünfjährigem Wirken, am Vorabend der Wahl zum Bundespräsidenten, mußte er eines Schlaganfalls wegen die Landesregierung verlassen. Er erholte sich einigermaßen, so daß er an der Universität Freiburg einen Lehrauftrag in italienischer Sprache zu erfüllen vermochte. Er verlegte dann aber doch seinen Wohnsitz zurück in den Tessin, wo er, wie schon in jungen Jahren, wiederum schriftstellerisch tätig war, aber auch noch das Präsidium der kantonalen Kommission für die Totalrevision der Bundesverfassung übernahm. Der Tod ereilte ihn am 6. September 1968 in der Toscana, in einer alten Kulturlandschaft, die seiner Geistigkeit, seiner umfassenden Bildung und seiner vom Humanismus geprägten Lebenswürdigkeit vollkommen entsprach.

Der 1909 geborene PIERRE MALLET, Mitglied des Juristenvereins seit 1938, war Notar in Genf. Berufliche Tüchtigkeit und innere Unabhängigkeit erwarben ihm das Vertrauen seiner Klienten und seiner

Kollegen. Er war Mitglied der Genfer Notariatskammer, die er während zweier Jahre mit Auszeichnung präsidierte. Junggeselle geblieben, fand er seine Erholung in der Lektüre, in der Gesellschaft seiner Freunde und im Reitsport. Der Tod durch Herzschlag erreichte ihn am 4. November 1967 anlässlich eines Ausrittes.

OTTO MARTHALER, geboren 1911, wurde 1938 zum Dr. iur. der Universität Zürich promoviert. Nach kürzerer Tätigkeit beim Bezirksgericht Horgen, als zürcherischer Steuerkommissar und als Sachbearbeiter im Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement erfolgte 1944 sein Eintritt ins Korps der Kantonspolizei Zürich. Nachdem er einige Zeit der kriegswirtschaftlichen Abteilung vorgestanden hatte, wurde er zum Chef des kantonalen Nachrichtendienstes ernannt. Der Verantwortung und den hohen Ansprüchen dieser Stellung wurde er in vollem Umfang gerecht. Eine schwere Krankheit zwang ihn 1964 zu vorzeitiger Pensionierung; am 23. März 1968 ist er ihr erlegen. Im Militär bekleidete er als Oberstleutnant der Justiz das Amt eines Großrichters. Dem Juristenverein ist er 1945 beigetreten.

MORITZ MEYER, geboren 1883 in Luzern, gestorben 1968 in Arbon, studierte in Freiburg, Wien und Bern. Er war von 1909 bis zu seinem Tode Rechtsanwalt in Arbon, daneben Ersatzrichter der thurgauischen Kriminalkammer, Aktuar des thurgauischen Versicherungsgerichts, Amtsvormund seines Bezirks und langjähriges Vorstandsmitglied des thurgauischen Anwaltsverbandes. Seiner politischen Gemeinde diente er von 1917 bis 1946 als Mitglied der Ortsverwaltung, der kunstinteressierten Öffentlichkeit von 1934 bis 1963 als Präsident der Museumsgesellschaft Arbon. Der lebenswürdige Luzerner fühlte sich in der Ostschweiz rasch heimisch und war allgemein geachtet und hoch angesehen. Dem Juristenverein gehörte er seit 1948 an.

OTTO EMIL MÜLLER, geboren 1909, schloß sein Rechtsstudium 1933 mit dem Zürcher Doktorexamen ab. Nach kürzerer Tätigkeit bei der kantonalen Oberrekurskommission trat er in den Dienst der Schweizerischen Unfallversicherungs-Gesellschaft in Winterthur, wo er, nach Weiterbildungsaufenthalten in Paris und London, die ganze Stufenleiter der geschäftlichen Hierarchie durchlief, bis ihm als Delegiertem der Winterthur Unfall und der Eidgenössischen Versicherungs-Aktiengesellschaft sowie als Verwaltungsrat der Winterthur Leben die Geschäftsleitung der ganzen Gruppe übertragen wurde. In dieser Eigenschaft gehörte er auch verschiedenen Gremien der nationalen und internationalen Assekuranz an. Seine Mitarbeiter und Untergebenen schätzten ihn als verständnisvollen Vorgesetz-

ten, der zwar viel verlangte, am meisten aber von sich selbst. Er starb am 11. September 1967. Unserm Verein gehörte er seit 1959 an.

Der 1897 geborene und am 31. Januar 1968 verstorbene WALTHER MÜLLER erwarb nach juristischen Studien in Bern im Jahre 1926 das zürcherische Anwaltspatent. Er eröffnete nach einigen Jahren der Tätigkeit als Anwaltssubstitut eine eigene Praxis und galt bald als spezieller Kenner des Handelsrechts und insbesondere des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts. Das Vertrauen seiner Klienten, deren Interessen er nachdrücklich zu vertreten wußte, berief ihn in die Verwaltungen bedeutender Wirtschaftsunternehmen. Dem Juristenverein ist er 1934 beigetreten.

Der 1893 geborene GUIDO PETITPIERRE, Nachkomme des Gründers der Firma Suchard, trat nach seinen juristischen Studien in den Dienst dieser Gesellschaft. Er durchlief alle Stufen ihrer Hierarchie und wurde 1936 Präsident des Verwaltungsrates der Suchard Holding SA, ein Amt, das er bis 1961 innehatte und mit großer natürlicher Autorität ausübte. Er war Mitglied einer großen Zahl nationaler und internationaler Organisationen, wie der Chambre Vaudoise du Commerce et de l'Industrie, der Internationalen Handelskammer, der Direktion der Zentrale für Handelsförderung, des Verwaltungsrates des Comptoir Suisse und der Union des Fabricants pour la Protection Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique, überall beliebt und geachtet, sowohl seiner Aufgeschlossenheit als auch seiner Erfahrung und Arbeitskraft wegen. Dem Juristenverein gehörte er seit 1926 an. Er starb am 3. Dezember 1967.

Der 1892 geborene und im Mai 1968 verstorbene EMILIO RAVA besuchte die Mittelschule in Lugano und studierte hierauf in Lausanne und Pisa die Rechte. Nach bestandenen Doktorexamen etablierte er sich als Anwalt und Notar in Lugano. Er wurde Mitglied und später Präsident der kantonalen Steuerrekurskommission und Suppleant am Appellationsgericht. Das Vertrauen seiner Mitbürger führte ihn in den Großen Rat und in das Amt des Sindaco der Gemeinde Viganello, die ihn zum Ehrenbürger ernannte. Über Jurisprudenz und Politik hinaus galten seine Interessen insbesondere auch der Literatur. Ein Verlagsunternehmen, dem er nahestand, errichtete zu seinen Ehren ein Stipendium für Studenten der philosophisch-historischen Fakultät. Dem Juristenverein war Dr. Rava 1927 beigetreten.

Der 1910 in Lausanne geborene PIERRE RENOLD besuchte die Mittelschulen seines Heimatkantons Aargau. Nach Studien in Lausanne und Zürich, die von Auslandsaufenthalten in London, Florenz

und Den Haag unterbrochen wurden, bestand er 1934 das Anwalts-examen und promovierte 1937 zum Dr. iur. Er bekleidete gehobene Stellungen in schweizerischen Industrieunternehmen und in der Assekuranz. Dem Versicherungswesen blieb er auch verbunden, als er in Baden eine eigene Anwaltspraxis eröffnet hatte, die er bis zu seinem am 7. Juni 1968 völlig unerwartet ereilenden Tod erfolgreich betrieb. Er war Mitglied des Juristenvereins seit 1941 und ein treuer Besucher der Jahresversammlungen.

Der im Jahre 1901 in Luzern geborene ALBERT RIEDWEG erwarb seinen Doktorhut in Leipzig und bestand hierauf das luzernische Staatsexamen. Nach längeren Aufenthalten in England und Italien trat er 1928 in das Büro des späteren Regierungsrates Arnold Ott ein und blieb nun bis zu seinem Tode Fürsprecher in Luzern. Sein scharfer Verstand, seine Sprachkenntnisse und seine Entschlossenheit in der Wahrung der ihm anvertrauten Interessen machten ihn zum gesuchten Anwalt und zum Berater bedeutender Unternehmen. Als Mitglied der Schweizer Gruppe der International Law Association, deren Präsidium er später übernahm, organisierte er 1952 mit großem Erfolg den Luzerner Kongreß dieser weltumspannenden Vereinigung. Er erwarb sich in ihren Kreisen den Ruf eines ausgezeichneten Kenners des internationalen Wirtschaftsrechts. Witz, gute Laune und Schlagfertigkeit, gepaart mit lebenswürdigem Takt, machten ihn zum geschätzten Kollegen und überall gern gesehenen Gesellschafter. Er erlag am 5. September 1968 einem Herzleiden. Dem Juristenverein war er 1946 beigetreten.

HANS RINIKER, geboren 1896, studierte in Leipzig, Heidelberg und Bern, wo er zum Dr. iur. promovierte, um hierauf das aargauische Fürsprecherpatent zu erwerben. Während mehr als 40 Jahren war er Stadtschreiber und Zivilstandsbeamter von Brugg. In dieser äußerlich bescheidenen Stellung erwarb er sich die hohe Wertschätzung seiner Mitbürger, was in seinem Wirken in zahlreichen kommunalen und kantonalen Kommissionen, vor allem im Schulwesen und im gemeinnützigen Bereich, seinen Ausdruck fand. Besondere Verdienste erwarb er sich mit dem Ausbau des Heimatmuseums Brugg. Als großer Kenner des Zivilstandswesens redigierte er lange Jahre die schweizerische Fachzeitschrift dieses Gebiets; er war auch Mitglied der Expertenkommission für die Schaffung der neuen eidgenössischen Zivilstandsverordnung. Mitglied des Juristenvereins war er seit 1932. Er starb am 29. November 1967.

HEMANN W. RITZMANN, 1903 in Basel geboren, war einer der frühen echten Werkstudenten. Er promovierte in Basel zum Dr. iur. und eröffnete dann nach Erwerb des Anwaltspatentes in Lugano

seine Praxis, die er in zwanzigjähriger Tätigkeit zu großem Erfolg brachte. Nach dem Hinschied des Tessiner Kollegen, mit dem er in Bürogemeinschaft gestanden war, verlegte er seine berufliche Tätigkeit nach Basel, wo er den familiären Wohnsitz immer beibehalten hatte. Er übernahm die Aufsicht über ein Finanzierungsinstitut und arbeitete nun vorwiegend als Berater und Organisator kommerzieller Unternehmungen. In dieser Eigenschaft gewann er wiederum das Vertrauen seiner Klienten. Dem Juristenverein ist der am 25. April 1968 Abberufene im Jahre 1960 beigetreten.

HANS SCHMID, geboren 1886, bestand 1909 das juristische Doktorexamen in Zürich. Seine berufliche Laufbahn führte ihn zuerst in die Gerichtsschreibereien der Bezirksgerichte Hinwil und Zürich. Von 1919 bis 1929 war er Obergerichtssekretär, dann bis 1938 Mitglied des Bezirksgerichtes Zürich, das ihn 1935 zum Vizepräsidenten ernannte, und schließlich bis zu seinem 1953 erfolgten Rücktritt Oberrichter, ab 1950 Vizepräsident und Vorsitzender der I. Zivilkammer, die sich hauptsächlich mit Ehesachen zu befassen hat. Hier kamen seine Gewissenhaftigkeit, seine hohe Auffassung vom Wesen der Ehe und sein menschliches Verständnis für die Nöte entzweiter Ehegatten zu voller Auswirkung. Daneben wirkte er neun Jahre lang in der Prüfungskommission für Rechtsanwaltskandidaten mit. Der am 21. November 1967 Verblichene bekundete stets ein reges wissenschaftliches Interesse. Davon zeugen verschiedene Aufsätze in früheren Jahrgängen der Schweizerischen Juristen-Zeitung, aber auch seine langjährige Mitgliedschaft im Vorstand des Zürcher Juristenvereins. Unserm Verein ist er 1911 beigetreten; er hat seither nur an wenigen Juristentagen gefehlt.

Im hohen Alter von mehr als 88 Jahren starb am 3. August 1968 in seiner Vaterstadt Basel MAX STAEHELIN. Nach *summa cum laude* bestandenem Doktorexamen war er zunächst in der Justizverwaltung tätig. Schon 1906 habilitierte er sich in Basel für römisches Recht. Seine ursprüngliche Absicht, sich ganz der akademischen Laufbahn zuzuwenden, wurde jedoch durchkreuzt. Er wurde 1907 Direktor der kurz vorher gegründeten Schweizerischen Treuhandgesellschaft, deren aktiver Geschäftsleitung er von 1910 bis 1928 vorstand. Die Lehrtätigkeit als Privatdozent mußte er deshalb bald aufgeben; er stellte sich aber später als Dozent für Buchführung und Bilanzrecht wiederum der Universität zur Verfügung und wurde 1930 zum Ehrendozenten ernannt. Das Ansehen und Vertrauen, das er sich durch seine Tätigkeit erwarb, führte ihn 1928 in das Präsidium des Schweizerischen Bankvereins. In den 31 Jahren seiner Tätigkeit als Präsident und später als Vizepräsident stellte er seine Gaben einer großen Zahl weiterer Unternehmen der Privatwirt-

schaft zur Verfügung, unter denen vor allem die Ciba zu nennen ist, die er von 1944 bis 1956 präsidierte. Nicht weniger war sein Rat gesucht und geschätzt in der Basler Handelskammer und in verschiedenen Gremien des Bundes, insbesondere im Verwaltungsrat der Schweizerischen Bundesbahnen und im Bankrat der Nationalbank. Dem baselstädtischen Gemeinwesen diente er neben der Universität auch sonst in mannigfacher Beziehung, so namentlich als Mitglied und Präsident der Inspektion des Humanistischen Gymnasiums und als Mitglied des Appellationsgerichtes. Dem Juristenverein ist er im Jahre 1905 beigetreten.

Im 88. Lebensjahr starb Dr. ROBERT SUTER, der Nestor der St. Galler Anwälte, deren Verband er früher präsidiert hatte. Nach Studien in Lausanne, München, Berlin und Bern wandte er sich sofort dem Anwaltsberuf zu. Er trat in das Büro von Ständerat Dr. Arthur Hoffmann ein und führte es nach dessen Wahl in den Bundesrat mit verschiedenen Kollegen und mit seinem Sohn weiter. Im öffentlichen Leben trat er vor allem als Präsident der Finanzkommission des Großen Rates hervor. Eine Reihe bedeutender wirtschaftlicher Unternehmen der Ostschweiz suchte seinen Rat. Eine erstaunliche geistige Frische ermöglichte ihm die Ausübung seines Berufes bis ins hohe Alter. Dem Juristenverein gehörte er seit 1912 an.

HANS WEYMUTH, 1904 in Winterthur geboren, promovierte 1931 in Zürich zum Dr. iur. Von 1930 bis zu seinem am 10. Januar 1968 erfolgten Hinschied war er Gerichtsschreiber des Bezirksgerichtes Dielsdorf. Sein besonderes Interesse galt der Beratung und Unterstützung der nebenamtlichen Funktionäre der Rechtspflege; Ausdruck des Dankes war seine Ernennung zum Ehrenmitglied des Friedensrichterverbandes und des Gemeindeammann-Verbandes seines Bezirks. Der Öffentlichkeit diente er von 1942 bis 1954 als Gemeindepräsident von Regensberg und während etlicher Jahre als Präsident des Verbandes der Gemeindepräsidenten des Kantons Zürich. Ferner widmete er sein Interesse und seine Kräfte verschiedenen kulturellen und fürsorglichen Institutionen des Zürcher Unterlandes und seiner Heimatgemeinde Winterthur. Dem Juristenverein gehörte er seit 1959 an.

Für HANS PETER ZSCHOKKE, 1899 in Basel geboren, wurde nach rasch und brillant absolviertem Studium die Tätigkeit bei der Firma J. R. Geigy AG Zentrum und Fundament seines alltäglichen Lebens; er durchlief dort alle Stufen der Hierarchie bis zum Vorsitzenden der Geschäftsleitung. Die bei der Bearbeitung der rechtlichen und geschäftspolitischen Probleme eines chemischen Weltunternehmens

gewonnenen Erkenntnisse machten ihn zum Spezialisten des nationalen und internationalen Wettbewerbs- und immateriellen Güterrechts. In diesem Gebiet war er auch außerhalb seiner hauptberuflichen Arbeit literarisch und praktisch tätig. Besonders hervorzuheben ist seine Mitarbeit in der Expertenkommission für ein schweizerisches Kartellgesetz und – nach dessen Inkrafttreten – in der Kartellkommission. Die ihm verliehene Ehrendozentur für Wirtschaftsrecht war eine sinnvolle Anerkennung seines wissenschaftlichen Strebens, wenn er sie auch nicht mehr ausüben vermochte. Unter den vielen Wirtschaftsorganisationen, deren leitenden Gremien er angehörte, sind die Basler Handelskammer, die Schweizerische Gesellschaft für Chemische Industrie und der Zentralverband Schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen zu erwähnen. Sein reges politisches Interesse und sein Bürgersinn führten ihn in schwerer Zeit an die Spitze der Neuen Helvetischen Gesellschaft, die unter seinem Präsidium (1935–1940) Wesentliches zur Bewußtwerdung des Schweizervolkes vor der Prüfung des Weltkrieges geleistet hat. Und von 1945 bis 1953 leitete er das Auslandschweizerwerk der NHG, dessen Grundlagen konsolidiert und dessen Verbindungen in alle Welt neu geknüpft werden mußten. Diesem Werk blieb er bis zu seinem Tod, der ihn auf dem Weg zu einer Sitzung des Solidaritätsfonds der Auslandschweizer am 26. Januar 1968 ereilte, eng verbunden. Der Verstorbene war ein regelmäßiger Besucher der Jahresversammlungen unseres Vereins, dem er 1927 beigetreten ist; viele von uns werden diese produktive und geistvolle Persönlichkeit schmerzlich vermissen.

2. Hauptaufgabe des Vorstandes ist seit jeher die Wahl der Verhandlungsgegenstände und der Referenten. Mein Vorgänger im Präsidium, Herr Bundesrichter Grisel, hat Ihnen schon letztes Jahr die Themen mitteilen können, die uns 1969 und 1970 beschäftigen werden.

Ich rufe nur kurz in Erinnerung, daß nächstes Jahr einer der Sitzungstage der Berichterstattung des Vorstandes und der Aussprache über den ihm anläßlich der Hauptversammlung des Jahres 1961 erteilten Auftrag gewidmet sein wird, «die Frage der Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes in der Schweiz weiterhin zu behandeln und zu fördern». Wir sind daran, die Dokumentation zusammenzustellen und zu bereinigen, die Ihnen im Frühjahr 1969 unterbreitet werden

soll: Der von Herrn Bundesrichter SCHWARTZ in Würdigung der Beschlüsse einer kleinen Expertenkommission ausgearbeitete Entwurf eines Vereinheitlichungsgesetzes, der keine Verfassungsrevision voraussetzt. Die von Herrn Oberrichter SCHAAD, Bern, verfaßten Grundlinien einer weitergehenden Vereinheitlichung. Ein Motivenbericht zum Entwurf SCHWARTZ, zugleich eine Grundlage für das Referat SCHAAD, aus der Feder von Herrn a. Bundesgerichtsschreiber BALMER. Ein Gutachten Professor EICHENBERGERS über verfassungsrechtliche Fragen. Schließlich eine Darstellung der Gerichtsorganisation der Kantone, ausgearbeitet von Herrn Bundesgerichtsschreiber GAUTHIER. Diese Unterlagen werden Ihnen gestatten, sich vor der Tagung schriftlich und am Juristentag mündlich zu äußern, so daß der Vorstand hierauf in der Lage sein wird, das ganze umfangreiche Dossier dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zu weiterer Veranlassung zu überreichen. Resolutionen sollen in dieser Sache nach einhelliger Meinung des Vorstandes nicht gefaßt werden. Sie sind am Platz, wenn es gilt, der von einer überwältigenden Mehrheit getragenen Auffassung des Vereins die nötige Resonanz in der Öffentlichkeit und bei den Behörden zu verschaffen. In umstrittenen Fragen soll aber in einem großen Verband, der immer nur einen Bruchteil der Mitglieder an seinen Tagungen erscheinen sieht, nur das Gewicht der Argumente, nicht ein Zufallsmehr entscheiden; damit entfällt auch jede Versuchung, Mehrheiten zu organisieren, was dem traditionellen Charakter unserer Tagungen in keiner Weise entsprechen würde.

Zweiter Verhandlungsgegenstand des nächsten Juristentages wird das hochaktuelle Thema des kooperativen Föderalismus sein, einer Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen und unter den Kantonen, die den Anforderungen der Zeit gewachsen ist. Nicht minder aktuell sind die Probleme unserer Wirtschaftsverfassung, mit denen wir uns 1970 befassen werden. Darüber hinaus liegen nur Pläne, aber noch keine verbindlichen Beschlüsse vor. An diskussionswürdigen Fragen mangelt es dieser Zeit stürmischer

Entwicklung ja nicht, und wir hoffen, auch immer wieder Referenten zu finden, die den Willen und die Kraft haben, sie sachlich auszuloten und damit der politischen Entscheidung die erforderliche klare Richtung zu geben.

3. Seit 1945 besteht die Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft. Der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins hat damals den Beitritt zu dieser Dachorganisation für alle Gebiete der Geisteswissenschaften nicht in Erwägung gezogen, weil in der Zielsetzung und in der Zusammensetzung noch manches unklar erschien. Heute hat sich die Geisteswissenschaftliche Gesellschaft konsolidiert. Sie fördert die Forschung und gilt als repräsentative Vertretung der Anliegen der angeschlossenen Gesellschaften bei den politischen Behörden. Ihr Vorstand hat deshalb nach eingehender Prüfung beschlossen, der Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft beizutreten. Die Autonomie des Vereins und seine Beziehungen zum Nationalfonds werden dadurch in keiner Weise beeinträchtigt, wohl aber entspricht dieser Schulterschuß den materiellen und ideellen Interessen beider Verbände.

4. Sie wissen aus früheren Berichterstattungen, daß die jährliche Ausschreibung von Preisaufgaben suspendiert werden mußte. Was eigentliche Ursache dieser bedauerlichen Abstinenz unserer jüngeren Juristen ist, steht dahin, vermutlich die sie ganz absorbierende wirtschaftliche Konjunktur, hoffentlich nicht die Meinung, die wissenschaftliche Laufbahn setze ohnehin in Zukunft keine wissenschaftliche Tätigkeit mehr voraus. An die Stelle der Preisarbeiten ist ein Forschungsauftrag mit dem Schwerpunkt im Gebiet der Rechtstatsachenforschung getreten. Der beauftragte junge Jurist, lic.iur. HEINZ KELLER, hat den Hauptteil seiner Arbeit über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeschlossen, mußte dann aber aus gesundheitlichen Gründen aussetzen. Es sollte möglich sein, das Ergebnis seiner Untersuchungen in absehbarer Zeit zu veröffentlichen.

5. Im November 1967 hat eine vom Bundesrat eingesetzte und unter dem Vorsitz von alt Bundesrat Professor WAHLEN stehende Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer allfälligen Totalrevision der Bundesverfassung vorerst den Kantonen, Universitäten und Parteien und hierauf weiteren interessierten Organisationen einen umfassenden Fragenkatalog zugestellt und sie um ihre Mitarbeit gebeten. Der Katalog ist auf eine zeitgemäße Anpassung unserer Institutionen ausgerichtet. Die eingehenden Antworten sollen der Arbeitsgruppe Wahlen die Erfüllung ihres Auftrages ermöglichen, der dahin geht, nach Abklärung der Frage, ob eine Totalrevision erwünscht und möglich sei, das Modell einer revidierten Bundesverfassung aufzustellen. Erst in einer zweiten Phase wäre von einer größeren Kommission ein eigentlicher Vorentwurf auszuarbeiten, der zu weiterer Behandlung an Bundesrat und Parlament zu gehen hätte.

Ob unsere Zeit zu grundsätzlicher Verfassungsgesetzgebung berufen sei oder nicht, ist eine umstrittene Frage. Auch wer geneigt ist, diese Berufung zu bezweifeln, wird die geplante Abklärung der von verschiedenster Seite vorgebrachten Revisionsbegehren als erwünscht, ja als dringlich ansehen. Kommt es nicht zur Totalrevision, so schafft sie Unterlagen für Partialrevisionen. Vor allem zwingt sie uns eine oft «verdrängte» Tatsache ins Bewußtsein – die in vielen Gebieten bestehende Kluft zwischen Verfassung und Wirklichkeit. Über Bedeutung und Größe der Aufgabe ist somit kein Wort zu verlieren, ebenso wenig über den Wunsch, den Juristen sei ein maßgebendes Mitspracherecht einzuräumen, was in der Phase der Vorbereitung auf wenig Schwierigkeiten stoßen dürfte, im Stadium der Beschlußfassung jedoch verlangt, daß der politisch tätige Jurist in seiner eigenen Brust die der Taktik und der Interessenwahrung verpflichtete Seele schweigen und die Rechtsgedanken zugängliche Seele reden lasse.

Es steht keineswegs im Widerspruch zu dem soeben Ausgeführten, daß eine Aussprache mit dem Präsidenten der

Arbeitsgruppe zu der übereinstimmenden Auffassung geführt hat, es sei nicht Sache des Juristenvereins, den Fragenkatalog als solchen zu bearbeiten und zu beantworten. Er leistet seinen Beitrag in anderer Weise. Wir haben ja seit jeher in unserer umfangreichen wissenschaftlichen Tätigkeit größtes Gewicht auf die Probleme der Weiterentwicklung des schweizerischen Rechts gelegt. Die Thematik der seit 1861 an unsern Jahresversammlungen erstatteten Referate läßt das deutlich erkennen. Ein erheblicher Teil der Arbeit war und ist dem Verfassungsrecht gewidmet. Radio- und Fernsehrecht, kooperativer Föderalismus, die schweizerische Wirtschaftsverfassung, diese heute, nächstes und übernächstes Jahr zu behandelnden Themen sind wichtige Teilgebiete des Katalogs, der uns auch als wertvoller Wegweiser für die Wahl der künftigen Verhandlungsgegenstände dienen kann. Es kommt dazu, daß wir die Arbeitsgruppe Wahlen beinahe als eine Kommission des Juristenvereins ansehen können. Der einzige Nichtjurist ist der hochverehrte ehemalige Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, der die Gruppe präsidiert. Fast alle Mitglieder gehören unserem Verein an. Der Vorstand wäre in größte Verlegenheit gekommen, hätte er versucht, eine Kommission mit der Ausarbeitung einer Antwort auf den Fragenkatalog zu beauftragen.

6. Mit persönlichen Ehrungen pflegt unser Verein eher zurückzuhalten. Wenn aber unsere Tagung ausgerechnet auf den 70. Geburtstag eines ehemaligen Präsidenten fällt, darffüglich eine Ausnahme gemacht werden. Heute feiert Herr alt Bundesgerichtspräsident WILHELM SCHÖNENBERGER dieses Fest. Das ist auch der Grund, weshalb der treue Besucher unserer Tagungen nicht unter uns weilt. Die wissenschaftliche Festgabe, die ihm seine Freunde, Kollegen und Schüler darbieten, wird durch eine Glückwunschadresse des Juristenvereins eingeleitet. So kann ich es hier bei der Wiederholung des Dankes und der herzlichen Wünsche, die wir dem Jubilar entbieten, bewenden lassen.

7. Noch manches wäre zu erwähnen, so etwa die Einladung Ihres Präsidenten an das fünfzigjährige Jubiläum der Société Genevoise de droit et de législation, der er mit großer Freude Folge geleistet hat, oder seine Teilnahme an der Besuchsreise einer kleinen Delegation von Schweizer Juristen, die unter der Führung von Herrn Bundesrat von Moos an verschiedene Stätten der Rechtspflege in Westdeutschland geführt und Gelegenheit zu fruchtbaren Aussprachen über gemeinsam interessierende Probleme geboten hat. Es ist aber Zeit, diesen Bericht über die Vereinstätigkeit abzuschließen.

Vorher soll ein Wort des Dankes an den Nationalfonds gerichtet werden, der seinen Beitrag an die Kosten der Drucklegung unserer Referate erhöht hat, was allerdings nicht verhindert, daß unsere Kasse angesichts der gestiegenen Druckkosten und auch angesichts der durch keine Wünsche um Mäßigung zu bändigenden Schreiblust unserer Referenten immer noch die weit überwiegende Hauptlast zu tragen hat.

Dank gebührt sodann Herrn Professor DESCHENAUX, der die Juristen im Forschungsrat des Nationalfonds vertritt und in dieser Eigenschaft eine große und manchmal recht mühsame Arbeit für uns alle leistet.

Danken möchte ich schließlich Herrn ERNST SIGNER, der unermüdlich und gewissenhaft das Mitgliederwesen betreut und insbesondere auch die Beiträge einzieht, keine geringe Aufgabe, wenn ich beifüge, daß dieses Jahr 514 Mitglieder, mehr als ein Fünftel des Gesamtbestandes, der im Februar verschickten Zahlungseinladung nicht nachgekommen sind. Dürfen wir auf eine Änderung zum Besseren und aufmerksameres Lesen unserer Zirkulare hoffen, weil wir unsern Beitrag gegen die Drucksachenschwemme durch eine Reglementierung der Verwendung unseres Adressenmaterials für Werbezwecke vorgenommen haben?

B. Ginge es nur um die Tätigkeit der statutarischen Organe im vergangenen Vereinsjahr, so wäre mein Rechenschaftsbericht zu Ende. Nun ist an unsern Tagungen von jeher in Übereinstimmung mit unserem ersten statutarischen Zweck der Blick über die gerade zur Behandlung stehenden Themen hinaus auf Ausbau der Gesetzgebung und Gestaltung der Rechtspflege in unserem Land, ja – wenn die Umstände es erforderten –, auf die Wahrung des Rechts schlechthin als nationale und zugleich universelle Aufgabe gerichtet worden.

Das Recht als universelle Aufgabe! Das mag dem einen wie blutiger Hohn in den Ohren tönen, dem andern wie der ferne, versunkene Glockenton einer unerfüllbaren Menschheitshoffnung. Wir alle stehen unter dem niederschmetternden Eindruck der brutalen Vergewaltigung der Tschechoslowakei durch das ihr angeblich brüderlich verbundene Sowjetrußland. Das beklemmende Gefühl der Hilflosigkeit schlägt uns die Stimme. Das darf gerade uns Juristen nicht hindern, die Ereignisse im richtigen Zusammenhang zu sehen und daraus gewisse Lehren zu ziehen.

Ein ausländischer Politiker in verantwortlicher Stellung hat den russischen Einmarsch als «Verkehrsunfall» bezeichnet. Wer so urteilt, hat über das Wesen des wahrhaft totalitären Staates nicht nachgedacht und hat die Geschichte der letzten vierzig Jahre vergessen. In der ununterbrochenen Kette gewalttätiger Auseinandersetzungen nehmen jene Akte der Machtpolitik eine besondere Stellung ein, die nicht ein begrenztes Ziel verfolgen, sondern die staatliche Unabhängigkeit des Opfers und die Freiheit seiner Bürger vollständig und dauernd aufzuheben beabsichtigen. Die Urheber dieser Akte lassen sich eindeutig identifizieren. Es waren vorerst das nationalsozialistische Deutschland und das faschistische Italien; ihre Opfer Albanien, Abessinien, Österreich, die Tschechoslowakei und schließlich Polen, der Auftakt zum zweiten Weltkrieg, zugleich nun der Anlaß für Sowjetrußland, mit dem verhaßten politischen Gegner zu paktieren, um freie Hand zu gewinnen für den Zugriff auf das gleiche unglückliche Polen, auf die baltischen Staaten,

auf Finnland. Und nach dem Zusammenbruch der Hitlerherrschaft die Degradierung der osteuropäischen Staaten und eines großen Teils Deutschlands zu Satelliten, die brutale Unterdrückung jeder noch so bescheidenen freiheitlichen Regung durch Maulkorb, Polizei, Gefängnis, Deportation und Exekution, wenn nötig auch durch Panzer, in Ostdeutschland 1953, in Ungarn 1956, in der Tschechoslowakei 1968.

Mit dieser Aufzählung, die uns mitmenschlich und staatspolitisch aufwühlt, ist eine Feststellung zu verbinden, die unsere Aufmerksamkeit als Juristen verdient. Dem nach außen gerichteten aggressiven Unterwerfungswillen entspricht die innere Struktur dieser Staaten. Einparteiensystem, Ausübung der Staatsgewalt durch eine kleine Führerschicht, völlige Manipulierung der öffentlichen Meinung, Unterdrückung des freien Wortes, weitgehende Ausschaltung aller Individualrechte, kurz, die Verneinung all dessen, was wir als Wesen des Rechtsstaates, des auf das Recht sich gründenden Staates ansehen, das sind die Merkmale eines totalen Herrschaftswillens, der sich durch niemand und nichts als durch die Furcht vor Gegenmacht von der Verfolgung seiner Ziele abhalten läßt. In der Ideologie solcher Machtsysteme liegt unweigerlich als letztes Ziel die Welt-herrschaft, nicht als friedliches Neben- und Miteinander, sondern ausgeübt in den wohlbekannten und durch die Entwicklung der technischen Machtmittel immer gefährlicheren Formen der totalen Diktatur und der erzwungenen Gleichschaltung. Es mag sich noch so vieles auch in den Beziehungen mit diesen Staaten befriedigend regeln lassen, es ist kein Verlaß, daß es dabei bleibe und daß nicht auf einmal ein anderes Gesetz gelte als dasjenige des Dschungels. Es ist da und dort üblich geworden, als «kalten Krieger» denjenigen zu bezeichnen, der auf diese deprimierende Situation hinweist. Die Verantwortung für kalten und für heißen Krieg trifft aber nicht den Betrachter. Sie trifft noch weniger denjenigen, dessen schüchterne Versuche zu größerer Freiheit und Rechtsstaatlichkeit ihn zum Opfer werden lassen. Sie

trifft einzig und allein denjenigen, dessen bald verborgener, bald manifester Machtanspruch das Selbstbestimmungsrecht des eigenen Volkes wie dasjenige der Nachbarn gefährdet und unterdrückt. Wie das wahre Gesicht des totalen Staates aussieht, daß sein Wesen unwandelbar auf Beherrschung aller Lebensbereiche gerichtet ist, das sollten wir nicht nur heute und morgen wissen, sondern auch nach Monaten und Jahren nicht vergessen haben.

