

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:	90 (1971)
Rubrik:	Protokoll der 105. 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: 21.02.2026

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

Protokoll der
105. Jahresversammlung des
Schweizerischen Juristenvereins

vom 10., 11., 12. September 1971 in Engelberg

Sitzung vom Samstag, den 11. September 1971,
in der Aula des Schulhauses Engelberg

Präsident
Prof. Dr. KURT EICHENBERGER, Arlesheim/Basel

I.

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

Der Schweizerische Juristenverein tagt in den 110 Jahren seines Bestehens zum dritten Mal im Kanton Obwalden: 1902 versammelte er sich in Sarnen, 1947 hier in Engelberg. Es gereicht mir zur Freude und Genugtuung, daß der diesjährigen Einladung über 400 Personen gefolgt sind. Das Organisationskomitee, geleitet von den Herren Ständerat Dr. Dillier und Obergerichtspräsident Dr. Arquint, hat mit Umsicht und Begeisterung die Tagung vorbereitet. Besonderen Dank sind wir dem unermüdlichen Sekretär, Herrn Rechtskonsulent Kühler schuldig. Und wir sind dankbar, in der rechtshistorisch wie geographisch gleichermaßen eindrücklichen Talschaft zusammenkommen zu dürfen.

Dem diesjährigen Juristentag folgen nach bewährtem Brauch Ehengäste, die ich willkommen heiße. Teils weilen sie schon unter uns, teils werden sie in Kürze zu uns stoßen. Ich nenne an der Spitze Herrn Bundesrat von Moos, den Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, der diesmal in seinem Heimatkanton uns die Ehre seiner Anwesenheit erweist. Im letzten Augenblick hat Herr Bundesgerichtspräsident Dr. P. Schwartz wegen eines schweren Krankheitsfalls in der Familie von der Teilnahme absehen müssen. Der Vizepräsident des Bundesgerichts, Herr Bundesrichter Dr. Tschopp, ist aus gesundheitlichen Gründen verhindert, zu uns zu kommen. Beide Herren übermitteln uns ihre Grüße.

Als Ehrengäste begrüße ich sodann den Präsidenten des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Herrn Bundesrichter Dr. Vaucher; den Justizdirektor des Kantons Obwalden, Herrn Regierungsrat Imfeld; den Talamann von Engelberg, Herrn Hans Matter; den Abt des Klosters Engelberg, Hochwürden Leonhard Bösch; den Obergerichtspräsidenten und den Kantonsgerichtspräsidenten des Standes Obwalden, die Herren Dr. Arquint und Dr. Leuchtmann. Eine Kapazität des Internationalen Privatrechts aus Österreich ist unser offizieller ausländischer Guest: Herr Universitätsprofessor Dr. Fritz Schwind von der Universität Wien, der zugleich Präsident des Österreichischen Juristentages ist.

Obere kantonale Gerichte haben Delegationen an den Juristentag entsandt. Ich begrüße diese Repräsentanten der kantonalen Gerichte mit besonderer Freude und gebe meiner Dankbarkeit darüber Ausdruck, daß sie, die an der Front der Rechtsverwirklichung stehen, ihre Verbundenheit mit dem Juristenverein bekunden und seiner Tagung Gewicht verschaffen.

Schließlich richte ich einen freundlichen Willkommensgruß an interessierte Fachkollegen aus Italien, Österreich und Deutschland, von denen ich hier vor allem Herrn Universitätsprofessor Josef Wegan aus Graz nennen möchte.

Nach dieser namentlichen Bewillkommnung darf ich nun besonders herzlich Sie alle, meine verehrten Kolleginnen und Kollegen, begrüßen und die Hoffnung aussprechen, daß der Juristentag Engelberg Ihren Erwartungen Genüge zu tun vermöge. Daß diese unter einer Einschränkung stehen, haben Sie alle erfahren: Für beide Tagungsthemen ist zum größten Leidwesen des Vorstandes je ein Referat nicht rechtzeitig eingelangt, obwohl sie im Herbst 1968 vergeben worden waren. Das eine der ausstehenden Manuskripte ist Ende August, das andere gestern abgeliefert worden. Der Vorstand hat jedoch angesichts der ganz besonderen Umstände, in denen sich die beiden Referenten befunden haben, die nachträgliche Drucklegung für dieses eine Mal beschlossen, ausgehend vom Vorsatz, daß daraus kein Präjudiz erwachsen dürfe; sonst würde das Wesen des Juristentags, an dem festzuhalten 1969 entschieden wurde, nachhaltig verändert.

Ein den Juristen günstiger *genius loci* waltete bisher in Engelberg. 1947 referierten die Professoren IMBODEN und ZWAHLEN über Erfahrungen mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ferner der (damalige) Staatsschreiber und heutige Bundesrichter REICHLIN sowie Stadtrat BÉGUIN über Rechtsfragen der Landesplanung, beides zukunftsträchtige Themen und beide bestimmt von der Hoffnung, die Rechtsordnung möchte sich dem Neuen erschließen

und die schwierige Problematik meistern. Heute darf man sagen, daß Wesentliches verwirklicht ist von dem, was damals als notwendig aufgewiesen wurde, mitunter modifiziert, mitunter verwässert, mitunter anders – aber Frucht getragen hat's auf alle Fälle. So, hoffen wir, daß auch ein guter Stern über den diesjährigen Beratungsthemen stehen möge.

II.

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung als Sekretäre:

Herrn lic. iur. Edouard Nicole, Bundesgerichtssekretär, Lausanne, und Herrn Dr. René Rhinow, Gerichtsschreiber des basellandschaftlichen Enteignungsgerichts, ehemals Assistent für öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät Basel, Reinach.

III.

A. Der Präsident erstattet Bericht über das Vereinsjahr 1970–1971:

1. Der Verein hat im Berichtsjahr 107 *neue Mitglieder* gewonnen. 15 Kollegen haben ihren Austritt erklärt und 18 sind gestorben. Der effektive Zuwachs an Mitgliedern beträgt darnach 74; der Mitglieder- gesamtbestand hat die erfreuliche Zahl von 2670 erreicht.

Dem Verein sind beigetreten *:

Zürich

Werner Ammann, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Peter Baumberger, Bauamtssekretär, Winterthur
Dr. Peter Bosshard, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Urs Dietrich, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Rudolf Ernst, Leiter einer Rechtsabteilung, Schwerzenbach
Dr. P. Forstmoser, Rechtsanwalt, Zürich
Regula Gmür, Auditorin, Zürich
Dr. Arthur Hunziker, Rechtsanwalt, Direktor, Rüschlikon
Klaus Hütte, Assessor, Seuzach
Urs Klameth, Rechtsanwalt, Feldmeilen

* Stand 15. 8. 1971.

Dr. Bruno Lang, wissenschaftlicher Berater, Zürich
 Jacques Marmier, avocat, Zurich
 Dr. Heribert Rausch, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Peter Rosenstock, Rechtsanwalt, Zürich
 Prof. Dr. Claus Soliva, Kloten
 Margrit Spillmann, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Claus Schellenberg, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Arthur Schlatter, Wirtschaftsjurist, Zürich
 Dr. Hans Jürg Schürmann, Aesch/Forch
 Hans Peter Wahl, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Leo Weiss, wissenschaftlicher Angestellter ETH, Zürich
 Urs Winter, juristischer Mitarbeiter, Greifensee

Bern

Kilian K. Bloetzer, lic.iur., Bern
 Pierre Boillat, greffier de la Cour d'appel, Berne
 Dr. Pio Caroni, Privatdozent, Bern
 Walter Gimmi, lic.iur., Wabern
 Urs Graf, Fürsprecher, Bern
 Heinz Junker, Oberrichter, Interlaken
 Dr. Fritz Moser, Fürsprecher, Bern
 Markus Peter, Fürsprecher, Bern
 Thomas Plattner, Universitätsassistent, Münchenbuchsee
 Urs Raaflaub, Fürsprecher und Notar, Bern
 Jean-Louis Scheurer, avocat, Gampelen
 Hanspeter Trutmann, lic.iur., Wabern

Luzern

Dr. Franz Burger, Rechtsanwalt, Luzern
 Dr. Peter Hotz, Amtsstatthalter, Horw
 Michael Kreienbühl, Rechtsanwalt, Obergerichtsschreiber, Menznau
 Robert Laszlo, lic.iur., Luzern
 Dr. Margrit Meyer, Rechtsanwalt, Luzern
 Walter Sibold, lic.iur., Luzern
 Franz Schwegler, Rechtsanwalt, Kriens
 Ursula Widmer-Schmid, Rechtsanwalt, Gelfingen
 Dr. Heinrich Zemp, Rechtsanwalt, Luzern

Obwalden

Dr. Jost Dillier, Rechtsanwalt, Sarnen

Nidwalden

Dr. Hugo Waser, Rechtsanwalt, Hergiswil

Glarus

Dr. Hans Weymuth, Rechtsanwalt, Glarus
Paul Zimmermann, Gerichtsschreiber, Glarus

Fribourg

Jean-Marie Bovey, lic.iur., Estavayer-le-Lac
Marcel Clerc, lic.iur., greffier-adjoint, Fribourg
Pierre Esseiva, lic.iur., greffier au TC, Fribourg
André Genoud, lic.iur., Belfaux FR
Hanspeter Leugger, lic.iur., Schmitten
Dr. Alfred Reichmuth, Rechtsanwalt, Fribourg

Basel-Stadt

Dr. Christoph J.C. Albrecht, Basel
Peter Eulau, lic.iur., Basel
Marcus J. Flubacher, lic.iur., Basel
Dr. Catherine Geigy-Werthemann, Riehen
Peter Holdermann, lic.iur., Riehen
Heinrich F. Koller, lic.iur., Basel
Dr. John Nenninger, Basel
Dr. Gerhard Schmid, Basel
Dr. Adrian Staehelin, Zivilgerichtspräsident, Basel
Nico Zachmann, lic.iur., Basel
Peter Ulrich Ziegler, lic.iur., Basel
Dr. Peter Ziehlmann, Advokat, Riehen

Baselland

Dr. Markus Bürgin, Advokat, Liestal
Christoph Grether, Advokat, Reinach

St. Gallen

Benedikt Schwager, lic.iur., Gossau
Manfred Walder, Rechtsanwalt, Azmoos

Graubünden

Dr. Hans-Rudolf Bener, Rechtsanwalt und Notar, Chur
Dr. Lisa Bener-Wittwer, Rechtsanwalt, Chur
Giusep Nay, Rechtsanwalt, Chur
Dr. Christian Schmid, Rechtsanwalt, Chur

Aargau

Dr. Rudolf Rohr, wissenschaftlicher Mitarbeiter, Würenlos
Dr. Alfred Schwartz, juristischer Mitarbeiter, Baden

Thurgau

Dr. Jürg Flütsch, Staatsschreiber, Frauenfeld

Tessin – Ticino

Arnaldo Bolla, avvocato e notaio, Bellinzona
 Reto Bongiuliami, avvocato e notaio, Roveredo

Waadt – Vaud

Angèle Airoldi, lic.iur., Lausanne
 Jacques-André Baumgartner, Dr en droit, Lausanne
 James Cretin, lic. en droit, Lausanne
 Bernard Dutoit, professeur à l'Université de Lausanne, Pully
 Christian Fischer, Dr en droit, Lausanne
 Jean-François Pasche, lic. en droit, Gland
 Marcel Perrin, greffier de paix, Ecublens
 Pascal Pittet, notaire, Montreux
 D. Théraulaz, Dr en droit, Lausanne
 Lucy Willemetz, Dr en droit, Lausanne

Neuenburg – Neuchâtel

Françoise Desaules-Zeltner, avocate, Neuchâtel
 François Godet, lic. en droit, Neuchâtel
 Antoine Melo, lic. en droit, La Chaux-de-Fonds
 Michel Merlotti, lic. en droit, Neuchâtel
 Bertrand Reeb, avocat, Saint-Blaise
 Anne-Marie Schaller, lic. en droit, Neuchâtel

Genf – Genève

Richard Barbey, lic. en droit, Genève
 François Bolsterli, lic. en droit, Meyrin
 Roger Dagon, Dr en droit, avocat, Genève
 François Duchêne, avocat, Genève
 Laurent Extermann, lic. en droit, Genève
 Daniel Guggenheim, Dr en droit, avocat, Genève
 Bernard Haissly, lic. en droit, Genève
 Françoise Hirsch, lic. en droit, Genève
 Jacques Mathier, avocat, Genève
 Hans-Ulrich Ming, avocat, Genève
 Elisabeth Muller, lic. en droit, Genève
 Adolf F. Schnitzer, Dr en droit, Genève

Ausland

Michel-Laurent Pelichet, Dr en droit, La Haye

Demissionen *:

Eintritts-
jahr

1933	Dr. Carl Baumann-Zoller, Rechtsanwalt, Zürich
1944	Dr. Ralph Benziger-Müller, Fabrikant, Wil
1946	Dr. Stephan Berger, Grundbuchverwalter, Basel
1943	Pierre Blancpain, Dr en droit, Nonan
1958	Dr Jacques Comte, avocat, Lausanne
1949	Dr. Emil Friedrich, Banquier, Zürich
1935	Dr Karl Heiz, a. Bundesgerichtsschreiber, Lausanne
1966	Peter Helmerking, Rechtsanwalt, Kilchberg
1947	Dr. Gustave M.Julliard, Arlesheim
1965	Georges Michel, tuteur général, Genève
1963	Dr. Willy Neukomm, Windisch
1952	Fritz Schneiter, Notar, Muri BE
1922	Max Stettler, Fürsprecher und Notar, Bern
1967	Fred Wyss, avocat, Neuchâtel
1961	Dr. Ernst Zimmerli, Oberrichter, Rothrist

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

Der 1891 geborene REINHARD AMSLER absolvierte seine juristischen Studien an der Universität München und Leipzig, wo er zum Doktor der Rechte promovierte. Nach kurzem Praktikum in einem Anwaltsbüro in Genf trat er in den Dienst des Eidgenössischen Politischen Departements. Zuerst in Bern tätig, wurde er einige Jahre später Attaché an der Gesandtschaft in Bukarest, danach Legationsrat und am Schluß seiner diplomatischen Laufbahn interimistischer Geschäftsträger an der Gesandtschaft in Buenos Aires. Der Übertritt in die Privatindustrie – er war Direktor der Firma Bally in Buenos Aires – und die Rückkehr in die Heimat, wo er die Leitung der Familienunternehmung Alfred J. Amsler und Cie, Schaffhausen, übernahm, gaben dem politisch Interessierten die Möglichkeit, sich aktiv für die Belange seines engeren Gemeinwesens einzusetzen. Bis zu seiner Wahl als Oberrichter des Kantons Schaffhausen war er Mitglied und später Präsident des Großen Stadtrates von Schaffhausen. Er war Gründer und Präsident des Redressement National. Alt-Oberrichter AMSLER ist kurz nach Vollendung seines achzigsten Lebensjahres am 17. Januar 1971 verschieden. Dem Schweizerischen Juristenverein ist der Verstorbene 1931 beigetreten.

DAVID DÉNÉRÉAZ, geboren am 15. Oktober 1889, besuchte in Vevey das Collège und anschließend in Lausanne das Gymnase classique cantonal. Sein Entschluß, an der

* Stand 15. 8. 1971.

** Der Präsident beschränkte sich auf die Verlesung folgender Nekrologie: Pierre Freymond, Hermann Kistler, Wilfried Schaumann, Peter Schaad.

Universität Lausanne (und später auch München) Jurisprudenz zu studieren, machte sich reich bezahlt. Als Notar in seiner Vaterstadt Vevey tätig, entfaltete er bis zu seinem Tode am 1. Januar 1971 eine fruchtbare Tätigkeit im Dienste des Rechts und der staatlichen Gemeinschaft. Zahlreich sind die von ihm im Justizbereich ausgeübten Funktionen: Greffier de la Justice de Paix du cercle de Corsier (1914–1925), Officier de l'état civil de Vevey (1922–1959), Juge suppléant au Tribunal cantonal vaudois (1925–1937). Auch im politischen Bereich konnte man seiner Hilfe nicht entraten. Der Gemeinde Vevey diente er von 1922 bis 1938 als Conseiller communal (1925 als Präsident) und ab 1938 bis 1960 als Syndic. Auf kantonaler Ebene betätigte er sich während 25 Jahren als Mitglied des Großen Rates, den er 1940/41 auch präsidierte, und als Président de l'Union des communes vaudoises (1948–1960). 1930–1932 war er außerdem Nationalrat. Seine Verbundenheit mit der engen Heimat aber mag vielleicht am besten seine bis zum Tode ausgeübte Funktion als Abbé-Président de la Confrérie des Vignerons de Vevey ausdrücken. Dem Schweizerischen Juristenverein war der Verstorbene 1934 beigetreten. Im Jahre 1953 war er zusammen mit Prof. SCHÜRMANN Berichterstatter am Schweizerischen Juristentag und referierte über das Thema: «Les entreprises d'économie mixte et de droit public organisées selon le droit privé».

MAX E. J. EIGENMANN wurde 1916 in St. Gallen-Bruggen geboren. Der Primarschule in St. Gallen folgten die Gymnasialjahre in Disentis und in Freiburg i. Ue. 1938 bis 1941 studierte er an der Universität Freiburg die Rechte, bestand 1941 das Lizentiat und promovierte 1945 mit einer Dissertation über die öffentlichen Beschränkungen im schweizerischen Agrarrecht. EIGENMANN fühlte sich schon früh zur Presse hingezogen. Während seiner Studienzeit war er Frühredaktor der «Freiburger Nachrichten» und ab 1939 auch Mitarbeiter des Freiburgischen Bauernsekretariats und namentlich Redaktor des «Paysan Fribourgeois – Freiburger Bauer». Am 1. Juli 1944 nahm er seine Tätigkeit in der Privatwirtschaft als Rechtsberater, Direktions- und Verwaltungssekretär in einer bernischen Unternehmung auf. Außerberuflich war er immer wieder als Journalist tätig. In Kurzkommentaren nahm er Stellung zu Tagesfragen und publizierte diese vorwiegend in welschen Zeitungen. An allen Rechtsfragen interessiert, veröffentlichte er Arbeiten aus dem Gebiete des Gesellschaftsrechts (z. B. Das Reglement der AG, Zürich 1952) und war Mitarbeiter der Zeitschrift «Die schweizerische Aktiengesellschaft». Ende der fünfziger Jahre wurde der Verstorbene Sekretär der Arbeitsgemeinschaft der katholischen Presse und des Vereins der Verleger Katholischer Zeitungen mit Sitz in Freiburg. Mit bewundernswerter Ausdauer half er, obschon er bereits von der Krankheit gezeichnet war, seit 1964 am Aufbau des journalistischen Seminars der Universität Freiburg mit, zu dessen Sekretär er ernannt wurde. Hingebungsvoll war auch seine Mitarbeit in den internationalen Organisationen, im Weltbund der Katholischen Presse und als Generalsekretär des Ambassadorenklubs der Schweiz. Nach langer, schwerer Krankheit ist MAX EIGENMANN am 9. Februar 1971 im Inselspital Bern verschieden. Dem Juristenverein gehörte er seit 1954 an.