Für uns ergibt sich zweierlei: Die unermüdliche Förderung aller Bestrebungen, die geeignet sind, auch in den internationalen Beziehungen dem Recht und der Menschlichkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Die ebenso unermüdliche Entwicklung und Festigung jener moralischen, geistigen und materiellen Werte und Kräfte, die uns befähigen, einer friedlichen Umwelt als aktives Glied anzugehören, jedoch auch in feindlicher Umwelt uns zu behaupten.

Damit ist das Stichwort für einen Blick auf unsere eigenen Verhältnisse gegeben. Auch die Schweiz ist von einer Unruhe ergriffen worden, die von den einen als heilsam, von den andern als heillos angesehen wird. Versuchen wir, uns ein unbefangenes Urteil zu bilden, so werden wir von der Selbstverständlichkeit auszugehen haben, daß Staat und Gesellschaft als lebendige Organismen in ständiger Bewegung und Entwicklung begriffen sind. Es gehört zum Lebenselement der rechtsstaatlichen Demokratie, daß alle ihre Glieder an der Auseinandersetzung um diese Entwicklung teilnehmen, daß sie lebhaft, ja mit leidenschaftlicher Anteilnahme geführt werde. Wer selber vieles zu verbessern sieht – und wer unter uns tut dies nicht! –, meint es bitterernst mit diesem Wunsch. Er nimmt auch ein Überborden in Kauf, wenn er schon der Meinung ist, jeder Kritiker sei nach Maßgabe seiner geistigen Fähigkeiten und charakterlichen Eigenschaften zu einer Leidenschaft der Sachlichkeit verpflichtet, die auf die Dauer so viel wirksamer ist als bloße Demagogie. Vorbild schien mir immer jene Geisteshaltung, die in der Bezeichnung der parlamentarischen Minderheit in England als «Her Majesty's Opposition» zum Ausdruck kommt. Darin

liegt nicht etwa eine versteckte Sympathie für monarchische Regierungsformen. Die Krone ist ja in England fast nur noch Symbol der nationalen Einheit, Verkörperung des Gefühls der Zusammengehörigkeit über alle Meinungsverschiedenheiten hinaus. Werden nicht auch unsere Auseinandersetzungen erst fruchtbar, wenn ihnen unausgesprochen das gemeinsame Bekenntnis zum Dauernden zugrunde liegt, zu einer Gemeinschaft, die durch den politischen Willen zusammengehalten wird, in Frieden, Freiheit und Ordnung zusammenzuleben?

Dieses Bekenntnis ist für viele, nicht für alle, eine Realität. Die es nicht zu teilen vermögen – ich glaube sagen zu dürfen, daß es sich um eine kleine Minderheit handelt –, scheinen anzunehmen, unser Staat sei des Ausbaus im demokratischen, verfassungsmäßigen Verfahren nicht mehr fähig und nicht mehr würdig, Staat und Gesellschaft müßten auf anderem Wege einer völligen Neugestaltung entgegengeführt werden.

Dazu ist vorerst zu bemerken, daß die Kritik unseres Staates und unserer Gesellschaft die Proportionen zu wahren hat. Wer unvoreingenommen das Maß persönlicher Freiheit und Sicherheit bei uns an die Zustände im Herrschaftsbereich eines totalitären Staates legt, muß den gewaltigen Unterschied, einen grundsätzlichen und qualitativen, nicht bloß quantitativen Unterschied erkennen. Das heißt nicht im mindesten Verzicht auf Kritik und auf Opposition, aber es sollte davor bewahren, die Stellung einer schweizerischen Opposition dem Schicksal der Minderheit im totalitären Staat gleichzustellen, die täglich erfährt, was Unterdrückung wirklich bedeutet, etwas ganz anderes nämlich als das, was hierzulande etwa als Repression bezeichnet wird.

Daraus ergibt sich ein Zweites, die Besinnung auf die Grenzen, die einer Opposition im demokratischen Rechtsstaat gesetzt sind. Diese Schranken liegen in den Gesetzen, die sich die Demokratie selber gegeben hat. Verfassung und Gesetz stellen verbindlich fest, wo die Freiheit des einen in

der Freiheit des andern und beide in den Forderungen der Gemeinschaft ihre Schranken finden, wie diese Ordnung zu handhaben und in welchem Verfahren sie allenfalls zu ändern sei. Nicht daß die Juristen je geglaubt hätten, im Gesetz erfülle sich die volle Gerechtigkeit. Aber, um zwei Juristen zu zitieren, die sich durch soziale und humane Gesinnung besonders ausgezeichnet haben, die – um einen heute geläufigen Ausdruck zu gebrauchen – keine Konformisten waren: «Die Ordnung des Zusammenlebens kann den Rechtsanschauungen der zusammenlebenden Einzelnen nicht überlassen bleiben, ... muß vielmehr durch eine überindividuelle Stelle eindeutig geregelt werden. ... Vermag niemand festzustellen, was gerecht ist, so muß jemand festsetzen, was rechtens sein soll, und soll das gesetzte Recht der Aufgabe genügen, den Widerstreit entgegengesetzter Rechtsanschauungen durch einen autoritativen Machtspruch zu beenden, so muß die Setzung des Rechts einem Willen zustehen, dem auch eine Durchsetzung gegenüber jeder widerstrebenden Rechtsanschauung möglich ist.» So GUSTAV RADBRUCH. Und EUGEN HUBER: «Durch die Feststellung von Rechtssätzen wird die Rechtsordnung in eine Gestalt gebracht, die der Rechtsverwirklichung den ersten großen Dienst zu erweisen vermag. Die Idee des Rechts, das Rechtsbewußtsein an sich, würde die Rechtsordnung nicht zu der objektiven Gestalt zu erheben vermögen, deren es zur Rechtsverwirklichung bedarf. In dem Rechtsbewußtsein der durch die Gemeinschaft Verbundenen liegt im Grunde genommen nur die Fähigkeit, sich der rechtlichen Ordnung zu unterstellen, und das Bild, das der Einzelne von dieser Ordnung sich zu machen vermag, würde mit dem Bilde, das im Bewußtsein der andern wohnt, unmöglich in voller Übereinstimmung stehen. Erst dadurch, daß die Aufstellung der Rechtssätze erfolgt, die abstrakt lauten und mithin nach dem Grundsatz der Gleichheit zur Anwendung gelangen, wird der Gemeinschaft die Ordnung und Kraft verliehen, deren sie zur Vereinigung der vielen in der Gemeinschaft notwendig bedarf. In diesem aus Befehlen und Anordnungen

zusammengesetzten Ganzen der Rechtsordnung liegt das Bild gezeichnet, das nach dem Ausdruck der Übung oder der Rechtsüberzeugung das Recht darstellen soll, und das alsdann zur Verwirklichung heranreift. Es soll verwirklicht werden, die Macht der Gemeinschaft steht hinter ihm.»

Gesetz und Recht sind somit untrennbar verbunden. Außerhalb der Sphäre des Rechts steht nur jenes Gesetz, das lediglich Ausdruck nackter und willkürlich geübter Gewalt ist, das den elementarsten Regeln der Vernunft und der Moral widerspricht. Abgesehen von dieser Ausnahme richtet sich jede Verletzung des Gesetzes unmittelbar auch gegen die Herrschaft des Rechts. Es wird zweifellos immer Menschen geben, die überhaupt keine Ordnung ertragen und deshalb Vorkämpfer einer permanenten Revolution sind. Ihnen ist nicht zu raten. Den allzuvielen jedoch, die ihnen Beifall spenden und die sich entrüsten, wenn die legale Ordnung durchgesetzt wird, sollte zu denken geben, daß die offene Auflehnung nicht besserem Recht die Türe öffnet, sondern der Anarchie, der Willkür, der nackten Gewalt. Für sie gilt das Wort von BENEDETTO CROCE, das Professor LIVER in seinem Aufsatz über den Begriff der Rechtsquelle zitiert: «Alle diejenigen, die gegen die Gesetze räsonnieren, können dies wohl mit leichtem Herzen tun, weil sie von Gesetzen umgeben sind und geschützt und am Leben gehalten werden; bei dem geringsten Anzeichen, daß die Gesetze zu Fall gebracht würden, würde ihnen mit einem Schlage die Lust am Räsonnieren und Schwätzen vergehen:

«So wie es zuweilen dem Hirten ergeht,
Wenn er den Wolf im Gebüsch entdeckt:
Als habe er Geist und Sinnen verloren,
Ersterben ihm die Worte auf der Zunge.»

und sie würden atemlos zu dem Heilmittel greifen, ganz beliebige Gesetze wiederherzustellen, nur um wieder zu Sicherheit zu gelangen, um Frieden und Ruhe wiederzugewinnen: jene Ruhe, welche schließlich das Räsonnement und

das akademische Geschwätz gegen die Gesetze erst möglich macht.»

Man hat für die hier vertretene Auffassung den verächtlichen Ausdruck eines rein formalen «Legalismus» geprägt und versucht, die zur Gewalt greifenden Verletzer der gesetzlichen Ordnung und die Staatsgewalt auf ein und dieselbe Ebene zu setzen, prinzipiell gleichberechtigt wie etwa die Figuren eines Schachbretts. Dazu noch ein Letztes und Abschließendes. Wenn der Staat gezwungen wird, zur Aufrechterhaltung der gesetzlichen Ordnung seine Machtmittel einzusetzen, ist er nicht Angreifer und steht nicht Gewalt gegen Gewalt. Er verteidigt mit dem Gesetz – und gehe es auch nur um «Gewalt gegen Sachen» – Autorität und Würde des Rechts in seiner umfassenden Bedeutung als Friedensordnung. Wir mißbilligen jeden übermäßigen Gebrauch der staatlichen Machtmittel, lassen uns aber nicht dazu verleiten, Ursache und Wirkung zu verwechseln. Die staatlichen Machtmittel sollten eigentlich nur durch eine unsichtbare oder höchstens symbolische Präsenz wirken. Wer ihren Einsatz bewußt provoziert, übernimmt eine schwere Verantwortung und darf sich nicht beklagen, wenn er und seine Mitläufer die Folgen zu tragen haben. Weil Gesetz und Recht untrennbar zusammenhängen, und weil die Herrschaft des Rechts unerläßliche Voraussetzung eines menschenwürdigen Daseins ist, gibt es gegenüber dem Angriff auf die gesetzliche Ordnung nur eines: ihre Anwendung und Durchsetzung – nicht mehr, aber auch nicht weniger.

IV.

M^e RENÉ HELG, alt Staatsrat, Quästor des Vereins, legt die Jahresrechnung 1967/68 vor:

*I. Comptes généraux**Etat de fortune au 30 juin 1968*

Actif	Fr.
Caisse	536.80
Chèques postaux	36 198.54
Banque Cantonale Vaudoise, Lausanne	257.50
Portefeuille-titres	28 969.—
Actifs transitoires	<u>2 384.07</u>
	<u>68 345.91</u>

Passif	
Passifs transitoires et frais à payer	8 596.65
Capital au 1 ^{er} juillet 1967	Fr. 74 847.79
Moins: Excédent des dépenses	<u>Fr. 15 098.53</u>
	<u>59 749.26</u>
	<u>68 345.91</u>

Compte de résultats de 1967/68

Recettes	Fr.
Cotisation des membres	41 016.—
Contribution du Fonds national pour la Recherche 1967	1 822.80
Contribution du Fonds national aux frais d'impression 1967	15 250.—
Ventes de publications	3 762.25
Contribution Revue de droit suisse	1 600.—
Revenus du portefeuille-titres	1 499.86
Produit et plus-value d'estimation du portefeuille-titres	827.—
Contribution du Fonds Dr. A. Janggen	5 500.—
	<u>71 277.91</u>
Dépenses	
Impression des rapports et procès-verbaux 1967 . . .	49 770.70
Bibliographie du droit suisse	2 340.—
Indemnités et débours des rapporteurs 1967	1 822.80
Congrès des Juristes suisses	5 988.50
Commission «Procédure civile»	4 534.90
Mandat de recherches «Allgemeine Geschäftsbedingun- gen»	12 712.80
Comité, commissions et représentations	1 466.40
Circulaires et imprimés	3 455.70
Archiviste, secrétaire et comptable	2 890.—
P.T.T. et frais de bureau	1 077.05
Intérêts et frais de banque	268.49
Impôts	49.10
	<u>86 376.44</u>
Excédent des dépenses	15 098.53

*II. Fonds spécial «Sources du droit»**Etat de fortune au 30 juin 1968*

Actif	Fr.
Banque Cantonale Vaudoise, Lausanne	10 750.60
Portefeuille-titres	114 458.—
Actifs transitoires	2 331.17
	<u>127 539.77</u>
Passif	
Sauerländer AG, Aarau	11 146.45
Capital au 1 ^{er} juillet 1967 Fr. 96 127.05	
Plus: Excédent des recettes Fr. 20 266.27	116 393.32
	<u>127 539.77</u>

Compte de résultats de 1967/68

Recettes

Ventes de publications	8 061.20
Revenus du portefeuille-titres	5 352.53
Intérêts bancaires	125.21
Subventions	97 200.—
Plus-value d'estimation du portefeuille-titres	3 051.—
	<u>113 789.94</u>

Dépenses

Frais de banque	1189.77
Frais d'impression des «Sources du droit»	93 333.90
	<u>93 523.67</u>
Excédent des recettes	20 266.27

III. Fonds Dr. Arnold Janggen

Etat de fortune au 30 juin 1968

Actif	Fr.
Banque Cantonale Vaudoise, Lausanne	526.40
Portefeuille-titres	33 234.—
Actifs transitoires	465.50
	<u>34 225.90</u>
 Passif	
Passif transitoire	2 000.—
Capital au 1 ^{er} juillet 1967 Fr. 36 269.05	
Moins : Excédent des dépenses Fr. 4 043.15	32 225.90
	<u>34 225.90</u>

Compte de résultats de 1967/68

Recettes	
Revenus du portefeuille-titres	1 565.—
Intérêts bancaires	20.41
	<u>1 585.41</u>
 Dépenses	
Frais de banque	62.56
Moins-value d'estimation du portefeuille-titres . . .	66.—
Contribution pour recherches	5 500.—
	<u>5 628.56</u>
 Excédent des dépenses	4 043.15

V.

Der Präsident verliest den Bericht der Rechnungsrevisoren, M. PHILIBERT LACROIX, notaire, Genève, und Dr. JOHN OCHSÉ, Basel. Auf Vorschlag der Rechnungsrevisoren erteilt die Versammlung dem Quästor Décharge.

VI.

Le trésorier présente le budget de la Société pour l'exercice 1968/1969:

Budget pour l'exercice 1968/1969

Recettes

Cotisations des membres	47 000.—
Contributions du Fonds national aux frais d'impression	18 600.—
Vente de publications	3 500.—
Contribution Revue de droit suisse	1 600.—
Revenus du portefeuille-titres	1 500.—
Contribution du Fonds Dr A. Janggen	3 000.—
	<u>75 200.—</u>

Dépenses

Impression des rapports et procès-verbaux 1968 . . .	47 000.—
Bibliographie du droit suisse	2 400.—
Congrès des juristes suisses	6 000.—
Commission «Procédure civile»	5 000.—
Mandat de recherches «Allgemeine Geschäfts- bedingungen»	5 000.—
Comité, commissions et représentations	1 500.—
Circulaires et imprimés	4 000.—
Archiviste, secrétaire et comptable	3 200.—
PTT et frais de bureau	1 000.—
Frais de banque	250.—
Impôts	50.—
	<u>75 400.—</u>

Im Namen des Komitees beantragt der Quästor der Versammlung, dem Voranschlag zuzustimmen und den Mitgliederbeitrag neu auf Fr. 20.– festzusetzen.

Die beiden Vorschläge werden diskussionslos angenommen.

Der Präsident dankt dem Quästor für die Rechnungsführung, und die Versammlung schließt sich diesem Dank an.

VII.

Die Tagesordnung der Verwaltungsgeschäfte ist erschöpft.

Der Präsident eröffnet die Diskussion über das Thema: Das Radio- und Fernsehrecht der Schweiz. Nach dem Dank an die beiden Berichterstatter, Dr. WILLI GEIGER, Professor an der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, und Herrn JEAN-FRANÇOIS EGLI, Kantonsrichter, Neuenburg, erteilt er beiden nacheinander das Wort.

Prof. Dr. WILLI GEIGER, Berichterstatter in deutscher Sprache:

Vorab möchte ich mich in aller Form entschuldigen, daß es mir entgegen der festen und bewährten Übung des Schweizerischen Juristenvereins nicht möglich war, vor der Jahrestagung einen gedruckten Bericht über das von mir bearbeitete Thema vorzulegen. Es liegen zwar schon zweieinhalb Jahre zurück, seitdem mir der Vorstand den ehrenvollen Auftrag erteilte, am Juristentag 1968 über die wichtigsten öffentlich-rechtlichen Probleme des schweizerischen Radio- und Fernsehrechts zu referieren. Kurz darauf traten jedoch in St. Gallen überraschend zwei gewichtige öffentliche Aufgaben an mich heran, denen ich mich nicht zu entziehen vermochte: zunächst die Mitgliedschaft im neu geschaffenen kantonalen Verwaltungsgericht und sodann das Prorektorat der Hochschule. So mußte in der Folge auch ich erfahren, was vor mir schon andere in schmerzlicher Weise empfanden, die Tatsache nämlich, daß eine anspruchsvolle wissenschaft-

liche Leistung nur in einer Atmosphäre der Muße und der inneren Ruhe zu entstehen vermag.

So sehr ich es bedauere, meinem Auftrag nicht nachgekommen zu sein, darf ich vielleicht doch erwähnen, daß in jüngster Zeit eine Reihe von Beiträgen zum schweizerischen Radio- und Fernsehrecht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden, die in hervorragender Weise geeignet sind, der heutigen Tagung als Diskussionsgrundlage zu dienen. Ich denke in erster Linie an das ausgezeichnete Gutachten, das Professor HANS HUBER am 4. September 1967 dem Eidgenössischen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement zuhanden des Bundesrates erstattete. Dieses Gutachten befaßt sich sehr gründlich und sachkundig mit der Frage, wie ein Verfassungsartikel über Radio und Fernsehen im Vergleich zu der 1967 in der Volksabstimmung verworfenen Vorlage aussehen müßte. (Vgl. den Text in Bundesblatt 1956 II, S. 1022, dazu die Botschaft und den Entwurf des Bundesrates vom 3. Juli 1956 in Bundesblatt 1956 I, S. 1504 ff.) Des weitern: welche Probleme die Ausführungsgesetzgebung zu regeln hätte, und namentlich, wie das Problem der sogenannten Programmfreiheit im Rahmen der vielseitigen Aufgaben, die heute die Massenmedien Radio und Fernsehen zu erfüllen haben, zu umschreiben wäre. Das Gutachten HUBER hat den Entwurf zu einem neuen Verfassungsartikel (36^{quater}) über Radio und Fernsehen maßgeblich bestimmt, den das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement am 22. Juli 1968 den Kantonsregierungen sowie den interessierten politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Organisationen zur Stellungnahme unterbreitete. a. Bundesrichter Professor ANTOINE FAVRE hat diesem Entwurf die nötigen Erläuterungen beigegeben.

Der Text des zur Diskussion gestellten Artikels 36^{quater} BV lautet:

¹ Die Gesetzgebung über Radio und Fernsehen ist Bundessache.

² Das Erstellen und der technische Betrieb der Sendeanlagen obliegen dem Bund.

³ Mit dem Programmdienst betraut der Bund eine oder mehrere Institutionen des öffentlichen oder privaten Rechts. Der Programmdienst ist nach dem Grundsatz der Radio- und Fernsehfreiheit einzurichten und durchzuführen. Das Nähere bestimmt das Gesetz.

⁴ Die geistigen und kulturellen Bedürfnisse der Kantone sowie der verschiedenen Landesteile, Bevölkerungskreise und Sprachgebiete sind angemessen zu berücksichtigen.

Zu erwähnen ist ferner der vom 22. Mai 1968 datierte Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die weitere Gestaltung des Schweizer Fernsehens, ein sorgfältig bearbeitetes, umfangreiches Dokument, das sich mit allen wesentlichen Aspekten des Schweizer Fernsehens befaßt und vor allem die Aufgaben umreißt, die in naher Zukunft zu lösen sind (Bundesblatt 1968 I, S.1584 ff.).

Unter den gegebenen Umständen möchte ich mich im folgenden auf einige wenige Probleme beschränken, die von grundsätzlicher juristischer und staatspolitischer Bedeutung sind und zum Teil bereits auch in der Öffentlichkeit eine erfreulich lebhafte Aussprache ausgelöst haben. Im Mittelpunkt steht die sogenannte Radio- und Fernsehfreiheit als bestimmendes Prinzip für die Programmgestaltung. Sodann möchte ich kurz die Radio- und Fernsehwerbung als staatsrechtliches Problem berühren, und schließlich will ich Ihnen einige Gedanken zum Problem vortragen, wem der Programmdienst zu übertragen sei: einer einzigen Institution, wie dies gegenwärtig bei der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) der Fall ist, oder einer Mehrzahl entsprechender Institutionen, sei es des öffentlichen oder des privaten Rechts.

Ich darf voraussetzen, daß die heutige rechtliche Lage von Radio und Fernsehen zum mindesten in den Umrissen bekannt ist. Die geltende Bundesverfassung spricht nirgends ausdrücklich von Radio und Fernsehen, wohl aber erklärt Artikel 36 Absatz 1 das Post- und Telegraphenwesen zur Bundessache. Das in dieser Umschreibung mitenthaltene Telegraphenregal wird vom Gesetzgeber auf Grund der seit 1874 erzielten technischen Fortschritte auch auf das Tele-

phon sowie auf Radio und Fernsehen als modernste Erscheinungsformen der Zeichen-, Bild- oder Lautübertragung bezogen. Demgemäß verleiht das Bundesgesetz betreffend den Telegraphen- und Telephonverkehr (vom 14. Oktober 1922) in Artikel 1 den PTT-Betrieben «das ausschließliche Recht, Sende- und Empfangseinrichtungen sowie Anlagen jeder Art, die der elektrischen oder radioelektrischen Zeichen-, Bild- oder Lautübertragung dienen, zu erstellen und zu betreiben». Artikel 3 des gleichen Gesetzes sagt, zur Erstellung und zum Betrieb von Einrichtungen für elektrische und radioelektrische Zeichen-, Bild- und Lautübertragung könnten Konzessionen erteilt werden.

Es ist heute unbestritten, daß dem Bund die Kompetenz zur Einflußnahme auf den Programmbetrieb von Radio und Fernsehen fehlt; seine Gesetzgebungsbefugnisse beschränken sich auf die Erstellung und den technischen Betrieb von Sende- und Empfangsanlagen. Ebenso steht fest, daß sich in einem geordneten Staatswesen der Radio- und Fernsehprogrammbetrieb wegen seiner bedeutenden Wirkungskraft auf die Öffentlichkeit nicht in völliger Ungebundenheit abspielen kann. Die Kantone sind aus der Natur der Sache heraus nicht in der Lage, die gebotene Regelung zu schaffen. Der Bundesrat als Konzessionsbehörde für den Betrieb von Radio- und Fernseheinrichtungen hat daher von Anfang an auch gewisse Bestimmungen über den Programmdienst in die Verleihungsurkunde aufgenommen, obschon er einer Ermächtigung durch Verfassung oder Gesetz entbehrt. Dies gilt auch für die geltende Konzession, durch die der Bundesrat am 27. Oktober 1964 der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft die Befugnis einräumte, die elektrischen und radioelektrischen Einrichtungen der PTT-Betriebe in eigener Verantwortung zur öffentlichen Verbreitung von Radio- und Fernseh-Programmen zu benützen (Bundesblatt 1964 II, S. 1155 ff.).

Die in der Folge verworfene Verfassungsvorlage von 1956 wollte diesen staatsrechtlichen Mangel beheben, erklärte doch der damals zur Diskussion stehende Artikel 36^{bis} die

Gesetzgebung über Radio und Fernsehen generell zur Bundessache. Dem Bunde hätte also inskünftig die Befugnis zustehen sollen, die technische wie die Programmseite von Radio und Fernsehen gesetzlich zu regeln. Dabei war ausdrücklich vorgesehen, für Radio und Fernsehen je ein besonderes Gesetz zu erlassen.

Es ist erfahrungsgemäß nicht einfach, die Gründe zuverlässig zu ermitteln, die einen negativen Volksentscheid bewirkten. Im Falle des damaligen Artikels 36^{bis} der Bundesverfassung gab indessen mit hoher Wahrscheinlichkeit der Umstand den Ausschlag, daß Radio und Fernsehen in einer Verfassungsvorlage verkoppelt wurden. Wohl besteht in technischer Hinsicht wie beim Aufgabenkreis eine enge Wesensverwandtschaft zwischen den Massenmedien Radio und Fernsehen. Die beiden Materien wurden jedoch auf Grund der damaligen tatsächlichen Verhältnisse nicht als gleichwertig beurteilt. Im Gegensatz zum Radio stand das Fernsehen noch am Anfang der Entwicklung und Verbreitung. Viele Stimmbürger standen ihm mißtrauisch oder gar offen ablehnend gegenüber, so daß sie die Verkoppelung der beiden Gegenstände in einer Abstimmungsvorlage als undemokratisch verwarfen.

Seither haben sich die Verhältnisse entscheidend gewandelt, ist doch mittlerweile auch das Fernsehen zu einem eigentlichen Massenmedium geworden. Etwa 1,7 Millionen Radiohörerkonzessionen stehen gegenwärtig in der Schweiz gut 1 Million Fernsehteilnehmern gegenüber.

Auch die vom Eidgenössischen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement zur Diskussion gestellte neue Verfassungsbestimmung bezieht sich daher auf Radio und Fernsehen zugleich. Mit einer Ausnahme weist sie gegenüber der Fassung von 1956 keine wesentliche Änderung auf.

In Absatz 1 soll zunächst wiederum gesagt werden, die Gesetzgebung über Radio und Fernsehen sei Bundessache. Absatz 2 bezeichnet das Erstellen und den technischen Betrieb der Sendeanlagen als Aufgabe des Bundes. Mit dem Programmdienst soll dagegen der Bund gemäß Absatz 3

eine oder mehrere Institutionen des öffentlichen oder privaten Rechts, also eine besondere Trägerschaft betrauen. Das stand schon in der Vorlage von 1956. Neu wird nun die rechtlich hoch bedeutsame Vorschrift hinzugefügt, der Programmdienst sei nach dem Grundsatz der Radio- und Fernsehfreiheit einzurichten und durchzuführen, wobei ein Bundesgesetz das Nähere bestimmen soll. Schließlich wird den für die Programmgestaltung Verantwortlichen nach dem Entwurf des Eidgenössischen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartements aufgetragen, «die geistigen und kulturellen Bedürfnisse der Kantone sowie der verschiedenen Landesteile, Bevölkerungskreise und Sprachgebiete» angemessen zu berücksichtigen (Absatz 4).

Das Problem der Radio- und Fernsehfreiheit im Sinne der Gewährleistung einer von staatlichen oder andern Machteinflüssen unabhängigen Programmgestaltung bildete 1967 im Nationalrat Gegenstand einer ausgedehnten Debatte. (Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, Frühjahrsession 1967, S. 99–123.) Bundesrat GNÄGI hatte sich damals als Sprecher der Landesregierung gegen den schwerwiegenden Vorwurf zur Wehr zu setzen, die Bundesbehörden mischten sich in unrechtmäßiger Weise in den von der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft betreuten Programmdienst ein. Er wies diese Anschuldigung energisch zurück und führte wörtlich aus: «Wir werden auch in Zukunft die klaren Verantwortlichkeiten respektieren. Es ist Sache der SRG, in ihrer Verantwortung Programme bereitzustellen und auszustrahlen, welche sich im Rahmen der in der Konzession enthaltenen und seinerzeit zwischen Bundesrat und SRG ausgehandelten allgemeinen Richtlinien halten. Unsererseits unterstreichen wir die Bedeutung der objektiven Information des Bürgers durch Radio und Fernsehen; wir erblicken darin die wohl wesentlichste Aufgabe der Massenmedien in einem Staat, welcher in besonderem Maße auf die Mitarbeit des Bürgers bei der Lösung seiner kleinen und großen Probleme angewiesen ist» (a. a. O. S. 116).

Die neue Verfassungsbestimmung über Radio- und Fernsehfreiheit will nun den Grundsatz des freiheitlichen Programmbetriebes, also der Selbstbestimmung und Selbstverantwortlichkeit der Programmschaffenden auf der Stufe der Verfassung verankern, wobei die Regelung der Einzelheiten Sache des Gesetzgebers wäre.

Professor HUBER hat in seinem erwähnten Gutachten eindrücklich dargestellt, daß es sich bei der Radio- und Fernsehfreiheit nicht um ein individuelles Freiheitsrecht als besondere Erscheinungsform des Rechts des Einzelnen auf freie Meinungsäußerung handeln kann. Die zahlenmäßig beschränkten Sendestellen, die begrenzten Sendezeiten und die durch internationale Vereinbarung geregelte Zuteilung der Wellen und Kanäle lassen es von vornherein nicht zu, jedem Einzelnen ein subjektives Recht auf Benützung der Radio- und Fernsehbetriebsanlagen einzuräumen. Demgemäß erklärt Artikel 13 Absatz 4 der geltenden Konzession: «Niemand besitzt einen Anspruch auf die Verbreitung bestimmter Werke und Ideen durch Radio und Fernsehen oder auf die Benützung des Materials und der Einrichtungen der SRG.» Was der Grundsatz der Radio- und Fernsehfreiheit beinhaltet, ist eine sogenannte Institutsgarantie: Es soll mit den Mitteln des Rechts sichergestellt werden, daß die Programmgestaltung bei Radio und Fernsehen von der Idee der Freiheit und Selbstverantwortung bestimmt wird, Freiheit im Sinne der Unabhängigkeit von staatlichen Einflüssen wie von Einmischungen außerstaatlicher Machtfaktoren. Professor HUBER spricht von einem institutionellen Grundsatz, auf dem die komplexe Gesamtordnung von Radio und Fernsehen beruhen soll, mit andern Worten: von einem freiheitlichen Geist, von dem die Gesamtordnung durchweht sein soll, der nicht nur in der Verfassung, sondern auch im Gesetz seinen Niederschlag findet. Dabei soll namentlich auch die verfassungsmäßig geschützte Rechtsgleichheit respektiert werden. Diskriminierungen bestimmter Meinungen und Meinungsträger müssen unterbleiben; die verschiedenen sozialen Gruppen, die verschiedenen kul-

turellen, religiösen und politischen Richtungen sollen in angemessener Weise zum Zuge kommen.

Radio- und Fernsehfreiheit darf jedoch niemals als völlige Ungebundenheit verstanden werden. Das verbietet schon die Eigenschaft von Radio und Fernsehen als öffentlicher Dienst, als Einrichtungen von hoher sozialer, kultureller und politischer Bedeutung. Wo die Grenzen einer instituts-gerechten, verantwortungsbewußt ausgeübten Radio- und Fernsehfreiheit verlaufen, wird inskünftig der Gesetzgeber zu bestimmen haben. Bundesrat GNÄGI hat wohl zu Recht darauf hingewiesen, die materielle Lösung werde nicht allzu weit von dem entfernt sein, was heute – in der Hauptsache freilich ohne verfassungsmäßige Grundlage – die Konzession in Artikel 13 festlegt. Es heißt dort:

«¹ Die von der SRG verbreiteten Programme haben die kulturellen Werte des Landes zu wahren und zu fördern und sollen zur geistigen, sittlichen, religiösen, staatsbürgerlichen und künstlerischen Bildung beitragen. Sie haben eine objektive, umfassende und rasche Information zu vermitteln und das Bedürfnis nach Unterhaltung zu befriedigen. Die Programme sind so zu gestalten, daß sie den Interessen des Landes dienen, die nationale Einheit und Zusammengehörigkeit stärken und die internationale Verständigung fördern. Die Kurzwellensendungen sollen die Bindungen zwischen den Auslandschweizern und der Heimat enger gestalten und die Geltung der Schweiz im Ausland fördern.

² Sendungen, welche geeignet sind, die innere oder äußere Sicherheit des Bundes oder der Kantone, ihre verfassungsmäßige Ordnung oder die völkerrechtlichen Beziehungen der Schweiz zu gefährden, sind unzulässig.

³ Die Konzessionsbehörde behält sich vor, die Stellen zu bezeichnen, bei denen die zu verbreitenden Nachrichten bezogen werden müssen.

⁴ Niemand besitzt einen Anspruch auf die Verbreitung bestimmter Werke und Ideen durch Radio oder Fernsehen oder auf die Benützung des Materials und der Einrichtungen der SRG.

⁵ Die Konzessionsbehörde kann die Sendung behördlicher Bekanntmachungen anordnen.

⁶ Die SRG ist verpflichtet, dringliche polizeiliche Bekanntmachungen auszusenden.»

In diesem allgemeinen Rahmen wird der Bund auch künftighin eine Oberaufsicht über den Programmbetrieb auszuüben haben. Oberaufsicht insofern, als es primär Sache der Sendegesellschaft sein muß, durch eine entsprechende innere Organisation dafür zu sorgen, daß bei der Gestaltung der Sendungen die Vorschriften der Rechtsordnung beachtet werden. Die Oberaufsicht des Bundes ist klar als Rechtsaufsicht zu verstehen. Sie gibt der zuständigen Behörde die Befugnis und zugleich den Auftrag, offensichtlichen Rechtsverletzungen entgegenzutreten. Sie ist jedoch niemals Legitimation zur staatlichen Einmischung in die inhaltliche Gestaltung und die Durchführung von Radio- und Fernseh-sendungen.

Mindestens in der Formulierung unbefriedigend, weil mißverständlich, erscheint mir Artikel 13 Absatz 3 der geltenden Konzession:

«Die Konzessionsbehörde behält sich vor, die Stellen zu bezeichnen, bei denen die zu verbreitenden Nachrichten bezogen werden müssen.»

Anscheinend soll durch diese Bestimmung erreicht werden, daß Radio und Fernsehen ihre Nachrichten von Stellen beziehen, die Gewähr für eine objektive, allen wesentlichen Gesichtspunkten Rechnung tragende Information bieten. Ein Monopol wird damit wohl kaum angestrebt. Es ist daher zu wünschen, daß in einer künftigen Gesetzgebung auch redaktionell jeder Zweifel in dieser Richtung ausgeschaltet wird.

Erklärt ein künftiger Verfassungsartikel die Gesetzgebung über Radio und Fernsehen generell zur Bundessache, so wird es dem Bundesgesetzgeber auch freistehen, Vorschriften über die Zulässigkeit und die Grenzen der Wirtschaftswerbung durch die Massenmedien aufzustellen. Der verfassungsmäßige Anspruch des Einzelnen auf Handels- und Gewerbefreiheit steht einem solchen Vorgehen nicht im Wege, weil die SRG trotz ihrer grundsätzlich privatrechtlichen Konstitution eine öffentliche Aufgabe erfüllt

und daher nicht privaten Wirtschaftssubjekten zur Seite gestellt werden darf.

Bekanntlich ist nach der geltenden Konzession im Radio «jede bezahlte direkte oder indirekte Werbung unzulässig» (Artikel 14 Absatz 1). Im Fernsehen ist demgegenüber «eine begrenzte und direkte Werbung gemäß den Weisungen der Konzessionsbehörde» erlaubt (Artikel 14 Absatz 2). Diese Regelung ist seinerzeit getroffen worden, um die nötigen Mittel für den notleidenden Fernsehbetrieb aufzubringen.

Ob diese Differenzierung unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit auf Grund der heutigen tatsächlichen Verhältnisse in einem künftigen Radio- und Fernsehnetz bestehen bleiben kann, erscheint zum mindesten als fraglich.

Wird die Wirtschaftswerbung weiterhin zugelassen, so muß – wie gegenwärtig in den Weisungen des Bundesrates über die Fernsehreklame vom 24. April 1964 – sichergestellt werden, daß den einzelnen Wirtschaftskreisen oder Unternehmungen die Sendezeiten nach den gleichen sachlichen Maßstäben zugeteilt werden. Jedes andere Vergehen widerspräche dem in der Handels- und Gewerbefreiheit eingeschlossenen Anspruch der Wirtschaftssubjekte auf rechtsgleiche Behandlung.

Mit der Durchführung der Fernsehwerbung hat der Bundesrat die «Aktiengesellschaft für das Werbefernsehen» beauftragt. Diese «stellt den Wirtschaftskreisen die für die Werbung bestimmte Zeit zur Verfügung und hat ausschließlich das Recht, die Aufträge einzuholen und die für die Reklame vorbehaltene Minuteneinteilung zuzuweisen». Die Aktiengesellschaft für das Werbefernsehen «muß unter allen Umständen objektiv und unparteiisch verfahren; sie hat namentlich dafür zu sorgen, daß die zur Verfügung stehende Sendezeit unter alle Werbe-Interessenten ohne Einräumung von monopolähnlichen Vorrechten gleichmäßig verteilt wird». (Vgl. Ziff. 4 lit. b der erwähnten Weisungen des Bundesrates.)

Wie schon bemerkt, sieht der Entwurf des Eidgenössischen

schen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartements zu einem Verfassungsartikel über Radio und Fernsehen vor, daß der Bund eine oder mehrere Institutionen des öffentlichen oder privaten Rechts mit dem Programmdienst beauftragt. Zur Zeit ist die SRG die einzige Konzessionärin. Im erwähnten Bericht an die Bundesversammlung über die weitere Gestaltung des schweizerischen Fernsehens vom 22. Mai 1968 spricht sich der Bundesrat entschieden gegen die immer wieder zu vernehmende Forderung aus, die geplante zweite oder dritte Fernsehkette einer andern Gesellschaft als der SRG zu überlassen (Bundesblatt 1968 I, S. 1630 ff.). Eine solche Lösung würde einerseits die Programme verteuern, andererseits deren Qualität beeinträchtigen. Ein solcher Konkurrenzkampf müßte sich nach Auffassung des Bundesrates zum Nachteil der Aufgaben auswirken, die einem nationalen Programm gestellt sind. Die Erwartung, «eine unabhängige Programmkette würde den Eifer des Wettbewerbes stärken und damit die Leistungen erhöhen», stütze sich auf einen unstatthaften Vergleich des Schweizer Fernsehens mit teilnehmermäßig viel stärkeren Fernsehorganisationen im Ausland.

Die Anhänger der Idee mehrerer Sendegesellschaften für das Fernsehen erhoffen von einer solchen Lösung vor allem eine größere Vielgestaltigkeit und damit eine zusätzliche Wahlfreiheit für die Fernsehteilnehmer. Ob sich diese Erwartung zu erfüllen vermöchte, ist wohl in erster Linie ein wirtschaftliches Problem. Unter rechtspolitischen Gesichtspunkten drängt sich jedoch die Frage auf, ob die Entscheidung schon heute getroffen werden soll, wie es der Bundesrat vorschlägt, vor allem auch durch den Hinweis auf die stürmische technische Entwicklung, an die der Anschluß zu wahren sei. Ich weiß und habe es auch betont, daß hier besonders technische und wirtschaftliche Faktoren zu berücksichtigen sind. Dennoch beschäftigt es mich, daß mit der vom Bundesrat der Bundesversammlung beantragten Kenntnisnahme von seinem Fernsehbericht faktisch eine wichtige Entscheidung vorweggenommen werden soll, die der im Wurf liegende

neue Verfassungsartikel ausdrücklich dem Bundesgesetzgeber vorbehalten will.

Die erschütternden Ereignisse der letzten Wochen in der Tschechoslowakei haben mit nicht zu überbietender Deutlichkeit gezeigt, welch gewaltige Wirkungskraft den Massenmedien Radio und Fernsehen in der Gegenwart zukommt. Das Bestreben, den Radio- und Fernsehbetrieb unseres Landes auf einen tragfähigen rechtlichen Boden zu stellen, verdient daher die entschiedene Unterstützung der Juristen. Besonders die Aufgabe, den genauen Inhalt und die Grenzen der Radio- und Fernsehfreiheit zu bestimmen, wird zwar den Gesetzgeber vor neuartige, schwierige Probleme stellen. Ihnen auszuweichen, wäre falsch, denn sie müssen früher oder später gelöst werden. Es geht dabei um nichts weniger als ein eminentes rechtsstaatliches Anliegen.

Kantonsrichter JEAN-FRANÇOIS EGLI, Berichterstatter in französischer Sprache:

Selon une juste remarque du regretté PLINIO BOLLA, le droit de la radiodiffusion est une province un peu ignorée des juristes. Elle l'était aussi de votre serviteur; c'est la relation de voyage d'un étranger que je me suis permis de vous soumettre, avec les imperfections qui lui sont inhérentes. Je tiens à remercier ici ceux qui m'ont servi de guide, notamment Monsieur Régis de Kalbermatten, conseiller juridique de la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR).

Pour être peu connue, cette province n'en est pas moins vaste et surtout très diverse dans ses régions qui touchent à de nombreuses disciplines du droit.

Quelques éléments fondamentaux conditionnent tout le droit de la radiodiffusion. L'un a trait à l'importance – sur laquelle il serait oiseux d'insister – que ce mode d'expression a acquis dans la vie sociale et individuelle: il touche donc de près aux rapports entre l'individu et l'Etat, tous deux fort intéressés à sa réglementation. Autre élément: les destinées de ce droit sont étroitement liées à celles de la technique dont

il est issu; ici, plus qu'ailleurs, le droit, en quête de stabilité, lent à se mouvoir, a de la peine à s'adapter à une évolution technique rapide et souvent imprévue. Enfin, ce droit est à bien des égards tributaire des relations internationales car les ondes ne connaissent pas de frontières et les rapports juridiques liés au processus de la radiodiffusion font l'objet de nombreux accords entre états.

Les principaux aspects de droit privé auxquels je me suis limité d'entente avec mon collègue rapporteur et sur proposition de notre comité ont trait:

1. à l'organisation interne des organismes d'émission,
2. aux rapports entre la radiodiffusion et la propriété intellectuelle,
3. aux effets des émissions sur les particuliers,
4. à la réception des émissions.

I. S'agissant de l'organisation interne de l'organisme de radiodiffusion, il nous faut rappeler que la concession d'émission est accordée à un organisme de droit privé – la Société suisse de radiodiffusion et télévision – chargé de différentes tâches de droit public fixées dans la concession. La SSR est un organisme complexe dont l'origine comprend des éléments historiques et politiques. Rappelons brièvement que les premières concessions d'émission de radiodiffusion furent accordées à des organisations régionales entrepreneuriales, au statut juridique assez différent de cas en cas; qu'ensuite la Confédération suscita la création d'une société faîtière suisse – la SSR – destinée à créer une unité sur le plan suisse et à coordonner l'activité de ses membres; qu'enfin, sous l'impulsion encore de la Confédération, l'on interposa récemment, sur un plan intermédiaire, entre les anciennes organisations et la SSR, d'une part une société régionale pour la Suisse alémanique et d'autre part une société régionale pour la Suisse romande; ce n'était pas nécessaire en Suisse italienne où il n'y avait déjà qu'un seul organisme; cette évolution était destinée, à l'occasion de l'introduction de la télévision, à faire supporter aux sociétés régionales la

responsabilité de la plupart des émissions et à permettre ainsi une meilleure organisation du travail.

La SSR et les différentes entités qui la composent relèvent en principe du droit privé. Cependant leur fonctionnement interne et leur activité sont marqués d'une forte empreinte des collectivités publiques.

Aux différents échelons de cette organisation complexe, le nombre des délégués désignés par les pouvoirs publics est important. Ceux-ci influent donc directement sur la formation de la volonté sociale. Toutefois, il faut le répéter – le Conseil fédéral le faisait encore dans son message du 22 mai 1968 sur l'aménagement futur de la télévision suisse –, les délégués de la Confédération n'ont jamais reçu de mandat sur l'accomplissement de leur tâche et aucun compte ne leur est demandé. D'autre part aucuns droits sociaux ne sont reconnus aux collectivités publiques au sein de la SSR et des sociétés régionales de Suisse alémanique et romande. Celles-ci, par leur but et la formation de leur volonté, présentent de nombreux éléments institutionnels, par lesquels elles s'éloignent des associations habituelles. Aussi pourraient-elles fonctionner à peu de chose près de la même façon si elles étaient constituées en fondations, établissements de droit public, voire en collectivités de droit public. Ainsi la nature juridique de l'organisme de radiodiffusion – de droit public ou de droit privé – ne revêt pas une importance décisive, dès lors que l'une et l'autre sont aptes à permettre la réalisation des objectifs qu'on lui assigne généralement – non sans raisons – soit l'obligation d'émettre, dans le respect de la liberté des programmes, sous réserve de quelques principes directeurs. Sans doute le théoricien se dira-t-il que la forme du droit public conviendrait mieux à un organisme dont l'objectif principal, si ce n'est unique, réside dans l'accomplissement d'une tâche de droit public, qu'il n'y a pas lieu de favoriser dans un tel cas une nouvelle fuite dans les formes du droit privé. Si l'idée ne pouvait en être admise, notamment en raison de la crainte qu'inspire le vêtement ou certaines expériences étrangères – je pense à la crise de

l'ORTF – dans des conditions il est vrai très particulières, on peut souhaiter quelques améliorations au statut actuel régi par le droit privé. L'organisme serait de toute manière une entreprise d'économie mixte et il serait désirable que ses obligations de droit public soient fixées dans la loi. Certains droits pourraient aussi être reconnus aux principaux intéressés que sont les auditeurs et téléspectateurs, alors qu'actuellement la possibilité qu'ils ont de participer aux destinées de la radio et de la TV varie singulièrement d'une région à l'autre.

II. Dans le domaine de la propriété intellectuelle la radiodiffusion exigera aussi certains aménagements.

A. On sait qu'une révision totale de la loi sur le droit d'auteur est à l'étude. Cette révision est à souhaiter pour la radiodiffusion car la loi actuelle ne lui est qu'imparfaitement adaptée. En cette matière, le législateur est en partie lié par la Convention de Berne; le texte de la dernière révision adopté à Stockholm en 1967, qui n'a pas encore été ratifié par la Suisse, s'occupe à plus d'un titre de la radiodiffusion et il contient de nombreuses améliorations auxquelles le législateur interne pourra se rallier.

a) Il est désirable que la protection de la loi soit accordée à l'œuvre radiodiffusée ou télévisée, même si celle-ci n'a pas fait l'objet d'une fixation sur un support matériel. La loi devra aussi résoudre la question de savoir si l'image photographique ou télévisée est protégée comme telle.

b) Quant aux exceptions à la protection, le législateur pourra se rallier d'une façon générale aux solutions adoptées à Stockholm, qui mettent la radiodiffusion sur le même pied que la presse écrite.

c) Si l'on examine les différentes prérogatives de l'auteur, il faut signaler en particulier le problème posé par les antennes communautaires: la réémission d'une œuvre radiodiffusée supposant une nouvelle autorisation de l'auteur, il faudra définir si et depuis quand la distribution de l'œuvre radiodiffusée à partir d'une antenne communautaire exige un nouvel agrément de l'auteur; le développement de ce

mode de diffusion étant désirable, mais l'auteur devant aussi être protégé contre une extension non prévue de cette distribution, on peut envisager de fixer un cadre à l'intérieur duquel l'œuvre pourra être distribuée sans nouvel accord de l'auteur. Dans le système actuel, la communication publique de l'œuvre radiodiffusée – c'est-à-dire l'usage de la radio et de la télévision dans les établissements publics – exige une autorisation spéciale de l'auteur, même lorsqu'elle a lieu en vertu d'une concession pour la réception publique; or, en pratique, une telle autorisation n'a été donnée que par SUISA pour les droits gérés par elle et les organismes de radiodiffusion ne demandent pas une telle autorisation qui ne leur est pas nécessaire pour émettre: la communication publique de toutes les autres œuvres radiodiffusées est donc illicite, faute d'accord de leurs auteurs; une solution devra être trouvée à cette situation peu satisfaisante, l'Etat ne devant pas maintenir cette illicéité à laquelle son système imparfait donne lieu. Tout enregistrement suppose en principe une autorisation distincte de l'auteur; d'autre part, l'organisme de radiodiffusion a, pour des raisons techniques, besoin d'enregistrements qui permettent d'une part d'améliorer la qualité technique de l'émission et d'autre part de différer l'émission, ce qui est aussi dans l'intérêt de l'auteur. Aussi me paraît-il équitable que la loi fasse usage de la faculté, réservée par la Convention de Berne, d'autoriser en principe l'organisme de radiodiffusion à procéder à des enregistrements dits éphémères.

B. Dans le domaine des droits dits «voisins», soit plus particulièrement des droits des artistes exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, notre législation sauvegarde actuellement déjà les principaux intérêts légitimes, encore que la limite exacte de la protection apparaisse parfois indécise en raison du caractère très général des normes sur lesquelles elle se fonde. Il s'agit avant tout de savoir si notre pays doit adhérer à la Convention de Rome de 1961. Nous pensons qu'il pourrait le faire, en faisant usage des réserves dérogatoires qui y sont pré-

vues, notamment en ne prévoyant aucune protection spéciale pour l'utilisation dite «secondaire» en radiodiffusion des enregistrements commerciaux.

III. En ce qui concerne les effets des émissions sur les particuliers, l'organisme de radiodiffusion est tenu, à l'égal d'une personne privée, de respecter le droit de la personnalité. Les dispositions du droit civil à ce sujet apparaissent, dans l'ensemble, suffisantes pour assurer la protection du particulier. Quelques points méritent toutefois un examen spécial. Il n'est pas satisfaisant que l'organisme de radiodiffusion puisse se libérer de sa responsabilité d'employeur aux conditions prévues par l'art. 55 CO; il faudrait en tenir compte lors de la modification de cette disposition ou par l'introduction de règles spéciales sur la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion. Une adaptation du régime de la responsabilité pourra aussi être nécessaire, si la nouvelle législation reconnaît également à l'organisme de radiodiffusion le droit au secret de rédaction, suivant l'étendue donnée à ce droit; dans les cas où selon le droit ordinaire le lésé n'a pas d'action contre l'organisme de radiodiffusion, on ne saurait en effet le priver de son action contre la personne responsable, par le jeu du secret de rédaction, sans la remplacer par une action contre l'organisme de radiodiffusion.

En cette matière, une allusion doit être faite à un document qui n'était pas encore publié lors de la rédaction de mon rapport: le projet de loi fédérale renforçant la protection pénale du domaine personnel secret, selon message du Conseil fédéral du 21 février 1968 et qui prévoit d'introduire de nouveaux articles 179^{bis} à 179^{septies} au code pénal; on sait que le projet est actuellement soumis aux chambres fédérales. Inspiré du souci généreux de protéger davantage la personnalité, le projet réprime d'une part l'écoute, l'enregistrement et l'usage d'enregistrements de conversations privées, d'autre part la violation du domaine personnel secret (notion qui n'est pas définie par le projet de loi) au

moyen d'un appareil de prise de vues, par l'observation, la fixation et l'usage des images obtenues; il ressort des formules utilisées que les infractions prévues peuvent être commises par voie de radio ou de télévision. Le projet de loi ne fait aucune exception ni en faveur de la presse écrite ou de la radiodiffusion, ni pour les cas où un intérêt supérieur justifierait la divulgation (à part les causes générales des art. 32 à 34 CP). Si le projet est accepté, il tracera également un nouveau cadre à la licéité civile des actes qui y sont visés; il ne manquera pas de poser plus d'un problème relatif notamment à la définition du domaine personnel secret et aux besoins d'information lorsque le fait relevant de ce domaine intéresse de près la collectivité (exemple: Faut-il interdire la diffusion d'un enregistrement clandestin ayant pour objet un grave complot contre l'Etat, ourdi par un magistrat important? N'y aurait-il pas disproportion entre les intérêts en jeu? Peut-on invoquer le devoir de profession – art. 32 CP – pour autoriser un tel comportement?).

IV. Abordant enfin quelques problèmes relatifs à la réception des émissions, il faut reconnaître en principe le droit à la réception comme un droit de la personnalité. Dans l'ensemble, les intérêts des auditeurs et téléspectateurs, comme les intérêts de ceux qui pourraient être gênés par l'usage abusif des récepteurs sont suffisamment sauvegardés par le droit administratif et accessoirement par les normes générales de droit civil. Faut-il reconnaître, dans le bail, par une règle de droit impératif, une prétention de droit privé du preneur à la pose d'une antenne extérieure ou au raccordement à une telle antenne? Il serait prudent de ne pas intervenir sans nécessité évidente, car les conditions techniques se modifient rapidement et il ne serait pas indiqué d'encourager l'augmentation du nombre des antennes extérieures. Dans le droit de la poursuite, nous proposons en revanche de reconnaître comme insaisissable le poste de radio, non celui de télévision.

En conclusion, retenons que, dans le secteur du droit privé, la radiodiffusion exigera certains aménagements de la

législation. La difficulté sera de trouver un équilibre satisfaisant entre des exigences souvent contradictoires – notamment entre le besoin de sécurité, de stabilité du droit et la nécessité de s'adapter à une technique en pleine évolution, entre les intérêts généraux et particuliers, entre les intérêts économiques divergents des personnes dont l'activité concourt à permettre l'émission de radiodiffusion.

Formons le vœu que, sans trop de lenteur ni de précipitation et soucieux de demeurer un Etat régi par le droit, notre pays sache trouver des solutions permettant au progrès technique que représente la radiodiffusion de se déployer dans le cadre de la légalité.

Dr. ANDRÉ BAUMANN, Rechtsanwalt, Herrliberg:

Schon im Jahre 1932 hat der Schweizerische Juristenverein das damalige Radiorecht zur Diskussion gestellt. Heute – 36 Jahre später – stehen Radio und Fernsehen erneut im Brennpunkt des öffentlichen Interesses. Die Rechtsgrundlage für diese so wichtigen Kommunikationsmittel ist aber immer noch dieselbe, nämlich eine Monopolkonzession, die der Bundesrat der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft verliehen hat. Sie wurde letztmals am 27. Oktober 1964 erneuert. Das heisst also, daß sich die geltende schweizerische Radio- und Fernsehordnung lediglich auf einen Verwaltungsakt abstützen kann, was doch in einem Rechtsstaat erstaunlich ist.

Ich bin nun der Meinung und verweise dabei auf meine vor 12 Jahren erschienene Dissertation über «Die rechtlichen Grundlagen des Programmdienstes im schweizerischen Rundfunk- und Fernsehwesen unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Radiofreiheit», daß aus dem vom Bundesrat als Kompetenznorm angerufenen Art. 36 Abs. 1 BV: «Das Post- und Telegraphenwesen im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft ist Bundessache» auch bei weitherziger Auslegung nicht einmal die Kompetenz für die Bereitstellung und den Betrieb der technischen Anlagen für Radio und Fernsehen begründet werden kann. Ich stelle

mich damit in Gegensatz zur Auffassung des Herrn Professor HUBER. Zur Begründung führe ich an, daß Radio und Fernsehen einheitliche Institutionen sind, bei denen die technische Seite mit der kulturellen so eng verknüpft ist, daß nur eine gesamtheitliche Regelung möglich erscheint. Es ist nicht denkbar, daß beispielsweise der Bund Landessender errichtet und betreibt, ohne gleichzeitig auch eine Ordnung für die Benützung dieser Einrichtungen, d.h. aber für den Programmdienst aufzustellen. Es gibt keine Anstalt zur Übertragung von Rundspruchdarbietungen und daneben wirklich unabhängige Sendegesellschaften, die die Programme zusammenstellen. Und so hat denn der Bund einerseits die technischen Einrichtungen für die Versorgung des Landes mit Radio- und Fernsehprogrammen bereitgestellt, andererseits aber auch deren Zusammenstellung zu einer Regaltätigkeit erklärt, indem er der SRG für den Programmdienst eine Monopolkonzession erteilt hat. Dabei bedarf es keiner näheren Begründung, daß das Programm an Bedeutung den technischen Sendevorgang bei weitem übertrifft. Unter diesen Umständen halte ich es nicht für angängig, die Massenmedien Radio und Fernsehen wie die Post, das Telefon und den Telegrafen als Verkehrsmittel zu betrachten. Das heutige Radio- und Fernsehmonopol kann in keiner Weise auf Art.36 Abs.1 BV abgestützt werden.

Der neue Anlauf des Bundesrates, für Radio und Fernsehen endlich einwandfreie verfassungsmäßige und gesetzmäßige Grundlagen zu schaffen, ist lebhaft zu begrüßen. Dabei ist zu wünschen, daß die Radio- und Fernsehfreiheit als Ausdruck des ungeschriebenen verfassungsmäßigen Rechts auf freie Meinungsäußerung im Rahmen der technischen Möglichkeiten und des öffentlichen Interesses institutionell ausdrücklich verankert werden kann.

M. PIERRE E. JACCARD, secrétaire général IMEDE, Lausanne:

Ainsi qu'il le dit dans son introduction, le rapporteur de langue française base son étude sur l'article constitutionnel

instituant la régle des postes et des télégraphes, article qui, par des interprétations souvent sujettes à caution, aboutit à la dualité de régime que nous connaissons aujourd'hui: d'une part un monopole de l'Entreprise des PTT sur les installations techniques – émetteurs et récepteurs – et d'autre part un service des programmes à l'abri de l'«imperium étatique» pour reprendre l'expression de M. le juge cantonal EGLI.

Laissant de côté les problèmes soulevés par le monopole, le rapporteur fait un exposé détaillé des situations de droit auxquelles s'appliquent les règles du droit d'auteur (chap.2) et celles du droit de la personnalité (chap.3), exposé complété d'une sélection de problèmes particuliers où l'auditeur radio recherche une protection juridique (chap.4).

Or, une des caractéristiques essentielles des radiocommunications est qu'elles dépassent forcément les limites des territoires nationaux. Cette constatation a amené plusieurs juristes de renom à concevoir pour les télécommunications un cadre plus large que celui du droit national et, en particulier, à critiquer la conception régalienne du droit de la radio pour lui substituer une vue qui peut paraître au premier abord utopique, celle d'un droit de l'humanité. Cette doctrine cherche à dégager les principes applicables aux télécommunications – comme dans d'autres domaines d'ailleurs – en se fondant non sur le régime juridique de tel ou tel pays, mais en dégagant des règles d'importance vitale pour le développement d'une communauté internationale (the development of substantive rules on matters of common concern vital to the growth of an international community; JENKS – The common law of mankind). L'exemple le plus frappant de cette recherche est sans conteste la formulation de règles de droit nouvelles concernant l'utilisation de l'espace. De même, la réglementation applicable à l'utilisation de satellites de communication bouscule certaines traditions juridiques européennes. Ces satellites sont aujourd'hui utilisés pour relayer des télécommunications d'une station à une autre, ce qui ne met en jeu que certaines règles

bien établies dans les conventions de l'UIT, en particulier sur le secret des conversations. Mais, dans un proche avenir, ces mêmes satellites vont diffuser des programmes de radio-diffusion. De puissants intérêts commerciaux ou politiques vont entrer en jeu. Les maigres principes énoncés dans les conventions de télécommunications seront insuffisants. L'UIT ayant toutes chances d'éluder ce qui sort de ses compétences techniques, il en résultera un vide dangereux.

Aurons-nous alors avec les règles passées en revue dans le rapport de M. le juge cantonal EGLI, des moyens suffisants pour la protection des auditeurs, des auteurs, des exécutants? Les principes en vigueur dans les pays préparant les programmes sont-ils compatibles avec les règles suisses sur la protection de la personnalité? Comment permettre à la Suisse – par l'intermédiaire de la SSR ou d'un autre organisme – de faire entendre sa voix en Suisse tout d'abord, ailleurs ensuite?

L'exposé de M. le juge cantonal EGLI est peut-être trop brillant; par sa clarté, son aspect rigoureux et son souci du détail, il aveugle le lecteur plus qu'il ne l'engage à réfléchir. Dans sa notice liminaire, le rapporteur dit se limiter à «l'énoncé de quelques questions, parfois de quelques solutions possibles, en droit actuel et pour celui de demain». Peut-être n'a-t-il pas été assez audacieux?

L'exposé de M. le Professeur GEIGER a soulevé le problème de la compétence de la Confédération d'après l'art. 36 de la Constitution fédérale; je voudrais dire quelques mots à ce sujet. Le Conseil fédéral a toujours justifié son interprétation de l'art. 36 de la Cst. en se fondant sur le commentaire du professeur BURCKHARDT; il l'a repris comme base de la loi de 1922 sur les télécommunications. Or le professeur BURCKHARDT estimait que la régle des postes et des télégraphes se justifiait en raison de la transmission de pensée (il a utilisé le terme de «Gedankenübermittlung»); cette théorie de la «Gedankenübermittlung» était très en faveur en Allemagne à cette époque, et d'ailleurs reconnue d'une manière générale. Mais elle a été battue en brèche depuis, et les auteurs

allemands les plus récents ne l'utilisent plus. Je pense qu'il serait indiqué de revoir cette justification au moment d'examiner le problème d'une nouvelle base constitutionnelle pour les télécommunications.

Dr. WALTER BUSER, Bundesvizekanzler, Bern:

Seitdem das Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement den Vorentwurf zu einem Verfassungsartikel über Radio und Television zur Vernehmlassung gesandt hat, sind in der öffentlichen Diskussion sonderbare und nicht immer leicht zu beurteilende Reaktionen zu beobachten. Begeisterung zeigt niemand, aber, so zumindest gegenüber dem Verfassungsartikel, auch keine grundsätzliche Opposition. Man scheint sich in den Kreisen der Gegner von 1956 zwar damit abgefunden zu haben, daß eine verfassungsrechtliche Basis heute einer unbedingten Notwendigkeit entspricht. Unüberhörbar ist hingegen die wachsende Opposition gegen das vorgesehene Ausführungsgesetz, trotzdem oder vielleicht auch weil dessen Inhalt nur in sehr allgemeinen Zügen vorausgesehen und deshalb noch nicht genügend beurteilt werden kann. Die Begründung dieser Opposition ergeht sich indessen in Widersprüchen. Während einerseits der heutige Zustand als sehr unbefriedigend bezeichnet wird, wird gleichzeitig jedem Versuch, die Beziehungen des Rundspruchs zum Staat einerseits und der Öffentlichkeit anderseits in geordnete Bahnen zu bringen, der Kampf angesagt. Man geht hier offenbar von der bekannten Maxime des Schöpfers des österreichischen Pressegesetzes aus, nach der das beste Pressegesetz kein Pressegesetz ist. Wir kommen nicht umhin, hier unwillkürlich auch an unsern Artikel 55 der Bundesverfassung zu denken, der sich ebenfalls eines geruhamen Daseins erfreut, ohne daß man ihm bisher die Stütze eines Ausführungsgesetzes hätte bieten müssen. Es gibt nun aber eine ganze Reihe von Gründen, die geradezu zwingend für die raschmögliche Ergänzung des Radio- und Fernsehartikels durch einen gesetzlichen Ausführungserlaß sprechen. Wie Herr Professor HUBER in seinem Gutachten

ausdrücklich unterstreicht, hängt die bestehende Ordnung von Radio und Fernsehen in der Schweiz rechtlich nicht nur deshalb so sehr in der Luft, weil hinsichtlich des Sendedienstes eine Zuständigkeit des Bundes in der BV mangelt, sondern auch darum, weil für wichtige Anordnungen der Verwaltung heute keine gesetzliche Grundlage besteht und damit das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung mißachtet wird. Dieser Mißstand beginnt schon bei der Konzessionspflicht selbst und findet seine zweifelhafte Krönung in der Gebühr, die für den Empfang der Radio- und Fernsehsendungen jährlich zu begleichen ist. Für all diese Maßnahmen bietet die Konzession keinen Ersatz für das fehlende Gesetz, und eine Ordnung dieser Einzelheiten in der Verfassung ist undenkbar. Weitere Argumente für eine gesetzliche Ordnung liefern sodann deren Gegner selbst durch ihre Schilderungen des heutigen Zustandes. Oder zwingt es nicht zum Aufhorchen, wenn der Leiter der Informationsabteilung des deutschschweizerischen Fernsehens in einer Abhandlung feststellt, daß sich gewisse Interessengruppen einen Kampf um den Bildschirm liefern, der weitgehend den Gesetzen des Dschungels gehorcht? Und fühlen wir uns nicht irgendwie in unserem rechtsstaatlichen Gewissen beunruhigt, wenn in großen Tages- und Wochenzeitungen geschrieben wird, daß unangenehme Mitarbeiter unserer Radio- und Fernsehstudios durch willkürlichen Machtspruch (als Folge von äußeren Interventionen) «in der Versenkung verschwinden», beziehungsweise «in die Wüste geschickt werden» oder «unter die Schweizerische Guillotine» geraten, ohne daß sie sich vor einer unabhängigen Instanz rechtfertigen können?

Zum Wahrheitsgehalt dieser Bemerkungen kann hier selbstverständlich nicht Stellung genommen werden. Aber es sind – ich wiederhole es – sonderbarerweise die gleichen Autoren, die diese Anschuldigungen gegenüber der heutigen Regelung erheben, die jede gesetzliche Ordnung ablehnen und darin bestenfalls eine Einmischung des Staates in die Programmfreiheit oder – wenn ich ein letztes Mal aus ihrer

blumigen Ausdrucksweise zitieren darf – eine Kodifizierung des Kriegsrechts der *pressure groups* sehen.

Es unterliegt meines Erachtens aber keinem Zweifel, daß ein gut konzipiertes Ausführungsgesetz auch positive Möglichkeiten bietet, und ich möchte besonders auf eine Chance hinweisen, die sich für die Programmschaffenden am Radio und am Fernsehen nicht so bald wieder präsentieren wird. Ich meine die Möglichkeit, die Rechte der Informationsdienste bei der Nachrichtenbeschaffung und der Erforschung der tatsächlichen Verhältnisse auszuweiten und damit nicht nur das Interesse an diesen Medien zu heben, sondern gleichzeitig einen frischen Zug in die öffentliche Diskussion zu bringen. Ausgangspunkt dieser Erweiterung der Informationsrechte könnte die Verankerung der Informationsfreiheit im Gesetz sein. Herr Professor HUBER sagt zwar in seinem Gutachten zutreffend, daß man diese Freiheit als allgemeines Recht eher bei der ohnehin beabsichtigten Revision von Art. 55 BV unterbringen sollte, doch würde dies auch seines Erachtens nicht hindern, die Radio- und Fernsehgesetzgebung schon heute inhaltlich so zu gestalten, daß die Informationsfreiheit auf diesem Gebiete gewahrt ist. Da die Programmfreiheit, deren Verankerung im neuen Verfassungsartikel praktisch unbestritten ist, begrifflich einerseits die Meinungsfreiheit und andererseits die Informationsfreiheit in sich schließt, hätten wir im vorgesehenen Radio- und Fernsehartikel die verfassungsmäßige Grundlage für die gesetzliche Normierung der Informationsfreiheit. Dabei sind für unsere schweizerischen Verhältnisse weniger die Interessen des Sendungsempfängers von Bedeutung, denn wir haben wenigstens derzeit keine Konfiskation von Apparaten, keine Abhörverbote und keine staatlichen Störsender ausländischer Programme zu befürchten – im Vordergrund stehen vielmehr die Interessen des Informationsvermittlers, das heißt des Redaktors der Nachrichten- und Aktualitätensendungen, des Kameramannes oder des Dokumentalisten, die auf eine möglichst umfassende Auskunft angewiesen sind. Denn wir sind noch nicht überall so weit wie in jener

bernischen Landgemeinde, in deren Entwurf zu einem neuen Organisationsdekret der traditionelle Geheimhaltungsartikel mit den Worten beginnt:

«Die Behörden sind verpflichtet, den Stimmberechtigten über ihre Geschäftsführung freimütig Auskunft zu geben.»