Nationalrat PIERRE FREYMOND ist am Ostersonntag im Alter von 50 Jahren einem Herzinfarkt erlegen. 1921 in Yverdon geboren, besuchte er die Universitäten von Lausanne, Basel, Paris, Cambridge, doktorierte 1947 mit einer Dissertation, die teilweise in das heutige Beratungsthema hineinführt, nämlich über Beziehungen zwischen dem internationalen und dem staatsinternen Recht. An der Akademie für Internationa-

les Recht in Den Haag und als juristischer Berater der OECD schuf er die Grundlagen für seinen Ruf als ausgezeichneter Kenner des internationalen Rechts, dem er auch in seiner 1953 in Lausanne eröffneten Anwaltspraxis vornehmlich diente. Doch zugleich blieb er der Heimat verhaftet: Als Gemeinderat in Duillier sur Nyon, als waadtländischer Grossrat, seit 1967 als Nationalrat schuf er sich ein bedeutendes Ansehen; im Bundeshaus erlangte er innerhalb kürzester Zeit den Respekt durch sein juristisches Können, durch seine internationale Erfahrung, durch sein mutiges Eintreten für die rechtsstaatlichen Werte, vor allem aber immer wieder durch seine verlässlichen Brückenschläge zwischen Welsch- und Deutschschweizern. 1950 war er dem Schweizerischen Juristenverein beigetreten.

Der am 1. März 1887 geborene OTTO GRÖNER wandte sich nach den juristischen Studien und seiner Promotion der Advokatur zu, die er von 1912 bis 1970 im Büro von Herrn Dr. Kolb in Zürich mit Erfolg ausübte. Nach reich erfülltem Leben ist er am 12. Januar 1971 verschieden. Der Verstorbene war seit 1911 Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins.

CHARLES HALBEISEN wurde 1893 in seinem Heimatort Laufen geboren, besuchte die Schulen am Heimatort und bestand in Schiers mit ausgezeichnetem Resultat 1913 die Lateinmaturität. Er schwankte zwischen seiner Neigung für eine philosophische Ausbildung oder der juristischen Laufbahn, zu welcher er sich alsdann entschloß. Seine Studien führten ihn nach Leipzig und Bern, wo er 1919 die Examina als bernischer Fürsprecher bestand. Er trat in die eidgenössische Bundesverwaltung über, bis er sich 1926 zur Eröffnung einer eigenen Anwaltspraxis in Schwarzenburg entschloß. Die Zeit der freien Anwaltstätigkeit hat CHARLES HALBEISEN immer als eine ausgezeichnete Schule in der Menschenkenntnis und seine lehrreichste Zeit betrachtet. 1931 folgte er einer Berufung als Erster Sekretär der kantonalen Gemeindedirektion. Bereits 1933 wurde er als Vizepräsident und 1936 als Präsident des bernischen Verwaltungsgerichtes gewählt. In dieser Stellung als Einzelrichter und Präsident von 2 Kammern mit nebenamtlichen Richtern hat er Ausgezeichnetes zur Fortentwicklung des bernischen Verwaltungsrechtes beigetragen. Seine Entscheidungen waren geprägt von einem strengen Rechtsempfinden. Die Richteraufgabe hat ihn immer fasziniert, und ihr war er mit seinem ganzen Wesen verpflichtet. Daneben war er außerordentlich bewandert in der philosophischen kritischen Literatur, die ihm von jeher viele Impulse gab. Als Ersatzmann im Bundesgericht in den Jahren 1954–1961 wirkte er in der staatsrechtlichen Abteilung mit. 1959 trat CHARLES HALBEISEN von seinem Amte als Verwaltungsgerichtspräsident zurück. Auch in der Zeit nach seinem Rücktritt wirkte er als Mitarbeiter in Redaktionen verschiedener juristischer Zeitschriften mit.

Im Alter von 61 Jahren ist am 23. August 1970 nach kurzer Krankheit ERICH HUBER, Rechtsanwalt, Rüschlikon, gestorben. In Walenstadt geboren, besuchte er die Kantonschule St. Gallen und studierte anschließend an der Universität Bern die Rechtswissenschaften. 1934 promovierte er zum Dr. iur. und erwarb sich noch im gleichen Jahr das bernische Fürsprecherpatent. Nach dreijähriger Tätigkeit als Sekretär am Obergericht Bern trat er in ein Advokaturbüro in Zürich ein, das er nach wenigen Jahren übernahm und bis zu seinem Tode als geschätzter Berater industrieller und kaufmännischer Unternehmungen führte. Schon als Student aktiver Segelflieger und Segelfluglehrer, wandte

sich E. HUBER früh den Problemen des Luftrechts zu. Er war maßgeblich an der 1952 erfolgten Gründung der Schweizerischen Vereinigung für Luft- und Raumrecht beteiligt, redigierte zunächst deren Bulletin und wurde nach einigen Jahren Präsident. Der über ausgezeichnete Kenntnisse im internationalen Luftrecht verfügende E. HUBER war außerdem Sekretär der Schweizerischen Stiftung Pro Aera. Dem Schweizerischen Juristenverein ist er 1966 beigetreten.

Der am 11. August 1896 geborene ROBERT JOOS-LIEB, Rechtsanwalt, ist am 23. August 1970 auf einer Bergwanderung im Alter von 74 Jahren tödlich verunglückt. Er absolvierte seine Rechtsstudien an der Universität Zürich, war als Gerichtsschreiber am Kantonsgericht in Schaffhausen tätig, wurde Konkursbeamter, später Jugendanwalt und praktizierte schließlich als freier Anwalt in Schaffhausen. Als Vorstandsmitglied der Guttemplerloge der Schweiz und der Weltloge galt seine Sorge vor allem den Bestrebungen des alkoholfreien Gastgewerbes. Wir verloren in Dr. Joos einen gewissenhaften und bescheidenen Kollegen. Unserem Verein hat er seit 1927 angehört.

HERMANN KISTLER, geboren am 23. April 1880, starb im Alter von 90 Jahren am 16. Oktober 1970 als alt-Bundesversicherungsrichter in Biel. Nach dem rechtswissenschaftlichen Studium in Bern und Paris, nach Ablegung des Doktor- und Fürsprecherexamens im Jahre 1903, betätigte er sich als Anwalt in Biel, als Präsident des Gewerbegerichts Biel und als nebenamtlicher bernischer Verwaltungsrichter. Er war Gemeinderat und 1921 Stadtpräsident von Biel; während des ersten Krieges führte er als Major das Bataillon 139. 1932 wurde er in das Eidgenössische Versicherungsgericht gewählt, dem er bis 1952 angehörte. Am Schweizerischen Juristentag 1942 referierte er umfassend und eindringlich über «Rechtsfragen auf dem Gebiete der Militärversicherung» und war maßgeblich beteiligt an der Revision des Militärversicherungsgesetzes 1949. Am Aufbau der Rechtsprechung und damit zur Ausgestaltung des AHV-Gesetzes hat er entscheidend mitgewirkt. 1933 war der Verstorbene dem Juristenverein beigetreten.

FRITZ MATTHEY, geboren am 8. April 1905, studierte von 1925–1928 an der Universität Neuenburg Jurisprudenz und erwarb im November 1928 das Brevet als Notar. Diesen Beruf übte er bis zu seinem Tode am 21. August 1970 in Le Locle aus. Während mehrerer Jahre war er Conseiller général au Locle und von 1949–1961 Mitglied des Großen Rates des Kantons Neuenburg. Seit 1937 amtete er außerdem als Substitut des Préfet des Montagnes neuchâteloises (district du Locle et de la Chaux-de-Fonds). Große Verdienste erwarb sich der Verstorbene, der dem Schweizerischen Juristenverein 1929 beigetreten ist, als Mitglied der Verwaltung und als Präsident der Stiftung des Hôpital du Locle.

Zu Beginn dieser Woche sind wir von der Mitteilung überrascht worden, daß Herr Oberrichter PETER SCHAAD, Bern, während der Ferien im Tessin plötzlich gestorben ist. Obwohl Herr Doktor SCHAAD nicht Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins gewesen ist, gehört es sich, hier seiner zu gedenken. Denn er hat sich um den Schweizerischen Juristenverein besondere Verdienste erworben. Er war es, der für den Auftrag des Vorstandes, über die Frage der Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts die wissenschaftlichen Untersuchungen durchzuführen, neben Herrn Bundesrichter SCHWARTZ die Hauptlast getragen hat. Auf den Juristentag 1969 in Genf erstattete er den ausführ-

lichen und gründlichen Bericht: «Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozeßordnung», womit er in maßgeblicher Weise die Probleme einer Neuordnung konstruktiv dargelegt hatte.

Professor WILFRIED SCHAUMANN, am 26. Juli 1923 geboren, kam am 9. Februar 1971 bei einem Eisenbahnunglück in Oberbayern ums Leben. Der Verstorbene wuchs in Wettingen und Baden auf, studierte Jurisprudenz in Zürich und Paris, promovierte 1948 mit einer rechtsvergleichenden Arbeit über Landesplanung, erwarb 1951 den Master of Law an der Yale-University. Nach Gerichts-, Anwalts- und Verwaltungspraxis bestand er das zürcherische Anwaltsexamen, war Assistent am Juristischen Seminar in Zürich, habilitierte sich 1955 für Staats- und Völkerrecht in Zürich. Unermüdlich und doch ausgeglichen ist er tätig: Er bearbeitet die Bereinigung der Gesetzesammlung des Kantons Zürich, er publiziert Abhandlungen in reicher Zahl, er ist Referent an der Deutschen Staatsrechtslehrertagung 1959 zum Thema des gliedstaatlichen Vertragsrechts im Bundesstaat, er übersetzt – ich erwähne es wegen der Nähe zu unserer heutigen Beratung – die Schrift ARTHUR NUSSBAUMS über «Amerikanisch-schweizerisches internationales Privatrecht». 1961 folgt WILFRIED SCHAUMANN dem Ruf als Ordinarius nach Würzburg. Hier entfaltet er eine fruchtbare Tätigkeit in Lehre und Forschung des Staatsrechts, des Verwaltungsrechts, des Völkerrechts. Seine ruhige Überlegtheit macht ihn zum standfesten Pol in der Phase studentischer Unruhe und der Neuordnung des Universitätswesens. Ansehen und Wirkung in Deutschland lösten nie die engen Verknüpfungen mit der Heimat, wo er publizistisch, in fachlichen Vereinigungen und in freundschaftlichen Zusammenkünften immer präsent blieb. Im Sommer 1970 folgte er dem Ruf der Universität Fribourg auf den Lehrstuhl WILHELM OSWALDS und nahm zugleich die Aufgabe eines Rechtskonsulenten des aargauischen Regierungsrats im Nebenamt auf. Seiner Gründlichkeit, Aufrichtigkeit und Bescheidenheit wegen wurde seine Rückkehr allenthalben begrüßt, und die Fachkreise waren über die Bereicherung durch den reifen Mann beglückt. Umso bestürzter waren sie über den jähnen Tod des Siebenundvierzigjährigen, der 1958 dem Juristenverein beigetreten war.

THEODOR SIMON wurde am 5. April 1905 in Udupi (Indien) als Sohn eines Missionars geboren. Er besuchte die Schulen in Basel und wandte sich nach der Erlangung der Maturität am Humanistischen Gymnasium dem Studium der Rechte zu. 1928 promovierte er zum Dr. iur. Nach Erlangung des Patents als Advokat und Notar eröffnete er in Basel seine eigene Praxis, die er bis zu seinem plötzlichen Tode am 26. Oktober 1970 mit großer Sachkunde und Gewissenhaftigkeit führte. In den Reihen der «Odd Fellows» fand er seine Gesinnungsgenossen und in der Musik, der er besonders zugetan war, die notwendige Erholung. Unserem Verein hat er seit 1945 angehört.

MARIO TIMBAL, nato il 6 agosto del 1923, dopo la licenza ginnasiale a Lugano e quella della Scuola di commercio di Bellinzona, proseguiva gli studi in giurisprudenza all'Università di Ginevra, dove conseguiva con brillante esito la licenza nell'ottobre del 1945. Perfezionava poi i suoi studi all'Indiana University (Bloomington) che concludeva nel giugno del 1947 con il titolo di «Master of law».

Tornato a Lugano svolgeva la sua pratica d'avvocatura e di notariato presso lo Studio Schmidhauser e nel 1950 apriva un proprio studio nella stessa città.

Personalità indipendente, brillante avvocato e buon giurista, particolarmente versato nel diritto internazionale privato e in special modo nel diritto anglo-sassone; membro dell'Ordine degli avvocati e dei notai, del Circolo dei giuristi di Lugano oltre che della nostra Società, la sua repentina morte, avvenuta il 7 febbraio 1971, ha suscitato generale rimpianto.

Der am 9. Mai 1895 geborene GEORG VETTER besuchte das Literargymnasium an der Kantonsschule Zürich. Nach der Maturität im Jahre 1914 studierte er an den Universitäten Genf, Zürich und Paris Rechtswissenschaften. Mit einer Dissertation bei Prof. FLEINER erwarb er 1920 den Doktorhut der Universität Zürich. Nach längerer Tätigkeit in der Versicherungsbranche und einem Aufenthalt in Brüssel eröffnete er Mitte der dreissiger Jahre in Zürich ein eigenes Anwaltsbüro. Seine Freizeit verbrachte er mit Vorliebe in Musikerkreisen, wo er als hervorragender Cellist geschätzt wurde. Er war lange Zeit Vorstandsmitglied und zuletzt auch Präsident des Zürcher Konservatoriums. Unserem Verein hat der am 25. Juni 1971 Verstorbene durch häufige Teilnahme am Schweizerischen Juristentag die Treue erwiesen.

EDMOND ZELTNER, Advokat, Le Locle, ist am 24. Dezember 1969 im Alter von 60 Jahren gestorben. Er studierte von 1928–1931 an der juristischen Fakultät der Universität Neuenburg, bestand 1931 das Lizentiats- und 1933 das Anwaltsexamen. In Le Locle widmete er sich in der Folge ganz dem Aufbau seiner Anwaltspraxis und der Betreuung seiner zahlreichen Klienten. Als Präsident der Union cinématographique suisse galt sein besonderes Interesse dem Schaffen der einheimischen Filmproduzenten. Dem Schweizerischen Juristenverein ist er 1946 beigetreten.

2. Im Jahre 1969 entschloß sich der Schweizerische Juristenverein zum Beitritt zur *Schweizerischen Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft*. Darüber ist an den Generalversammlungen in Solothurn und Genf berichtet worden. Die Zusammenarbeit hat einen guten Anfang genommen. Der Nationalfonds wünschte im Berichtsjahr eine Vereinfachung des Geschäftsverkehrs für die Subventionierung der Forschungsarbeiten und legte nahe, die der Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft angeschlossenen Vereinigungen sollten über diese Gesellschaft als Dachorganisation mit ihm verkehren. Der Vorstand des Juristenvereins gab mit andern wissenschaftlichen Vereinigungen dieser Aufforderung Folge, stimmte der Einsitznahme in die Forschungskommission der Dachorganisation zu und bezeichnete Herrn Professor ALOIS TROLLER als seinen Vertreter. Dieser Eintritt in die Forschungskommission der Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft tut der Selbständigkeit der wissenschaftlichen Tätigkeit und Planung des Juristenvereins nicht Abbruch, und wir haben Existenz und Betätigung unserer eigenen Forschungskommission, die unter dem Vorsitz von Herrn Professor VITAL SCHWANDER tätig ist, damit nicht aufgegeben.

3. Die langwierigen Bemühungen um die Schaffung eines *Instituts für Rechtsvergleichung* – von einem Leidensweg zu reden, will ich doch noch vermeiden – haben im Berichtsjahr einige hoffnungsvolle Lichtblicke erlebt. Mehr freilich auch nicht. Der Weg der Verwirklichung ist noch nicht vollends geebnet. Anknüpfend an die Mitteilungen im letztjährigen Präsidialbericht, kann ich heute feststellen, daß eine gemeinschaftliche Übernahme auf Grund eines Konkordates oder eines privatrechtlichen Statuts mit Unterstützungen des Nationalfonds die Finanzierung und die Trägerschaft offensichtlich nicht zureichend zustandebrächte. Dazu tritt die Crux der Standortfrage, in der man den üblichen eidgenössischen Hausstreit noch nicht hat beenden können und die man sinnvollerweise vertagt, bis die zwei andern Grundfragen gelöst sind. Die Idee des gesamtschweizerischen Instituts hat – das abgelaufene Jahr hat es überdeutlich gezeigt – nur dann eine Erfolgschance, wenn der Bund das Institut trägt, dessen Betrieb finanziert und, wenn möglich, auch die Bau- und Ausstattungskosten übernimmt. Das Institut darf, wenn es seinen Dienst vollwertig erbringen soll, von den Behörden nicht weisungsabhängig sein, es braucht die spezifische wissenschaftliche Unabhängigkeit. Diese Garantie wird so herzustellen versucht, daß die juristischen Fakultäten gesamthaft die wissenschaftliche Verantwortung übernehmen.

Der Direktor der Eidgenössischen Justizabteilung, Herr Professor J. M. GROSSEN, hat sich in höchst verdienstvoller Weise der Frage angenommen, darüber der vom Juristenverein geleiteten Großen Kommission berichtet und das Geschäft dem Bundesrat unterbreitet, der voraussichtlich im Laufe dieses Herbstanfangs die Grundsatzfrage entscheiden kann, ob der Bund die Aufgabe im skizzierten Sinne übernehmen wolle. Wir sind dem Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartements, Herrn Bundesrat von Moos, in Dankbarkeit verpflichtet, daß er dem Projekt und den verbliebenen Lösungsmöglichkeiten seine wohlwollende Unterstützung lehnt. Daß das Institut beim Finanzdepartement auf Verständnis stößt, ist ausgesprochene oder unausgesprochene Erwartung all derer, die seit Jahren sich um die Realisation bemühen.