Natürlich folgt auch hier der Vorbehalt der schützenswerten öffentlichen und privaten Interessen, doch steht die Rechenschafts- und Auskunftspflicht im ersten Rang.

Selbstverständlich sind wir uns dabei bewußt, daß die treffende Feststellung von WINDSHEIMER:

«Die Presse informiert nicht mehr, sie wird informiert», nicht nur für Deutschland gilt, sondern auch für die Schweiz und nicht nur für die Presse, sondern auch für Radio und Fernsehen. Aber entscheidend ist ja nicht die mehr oder weniger erdrückende Flut von Nachrichten, die sich auf das Redaktionspult der Ressortchefs der Aktualitäten ergießt, sondern das Recht des Programmgestalters, möglichst ungehindert jene Tatsachen näher zu erforschen, deren er für die objektive Gestaltung seiner Sendungen bedarf.

In Deutschland sind diese Rechte der Informationsbetreuer am Radio und Fernsehen häufig in den Landespressegesetzen in voller Übereinstimmung mit jenen der Presseleute geregelt. So verpflichtet das hamburgische Pressegesetz vom 29.1.1965 die Behörden, auch den Vertretern des Rundfunks all jene Auskünfte zu erteilen, die der Erfüllung ihrer Aufgabe dienen. Und das Gesetz über die Presse des Landes Bremen erklärt in Artikel 25 die Grundsätze der Freiheit der Presse und des Informationsdienstes vorbehaltlos auch auf den Rundfunk anwendbar*.

* Eine erste Gleichstellung haben wir in der Schweiz nunmehr in der Bestimmung des BG über das Verwaltungsverfahren, wo das Recht der Zeugnisverweigerung auch auf die Mitarbeiter von Radio und Fernsehen ausgedehnt wurde.

Im Zusammenhang mit dieser Normierung der Informationsfreiheit hätten wir die Möglichkeit, die Freiheit der Berichterstattung anzuschneiden, und damit die Zulassung des Fernsehens zu Parlaments- und Gerichtsverhandlungen, um nur zwei sehr aktuelle Beispiele zu erwähnen. Im Parlament und an den Pressekonferenzen scheint sich eine konstante Praxis einzuspielen, für die Gerichtsverhandlungen weist unser Referent französischer Sprache, Herr Kantonsrichter EGLI, das Erscheinen des Fernsehens weit von sich. Ich gehe mit ihm im Grundsatz durchaus einig, doch sind auch hier Ausnahmefälle denkbar. Man kann aber auch an das Herausschneiden von Sätzen aus einem Interview denken, oder dann – in weiterem Rahmen – an eine eidgenössische Regelung der Berichtungspflicht, an die Reproduktion von Reden und Zeitungsartikeln, an die Probleme, die man in Deutschland unter dem Titel der «Öffentlichkeitsarbeit der Regierung» zusammenfaßt, und last but not least an den Persönlichkeitsschutz, der zu einer der dringendsten Aufgaben unserer Zeit geworden ist und gerade von seiten gewisser Nachrichtenmedien nicht immer mit der gewünschten Sorgfalt gepflegt wird.

Aus diesen wenigen Hinweisen dürfte hervorgehen, daß die Ausführungsgesetzgebung keineswegs nur Einschränkungen der Programmgestaltung nach sich ziehen muß, sondern daß sie im Gegenteil auch eine Erweiterung und Festigung der Rechte der Programmschaffenden bringen kann. Alles hängt vom Geist ab, in dem dieser Erlaß gestaltet wird. Der Wunsch, daß dieser Entwurf so rasch als möglich ausgearbeitet werden und bei der Diskussion des Verfassungsartikels zur Verfügung stehen sollte, ist sicher begründet. Es darf aber auch hier nicht übersehen werden, daß das beste Gesetz toter Buchstabe bleibt, wenn die moralischen Qualitäten jener, die für unsere Massenmedien verantwortlich sind, den Anforderungen unserer Zeit nicht zu entsprechen vermögen.

Prof. Dr. HANS HUBER, Muri b. Bern:

Ein Vorzug des Vorentwurfs des zuständigen Departements für einen Verfassungsartikel über Radio und Fernsehen liegt sicherlich darin, daß verfassungsrechtlich der Programmdienst der beiden Massenkommunikationsmittel der Verkehrsanstalt PTT und ihrem Regal mehr entrückt, verselbständigt und seiner Eigenart gemäß geregelt werden soll. So wird auch der Sendedienst besser von seiner funkttechnischen Seite unterschieden, von der Übermittlung von Lauten, Zeichen und Bildern, trotzdem er hinsichtlich Standort, Wellenlänge, Sendezeit und Sendestärke an die technischen Anlagen und ihre Funktion gebunden bleibt. Diese Gebundenheit hindert nicht, das darf ich vielleicht gegenüber dem Vorredner, Herrn Dr. ANDRÉ BAUMANN, sagen, daß dem Programmdienst, der ein ganz besonderer und besonders wichtiger Gegenstand ist, ein besonderer Platz in der Bundesverfassung eingeräumt wird. Es gibt noch andere Beispiele dafür, daß Dinge in der Verfassung auseinandergenommen wurden, obwohl sie durch Sinnzusammenhänge oder auch technisch oder wirtschaftlich miteinander verbunden sind. Eine andere Frage ist, ob schon bisher das Regal auch das Telephon und die andern technischen Erscheinungsformen des Fernmeldewesens außer dem Telegraphen ergriffen hat; das ist eine umstrittene Frage, insbesondere weil die Bundesverfassung jedenfalls mit ihrem Wortlaut hinter der Entwicklung zurückblieb.

Ein rechtsstaatlicher Vorzug der Verfassungsvorlage des Departements ist sodann der, daß nicht mehr die Konzession als bloßer Verwaltungsakt, ohne Mitsprache von Bundesversammlung und Volk, das fehlende Gesetz vertreten, d.h. der gesetzlichen Grundlage entbehren muß.

Gestatten Sie nun, daß ich mit einigen Bemerkungen die im Vorentwurf vorgesehene Programmfreiheit, Radio- und Fernsehfreiheit genannt, zu erläutern versuche:

Man hat die Radio- und Fernsehfreiheit nicht mit Unrecht als institutionelle Garantie bezeichnet. Eine höchst

bedeutsame Einrichtung des öffentlichen und privaten Lebens wird in den Rang einer verfassungsrechtlichen Institution gehoben, mit einem Schutz, einem Freiheitsschutz umgeben, und ihre Trägerschaft wird bewußt aus dem Staat ausgegliedert. Die Freiheit ist nach dieser Konzeption eine Freiheit dieser Einrichtung für den öffentlichen Dienst, den sie besorgt, nicht primär eine Freiheit des Einzelmenschen und Bürgers.

In der Radio- und Fernsehfreiheit sind jedoch mehrere Grundrechte von der Art der klassischen Freiheitsrechte enthalten, und sie sollen, wie es einige ausländische Verfassungen sagen, den Angehörigen verschiedener Mitwirkungskategorien zukommen, Autoren, Referenten, Diskussionsbeteiligten usw.

Nehmen wir zuerst das Freiheitsrecht der freien Meinungsäußerung. Im Gegensatz zur allgemeinen Freiheit der Meinungsäußerung in Wort und Schrift kann es keinen Rechtsanspruch auf freie Zulassung zur Meinungsäußerung am Hörfunk und am Sehfunk geben, freie Zulassung ist undenkbar und mit den Eigenschaften und Erfordernissen des Programmdienstes unvereinbar. Dennoch bleibt Raum für eine dem Programmdienst eingefügte Meinungsfreiheit der Mitwirkenden und auch der Meinungsempfänger. So darf, wer zugelassen wurde, nicht wegen des Inhalts seiner Ansichten mit Nachteilen belastet oder gar diskriminiert oder verfolgt werden. Ebenso sind Informations- und Berichterstattungsfreiheit und auch die Freiheit der Kunst als Freiheiten der Mitwirkenden in der Radio- und Fernsehfreiheit enthalten und gewährleistet.

Für den Fall einer Verletzung eines dieser eingefügten Freiheitsrechte wird wohl das künftige Bundesgesetz den normalen Rechtsschutz, d.h. Schutz der verfassungsmäßigen Rechte der Bürger, vor allem durch die verwaltungsgerichtliche Beschwerde wegen Bundesrechtsverletzung, herbeiziehen, ausgestalten und anpassen müssen. Eine gewisse Anpassung des Rechtsschutzes an die besonderen Gegebenheiten wird unerläßlich sein, weil sowohl die mutmaß-

lichen Verletzungen als auch die virtuellen Verletzer innerhalb des Sendedienstes einen eigenartigen Charakter haben.

Ein Thema, das uns Juristen und auch die Verfassungsrechtler unter ihnen besonders beschäftigen müßte, ist der Persönlichkeitsschutz gegenüber Radio und Fernsehen. Mit Recht hat der französischsprachige Referent, obschon er vom Zivilrecht ausging, hierin das bekannte Spannungsverhältnis zwischen dem Grundrecht der Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsschutz erblickt, das auch im Pressewesen besteht. Eine Grundsatzfrage in diesem Zusammenhang lautet dann, ob ähnlich wie der Presse für ihre Aufgaben der Kritik im demokratischen Staat auch Radio und Fernsehen eine gewisse Entlastung von straf- und zivilrechtlicher Verantwortlichkeit zugestanden werden soll, wenn in guten Treuen ehrverletzend gehandelt wurde, obschon Voraussetzungen und Folgen nicht gleich sind. Und wie steht es mit dem Berichtigungszwang an Radio und Fernsehen? Dazu ist auf den schönen Aufsatz von Dr. RIKLIN über das Gegendarstellungsrecht an Radio und Fernsehen in Heft 2, I, 1968 ZSR hinzuweisen.

Die Radio- und Fernsehfreiheit erschöpft sich nun aber bei weitem nicht in diesen ihr nur mitgegebenen mehr individuellen Freiheiten von Mitwirkenden und Teilnehmern.

Der Anspruch auf Unabhängigkeit von staatlicher Beherrschung, Lenkung, Einmischung, Beeinflussung beim Programmdienst wird notwendig ein Freiheitsanspruch der Einrichtung selber sein. Doch besteht er nicht nur in Freiheit von Fremdbestimmung, in Eigenständigkeit und Selbstbestimmung, sondern auch in freier Entfaltung und Gestaltung, so daß nicht angezeigt ist, Freiheit durch Autonomie zu ersetzen; das wäre zu eng.

Die Radio- und Fernsehfreiheit ist mehrschichtig und komplex. Wir befinden uns mit ihr auf Neuland. Als Freiheit der Institution selber ist sie letztlich nicht nur die Freiheit, die ihr zugestanden, verbürgt und nicht geraubt werden soll, sondern auch die Freiheit, die einfach in einem Gewährenlassen besteht, die ihre Leute aber auch selber tagtäglich,

auch gegen sich selber, auch mit Selbstkritik wahren, pflegen, aufbauen und verteidigen müssen.

Daraus erhellt, daß die Programmfreiheit zu einem Teil dem rechtlich Faß- und Abgrenzbaren und dem Formulierbaren entschlüpft und sich in den freiheitlichen Geist verflüchtigt, der das Ganze erfüllen soll. Radio und Fernsehen sind eben ein Ablauf, ein Stück offenes Sozialleben, das nicht in die Vorstellung von einer rechtlichen Freiheit und ihren rechtlichen Schranken ganz eingefangen werden kann.

Die Rechtsnormen des Verfassungsartikels und des künftigen Bundesgesetzes mitsamt dem Grundsatz der Programmfreiheit bilden ein Verhaltensschema, innerhalb dessen sich das Leben in Radio und Fernsehen immer noch auf sehr verschiedene Weise abwickeln kann. Es kann z.B. eine Tendenz einbrechen, in der Viele die Ausgewogenheit der Programme vermissen und Einseitigkeit und Identifikation mit einer Gruppe oder politischen Richtung oder Kunstrichtung feststellen wollen. Oder es könnte sogar vorkommen, daß eine Kritik eine gewisse Manipulierung der öffentlichen Meinung ankreiden würde, ohne daß dies aber der Staat selber getan hätte.

Immer wenn es sich so verhält, ist die Idee der Freiheit zwar nicht unbeteiligt und unbetroffen, aber es geht nicht mehr um die gerechte Ordnung rechtlich eingegrenzter Freiheitssphären, sondern um eine Harmonisierung innerhalb einer Mehrheit sozialer Bereiche.

Wenn daher die Radio- und Fernsehfreiheit z.B. von innen heraus durch anfechtbare Tendenzen gefährdet sein sollte, oder wenn umgekehrt solche Tendenzen nur durch Kreise gewittert würden, die die Leitung nicht gewähren lassen wollen, könnte der Konflikt nicht mit den Mitteln des Verfassungsrechtsschutzes ausgetragen werden. Da harrt vielleicht eine der schwierigsten gesetzgeberischen Aufgaben der Lösung. Soll wie schon oft die Schaffung einer neuen Kommission oder einer Mehrzahl von Kommissionen den Ausweg öffnen, mit Beratungs-, Kooperations- und Schlichtungsaufgaben, und wie müßte sie zusammengesetzt sein?

Die Radio- und Fernsehfreiheit kann nicht verstanden und konzipiert werden, ohne daß die soziale Machtlage studiert und begriffen wird. Eine Macht ist die des Staates, eine andere, uneinheitliche die von unverfaßten Gruppen, die Radio und Fernsehen für ihre Zwecke beeinflussen oder beherrschen möchten. Eine dritte Macht sind aber Radio und Fernsehen selber, deren sich ihre Leiter bewußt werden könnten. Eine vierte Macht bilden die Radio- und Fernseh-abonnenten; sie sind zwar auch eine uneinheitliche Macht, können aber dennoch oft schon durch ihre bloße Existenz und die abweichenden Wünsche und Begehren auch wieder ausgleichend und befriedend wirken.

Soziologe und Politologe werden die folgende Feststellung machen: Die Gefahr der Freiheitseinbuße durch Einflußnahme und Beherrschung droht abstrakt zur Hauptsache von zwei Seiten, eben vom Staat und von der Gesellschaft, d.h. von unverantwortlichen und mehr oder weniger verborgenen sozialen Gewalten. Sobald aber diese zweite Gefährdung von Anlage oder Ausübung des Programmdienstes abgewehrt werden soll, bietet sich die andere Macht, der Staat, als wohl einziger wirksamer und objektiver Helfer und Schützer an.

Man darf in diesem Zirkel aber auch nicht Gespenster sehen. Ein Programmdienst von Qualität und verbreiteter Anerkennung wird schließlich in seinem Ablauf doch mehr nur am Rande und zeitweilig von diesen Streitfragen berührt.

Der Bundesrat sieht in seinem Vorentwurf vor, daß das Gesetz das Nähere über die Radio- und Fernsehfreiheit bestimmen werde. Damit ist jedoch nicht gemeint, daß die Programmfreiheit nur nach Maßgabe des einfachen Gesetzes gelten solle. Das künftige Bundesgesetz ist aber doch berufen, noch einige Lichter aufzustecken und insbesondere einen Teil des Konzessionsinhalts gesetzlich zu verankern, und darunter die Befugnis des Bundesrates, für die Wahrung und Stärkung der Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft einzutreten.

Prof. Dr. MARIO PEDRAZZINI, St. Gallen:

Der außerordentlich wertvolle Bericht von Herrn Kollege EGLI wirft im Zusammenhang mit dem URG eine Unmenge von Einzelfragen auf, die einer allgemein akzeptierten Lösung ermangeln. Die Diskussion vieler Einzelfragen wäre aber hier kaum zweckmäßig – abgesehen davon, daß sie erst im Zusammenhang mit den bald abgeschlossenen Vorarbeiten zur Revision des URG wirklich sinnvoll sein wird.

Es lohnt sich vielleicht hingegen schon hier, oder, besser gesagt, hier nochmals, auf ein paar allgemeine Gesichtspunkte hinzuweisen, deren Aktualität der Bericht von Herrn Kollege EGLI besonders bewußt werden läßt.

1. Es gilt zunächst einmal festzuhalten, daß es unbedingt nötig ist, allgemeine Grundsätze auszuarbeiten, welche die Verwertung der Urheberrechte regeln. Unter Verwertung verstehe ich hier alle Möglichkeiten des Einsatzes und des Genusses eines schutzfähigen Werkes.

Ein erster allgemeiner Grundsatz ist schon anerkannt, daß nämlich jegliche Form der Verwertung dem Urheber vorbehalten ist. Damit ist eine Regel aufgestellt, die nicht Gefahr läuft, von der technischen Entwicklung überholt zu werden – was gerade auf unserem Gebiet von Bedeutung ist.

Einen zweiten Grundsatz möchte ich diesem anschließen, nämlich die Norm, wonach der Umfang der Verwertung bei vertraglichen Übertragungen einzelner Verwertungsbefugnisse bzw. (falls die Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse Gesetz werden sollte) bei Einräumung obligatorischer Ansprüche nach dem Zweck des jeweiligen Vertrages zu bemessen ist. Diese sog. Zweckübertragungstheorie ist zwar allgemein anerkannt, dürfte aber die Praxis noch stärker durchdringen. Man könnte hier ja das Rechtssprichwort «donner et retenir ne vaut» analog zur Anwendung heranziehen. Zu begrüßen wäre insbesondere, wenn der Gedanke der Zweckübertragung nicht nur als Auslegungsregel (also bei auslegungsbedürftigen Verträgen) zur Anwendung käme, sondern auch bei Verträgen, deren Bestimmungen offen-

bar gegen diesen Grundsatz verstoßen und deshalb als sinnwidrig zu betrachten sind. Ich möchte hier lediglich die Frage aufwerfen, wobei ich mir der Problematik eines solchen Wunsches bewußt bin. – Eine Problematik, die übrigens mit dem Thema von morgen verwandt ist. – Es dürfte aber eben nicht vorkommen (weil völlig unlogisch), daß an einem Werk zwar z. B. das Verfilmungsrecht eingeräumt, das Vorführungsrecht aber ausgesondert wird, und zwar zwecks Erhebung einer geldwerten Gegenleistung. Es ist doch offensichtlich, daß das Verfilmungsrecht ohne das Vorführungsrecht eine *facultas claudicans* ist. Die Normalisierung des Vertragsinhalts dürfte die Voraussetzung dafür sein, daß der Gesetzgeber mit einer gewissen Zurückhaltung diese Verhältnisse regelt und so den Vertragspartnern einen zweckmäßigen Gestaltungsspielraum überläßt.

Ein dritter ebenfalls allgemein anerkannter Grundsatz bei der Verwertung des Urheberrechts ist, daß die Verwertungsbefugnisse am *droit moral* des Urhebers ihre Grenze finden. Dieser Grundsatz hat sich zu Recht eingebürgert – eignet sich aber leicht zu Mißbräuchen, so daß im Rahmen des URG ein allgemeiner Vorbehalt als konkretisierende Regelung von Art. 2 ZGB zu begrüßen wäre. Es gilt auch zu berücksichtigen, daß das *droit moral* nicht eine absolute Größe darstellt und daß besonders auch Anliegen der Allgemeinheit u. U. überwiegende Werte verkörpern können. In dieser Hinsicht ist ein Überdenken des sog. *droit de repentir*, des Widerrufsrechts usw., empfehlenswert, und in dieser Richtung ist das Problem der Archivierung kulturell oder historisch bedeutender Aufnahmen zu lösen.

Anhand solcher Richtlinien dürfte es möglich sein, die sich stellenden Probleme durch allgemeine Normen zu lösen – ohne also komplizierte Sonderregelungen für die betrachteten Sondergebiete (sowie für andere Sondergebiete) einzuführen. Dies darf bei der Vielfalt des von Herrn Kollege EGLI gebotenen Materials nicht übersehen werden, und es ist gut, wenn der Gesetzgeber versucht, eher einfache allgemeine Normen auszuarbeiten, als für jedes Gebiet eine Son-

derregelung aufzustellen. Das Adhäsionsvermögen des Gesetzes ist im letzteren Falle vielleicht etwas größer – dafür ist seine Bewegungsfreiheit eingeschränkt. Insbesondere aber sind Komplikationen zu befürchten, da die eine Einzelregelung leicht andere durchkreuzt – ein Tatbestand, den wir bei der heutigen Regelung des URG in bezug z. B. auf die geschichtlich zu erklärenden Ausnahmen für die Komponisten öfters treffen.

2. Die aufgeworfenen Probleme können aber nicht zweckmäßig, jedenfalls nicht einfacher gelöst werden, wenn man ein paar wichtige Komponenten übersieht, insbesondere die Relevanz des Wettbewerbsrechts und die fragwürdige Ausdehnung des Persönlichkeitsschutzes.

Mehrere der betrachteten Tatbestände sind wettbewerbsrechtlicher Natur und müssen im Rahmen des URG ihre Lösung finden. Daß diese Lösung nicht einfach ist, spricht nicht gegen eine saubere Trennung des jeweils zuständigen Normenkomplexes. Insbesondere muß die Frage der Benutzung einer fremden Leistung losgelöst vom Verwechslungstatbestand (lit. d Abs. 2 Art. 1 UWG) betrachtet und klar beantwortet werden, bevor wir uns fragen, ob ein erweiterter Schutz der Leistung gerechtfertigt sei.

Hand in Hand soll die Bereinigung in bezug auf die Anwendbarkeit des Persönlichkeitsrechtes gehen bzw. weitergehen. Wir kennen alle die Rolle der «femme à tout faire», des Persönlichkeitsrechtes; es ist sicher gut, wenn man da die Proportionen wieder herstellt und den Grundsatz von ZGB 28 dort nicht anwendet, wo er offensichtlich nur wirtschaftlichen Zwecken dienstbar gemacht werden soll. Es muß doch erstens eine größere Intensität der Gefahr einer Persönlichkeitsverletzung vorliegen als z. B. die bloße theoretische Möglichkeit, die in der (technisch eventuell nicht gelungenen) Sendung einer Interpretationsleistung liegt. Zweitens dürfte eine größere und intensivere persönlichkeitsgefärbte Bindung zwischen Rechtssubjekt und -objekt (z. B. zwischen Interpret und Leistung) zu fordern sein, als

dies bei der normalen Interpretation der Fall ist. Ist schon die Persönlichkeitskomponente im schutzbedürftigen Werk heute öfters schwer festzustellen, so gilt dies in noch größerem Maße für die meisten Interpretationen. Beide Beispiele habe ich der Interpretation entnommen, weil deren Schutz in unserem Rahmen besonders aktuell ist.

Damit ist nicht gesagt, daß die Interpretenleistung ungeschützt bleiben soll. Wir sind es aber der gesetzgeberischen Ehrlichkeit schuldig, eventuell auch einen Sonderschutz einzuführen, der auf solche und ähnliche Leistungen angepaßt ist. Dabei ist nicht zu übersehen, daß das Problem, wenn es einmal aufgeworfen ist, in seiner Allgemeinheit zu behandeln und daß tatbeständlich zunächst zu untersuchen ist, welche Leistungen noch einen Schutz beanspruchen könnten. Mit einer ad-hoc-Auslegung wettbewerbsrechtlicher und persönlichkeitsrechtlicher Vorschriften wäre der gesetzgeberischen Ehrlichkeit sicher nicht Genüge getan.

M. REGIS DE KALBERMATTEN, conseiller juridique de la Société suisse de radiodiffusion et télévision :

Je me permets de revenir sur un point qui a été soulevé tout à l'heure par M. JACCARD et qui mérite, à mon avis, toute notre attention. Il s'agit des problèmes posés par les satellites.

Point n'est besoin, je pense, de vous rappeler ici l'importance extraordinaire qu'ont d'ores et déjà et qu'auront encore, dans une mesure infiniment plus grande, ces nouveaux moyens de communications. Je crois pouvoir dire que toutes les notions actuelles que nous avons sur les télécommunications, et ceci tant sur le plan juridique qu'administratif et également politique, seront sous peu totalement bouleversées.

Les problèmes que pose le développement des satellites de télécommunication inquiètent de plus en plus, par leurs conséquences prévisibles, les milieux économiques, sociaux et politiques dans de nombreux pays européens. Ces pays ont déjà profondément ressenti l'importance des techniques spatiales dans la vie de tous les jours. Les petits pays, comme

le nôtre, qui ne sont pas en mesure d'avoir leur propre satellite, se demandent avec inquiétude ce que leur réserve l'avenir satellitaire.

Depuis le lancement du Telstar, en 1962, l'évolution des satellites de télécommunication est marquée par un progrès continu et par une augmentation de puissance d'émission qui permet d'utiliser des antennes au sol de plus en plus réduites. Ce qui est capital, c'est que la diffusion directe d'émissions de TV par satellite apparaît aujourd'hui techniquement possible et qu'il est à peu près certain que d'ici 10 ans au plus ce sera une réalité, c'est-à-dire que d'ici là les programmes diffusés par satellite pourront être reçus directement par les propriétaires d'appareils TV, sans intermédiaire, et ceci dans la langue même des régions «arrosées». Une telle possibilité apparaît comme une révolution dans bien des domaines: les techniques de télécommunications, les méthodes de distribution de la TV et les problèmes liés aux programmes diffusés (droits d'auteurs et droits voisins, politique culturelle, éducation, publicité, etc.) devront être revus. Inutile de souligner que ces satellites de diffusion directe offriront des possibilités fantastiques à leurs utilisateurs et pourront constituer un instrument politique et de propagande d'une rare efficacité. Il importe donc que nous ne nous trouvions pas soudain devant des faits accomplis établissant définitivement la mainmise de certains Etats sur d'autres, par l'intermédiaire d'une télévision par satellite privilégiée et à sens unique, dont la force de frappe aurait des effets de persuasion dont on a quelque peine, aujourd'hui à mesurer la portée.

Il s'agit donc, à mon avis, d'assurer sans plus tarder la présence de la Suisse comme associée à part entière dans la conception, la réalisation et la gestion des systèmes satellitaires nécessaires à l'exploration et à l'exploitation de l'espace, qui seront entreprises au plan européen et mondial. Car l'utilisation de l'espace à des fins scientifiques ou de service public semble accessible aux nations petites et moyennes, pour autant que celles-ci agissent rapidement et agissent

ensemble. Entendons-nous bien, il ne s'agit pas de viser un objectif de puissance qui a caractérisé d'autres politiques spatiales, mais de marquer surtout la volonté d'indépendance des petits pays; plutôt que de se livrer à une concurrence illusoire, ces pays devraient chercher à pratiquer la collaboration la plus étroite avec les autres puissances spatiales et à s'unir avec elles au sein de grandes entreprises internationales, dans la mesure où ils pourront sauvegarder leur droit aussi bien à la conception qu'à l'exploitation des systèmes ou des résultats et s'assurer les bénéfices technologiques correspondant à leurs efforts. Il va de soi que la solution à tous ces problèmes ne pourra être trouvée sans peine et demandera une préparation juridique très approfondie, tant sur le plan national que sur le plan international. Mais je crois qu'il est de notre devoir d'entreprendre ces études sans plus tarder pour tenter d'atteindre ces objectifs.

Après cette courte excursion dans l'espace extra-atmosphérique, permettez-moi de revenir sur terre pour évoquer très brièvement le problème des effets des émissions sur les particuliers. Il a toujours été l'un des soucis majeurs de la SSR d'inculquer à nos reporters le respect de la sphère personnelle du particulier – et je crois pouvoir dire que la pratique le prouve puisque nous n'avons eu pour ainsi dire aucun procès, aucune contestation à ce sujet. Sur ce point également l'étude extrêmement nuancée de M. EGLI nous est particulièrement précieuse. Je viens de participer au colloque organisé par le Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et les moyens de communication de masse et j'ai pu constater, là également, qu'un besoin se faisait sentir d'harmoniser autant que possible la législation des Etats membres du Conseil de l'Europe relative aux moyens de communication de masse de l'individu. A une époque où de puissantes collectivités se forment, l'homme qui fait certes partie de ces collectivités, mais qui est aussi individu, se voit exposé à des menaces grandissantes en cette qualité d'individu. Si l'on recherche les causes de cette évolution et les possibilités de l'infléchir, on se heurte inévitablement au

phénomène de l'influence croissante que la presse, la radio et la TV exercent tant sur les collectivités que sur les individus. L'exercice de la liberté d'information et d'expression est manifestement d'intérêt public et il est inévitable qu'en certains cas, un conflit s'élève entre l'intérêt que la société porte à leur exercice et l'intérêt qu'a l'individu de vivre sans subir aucune atteinte dans sa vie privée. La ligne de démarcation entre ces intérêts est très difficile à tracer et je ne pense pas qu'on puisse simplement dire que la vie privée doit cesser là où commence la vie publique. Ainsi la vie privée des personnalités en vue doit être assurée de l'immunité, sauf s'il peut être prouvé qu'elle est intimement liée à des événements publics. Il serait impossible, je dirai même qu'il ne serait pas souhaitable, de prévoir tous les cas qui peuvent se poser, dans la législation. Ne serait-ce pas là plutôt le rôle de la déontologie ? On pourrait ainsi envisager de compléter les lois par une codification professionnelle des règles de conduite qu'un journaliste de qualité doit s'imposer. Leur rédaction permettrait de compléter les lois par un réseau de règles plus fines, adaptées aux circonstances dans lesquelles s'exerce de nos jours le métier de journaliste. Lors du colloque organisé par le Conseil de l'Europe, on a évoqué également la possibilité d'établir un code d'honneur européen. Il serait peut-être utile d'étudier les problèmes que pose le droit de la personnalité également sous cet aspect-là.

Der Präsident schließt die Diskussion gegen 11.45 Uhr mit folgenden Worten: Information und Diskussion sind Lebenselemente der Demokratie. Sie sollen das wirkliche Geschehen zur Kenntnis der Öffentlichkeit bringen, damit diese in der Lage ist, sich darüber ein Urteil zu bilden. Weil das wirkliche Geschehen von niemandem vollständig erfaßt werden kann, muß eine Auswahl stattfinden. Hier liegt das eigentliche Problem: Gelingt es, dem Bürger ein ausgewogenes, nicht ein verzerrtes Bild des Geschehens zu vermitteln ? Ich lasse es bei der Frage bewenden.

SITZUNG VOM SONNTAG 22. SEPTEMBER 1968
IM LANDHAUSSAAL

Präsident:

Prof. Dr. HANS MERZ, Muri

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 9 Uhr mit einem Dankeswort an den Solothurner Juristenverein. Während die Solothurner Juristen anlässlich des 75jährigen Bestehens des Schweizerischen Juristenvereins im Jahre 1936 eine Festschrift hohen Niveaus verfaßten, überrascht der Solothurner Juristenverein die Tagungsteilnehmer 1968 mit einer Gabe ganz besonderer Art. Dreizehn Kunstblätter in einer schönen Mappe rufen in Erinnerung, daß Solothurn eine der bedeutenden öffentlichen Sammlungen besitzt – ganz zu schweigen von den exquisiten Privatsammlungen, die jeden Vergleich aushalten. Der Spender hat damit erneut bewußt gemacht, daß das Recht in einem weiteren Zusammenhang der Kunst verwandt ist, daß es nicht als bloßes Handwerk betrieben werden soll.

VIII.

Der Präsident verliest den Bericht der Rechtsquellenkommission, welchen deren Präsident, Prof. Dr. HANS HEROLD, Zürich, wie folgt vorlegte:

Nach den am Schweizerischen Juristentag 1967 auf drei Jahre erfolgten Wahlen setzt sich die Kommission zusammen aus den Herren:

1. Prof. Dr. H. HEROLD, Zürichbergstraße 42, Zürich, Präsident
2. Prof. Dr. K. S. BADER, Cäcilienstraße 5, Zürich
3. Prof. Dr. G. BROGGINI, Via Sempione 13, Locarno
4. Prof. Dr. LOUIS CARLEN, Sonnenstraße 4, Brig/Innsbruck

5. Prof. Dr. F. ELSENER, Hennentalweg 25, D 74 Tübingen
Untere Bahnhofstraße 18, Rapperswil
6. Prof. Dr. H. R. HAGEMANN, Krachenrain 9, Basel
7. Oberrichter Dr. F. IMER, Président de la Cour d'Appel,
Hallwylstraße 36, Bern
8. Prof. Dr. W. AMÉDÉE LIEBESKIND, «La Gradelle»,
Ch. des Fourches 55, Cologny par Chêne-Bougeries
9. Prof. Dr. P. LIVER, Talbrünnliweg 53, Liebefeld
10. Prof. Dr. E. MÜLLER-BÜCHI, rue Jordil 6, Fribourg
11. Staatsarchivar Dr. BRUNO MEYER, Frauenfeld
12. Prof. JEAN-FRANÇOIS POUDRET, place St-François, Lausanne

Sie trat im Berichtsjahr 1967/68 zu zwei Sitzungen zusammen, am 8. Dezember 1967 in Bern, wobei sich Gelegenheit bot, Herrn Prof. Dr. RENNEFAHRT für seine große Arbeit zu danken, sowie am 6. Juli 1968 in Weißbad AI vor der Tagung für rechtliche Volkskunde. Traktanden waren die Orientierung über die verschiedenen Arbeiten, Besprechungen mit einzelnen Sachbearbeitern, Verteilung der Aufgaben und Kredite. Über den Stand der Arbeiten ist folgendes zu berichten:

Von den Berner Rechtsquellen sind Ende 1967 erschienen: die beiden Hälften des IX. Bandes «Gebiet, Haushalt, Regalien», und sind gegenwärtig im Druck: die 2. Auflage des Stadtrechtes von Bern, die einen Überblick über die bernische Rechtsentwicklung enthält, sowie der Band X «Polizei, Fürsorge». Für die Bände XI «Wehrwesen» und XII «Bildungswesen» sind die Manuskripte weitgehend druckfertig und die Verlagsverträge abgeschlossen. Es darf gehofft werden, daß der hochbetagte, aber immer noch schaffensfreudige Sachbearbeiter, Herr Prof. Dr. HERMANN RENNEFAHRT, der in sein 90. Lebensjahr eingetreten ist, seine Riesenarbeit noch wird abschließen können*.

Ebenfalls im Druck erschienen ist das Stadtbuch von Schaffhausen von 1385. Der Bearbeiter, Prof. Dr. KARL SCHIB, hat auch schon die Druckbogen für den andern Band,

* Leider hat sich dieser Wunsch nicht mehr erfüllt: Herr Prof. RENNEFAHRT starb am 30. September 1968.

die Quellen von Schaffhausen 1345–1454 vorgelegt und den von der Kommission bestellten Experten unterbreitet. Die Rechtsquellen von Zug werden durch Prof. EUGEN GRUBER, diejenigen von Glarus durch Ständerat Dr. phil. FRITZ STUCKI, diejenigen der Freien Ämter und des luzernischen Amtes Meerenschwand durch Herrn Dr. JEAN-JACQUES SIEGRIST in Meisterschwanden weiterbearbeitet. Leider hat Herr Dr. iur. TH. BÜHLER seine Arbeit an den Rechtsquellen des ehemaligen Bistums Basel unterbrochen, um sich als Assistent der Juristischen Fakultät der Universität Zürich auf eine Habilitation vorzubereiten. Hierzu wird er aus dem gesammelten Urkundenmaterial schöpfen und einiges in monographischer Form druckfertig machen. Seine Regesten liegen im Staatsarchiv Basel. Die Rechtsquellenkommission hofft, daß er möglichst bald wieder für sie tätig sein kann. Herr Dr. phil. KARL MOMMSEN, Basel, hat hauptsächlich im Landesarchiv Karlsruhe nach den Urkunden geforscht, die für die schweizerische Rechtsgeschichte von Bedeutung sind. Er stand mit den andern Bearbeitern in enger Verbindung, stellte Regesten für sie her und führte auch Herrn Dr. phil. PETER FREY, der sich den basellandschaftlichen Quellen widmen will, in seine Arbeit ein.

Herr und Frau Dr. phil. SCHORTA in Chur haben weitere Engadiner Dorfordnungen druckfertig gemacht und erstellen im Auftrag der Rechtsquellenkommission ein Glossar, das dem deutschsprachigen Leser den rechtsgeschichtlichen Inhalt dieser Quellen erschließen soll. PD Dr. PIO CARONI, Bern, arbeitet an den Tessiner Rechtsquellen des Sopra-Ceneri und der bündnerischen Mesolcina, Prof. GIAN LUIGI BARNI in Mailand an denjenigen des Sotto-Ceneri. Dr. h.c. WALTER MÜLLER, Zürich, hat der Kommission einen Vorschlag für die Gestaltung eines Bandes mit Landrecht der Fürstabtei St. Gallen und andern fürstenländischen Quellen unterbreitet. Er ist mit der Sichtung und Gliederung des von ihm bereits erschlossenen und überarbeiteten Materials beschäftigt.

Der vom Schweizerischen Nationalfonds zugesprochene Kredit läuft noch bis 1. Oktober 1969 weiter und dürfte für die Honorare der Mitarbeiter genügen. Die Herausgabe der Rechtsquellen ward durch die erneute Erhöhung der Druckkosten belastet. Sie werden wie bisher vom Schweizerischen Juristenverein, den örtlichen Subvenienten, dem Schweizerischen Nationalfonds und für den Kanton Bern von der Friedrich-Emil-Welti-Stiftung getragen.

Im Namen der Rechtsquellenkommission sei den Mitarbeitern und Subvenienten ein herzlicher Dank ausgesprochen.

IX.

Der Präsident verliest folgenden Bericht des Präsidenten der Forschungskommission, Prof. Dr. KARL SPIRO, Basel:

Im Berichtsjahr hatte die Kommission erstmals seit ihrem Bestehen Gelegenheit, aus eigenen Mitteln Forschungsarbeiten zu unterstützen, wenn auch nur mit verhältnismäßig bescheidenen Summen. Sie gewährte einen Beitrag zur Fertigstellung und Bereinigung einer Publikation über ein Thema des schweizerischen Staatsrechts sowie einen weiteren zur Fortsetzung einer Arbeit auf dem Gebiet des internationalen Rechts. Zu weiteren Gesuchen hatte sie lediglich begutachtend sich zu äußern; sie hatte die Freude, ihre Empfehlungen vom Nationalen Forschungsrat gutgeheißen zu sehen. Der Beitrag an die Veröffentlichung der Referate und Verhandlungen des Schweizerischen Juristentages wurde dagegen auf direktes Gesuch des Vorstandes hin gewährt.

Gesuche um Bewilligung eines Nachwuchsstipendiums sind bei der Kommission auch im Berichtsjahr nicht eingegangen; für Forscher, die nicht mehr als 35 Jahre alt sind und nach Abschluß ihrer Studien mindestens 2 Jahre wissenschaftlich gearbeitet haben, besteht aber diese Möglichkeit nach wie vor. Ebenso sei hervorgehoben, daß das Burrus-

Stipendium im laufenden Jahr für juristische Arbeiten reserviert ist; die Mitglieder des Juristenvereins wurden davon bereits durch das Zirkular des Präsidenten in Kenntnis gesetzt. Über die Neubestellung der Kommission gibt das Protokoll der Jahresversammlung 1967 Auskunft.

X.

Prof. Dr. PIERRE LALIVE, Vérenaz, lädt im Namen der Genfer Juristen den Schweizerischen Juristenverein ein, seine nächste Jahresversammlung in Genf abzuhalten. Der Präsident dankt den Genfer Juristen für die Einladung, welche von der Versammlung mit Applaus angenommen wird.

Die Tagesordnung der Verwaltungsgeschäfte ist erschöpft. Da keine Bemerkungen angebracht werden, schließt der Präsident die geschäftliche Sitzung.

XI.

Der Präsident eröffnet die Diskussion über das Thema: Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts. Er dankt den beiden Berichterstatlern, Herrn Dr. PIERRE JOLIDON, Fürsprecher und Lehrbeauftragter an der Universität Bern, und Herrn Dr. PEIDER MENGIARDI, stellvertretender Direktor der Allgemeinen Treuhand AG, Bern, welche nacheinander das Wort ergreifen.

Dr. PIERRE JOLIDON, Berichterstatler in französischer Sprache:

1. En relisant, à quelque distance, le texte de mon rapport, je me suis rendu compte que j'ai utilisé ci et là, pour exprimer un jugement critique que je n'entends nullement modifier sur le fond, des expressions qui pourraient peut-être paraître ironiques. Si, de ce fait, je devais avoir blessé l'un ou l'autre des auteurs dont j'examinais les théories, je tiens à leur en

exprimer mes regrets. Je veux croire que leur bienveillance m'excusera, en mettant ces éventuels écarts de langage sur le compte d'un tempérament d'avocat qu'il est souvent difficile de réfréner.

2. Cela dit, je ne m'étonnerais nullement que la lecture même très rapide des deux rapports dont nous discutons aujourd'hui ait engendré une certaine surprise. Surprise de constater notamment l'importance que j'ai attribuée à des questions de simple terminologie et le fait que les rapporteurs, sur un sujet d'ordre apparemment pratique, ont consacré la majeure partie de leurs travaux à des questions dont le moins qu'on puisse dire est qu'elles sont de nature théorique. Cela mérite effectivement quelques explications, en complément de celles que j'ai déjà esquissées dans mon rapport.

a) Les rapporteurs de ce jour sont avant tout des praticiens du droit. Mais il leur a bien fallu se rendre compte de ce que les problèmes soulevés par le «type» juridique sont indissolublement liés à des questions fondamentales de méthodologie. Il est apparu ensuite que ces problèmes, et ces questions, étaient peu ou mal connus chez nous. C'était dès lors une exigence de simple probité intellectuelle que d'étudier en profondeur et d'exposer ces bases dont tout le reste dépend.

b) Quant à la terminologie, l'enquête à laquelle je me suis livré m'a paru et me paraît encore absolument indispensable. Je pense en effet que les théories juridiques les plus séduisantes et les plus justes en soi ne servent pas à grand'chose, surtout lorsqu'elles veulent apporter du neuf, si elles ne peuvent s'exprimer et se communiquer dans un langage suffisamment clair et précis. Le constat auquel j'ai abouti sur ce point autorise la conclusion qu'il est impossible d'utiliser les notions et critères «typologiques» si on ne donne pas préalablement au vocabulaire dans lequel ils sont formulés un sens technique déterminé qui écarte au moins la plus grande partie des équivoques et des malentendus. Or, c'est

uniquement la théorie allemande des types, telle que j'ai tenté de la résumer et de la critiquer dans mon rapport, qui fournit une telle signification spécifique, bien qu'encore très insuffisamment élaborée à mon avis. Cela ne veut pas dire qu'on ne doive pas se servir de ce vocabulaire en un sens commun et indéfini; mais il faut alors reconnaître qu'un tel usage ne saurait avoir une portée scientifique propre.

c) Vu cette situation, on pourrait se demander s'il était opportun qu'un tel problème fût l'objet d'une étude par la Société suisse des juristes. A cette question, je réponds très catégoriquement par l'affirmative.

Vous aurez pu voir en effet, en lisant les deux rapports, à quel point depuis quelques années les arguments typologiques tendent à se multiplier dans la doctrine juridique suisse; j'ajouterai que cette expansion se poursuit, puisqu'il vient de paraître il y a deux ou trois semaines une thèse de Zurich, intéressante en soi, consacrée au «devoir de fidélité» de l'actionnaire (*Die Treuepflicht des Aktionärs*) et dont l'auteur, M. HERBERT WOHLMANN, se fonde précisément sur la théorie des types et opère avec les notions de société anonyme typique et d'actionnaire typique. J'ai essayé, d'autre part, de montrer toute la confusion qui règne chez nous à cet égard, et qui affecte d'abord la terminologie, mais aussi – et à travers elle – les conceptions, principes et constructions juridiques qui s'inspirent de cette tendance.

Il était donc absolument nécessaire de faire le point pour éviter que cette confusion ne s'accroisse encore et que trop de temps et de talent ne soient gaspillés sans profit. Comme les tendances typologiques se sont manifestées essentiellement et de la manière la plus dynamique à propos de ce qu'on peut appeler des problèmes de structure dans le droit des sociétés, et que ces problèmes sont effectivement d'une grande actualité, il était naturel et judicieux de situer et de fixer dans ce cadre les travaux des rapporteurs. Il faut donc savoir gré au comité de notre Société d'avoir saisi au bon moment l'occasion de faire si possible quelque lumière sur une question aussi délicate.

3. Ces remarques préliminaires doivent être complétées par une autre constatation: à savoir que les deux rapporteurs, qui ne se sont pas concertés sur ce point, ont abordé leur sujet sous des angles très différents et qui, je crois, se complètent assez bien, même si les résultats auxquels ils ont abouti ne sont pas toujours identiques.

M. MENGIARDI est parti de différents problèmes réels qui se posent aujourd'hui dans l'application du droit des sociétés. Constatant les tensions et les conflits qui naissent d'une imparfaite adéquation de la loi à la réalité sociale et économique dans ce domaine, il a recherché quelles sont les possibilités d'apaiser ces tensions et de résoudre ces conflits. Il a été conduit ainsi à étudier le rôle que le type pourrait jouer dans cette perspective.

Mon point de départ, au contraire, est constitué par l'existence et le développement de thèses typologiques dans la doctrine suisse du droit des sociétés. J'ai examiné ces thèses, me suis achoppé aux difficultés terminologiques que vous savez, à la suite de quoi j'ai procédé à l'étude critique de la théorie qui seule pourrait donner à la typologie juridique un fondement suffisamment consistant. Ayant cru devoir discerner dans cette théorie de graves lacunes qui m'autorisaient à en nier la fécondité pratique au stade actuel, je n'avais évidemment pas de raison d'entrer plus avant, de manière systématique, dans l'application de cette théorie aux problèmes de structure concrets qui se posent dans le droit des sociétés.

4. Sans doute dois-je reconnaître que certaines de mes conclusions manquent de nuances. C'est là une lacune inhérente à un travail de ce genre, qui ne peut dépasser certaines limites.

Pour l'essentiel toutefois, mon rapport exprime bien ce que je pense du problème, même si la forme devait en être parfois trop tranchante. Tout spécialement, je dois maintenir que la théorie des types – même épurée dans sa terminologie et raffermie dans ses notions – ne peut guère servir à l'inter-

prétation du droit écrit. Il me paraît en effet exclu d'en arriver pratiquement, le législateur ayant formulé une règle au moyen de concepts classificateurs, à modifier la portée de cette norme qu'il a voulue et exprimée, en se référant à ce qu'il aurait fait s'il avait appréhendé la réalité sociale et exprimé la règle juridique selon des types plutôt qu'en fonction de concepts classificateurs. Il n'est pas admissible d'appliquer à une société, constituée conformément aux dispositions légales mais en utilisant toutes les possibilités ouvertes par le droit dispositif, les règles d'une autre forme de société pour le motif qu'une telle société s'écarterait d'un type déterminé que le législateur aurait eu en vue et que l'on reconstituerait après coup. Il faut rejeter une méthode selon laquelle on pourrait faire ressurgir soudainement des types d'institutions qui ne coïncident pas avec les définitions de la loi, en infléchir en quelque manière que ce soit l'application des dispositions légales selon que la réalité concrète correspond, ou ne correspond pas, ou correspond plus ou moins à ces types. La sécurité juridique est un bien trop précieux pour qu'on puisse admettre de l'ébranler à un tel point, indépendamment du fait que l'on imposerait ainsi aux praticiens du droit une tâche dont j'ose dire que de manière générale elle les dépasserait.

Cela ne signifie évidemment pas qu'une loi puisse être considérée comme parfaite et définitive. Il est bien certain, d'une part, que le législateur vise à la fois une certaine réalité et un certain ordre à lui imposer, et d'autre part que cet ordre, formulé dans les textes, peut ne plus correspondre raisonnablement à une réalité qui a évolué et reste en constante évolution. Mais je ne vois pas comment, dans une telle hypothèse, la théorie des types pourrait contribuer valablement à atténuer cette anomalie, en dehors d'une modification législative. Il me paraît inacceptable que l'interprète se substitue en fait au législateur pour adapter l'ordre juridique aux changements des circonstances (à moins bien entendu qu'une disposition suffisamment souple de la loi lui permette d'arriver à ce résultat: mais c'est là une toute autre question).

Au surplus, l'interprétation de la loi obéit à des principes qui sont arrivés, après une très longue évolution, à un point que l'on peut considérer comme satisfaisant. Certes, cette évolution n'est pas terminée, et ces principes appelleront toujours de nouveaux perfectionnements. Je ne pense pas que la théorie des types puisse apporter un progrès décisif dans cette perspective. Je suis en outre d'avis que les principes généraux du droit, tels que nous les connaissons, et en particulier l'interdiction de l'abus de droit, constituent des instruments dont la valeur et l'efficacité rendent très problématique le recours à ceux que la typologie pourrait un jour nous donner.

5. Laissons maintenant cette question de l'application du type dans l'interprétation de la loi, et revenons brièvement à l'un des domaines dont j'ai dit, dans mon rapport, qu'une théorie des types raffermie et épurée pourrait éventuellement y être fructueuse. Je veux parler de l'activité propre du législateur, singulièrement lorsqu'elle concerne le droit de la société anonyme.

Comment le législateur suisse devrait-il, procédant par typisation de la réalité économique, réglementer les structures de la société anonyme, dès lors qu'il constate que le régime unitaire actuel recouvre, en faisant parfois quelque violence à cette réalité, des phénomènes – des types réels – fort dissemblables ? Plus précisément, convient-il d'envisager deux ou plusieurs sortes distinctes de sociétés anonymes, chacune correspondant à un « type » particulier ?

Ce problème souvent évoqué s'articule, dans la perspective de la théorie des types où je me place ici, à celui du « blocage », de la fixation plus ou moins forte des types dans la loi au moyen de dispositions impératives. Il est en effet clair, et M. MENGIARDI l'a fort bien démontré, que plus les types sont fortement fixés dans la réglementation légale, plus le champ d'action de l'autonomie privée est pratiquement limité, et plus nombreux sont les types légaux que le législateur doit mettre à la disposition des intéressés. Et il apparaît immédia-

tement que toute adjonction de nouveaux types légaux multiplie en même temps les difficultés de leur délimitation réciproque. Or, ce sont précisément ces problèmes de délimitation qui soulèvent en pratique, maintenant déjà, des difficultés considérables et parfois presque insurmontables. J'approuve donc entièrement la conclusion du rapporteur de langue allemande sur ce point, à savoir qu'il faut préférer un petit nombre de types légaux faiblement fixés, à des institutions plus nombreuses et plus différenciées, largement régies par du droit impératif, et dont les possibilités d'utilisation sont forcément plus restreintes.

L'application de ces considérations à une future législation suisse de la société anonyme me permet de confirmer ce que j'en ai dit très brièvement dans mon rapport (p. 588–589). Je pense en effet qu'il serait contre-indiqué, de lege ferenda, d'instituer plusieurs sortes de sociétés anonymes distinctes, fortement structurées et ayant chacune un champ d'application particulier (par exemple une société anonyme «de famille», à côté d'une société anonyme publique, et peut-être d'une troisième sorte de société anonyme qui devrait bien subsister pour toutes les autres hypothèses). Cela aboutirait à accroître inconsiderablement les difficultés de délimitation que je viens de rappeler, tout en rendant le système plus rigide et finalement moins apte à satisfaire aux besoins variés et changeants de la vie économique. D'ailleurs, je ne vois pas de raison fondamentale, si l'on voulait particulariser ainsi dans la législation différents types de sociétés anonymes, de s'en tenir là et de ne pas opérer de même avec d'autres formes sociales (je pense avant tout à l'association et à la société coopérative). On voit où cela pourrait conduire.

Il faut au contraire maintenir en principe le régime unitaire de la société anonyme que nous connaissons actuellement. Malgré tout ce qu'on en a dit, je suis d'avis qu'il ne convient pas si mal que cela, dans la pratique, à l'ensemble des phénomènes divers qu'il recouvre. Ces phénomènes ont tous en commun l'acceptation de certaines «règles du jeu» dans la poursuite d'un but collectif (selon la très heureuse

formule de M. MENGIARDI), et cela me paraît suffisant. Sans doute un tel régime est-il perfectible et doit-il être amélioré pour tenir compte plus raisonnablement de certains aspects particuliers. J'estime qu'on peut très avantageusement le faire au moyen de quelques dispositions spéciales complétant une réglementation générale et souple, dispositions qui pourraient être édictées dans le contexte du droit commun de la société anonyme, voire même, si cela apparaissait nécessaire, dans une loi spéciale.

6. Pour terminer, je tiens à revenir une fois encore, afin d'éviter tout malentendu, sur la perspective générale dans laquelle mon rapport a été conçu.

Je suis donc parti de la théorie. Cela me paraît justifié, puisque c'est uniquement dans la doctrine que depuis quelques années les considérations typologiques proprement dites ont pris place et se sont développées. La législation et la jurisprudence de notre pays ne se sont jusqu'à maintenant pas référées, du moins pas expressément, à cette théorie (et je pense que c'est heureux); je concède bien volontiers que certaines autorités judiciaires ont pu, dans de rares cas isolés, faire de la typologie approximative, comme M. JOURDAIN faisait de la prose: sans le savoir; il n'y a donc pas lieu d'en tenir compte.

J'ai constaté alors que cette doctrine, dans son ensemble, pèche par une singulière confusion, d'une part, et que d'autre part, et parallèlement, elle trouve son explication fondamentale dans des démarches d'une extrême intellectualité. Couronnant le tout, il m'a paru devoir déceler en elle une très forte tendance «expansionniste», caractérisée par une ambition qui m'a semblé être disproportionnée.

Alors j'ai pris peur. J'ai craint – et je crains encore – qu'en continuant sur cette lancée nous en arrivions à une espèce de mystique des types, à une sorte de «typolâtrie» (si j'ose à mon tour forger un néologisme!) de nature à compromettre très gravement la sécurité du droit, à rendre finalement impossible la tâche du praticien moyen (juge, avocat, notaire)

et, par là, à porter préjudice à la réalisation effective d'un ordre juridique normalement praticable. Qu'advierait-il en effet, s'il fallait, à l'aboutissement d'une telle évolution, distinguer par exemple entre un mariage et un conjoint typiques et un mariage et un conjoint qui ne le seraient pas, entre un mari trompé typique, plus ou moins typique, voire totalement atypique ? J'exagère, bien sûr, mais sans doute pas autant qu'on pourrait l'imaginer à première vue. En tout cas, cela explique ma réaction, d'abord spontanée, puis réfléchie. Comme toute réaction, il est possible que la mienne ait parfois été trop loin, et je n'ai jamais été aussi conscient de ce risque qu'à la lecture du rapport de M. MENGIARDI. J'ai toutefois jugé utile, pour donner une base de discussion à nos débats, d'exprimer mon sentiment tel que je le ressentais et le ressens aujourd'hui encore dans toute la mesure où il s'agit de l'essentiel. Je n'ai rien contre les recherches intellectuelles pures, bien au contraire. Mais je ne peux pas admettre qu'on les fasse déboucher immédiatement dans le domaine juridique, où l'objectif est la réalisation d'un ordre déterminé dans la réalité concrète d'un certain nombre de rapports entre les hommes.

Ce que je viens de dire confirme bien que je n'entends nullement dénigrer les travaux de ceux qui, en Suisse, ont commencé à développer des thèses typologiques, et pour la science desquels j'éprouve le plus grand respect. Je n'entends pas davantage critiquer l'usage qui a été fait chez nous dans un sens commun, avant (et même après) l'avènement de l'«ère typologique», de termes, d'expressions et de formules se référant aux «types»; je veux dire seulement qu'un tel usage – qu'il n'y a aucune raison de vouloir abolir pour autant que le contexte permette de voir clairement de quoi il s'agit – n'a rien à faire avec cette théorie des types dont j'ai tenté d'évaluer la portée et (surtout) les limites.

Ce contre quoi je m'élève en premier lieu, aujourd'hui encore, c'est la mystique qui me paraît inhérente à cette théorie. Lisez la série de travaux publiés à ce sujet dans la revue «Studium Generale», et vous serez édifiés. J'ai estimé

de mon devoir de soumettre cette théorie à l'analyse la plus lucide qu'il m'était possible. Ce travail m'a conduit à une entreprise qui n'est pas de démolition, mais plutôt de démythification. Quitte à passer pour un esprit grossier, inapte à saisir certaines subtiles nuances intellectuelles, ou pour un jeune présomptueux qui verse dans la « contestation » de tout ce qui le dépasse, j'ai préféré dire très franchement ce que je pensais.

Les débats de ce jour permettront peut-être d'ouvrir un dialogue, dont j'espère qu'il sera fructueux.

Dr. PEIDER MENGIARDI, Berichterstatter in deutscher Sprache:

I.

1. Ausgangspunkt meiner Betrachtungen zum heutigen Thema ist die Feststellung, daß im schweizerischen Gesellschaftsrecht oft eine Kluft zwischen Rechtswirklichkeit und gesetzlicher Ordnung besteht. Das hat im wesentlichen zwei Gründe:

Die gesetzlich geregelten Gesellschaften können von den Parteien kraft ihrer Privatautonomie stark geändert werden; die Rechtsgenossen haben aber auch die Möglichkeit, diese Gesellschaften unverändert zu übernehmen, sie jedoch zur Ordnung von Sachverhalten zu verwenden, wofür sie nicht bestimmt waren. Selbstverständlich ist auch eine Kombination dieser beiden Varianten möglich.

2. Die Folge dieser Diskrepanz ist eine Spannung zwischen Rechtswirklichkeit und Rechtsnorm. Die daraus entstehenden Probleme können als Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts bezeichnet werden. Es schien mir zweckmäßig, für die Berichterstattung zu unterscheiden zwischen den Strukturproblemen, welche das Gesellschaftsrecht als Ganzes betreffen, und jenen, die sich nur auf einzelne Gesell-

schaften beziehen. Die ersteren habe ich Strukturprobleme im weiteren Sinne, die letzteren Strukturprobleme im engeren Sinne genannt.

3. Es war nicht möglich, in einem Bericht an den Juristentag alle diese Probleme zu behandeln. Deshalb drängte sich eine Beschränkung auf.

Methodisch gebührt den Strukturproblemen im weiteren Sinne der Vorrang. Ich habe mich deshalb in erster Linie mit dieser Problemgruppe befaßt. Hinsichtlich der Strukturprobleme im engeren Sinn ist eine Arbeitsteilung möglich. Aus diesem Problemkreis habe ich nur zwei Spezialfragen behandelt, nämlich die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins und der Stiftung.

4. Meine Untersuchungen hatten ein Schwergewicht. Sie konzentrierten sich auf die Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts aus der Sicht des Gesetzgebers. Dieser besondere Akzent ist deshalb gesetzt worden, weil der Gesetzgeber auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts vor neuen größeren Aufgaben steht, insbesondere aber auch aus der Überzeugung heraus, daß sich die Rechtswissenschaft mit gesetzgeberischen Problemen ganz allgemein intensiver befassen sollte.

5. Diese besondere Betrachtungsweise hatte zur Folge, daß vorerst der Standort festgelegt werden mußte, von welchem aus die Fragen nach dem zu gestaltenden Recht beurteilt werden. Darauf trete ich hier nicht mehr ein.

Im folgenden möchte ich meine Ausführungen auf drei Punkte konzentrieren:

- Die Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts im weiteren Sinne
- Die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins
- Die Verwendungsmöglichkeiten der Stiftung.

II.

1. Zuerst zu den Strukturproblemen des Gesellschaftsrechts im weiteren Sinne.

Es ging hier im wesentlichen darum, das Gesellschaftsrecht als Ganzes zu analysieren und gewisse Zusammenhänge aufzuzeigen. – Vielleicht ist hier für jene Damen und Herren, welche den Bericht nicht gelesen haben, beizufügen, daß ich den Begriff «Gesellschaftsrecht» in einem weiteren Sinne verstanden und auch die Genossenschaft, den Verein und die Stiftung in die Untersuchung einbezogen habe. Das war durch die Problemstellung bedingt.

2. Die Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts in diesem weiteren Sinne haben im wesentlichen ihren Grund in der Tatsache, daß der Gesetzgeber zur kollektiven Zweckverfolgung nur eine beschränkte Zahl von Typen zur Verfügung stellt. Es war zu untersuchen, was das in dogmatischer Hinsicht bedeutet. Es wurde bald klar, daß zwischen der beschränkten Zahl der Typen und der Typenfixierung ein enger Zusammenhang besteht. Der Grundsatz der beschränkten Typenzahl ist nämlich ohne eine gewisse Typenfixierung überhaupt nicht durchführbar.

3. Wie bereits angetönt, sind in unserem Gesellschaftsrecht die Gesetzestypen relativ schwach fixiert. Die Verwendungsmöglichkeiten der Gesellschaften sind nur ausnahmsweise, etwa im Vereinsrecht und in einem gewissen Umfang auch im Genossenschaftsrecht, beschränkt.

Die zwei Hauptfragen bestanden deshalb darin, ob die Gesetzestypen stärker zu fixieren und ob die Verwendungsmöglichkeiten der Gesellschaften einzuschränken sind.

Zur ersten Frage – der Frage nach der Typenfixierung – bin ich zum Schluß gekommen, daß eine kleine Anzahl von relativ schwach fixierten Gesetzestypen grundsätzlich einer großen Anzahl von relativ stark fixierten Typen vorzuziehen ist. Je intensiver die Gesetzestypen fixiert werden, desto mehr Verbandstypen muß das Gesetz zur Verfügung stellen,

um den Bedürfnissen zu entsprechen. Eine Vermehrung der Gesetzestypen schafft notwendigerweise zusätzliche Abgrenzungsprobleme und könnte, je nach der Intensität, den Überblick in Frage stellen. Trotzdem würde es kaum je gelingen, für alle praktischen Bedürfnisse jeweilen die passenden Gesetzestypen bereitzuhalten. Wenige relativ flexible Typen, welche von den Parteien von Fall zu Fall der besonderen Lage angepaßt werden können, verdienen den Vorzug. Damit soll allerdings nicht von vorneherein jede zusätzliche Differenzierung unseres gegenwärtigen Gesellschaftsrechts abgelehnt werden. Man wird jedoch in dieser Beziehung Zurückhaltung üben müssen.

Zur zweiten Frage – der Frage nach der Beschränkung der Verwendungsmöglichkeiten der Gesetzestypen –: Es ist evident, daß eine solche Beschränkung die Gestaltungsfreiheit der Rechtsgenossen außerordentlich stark einschränken würde. Ich bin zum Schluß gekommen, daß sich ein so weittragender Eingriff nur dann rechtfertigen läßt, wenn der Verfolgung bestimmter Zwecke nur unter der Voraussetzung Rechtsschutz gewährt werden kann, daß gleichzeitig auch die Art und Weise der Zweckverfolgung zwingend vorgeschrieben wird. Die Mittel zur Erreichung dieses Zieles wären eine starke Fixierung des Gesetzestypus, verbunden mit einer Beschränkung seiner Verwendungsmöglichkeiten. Solche Sonderfälle gibt es. Ich denke etwa an den Anlagefonds. Im allgemeinen besteht jedoch im Gesellschaftsrecht kein Anlaß, die Verwendungsmöglichkeiten der Gesetzestypen einzuschränken.

Auf die Problematik im Zusammenhang mit den Verwendungsmöglichkeiten des Vereins und der Stiftung werde ich noch eintreten.

4. Interessant ist die Erkenntnis – sie ist in meinem Bericht vielleicht zu wenig deutlich zum Ausdruck gekommen –, daß die Art und Weise, wie der Gesetzgeber die beiden erwähnten Probleme gelöst hat, Auswirkungen auf die Methode der Auslegung des Gesellschaftsrechts haben muß. Ein

Gesellschaftstyp, der nur zur Regelung ganz bestimmter Sachverhalte verwendet werden darf, kann nicht nach der gleichen Methode ausgelegt werden, wie ein solcher, der zur Ordnung einer Vielfalt von Tatbeständen herangezogen werden darf.

Ich bin der Meinung, daß im Hinblick auf die Auslegungsmethode zu unterscheiden ist zwischen den Fällen, in denen die gesetzliche Ordnung kraft der Privatautonomie geändert wurde, und jenen, in welchen eine vom Gesetz geregelte Gesellschaft zwar unverändert übernommen, aber zur Regelung eines Sachverhaltes verwendet worden ist, welcher vom Leitbild des Gesetzgebers abweicht.

Im ersten Fall wird das Rechtsverhältnis von jenen Normen beherrscht, die sich die Parteien – im Rahmen des Gesetzes – selber gegeben haben. Diese sind nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung von Verträgen auszulegen, wobei allerdings besonders zu berücksichtigen ist, daß die Rechte und Pflichten der Parteien auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes ausgerichtet sind. Nur wenn diese Regelung lückenhaft ist, gewinnt der Gesetzestypus Bedeutung für die Auslegung.

Anders im Fall, in welchem eine Gesellschaft unverändert übernommen, aber zur Regelung atypischer Sachverhalte verwendet worden ist. Die Rechtsbeziehungen unter den Parteien sind in diesem Fall unter Bezugnahme auf das Leitbild des Gesetzgebers zu beurteilen. Diese Folgerung ergibt sich aus dem Grundsatz der beschränkten Typenzahl. Wer die Aktiengesellschaft als Organisationsform wählt und es unterläßt, die gesetzliche Ordnung den besondern Verhältnissen anzupassen, kann nicht Anspruch darauf erheben, daß seine Rechtsstellung nach den Regeln der Kollektivgesellschaft beurteilt wird, lediglich deshalb, weil unter den wenigen Gesellschaftern enge persönliche Beziehungen bestehen. Eine je nach Interessenlage differenzierte Auslegung dispositiven Rechts – die auch schon befürwortet worden ist – wäre meines Erachtens verfehlt und der Rechtssicherheit sehr abträglich.

In der Praxis werden die beiden erwähnten Fälle oft miteinander kombiniert sein. Das ist jedoch kein Grund, die beiden Gesichtspunkte nicht auseinander zu halten.

Es ist evident, daß bei dieser Betrachtungsweise der Ausgestaltung der Statuten bzw. der Gesellschaftsverträge große Bedeutung zukommt. Das wird in der Praxis oft zu wenig beachtet.

5. Noch eine letzte Bemerkung zu den Strukturproblemen des Gesellschaftsrechts im weiteren Sinne.

Besonders im Ausland werden oft Gesellschaftsrecht und Wirtschaftsrecht miteinander vermengt. Ich habe mich mit diesem Problem eingehend befaßt und bin zum Schluß gekommen, daß dies nicht richtig ist. Die Gesellschaft darf nicht mit dem Unternehmen identifiziert werden, auch die Aktiengesellschaft nicht. Sie ist unter diesem Gesichtspunkt als eine Einheit von Spielregeln zur kollektiven Zweckverfolgung aufzufassen. Das Gesellschaftsrecht sollte deshalb nur jene Probleme regeln, die sich aus dem Sinn und Zweck sowie aus der besondern Struktur der betreffenden Gesellschaft ergeben. Drittinteressen dagegen, welche damit nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen, wäre gesondert Rechnung zu tragen, etwa im Kartellgesetz, im Arbeitsrecht oder in Börsenerlassen.

III.

1. Diese Überlegung leitet nun über zu den Strukturproblemen des Gesellschaftsrechts im engeren Sinne. Daraus nur die zwei bereits erwähnten Spezialfragen. Vorerst zu den Verwendungsmöglichkeiten des Vereins.

2. Ich muß gestehen, daß dieses Problem mir am meisten Mühe bereitete. Das Ergebnis ist ungefähr das Gegenteil dessen, was ich mir vor einer intensiveren Beschäftigung mit der Materie als richtig vorstellte.

3. Nach der gesetzlichen Ordnung darf der Verein nur zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Zwecke verwendet werden. Daß diese Beschränkung in der Praxis nicht durchgehalten werden konnte, ist allgemein bekannt.