4. Anstelle der früheren Preisausschreiben des Juristenvereins treten seit einiger Zeit *Forschungsaufträge* an bestimmte Bearbeiter. Forschungskommission und Vorstand sind im Begriffe, einen Auftrag im Bereich des Umweltschutzes in Auftrag zu geben.

5. In der üblichen Vorausschau auf *künftige Juristentage* ist hier zu

wiederholen, daß nächstes Jahr «Die Autonomie der Gemeinden und der regionalen Zusammenschlüsse» zur Diskussion stehen wird. Ferner soll über den Einsatz der Automation im Dienste des Rechts eingehend orientiert und dafür der eine Verhandlungstag reserviert werden. 1973 werden zwei wissenschaftlich und praktisch höchst aktuelle Fragen behandelt werden, nämlich erstens solche der Zusammenarbeit von Unternehmen des Privatrechts, zweitens die ebenso drängende wie klärungsbedürftige Problematik der Sozialrechte oder sozialen Grundrechte. 1974 ist das Jubiläumsjahr der geltenden Bundesverfassung. Ob man will oder nicht, so wird dannzumal sicher noch keine neue Bundesverfassung in Kraft stehen, und so würde sich auf alle Fälle Gelegenheit bieten, das Centenarium der noch geltenden 74er-Verfassung zu feiern, vor allem durch die besondere Themenwahl des Juristentags. In Prüfung ist die Edition einer Festgabe. Freilich wird 1975 eine weitere Hundertjahrfeier fällig, nämlich die des Bestehens des ständigen Bundesgerichts. Soll der Juristenverein beides feiern? Und wie? Der Vorstand wägt ab, ist aber dankbar, wenn Vereinsmitglieder ihm ihre Meinung auf irgendeinem Wege kundtun.

6. Als der Juristentag im Kriegsjahr 1940 in Zürich abgehalten wurde, enthüllte man in einer Feier am *Geburtshaus Eugen Hubers* in Oberstammheim eine Gedenktafel. Der Vereinspräsident, Bundesrichter BOLLA, und Professor EGGER brachten die Würdigung an; WALTHER BURCKHARDT hatte gedenkende Worte vorbereitet gehabt. Im Jahre 1971 wurde der Vereinsvorstand vom aufmerksamen Vorsteher des Juristischen Seminars der Universität Zürich, Herrn Dr. TH. BÜHLER, davon unterrichtet, daß die Absicht bestehe, das baufällig gewordene Geburtshaus des Schöpfers des Zivilgesetzbuches abzubrechen. Der Vorstand setzte sich, mit der zürcherischen Denkmalpflege, bei der Gemeinde und bei der kantonalen Baudirektion für die Erhaltung des Gebäudes ein. Er glaubt, das Geburtshaus Eugen Hubers bilde auch in der heutigen Welt und Zeit, die den Sinn für sichtbare Erinnerungen und für die Symbolkraft äußerer Erscheinungen zu verlieren scheint, ein Symbol für das schweizerische Recht und die geeinte Schweiz. Dem in der körperlichen Welt nicht in Erscheinung tretenden Recht ist mit diesem Geburtshaus doch eine Art von Denkmal gegeben. Wenn, wie heute, Recht und Staat um Geltung ringen, kann ein solcher Wert von erheblicher Bedeutung sein und werden. Der Stolz des Landes auf Eugen Huber und seine Schöpfungen, die das innere Leben der Eidgenossenschaft stark prägen, sollte im Doktorhaus von Oberstammheim eine faßbare Gestalt behalten können. Der Baudirektor des

Kantons Zürich, Herr Regierungsrat A. GÜNTHARD, hat dem Schweizerischen Juristenverein in höchst verständnisvoller Weise zugesagt, daß er in Zusammenarbeit mit der Gemeinde Oberstammheim Mittel und Wege suchen werde, das Geburtshaus Eugen Hubers der Nachwelt zu erhalten.

7. Die *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, die dem Schweizerischen Juristenverein so nahe verbunden ist und der für die Entwicklung und Durchdringung des schweizerischen Rechts eine hervorragende Stellung zukommt, hat im Berichtsjahr die Redaktion gewechselt. Herr Professor MAX GUTZWILLER, seit 1949 Alleinredaktor, ist durch ein Dreiergremium abgelöst worden, das aus den Herren Professor ARTHUR MEIER-HAYOZ, Professor BERNARD DUTOIT und Privatdozent PETER SALADIN besteht. Herr Professor GUTZWILLER hat in unvergleichbarer Weise seine Redaktorenaufgabe erfüllt. Getragen von einer umfassenden, wahrhaft humanistischen Bildung, ausgestattet mit einer unbegrenzten Weite des Blicks für die Hoffnungen und Gefährdungen des Rechts, führte er – in seiner einzigartigen Umsicht und Sorgfalt – immer wieder auf die maßgeblichen Quellen des wissenschaftlichen Gewissens zurück, das jeden in der Welt stehenden Juristen erfüllen muß: auf ein Verantwortungsbewußtsein für Mensch, Recht und Staat, auf die Verlässlichkeit im Kleinen und Großen, auf die Erhebung über den Einzelfall und auf die letztliche Verpflichtung auf ein Höheres und Umfassenderes als das Alltägliche. Herr Professor GUTZWILLER verdient den bleibenden herzlichen Dank des Schweizerischen Juristenvereins für sein unermüdliches Wirken, und ich weiß, im Namen der Versammlung sprechen zu dürfen, wenn ich der Erwartung Ausdruck gebe, daß er der Zeitschrift als ständiger Mitarbeiter seine Kräfte weiterhin zur Verfügung halten möge.

B. Der Vorstand hat Anlaß gehabt, sich Rechenschaft zu geben vom Stand der schweizerischen Rechtsordnung. Obschon Überblicke und Gesamturteile über so komplexe Gegenstände ihre großen Bedenken haben, so darf ich doch zwei Eindrücke hervorheben. Der eine vermittelt das Bild einer großen Aktivität in der *Rechtssetzung*. 1970 wurden 16 Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse sowie 17 weitere rechtssetzende Erlasse der Bundesversammlung in Kraft gesetzt. 1960 waren es 10 Gesetze und 7 weitere Erlasse. Die Zahl hat sich in 10 Jahren verdoppelt. Rechnet man dazu, daß der Bundesrat gleichbleibend rund 100 Verordnungen im Jahr verabschieden muß, so ergibt sich, daß heute im Durchschnitt pro Woche zwei bis drei neue Erlasse der oberen Stufen

ergehen. Die Tendenz zeigt eine stark steigende Kurve. Allein für partielle Verfassungsrevisionen sind zur Zeit rund 30 Vorlagen hängig, einzelne freilich überaltert und aussichtslos, die große Mehrzahl aber im Stadium der Vorverfahren oder in der parlamentarischen Beratung. 10 Volksbegehren auf Verfassungsrevision sind eingereicht, 6 sind im Stadium der Unterschriftensammlung, 6 weitere sind angekündigt. Die Exekutive beschäftigt beste Kräfte mit der Präparation von Erlassen aller Stufen. Das Schwerpunkt bündesrätlicher Tätigkeit liegt immer wieder bei Fragen der Rechtssetzung. Die Eidgenössischen Räte bewältigen ein ungewöhnliches und wachsendes legislatorisches Pensem. Wer aus dieser bewegten Rechtssetzungstätigkeit entnähme, Recht und Rechtsordnung stärkten und regenerierten sich, der Fleiß der Rechtssetzungsorgane bezeuge schöpferische Gestaltungskraft, könnte doch den zweiten Eindruck nicht von sich abwenden: nämlich daß die positivierte Gesamtrechtsordnung nicht voll die Qualität hält, die rechtsstaatliche Grundforderungen erwarten dürfen.

Da sind bedrückende Rückstände bei veralteten Gesetzgebungen, die der Erneuerung und Anpassungen an veränderte Soziallagen oder Rechtigkeitsvorstellungen oder Menschenbilder rufen; da sind Rechtssetzungslücken, die die Rechtsprechung nicht zu schließen vermag, sondern rechtssetzende Entscheide erheischen; da sind unübersichtliche oder unsorgfältige Erlasse, in denen die sprachliche, begriffliche oder systematische Ausformung mangelhaft ist; da sind grob inkonsequente Einordnungen in die Rechtssetzungsstufen und willkürliche Unterschiede in der Delegationspraxis; da sind inhaltlich unbefriedigende Regelungen, denen der Richter keine Korrekturen entgegenzusetzen vermag. Daß es schöne Erlasse gibt, die dem Richter ein sachgerechtes Judizieren und dem Anwalt eine Beratung in sicherem Recht gestatten, dass bei der Rechtssetzung mit Können und Präzision gearbeitet werden kann, ist richtig und lobt die beteiligten Behörden. Es enthebt aber nicht davon, ohne jegliche Anschuldigung festzustellen, dass unsere Rechtsordnung kein ausgewogenes Ganzes, kein in sich geschlossenes Gefüge, keine auf konsequenter Wertung beruhende Gesamtordnung darstellt. Kein Jurist der Gegenwart wird freilich die streng logische Systematik, die vollends ausgewogene Übereinstimmung, die substantielle Richtigkeit in Perfektion erwarten und fordern. Er weiß, daß man sich mit Annäherungen begnügen muß, weil die Rechtsordnung Menschenwerk, weil sie in die Zeit gestellt und in ihrer Ausgestaltung immer in Bewegung ist. Er weiß, daß das reine Systemdenken und die Kodifikationsgläubigkeit des 19. Jahrhunderts abge-

dankt haben. Er weiß, daß die Rechtsanwendung schöpferische Elemente in sich trägt und daß Rechtsprechung erst die Rechtsordnung in Inhalt und Geltung zustandebringt. Er bescheidet sich von vorneherein. Indessen gibt es Zustände, von denen man sagen muß, sie hätten die vernünftigerweise zu erwartende, zumutbare Annäherung nicht erreicht.

Derartige Diskrepanzen im Bund – in den Kantonen sind sie mitunter noch größer, weil die Gliedstaaten aus personellen oder politischen Motiven die Rechtssetzung im allgemeinen zu stark in den Hintergrund drängen und dem Ausbau der juristischen Dienste nicht immer die geschuldete Beachtung schenken – haben viele Ursachen. Eine liegt darin, daß die Vorbereitung der Erlasse häufig dezentralisiert in den verschiedensten sachbearbeitenden Bundesämtern getroffen wird und nachher keine zureichende legislatorische Koordination und Kooperation stattfinden. Expertenkommissionen, Mitberichte betroffener Departemente, Vernehmlassungsverfahren, Behandlung im Bundesrat und sodann in parlamentarischen Kommissionen bringen im allgemeinen die Korrekturen nicht bei, vor allem deswegen, weil sie, angesichts der Fülle des Stoffes, der zeitlichen Bedrängnis oder der Interessenlage, der Mängel nicht ansichtig werden. Es wird oft – freilich nicht immer – in guten Treuen produziert; aber damit sind die Mängel noch nicht saniert. Institutionelle und geistige Modifikation drängen sich auf.

Eine institutionelle Hilfe böte die Sicherstellung der ebenso schwierigen wie dringlichen legislatorischen Koordination durch eine Bundesstelle für die Rechtssetzung. Die Justizabteilung hieß einmal Amt für Gesetzgebung, und die geforderte Institution könnte dem Justiz- und Polizeidepartement eingefügt oder dem Bundesrat direkt zugeordnet werden. Ihre Aufgabe wäre nicht die zentralisierte Ausarbeitung aller Erlasse, sondern die Hilfeleistung für die Fachdepartemente, für die Kommissionen, für den Bundesrat, vielleicht gar – wenn sie will – für die Bundesversammlung. Zur Koordination freilich müßte sie im Vorverfahren der Rechtssetzung eingreifende Befugnisse haben, und für die Verfassungsrevisionen wäre *sie* die bearbeitende Stelle. Der geltenden Bundesverfassung droht mit den heterogenen Normen aus den bearbeitenden Bundesämtern und aus den Sekretariaten der Initiativkomitees innert Kürze ein innerer Zerfall der rechtlichen Struktur, eine Gefahr, die sich in den letzten zwei Jahren mit den unerwartet vielen Revisionsvorhaben verschärft hat. Wenn die Bundesverfassung *ein* Werk bleiben soll – und dies gälte erst recht für eine totalrevidierte –, so muß sie auch aus *einer* Hand fortgeführt werden.

Von der Rechtswissenschaft ist mit aller Deutlichkeit zu fordern, daß

sie eine Rechtssetzungslehre ausbildet. Die Sorgfalt, die sie der Auslegung hat angedeihen lassen, ist ebenso nötig für die rechtssetzende Tätigkeit. Der Abbau des Gesetzesstaats, die Anfechtungen des Legalitätsprinzips, die Einsichten in die Fragwürdigkeiten des Rechtserzeugungsprozesses machen eine fundierte Rechtssetzungslehre nicht überflüssig, sondern gegenteils unentbehrlich.

Das Maßgebliche liegt allerdings nicht an institutionellen und wissenschaftlichen Vorkehren, sondern an der geistigen Haltung, von der die Entwicklung des Rechts und der Rechtssetzung getragen sein wird. An dieser entscheidenden Haltung hat der Juristenverein einen beachtlichen Anteil.

Gewähren Sie mir dazu noch einige Worte. Rechtssetzung ist nicht Alltagsgeschäft, selbst und gerade wenn sie in einem überdimensionierten Ausmaß zu leisten ist. Ihre Vorbereitung, also das relevanteste Stück auf dem Weg zum Recht, gehört deshalb auch nicht in die Hände der Eilfertigen, der Oben-durch-Redner, der Gehetzten. Sie ist aber auch schlecht aufgehoben bei denen, die über ihren Sachbereich nicht hinausgesehen haben und die in der Akribie positivistischer Engsichtigkeit ihre Erfüllung finden. Im übrigen haben viele Wesensarten und Denkweisen Platz; denn der Erlaß ist am Ende das Ergebnis vieler Köpfe und mancher Willen. Der Jurist soll dabei weder der Bremser noch der Treiber sein. Zwar sind wir gewöhnt, mit Behendigkeit die Fragwürdigkeit von Vorschlägen darzutun, die Bedenklichkeit neuer Zustände zu beschreiben, die Gefährdungen rechtlicher Werte zu signalisieren, und der Hang, das Hergebrachte um der Stabilität und Rechtssicherheit willen zu bewahren, liegt uns im Blut. Deswegen sind wir auch Warner vor Neuem und Überstürztem, halten uns für Hüter überkommener Werte, finden in der Gewährung von Schutz einen sublimen Auftrag.

Trotzdem sind wir auch zur besonnenen Gestaltung gerufen, gerade in dieser Zeit, die die Orientierung verliert und in der totalen Erschütterung wie ausweglos, jedenfalls angstfüllt auf das Künftige starrt oder in euphorischer Leichtfertigkeit der nebligen Zukunft zueilt. Der Jurist kann sich von der Gestaltung neuen Rechts nicht befreien, indem er die Rechtspolitik von sich wegschiebt und sich für die Rechtsanwendung bewahrt, sich ob dem Rechtssetzungsauftrag in zweckfreie Passivität begibt und die Distanz romantischer Ironie sucht. Der intellektualistische Skeptizismus, der seinem Träger häufig für den Augenblick recht gibt, ihn jedoch in der spielerischen Verantwortungslosigkeit oder bei sophistischen Reaktionen beläßt, ist dem Juristen, gleich welchen Berufs, nicht angemessen. Wir

dürfen und sollen die Bedrohung und Not des Rechts und der Institutionen aufdecken, wir sollen die Gefährdungen klar und unumwunden dartun. Aber dabei kann es nicht sein Bewenden haben. Wir sind auch zum Handeln verpflichtet.

Die heutige Zeit braucht die bejahende Haltung der Juristen. Bejahen meint: die Überwindung der Resignation, das Wagnis eines hoffnunggeleiteten Gestaltens, die Belebung vernunftgetragener Kräfte, womit wir die Negationen und die Handlungsunfähigkeiten einer vielleicht gescheiteten, aber letztlich die Rechtskultur zerstörenden Phase allmählich hinter uns lassen können.

Mit der Wiederholung der alten Einsicht darf ich den Jahresbericht abschließen: Rechtssetzend und rechtsprechend die eigene Rechtsordnung vorbildlich auszuformen, gehört zu den hoffnungsvollen und erfüllbaren Zielsetzungen eines Kleinstaats, der damit zugleich einen wesentlichen Beitrag zu einem friedlichen Zusammenleben der Völkergemeinschaft erbringen kann. Dem Juristenverein fällt darin eine wesentliche Verantwortung zu. Er soll nicht nur Impulse und Ratschläge für die Fortbildung des Rechts durch die Behörden geben; er soll zugleich auch die geistigen Kräfte repräsentieren und entfalten, aus denen die Rechtsgestaltung zur Meisterung der Zukunft erwachsen kann.

IV.

Prof. Dr. HANS MARTI, Quästor des Vereins, legt die Jahresrechnung 1970/1971 vor:

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1971

	Fr.	Fr.
Kasse	1 829.10	
Postcheck	26 363.79	
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne	67 244.90	
Wertschriften	26 317.50	
Debitor Verrechnungssteuer	510.12	
Transitorische Aktiven	10 066.80	
	<hr/>	<hr/>
	132 332.21	
 Passiven		
Transitorische Passiven	57 696.80	
Kapital	70 650.61	
+ Gewinn pro 1970/71	3 984.80	
	<hr/>	<hr/>
	74 635.41	
	<hr/>	<hr/>
	132 332.21	

Erfolgsrechnung pro 1970/71

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	51 171.—
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	38 000.—
Beitrag Zeitschrift für Schweizerisches Recht	1 600.—
Verkauf von Publikationen	4 340.10
Gebühren für Gebrauch der Adreßlisten	520.60
Wertschriftenertrag	1 322.50
Bankzinsen	296.28
	<hr/>
	97 250.48
 Ausgaben	
Druckkosten für Referate und Protokolle	63 877.05
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht	2 566.—
Schweizerischer Juristentag	10 896.60
Spesen des Vorstandes	1 612.50
Zirkulare und Drucksachen	2 543.—
Archivar, Sekretärin und Buchhalter	4 144.—
Post- und Bürospesen	1 575.55
Beiträge	1 000.—
Forschungsauftrag «Allgemeine Geschäftsbedingungen»	4 985.—
Bankspesen	65.98
	<hr/>
	93 265.68
Gewinn pro 1970/71	3 984.80

II. Rechtsquellenfonds

Bilanz per 30. Juni 1971

	Fr.	Fr.
Aktiven		
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne	19 052.50	
Wertschriften	102 885.—	
Debitor Verrechnungssteuer	725.09	
Sauerländer AG, Aarau	4 498.20	
Transitorische Aktiven	1 600.—	
	<hr/>	<hr/>
	128 760.79	
Passiven		
Transitorische Passiven	66.80	
Kapital	138 563.45	
./. Verlust pro 1970/71	<hr/> 9 869.46	<hr/>
	128 693.99	
	<hr/>	<hr/>
	128 760.79	

Erfolgsrechnung pro 1970/71

Einnahmen		
Subventionen	40 800.—	
Verkauf von Publikationen	2 050.40	
Wertschriftenertrag	4 823.—	
Bankzinsen	<hr/> 231.19	<hr/>
	47 904.59	
Ausgaben		
Druckkosten der «Rechtsquellen»	57 594.30	
Bankspesen	<hr/> 179.75	<hr/>
	57 774.05	
Verlust pro 1970/71	<hr/> 9 869.46	

III. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1971

	Fr.	Fr.
Aktiven		
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne	5 587.20	
Wertschriften	31 960.—	
Debitor Verrechnungssteuer	7.73	
		<u>37 554.93</u>
Passiven		
Transitorische Passiven	5 000.—	
Kapital	31 010.17	
+ Gewinn pro 1970/71	<u>1 544.76</u>	
		<u>32 554.93</u>
		<u>37 554.93</u>

Erfolgsrechnung pro 1970/71

Einnahmen	
Wertschriftenertrag	1 565.—
Bankzinsen	<u>48.16</u>
	<u>1 613.16</u>
Ausgaben	
Bankspesen	<u>68.40</u>
Gewinn pro 1970/71	1 544.76

V.

Der Quästor verliest den Bericht der Rechnungsrevisoren, der Herren PHILIBERT LACROIX, Notar, Genf, und Dr. JOHN OCHSÉ, Basel. Auf Vorschlag der Rechnungsrevisoren erteilt die Versammlung dem Quästor Décharge.

VI.

Der Quästor legt das Budget 1971/1972 des Vereins vor:

Budget pro 1971/72

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	53 000.—
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	33 000.—
Beitrag Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	5 000.—
Verkauf von Publikationen	4 000.—
Beitrag Zeitschrift für Schweizerisches Recht	1 600.—
Gebühren für Gebrauch der Adressenliste	500.—
Wertschriftenertrag	1 500.—
Bankzinsen	200.—
	<hr/>
	98 800.—

Ausgaben

Druckkosten für Referate und Protokolle	65 000.—
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht	8 000.—
Schweizerischer Juristentag	11 000.—
Spesen des Vorstandes	1 700.—
Zirkulare und Drucksachen	3 000.—
Archivar, Sekretariat und Buchhaltung	5 700.—
Post- und Bürospesen	1 600.—
Beitrag Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	1 000.—
Steuern	100.—
Bankspesen	100.—
	<hr/>
	97 200.—

Im Namen des Vereinsvorstandes beantragt der Quästor der Versammlung, den Mitgliederbeitrag von Fr. 20.— noch für 1 Jahr beizubehalten.

Budget und Mitgliederbeitrag werden durch die Versammlung diskussionslos genehmigt. Der Präsident dankt dem Quästor für die Rechnungsführung.

VII.

Die Verwaltungsgeschäfte gemäß Tagesordnung sind damit abgeschlossen. Der Präsident eröffnet die Diskussion über «Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts». Nach dem Dank an die beiden Berichterstatter, Prof. Dr. GERARDO BROGGINI, Milano/Sagno TI, und Prof. Dr. FRANK VISCHER, Basel, erteilt er beiden nacheinander das Wort.

M. le professeur GERARDO BROGGINI, rapporteur de langue française:

Permettez-moi d'exposer ici quelques considérations sur les aspects fondamentaux du problème, ces mêmes aspects qui ont fait l'objet des conclusions générales que vous avez sous les yeux:

1. Législation ou jurisprudence en tant que source principale du droit international privé suisse.
2. Renouveau territorialiste en droit international privé et sa critique.
3. Solutions législatives unilatérales ou bilatérales.
4. Codification exhaustive ou législation partielle.
5. Législation et œuvre scientifique.
6. Connexion entre conflits de lois et conflits de juridictions.

1. Législation ou jurisprudence en tant que source principale du droit international privé

Par une nouvelle codification, dit notre jeune collègue de Bâle PETER MAX GUTZWILLER, que je crois présent, «würde das Kollisionsrecht just in diesem bereits als überholt sich abzeichnendem Stadium versteinert und die so grundlegend gegenläufige aktuelle Entwicklungstendenz brusk abgebrochen. Es gibt zweifellos verschiedene Möglichkeiten, einen Säugling zu einem brauchbaren Menschen zu erziehen; wenn man die Mühe scheut, kann man ihn allerdings auch im Kindbett erwürgen». Cette opposition violente à toute révision législative du droit international privé suisse témoigne de la profonde influence de courants scientifiques de l'Amérique du Nord dans notre pays. Personnellement je suis d'avis que toute tentative de réaliser en Europe – en Europe continentale – et notamment en Suisse un droit international privé exclusivement jurisprudentiel doit être combattue. Personne ne veut étrangler les nouvelles théories, mais les nouveaux théoriciens ne peuvent non plus prétendre que la vie du droit privé s'arrête, en attendant que leur jeune théorie devienne adulte. Quant

à la crainte qu'elle puisse un jour – de son côté – étrangler le droit international privé traditionnel, je répéterai ce que fait dire ALESSANDRO MANZONI au personnage de son roman, accusé de diffuser la peste à Milan: «Va va, povero untorello, non sarai tu quello che spianterai Milano».

Le juriste européen et notamment le juriste suisse reste l'homme de la loi. Renoncer à la rédaction écrite du droit international privé suisse – sinon à la véritable codification – en affirmant la primauté de la *lex fori* et le devoir du juge de déterminer, dans chaque cas particulier, la loi applicable, d'après le «contenu» des lois étrangères qui peuvent entrer en considération, signifierait contredire la tradition juridique dans laquelle vit notre droit tout entier, charger nos juges de fonctions scientifiques et d'information de droit comparé intolérables, renoncer à toute chance d'offrir aux individus – citoyens et étrangers – un degré de prévisibilité et de certitude juridique – et donc une garantie de liberté – qui peut être mineur ou majeur selon le type des règles et les qualités de l'interprète, mais qui est toujours supérieur à celui offert par un droit purement judiciaire. Une règle de droit, une loi peuvent choisir des solutions plus ou moins bonnes, plus ou moins critiquables. Mais si elles n'ont pas une certaine durée dans le temps, une certaine continuité d'application, si elles sont sujettes à des modifications continues d'après la conviction du juge ou la majorité casuelle des membres d'un tribunal, elles ne sont plus des règles de droit, ni des lois. C'est exactement ce qui se passe dans les pays de droit judiciaire (judge made law) en droit international privé, l'extrême variabilité des jugements, ce que HENRI BATIFFOL appelle le «pointillisme» en droit international privé. D'ailleurs, en lisant les analyses de la jurisprudence nord-américaine en droit international privé, faites par M. EHREN-ZWEIG on pourrait parler sans exagération de véritable chaos judiciaire.

Le droit, comme toute valeur spirituelle, pour être tel doit vivre dans le temps, se perpétuer et rester identique à soi-même pour un certain temps. Personne ne pourra jamais croire à une valeur qui n'a pas de durée. Or le système légal offre, du moins en principe, une garantie de durée supérieure au système jurisprudentiel, surtout si celui-ci est dépourvu des garanties de stabilité qui peuvent être résumées dans le principe du *stare decisis*.

D'ailleurs la structure étatique moderne est fondée sur le programme et le plan dont l'instrument juridique est la réglementation prospective: loi, directive, ordonnance. Certes la décision judiciaire a posteriori a aussi une fonction importante, mais elle suppose, pour œuvrer, la directive qui précède les faits. Ce sont nos juges mêmes qui demandent la loi sur laquelle

bâtir leur solution. L'intervention législative se développe de plus en plus, aussi dans le droit nord-américain et notamment en droit privé. Le point de départ de l'opération judiciaire est là aussi très souvent et de plus en plus une règle de «statutes». Plus le degré de développement industriel et social de l'Etat est avancé – je pense à la Pennsylvanie, à la Californie, au New Jersey – plus les «statutes» sont détaillés et scientifiquement construits. Ce n'est certainement pas vers le *Richterstaat* que nous avançons, mais vers l'inflation législative de l'Etat planificateur et technocrate. Les avantages du fait que la règle de droit est le produit de la législation plutôt que de l'élaboration des précédents judiciaires sont bien connus de la tradition juridique continentale. Avantages fondés sur le caractère scientifique de l'œuvre législative, sur la valeur générale de la loi, qui assure l'égalité de traitement, sur la garantie de prévisibilité des solutions, et donc de sécurité.

Ceci est particulièrement vrai en droit privé et donc aussi en droit international privé, dont le sort est étroitement lié au premier. MAX GUTZWILLER écrivait en 1931: «Demnach gehört das IPR, ohne Privatrecht zu sein, doch zum Privatrecht». Il n'y a rien à changer à cette affirmation quarante ans plus tard. Le lien fonctionnel entre droit international privé et droit privé est de toute évidence; histoire et théorie sont d'accord sur ce point. Aussi la codification du droit privé appelle-t-elle la codification du droit international privé. Une législation partielle en matière de droit privé (je pense à la réforme en cours du droit de l'adoption) demande une législation correspondante en droit international privé.

2. *Le renouveau territorialiste en droit international privé et sa critique*

La plupart des adversaires de la législation en droit international privé soutiennent que le droit judiciaire permet de mieux réaliser une justice de fond (eine materielle Gerechtigkeit), tandis que le système traditionnel conduit uniquement à des choix formellement irréprochables de la loi applicable, à ce qu'on appelle la «kollisionsrechtliche Gerechtigkeit». Or la justice du cas concret va être réalisée, d'après ces juristes, dans la plupart des cas, par l'application de la *lex fori*, qui est évidemment pour le juge la loi la plus juste. Par cette voie, on retombe dans une sorte d'absolutisme territorialiste digne de l'époque préscientifique du droit international privé. Permettez-moi une réflexion historique. Si les Romains n'ont pas construit un système de droit international privé, cela tient avant tout au fait qu'ils acceptaient le principe de la personnalité pour tout ce qui a trait du moins au droit de la personne (ce qu'on appelle le droit des personnes

lato sensu: droit de la personne, droit de la famille et très souvent aussi droit des successions). De ce fait, le problème fondamental de tout droit international privé, à savoir la garantie de l'application de la loi personnelle aux rapports juridiques qui touchent le plus intimement à la personne: état civil, mariage, filiation, lien familial, était déjà résolu. Le *jus gentium* a complété cette solution en établissant des règles romaines qui assouplissaient la coupure nette entre droit étranger et droit romain. De même l'histoire moderne du droit international privé qui commence – je pense que KARL NEUMEYER l'a montré – avec la libération du territorialisme absolu et avec la distinction entre le *for* et le *droit*, ce qui revient au même, ne peut être comprise que si l'on accepte cette antinomie constante, cette lutte continue entre territorialité et personnalité du droit.

Les soi-disant réalistes, en soutenant le retour à un territorialisme absolu, oublient trop souvent qu'en transformant les constatations empiriques (c'est-à-dire les défaillances des juges qui préfèrent revenir à tout instant à la *lex fori*) en justifications, en fondements théoriques, ils enlèvent au droit international privé sa raison d'être, qui est de garantir à l'individu qu'on appliquera la loi étrangère en tant que loi qui lui est la plus proche. En détruisant cette antinomie en faveur de la primauté absolue de la *lex fori*, ils détruisent le droit international privé. Au contraire, le vrai réalisme consiste à reconnaître ce dualisme et à rechercher des solutions de compromis, par un effort d'harmonisation entre des systèmes législatifs, entre des lois qui restent différentes et en conflit entre elles. WALTHER BURCKHARDT dans une étude de 1919: «Über die Allgemeingültigkeit des internationalen Privatrechts» (dans: Berner Festgabe für Eugen Huber) avait exactement saisi cet aspect du problème.

3. Solutions législatives unilatérales ou bilatérales

A côté du renouveau territorialiste, nous assistons aujourd'hui à ce qu'on vient de définir comme un renouveau unilatéraliste. D'accord sur la solution législative, les unilatéralistes voudraient se limiter à définir le champ d'application de la loi du *for*, tout en acceptant de reconnaître les positions juridiques acquises par des sujets de droit en dehors de l'Etat, d'après les lois de l'autre Etat.

Il faut bien reconnaître que dans beaucoup de secteurs du droit privé en train de subir une forte publicisation, la tendance est de se limiter à fixer le champ d'application de la nouvelle loi nationale. Dans la mesure où les règles de droit privé se transforment en règles de droit social, où les institutions de droit privé demandent l'assistance et l'intervention de

l'Etat et de ses organes, ces règles et ces institutions finissent par s'imposer à tous à l'intérieur de l'Etat et même par prétendre un maximum d'application extraterritoriale, pour mieux réaliser leur but «public».

Mais là aussi, je crois que le devoir du juriste contemporain est de sauver dans la mesure du possible le principe de l'application de la loi étrangère, en tant que loi en contact le plus étroit avec l'individu et le rapport juridique. Cela oblige à dépasser le problème du champ d'application de la loi interne pour se demander laquelle des lois, interne ou étrangère, est la plus adéquate pour régir le rapport. Le devoir du juriste – du législateur et du juge en particulier – est donc d'essayer d'atteindre à la règle qu'il choisirait s'il était un législateur international, et donc d'appliquer quand il le faut le droit étranger. En un mot, il faut internationaliser le droit international privé au maximum.

Cette formule, je le sais bien, va provoquer la réaction très violente des unilatéralistes, parce qu'ils confondent la structure étatique de la règle de conflit avec sa fonction internationale. Puisqu'elle doit organiser la co-existence des différents systèmes juridiques de droit privé en les coordonnant, la règle de conflit doit imposer l'application d'une loi autre que la loi interne quand cela paraît plus adéquat, plus juste. La règle bilatérale de conflit répond donc mieux que la règle unilatérale à cette perspective internationale du droit international privé.

4. Codification exhaustive ou législation partielle

N'oublions pas à cet égard que le code civil suisse abandonne déjà la conception de la codification complète et exhaustive. Ceci évidemment ne signifie pas que le juriste suisse ait renoncé à la «logische Geschlossenheit des Rechts»: sa *forma mentis* reste systématique et la solution du cas particulier s'inspire de la loi ou du moins des principes généraux qu'il trouve «dans la loi». Le même abandon de l'unité et de la totalité se retrouve dans la législation de droit international privé, c'est-à-dire dans la LRDC. Et je crois que plusieurs circonstances nous conduisent aujourd'hui aussi vers une solution législative partielle.

Je mettrai en premier lieu, pour justifier une législation partielle, un problème de priorité. La véritable pierre d'achoppement du droit international privé reste le droit des personnes *lato sensu*. Indépendamment du fait de la codification précédente du droit des obligations, il est frappant de voir la LRDC se limiter à la codification du droit des personnes. Il n'est pas non plus fortuit que la plupart des pays de l'Europe orientale aient codifié au moins le droit international privé des personnes. La nécessité de

régler législativement la position juridique et les rapports juridiques entre les sujets de droit est beaucoup plus profonde que celle de régler le droit patrimonial. La refonte de la LRDC, dont le vieillissement, les défauts et les lacunes ont été abondamment soulignés, est donc beaucoup plus urgente que le reste. Ce provisoire ne peut plus durer.

En deuxième lieu, je dirai que la législation partielle facilite l'insertion de notre droit international privé dans l'œuvre législative internationale, qui va se développer sans doute, notamment par les conventions de La Haye. Il est beaucoup plus difficile de rompre l'unité d'un système entièrement codifié que de modifier une législation partielle.

Troisièmement, je pense qu'il serait hasardeux de tenter aujourd'hui la codification de la partie générale du droit international privé. L'incertitude et les controverses de la doctrine sur les problèmes de la qualification, du renvoi, de l'ordre public, etc., sont encore trop vastes pour permettre une œuvre législative dans ce domaine. D'ailleurs une codification de la «théorie» paraît inopportune et vous savez bien que nous sommes très heureux que les auteurs du code civil suisse aient su résister à la tentation de légiférer sur la partie générale du droit privé.

Enfin n'oublions pas que de nouvelles branches très importantes du droit privé demandent qu'on leur offre des règles de conflit que la science juridique n'est pas encore en mesure de consolider par voie législative: je pense au droit international des cartels, au droit de la propriété intellectuelle et industrielle, à la responsabilité extracontractuelle des producteurs de biens industriels. Cette remarque nous conduit au cinquième point:

5. Législation et œuvre scientifique

Depuis que le droit est objet de réflexion scientifique, c'est-à-dire depuis le droit romain, science et législation se sont toujours intégrées et entraînées. Cela vaut aussi en droit international privé. S'il est vrai qu'une bonne loi doit être préparée par une certaine unité de doctrine, l'histoire du droit international privé nous montre que la loi a très souvent fait progresser la doctrine. Souvent un simple projet de loi constitue une véritable source pour la pratique judiciaire et un point de départ pour des études détaillées et approfondies. Quoi qu'on en dise, personne ne peut nier que le projet Benelux, ou les travaux du Comité français de droit international privé ou du Deutscher Rat für IPR aient grandement fait avancer la science du droit international privé.

Pour ce qui est de la nouvelle législation suisse, l'interaction législation – science pourrait être mise à contribution de la façon suivante: les organes

étatiques pourraient mettre en chantier immédiatement la réforme de la LRDC, tandis qu'un groupe de travail scientifique – qu'on pourrait appeler Comité suisse de droit international privé – élaborerait dès maintenant une œuvre du genre du restatement dans tous les domaines du droit international privé et non pas seulement dans le droit des personnes. Il s'agirait d'élaborer un projet scientifique et un commentaire qui aideraient immédiatement la jurisprudence et permettraient, dans une seconde étape, d'étendre la législation de droit international privé aux matières non traitées par la LRDC. Ce principe de faire intervenir la science en attendant qu'intervienne la loi me paraît une ligne de force de l'histoire juridique européenne. Ce travail scientifique collectif devrait commencer par l'examen analytique et critique de la jurisprudence suisse, pour essayer de la réduire en principes. Mais ce «*speculum judiciale de conflictu legum*», ce «*Rechtsspiegel*» devrait aussi se détacher de la pratique judiciaire chaque fois que celle-ci est contradictoire ou insatisfaisante, et cela en tenant compte des résultats de la science comparée du droit international privé et des nouvelles exigences, nationales et internationales.