Die Schwierigkeiten dürften im wesentlichen auf zwei Gründe zurückzuführen sein:

a) Die Unterscheidung wirtschaftlich/nichtwirtschaftlich erweist sich bei näherer Betrachtung als gekünstelt. Die Abgrenzung gibt der Rechtsprechung fast unlösbare Probleme auf.

b) Der Verein des schweizerischen Rechts eignet sich sehr gut auch zur Verfolgung vieler wirtschaftlicher Zwecke. Er übt deshalb eine große Anziehungskraft aus.

Die Verlegenheit, in welcher wir uns in der Frage nach den Verwendungsmöglichkeiten des Vereins gegenwärtig offensichtlich befinden, hat mich dazu angeregt zu prüfen, ob es überhaupt einen stichhaltigen Grund dafür gibt, die Verfolgung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zwecke an besondere Typen zu binden. Ich kam, insbesondere mittels der Methode der Rechtsvergleichung, zu einem negativen Ergebnis.

4. Wenn wir den Verein auch zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke öffnen, dann drängt sich allerdings eine Ergänzung des gegenwärtigen Vereinsrechts auf. Insbesondere müssen die wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder besser geschützt werden. Die damit in Zusammenhang stehenden Probleme konnte ich nur andeuten. Sie müßten noch genau geprüft werden.

IV.

1. Ich komme nun zu den Verwendungsmöglichkeiten der Stiftung. Da die Stiftung heute im Wirtschaftsleben, insbesondere als Personalfürsorgestiftung, eine sehr wichtige Rolle spielt, und die Unternehmensstiftung da und dort ins Blick-

feld gerückt ist, schien es angezeigt, dazu einige Überlegungen anzustellen.

2. Ich kam zum Schluß, daß unsere gegenwärtige Rechtsordnung die Verwendungsmöglichkeiten der Stiftung nicht beschränkt.

Meine weiteren Überlegungen konzentrierte ich auf die Frage, ob die Verwendungsmöglichkeiten der Stiftung im Hinblick auf die Problematik der Unternehmensstiftung in Zukunft zu beschränken sind.

3. Ich mußte feststellen, daß ein wesentlicher Teil der Bedenken, welche gegen die Unternehmensstiftung geltend gemacht werden, die Stiftung überhaupt betreffen. Nach meiner Ansicht sind nicht genügend Gründe vorhanden, um die Unternehmensstiftung zu verbieten. Diese kann in besonderen Fällen eine sehr nützliche und segensreiche Institution sein und verdient deshalb Rechtsschutz.

4. Wenn man sich unter einer Unternehmensstiftung die Verselbständigung eines Vermögens vorstellt, mit dem einzigen Zweck, dieses Vermögen zu verwalten und zu äufnen, dann allerdings müßte man der Unternehmensstiftung den Rechtsschutz verweigern, und zwar schon deshalb, weil ihr die Stiftungs-idee, «die Widmung des Hingegebenen für etwas», fehlen würde. Aufgrund meiner praktischen Erfahrung bin ich indessen nicht davon überzeugt, daß Unternehmensstiftungen hauptsächlich aus diesem Motiv gegründet werden, wie vereinzelt behauptet wird. Soweit ich feststellen konnte, schafft man Unternehmensstiftungen entweder um in den Beteiligungsverhältnissen des Hauptunternehmens eine gewisse Stabilität zu schaffen – in diesem Fall besitzt die Stiftung eine starke Minderheit der Beteiligungsrechte –, oder um eine Unternehmenseinheit im Interesse der darin beschäftigten Menschen vor den Gefahren der Zersplitterung der Beteiligungsrechte zu schützen, oder aber um diese Menschen am Unternehmensgewinn zu beteiligen, beispielsweise über eine Personalfürsorgestiftung.

5. Meine Untersuchungen beschränkten sich auf die Frage nach den Verwendungsmöglichkeiten der Stiftung. Nicht geprüft wurden die besonderen Strukturprobleme der Unternehmensstiftung. Diese sind sehr komplex und erfordern eine gesonderte Behandlung. Daß unsere gegenwärtige gesetzliche Regelung ihnen in keiner Weise gerecht wird, ist evident. Immerhin ist sie insoweit angemessen, als sie Raum für eine zweckmäßige Gestaltung seitens des Stifters läßt. Wenn dieser seine Aufgabe jedoch nicht richtig erfüllt, können sehr große Schwierigkeiten entstehen. Deshalb müßte das Stiftungsrecht, falls die Unternehmensstiftungen auch in unserem Land Anklang finden sollten, im Hinblick darauf revidiert werden.

V.

Gestatten Sie mir, meine Damen und Herren, noch eine kurze Schlußbemerkung.

Ich kann mir vorstellen, daß Sie meine Überlegungen teilweise als recht ungewöhnlich beurteilen. Möglicherweise wird man mir auch entgegenhalten, sie würden unserem sogenannten «hergebrachten System» zu wenig Rechnung tragen.

Dazu wäre zu bemerken, daß – nach meiner Ansicht – Ausgangspunkt für die Lösung von gesetzgeberischen Aufgaben nicht das System, sondern die zu bewältigenden Probleme sein müssen. Wenn es sich erweist, daß eine zweckmäßige Lösung im Rahmen des «hergebrachten Systems» nicht möglich ist, muß dieses System durchbrochen werden, allerdings nicht leichtfertig.

Wer auf diesem Boden steht, kommt nicht darum herum, sich auch mit methodologischen Problemen zu befassen. Das ist der Grund, weshalb es mir unerläßlich schien, mir auch einige Gedanken zu Fragen der System- und Begriffsbildung zu machen. Die Auseinandersetzung mit dem Typusbegriff insbesondere war keine leichte Aufgabe; sie hat aber doch – wie mir scheint – einige interessante neue Aspekte eröffnet.

Prof. Dr. ERNST VON CAEMMERER, Freiburg i. Br.:

Hochverehrter Herr Präsident, meine sehr verehrten Damen und Herren! Erlauben Sie mir, mit einem kurzen persönlichen Wort zu beginnen. Es ist mir eine große Ehre, hier an Ihrem Juristentag teilnehmen zu dürfen, und ich möchte besonders Ihnen, Herr Präsident, meinen aufrichtigen und herzlichen Dank für die so liebenswürdige und gastfreundliche Aufnahme aussprechen, die meine Frau und ich hier gefunden haben. Ich erlebe Ihre Verhandlungen in dem schönen Solothurn mit lebhafter Anteilnahme mit und bin ihnen mit größtem Interesse gefolgt. Besonders das heute behandelte Thema geht mich nahe an, und ich freue mich, wenn Sie mir gestatten, dazu einige Bemerkungen aus der Sicht des deutschen Gesellschaftsrechts beizutragen. Natürlich soll es sich nicht um eine Art Korreferat handeln, sondern im Hinblick auf die knappe für einen Diskussionsbeitrag ins Auge gefaßte Zeit lediglich um einige kurze Bemerkungen.

Der Gedanke, bei der Gesetzesanwendung, bei der Auslegung des Gesetzes und bei der Rechtsfortbildung auf den Typ der Gesellschaft abzustellen, den der Gesetzgeber vor Augen gehabt hat und mit seiner Regelung erfassen wollte, scheint mir fruchtbar zu sein. Ich würde also von mir aus die gewisse Skepsis, die insoweit in den beiden Referaten vielleicht zum Ausdruck gekommen ist, nicht ganz teilen.

Der Gedanke, um den es hier geht, wird auch in Deutschland in der Literatur des Gesellschaftsrechts erörtert, freilich nicht mit so umfassenden methodischen und begrifflichen Untersuchungen, wie sie in der schweizerischen Diskussion, insbesondere nun jetzt in den beiden umfangreichen Referaten der Herren MENGIARDI und JOLIDON und in dem Buch von Herrn KOLLER über Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht vorliegen. Es handelt sich im deutschen gesellschaftsrechtlichen Schrifttum nur um gelegentliche Äußerungen und konkrete Stellungnahmen und Anregungen zu bestimmten Einzelproblemen.

Will man sich ein richtiges Urteil bilden, so muß man sich meines Erachtens vor allem vor Augen halten, daß die Abweichung vom Typus, die Verwendung eines Rechtsinstituts zu Zwecken, die vom Leitbild des Gesetzgebers abweichen, verschiedene Bedeutung haben kann. Der Grad der Zweckbindung eines Instituts ist verschieden stark. Damit ist auch der Spielraum in seinen Verwendungsmöglichkeiten verschieden groß und die Abweichung von dem gesetzlichen Leitbild differenziert zu beurteilen. Das ist meines Erachtens besonders zu unterstreichen, und ich möchte versuchen, diese verschiedene Bedeutung, die die Abweichung von dem Leitbild der gesetzlichen Regelung haben kann, an ein paar Beispielen zu erläutern.

1. Unter Umständen ist die Verwendung eines Rechtsinstituts zu Zwecken, für die es nicht gedacht war, einfach Rechtsmißbrauch. So lag es in dem wohl über die deutschen Grenzen hinaus bekannt gewordenen Fall Feldmühle, der bei uns das Bundesverfassungsgericht beschäftigt hat (Urteil vom 7. August 1962, BVerfGE 14, 263). Nun, das Bundesverfassungsgericht wurde zu Unrecht angerufen und konnte nicht eingreifen. Mit dem Gedanken der Eigentumsgarantie konnte nicht geholfen werden. Es ging um Fragen der Umwandlung von Gesellschaften. Vorschriften des deutschen Umwandlungsrechts, die die Wahl einer angemessenen Gesellschaftsform und die Entschachtelung verschachtelter Konzerne erleichtern sollten, waren zwar ihrem äußeren Wortlaut entsprechend angewandt worden. Aber man hatte sie dazu benutzt, eine neue andersartige Verschachtelung herbeizuführen und dabei eine kleine Gruppe von Minderheitsaktionären gegen ihren Willen zwangsweise aus dem Unternehmen herauszudrängen. Das war, wie insbesondere KRONSTEIN (Recht und wirtschaftliche Machtentfaltung, Betriebs-Berater, 1960, S. 221 ff. = ausgewählte Schriften, 1962, S. 93 ff.) und RAISER (Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Summum ius summa iniuria*, 1963, S. 143 ff., 159) überzeugend dargetan haben, Mißbrauch eines

Rechtsinstituts für Zwecke, für die es nicht gedacht war. Die hier vorgekommene konzernrechtliche Manipulation hätte also als Rechtsmißbrauch angefochten werden können.

2. Anders liegt es bei der atypischen Verwendung der Rechtsform der Aktiengesellschaft. Man muß, wenn man das deutsche Aktienrecht als Beispiel heranziehen will, dabei die bekannte Tatsache im Auge behalten, daß die Aktiengesellschaft in Deutschland eine andere Rolle spielt als im schweizerischen Recht. Die Form der Aktiengesellschaft ist in Deutschland größeren und großen Unternehmen vorbehalten. Es gibt (nach dem Stande vom 1. Januar 1968) nur rund 2350 Aktiengesellschaften in Deutschland, aber mit einem Durchschnittskapital von 21 Millionen DM. Das steht in starkem Gegensatz zu den Verhältnissen in der Schweiz, wo Sie rund 52000 Aktiengesellschaften haben. Die in der Schweiz so wichtige Kleinaktiengesellschaft, die auch dem personalistisch aufgebauten Klein- und Mittelbetrieb zur Verfügung steht, fehlt in Deutschland. Ihre Rolle übernimmt die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Es gibt zur Zeit rund 62400 Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Deutschland. Der Gesetzgeber des deutschen Aktiengesetzes von 1965 hat seiner unendlich ins einzelne gehenden und weitgehend zwingenden Regelung die Publikumsaktiengesellschaft mit breit gestreutem Kapital zugrunde gelegt. Natürlich wußte man, daß es auch die «closely held corporation» gibt oder die (nicht selten konzerngebundenen) Gesellschaften, bei denen neben Großaktionären, die die Gesellschaft beherrschen, noch eine größere Zahl von Kleinaktionären vorhanden ist. Auch Familiengesellschaften und Personalunternehmen, die auf wenige Beteiligte beschränkt sind, kommen also in der Form der Aktiengesellschaft vor. Ebenso auch Einmanngesellschaften. Aber wenn sie sich dieser Rechtsform mit ihrem großen Apparat der Publizität und dem großen Aufwand zwingender Vorschriften bedienen, dann sind sie auch an ihn gebunden, wenn er auf ihren Typus nicht berechnet ist. Das Aktienrecht ist so detailliert und

streng zwingend mit gering gehaltenem Spielraum für die Vertragsgestaltung ausgebaut, daß sich auch Gesellschaften von abweichendem Typus, die die Form der Aktiengesellschaft gewählt haben, seine strikte Anwendung gefallen lassen müssen. Man würde in Deutschland also wohl ähnlich formulieren, wie das schweizerische Bundesgericht im Urteil von 1965 betreffend die Wyss-Fux-AG-Elektrogeschäft (BGE 91 II 298). Auch wenn das in der Form der Aktiengesellschaft betriebene Unternehmen der Sache nach Personalunternehmen ist, gibt es bei der Aktiengesellschaft als reiner Kapitalgesellschaft keine gesellschaftlicherliche Treuepflicht, die es dem Aktionär verböte, dem Unternehmen Konkurrenz zu machen. Der Satz, daß dem Aktionär keine andere Verpflichtung auferlegt werden kann als die Einbringung der Einlage (§ 54 AktG), ist zwingend und ganz starr.

3. Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist die Sachlage eine andere. Auch sie ist Kapitalgesellschaft, aber sie ist offen für personalistische Elemente. Hier kann eine solche Treubindung je nach den Umständen des Falles und dem konkreten Charakter der Gesellschaft durchaus bejaht werden, und Lehre und Praxis tun das auch.

4. Ich komme nun zu einem vierten Bereich, dem Recht der Personalgesellschaften, der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft. Bei diesen Personalgesellschaften sind ganz weitgehende Abweichungen von dem gesetzlichen Leitbild zugelassen und allgemein anerkannt. Das gilt für die typische und die atypische stille Gesellschaft ebenso wie für die normale typische Kommanditgesellschaft und die vom Normaltyp abweichende sogenannte kapitalistisch oder besser körperschaftlich organisierte Kommanditgesellschaft.

Interessant ist vielleicht der folgende Fall. Im Schrifttum wurde die These vertreten, man müsse im Einzelfall prüfen, ob die im Gesellschaftsvertrag vorgenommene Gestaltung noch mit den gesetzlichen Ordnungsgedanken verein-

bar sei. Insbesondere REINHARDT (HAUPT/REINHARDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 20 III, S. 79) hat diesen Gedanken verfochten. Sei der Kommanditist wirtschaftlich Unternehmensinhaber und der persönlich haftende Gesellschafter mehr oder weniger vermögenslos und weisungsabhängiges ausführendes Organ des Kommanditisten, dann könne sich der Kommanditist auf die beschränkte Haftung nicht berufen. Der deutsche Bundesgerichtshof hat das erst kürzlich in einem Urteil von 1966 (BGHZ 45, 204) verworfen und die Klage, die wegen Vermögenslosigkeit des persönlich haftenden Gesellschafters gegen den Kommanditisten angestrengt worden war, abgewiesen. Ich glaube mit Recht. Natürlich liegt es anders bei irreführendem Auftreten im Geschäftsverkehr. Aber das war im konkreten Fall gar nicht behauptet worden und konnte nicht behauptet werden. Der Geldgeber war vielmehr über die Verhältnisse orientiert oder konnte es sein. Ich glaube also, daß der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung recht gehabt hat. Er hätte andernfalls die zahllosen Fälle der Typenmischung und den tiefgreifenden Strukturwandel, der sich durch die gesellschaftsrechtliche Vertragsgestaltung im Recht der Personengesellschaften ergeben hat und von der Praxis mit Recht anerkannt worden ist, in Gefahr gebracht.

Gewiß haben wir im Handelsgesellschaftsrecht die beschränkte Typenwahl, den *numerus clausus* der zur Verfügung stehenden Gesellschaftsformen. Aber man muß sich doch fragen: warum? Der *numerus clausus* dient zum Schutz der außenstehenden Dritten, die auf die typisierten Vertretungs- und Haftungsverhältnisse bei den einzelnen Gesellschaftsformen sollen vertrauen können. Bei der Aktiengesellschaft mit ihrer *Negotiabilität* der Beteiligungen dient er auch dem Schutz des Aktienerwerbers, der den Umfang seiner Rechte und seiner Unterwerfung unter die Mehrheitsmacht soll beurteilen können. Bei Personalgesellschaften dagegen ist die Gestaltung des Innenverhältnisses bewußt freigelassen worden. So konnte sich die Vielfalt der Gestaltungen von der rein personalistischen zur körperschaftlichen Kom-

manditgesellschaft und von der typischen zur atypischen stillen Gesellschaft usw. meines Erachtens in durchaus zulässiger Weise entwickeln und hat das Bild der gesellschaftsrechtlichen Realität gegenüber dem ursprünglichen Leitbild des Gesetzgebers völlig verschoben.

Aber auch in diesem Bereich der Gestaltungsfreiheit spielt der Gedanke des Typus eine wichtige Rolle, wie es Professor MERZ im Berner Kommentar zum ZGB Art. 2 Anm. 219 für die schuldrechtliche Vertrags- und Typenfreiheit gezeigt hat. Man wird bei der Rechtsanwendung, bei Lücken im Gesellschaftsvertrag und bei Zweifeln über die Grenzen des Zulässigen – d. h. also nicht nur beim dispositiven, sondern auch beim zwingenden Recht – auf das sehen müssen, was dem vorliegenden Vertragstyp gemäß und angemessen ist. Maßstab ist hierbei nicht nur der gesetzliche Typ, sondern auch der davon abweichende von der Praxis herausgebildete Typus, dem der konkrete Fall angehört.

Lassen Sie mich versuchen, das an einem Beispiel noch etwas näher zu erläutern. Hat man eine sogenannte «kapitalistische» oder «körperschaftliche» Kommanditgesellschaft vor sich, so muß man fragen, was bei ihr mit Rücksicht auf ihre Eigenart zu gelten hat. Das gilt nicht nur für die Vertragsauslegung, sondern auch für die Grenzen der Mehrheitsmacht. Während bei Personalgesellschaften für Abänderungen des Gesellschaftsvertrages an sich Einstimmigkeit verlangt wird, kann der Gesellschaftsvertrag vorsehen, daß auch über Vertragsänderungen mit Mehrheit soll beschlossen werden können. Meist verlangt man bestimmte qualifizierte Mehrheiten. Das wird allgemein anerkannt. Dann fragt sich aber, wo die Grenzen für solche Mehrheitsbeschlüsse über Änderungen des Gesellschaftsvertrages liegen. Kann jede beliebige Änderung so beschlossen werden? Können dem Gesellschafter zusätzliche Verpflichtungen auferlegt werden, können ihm bereits gefestigte Rechte entzogen werden? Für die Beantwortung dieser Fragen wird man bei der kapitalistisch organisierten Kommanditgesellschaft auf die Grenzen blicken müssen, wie sie sonst bei Kapitalgesellschaften ins-

besondere durch die Lehre von den Sonderrechten und das Prinzip der Gleichbehandlung der Gesellschafter der Mehrheitsmacht gezogen sind. Die recht umfangreiche Rechtsprechung, die zu diesen Fragen bei der rein personalistischen Gesellschaft ergangen ist, läßt sich meines Erachtens nicht unbesehen auf die kapitalistisch organisierte Kommanditgesellschaft übertragen.

Ich muß es bei diesen wenigen Beispielen bewenden lassen. Sie scheinen mir zu zeigen, daß die Berücksichtigung des Typus und der Struktur der Gesellschaft ein wichtiges Mittel der Rechtsanwendung und der Auslegung ist, das sich den herkömmlichen Mitteln vorzüglich einpaßt und sie in bedeutsamer und fruchtbarer Weise ergänzt. Es ist nur immer im Auge zu behalten, daß der Spielraum der zulässigen Typabweichung und damit ihre Wertung ganz verschiedenen sein können.

Dr. ARNOLD KOLLER, Rechtsanwalt, Appenzell:

Wer sich von einer wohlverstandenen Typuslehre eine tiefere Einsicht in die Strukturprobleme unseres Gesellschaftsrechts und die Lösung beileibe nicht aller, aber doch einiger umstrittener gesellschaftsrechtlicher Fragen erhofft hat, steht nach der Lektüre der beiden Referate desillusioniert da. Bei der Studie des Herrn MENGIARDI hat er nämlich schon begriffliche Schwierigkeiten und demzufolge etwas Mühe einzusehen, welche der sicher beachtenswerten praktischen Ergebnisse nicht auch ohne Bemühung des Typus als einer Denkform hätten gewonnen werden können. Erwärmt er sich demgegenüber beim Lesen der Untersuchung von Herrn JOLIDON, weil er sich mit ihm wenigstens – aber auf diesem Gebiet bedeutet das leider viel – begrifflich einig weiß, wird er die abschließende Beurteilung, daß es sich hier um eine Theorie handelt, «dont toutes les issues sont bouchées», als kalte Dusche empfinden. Ja, seine erste Reaktion wird wohl die Frage sein, ob eine so lange und glanzvolle Grabrede auf ein so früh verstorbenes Kind nicht zuviel der

Ehre sei. Nun sind Desillusionen zwar hart, aber meist heilsam. Fragt sich also, ob die Typuslehre wirklich nur eine Illusion ist, d.h. ein Wunschtraum, welcher der gesellschaftsrechtlichen Wirklichkeit nicht gerecht wird.

Ihr Grundübel ist heute zweifelsohne die leidige und kaum zu überbietende Begriffsverwirrung, an der sie krankt. Ich verstehe, daß dies gerade für einen Schüler DESCARTES' ein besonderer Greuel sein muß. Angesichts solch babylonischer Sprachverwirrung scheint nurmehr eine Flucht in die Sachen zu helfen, zumal hier nicht der Ort ist, Sie abermals mit schwierigen Begriffsbestimmungen zu langweilen. Ein solches Vorgehen bedeutet übrigens nicht nur Flucht. Denn charakteristischerweise hat sich gerade in der schweizerischen Literatur die Diskussion am Sachproblem entzündet, und das Bemühen um eine adäquate begriffliche Erfassung folgte – für eine wissenschaftliche Diskussion allerdings unvermeidlich – hintennach.

Der Grundtatbestand, an den die Typuslehre anknüpft, ist folgender: Die Rechtspraxis hat, wie die Beispiele der stillen Gesellschaft, der körperschaftlich organisierten Kollektivgesellschaft, der sog. kapitalistischen Kommanditgesellschaft, der kleinen Familien-Aktiengesellschaft usw. zeigen, innerhalb der gesetzlich geregelten Gesellschaftsformen Gesellschaften hervorgebracht, die nicht recht ins gesetzliche Strukturschema passen. Solche Gesellschaften werden gemeinhin atypisch genannt und den typischen gegenübergestellt. Nun sind aber – und hier liegt ein bedeutender Unterschied etwa zum Obligationenrecht – wegen des im Gesellschaftsrecht geltenden *numerus clausus* der Gesellschaftsformen nur Gesellschaften zulässig, welche alle gesetzlichen Begriffsmerkmale (besser Tatbestandsvoraussetzungen) sowie die damit verbundenen zwingenden Normen erfüllen. Die geläufige Unterscheidung typischer und atypischer Gesellschaften hat daher im Gesellschaftsrecht nur einen Sinn, wenn ihr nicht der klassenlogische Begriff, sondern ein von diesem verschiedener Typ unterstellt wird. Da man – wenigstens bis zum Beweis des Gegenteils – von der

Annahme ausgehen darf, Juristen trafen logisch haltbare Unterscheidungen, zeigt sich, daß praktisch alle Gesellschaftsrechtler mit (gesetzlichen) Gesellschaftstypen im Sinne der neuen Lehre (bewußt oder unbewußt) schon lange arbeiten. Leider haben sich aber nur die wenigsten Autoren um eine deutliche Umschreibung dieser Typen, die ihren Unterscheidungen als Maßstab dienen, bemüht.

Hier bei der Bestimmung der gesetzlichen Gesellschaftstypen – und ernsthafterweise wohl erst hier – beginnen die Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten. Denn das Gesetz bestimmt zwar in den bekannten Legaldefinitionen die klassenlogischen Begriffe der einzelnen Gesellschaftsformen, enthält aber keine Umschreibung der ihrer gesetzlichen Ordnung zugrunde liegenden Typen. Diese müssen erst aus dem Sinnzusammenhang der eine Gesellschaftsform regelnden Normen (zurück-)gewonnen werden. Es ist daher ganz natürlich, daß man sich in der Bezeichnung extremer Abweichungen von diesen gesetzlichen Typen, also im Negativen, noch leidlich einig ist, sich aber sofort in die Haare gerät, sobald es darum geht, diese Leitbilder, an denen man die konkreten Gesellschaften mißt, positiv zu umschreiben. Denn keine Umschreibung kann unmittelbar die Autorität des Gesetzes für sich beanspruchen. Wenn die Typuslehre daher weiterführen soll, ist hier vorerst eine Menge sorgfältigster Arbeit zu leisten. Die der gesetzlichen Ordnung zugrunde liegenden Typen müssen aus dem Gesetz erschlossen und umschrieben werden. Diese Aufgabe scheint trotz beträchtlicher Vorarbeiten schwierig. Einmal verlangt sie genaue rechtshistorische und soziologische Studien. Sodann muß man sich vor der Annahme hüten, die gesetzliche Ordnung der einzelnen Gesellschaftsformen sei von vorneherein in allen Teilen folgerichtig und in sich geschlossen. Doch vermag der Umstand, daß der Gesetzgeber für gewisse atypische Interessenlagen Sonderregeln erlassen hat, die Ausrichtung der überwiegenden Mehrzahl aller Normen auf einen bestimmten gesetzlichen Typ nicht aus der Welt zu schaffen. Im übrigen ist zu beachten – und das ist ein gewisser Trost –,

daß es bei der Umschreibung der gesetzlichen Typen auf den einzelnen Zug nicht so sehr ankommt. Entscheidend und zugleich genügend ist die Herausarbeitung des Gesamtbildes. Denn der adäquate begriffliche Ausdruck dieses Leitbildes ist nicht ein klassenlogischer Allgemein-, sondern ein anschaulicher Typusbegriff im technischen Sinn.

Von daher, scheint mir, werden auch die beiden wichtigsten praktischen Postulate der Typuslehre verständlich; die Ausrichtung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung auf den Typus. Postulate, das heißt Forderungen für die Tätigkeit des Gesetzgebers und Richters, sind das, nicht weil sie – wie Herr JOLIDON meint – vernunftsgemäß nicht begründbar wären, sondern weil gnostischer Optimismus auch in der Jurisprudenz unangebracht ist, da der Mensch hier wie anderswo die Möglichkeit hat, von dem als richtig Erkannten in seinem praktischen Handeln abzuweichen.

Ein erstes Postulat verlangt daher, und das dürfte im Zeichen der Gesamtrevision des Aktienrechts besonders aktuell sein, daß der Gesetzgeber bei der Aufstellung beispielsweise der aktienrechtlichen Ordnung von einem bestimmten Leitbild ausgeht, und sich nicht bei der einen Vorschrift von der Interessenlage bei einer großen Publikums-, bei einer andern von der einer kleinen Familien-AG leiten läßt. Wenn seine Regelung nicht von vorneherein an innerer Widersprüchlichkeit oder vager Unbestimmtheit unheilbar leiden soll, kommt er um die Erarbeitung eines solchen Leitbildes und die damit verbundene Grundentscheidung nicht herum. Das schließt freilich den Erlaß von Sondernormen für gewisse häufige atypische Gestaltungen (z. B. Familien-AG) als Notbehelf nicht aus und heißt vor allem nicht, daß die AG als Rechtsform dann nur Gesellschaften zur Verfügung stehen sollte, welche dem Leitbild entsprechen. Das betrifft die ganz andere, vom Gesetzgeber freilich ebenfalls zu entscheidende Frage der Verwendungsmöglichkeit und damit zusammenhängend der erwünschten Anzahl gesetzlich geregelter Gesellschaftsformen, die Herr MENGIARDI ausführlich behandelt hat. Hier zeigt sich die grundverschiedene Funk-

tion von Typus und Allgemeinbegriff im Gesellschaftsrecht. Während der anschauliche Typ dem Gesetzgeber bei der rechtlichen Ordnung einer Gesellschaft als Leitbild dient, erfolgt die klassenlogische Begriffsbestimmung in erster Linie zur Abgrenzung der einzelnen Gesellschaftsformen untereinander und damit zur Festsetzung der Grenzen ihrer Verwendungsmöglichkeiten. Leider wird die Frage der Ausrichtung der gesetzlichen Ordnung einer Gesellschaftsform auf einen bestimmten Typ mit der nach der Zulässigkeit von Gesellschaften, die von diesem Leitbild abweichen, immer wieder vermengt, und man braucht dann – so auch Herr JOLIDON – die Zulassung von Typabweichungen als Argument gegen die gesetzlichen Gesellschaftstypen. Demgegenüber war sich EUGEN HUBER, wie sein Bericht zur Revision des Gesellschaftsrechts wiederholt zeigt, voll bewußt, daß die gesetzliche Ordnung einer jeden Gesellschaftsform notwendigerweise im Hinblick auf ein Leitbild erfolgen muß, und daß daher etwa die Familien-Aktiengesellschaften, wenn ihnen der Gesetzgeber keine eigene Rechtsform zur Verfügung stellt, in gewissen Richtungen einem Rechte unterstehen, das ihnen nicht völlig adäquat ist.

Ist die gesetzliche Ordnung als Ganzes auf einen bestimmten Typ zugeschnitten, dann liegt es nahe, bei der Auslegung, d. h. der Sinnermittlung der einzelnen gesetzlichen Vorschriften, auf dieses Leitbild zurückzugreifen. Denn eine sinnvolle Regelung eines Interessenkonfliktes ist dann eben primär nur für eine solch typische Interessenlage zu erwarten. Völlig einsichtig wird dieses Postulat der typgerechten Auslegung, wenn man sich vorstellt, wohin ein gegenteiliges Verfahren führte. Es hätte zur Folge, daß je nach Sachlage (z. B. Familien-AG oder Publikums-AG) ein und derselben Norm verschiedene Inhalte gegeben würden. Das widerspräche aber dem Wesen der allgemeinen Rechtsnorm, deren formales Element in der Gleichheit liegt. Nun kann das Postulat der typgerechten Auslegung – hier pflichte ich Herrn MENGARDI bei – schon seiner Voraussetzung nach nur für die Auslegung des Gesetzes und nicht etwa von diesem abwei-

chender Statutenbestimmungen gelten. Und auch bei der Interpretation der gesetzlichen Vorschriften vermag es nicht – wie ein *deus ex machina* – alle Probleme zu lösen. Wo das Gesetz – wie bei manchem Schicksalsartikel des Aktienrechts (z.B. Art. 663 Abs. 2, 697 Abs. 3 OR) – offen oder versteckt auf die Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen verweist, macht es die oft schwierige Interessenabwägung nicht überflüssig. Aber es weist ihr, wie der bekannte Bundesgerichtsentscheid i.S. «Wyss-Fux AG» schön zeigt, wenigstens die Richtung.

Abschließend scheint mir daher, man sollte dem kaum zehnjährigen Sprößling «Typuslehre» – ohne von ihm gleich Wunder zu erwarten – eine Chance geben und endlich in der Namengebung einig werden.

Prof. FRANÇOIS GILLIARD, Jouxten:

Je voudrais m'exprimer très brièvement sur deux points soulevés par M. MENGIARDI dans son rapport.

Le premier concerne les avantages présentés par le concept de «type», opposés aux inconvénients des simples classifications, du concept «classificateur». Sans reprendre absolument à son compte la formulation du haut de la p. 71 (selon laquelle il s'agirait d'exprimer «*das vollkommene Wesen*»), le savant rapporteur de langue allemande expose cependant à p. 82–83 que les institutions juridiques sont conçues sur la base d'une idée, qu'elles ont «*ein einheitlicher Sinn*», un sens «total», organique, ou mieux: unifiant, et que chaque élément remplit, dans le cadre du tout, une fonction déterminée. On ne saurait assurément s'inscrire absolument en faux contre de telles affirmations. Je crois cependant qu'elles peuvent présenter, précisément dans le droit des sociétés, un assez grave danger. Le législateur qui entend organiser une société doit inéluctablement prévoir la solution d'un grand nombre de problèmes. Citons, presque au hasard, la définition du but, la personnalité ou l'absence de personnalité juridique, la nature et l'étendue des apports, la respon-

sabilité ou la non-responsabilité des associés, la représentation et le contrôle, la participation des ouvriers et employés, la sortie des sociétaires, la dissolution, etc. La solution de certaines questions commande souvent la solution d'autres questions: par exemple, on ne conçoit guère comment l'anonymat des associés pourrait être compatible avec une responsabilité pour les dettes sociales. On ne saurait cependant prétendre, à mon avis, que la solution de chaque question serait nécessairement commandée par «l'idée informante» qui constituerait «l'essence» de la société. Une telle affirmation serait d'autant plus dangereuse qu'elle risquerait de paralyser tout effort tendant à repenser le droit des sociétés, puisque seules seraient compatibles avec «l'idée informante» de simples retouches destinées à mieux exprimer dans les normes le modèle transcendant. Je crains que les auteurs qui parlent à toute occasion de «l'essence», de «la véritable nature de l'institution» ne soient prisonniers d'un néo-kantisme stérile ou d'une vague phénoménologie bien éloignée de la pensée d'EDMUND HUSSERL.

En réalité, nos sociétés sont le fruit d'une évolution où, à côté des nécessités sociales et économiques, le hasard de l'histoire a joué un grand rôle. Il suffit de rappeler les influences romaines et germaniques qui se sont exercées sur notre société simple, par exemple. Il serait très dangereux d'interpréter les dispositions légales en fonction d'une prétendue «essence». D'ailleurs, le *numerus clausus* qui caractérise le droit des sociétés rend indispensable une interprétation tenant compte des exigences pratiques, fût-ce au mépris de l'intention du législateur. Le Tribunal fédéral l'a lui-même reconnu dans son arrêt Alex Martin S.A. c. Association suisse des fabricants de cigarettes (RO 90 II 333).