Sur le dernier point, c'est-à-dire la connexion entre conflits de lois et conflits de juridictions, je me réserve de dire quelques mots si le temps le permet, à la fin de cette séance.

Prof. Dr. FRANK VISCHER, Berichterstatter in deutscher Sprache:

I. Das den Referenten gestellte Problem war: Ist das schweizerische internationale Privatrecht im heutigen Zeitpunkt umfassend zu kodifizieren, oder ist bloß eine Revision des NAG anzustreben? Ausgehend von verschiedenen Ansätzen sind die Referenten zu Resultaten gelangt, die in ihren Konsequenzen nicht wesentlich voneinander abweichen. Während Herr Kollege BROGGINI das Problem mehr historisch, kodifikationsgeschichtlich behandelt hat, habe ich versucht, aus einer analytischen Be- trachtung der Rechtsprechung Schlußfolgerungen zu ziehen. Diese lauten:

1. Eine umfassende Kodifikation des internationalen Privatrechts erscheint, jedenfalls im gegenwärtigen Zeitpunkt, nicht angezeigt.

Dies betrifft in erster Linie den ganzen sog. Allgemeinen Teil des IPR (Qualifikation, Renvoi, Vorfrage, *Ordre public*, etc.).

Aber auch gegenüber einer Kodifikation derjenigen Materien des speziellen Teils, die bis jetzt nicht gesetzlich formuliert waren, ist Zurück-

haltung geboten, weil eine Entwicklung auf der Grundlage der richterlichen Rechtsfindung, die keineswegs an einem Endpunkt angelangt ist, vorzeitig unterbrochen würde. Auch ist gerade im nichtkodifizierten internationalen Handelsrecht Rücksicht auf die Kollisions- und materiell-rechtliche Unifikationstendenz der EWG zu nehmen.

2. Die Notwendigkeit einer Neuregelung der vom NAG erfaßten Materien ist dagegen nicht von der Hand zu weisen. Zwar ist das NAG in gewissen Entscheidungen oft immer noch erstaunlich modern, zum Teil auch wieder modern (so z. B. in der ganzen erbrechtlichen Regelung mit der Anerkennung der *professio juris*); doch enthält das Gesetz in anderen Fragen kaum mehr vertretbare starre Lösungen (so z. B. im Bereich der Statusfragen, Art. 8 NAG). In manchen Bereichen ist die Rechtsprechung weit über den Wortlaut hinaus geschritten (so insbesondere im Scheidungsrecht). Zudem ist die Gesetzeskonzeption selbst durch die Zeit längst überholt: Das IPR ist nicht bloß ein Anhängsel des inzwischen fast obsolet gewordenen interkantonalen Rechts, wie es nach dem Aufbau des NAG vom Jahre 1891 den Anschein hat. Dies alles drängt auf eine Neukodifikation der im NAG geregelten Materien, wobei die Schwierigkeiten, die einer gesetzlichen Regelung entgegenstehen, klar gesehen werden müssen. Sicherlich wäre es verlockend, den gesetzlichen Zustand einfach aufzuheben und die richterliche Rechtsfindung sich frei entfalten zu lassen; doch ist ein solcher Übergang von einer gesetzlichen Regelung in einen Zustand des freien Richterrechts in unserer Rechtsordnung kaum denkbar. Auch glaube ich, daß eine neue Gesetzgebung in diesen Materien eine Anstrengung bedeuten würde, die zu einer Klärung führen könnte. Voraussetzung ist, daß jede zu starre Lösung vermieden wird.

Die Schlußfolgerungen werden all jene Juristen enttäuschen, die vom Referenten ein mutiges «Ja» zur Gesamtkodifikation erwarteten und es bemühend finden, daß in 25jährigen Abständen die Referenten der Juristentagung immer wieder zum Abwarten ermahnen. Ich habe versucht, eingehend darzustellen, warum ich zu meinen Schlußfolgerungen gekommen bin. Die Gründe liegen größtenteils in der Wissenschaft des IPR selbst. Es ist nicht Resignation, sondern eine realistische Betrachtungsweise, die meiner Überzeugung zugrunde liegt.

3. Hinzu tritt mein besonderes Anliegen: die Ausdehnung der Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts und eine stärkere Verpflichtung der Kantone in der Frage des Nachweises ausländischen Rechts.

4. Zum Vorschlag von Herrn Kollege BROGGINI, ein schweizerisches *Restatement of the Conflict of Laws* aufzustellen, sei es als Vorbereitung für die zu kodifizierenden Materien, sei es als Richtlinie für die Rechtsprechung bei den übrigen Fragen, erlaube ich mir, ein Fragezeichen zu setzen. Die Erfahrungen im Lande der Restatements of Laws, in den USA, sind nicht besonders ermutigend. Die umfassende Darstellung des im Lande geltenden Kollisionsrechts auf der Grundlage der Rechtsprechung, der die Bedeutung eines *prima facie*-Beweises für die Richtigkeit zukommen soll, ist in den USA auf heftigste Kritik der Doktrin gestoßen und hat bei den Gerichten letztlich wenig Beachtung gefunden. Bei der Befolgung des Ziels, die Rechtsprechung in einer Art Privatkodifikation festzuhalten, zeigt sich, wie schwierig es oft ist, aus der Gerichtspraxis allgemeine Regeln herauszudestillieren. Die Gefahr ist groß, daß eine Einzelentscheidung verallgemeinert wird, in der sich ein Gericht zu einer Theorie bekennt, die im entscheidenden Fall ihre Probe gar nicht bestand oder in Tat und Wahrheit gar nicht für die Entscheidung maßgebend war, während die wahre Begründung verdeckt blieb (vgl. mein Referat Seite 54).

Ich habe in meinem Referat versucht, Vorschläge für die Neufassung des NAG und des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege zu formulieren, im vollen Bewußtsein, daß das, was vorgelegt wurde, nur eine erste Diskussionsgrundlage sein kann.

II. Ich möchte auf einige, mir besonders wichtig erscheinende Punkte der Kodifikationsproblematik im IPR verdeutlichend nochmals hinweisen:

1. Die Problematik der Kodifikation des IPR liegt in erster Linie im Widerspruch, der dem internationalen Privatrecht inhärent ist. Nationales internationales Privatrecht ist an sich fragwürdig. Dem Zweck des IPR entspricht nur eine internationale Regelung, also eine Regelung auf der Basis des Völkerrechts. Dieser Zustand ist schrittweise auf dem Wege der internationalen Konventionen herbeizuführen.

Das Postulat SAVIGNYS nach Ausrichtung der Gesetzgebung und der Entscheidung auf die internationale Harmonie vermochte nicht, eine neue Universalität des IPR zu schaffen. Die nationalen Gesetzgeber und Richter sind selten bereit, zugunsten der übrigen Staaten wesentliche Konzessionen zu machen. So werden schon in der Frage der für das Personal- und Familienstatut entscheidenden Anknüpfung (Domizil oder Nationalität) nach wie vor diametral verschiedene Gesichtspunkte vertreten, trotz aller Versuche, die Gegensätze abzubauen. Die Rechtsprechung hat, wie ich

anhand der bundesgerichtlichen Praxis zum NAG aufzuzeigen versuchte, selten internationale Gesichtspunkte nationalen vorangestellt. Dies gilt in gleicher Weise auch für die Rechtsprechung der ausländischen Staaten. Vielleicht ist in der Theorie zuwenig erkannt worden, daß die Entscheidungsharmonie eine weitgehend ungelöste Frage in sich birgt, nämlich mit welcher Rechtsordnung die Harmonie anzustreben, wie also die notwendige Selektion unter den verschiedenen ausländischen Rechten, die den Fall berühren, vorzunehmen ist.

Jede nationale Gesetzgebung ist ein neuer Schritt zur Verhärtung der Fronten. Eine dem IPR angemessene Internationalität läßt sich letztlich nur durch die Ratifikation des internationalen Konventionsrechts, in erster Linie der modernen Haager Abkommen, erreichen, wobei sich die Überführung derselben in die nationale Ordnung aufdrängt, um eine unnötige und gefährliche Doppelspurigkeit der Rechtsquellen zu vermeiden. Die Kodifikationsaufgabe hat sich, wie auch Herr Kollege BROGGINI feststellt, weitgehend vom nationalen auf den internationalen Gesetzgeber verlagert. Allerdings wäre eine bessere Koordination der verschiedenen internationalen Gremien, die sich mit der Kodifikation des IPR befassen, wünschenswert.

2. Der zweite Punkt betrifft die Frage, wie bei einer Revision des NAG die Kollisionsnormen *de lege ferenda* richtig gefaßt werden müßten. Folgende Feststellung scheint mir wesentlich: Das IPR dient zwar dem Privatrecht, ist mit ihm verbunden, ist aber in der Aufgabenstellung von ihm verschieden. Die Kollisionsnorm nimmt keine Beantwortung der dem Richter gestellten materiellen Rechtsfragen vor, sie weist sie nur einer Rechtsordnung zur Behandlung zu. Sie erteilt einer Rechtsordnung die Kompetenz zur materiellen Beantwortung. Insofern ist sie verwandt mit den Rechtssetzungskompetenznormen der Verfassung, insbesondere in unserem föderalistischen Staate. Längst hat die Verfassungslehre anerkannt, daß die primär für das Privatrecht entwickelten Auslegungsgrundsätze im Bereich der Verfassungsnormen nicht unbedenklich zu übernehmen sind, daß der Richter bzw. der Gesetzgeber in vermehrtem und verstärktem Ausmaße zur Konkretisierung der Normen aufgerufen ist. Dies aber setzt Normen voraus, die der Konkretisierung zugänglich, also nicht so starr sind, daß sich eine mechanische Rechtsanwendung fast aufdrängt. Gerade die herkömmlichen Kollisionsnormen leiden oft an diesem Mangel. Sicherlich hat es der Richter verstanden, durch die Hintertüre des allgemeinen Teils Korrekturen anzubringen. Er hat damit allerdings das

IPR für den Laien oft unverständlich gemacht. Wäre es, so habe ich in meinem Referat gefragt, nicht richtiger, dem Richter offen eine größere Freiheit einzuräumen, z. B. durch eine allgemeine Vorbehaltsklausel, die es erlauben würde, Gesichtspunkte, wie berechtigte Erwartungen der Parteien auf Anwendung eines Rechts, ein noch engerer räumlicher Zusammenhang, Vermeidung widerspruchsvoller Ergebnisse, Verstoß gegen Grundprinzipien der eigenen Rechtsordnung und Vermeidung unzumutbarer Härten für die Betroffenen zur Geltung zu bringen? Der Richter müßte verpflichtet werden, eine solche Klausel modo legislatoris zu konkretisieren. Damit gäbe sich auch eine wesentliche Stärkung der Rechtssicherheit. Der Richter wäre gezwungen, in allen Fällen, in denen er unter Berufung auf die Ausweichklausel von der normalen Anknüpfung abweichen will, dies offen aufzuzeigen und die Abweichung rational zu motivieren. Dies war ihm bis jetzt, wo die Abweichung mit den klassischen Behelfen des allgemeinen Teils geschah, oft gar nicht möglich, weil diese ihrer Struktur und Aufgabe nach für die Konkretisierungsmaßstäbe nicht passen und deshalb oft Scheinbegründungen provozieren.

Das ehrwürdige NAG hat vom Gesichtspunkt der Flexibilität aus vielleicht einen gewissen Vorteil. Der große zeitliche Abstand seit dem Erlaß gibt dem Richter auch eine gewisse geistige Distanz vom Gesetz und ermutigt ihn, von der Norm abzuweichen, wo es im Hinblick auf das Resultat notwendig erscheint. Ein neues Gesetz würde naturgemäß mit einem viel größeren Anspruch auf Verbindlichkeit auftreten; es müßte deshalb Ventile besitzen, um den immer unvorhersehbaren Komplikationen von Tatbeständen und der Vielzahl der Gesichtspunkte im internationalen Bereich Rechnung zu tragen.

3. Die Notwendigkeit, die Kollisionsnorm aus ihrer Starrheit zu befreien, wirft als nächster Punkt die Frage nach der Rechtssicherheit auf, um derentwillen die Kodifikation ja in erster Linie an die Hand genommen werden soll. Daß die Rechtssicherheit immer nur eine bedingte ist, bedingt durch die Ungewißheit des zuständigen Forums, ergibt sich aus dem heutigen Stand des internationalen Privatrechts mit seiner nationalen Quelle. Das zuständige Forum ist aber oft ebenso schwer voraussehbar wie die Bestimmung des anwendbaren Rechts selbst, insbesondere solange wir an beziehungsarmen Fora, wie z. B. am Forum Arresti, festhalten. Sicherlich könnte eine moderne Gesetzgebung Vorteile bringen, vor allem auch als Orientierungshilfe für den Ausländer, dem die Praxis der Gerichte schwer zugänglich und oft unverständlich ist. Man wird sich aber darüber

klar sein müssen, daß nur eine oft trügerische Sicherheit erzielt werden kann, da der Richter mit Recht die Regel nicht befolgen will und soll, wenn sie eine durchaus inadæquate Lösung bringt. Paradoxerweise herrscht im IPR mehr als auf anderen Gebieten beim Laien bisweilen die Vorstellung, man könne den Richter so weit binden, daß er, um mit MONTESQUIEU zu reden, «nur als Mund, welcher die Worte des Gesetzgebers nachspricht» amtet. Die Struktur der Kollisionsnorm könnte in der Tat zur Meinung verleiten, der Richter werde bei der Rechtsanwendung zu einem mechanisch funktionierenden «Automaten» (ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 3. Auflage, S. 123). Die Aufgabe des internationalen Privatrechts ruft aber gerade nach einem freien Richter, der die Lösung auch unter Berücksichtigung des Resultats trifft, der nicht die Norm mechanisch anwendet, sondern im Hinblick auf den zu beurteilenden Fall konkretisiert.

4. Als letzter Punkt aus der Problematik der Kodifikation sei nochmals die Tatsache in Erinnerung gerufen, daß die Kollisionsnorm für das materielle Ergebnis zunächst «blind» ist. Ich habe mit meinem Referat aufzuzeigen versucht, daß überall dort, wo eindeutige Alternativen in den materiellen Lösungen zur Diskussion stehen, der Richter nach Wegen sucht, um das ihm besser erscheinende Resultat schon durch die Entscheidung über das anwendbare Recht herbeizuführen. Man wird bedauern, daß der Richter die Lösung der eigenen materiellen Ordnung in der Regel als die bessere ansieht. Immerhin finden sich auch Beispiele in der Bundesgerichtspraxis, in welchen über die Anwendung ausländischen Rechts die Fragwürdigkeit eigener Bestimmungen vor Augen geführt wird. (Vgl. insbesondere BGE 88 II 1, wo die Fragwürdigkeit der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für Verpflichtungen der Ehefrau zugunsten des Ehemanns anhand einer Konfrontation mit der abweichenden Regelung des ausländischen [französischen] Rechts dargelegt wird, ja man sogar den Eindruck gewinnt, daß das Bundesgericht durch die Qualifikation des Zustimmungsvorbehalts als Frage der Handlungsfähigkeit der Frau bewußt das französische Recht herbeiführen will; die näherliegende Qualifikation als Frage der Ehewirkung hätte die Anwendung des schweizerischen Rechts, somit die Ungültigkeit des Rechtsaktes zur Konsequenz gehabt.)

Man wird sich nun allerdings im Hinblick auf ein neues Gesetz auf FRANZ KAHN (Abhandlungen zum internationalen Privatrecht 1928, Band 1, S. 315 und 495) berufen und darauf hinweisen, daß eine materielle Rechtsvergleichung bei der Bildung der Kollisionsnorm immer und überall

zugrunde gelegen, der Gesetzgeber die Normen in möglichster Kenntnis der materiellen Konsequenzen formuliert habe. Daß eine solche rechtsvergleichende Erfassung immer nur lückenhaft sein kann, liegt auf der Hand; zudem verlangt sie einigermaßen stabile Verhältnisse in den Gesetzgebungen. Solche bestehen heute kaum. Es sei nur an den immer stärker werdenden Einfluß des öffentlichen Rechts auf privatrechtliche Verhältnisse erinnert, dem nicht, wie das Bundesgericht meint, mit der These begegnet werden kann, ausländisches öffentliches Recht sei von der Verweisung nur erfaßt, wenn es dem Privatrecht diene. Auch ist an die Gesetzgebungswelle in den umliegenden Staaten, insbesondere auf dem Gebiete des Familienrechts und des Gesellschaftsrechts, zu erinnern, wo der Gesetzgeber fast ununterbrochen am Werk ist und die Gesetzgebung kaum mehr auf Bestand angelegt zu sein scheint. Damit ist eine Abschätzung der Konsequenzen der Normenanwendung fragwürdig geworden und damit die Rechtssicherheit als Ziel einer IPR-Kodifikation in die Ferne gerückt.