Des remarques ne concernent d'ailleurs pas directement la position adoptée par M. MENGIARDI, car j'ai cru comprendre, en poursuivant la lecture de son rapport, que l'auteur rejetait – implicitement sinon explicitement – l'opinion que j'ai critiquée et dont il semblait auparavant se prévaloir. Les *Gesetzestypen* ne sont que les formes sociales admises par

la loi, formes susceptibles de modification, comme le déclare à plusieurs reprises M. MENGIARDI. Quant aux *Lebenstypen*, ils sont tirés, par abstraction, de groupes sociaux réels. Le but de la loi se définirait alors comme la volonté (effective ou présumée) du législateur de faire correspondre des *Gesetzestypen* déterminés à des *Lebenstypen* déterminés. Nous voilà bien loin de cette «idée informante» dont il était question précédemment. J'espère toutefois avoir bien compris l'auteur et serais heureux qu'il me le confirme.

Mais alors, dans cette perspective, un autre danger surgit. L'exégète devra considérer non seulement les dispositions légales, mais encore les types réels de groupements que le législateur avait en vue. Dualisme redoutable, dont M. MENGIARDI voudrait, apparemment, pallier les inconvénients en limitant la réglementation au minimum. Je ne partage pas sur ce point l'optimisme du rapporteur. L'expérience montre, malheureusement, que les parties ne font pas toujours un bon usage de leur autonomie, parce qu'elles préfèrent des avantages immédiats ou très visibles à des avantages plus considérables, mais à plus longue échéance et moins apparents de prime abord. Je préférerais donc que la gamme des formes sociales soit étendue par l'introduction, dans le code, de formes nouvelles ou du moins de variantes nouvelles.

Ma seconde remarque, qui concerne la p. 130, s'inspire de considérations voisines. S'agissant de promouvoir des sociétés de droit européen, M. MENGIARDI propose de limiter la réglementation internationale aux problèmes relatifs au but et à la structure des sociétés. En particulier, la question de la participation des travailleurs à la gestion et aux profits de l'entreprise pourrait être laissée aux législations nationales. Mais n'est-il pas à prévoir qu'une telle participation affectera d'une manière très importante la structure des sociétés? Je crains fort que M. MENGIARDI ne méconnaisse ici les incidences considérables de l'évolution sociale.

Prof. Dr. PETER JÄGGI, Fribourg:

Die Typenlehre ist etwas so Subtiles und die Ausführungen der Referenten hierüber greifen so tief, daß es mir unmöglich erscheint, in einem Diskussionsvotum darauf einzugehen. Daher gestatte ich mir, einmal mehr auf eine wichtige, auch in den Referaten mehrfach erwähnte Erscheinung unseres Rechtslebens hinzuweisen, mit der wir uns auseinandersetzen müssen, wie immer wir uns zur Typuslehre einstellen. Ich meine die große Kluft, die im Aktienwesen zwischen dem Leitbild des Gesetzes und der Wirklichkeit des Rechtsverkehrs besteht. Ein solches Leitbild gibt es, und man darf es, wenn auch mit allen Vorbehalten, gesetzlichen Typ nennen. Über die Typmerkmale läßt sich im einzelnen streiten. Sicher ist jedoch eines: Die Aktiengesellschaft ist als Körperschaft konzipiert. Es wird also eine Vielzahl von Aktionären vorausgesetzt. Wie sieht demgegenüber die Wirklichkeit aus?

Tausende von Aktiengesellschaften haben, praktisch und in dauernder Weise, einen einzigen Aktionär, sind also nach ihrer tatsächlichen Beschaffenheit gar keine Gesellschaften, keine Vereinigung mehrerer (Art. 530 OR), sondern nichts anderes als verselbständigte Sondervermögen. Beispielsweise ist die Tochtergesellschaft eines Konzerns, deren Aktien sich zu 100 Prozent in den Händen der Muttergesellschaft befinden, sicher keine Gesellschaft.

Weiter gibt es Tausende von Aktiengesellschaften, die zwar Gesellschaften sind, aber nur zwei, drei oder vier Aktionäre umfassen und wegen dieser geringen Zahl für die körperschaftliche Organisation des Gesetzes denkbar ungeeignet sind. Für eine Dreimanngesellschaft beispielsweise paßt eine Organisation mit Verwaltung und Generalversammlung ebenso schlecht wie die Kleidung eines Erwachsenen für einen Dreikäsehoch.

Nun duldet zwar das Gesetz die Einmanngesellschaften, und es begnügt sich für den Regelfall damit, eine Mindestzahl von nur drei Aktionären zu verlangen. Gleichwohl besteht

die Kluft zwischen Gesetz und Wirklichkeit. Dies schon deshalb, weil das Gesetz die körperschaftliche Organisation für jede Aktiengesellschaft zwingend vorschreibt. Das ist gegenüber dem Referat von Dr. MENGIARDI zu präzisieren: Die Statuten dürfen sich gar nicht in jeder Hinsicht den wirklichen Verhältnissen der einzelnen Gesellschaft anpassen, und gerade deshalb besteht unser Problem. So dürfen sie nicht vorsehen, daß die Aktien einem einzigen gehören können, und sie dürfen die Generalversammlung nicht abschaffen; nach dem Bundesgericht (BGE 67 I 342) dürfen sie nicht einmal die Generalversammlung durch die schriftliche Stimmabgabe ersetzen, wie es das Gesetz für die GmbH zuläßt (Art. 808 Abs. 2 OR).

Bei dieser Sachlage stellt sich *de lege lata* die Frage der Gesetzesanwendung auf Einmann- und Zwergaktiengesellschaften, auf atypische Fälle also, auf die das Gesetz nicht zugeschnitten ist. Die Antwort muß meines Erachtens von folgender Prämisse ausgehen: Der Inhalt des Gesetzes wird sicher nicht deswegen geändert, weil ein Teil der sozialen Wirklichkeit dem Leitbild des Gesetzes nicht entspricht. Da nun der Inhalt des Gesetzes durch Auslegung festzustellen ist, folgt aus der Prämisse das Postulat der typgerechten Gesetzesauslegung: Man kann das Gesetz nicht anders auslegen als so, daß man sich die soziale Wirklichkeit vorstellt, die seinem Organisationsschema entspricht, also eine wirkliche Körperschaft und demgemäß eine Vielzahl von Aktionären. Die Bestimmungen über die Organisation insbesondere, aber auch beispielsweise diejenigen über die Verurkundung und die Übertragung der Aktien sowie über die wohl erworbenen Rechte, können meines Erachtens nur anhand des gesetzlichen Leitbildes richtig verstanden werden. Nur auf diese Weise gewinnen sie Farbe, und nur so bilden sie ein geschlossenes System.

Bei typgerechter Auslegung in diesem Sinne zeigt sich sogleich, daß zahlreiche Gesetzesbestimmungen, namentlich die auf die Organisation bezüglichen, in der Luft hängen oder zu einem unpassenden Ergebnis führen, wenn man sie auf

die atypischen Gesellschaften anwenden würde. Es ist also festzustellen – dies mag zur Klärung der Diskussion beitragen und namentlich geeignet sein, die Bedenken des Referates von Dr. JOLIDON zu zerstreuen –, daß die typgerechte Gesetzesauslegung, für sich allein genommen, die Rechtslage bei atypischen Fällen keineswegs abklärt. Im Gegenteil: Legt man das Gesetz typgerecht aus, so tritt vorerst die Tatsache ins helle Licht, daß Tausende von Aktiengesellschaften zwar gesetzlich zulässig sind, aber wegen ihrer Atypizität vom Gesetz nur teilweise erfaßt werden. Es gibt somit innerhalb des gesetzlich Zulässigen einen gesetzesfreien Raum, so daß sich die weitere Aufgabe stellt, diesen Raum auszufüllen. Das kann entweder so geschehen, daß man zwar das Gesetz auch auf atypische Fälle anwendet – jedoch nur per analogiam und vielleicht auch um der öffentlichen Ordnung willen –, oder so, daß auf dem Wege der freien Rechtsfindung, wenn auch in Anlehnung an das Gesetz, Sonderregeln für atypische Fälle entwickelt werden. Für die Reinheit des juristischen Denkens ist es meines Erachtens wichtig, daß die zwei Denkopoperationen – die typgerechte Auslegung des Gesetzes einerseits, die freie Rechtsfindung andererseits – auseinandergehalten werden. Zur Illustration zwei Beispiele, die so einfach sind, daß die typgerechte Auslegung gar keine Schwierigkeit bereitet:

Nach Art. 695 OR sind bei Generalversammlungsbeschlüssen über die Entlastung der Verwaltung alle Personen, die an der Geschäftsführung teilgenommen haben, vom Stimmrecht ausgeschlossen. Es ist klar, daß diese Bestimmung nur für typgerechte Gesellschaften sinnvoll ist, für solche also, bei denen es ganz selbstverständlich zahlreiche Aktionäre gibt, die nicht der Verwaltung angehören. Niemand ist daher versucht, diese Bestimmung nicht typgerecht auszulegen. Wie aber, wenn die drei einzigen Aktionäre einer Gesellschaft zugleich die Verwaltung bilden? In einer solchen Gesellschaft muß offenbar der Satz gelten, daß es einen Entlastungsbeschluß gar nicht geben kann. Dieser Satz wird aber nicht durch Auslegung gewonnen, sondern durch Rechts-

findung. – Nach Art. 702 hat die Verwaltung dafür zu sorgen, daß die Beschlüsse der Generalversammlung protokolliert werden. Nun kann sich der Einmann weder «versammeln» noch kann er «Beschlüsse» fassen. Doch wird man diese Bestimmung per analogiam auf eine Einmanngesellschaft anwenden und vom Einmann verlangen, daß er seinen Einzelwillen schriftlich festhalte. Hiefür gibt es verschiedene Gründe. Sie dienen zur Ausfüllung des gesetzesfreien Raumes, nicht zur Auslegung des Gesetzes. – Ähnlich wird man mit Bezug auf die Treuepflicht des Aktionärs argumentieren müssen. Bei typgerechter Auslegung ist jede Treuepflicht zu verneinen. Ob jedoch bei Kleingesellschaften nicht gleichwohl eine Treuepflicht anzunehmen ist, auf Grund freier Rechtsfindung, bleibt eine offene Frage.

Zum Problem der Gesetzesanwendung gesellt sich die Frage, wie die Kluft zwischen Gesetz und Wirklichkeit *de lege ferenda* zu bewältigen ist. Darauf kann hier nicht eingegangen werden. Geben wir uns aber Rechenschaft, daß der gegenwärtige Zustand nicht befriedigt. Die Zahlen, die uns Prof. VON CAEMMERER zum Vergleich zwischen Deutschland und der Schweiz eben in Erinnerung gerufen hat, müssen uns zu denken geben. Nur zwei Gründe für das Ungenügen der jetzigen Lage seien angedeutet:

Einmal leisten wir einer gewissen Sprachverwilderung Vorschub, wenn wir routinemäßig Sachverhalte als «Gesellschaften» oder als «Generalversammlungen» bezeichnen, die das einfach nicht sind. Gleichgültigkeit in der Form führt aber leicht zur materiellen Unkultur, zur Abschwächung des Rechtsgedankens.

Sodann gibt die gegenwärtige Lage auch den Ehrlichen ständig Anlaß, im Bereich des Aktienrechtes etwas Komödie zu spielen und mit fiktiven Gebilden zu arbeiten. Es werden zwangsläufig Generalversammlungen vorgetäuscht und rein individuelle Sachverhalte zu korporativen Gebilden aufgeblasen. Das ist auch dann nicht unbedenklich, wenn niemand benachteiligt wird und es aus durchaus achtenswerten Beweggründen geschieht. Einem akademischen Lehrer kommt

dies zum Bewußtsein. Wenn er die Studenten auf die Kluft zwischen Gesetz und Wirklichkeit hinweisen muß, gefährdet er ihren Glauben an die Ernsthaftigkeit von Gesetz und Recht; auch weckt er in ihnen die Ansicht, daß sich schließlich alles Rechtliche jonglieren und manipulieren lasse. Gerade das aber muß die «etablierte» Generation heute vermeiden: Daß sie durch die Art, wie sie unbefriedigende Zustände hinnimmt, bei der jungen Generation ungewollt destruktiv wirkt.

Dr. GEORG GAUTSCHI, Rechtsanwalt, Zürich:

1. Mit der Typuslehre wenig vertraut, aber noch immer dem Lehrer von THUR verpflichtet, habe ich die profunden Studien der Herren Referenten im Blick auf die Revisionsbemühungen an unserem Aktienrecht gelesen.

Ich bezweifle mit dem französischen Referenten, daß eine aus der Anschauung gewonnene Denkform die Begriffsanalyse, das Trennungsdenken, ersetzen könnte. Aufersteht hier nicht der methodologische Gegensatz zwischen anschaulichem germanischem Fallrecht und logisch-systematischem römischem Recht? Richter und Anwälte erfahren täglich, daß die lebendige Rechtswirklichkeit nur unvollkommen in Begriffsatome spaltbar ist, weil Rechtstatsachen komplex und die Übergänge fließend sind.

2. Der Synthese von wirklichkeitsnaher und wissenschaftlich sauberer Gesetzgebung hilft eine von Herrn Dr. MENGARDI herausgestellte Antithese: Einerseits die wandelbaren Realfaktoren des Rechts, wie Weltanschauung, Politik, Wirtschaft, technischer Fortschritt. Andererseits die statischen Idealfaktoren wie Gerechtigkeit, Aequitas, Rechtssicherheit, logische Geschlossenheit.

Die Realfaktoren sind heute andere als die, welche 1881, 1911 und 1936 in Gesetzestypen gegossen wurden für Ehe, Familie, Handels- und Produktionsgesellschaften, Güterherstellungs- und Absatzverträge, Arbeitsrecht, außervertragliche Haftung und vieles andere. Von den Bedürfnissen

des Wohlfahrtsstaates diktiert, nagt das Abgaberecht als gefräßiger Faktor am Privatrechtskörper. Herr Dr. MENGIARDI glaubt, unser Mauerblümchen GmbH verdanke seine Existenz nicht zuletzt der Privilegierung im Doppelbesteuerungsabkommen mit Deutschland.

Könnte da nicht das Festhalten an greisen Idealen, wie Verbandsfreiheit, Typenwahl, lose gesetzliche Fixierung, zu ungewollten, sogar ungerechten Resultaten führen? Ist man nicht im Bürgschaftsrecht, bei Handelsreisenden und Agenten, bei den Teilzahlungsgeschäften, bei den Anlagefonds, im neuen Arbeitsgesetz unter dem Zwang gewandelter Real-faktoren zu stark fixierten Gesetzestypen übergegangen? Ist es sinnvoll, eine Freiheit für den ephemeren Gründungsakt zu schützen, wenn sie zu einer Entrechtung des Aktionärs führen kann? Die Gründerrolle ist rasch ausgespielt. Der Aktionär muß bleiben. Aus dem Verein, der Genossenschaft, sogar der GmbH und den Personengesellschaften kann man austreten, aus der AG nicht. Man kann die Aktie verkaufen. Aber der Preis hängt von der Qualität des Managements ab. Versagt es, so trägt der Aktionär den Verlust. Unmöglichkeit des Austritts macht den Aktionärsschutz zu einem Problem, das sich bei anderen Typen kaum stellt.

3. Sicher ist die Debatte über den Begriffsinhalt der Worte «typisch» und «atypisch» unergiebig. Unter dem «typischen Aktionär» kann ich mir so wenig vorstellen wie unter dem Gegensatz von Gesellschaftsinteresse und Gesamtinteresse der Aktionäre. Hingegen ist der Interessengegensatz zwischen geschäftsführender Verwaltung und nichtgeschäftsführendem Gesellschafter, sprich Minderheitsaktionär, alt und typisch.

Die Frage, ob eine Abweichung vom Gesetz bis zur Denaturierung unsere Aktienrechtswirklichkeit kennzeichne, ist durch die Statistik beantwortet. Um einige von fast 60 000 Aktiengesellschaften zu apostrophieren:

a) Die Einmanngesellschaft ist eine Realität. Die Gründung ist selten ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, meist ein

einseitiger Willensakt. Das obligatorische Organ Generalversammlung existiert nicht, auch wenn Beschlüsse und Wahlen vor oder nach Tagungen, die nicht stattfanden, in Protokollen verkündet werden. Der Effekt ist der Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung, ein als Gesetzestyp verpönte Phänomen.

b) Die Familienaktiengesellschaft mit vinkulierten Namen-, Stimmrechtsaktien oder vertraglichen Stimmrechtsbindungen ist keine Kapital-, sondern eine ungute Personengesellschaft. Wer nicht in der Verwaltung sitzt, hat weniger Recht auf Information und Abrechnung als der einfache Gesellschafter. Machtballung in der einen, Ohnmacht und Rechtlosigkeit in der anderen Waagschale töten den Gemeinschaftswillen. In bittersten Familienfehden verenden auch blühende Unternehmungen.

c) Die Immobiliengesellschaft umgeht mit negotiabilen Aktien den Formzwang des Grundstückverkaufs und erschwert die Erhebung von Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuern. Noch billiger sind Vaduzer Anstalten, die bei uns als Grundeigentümer auftreten. Ist das der Zweck der Formvorschriften im Grundstückverkehr?

d) In Ausländergesellschaften – das gesetzliche Cliché ist in Entschädigungsabkommen mit den Oststaaten und im BB über den Erwerb von Grundeigentum durch Ausländer zu finden – besorgen schweizerische Verwaltungsräte fiduziarisch Anlage und Verwaltung von Auslandskapital. Wollte man durch das Nationalitätsobligatorium in der Verwaltung ein Alpenasyl für steuerverdrossenes Kapital oder für den Anwaltsstand Sinekuren schaffen, die für geringe Mühe guten Ertrag liefern?

4. Der Rechtsvergleichung gilt unser Aktienrecht nicht ohne Ironie als paradiesisch. Wem ein Paradies? Auch dem Schweizer, der ein paar ehrlich versteuerte Aktien besitzt? Wie bei der Bürgschaft, den Anlagefonds, den Teilzahlungsgeschäften könnte ein moralbeflossener Gesetzgeber durch gezielte Geburtenkontrolle die üppige Zuwachsrates an

schweizerischen Aktiengesellschaften senken. Doch darauf zielen weder die im Parlament noch die von der öffentlichen Meinung und der Wissenschaft erhobenen Postulate. Andere Anomalien, die das Gesetz von 1936 duldet, sogar fördert, erregen Anstoß. Weil sie auch bei den volkswirtschaftlich repräsentativen Gesellschaften und Konzernen auftreten, gehen sie ans Mark der Strukturen, die eine böse Jugend als «Establishment» abtut. Nicht nur fehlende Fixierung durch zwingendes Recht, sondern unzureichende Sachlogik gewisser Normen werden ebenso kritisiert wie der Widerspruch zu Axiomen des Steuerrechts, des Strafrechts und der privatrechtlichen Treuepflicht.

5. Die Typologie kann fruchtbar werden, wenn sich die Betrachtung einmal auf die Aktie als Beteiligung am Gesellschaftsvermögen richtet. Weder die Vereinsmitgliedschaft noch die Beteiligung an einer Personengesellschaft noch der GmbH- oder der Genossenschafts-Anteil können, als negotiabler und vererblicher Sachwert in einem Wertpapier verkörpert, weltweit an den Effektenbörsen gehandelt werden. Auch dem kleinen Sparer preist ein neues Gewerbe, Anlageberatung, nicht das Sparbüchlein, sondern die Wachstumsaktie an. Wer vor 40 Jahren 10 Aktien Hoffmann-La Roche für weniger als 10000 Franken erworben habe, sei Millionär. Das Sparschwein sei noch 3000 Vorkriegsfranken wert.

1936 hieß es, die Aktie sei ein Spekulationsobjekt für Reiche, von dem der kleine Mann besser die Finger lasse. Heute ergeht, mit und ohne Vermittlung der Banken, der Appell an das Sparkapital des ganzen Volkes. Der Konkurrenzkampf auf den Weltmärkten zwingt zur Aufnahme immer größerer Eigen- und Fremdkapitalien, Aktien und Obligationen. Ist die Schweizer Aktie unattraktiv, so geht das Schweizer Kapital in fremde Werte. Umgekehrt ist eine Schweizer Aktienmajorität in ausländischen Händen «Ausverkauf der Heimat» wie bei Grund und Boden. Nicht nur in den EWG- und in den Vereinigten Staaten muß der Gesetzgeber die einheimische Aktie für das einheimische Kapital

attraktiv machen. Prohibitive Vinkulierung hält listenreiches Auslandkapital nicht, den einheimischen Sparer aber sicher von der Aktie ab.

6. Eine gewandelte Realität hat den mündelsicheren Papieren den Nimbus der Narrensicherheit genommen. Währungszerfall und schleichende Geldentwertung schaffen ein legitimes Bedürfnis nach Sachwertanlagen. Der Aktienfondsanteil verkörpert die Beteiligung an vielen, die Aktie an einer einzigen Aktiengesellschaft. Schützt man den öffentlich geworbenen Banksparer oder Fondsanleger durch zwingende gesetzliche Fixierung von Information und Rechnungslegung, sogar unter Staatsaufsicht, so ist die Gestaltungsfreiheit bei kapitalwerbenden Industrie- oder Handelsgesellschaften unlogisch und ungerecht.

Wie beim Fondsanteil kann der Wert der Aktie nur ermittelt werden, wenn man das Nettovermögen der Gesellschaft durch die ausstehenden Aktien teilt. Kann ich jeden Vermögensposten «still» minimalisieren oder die gesetzliche Bewertung durch die Statuten ändern, so entsteht zwangsläufig eine Fehlinformation über die Vermögens- und Ertragslage. Den Fondsleitungen und dem Einzelkaufmann ist sie verwehrt. Soll sie der Aktiengesellschaft gestattet bleiben? Wir lernten, Fehlinformation und Fehlrechnung sei Nichterfüllung der Rechenschaftsobligation. Erfüllung sei ein Muß ohne Freiheit. Das kann auch die Typuslehre nicht ändern.

7. Eine vergleichbare Gestaltungsfreiheit bestand vor der Federal Securities Legislation in den Vereinigten Staaten. Seit 30 Jahren regelt ein umfassender Katalog zwingender Treuepflichten das *fair deal* aller, die auf dem größten Kapitalmarkt der Welt mit fremdem Geld umgehen. Obschon die Kompetenz in Art. 31^{bis} Abs. 2 der Bundesverfassung besteht, wird unser Bundesgesetz über den Wertpapierverkehr an und außerhalb der Börse noch lange auf sich warten lassen. Drei verschimmelte Gesetze der Börsenkantone (in

Zürich z. B. von 1912) und eine Börsenautonomie ohne Verantwortung für die Börsenkotierung lösen ein das Sparkapital des ganzen Volkes tangierendes Problem nicht. Für das von Herrn Dr. MENGIARDI angeregte Konkordat fehlt das Substrat.

Wie die meisten Länder arbeiten wir mit Teillösungen. Für die Anleiheobligationen gibt es 30 zwingende Artikel, 1157–1186 OR, für den Fondsanleger seit kurzem ein ausgezeichnetes Schutzgesetz. Der Aktienanleger sei der Spekulant, der keinen Schutz gegen ein übermächtiges Management brauche, meinte man 1936. Das ist nicht die heutige Realität. Ausbau und Schutz der Aktionärsrechte ist das Anliegen jedes modernen Aktiengesetzes. Es ist aber auch das Fazit aus einigen betrüblichen Vorfällen jüngster Datums: Weder die Strafjustiz noch Schutzkomitees können schießen, wenn der Gesetzgeber Kanonen und Munition verweigert. Darf das Management nicht ausgewiesenes Vermögen beliebig verwenden und muß es nicht einmal sagen, daß und wie es verloren ging, so bleibt die Verantwortung toter Buchstabe.

M. ROBERT PATRY, professeur à la Faculté de droit de Genève:

Il est tout d'abord un agréable devoir que je désire accomplir, celui d'adresser nos remerciements aux rapporteurs de langues allemande et française: j'ai, en effet, beaucoup apprécié, pour leur clarté, la précision du langage et de la pensée, ces rapports qui nous sont présentés de façon assez simple, mais tout de même assez nuancée pour indiquer les éléments essentiels et les conséquences de cette théorie des types.

Je dois dire aussi que j'estime pouvoir approuver au moins dans leurs grandes lignes, les conclusions du rapport de langue française: l'application de cette théorie dans le domaine de la société anonyme ne paraît pas facile à réaliser;

en particulier, le rapporteur de langue française a bien su montrer que la typologie n'est pas une méthode idéale – ou, en tout cas pas la seule – pour résoudre les problèmes qui se posent dans le domaine des sociétés anonymes.

Je désire, cependant, développer une remarque que M. JOLIDON a formulée dans son rapport (p.530), déclarant que la théorie des types pourra jouer vraisemblablement un rôle dans la sociologie juridique et, par là, dans les travaux pré-législatifs et législatifs.

La question se pose, en effet, de savoir en quoi cette théorie peut rendre service dans la procédure, actuellement engagée en vue de la révision du droit des sociétés anonymes en Suisse.

La typologie présente – j'en suis convaincu – une utilité, certes limitée, mais réelle tout de même, à la condition que l'on admette deux faits: tout d'abord, il y a un certain nombre de problèmes, bien délimités, qui se posent aujourd'hui dans la réglementation de la société anonyme suisse; établie par le professeur BÜRGI et reprise par les rapporteurs à notre congrès de 1966 à Zoug, cette liste est bien connue et la doctrine favorable à la révision l'approuve généralement. Ensuite, nous devons admettre, semble-t-il, qu'une révision partielle est sans doute nécessaire, mais qu'elle apparaîtra probablement insuffisante lorsqu'on aura avancé dans les travaux; en effet, la solution de ces divers problèmes devrait pouvoir nous conduire à remettre en question la notion même de société anonyme et déboucher sur une révision fondamentale, seule compatible avec les principes de la législation suisse.

Dès lors, dans quelle mesure, cette théorie des types peut nous être utile?

A mon avis, l'on a trop souvent tendance à opposer une société anonyme «typique» à une ou plusieurs formes différentes de sociétés anonymes dites atypiques. Ne serait-il pas préférable, dans la procédure de révision, de renoncer à cet a priori, dont le bien-fondé reste à démontrer?

Je propose, pour ma part, d'employer la méthode typologique et ce, d'une manière un peu particulière que le rapporteur de langue française n'a pas indiquée, ni dans son rapport écrit, ni même dans son exposé introductif: on devrait, me semble-t-il, procéder en deux étapes, en deux phases successives.

Tout d'abord, dans la première phase, il faudrait rechercher, dans chacun des problèmes indiqués par le professeur BÜRGI, le critère qui mérite d'être retenu pour résoudre le problème, le critère qui permet de distinguer les diverses formes de sociétés anonymes envisagées, par exemple, dans le problème des structures, dans celui de l'information ou de la protection des minorités, etc. On devrait ainsi rechercher concrètement, de manière séparée pour chacun de ces problèmes, le critère de distinction qui justifie éventuellement des solutions différentes dans chaque problème: on découvrira peut-être que, dans chacun de ces domaines particuliers, il existe en réalité un ou plusieurs types différents de sociétés anonymes.

Et, lorsqu'on aura ainsi procédé à cette recherche dans l'ensemble des problèmes qui se posent, il faudra aborder la seconde phase: ce travail de recherche concrète étant fait – il était d'ailleurs nécessaire de toute façon puisque l'on subordonne la révision à la solution de ces divers problèmes – on saura, de manière peut-être plus concrète et précise si les critères de distinction sont partout les mêmes et si, de ce fait, on peut constater, sur un plan tout à fait général, l'existence d'un, de deux ou de plusieurs types réels de sociétés anonymes.

Or, si cela pouvait être démontré, le travail du législateur serait grandement facilité: en pleine connaissance de la réalité, il serait en mesure de se prononcer sur la question fondamentale, qui est précisément de savoir si la classification en deux ou plusieurs types légaux, bien déterminés et différents, de sociétés anonymes, est non seulement utile, mais aussi concrètement possible.

M. ALAIN HIRSCH, professeur à l'Université de Genève:

J'aimerais présenter quelques réflexions sur l'utilisation de la théorie des types pour l'interprétation du droit positif de la société anonyme, bien que j'hésite quelque peu à poursuivre cette intention après la remarquable intervention que vient de faire le professeur JÄGGI sur ce sujet.

Il faut probablement distinguer deux problèmes essentiels: tout d'abord, peut-on dégager un «type légal» de la société anonyme, et le cas échéant comment faut-il définir? D'autre part, dans quelle mesure peut-on tenir compte, dans l'application du droit, de la structure particulière de sociétés anonymes s'écartant du «type légal»?

1. Malgré les arguments qui viennent d'être développés par le professeur JÄGGI, j'ai peine à admettre que l'on puisse vraiment dégager un «type légal» de la société anonyme. Il me semble pas que les travaux préparatoires fournissent des éléments suffisants pour définir le «type» que le législateur aurait eu à l'esprit. Surtout, la loi elle-même me paraît trop simple pour pouvoir être ramenée à un quelconque «type légal».

Le professeur JÄGGI a mentionné, comme exemples de sociétés «atypiques», la société à membre unique et la société à deux membres (chacun détenant la moitié du capital). J'admets volontiers que la loi n'est pas faite pour ces deux genres de sociétés. En revanche, je ne pense pas qu'une société de trois, quatre ou cinq membres soit moins «typique» qu'une société de vingt ou de cinquante membres. Faudrait-il considérer comme «atypiques» toutes les sociétés dans lesquelles existerait une majorité ferme, liée ou non par un contrat de «pool»? Je n'en vois pas la raison.

D'autre part, si l'on veut vraiment rechercher des formes de société anonyme qui soient «atypiques», je pense que l'on devrait s'arrêter au cas de la grande société, dont les actions sont largement réparties dans le public. Dans une telle société, les actionnaires n'ont aucun intérêt à utiliser les droits

qui leur sont conférés par la loi (droit de vote, droit d'information, droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale, droit d'intenter une action en responsabilité, etc). Pour ces actionnaires, la seule chose qui compte, c'est la possibilité de pouvoir vendre leurs actions en tout temps, à un juste prix. Une telle société est bien éloignée de la notion de «corporation»; ces actionnaires deviennent pratiquement des créanciers d'un type particulier. La loi fédérale sur les fonds de placement a d'ailleurs tiré les conséquences logiques de cette situation. Au contraire, le droit de la société anonyme néglige complètement les intérêts réels du petit actionnaire ayant acheté ses titres en bourse. On pourrait donc dire que les sociétés faisant appel au public sont presque aussi éloignées d'un éventuel «type légal» qu'une société à membre unique ... et pourtant la loi a expressément prévu la procédure de fondation successive par la voie d'un appel au public.

Faudrait-il admettre que sont seules conformes au «type légal» les sociétés anonymes qui sont effectivement dirigées par le conseil d'administration, comme la loi le prévoit en principe? Mais on sait bien que, dans toutes les grandes sociétés, et même dans beaucoup de sociétés moyennes, le conseil d'administration est pratiquement devenu un conseil de surveillance, après avoir utilisé très largement la possibilité de déléguer ses pouvoirs à la direction. Je ne pense pas que l'on puisse aller jusqu'à qualifier d'«atypique» cette dernière forme de direction des sociétés anonymes.

De même, il serait excessif de qualifier d'«atypiques» les sociétés dont les actions sont nominatives et ne sont transformables qu'avec l'accord du conseil d'administration, même si la libre transférabilité des actions est souvent considérée comme une caractéristique importante de la S.A.

En conclusion, la définition d'un «type légal» de société anonyme aboutirait nécessairement à qualifier d'«atypiques» la très grande majorité des sociétés anonymes existant en Suisse, même si l'on fait abstraction des sociétés à membre unique et des sociétés à deux membres. La souplesse de la

loi permet l'existence de multiples formes de sociétés anonymes et la doctrine doit l'admettre, bon gré mal gré, en droit positif. Je pense donc, comme notre rapporteur de langue française, qu'il faut renoncer à dégager un «type légal» de la société anonyme, malgré la plus grande cohérence qu'une telle définition donnerait peut-être à l'interprétation de la loi.

2. Quoi qu'il en soit, l'importance de cette controverse de principe n'est peut-être pas aussi grande qu'on pourrait le croire au premier abord. Il faut tout d'abord souligner, avec notre rapporteur de langue allemande, que le droit des sociétés anonymes est loin d'être entièrement impératif et qu'il laisse une large place à des règles spéciales prévues par les statuts. Il est regrettable qu'en pratique, probablement par routine ou par ignorance, on conseille si rarement aux intéressés de rédiger des statuts «sur mesure».

En revanche, notre rapporteur de langue allemande estime que la loi ne peut être interprétée que d'une manière unique, pour tous les genres de sociétés anonymes, cette interprétation devant s'inspirer du «type légal». Le professeur JÄGGI, qui admet le même principe, vient de nous exposer que cette rigueur devait être tempérée par l'application de certains principes généraux du droit pour les sociétés «atypiques».

Pour ma part, j'aimerais souligner maintenant que beaucoup de dispositions du droit de la société anonyme ne sont pas d'interprétation stricte (comme c'est le cas pour le délai de dix jours prévu pour convoquer l'assemblée générale, ou l'obligation de mettre par écrit les décisions du conseil d'administration). Au contraire, les dispositions les plus importantes du droit de la société anonyme laissent au juge une large liberté d'appréciation. Or, dans le cadre de cette appréciation, le juge peut et doit largement tenir compte des intérêts concrets en présence, et non pas d'un «type légal» plus ou moins fictif de société anonyme. Il convient d'illustrer cette proposition par quelques exemples.