III. In beiden Referaten ist von den Gesichtspunkten die Rede, die vor allem die Theorie in den USA entwickelt hat. Vieles, was dort neu, ja gar umwälzend erscheint, ist im Grunde doch wohl nur eine Wiederaufnahme historischer Thesen. Auffallend ist der Rückgriff auf die Statutentheorien, die von der Frage des Anwendungsbereiches der Gesetze ausgegangen sind. Diese Fragestellung tritt oft verdeckt in der Anwendung der positiven Funktion der *Ordre public*-Klausel wieder zutage. Der Satz, die Statutenlehren seien tot und von SAVIGNY endgültig überwunden, dürfte in dieser Absolutheit nicht zutreffen. Auch für andere Gesichtspunkte findet man Ansätze in den Theorien der Klassiker. So ist die Forderung nach einem internationalen Vertrauensprinzip, nach Honorierung der berechtigten Erwartungen der Rechtssubjekte auf Anwendung eines Rechts schon bei SAVIGNY vorgezeichnet, wenn er bei der Bestimmung des Sitzes der Rechtsverhältnisse sich von der Frage leiten läßt, auf welchen Ort «die bestimmten Erwartungen der Parteien» gerichtet waren. Oder: Die Forderung nach Anwendung des auch materiell «besseren» Rechts ist in der Anweisung des Magister ALDRICUS enthalten, dasjenige Gesetz anzuwenden, «quae potior et utilior videtur». Was uns wohl neu bewußt geworden ist, ist die Tatsache, daß sich das internationale Privatrecht nicht auf eine einzige oder wenige tragende Grundlagen zurückführen läßt, sondern daß vielmehr zahlreiche, oft widersprechende Gesichtspunkte maßgebend sind. Dies aber macht auch die Gesetzgebungsarbeit so

schwierig. Jede Vereinfachung der Problemstellung führt zu so unvollkommenen Lösungen, daß der Nutzen gesetzlich fixierter Normen verloren geht. SAVIGNY bemerkt in Band 8 seines Systems des heutigen Römischen Rechts: «Wenn der Richter ein einheimisches Gesetz über eine Kollisionsfrage vorfindet, so muß er dies unbedingt befolgen, selbst wenn es mit seinen eigenen theoretischen Ansichten nicht übereinstimmt. – Weit wird indessen die Befolgung der Regel nicht führen, da die Gesetze über die Behandlung der Kollisionen stets nur der Ausdruck irgendeiner unvollständigen, ungenügenden Theorie sind» (S.130).

M. PIERRE LALIVE, professeur à la Faculté de droit de Genève:

Après avoir félicité comme il convient nos deux rapporteurs de leur excellent travail, que j'ai lu avec le plus grand intérêt, je voudrais concentrer mes observations sur le problème central, celui de l'opportunité, voire de la nécessité, d'une codification – en négligeant, à regret, les nombreuses questions de détail qui sont soulevées par les rapports.

Faut-il se prononcer pour ou contre la codification du Droit international privé suisse? C'est un exemple typique de problème sur la solution duquel l'on peut, et l'on doit, hésiter. Disons-le d'emblée, je suis personnellement partagé, et je n'ai pas une «doctrine» nette et rigide à vous proposer. Notons aussi qu'il ne s'agit pas de choisir entre une codification complète et exhaustive, d'une part, et pas de codification du tout, ce qui serait une manière assez fausse de poser le problème, me semble-t-il.

Dans son introduction orale, le Professeur VISCHER a déclaré que les deux rapporteurs avaient répondu d'une manière très semblable, en substance, à la question posée. J'ai l'impression, au contraire, que le Professeur BROGGINI est beaucoup plus favorable à la codification; s'il reprend à son compte quelques-unes des objections classiques contre la codification, il est non seulement plus nuancé, mais même, en tout cas dans son exposé oral de ce matin, il m'a paru prendre une position plus nettement positive en faveur de la codification qu'il ne l'avait fait dans la première version, en langue italienne, de son rapport, qu'il a bien voulu me communiquer il y a quelque temps.

De son côté, le rapporteur de langue allemande, dans un texte extrêmement fouillé et solide, comme tous ceux dont il nous a donné l'habitude, se prononce contre une codification du Droit international privé suisse,

tout en admettant la nécessité d'une révision de la loi sur les rapports de droit civil (LRDC). On peut se demander ici si une telle position est très logique, dans la mesure même où les arguments de principe contre la codification devraient conduire à préconiser l'abrogation pure et simple de la LRDC de 1891. Or cette dernière possibilité est écartée en une courte phrase (page 45–46) comme «hors de question»; il me semble qu'elle aurait mérité elle aussi d'être examinée et discutée.

Quoi qu'il en soit, si j'admetts volontiers la force de plusieurs des arguments invoqués par le rapporteur de langue allemande, je ne suis pas certain que les termes du problème nous aient été présentés toujours d'une manière *équilibrée*. Dans ce débat sur la codification, on ne peut s'empêcher d'être frappé par le fait qu'un certain nombre au moins des objections classiques contre l'idée d'une codification sont surtout l'objet d'affirmations, plus ou moins péremptoires, d'expressions d'une conviction personnelle, ainsi qu'on l'a vu déjà lors de l'assemblée de notre Société à Neuchâtel, en 1967, sans être accompagnées toujours d'une véritable analyse critique ou d'une démonstration. Cela étant, le devoir du juriste me paraît être, dans une discussion comme celle-ci, et même s'il incline personnellement à douter de la nécessité d'une codification, de vérifier de plus près, avec un certain esprit critique, les arguments traditionnels contre la codification. Il me paraît utile d'apporter une certaine contradiction dans un débat qui risquerait peut-être trop unilatéral.

Rappelons-nous les objections traditionnelles adressées à l'idée (défendue par M. le Juge VAUCHER lors de nos débats de Neuchâtel): on a dit que, le droit international privé étant en pleine évolution, la question n'était «pas mûre», et que l'époque ne serait pas propice à la codification. Ce genre d'argument ne m'impressionne guère, je l'avoue; il peut être utilisé à n'importe quelle époque.

On a dit aussi qu'une nouvelle loi risquerait de vieillir beaucoup plus vite que la LRDC. Cet argument n'a pas davantage de poids. Souvenons-nous que la LRDC avait perdu l'essentiel de sa valeur après vingt ans seulement. Le vieillissement rapide des lois est un phénomène tout à fait général aujourd'hui, et il n'est nullement particulier au droit international privé. Enfin, il est permis de douter qu'une nouvelle loi sur les rapports de droit civil vieillisse beaucoup plus mal que la LRDC elle-même!

Le rapport de langue allemande insiste sur le risque qu'une codification cristallise ou même paralyse l'évolution vers des solutions meilleures (cf. p. 47 – «...die Gefahr der Zementierung von Lösungen...»). Cet inconvénient n'est certes pas imaginaire, mais il existe tout aussi bien pour une

codification de droit civil, comme le relève avec raison M. BROGGINI avec P. LAGARDE (texte italien p. 31–32 ss); l'argument n'est donc aucunement propre au droit international privé. Dans le même ordre d'idées, les deux rapporteurs signalent le risque qu'une codification suisse fasse obstacle aux solutions internationales conventionnelles. L'argument ne manque pas de poids à première vue, mais il ne faut pas en exagérer la portée, ainsi que j'espère le montrer dans un instant.

L'impression générale qu'éveille à cet égard le très intéressant rapport de langue allemande est celle, d'une part, d'une certaine *sous-estimation* de l'utilité des codifications nationales et, d'autre part, d'une certaine *surestimation* des possibilités de la codification internationale du droit international privé, et je voudrais essayer d'expliquer cette impression par quelques exemples.

Sous-estimation des codifications nationales ou des projets nationaux, d'une part. Notre savant collègue bâlois les estime sans valeur ou peu prometteurs. Son exposé, extrêmement complet et clair, me paraît devoir être un peu nuancé. Sans remonter aux textes législatifs italien ou grec, on doit dire que les codifications tchécoslovaque ou portugaise sont loin d'être des échecs et qu'il n'est pas sans intérêt que, en mai 1969, le Gouvernement français ait jugé utile de soumettre à la Communauté économique européenne un «Projet de Loi complétant le Code civil en matière de droit international privé». Ce texte contient un certain nombre de principes généraux (cf. les articles 2283–2289); son exposé des motifs souligne que certaines lacunes volontaires du projet ont pour but d'éviter une cristallisation du droit et que, d'autre part, dans toute la mesure du possible, les formules utilisées sont suffisamment souples pour fournir la base d'une nouvelle évolution par les tribunaux.

Il me paraît significatif, par ailleurs, que le rapporteur de langue allemande fonde dans une assez large mesure ses conclusions négatives sur des références nord-américaines (cf. p. 46, Note 67, la citation de NADELMANN et p. 47, No 2). A la page 42 de son rapport, il signale que les projets européens de codification sont presque tous antérieurs au moment où la «vague de critique» provenant des Etats-Unis a atteint l'Europe.

Dans divers domaines, nous avons tendance, en Europe, à vouloir «aller de l'avant» en imitant ce que les Etats-Unis ont fait ces vingt dernières années – et sont souvent en train d'abandonner eux-mêmes. Il serait regrettable que cette mode s'étende au domaine juridique et, en particulier, à celui du droit international privé.

Certes, les internationalistes européens seraient coupables d'ignorer les

écrits, souvent fort intéressants, des auteurs américains et, notamment, d'auteurs comme CAVERS ou EHRENZWEIG, sans omettre le regretté B. CURRIE. Mais l'influence américaine, multipliée par les généreuses bourses d'études qui sont offertes à nos étudiants et par l'abondance des publications de tout genre, ne saurait nous faire perdre tout esprit critique. Ce n'est pas le lieu de discuter ici les thèses d'une partie de la doctrine américaine, thèses affirmées avec une vigueur, un style et un ton dogmatiques qui peuvent impressionner (pensons par exemple aux attaques virulentes portées contre le second Restatement). Il ne faut pas oublier deux choses: ces thèses hostiles à la codification, favorables à la lex fori comme «basic rule» ou à la mise au premier plan d'intérêts «gouvernementaux» ont peut-être leur justification dans le contexte particulier, très différent du nôtre, du système américain de common law; d'autre part, ces «nouvelles» théories américaines semblent bien constituer, pour l'essentiel, des moutures récentes de théories fort anciennes, voire «réactionnaires», considérées comme dépassées depuis longtemps par la science européenne de droit international privé.

Sur ce point, M. FRANK VISCHER nous donne l'impression d'avoir succombé quelquefois à la fascination des sirènes d'Outre-Atlantique, et il convient plutôt de méditer le juste avertissement que nous adresse M. BROGGINI (p. 47 du texte italien), selon lequel il n'est pas opportun de fonder nos solutions sur des méthodes ou des concepts nés d'expériences par trop étrangères à celles de notre pays.

A ce propos, j'ai lu avec grand intérêt les pages du rapport où le Professeur VISCHER met en relief la «surprenante concordance» qu'il voit entre la pratique du Tribunal fédéral et certaines tendances actuelles de la doctrine américaine (cf. par exemple p. 26). Il relève d'ailleurs avec raison que les arrêts ne mentionnent pas les auteurs américains. Je me demande cependant si cette présentation, qui suscite excellemment la réflexion, ne force pas un petit peu la réalité, et ne prête pas à certains malentendus; aussi souhaiterait-on que le rapporteur veuille bien préciser sa position à cet égard.

En passant, et à propos de ce que dit le rapporteur de l'Arrêt Sznajer (ATF 92 II 111, – Rapport p. 23–24), je voudrais éviter une équivoque: le rapporteur signale que, dans cet arrêt généralement, et très justement, critiqué par la doctrine suisse, le Tribunal fédéral s'appuie sur une citation de BATIFFOL, soit une référence à la «plénitude de compétence» de la lex fori (termes que le célèbre internationaliste français a du reste modifiés dans une édition suivante, comme le signale le rapport, en Note 40, p. 24).

Ce qu'il faut rappeler à ce propos, c'est que ce considérant du Tribunal fédéral, comme l'a très bien montré le Professeur WERNER VON STEIGER (dans un remarquable commentaire critique publié, en guise d'adieu, dans la Revue des Juristes bernois de 1968) est fondé sur une méprise: la formule en question n'a nullement, chez BATIFFOL, la portée que l'arrêt Sznajer a cru pouvoir lui attribuer et elle ne justifie en rien l'idée que l'application de la lex fori serait la règle et celle du droit étranger l'exception. Au reste, il y a lieu d'approuver les critiques adressées à cet arrêt par notre collègue VISCHER, dans son rapport ou dans une «note» précédente (à l'Annuaire suisse de droit international 1966, p. 251).

Passons à *la codification internationale* du droit international privé. Dans ses conclusions, le Professeur BROGGINI relève qu'une «codification complète risquerait de paralyser l'internationalisation du droit international privé suisse». Cette affirmation me paraît appeler certaines nuances. On approuvera le rapporteur de souhaiter qu'une législation *nationale* ne fasse pas «obstacle à l'acceptation de la législation *internationale*». Mais, de même que l'actuelle LRDC ne doit pas nous empêcher de ratifier une convention internationale si celle-ci comporte des solutions meilleures, de même voit-on mal pourquoi une nouvelle législation de droit international privé constituerait un obstacle insurmontable sur la voie d'une codification internationale; aujourd'hui déjà, l'on trouve des juristes pour affirmer qu'il ne faut pas accepter telle ou telle solution internationale conventionnelle parce qu'elle est différente de notre droit positif (qu'il soit jurisprudentiel ou codifié)! Et si nous légiférons aujourd'hui, ce ne doit pas être dans l'idée que la nouvelle codification est destinée à durer un siècle!

Il est certain que *la codification internationale du droit international privé est un phénomène important*, et utile, et qu'il est très heureux que notre pays participe à ce mouvement conventionnel, que ce soit dans le cadre de la Conférence de La Haye, de la Commission internationale de l'Etat civil (CIEC), du Conseil de l'Europe ou d'autres organisations. Relevons en passant les inconvénients ou les risques que peut présenter, pour la Suisse, le fait d'être tenue à l'écart d'autres tentatives de codification (qu'il s'agisse de droit international privé proprement dit ou de droit uniforme) par exemple celle de la CEE ou de la Commission des Nations Unies pour le droit international commercial (UNCITRAL).

Quoi qu'il en soit de ces développements importants du «mouvement conventionnel international du droit international privé» (selon l'expression de M. BROGGINI), il convient de n'en pas *surestimer* les possibilités

et l'avenir. Puisque le rapporteur de langue italienne a fait allusion aux tentatives faites à La Haye en matière de successions, je prendrai à mon tour cet exemple, en profitant du fait que j'ai le privilège d'être associé de très près à ces travaux comme rapporteur de la «Commission spéciale» de La Haye. Si cette Commission a pu se mettre d'accord sur un projet qui va être soumis incessamment aux gouvernements, dans un secteur assez limité du reste du droit des successions (celui de l'administration internationale), il est clair qu'il faudra attendre très longtemps encore avant d'arriver à une codification internationale conventionnelle des secteurs essentiels du droit international privé des successions, qui réconcilie par exemple les partisans du rattachement à la loi nationale et ceux de la loi du domicile (ou de la résidence habituelle). Les difficultés demeurent immenses, et ne peuvent que s'accroître au fur et à mesure que s'accroît le cercle des Etats membres de la Conférence de la Haye. En outre, le problème majeur des codificateurs internationaux paraît être, aujourd'hui, non plus tellement de se mettre d'accord sur des projets de conventions que celui de trouver des Etats qui veuillent bien, en nombre suffisant, ratifier les projets adoptés.

En résumé, les progrès indéniables du mouvement conventionnel ne sauraient, à mon avis, servir d'alibi à l'immobilisme et faire conclure à l'inutilité d'une codification assez générale (sinon «complète» et exhaustive, ce à quoi personne ne songe sérieusement) sur le plan suisse.

Une dernière observation, si vous le permettez, sur un argument essentiel, celui de la *sécurité juridique* et de la *prévisibilité*.

Le rapport de langue allemande expose, d'une manière très claire, que le droit international privé, de par la nature des choses, et quand bien même il serait codifié, ne permet jamais d'atteindre qu'une sécurité limitée. Ceci est tout à fait vrai (encore que le rapport mette peut-être trop exclusivement l'accent sur les règles de conflits, en négligeant les règles dites «matérielles» ou substantielles de droit international privé). Cet état de choses est-il un argument décisif contre l'idée d'une nouvelle codification? En écoutant tout à l'heure mon collègue le Professeur VISCHER souligner à nouveau l'idée qu'une codification n'apporterait qu'une «sécurité trompeuse» (cf. aussi le rapport, p. 55), je craignais un peu que certains auditeurs n'oublient que la sécurité juridique ou la prévisibilité n'est jamais qu'une question de *degré*: sous prétexte qu'une sécurité parfaite est inatteignable, faut-il renoncer à apporter *davantage* de sécurité, par le moyen d'une codification?

La situation actuelle est-elle satisfaisante, de ce point de vue?

Elle n'est pas trop gênante pour les juristes que nous sommes et, en particulier, pour les spécialistes du droit international privé. *Mais qu'en est-il de la population* de notre pays? Nous pouvons nous résigner sans trop de peine à ce que, sur bien des sujets, les intéressés soient pratiquement obligés de consulter un avocat ou un professeur pour pouvoir se faire une idée, même approximative, de leur situation juridique. NIBOYET disait, je crois, qu'il était à peu près impossible à des époux de connaître leur régime matrimonial avant de s'être fait un procès, «avec toute l'incertitude d'un billet de loterie». En est-il si différemment en Suisse, dans bien des domaines?

On nous dit qu'il suffit de faire confiance aux juges. Nous avons tout lieu, en effet, d'être satisfaits dans l'ensemble de notre jurisprudence de droit international privé, mais je ne suis pas certain que les juges eux-mêmes soient satisfaits du statu quo et qu'ils désirent beaucoup le cadeau que le rapporteur de langue allemande et les autres adversaires de la codification souhaitent leur faire. Il serait très intéressant de les entendre là-dessus. Pour ma part, je reste très frappé par l'observation que faisait, dans son remarquable commentaire du droit international privé suisse des obligations, le Juge fédéral SCHÖNENBERGER, qui paraissait douter que notre pays offre bien, en matière de droit international privé, ce minimum de sécurité juridique et de prévisibilité qu'exige un «*Rechtsstaat*». Sans parler du fait que quantité de «relations juridiques internationales» ne sont jamais soumises au juge, peut-on vraiment demander à ce dernier d'accomplir, au hasard et au courant des litiges, cette «œuvre créatrice» à laquelle les auteurs le convient? Peut-on faire grief au juge inférieur, ou à l'autorité administrative, *en l'absence de directives législatives assez claires*, de se borner à suivre telle ou telle ancienne jurisprudence, quitte à apprendre après coup, du Tribunal fédéral, qu'il fallait «abandonner une interprétation traditionnelle, qui se justifiait sans doute lorsque la loi a été élaborée, mais qui n'est plus soutenable en raison du changement des circonstances ou même de l'évolution des idées» (comme le déclare, à pleine raison d'ailleurs, le Tribunal fédéral dans le remarquable arrêt Cardo, ATF 94 II 65, 71)?

Je conclurai par deux petites citations: En 1884, le rapporteur de langue allemande à notre Société, le Dr. ROTT, greffier du Tribunal fédéral, se déclarait en faveur d'une loi fédérale sur les rapports de droit civil, pour le motif notamment que «une règle positive et sûre dans le domaine du droit intercantonal privé (nous pouvons lire aujourd'hui «droit *international* privé»), peu importe laquelle, est préférable au régime actuel du

droit, qui équivaut en maints endroits à l'absence de toute règle». Dans son message de 1887 à l'appui du projet de LRDC, le Conseil fédéral, qui se fonde notamment sur la résolution votée par la Société suisse des Juristes dans sa réunion de Lausanne de 1884, résume en ces termes sa position sur l'inconvénient de l'absence d'une codification: «...de l'incertitude à l'arbitraire, à la justice rendue cas après cas sans principes fixes, il n'y a qu'un pas, qu'il ne devrait pas être possible de franchir...».

Le rapport de langue allemande, tout en admettant l'opportunité d'une révision de la LRDC, nous a apporté une série d'arguments *contre* une codification nationale, et certains de ses arguments ne manquent pas de poids. Il m'a paru cependant utile et même nécessaire, pour l'équilibre du débat, d'attirer l'attention aussi sur un autre aspect des choses et d'insister en particulier sur l'argument de la sécurité juridique. C'est avec plaisir que je viens d'entendre la présentation orale de mon collègue M. BROGGINI dont les thèses me paraissent, sur ce problème fondamental, très proches de ma propre position.

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. ADOLF F. SCHNITZER, Genf:

Der Kürze halber will ich nicht darüber sprechen, worin ich mit den ausgezeichneten Referaten einverstanden bin. Ich will in der Hauptsache nur meine Gedanken zur Frage der Kodifikation darlegen; und da kann ich auch kürzer sein, weil mein Freund Herr Prof. LALIVE bereits eine Reihe von Fragen vorweggenommen hat. Man kann gewiß des langen und breiten darüber diskutieren, ob es zweckmäßig ist, im internationalen Privatrecht zu kodifizieren. So stellt sich aber die Frage in der Schweiz nicht, denn wir haben ja ein Gesetz und zwar ein veraltetes, welches seinerzeit den Zweck hatte, interkantonale Konflikte zu überbrücken und nur in einem Artikel die analoge Anwendung auf internationale Tatbestände vorschrieb. Es handelt sich also jetzt darum, ob man sich weiter mit einem unzeitgemäßen Gesetz herumschlagen oder ein neues, der Sachlage entsprechendes vorbereiten soll. Es wird dreierlei über die Kodifikation gesagt:

Erstens sei eine Reihe von Fragen noch *nicht reif*. Darauf muß man antworten. Fragen werden immer wieder auftauchen, da die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse in einer ständigen und immer rascheren Bewegung sind. Dann sagt man, das *Gesetz lege einen fest*. Das ist in gewissem Sinne richtig, aber wir sind ja heute nicht mehr so gesetzesgläubig

wie am Anfang des 19. Jahrhunderts. Wir wissen, daß das Gesetz nur ein unvollkommener Versuch ist, Ordnung zu schaffen, und wir sind daher geneigt, dem Richter die Möglichkeit einer evolutiven Interpretation *praeter legem* und sogar gegen den Wortlaut des Gesetzes zu gewähren. Es wäre auch gar nicht möglich, Gesetze, die unter völlig andern sozialen und ökonomischen Verhältnissen redigiert worden sind, wie etwa der französische *code civil* oder das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, überhaupt noch anzuwenden, wenn nicht Wissenschaft und Rechtsprechung Ideen und Entwicklungen weiter gefördert hätten. Beispielsweise entscheiden ja auch beim französisch-schweizerischen Gerichtsstandsvertrag die Gerichte, um überhaupt zu irgendeiner brauchbaren Lösung zu kommen, im allgemeinen gegen den Wortlaut des Vertrages. Weiter wird eingewendet, daß ein nationales Gesetz die *internationale Regelung* störe. Auch das ist nicht ganz richtig, denn internationale Konventionen gehen ja den nationalen Gesetzen vor. Außerdem liegt es doch aber leider so, daß die Staaten kein sehr großes Interesse haben, Konventionen auf dem Gebiete des Privatrechtes abzuschließen und noch weniger, sie zu ratifizieren. Meistens dauern die Ratifikationen sehr lange, und deren Zahl ist völlig unzureichend. Es handelt sich also in keiner Weise um eine allgemeine internationale Regelung. Beispielsweise ist die menschlich so schöne Konvention über den Schutz Minderjähriger vom Jahre 1961 heute – nach 10 Jahren – nur von 3 Staaten ratifiziert worden; darunter von keinem größeren Staat.

Bei dieser Sachlage sind wir also genötigt zu *kodifizieren*, und zwar auf nationaler Ebene. Das sollte aber nicht wieder Stückwerk sein; man sollte sich nicht damit begnügen, die paar Punkte aus dem Personalstatut, die das NAG mit mehr oder minder Glück und ohne jede Systematik geordnet hat, zu ändern; sondern man müßte doch wohl schon etwas weiter gehen. Inzwischen sind ja tatsächlich Versuche gemacht, die über die unzureichenden Regelungen in Deutschland und Italien hinausgehen; wir haben weit ausgiebigere Gesetze in Griechenland, in Ägypten und in Portugal. Es gibt wichtige Entwürfe; im holländischen Entwurf für die EWG wird im Obligationenrecht vorgeschlagen, an die charakteristische Leistung des Vertrages anzuknüpfen. Sie sehen also, daß doch allerhand im Entstehen ist, und da meine ich doch, daß die schweizerische Rechtsprechung und Lehre seit 1891 einige Vorarbeiten geleistet hat, durch die man imstande wäre, Gerichten, Behörden und Privaten ein brauchbares Gesetz vorzulegen. Ich gehe also etwas weiter als der Referententext des Herrn BROGGINI und ich glaube doch, daß man etwas komfortabler

legiferieren sollte, auch über Fragen des allgemeinen Teils, zum Beispiel über die Frage der Anwendung fremden Rechts. In der Festschrift für unseren verehrten Kollegen GUTZWILLER habe ich mir erlaubt, einen Entwurf zu unterbreiten, der vielleicht als Arbeitspapier irgendwie brauchbar sein könnte und der immerhin 12 Artikel betreffend den allgemeinen Teil, Bestimmungen betreffend Sachenrecht und OR enthält. Ich möchte also, um diese allgemeine Auseinandersetzung abzuschließen, sagen, daß ich doch für eine breitere Kodifizierung der Fragen des IPR bin und daß zu große Vorsicht eben doch Passivität oder Immobilismus ist.

Nun zu 2 Einzelfragen:

1. Zu den Fragen des Domizils und der Staatsangehörigkeit:

Die französische Revolution hat die Klassen zusammenschweißen wollen und den Begriff der Nationen geschaffen. Und leider hat der code civil dadurch das Nationalitätsprinzip auch in das Privatrecht hinein gebracht. MANCINI stand unter dem Eindruck der nationalen Einigung Italiens. Das sind alles politische Erwägungen, die uns heute in keiner Weise mehr binden. Heute liegt die Situation ja anders, da die Bevölkerungen in unerhörter Weise im Gegensatz zu früher sich mischen, viel weniger Leute an ihrem Geburtsort bleiben, und daher das Milieu, in dem sie leben, für private Angelegenheiten das Wichtigere ist. Deshalb scheint mir, daß das Wohnsitzprinzip grundsätzlich vorzuziehen sei, insbesondere in der vereinfachten Form des gewöhnlichen Aufenthalts, und vor allem auf dem Gebiete des Ehrechts und der Ehescheidung, wo die verschiedene Staatsangehörigkeit im Prinzip immer Schwierigkeiten gemacht hat und heute, wo sehr häufig die Ehegatten verschiedener Staatsangehörigkeit sind, noch viel größere Schwierigkeiten hervorruft. Die französische Rechtsprechung hat ja, wie bekannt, entgegen dem Code civil, die Anknüpfung an den effektiven Ehewohnsitz in einer Reihe von Entscheidungen durchgeführt. Ich glaube, daß die Rücksicht auf das Milieu auch bei Ehegatten derselben Staatsangehörigkeit angewendet werden sollte.

2. Zur Frage der Anwendung fremden Rechts:

Darüber ist viel Unfug geschrieben worden. Der Sinn des internationalen Privatrechts ist doch, festzustellen, zu welcher Rechtsordnung der internationale Tatbestand den engsten Zusammenhang hat. Das kann einheimisches Recht oder ein fremdes Recht sein; und die Ansicht, die Anwendung fremden Rechts stelle eine Ausnahme dar, ist falsch. Man könnte beinahe sagen, daß viel häufiger die Verknüpfung auf das ausländische

Recht als auf das einheimische Recht verweise. Es ist auch unrichtig, anzunehmen, daß das einheimische Recht stets das beste sei, denn es ist ja für das interne Milieu entwickelt worden und ist daher keineswegs das bessere für einen internationalen Tatbestand. Deshalb sollte der Richter objektiv prüfen, welcher Rechtsordnung er den Tatbestand zuordnen soll, der einheimischen oder der eines fremden Landes. Diese objektive Prüfung darf nicht aus Chauvinismus oder Bequemlichkeit hintenan gesetzt und es darf nicht die *lex fori* bevorzugt werden.

Es wurde von der amerikanischen Auffassung gesprochen; und da hat insbesondere ein sehr lieber Kollege die *lex fori* in so extremer Weise in den Vordergrund gestellt, daß er jede andere Anknüpfung als Pseudoanknüpfung bezeichnete, so wie seinerzeit ebenso falsch FRANKENSTEIN nur die Anknüpfung an die *lex patriae* wollte. Ich glaube nicht, daß die amerikanischen Auffassungen, die übrigens keineswegs einheitlich sind, vorbildliche Lösungen darstellen. Denn einmal beschäftigen sich die amerikanischen Juristen viel mehr mit gliedstaatlichen Konflikten, also mit unseren früheren interkantonalen Konflikten, als mit eigentlichem internationalem Privatrecht. Außerdem ist die Auffassung der anglo-amerikanischen Kollegen eine prozessualistische, was immer zu einer Überbewertung des Forums führt, während wir ja doch das richtige materielle Recht suchen.

Unter diesen Umständen möchte ich annehmen, daß wir, ohne auf falsche Vorbilder zu greifen, doch heutzutage Gerichten, Behörden und Privaten ein der heutigen Zeit entsprechendes und einigermaßen *vollständiges Gesetz* vorlegen sollten. In diesem Gesetz könnten übrigens auch etwa die Fragen der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen und von Schiedssprüchen bundesrechtlich geregelt werden. Und was die Frage der Anwendung des fremden Rechtes betrifft, so müßte festgestellt werden, daß der Richter, wenn er durch seine eigene Kollisionsnorm auf ein fremdes Recht verwiesen wird, dieses von Amtes wegen anzuwenden hat. Das oberste Gericht eines Landes müßte die Kontrolle über die richtige Anwendung des fremden Rechts vornehmen. Es ist ja einigermaßen erstaunlich, wenn diese schwierige Aufgabe gerade den unteren, weniger qualifizierten Gerichten überlassen wird.

Ich darf mir daher wünschen, daß ein der heutigen Zeit ebenbürtiges Rechtsanwendungsrecht in der Schweiz geschaffen wird. Die Schweiz hat weltweite wirtschaftliche Beziehungen; viele Ausländer wohnen in der Schweiz und Schweizer im Ausland. Ich möchte daher doch meinen, daß Sie für eine solche Kodifikation des IPR wirken sollten.

Dr. ANTON HEINI, Rechtsanwalt, Zürich:

Herr Professor VISCHER hat mit einem souveränen Blick für das Wesentliche auf relativ kleinstem Raum die entscheidenden Gesichtspunkte des Problems dargestellt. Seine Schlußfolgerungen sind realistisch und verdienen Zustimmung.

1. Gehör finden sollten aber auch seine aus der Auseinandersetzung mit neueren Lehren entwickelten Gedanken über die Ausgestaltung einer modernen Kollisionsnorm. Daß allzu generelle und abstrakte Regeln nicht zu befriedigen vermögen, wird wohl niemand mehr bestreiten. Für viele neuartig dürfte dagegen die Forderung sein, im Rechtsfindungsprozeß auch die materiell-rechtlichen Normen, bzw. die Ergebnisalternativen zu berücksichtigen. Zwar ist es richtig, daß eine solche Methode vor allem dem case law liegt, von dem sie herkommt. Indessen sind wir heute auch im europäischen Rechtsraum aufgrund der Rechtsvergleichung in der Lage, die potentiellen Kollisionen aufgrund des Zweckbereiches der materiellrechtlichen Normen zu erkennen und diese Erkenntnis in der Kollisionsregel zu verarbeiten. Gestatten Sie mir zur Verdeutlichung des Gedankens das Beispiel des Eigentumsvorbehaltes anzuführen. In der Schweiz bedarf es zu seiner Begründung bekanntlich des Registereintrages; in andern Ländern wie z. B. Deutschland genügt eine formlose Vereinbarung. Die Eintragung erachten wir als notwendig, um in der Umgebung des Besitzers, vor allem bei allfälligen Kreditgebern, der Eigentumsvermutung des Besitzes entgegenzutreten. Wird nun eine Ware von der Schweiz nach Deutschland verkauft und wird sie aus dem Herrschaftsbereich des schweizerischen Verkäufers ausgeschieden, liegt aber noch beim Zoll in Basel, wenn über dem deutschen Käufer der Konkurs eröffnet wird, so wäre es unsinnig, die Sicherung des Verkäufers an der abstrakten Regel der schweizerischen *lex rei sitae* scheitern zu lassen. Das vom schweizerischen Recht vorgeschriebene Eintragungserfordernis kann sich eben nur auf solche Ware beziehen, die hier zu bleiben bestimmt ist und daher das Kreditbild der hier ansässigen Personen zu beeinflussen vermag. Andererseits erscheint es ebenso zweckmäßig, die Vorschrift des deutschen Bestimmungsortes walten zu lassen, sobald der Zweck der schweizerischen Regel dahinfällt.

Die Berücksichtigung der verschiedenen materiell-rechtlichen Normen gleich am Anfang des Rechtsfindungsprozesses gewährleistet sachlich überzeugende Ergebnisse und verhindert die so unglückliche Trennung

von IPR und materiellem Recht, dem jenes schließlich dienen soll. Im übrigen ist ein solches Vorgehen das einzig realistische. Kein Anwalt und kein Richter verschließt seine Augen vor der materiell-rechtlichen Problematik, um zunächst in einsam-abstrakter Höhe die Kollisionsfrage zu befinden. Daß man einer solchen Methode nur mit subtilen und differenzierten Regeln gerecht und daß dadurch die Arbeit erschwert wird, liegt auf der Hand. Auch ist zuzugeben, daß sie sich vorab für die richterliche Rechtsfindung eignet. In vielen Fällen kann und soll sie aber auch für die Gesetzgebung nutzbar gemacht werden.

2. Befolgt man nach Möglichkeit diesen Weg, so wird man einerseits auf Mechanismen wie Qualifikation und Renvoi weitgehend verzichten können. Andererseits dürfte die Gefahr der Lückenhaftigkeit zunehmen. Doch das wäre das kleinere Übel. Und hier frage ich mich nun, ob einem neugefaßten NAG nicht eine allgemeine Norm vorangestellt werden sollte, die angibt, von welchen Grundsätzen, insbesondere in welcher methodischer Reihenfolge, sich der Richter – aber auch jeder Rechtsuchende – leiten lassen soll, wenn dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann. So könnte der Richter z. B. angewiesen werden, in erster Linie zu prüfen, ob Sachnormen seines eigenen Rechtes die Anwendung deshalb erheischen, weil sie auch auf den international gefärbten Sachverhalt zugeschnitten sind. Trifft das nicht zu – und das wäre die zweite Stufe –, so soll er sich vorab vom kollisionsrechtlichen Vertrauensprinzip leiten lassen, d. h. nach dem Recht suchen, mit dem die Parteien aufgrund der Umstände und ihres eigenen Verhaltens rechnen durften und mußten; dies aber unter dem Vorbehalt, daß der Sachverhalt nicht gerechtfertigte öffentliche Interessen einer ausländischen Rechtsordnung tangiert.

Was ich eben sagte, ist natürlich nur eine grobe Skizze und diente lediglich der Verdeutlichung meiner Vorstellung. Die im NAG geregelten Materien werden einem Vertrauensprinzip wenig Raum lassen. Im Vordergrund dürfte die erste Stufe stehen, und ich verhehle nicht, daß ich mich in diesem Punkt zu ALBERT EHRENZWEIG bekenne. Es wäre eine ehrliche und saubere Lösung gegenüber dem, was bisher in solchen Fällen oft passierte: mittels einer komplizierten Qualifikation gelangte man zu einer abstrakten Kollisionsnorm, landete so bei einer ausländischen Rechtsordnung, spürte dann, daß das heimische materielle Recht eine befriedigendere Lösung zur Verfügung gestellt hätte, und dann schlich man auf Umwegen zu diesem zurück.

Abschließend möchte ich bemerken, daß ich eine Methodennorm im

eben skizzierten Sinne einer generellen Ausweichklausel vorziehen würde, mit der wir doch immer die Regel gefährden.

Dr. PETER MAX GUTZWILLER, Advokat, Zürich:

Es wird Sie nicht überraschen, daß meine Ansichten – mit Ausnahme des Verweises auf EHRENZWEIG – mit denjenigen von Herrn Kollegen HEINI weitgehend übereinstimmen.

Wie Sie von Herrn Prof. BROGGINI hörten, habe ich mich bereits vor einiger Zeit als Gegner des IPR zu erkennen gegeben (SJIR XXV, 1968, S. 196). Irgendeine Entwicklung, die meinen damaligen Standpunkt umzustürzen vermöchte, ist seither nicht eingetreten.

Vor allem die Lehren der amerikanischen Schulen, die übrigens keineswegs die grundsätzliche Anwendung der *lex fori* als allgemeine Regel vorsehen, auf die ich aber aus verständlichen Gründen hier nicht en détail eingehen kann, haben in den letzten Jahren eine Neuorientierung des IPR in Gang gesetzt, die nun zaghafit beginnt, auch auf dem europäischen Kontinent und in der Schweiz Fuß zu fassen. Entgegen einer verbreiteten Ansicht handelt es sich dabei keineswegs bloß um Modifikation der überkommenen Technik und Methode des IPR. Vielmehr haben sich die *Zielvorstellungen*, die axiologischen Grundlagen des Kollisionsrechts, *gewandelt*. Dabei läßt sich schon heute aufgrund der Erfahrungen feststellen, daß sich die neuen Anschauungen, wenn auch vielleicht nicht in allen Rechtsgebieten gleich umfassend und rasch, durchsetzen werden, weil sie sich im Kern als richtig erwiesen haben. Das lehrt ja auch die Praxis, die, wenn auch oft in versteckter Form und vielleicht nicht stets bewußt, vor allem in der Handhabung der Vorbehalts- und verschiedener anderer «Ausnahmeklauseln», «Ausnahmelücken» usw. den neuen Lehren oft bereits Gestalt verliehen hatte, bevor sie dogmatisch artikuliert wurden.