Comme le Tribunal fédéral l'a dit dans son arrêt Wyss-Fux S.A. c. Fux du 6 juillet 1965 (RO 91 II, 1965, p.298), le droit préférentiel de souscription n'est pas un droit acquis de l'actionnaire. Toutefois, une décision de l'assemblée générale supprimant ce droit préférentiel de souscription peut violer le principe de l'égalité de traitement des actionnaires. La portée de ce principe et la question de savoir s'il est violé dans un cas particulier ne doit pas être tranchée en fonction d'un type abstrait de société anonyme, mais en fonction des intérêts concrets en présence. C'est d'ailleurs bien ce que le Tribunal fédéral a fait dans l'arrêt en question. Lorsqu'il invoque le fait que la société anonyme est une société de capitaux et que les éléments personnels ne doivent pas y jouer un rôle essentiel, c'est pour écarter, à juste titre, l'application analogique du droit des sociétés de personnes. Mais tout l'arrêt se base sur une analyse détaillée de la situation concrète.

Dans le même domaine, M. VICTOR MONTEIL a déjà montré il y a quelques années (SAG 34, p.266), que l'article 686, alinéa 4 CO, pouvait être appliqué différemment selon le type de société en cause, alors même que son texte ne semble pas laisser au juge une quelconque liberté d'appréciation. Dans une société comptant un petit nombre d'actionnaires, si un actionnaire est décédé et que la société refuse d'accepter ses héritiers comme actionnaires et rachète par conséquent ses actions à leur valeur réelle, tous les autres actionnaires ont le droit d'acheter une partie de ces actions, proportionnellement à leur participation au capital social, en vertu du principe de l'égalité de traitement des actionnaires. Une telle règle est manifestement inapplicable dans une société comptant de très nombreux actionnaires, lorsque quelques actions sont rachetées de la sorte.

En vertu de l'article 736, chiffre 4 CO, la société peut être dissoute par le juge, lorsque des actionnaires représentant ensemble un cinquième au moins du capital social le requièrent «pour de justes motifs». Il me semble évident que la question de savoir si les motifs invoqués sont de «justes

motifs», au sens de la loi, dépend de la situation concrète de la société en cause et non pas d'un quelconque «type légal». S'il s'agit d'une petite société, par exemple, des dissensions personnelles entre les actionnaires peuvent parfaitement constituer de justes motifs, alors que les raisons de ce genre seraient inacceptables dans une société plus importante et comptant de nombreux actionnaires.

Les fonctions et les responsabilités des administrateurs varient aussi considérablement selon le genre et l'importance de la société en cause. Les qualités que l'on peut exiger d'eux, le temps qu'ils doivent consacrer à la société, tout cela ne peut pas être déterminé de manière générale. Il est intéressant, à ce sujet, de rappeler les considérants du Tribunal fédéral dans l'arrêt Rutishauser S.A. en liquidation contre Stocker du 31 mai 1960 (RO 86 II, 1960, p. 180). Il s'agissait d'une société à membre unique, dans laquelle les contrôleurs ont été jugés responsables de n'avoir pas signalé formellement à l'assemblée générale certains faits, que l'actionnaire unique connaissait parfaitement, comme administrateur unique. Pour justifier cette sévérité, le Tribunal fédéral ne se base nullement sur les responsabilités des contrôleurs dans une société anonyme «typique», mais analyse les intérêts en présence et arrive à la conclusion qu'une stricte application des devoirs des contrôleurs est particulièrement importante dans une société à membre unique, pour la protection des créanciers.

Enfin et surtout, la protection des droits acquis de l'actionnaire suppose la comparaison des intérêts en présence: ceux de la société et ceux de l'actionnaire demandeur. Il est évident que cette comparaison est faite en fonction des intérêts concrets en présence, et non pas en fonction d'intérêts «typiques».

Telles sont les raisons pour lesquelles je pense que, même si l'on arrivait à définir un «type légal» de la société anonyme, cette construction n'aurait qu'un effet très limité sur l'application du droit de la société anonyme.

Dr. HANS FRIEDRICH MOSER, Fürsprecher, Bern:

Wie aus den Ausführungen von Herrn Dr. MENGIARDI hervorgegangen ist, steht heute auch das Stiftungsrecht zur Diskussion. Als Praktiker im Gebiet der Personalfürsorge möchte ich einige Bemerkungen anbringen, auch wenn die Stiftungen heute vorübergehend etwas im Schatten der großen AHV-Revision stehen. Allgemein kann man feststellen, daß es sich bei den Personalfürsorgeeinrichtungen im allgemeinen und den Personalfürsorgestiftungen im besonderen um ein Teilgebiet aus der Unternehmungsführung handelt. Auch wenn man wegen der Starrheit, die dem Stiftungsgedanken an sich innewohnt, einige Bedenken gegen die Stiftungsform haben kann, so hat sich diese Form doch im großen und ganzen bewährt, wenigstens wenn man es versteht, mit ihr umzugehen. Wichtig ist es besonders, in der Stiftungsurkunde den Stiftungszweck sehr allgemein zu umschreiben und die näheren Ausführungen dazu in Reglementen niederzulegen, die sich leicht neuen Verhältnissen anpassen lassen.

Im Mittelpunkt der Personalfürsorgestiftungen wie der Stiftungen überhaupt steht das Vermögen. Dabei handelt es sich im wesentlichen um Aktivvermögen. Schulden werden nach Möglichkeit vermieden, da sie die Erfüllung der Stiftungsaufgabe gefährden können. Mit Recht werden denn auch Liegenschaften als Vermögensanlagen nur erworben, wenn die Hypothekarschulden weitgehend abbezahlt werden können. Die Durchführung gewerblicher oder kaufmännischer Betriebe ist verpönt. Insbesondere will man keine Bank- und Versicherungsgeschäfte betreiben. Eigenartigerweise wollen die Behörden trotz einem schlüssigen Gutachten von Herrn Prof. J.-F. AUBERT in der Gesetzgebung vorsehen, daß die Arbeitnehmer, die vom Arbeitgeber zur Finanzierung der Fürsorgewerke herangezogen werden, unabänderliche Ansprüche gegen die Fürsorgeeinrichtung haben. Diese Ordnung kann zu einer Gefährdung der Fürsorge führen. Unbestritten ist, daß den Arbeitnehmern, die dienstvertraglich

mit Beiträgen belastet werden, gewisse Garantien einzuräumen sind, falls die Leistungen aus der Fürsorge wertmäßig nicht ihren Beiträgen entsprechen. Es muß sich dabei um eine Frage des Dienstvertragsrechtes oder der Haftung des Arbeitgebers handeln, nicht um eine Frage der Fürsorgeeinrichtung. Die Fürsorgeeinrichtungen, die über kein freies Kapital verfügen, können nicht mit starren Verpflichtungen belastet werden.

Was das Aktivvermögen betrifft, so hat man sich früher eher ängstlich an Nominalwerte wie Staatsobligationen und Hypothekaranlagen gehalten, doch hat man damit angesichts der fortschreitenden Geldentwertung wenig erfreuliche Erfahrungen gemacht. Es ist zu bedenken, daß für die Fürsorgeeinrichtungen ähnlich wie für die Familienväter der Satz nicht gilt, daß ein Franken immer ein Franken ist. Man geht deshalb auch auf andere Anlagen über, so insbesondere auf Renditenhäuser. Weiter kommen, allerdings eher nur zaghaft, Vermögensanlagen in Aktien in Betracht. Es hat sich erwiesen, daß man damit bei geschickter Anlage das Vermögen auf die Dauer verbessert erhalten kann. Mit der Übernahme von Aktien gewinnen die Stiftungen Einfluß auf die Unternehmungen. Dieser Einfluß kann zur Verstärkung der Stabilität der Unternehmung und damit zur Sicherung des Arbeitsplatzes führen, insbesondere dort, wo Aktien der eigenen Unternehmung in Betracht kommen. Allerdings kann diese Wirkung stiftungsmäßig auch außerhalb der eigentlichen Betriebsfürsorge erreicht werden. Bekannt ist in dieser Beziehung besonders die Stiftung, die Herr Pierre Rieben in Neuenburg zur Erhaltung seines in eine Aktiengesellschaft gekleideten Verwaltungsbüros errichtet hat. Gebremst wird allerdings die Entwicklung durch die Stiftungsaufsichtsbehörden, die sich nur schwer von den herkömmlichen Anlageformen trennen können. Immerhin darf hier deutlich gesagt werden, daß Weisungen des Stifters oder stiftungsähnlicher Geldgeber in bezug auf die Vermögensanlagen nicht einfach in den Wind geschlagen werden dürfen, wenn das freiheitliche Stiftungsrecht aufrecht erhalten werden soll.

Die Bedeutung der Personalfürsorge als Stärkung der Unternehmung macht es klar, daß diese Fürsorge nicht durch die AHV ersetzt werden kann. Personalfürsorge und AHV sind zwei verschiedene Systeme, die sich wohl gegenseitig beeinflussen, die jedoch voneinander unabhängig sind. Im AHV-Gesetz ist ein besonderer Abschnitt über die Anerkennung der Fürsorgeeinrichtungen enthalten, doch ist dieser Abschnitt toter Buchstabe geblieben, weil er auf einer Verkennung der Natur der Personalfürsorge beruht. Diese Tatsache zeigt schlagartig, wie wenig die Personalfürsorge und damit auch die Personalfürsorgestiftungen bis jetzt gedanklich erfaßt worden sind, sowohl im Verhältnis zu der AHV als auch in demjenigen zur Unternehmung, der sie dient. Die gesetzgebenden Behörden haben nun den Bundesrat beauftragt, über die Personalfürsorge als zweite Säule der sozialen Sicherheit einen eingehenden Bericht zu verfassen. Mit Recht beklagt sich Herr Dr. MENGIARDI in seiner Abhandlung darüber, daß die ganze Materie wissenschaftlich noch kaum durchdrungen ist. Man darf sich fragen, ob es nicht zu den aktuellen Aufgaben des Schweizerischen Juristenvereins gehört, hier klärend mitzuwirken. Es handelt sich um ein Gebiet, das für die Einzelnen, für die Unternehmungen, aber auch für das ganze Land von grundlegender Bedeutung ist.

Dr. HANS GEROLD WIRZ, Zürich:

Zum Strukturproblem der Personalfürsorge- und der Unternehmensstiftung gestatte ich mir folgende Bemerkungen:

1. Heute sind rund 18000 Stiftungen im Handelsregister eingetragen, wobei rund 14000 Personalfürsorge bezwecken. 1967 wurden 751 Stiftungen neu errichtet. Die kürzlich erschienene Schweiz. Pensionskassenstatistik 1966 (Statistische Quellenwerke der Schweiz, Heft 423) weist für 13000 Einrichtungen privaten Rechts – außer einigen Genossenschaften – ein Vermögen von rund 13 Mia. Franken nach, ohne Einbezug des Deckungskapitals von

Gruppenversicherungsverträgen. Ein Vergleich mit den Pensionsfonds Amerikas, Deutschlands und Englands ergibt für die Schweiz den weitaus größten Pro-Kopf-Anteil.

2. Die Benützung der Stiftung für Zwecke der Personalfürsorge hat zu einer Rechtswirklichkeit geführt, die sich außerordentlich stark vom Stiftungstypus des ZGB unterscheidet: Statt einer einmaligen Hingabe eines größeren Betrages durch den Stifter wird durch den Arbeitgeber kontinuierlich gestiftet. Der Stifter ist meistens keine natürliche, sondern eine juristische Person. Somit überdauert der Stifter Generationen und gibt je nach den Verhältnissen den Zweckbestimmungen eine neue Richtung. Die ursprünglich vorgesehene völlige Trennung von Stifter und Stiftung hat einer deutlichen Abhängigkeit Platz gemacht; kann die Firma die Stiftung nicht mehr alimentieren, ist sie nicht mehr lebensfähig. Neben den Stifter ist der Destinatär, der Arbeitnehmer, getreten, der in zunehmendem Maße Beiträge leistet und dadurch an Einfluß in der Stiftungsverwaltung gewinnt. Die Entwicklung in genossenschaftlicher Richtung ist unverkennbar. Aus der Einheit der inneren Vermögensstruktur einer Stiftung, die bei kulturellen, gemeinnützigen oder kirchlichen Stiftungen meistens vorhanden ist, hat sich bei der Personalfürsorgestiftung vielfach eine ausgeprägte Gliederung in voneinander unabhängige Vermögenskomplexe mit verschiedenen Destinatärkreisen herausgebildet: Wohlfahrtsfonds, Pensionskasse, Sparkasse, Fonds für besondere Zwecke. Oft werden für diese unterschiedlichen Zwecke gesonderte Stiftungen errichtet. Ein neuer Trend ist zu beobachten in der Errichtung von Stiftungen für das Kader oder zur Finanzierung der verschiedenen bereits vorhandenen Stiftungen. Vor 20 Jahren wurde durch den Interkantonalen Verband für Personalfürsorge die erste Gemeinschaftsstiftung errichtet, der sich beliebig viele Arbeitgeber oder Verbände für die Durchführung der Personalfürsorge bedienen können. Versicherungsgesellschaften und Verbände, vorab der Schweiz. Gewerbeverband, folgten mit der Gründung sol-

cher Gemeinschaftsstiftungen. Die Stiftungsaufsichtsbehörden haben sich mit einer Flut von begründeten Änderungsbegehren von Stiftungsurkunden und Reglementen zu befassen. Die ursprünglich noch sehr statisch konzipierte Stiftung ist in eine ausgesprochene Dynamik geraten.

3. Die bemerkenswerte Entwicklung der zweiten Säule unserer sozialen Sicherheit war nur durch die von Dr. MENGIARDI gewürdigte große Gestaltungsfreiheit des Stiftungsrechts möglich. Die Ansicht des Referenten ist zu unterstützen, daß vermehrte Typenfixierung eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit und der Gestaltungsmöglichkeit der Rechtsgenossen zur Folge hat. Der zur Aufrechterhaltung der Dreisäulentheorie notwendige weitere Ausbau der Personalfürsorge kann sich nur in der bisherigen freiheitlichen Regelung vollziehen. Entgegen diesen Grundsätzen versuchen die Vertreter des Eidg. Versicherungsamtes in der Expertenkommission für die Revision des Versicherungsaufsichtsgesetzes, die Gestaltungsfreiheit des Stiftungsrechtes durch öffentlichrechtliche Polizeivorschriften zu beschränken. Es wird ein neben dem Versicherungsaufsichtsgesetz bestehender Aufsichtserlaß vorgeschlagen, der allerdings anfänglich nur für Verbandsfürsorgestiftungen und solche Stiftungen gelten soll, welche die Fürsorge für das Personal mehrerer, wirtschaftlich zusammenhängender Firmen bezwecken. Zudem wird von einer Unterstellung dieser Personalfürsorgestiftungen unter das VVG gesprochen. Es ist an die Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins im Jahre 1951 in Luzern zu erinnern: die Referenten Prof. W. SCHERRER und Dr. R. VOUMARD sowie die Diskussionsredner lehnten in eindeutiger Weise jegliche Spezialgesetzgebung über die Personalfürsorgeeinrichtungen ab. Der Rechtswirklichkeit und der bewährten liberalen gesetzlichen Ordnung angemessener dürfte eine Angleichung der Praxis der Stiftungsaufsicht durch die Kantone sein.

4. Dr. MENGIARDI hat gezeigt, daß die Personalfürsorgestiftung zum Instrument der Unternehmensführung wird,

wenn Beteiligungsrechte der eigenen Firma in die Stiftung eingebracht werden. Solche Fälle bestehen und werden sich nach Angaben maßgeblicher Aufsichtsbehörden in den nächsten Jahren mehren. Denn Firmeninhaber, die keine oder keine geeigneten Nachkommen haben, vertrauen ihr Lebenswerk oft lieber der Betriebsgemeinschaft an, statt es an Dritte zu verkaufen. Dazu kommt das Anlageproblem der Erhaltung des Realwertes, das viele Pensionskassenverwaltungen heute in zunehmendem Maße veranlaßt, einen Teil des Vermögens neben Liegenschaften auch in Aktien anzulegen. Somit liegt es, wie Beispiele zeigen, auf der Hand, der Stiftung zu günstigen Konditionen Aktien des eigenen Betriebes zu vermitteln.

In Amerika zeigt sich deutlich die Tendenz, daß große Aktienpakete wegen der Höhe der erforderlichen Beträge nicht mehr durch einzelne Personen, sondern größtenteils nur noch durch bestehende Unternehmungen, Investment-Trusts oder Pension Funds erworben werden können. Ich verweise auf das aufschlußreiche Buch von HARBRECHT «Pensionsfonds, eine wirtschaftliche Macht», erschienen 1964 im Verlag Klostermann, Frankfurt. Der Autor sieht mit den Jahren eine teilweise Beherrschung der amerikanischen Wirtschaft durch das soziale Kapital kommen, was zu einer Strukturänderung der Gesellschaftsordnung führen könnte.

Diese Tatsachen zeigen, daß die Anfänge der Entwicklung der Personalfürsorgestiftung zur Unternehmensstiftung vorhanden sind. Mit Dr. MENGIARDI möchte ich mich für diesen Typus der Unternehmensstiftung einsetzen, doch sollte eine allfällige Neuordnung des Stiftungsrechts der Stifterautonomie auch in dieser Richtung keine zu engen Grenzen setzen.

Darf ich Sie zum Abschluß auf den demnächst erscheinenden Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages mit dem Titel «Vorschläge zur Reform des Stiftungsrechts», Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, aufmerksam machen, in dem als Sondervorschriften für Unternehmensstiftungen gewisser Größe die Bestellung eines un-

abhängigen Kontrollorgans, sowie Rechnungslegung, Prüfung und Rechnungspublizität in sinngemäßer Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften vorgeschlagen werden. Auf alle Fälle dürfte es empfehlenswert sein, bei Studien über eine neue Struktur des schweizerischen Stiftungsrechts auch die Entwicklung im Ausland eingehend zu verfolgen.

Schlußwort von Dr. PEIDER MENGIARDI:

1. Es war interessant festzustellen, daß sich die meisten Votanten mit der Typuslehre befaßten, während nicht minder wichtige Fragen nur berührt (Problematik der Unternehmensstiftung) oder überhaupt nicht besprochen wurden (die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins). Das wird in erster Linie darauf zurückzuführen sein, daß die unter der Bezeichnung «Typuslehre» zusammengefaßten Gedanken noch relativ neu sind und zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung herausfordern. Sekundär mag auch die Tatsache mitgewirkt haben, daß die Ausführungen zur Typuslehre in den beiden Berichten im Vergleich zum Ganzen etwas lang geraten sind.

Das sollte indessen nicht dazu verleiten, die Proportionen zu verlieren und die Bedeutung der Typuslehre im Rahmen der Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts zu überschätzen. Andererseits darf die Tatsache, daß verschiedene Fragen noch nicht genügend geklärt sind, auch kein Anlaß dazu sein, die Lehre in Bausch und Bogen zu verwerfen. Jedenfalls dürfte eine allgemein gehaltene Diskussion darüber, ob die Typuslehre zur Lösung gesellschaftsrechtlicher Probleme nützlich sei oder nicht, ziemlich unergiebig sein. Wie Herr Prof. JÄGGI ausführte, geht es hier um subtile Fragen, die eine Differenzierung erfordern.

Herrn Dr. KOLLER kann zugestimmt werden, wenn er befürwortet, von den Problemen auszugehen und die Diskussion über terminologische Fragen zurückzustellen. Wenn Einigkeit über die Problemlösungen sowie über die Bedeutung der Typuslehre für die Erkenntnis der Probleme und für die

Beantwortung einzelner Fragen besteht, wird man sich auch über die Ausdrucksweise verständigen können.

Die Hinwendung zu diesen Problemen führt indessen über den Rahmen der in der «Typuslehre» bearbeiteten Fragen hinaus. Sie führt zum weiteren Problemkreis der «Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts».

Diese Probleme bestehen auf der Stufe der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung. Ich möchte unter diesen beiden Gesichtspunkten auf die einzelnen Voten eintreten und mich zum Schluß noch zu einigen Sonderfragen äußern.

2. Mit den Herren KOLLER und JÄGGI bin ich der Ansicht, daß der Gesetzgeber von einem Leitbild ausgehen muß. Die Hauptfrage besteht darin, welche Lebensstypen als Leitbilder zur Bewältigung bestimmter Aufgaben zu wählen und inwieweit diese Leitbilder im Gesetz zu fixieren sind. Damit ist gleichzeitig auch die Frage nach der Zahl der vom Gesetzgeber zur Verfügung zu stellenden Gesetzestypen gestellt. Darauf kann die Typuslehre keine Antwort geben. Sie war uns lediglich zur klaren Erfassung des Problems behilflich.

Herr Prof. PATRY hat in überzeugender Weise eine Methode aufgezeigt, nach welcher in der Praxis an die Lösung dieser Probleme herangetreten werden kann. Erst die Befassung mit zahlreichen Einzelfragen und die zusammenfassende Würdigung der Einzellösungen wird zeigen, ob es notwendig ist, die Zahl der Gesetzestypen zu vergrößern, oder ob es zweckmäßiger ist, die Probleme des Rechtslebens mit relativ wenigen flexiblen Gesetzestypen zu lösen. Daß der Gesetzgeber nicht einfach vor einer Alternative steht, und daß er über eine reiche Auswahl von Mitteln verfügt, um den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen, habe ich in meinem Bericht (Seite 143 ff.) bereits ausgeführt. Es wird darauf verwiesen.

Herrn Dr. GAUTSCHI kann ebenfalls beigespflichtet werden, wenn er mit Nachdruck darauf hinweist, daß der Schutz des Aktionärs eines der wichtigsten der zu lösen-

den Probleme ist. Man wird aber doch erkennen müssen, daß es sich trotzdem nur um ein Teilproblem handelt, das in den Gesamtrahmen einer aktienrechtlichen Ordnung zu stellen ist.

3. Hinsichtlich der Rechtsanwendung sind meines Erachtens zwei Fragen deutlich zu unterscheiden: die Frage, inwieweit die gesetzliche Ordnung von den Parteien im Gesellschaftsvertrag oder in den Statuten geändert oder ergänzt werden kann, einerseits, und die Frage, nach welchen Regeln ein bereits begründetes Rechtsverhältnis zu beurteilen ist. In meinem Einleitungsreferat habe ich mich nur zur zweiten Frage geäußert.

Die erste Frage ist von ebenso großer praktischer Bedeutung. Im Bericht habe ich darauf hingewiesen, wie wichtig es ist, daß sich der Gesetzgeber zu diesem Problem sehr klar äußert (Seiten 106 ff., 118 ff.). Ich bin im übrigen der Meinung, daß die Typuslehre zur Beantwortung dieser Frage nicht Wesentliches beitragen kann (Näheres dazu im Bericht, Seite 147 ff., insbesondere Seite 151). Sie hat aber auch hier dazu gedient, das Problem klar zu erfassen.

Wenn die Parteien die gesetzliche Ordnung – im zulässigen Rahmen – kraft ihrer Privatautonomie geändert oder ergänzt haben, so wird ihr Rechtsverhältnis primär von den daraus resultierenden Normen beherrscht. Darin scheint Übereinstimmung zu bestehen. Herr Prof. HIRSCH hat mit Recht darauf hingewiesen, daß den Besonderheiten des Einzelfalles oft auch im Rahmen des Gesetzes Rechnung getragen werden kann und muß, beispielsweise, weil für Sonderfälle Sonderregeln bestehen oder weil die Lösung bestimmter Probleme ins richterliche Ermessen gestellt worden ist.

Herr Prof. JÄGGI ging in seinem heutigen Diskussionsbeitrag noch einen Schritt weiter. Er vertrat die Auffassung, daß von einer typgerechten (typgerecht, bezogen auf das Leitbild des Gesetzgebers) Auslegung auch dann abgewichen

werden dürfe, wenn das Gesetz Lücken enthält. Hier scheint mir große Zurückhaltung geboten. Das Hauptproblem dürfte im übrigen oft nicht darin bestehen, ob Lücken allenfalls typgerecht oder nicht auszufüllen sind, sondern ob überhaupt eine echte Lücke vorliegt. Es zeigt sich auch hier, wie wichtig es ist, daß sich der Gesetzgeber zur Frage der Typenfixierung sehr klar äußert.

Mit dieser Feststellung kann ich überleiten zum Beitrag von Herrn Prof. VON CAEMMERER. Er hat uns gezeigt, daß auch nach der in Deutschland herrschenden Auffassung bei der Anwendung des Gesellschaftsrechts differenziert werden muß. Wie dargelegt worden ist, sind die Möglichkeiten in dieser Beziehung von der Intensität der Typenfixierung abhängig. Weil diese Intensität im deutschen Gesellschaftsrecht sehr unterschiedlich ist, hat das Leitbild des Gesetzgebers für die Auslegung je nach Gesellschaft eine verschiedene Bedeutung.

4. Herr Prof. GILLIARD hat seine Skepsis darüber zum Ausdruck gebracht, ob mit dem Hinweis auf das «Wesen» der Gesellschaften «Wesentliches» ausgesagt wird. Ich teile diese Skepsis. Es war gerade der Sinn meiner Ausführungen, auf den Seiten 64 bis 97 des Berichtes darzutun, daß man jedes Rechtsinstitut unter verschiedenen Gesichtspunkten betrachten kann, und daß der Versuch, die verschiedensten methodologischen Anliegen mit einer einzigen Betrachtungsweise bewältigen zu wollen, wissenschaftlich unergiebig ist. Es war deshalb mein Bestreben, die verschiedenen in der Literatur mit dem «Typusbegriff» verbundenen Vorstellungen zu analysieren. Das Ergebnis meiner Untersuchung war der Vorschlag, als «Typ» nur eine einzige Denkform zu bezeichnen, nämlich die Vorstellung eines einheitlichen Ganzen unter dem besondern Gesichtspunkt seines Standortes zwischen dem Individuellen und dem Allgemeinen. Diese Denkform scheint mir fruchtbar, um die gesetzliche Ordnung mit der Rechtswirklichkeit in Beziehung zu setzen (Seite 98 des Berichtes).

Herrn Prof. GILLIARD kann ich auch insoweit zustimmen, als er die Meinung vertritt, daß die Lösung sozialpolitischer Probleme Rückwirkungen auf das Gesellschaftsrecht hat. Ich glaube aber nicht, daß es richtig ist, die sozialpolitischen Probleme in Zusammenhang mit der Revision des Rechts irgendeiner Gesellschaft zu lösen; denn diese Probleme beziehen sich nicht in erster Linie auf einen bestimmten Gesellschaftstypus, sondern auf das Unternehmen. Sie gehören zum Problemkreis des Unternehmensrechts.

5. Den Herren Dr. MOSER und Dr. WIRZ bin ich dankbar für die Bestätigung, daß die Unternehmensstiftung in der Praxis eine nicht zu unterschätzende Bedeutung hat. Das bestärkt mich in der Auffassung, daß sich die Wissenschaft, und in einem spätern Zeitpunkt auch der Gesetzgeber, mit diesem Problem befassen sollte.

Zum Schluß möchte ich noch danken: den zahlreichen Zuhörern für die Aufmerksamkeit, den Votanten für ihre konstruktiven Diskussionsbeiträge und dem Herrn Präsidenten für die Zeit, die er mir trotz des gedrängten Programmes für das Schlußwort zur Verfügung gestellt hat.

Schlußwort von Dr. PIERRE JOLIDON:

Je tiens d'abord à remercier tous les orateurs qui sont intervenus aujourd'hui et dont les contributions, si elles n'ont peut-être pas apporté une clarté définitive – et d'ailleurs illusoire, me semble-t-il – ont tout de même montré que les juristes suisses n'hésitent pas à se colleter avec des problèmes dont le moins qu'on puisse dire est qu'ils sont complexes. Ce que nous avons entendu me fait penser à ce que dit le professeur GERMANN dans son dernier grand ouvrage de méthodologie, à savoir qu'en Suisse les juristes n'ont pas le goût des acrobaties dialectiques et n'aiment guère s'élancer dans la stratosphère intellectuelle.

L'impression générale que je retire de nos débats est que la typologie dans son ensemble est aujourd'hui tout de même

trop imprécise et trop vague pour être d'une très grande utilité pratique. Comme la plus belle fille du monde, elle ne peut donner que ce qu'elle a. Or, elle ressemble encore trop à une de ces auberges espagnoles où chacun ne trouve que ce qu'il veut bien y apporter.

Il n'est évidemment pas possible – et M. MENGIARDI vient de le relever – de se déterminer dans le détail sur les interventions des différents orateurs. Je laisserai de côté en particulier les questions de pure méthodologie, et me bornerai à quelques brèves observations sur deux groupes de problèmes: l'utilisation de la typologie dans l'interprétation du droit actuel, d'une part, et son application dans le processus législatif, d'autre part.

Sur le premier point, les contributions de M. le professeur JÄGGI, et aussi de MM. les professeurs VON CAEMMERER et HIRSCH m'incitent à formuler l'une ou l'autre précision ou nuance relativement à ce que j'ai exprimé dans mon rapport et dans mon introduction de ce matin.

Je voudrais relever tout d'abord que j'ai étudié – et exposé – la théorie des types dans son ensemble, dans l'économie générale de ses différents aspects. Dans cette perspective, je maintiens les conclusions que j'ai formulées, notamment au sujet des difficultés de la détermination de ce que pourrait être le «type» de la société anonyme. J'ajoute que j'ai pris connaissance avec beaucoup d'intérêt de la précision formulée par M. le professeur JÄGGI à propos de la portée et des limites de la «typgerechte Auslegung»: elle ne me paraît cependant pas de nature à modifier essentiellement la conclusion de principe à laquelle je suis arrivé.

Cela ne signifie toutefois nullement que rien, dans cette théorie que j'ai été amené à critiquer, ne soit positif et ne puisse, même déjà maintenant, être précieux ou surtout le devenir à plus ou moins brève échéance. Je considère au contraire qu'il y a dans la typologie, dépoussiérée de toutes ses scories, des vues et des conceptions qui pourraient rendre service aux praticiens, mais surtout aux théoriciens du droit.

A cet égard je considère – et je tiens à le dire – que le travail de M. MENGIARDI est un ouvrage fort important.

En ce qui concerne plus spécialement l'interprétation, ce quelque chose de positif dans la théorie des types me paraît se rattacher aux critères traditionnels que vous me permettez d'appeler, pour simplifier, les critères historique et téléologique. La typologie, assagée, pourra peut-être nous aider à mieux voir ce qu'a été l'idée directrice du législateur, l'idée en fonction de laquelle il a formé sa volonté et conçu le but de la norme, et qui a comme polarisé la structure et la formulation des règles positives qu'il a été amené à formuler. Ce que je concède ainsi très volontiers à la typologie dans l'application du droit, c'est une fonction par conséquent relativement très modeste dans le cadre même des critères traditionnels d'interprétation, et à condition que l'on tienne compte, comme M. le professeur HIRSCH l'a souligné, de toutes les circonstances des cas d'espèce.

Le second groupe de problèmes que j'aborderai très rapidement, c'est celui qu'a évoqué M. le professeur PATRY et aussi partiellement M. le professeur GILLIARD, et qui concerne le rôle que pourrait jouer la théorie des types dans les travaux législatifs et pré-législatifs.

Je l'ai dit dans mon rapport, et je le confirme: la typologie peut être, dans cette perspective, fort efficace pour guider les travaux du législateur. Toutefois, je me permets de formuler deux ou trois observations, en complément de celles que M. le professeur GAUTSCHI a déjà énoncées. Tout d'abord, je reste d'avis qu'il faut en premier lieu s'entendre de manière très claire et très précise sur les notions et le vocabulaire qu'on utilisera: on leur donnera le sens et la portée qu'on voudra, l'essentiel est *qu'on sache de quoi il s'agit et de quoi l'on parle*. Cela est à mon avis un impératif absolu, à défaut de quoi l'on risque d'augmenter encore la confusion déjà existante, en l'introduisant à la source même du droit positif, ce qui serait évidemment inadmissible.

Ensuite, l'utilisation de conceptions typologiques au niveau de l'activité législative suppose nécessairement une en-

quête extraordinairement vaste et approfondie de la réalité, de la réalité sociologique totale que le législateur prend en considération et dans laquelle il s'agirait de découvrir avec certitude des types réels suffisamment déterminés. Si cette enquête présentait des lacunes, ou si elle n'était pas conduite avec toute la rigueur nécessaire, le résultat serait à mon avis faussé à la base. Je persiste aussi, pour les raisons que j'ai déjà exprimées et sur lesquelles je ne reviendrai pas, et au risque qu'une telle conclusion paraisse prématurée, à penser que le résultat de ces travaux du législateur devrait aboutir à une société anonyme unique, à une unique forme de société anonyme, avec tous les tempéraments qu'on pourra apporter dans des dispositions spéciales.

En tout état de cause, nous vivons à une époque où, en raison des tendances à des rapprochements, voire même à une certaine unification des législations sur le plan international, il n'est tout simplement pas possible d'ignorer ce qui se fait dans les autres pays (M. le professeur GILLIARD y a également fait une allusion). Toute nouvelle législation, spécialement dans le domaine de la société anonyme, devra à mon sens tenir compte inéluctablement de cette exigence, et je crains que l'utilisation de procédés et conceptions typologiques n'accroisse encore les difficultés du législateur à cet égard.

Je me permettrai de conclure sur une note un peu légère – mais comme nous sommes au terme de débats très savants, vous ne m'en voudrez pas – en me référant à une boutade d'un goût discutable et que l'on attribue à Alexandre Dumas. Il aurait dit, au sujet de ses romans historiques, qu'«il est permis de violer l'histoire, pourvu qu'on lui fasse un enfant». Rapportée au thème de nos débats, cette boutade m'incite à formuler – sans illusion – l'espoir que la typologie, même si elle doit «violenter» nos modes de pensée et d'expression traditionnels, en arrive un jour à fournir à l'ordre juridique suisse de beaux et nombreux enfants.

XII.

Nach einem Wort des Dankes an die Organisatoren der Jahresversammlung, die Berichterstatter, die Diskussionsredner und die Vertreter der Presse schließt der Präsident die Verhandlungen der 102. Jahresversammlung um 12.45 Uhr.

* * *

Am Samstagabend nahmen die Tagungsteilnehmer an einem Bankett im Werkhofhotel Gerlafingen teil, in dessen Verlauf, nach der Begrüßungsansprache des Präsidenten, Herr Bundesrat Dr. h.c. LUDWIG VON MOOS und Herr Landammann Dr. FRANZ JOSEF JEGGER, Solothurn, das Wort ergriffen.