Bei dieser Sachlage eine Kodifikation des IPR vorzunehmen, die sich im gegenwärtigen Zeitpunkt zweifellos am traditionellen Kollisionsrecht orientieren würde, hieße, einer wichtigen Rechtsentwicklung künstlich und grundlos die Spitze zu brechen ohne sich gleichzeitig jene Vorteile zu sichern, die man sich von einer Kodifikation verspricht, namentlich die Rechtssicherheit; denn die neue Richtung würde, gerade weil das kodifizierte Recht nicht von einer genügend starken *opinio necessitatis* getragen würde, in unzähligen Einzelerscheinungen, Praxisänderungen, Ausweichklauseln usw. versteckt oder offen doch stets wieder gegen die etablierte Ordnung antreten und sie erfolgreich durchbrechen.

Diese einleitenden Ausführungen waren knapp zu halten, da sich der Juristenverein ja an dieser Versammlung nicht vorwiegend mit den Problemen der Zielsetzung und Methode des IPR befassen will. Sie mußten aber vorgetragen werden, um dem etwa gehörten Einwand zu begreifen, die Bemühungen zur Kodifikation des erprobten traditionellen IPR sollten sich nicht durch – wie es auch schon formuliert wurde – importierte «Modeneuheiten» o.ä. deroutieren lassen.

Im einzelnen möchte ich Ihnen den *Verzicht* auf eine gegenwärtige Kodifikation nahelegen, weil vor allem die folgenden Voraussetzungen einer solchen fehlen:

1. Der *Inhalt*, die Substanz des zu kodifizierenden Rechtes steht in weiten Gebieten noch nicht fest, ist, mit Ausnahme am ehesten des internationalen Obligationenrechts (das einer Kodifikation aber am wenigsten bedarf), nicht gesichertes Gemeingut. In beinahe allen Gebieten, die der Autonomie der Parteien entzogen sind, schwanken die Lehrmeinungen. In diesen Gebieten ist auch die Gerichtspraxis uneinheitlich, wobei zudem das ernsthafte Problem besteht, daß es oft schwer hält, festzustellen, was unsere Gerichte entscheiden, wie sie Recht sprechen, was also im Landesdurchschnitt oder in einzelnen Gegenden als Recht erkannt wird, denn die meisten Urteile sind ja leider nirgends publiziert.

2. Die bisher im IPR verwendete, am materiellen Recht orientierte *Technik der Rechtsetzung*, der Formulierung von Rechtssätzen, kann nicht befriedigen, weil den so zustande gebrachten Rechtsnormen in Anlehnung an ein Zitat RÜMELINS (Die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921, S.45) alle jene Begriffe fehlen, die den Gesetzessatz von Haus aus elastisch machen, weil sie die Flexibilität vermissen lassen, die jeweilen relevanten in- und ausländischen Interessen der Parteien und der betroffenen Rechtsgemeinschaften genügend berücksichtigen, konfrontieren und abwägen zu können. Bevor Rechtsnormen endgültig gesetzt werden, müssen Wissenschaft und Praxis Gelegenheit haben, empirisch Rechtssätze aufzustellen und zu erproben, oder mindestens auf der sich anbahnenden neuen Grundlage Ausweichklauseln, Ausnahmebestimmungen zu allzu starren traditionell-mechanischen Kollisionsregeln zu formulieren, die mehr Gehalt haben als die heutige ordre public-Klausel.

3. Schließlich aber ist sogar zu bezweifeln, ob der *Gegenstand* der Kodifikation genügend bestimmt und umfassend formuliert ist. Jedenfalls scheint mir die Beschränkung der Gesetzgebung auf die Frage der Rechtsanwendung als wenig sinnvoll. Vielmehr sollte eine Kodifikation das

ganze Gebiet der *internationalen Wirksamkeit und Durchsetzung des Privatrechtes* einschließen und dabei auch die internationale Zuständigkeit und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen umfassen, erstens da sie in prozessualer Hinsicht eine Einheit darstellen und weil sie zweitens inhaltlich oft als voneinander abhängig erscheinen (z. B. Stichwort Gleichlauf von Ius und Forum). Die Regelung von Zuständigkeit und Anerkennung den Kantonen zu überlassen ist nicht gerechtfertigt, da die Schweiz im Gebiet des Privatrechts (mit hier unbeachtlichen Ausnahmen) eine einzige Rechtsgemeinschaft darstellt, und im Interesse der Parteien im internationalen Privatrechtsverkehr auch als solche Rechtsseinheit auftreten muß. An eine Bundesgesetzgebung in den Gebieten der internationalen Zuständigkeit und Anerkennung ist jedoch im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht zu denken, da diese Fragen bei uns kaum je eingehend im Detail erörtert wurden. Zudem dürften nach Ansicht der meisten doch wohl die verfassungsmäßigen Grundlagen fehlen, wobei ich persönlich allerdings der Auffassung bin, IPR sei Privatrecht.

Der Verzicht auf eine Kodifikation schließt grundsätzlich eine gesetzgeberische Tätigkeit in Einzelfragen nicht aus, doch ist auch hier Vorsicht am Platze, sind rasche Resultate nicht zu erwarten, da sich die Vorbehalte, die gegenüber einer jetzigen Kodifikation zu erheben sind, im Kern gegen jede gegenwärtige Gesetzgebung richten.

Der vorläufige Verzicht auf größere Rechtssetzungsarbeiten verschafft der Wissenschaft die unbedingt notwendige Zeit, die gewandelten philosophischen, axiologischen und methodologischen Grundlagen des IPR zu erfassen und darzustellen. Wie kaum ein anderer Zweig der Rechtswissenschaft ist das Kollisionsrecht noch stets durchsetzt von *konzeptualistischen Vorstellungen*, theoretischen Begriffsgebäuden, die aussageschwach oder infolge ihres bloß vorgestellten Inhaltes sogar irreführend, für die praktische Handhabung des Kollisionsrechts bedeutungslos oder gar eine Belastung sind. Eine Kodifikation im jetzigen Zeitpunkt wäre ein *Rückschritt*, eine Verkennung der Bedeutung auch des IPR als praktische Sozialwissenschaft, und müßte zur *Perpetuierung der Mechanistik*, der sonst doch weitgehend überwundenen *Begriffsjurisprudenz* des 19. Jahrhunderts führen.

M. ALFRED VON OVERBECK, professeur à la Faculté de droit de Fribourg:

J'ai eu le privilège de lire non seulement le rapport de M. VISCHER, mais aussi celui de M. BROGGINI. Les deux rapports donnent un excellent

aperçu du sujet, celui de M. VISCHER ajoute encore une revue des problèmes actuels de droit international privé suisse très utile pour apprécier l'opportunité et l'étendue d'une codification.

Je voudrais grouper mes brèves observations sous trois points:

1. Peut-être par déformation professionnelle, en tant qu'ancien collaborateur de la Conférence de La Haye de droit international privé, j'ai toujours été assez opposé à l'idée de codifications nationales. Mon principal motif était la crainte de voir compromettre la codification internationale du droit international privé.

Il est indéniable que les codifications nationales nouvelles comportent un certain danger pour l'unification internationale. Cela à deux stades. Tout d'abord, lors de l'élaboration de conventions, les délégués auront – et il y a pour cela maints exemples – tendance à vouloir faire passer dans les conventions les règles de leur droit international privé national, surtout lorsque celles-ci sont récentes. Puis, les règles nationales sont tout de même un obstacle à la ratification de conventions contenant des solutions différentes.

Dans la mesure, en revanche, où la codification nationale est considérée comme un pis-aller, une solution avec les moyens du bord dont on se sert en attendant l'unification internationale, mes objections sont beaucoup plus faibles. Cette opinion semble actuellement s'imposer en Suisse. L'accord semble régner sur le fait que seules des règles internationales, ou du moins communes aux Etats intéressés, garantissent une réglementation vraiment satisfaisante des situations internationales par essence, dont s'occupe le droit international privé. Ajoutons d'ailleurs que la réglementation internationale ne consistera pas nécessairement dans des règles de conflits de lois forçant les situations internationales dans le carcan d'une législation nationale, mais qu'il pourra aussi s'agir de règles régissant ces situations au point de vue matériel.

2. Sans pour le moment me prononcer sur l'opportunité d'une codification, je voudrais relever que, si elle était entreprise, elle devrait consacrer un système flexible.

Il est indéniable que déjà maintenant un juge, et surtout un juge supérieur, peut substituer à la solution littérale des règles de conflit écrites la solution qu'il préfère. Des constructions telles que le renvoi, la question préalable, la théorie des qualifications, permettent de manipuler le résultat voulu. Relevons d'ailleurs que la LRDC a une certaine souplesse, non seulement pour les motifs énoncés par M. VISCHER, mais aussi parce que la

plupart de ses règles ne sont applicables aux situations internationales que par analogie. Tel est notamment le cas pour l'art. 8.

D'autre part, il faut reconnaître que les juridictions inférieures ont tendance à appliquer de façon rigide les règles, de s'en tenir à la lettre, et d'arriver ainsi à des résultats insatisfaisants. Même pour le Tribunal fédéral, il est parfois difficile de dépasser le sens littéral d'un texte. Ainsi il a fallu près de 20 ans jusqu'à l'arrêt du 3 juin 1971 renversant la malheureuse jurisprudence Caliaro relative au remariage de l'Italien divorcé en Suisse.

A supposer que l'on entreprenne une codification, comment y introduire la souplesse nécessaire? Contrairement à certains orateurs, je pense que nous avons ici quelque chose à apprendre des théories des Etats-Unis, le système proposé par M. HEINI mérite d'être pris en considération. A première vue, j'avais le plus de sympathie pour la clause échappatoire générale préconisée par M. VISCHER. On peut évidemment faire un pas de plus, se contenter d'un simple modèle, par exemple d'une LRDC abrogée, du «Restatement» de M. BROGGINI, sans la révision législative dont il veut l'assortir, ou enfin d'un projet qui n'entrerait pas en vigueur. Je voudrais citer ici l'exemple des Pays-Bas où la loi uniforme Benelux, œuvre du jurisconsulte universellement admiré MEIJERS, a été fréquemment invoquée par les tribunaux, bien qu'elle ne soit pas entrée en vigueur. Mais lorsque la solution de cette loi uniforme n'était pas adéquate, les tribunaux s'abstenaient de l'invoquer.

3. Enfin une remarque sur l'opportunité même d'une codification, que ce soit par une révision de la LRDC ou par un texte nouveau.

Il me semble tout compte fait que la codification des règles de conflit de lois et de juridictions devrait se restreindre aux problèmes pour lesquels la pratique démontre un besoin impérieux de sécurité. Car il est indéniable que les autorités administratives, les juges de première instance, qui doivent trancher des cas internationaux, réclament avec insistance un guide plus sûr que le droit actuel. La «Rechtstatsachenforschung» devrait faire connaître les points sur lesquels une telle réglementation est nécessaire. Il me semble qu'il s'agit surtout d'actes formateurs dans le domaine du droit de famille. Ainsi la Commission fédérale d'experts pour la révision du droit de famille est-elle arrivée à la conclusion qu'il convenait d'assortir son projet de loi sur l'adoption de quelques règles de droit international privé, qui permettent pourtant de tenir compte, de manière souple, des circonstances du cas concret. Un besoin de réglementation

semblable se trouverait sans doute sur quelques autres points, par exemple en matière de divorce.

Pour terminer, je voudrais souscrire à deux propositions de M. VISCHER, d'une part sur la révision des dispositions de l'OJF relatives au pouvoir de révision du Tribunal fédéral et, d'autre part, en ce qui concerne les règles sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Sur ce dernier point, je pense que le moment est venu d'établir une réglementation fédérale qui pourrait s'inspirer des dernières conventions internationales en la matière. En effet, il y a actuellement en Suisse une très grande divergence entre l'exécution de jugements tombant sous une convention, qui est très simple, puisqu'il suffit de la main-levée définitive, et l'exécution hors convention, qui est soumise au droit cantonal et à ses disparités folkloriques. Comment par exemple le malheureux juge fribourgeois, appelé à donner l'exequatur à un jugement chilien, peut-il vérifier si dans le cas inverse un jugement fribourgeois serait exécuté au Chili? La loi de procédure exige la preuve de la réciprocité! Une réforme législative sur ce point ne devrait pas être trop difficile et apporterait un progrès notable.

Dr. ROLAND HENGARTNER, Basel:

Ich möchte versuchen, mit einigen Worten auf den Zusammenhang zwischen dem heutigen Diskussionsthema und der Entwicklung im amerikanischen IPR hinzuweisen.

Das IPR in den Vereinigten Staaten ist ursprünglich von einem dem europäischen IPR vergleichbaren System ausgegangen. Vor einiger Zeit setzte in den USA eine Welle der Kritik gegen die mechanische Anwendung abstrakter Kollisionsnormen ein. Sie ging von der Erkenntnis aus, daß hinter der Fassade neutraler Kollisionsnormen unbemerkt ein neues, ergebnisorientiertes IPR gewachsen war. Qualifikation, Vorfrage, Renvoi und ordre public waren dazu benutzt worden, die vom Richter gewünschte Entscheidungsnorm zur Anwendung zu bringen. An Stelle der kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit war das richterliche Rechtsempfinden getreten.

Die neue Bewegung in den USA war keineswegs revolutionär. Sie bestand einzig darin, den hinter dem abgestorbenen traditionellen Kollisionsrecht verborgenen Entscheidungsmechanismus ans Tageslicht zu bringen. Aufgabe von Theorie und Praxis wurde es, zur Auffindung des materiell gerechten Ergebnisses das richterliche Rechtsempfinden durch rationale Maßstäbe zu ersetzen.

Heute steht in der amerikanischen Gerichtspraxis die sogenannte «governmental interest analysis» im Vordergrund. Diese strebt die Anwendung der Sachnorm desjenigen Staates an, dessen Interesse an der Anwendung seines Rechts – auf den konkreten Tatbestand bezogen – am größten ist. Dabei wird auf die Rechtspolitik abgestellt, die hinter den in Frage kommenden Sachnormen steht, und diese gegeneinander abgewogen. Die der neuen Bewegung folgende reiche Gerichtspraxis läßt für einzelne Rechtsfragen bereits typische Anknüpfungskriterien erkennen. Solche aus der Erfahrung gewonnenen Grundsätze mögen abstrakten Kollisionsnormen nahekommen, doch lassen sie den Richter frei, ungleiche Tatbestände ungleich zu beurteilen und im Einzelfall atypischen Interessen den Vorzug zu geben.

Das neue amerikanische IPR spiegelt sich im kollisionsrechtlichen Teil des «Restatement Second» wieder. Diese systematische Darstellung des amerikanischen IPR gibt zu den einzelnen Rechtsgebieten – statt abstrakter Kollisionsnormen – einen Katalog von Anknüpfungspunkten und Bewertungskriterien zur Auswahl. Der Richter soll von Fall zu Fall entscheiden, welche Beziehung zwischen einem Tatbestand und Sachnormen am bedeutendsten ist. Auch das «Restatement Second» geht davon aus, daß solche «most significant relationships» durch Analyse der hinter den potentiell anwendbaren Sachnormen stehenden Rechtspolitik zu finden ist. Es ist bemerkenswert, daß die amerikanischen Gerichte – trotz entsprechenden Empfehlungen aus der Doktrin – der Versuchung nicht erlegen sind, die «interest analysis» zu einem Vortrittsrecht für die *lex fori* umzufunktionieren.

Zwischen dem schweizerischen Kollisionsrecht und dem amerikanischen IPR sind Ansätze von Parallelen festzustellen. Auch in der Schweiz hat die mechanische Anwendung hergebrachter Kollisionsnormen nicht konsequent aufrechterhalten werden können. Die schweizerische Praxis hat sich jedoch vor einer Offenlegung der Problematik, welche mit der Anwendung ergebnisblinder Kollisionsnormen verbunden ist, bisher gescheut. Der Preis hiefür ist eine gesteigerte Bezugnahme auf den positiven *ordre-public*. Mit einer solchen Unterstellung heikler Fragen des IPR unter das schweizerische *forum-Recht* ist die Gefahr der Verbauung einer Weiterentwicklung unseres Kollisionsrechts verbunden.

Offene Anerkennung der Hinfälligkeit abstrakter Kollisionsnormen würde, wie in den USA, zu Bemühungen um ein grundsätzlich neues System führen. Grundlage für ein neues IPR kann jedoch weder das Rechtsgefühl des Richters noch die Bevorzugung der *lex fori* sein. Ob auch

in der Schweiz die «interest analysis» zum Leitprinzip zu erheben sei, muß hier offenbleiben. Zur Entwicklung eines Systems brauchbarer Kriterien für ein materiellrechtlich orientiertes IPR ist eine sich frei entfaltende und vom Einzelfall ausgehende Judikatur notwendig. Deshalb meine ich, daß sich heute weniger die Frage stellt, ob das schweizerische IPR zu kodifizieren sei, als vielmehr ob es nicht – soweit es kodifiziert ist – entkodifiziert werden sollte.

M. PIERRE MERCIER, professeur à la Faculté de droit de Lausanne:

Je dois préciser tout d'abord que je n'ai pas eu le privilège, comme MM. les professeurs LALIVE et VON OVERBECK, de pouvoir lire le rapport de M. le professeur BROGGINI. Je ne pourrai donc m'exprimer à son sujet aujourd'hui. M. BROGGINI voudra bien m'en excuser.

Je me bornerai donc à dire quelques mots au sujet du rapport de M. le professeur VISCHER. D'emblée, j'aimerais exprimer ici toute l'admiration que j'éprouve pour ce texte remarquable, qui est bien ce que l'on pouvait attendre du distingué délégué de la Suisse à la Conférence de La Haye de droit international privé.

Sur le fond, je ne saurais que me rallier aux réticences très nettes qu'éprouve le Professeur VISCHER à l'endroit de la codification de notre droit international privé dans tous les domaines où la loi l'a encore épargné. Je partage d'autant plus ces réticences qu'elles reposent sur une argumentation extrêmement solide et d'une sereine objectivité.

Vous me permettrez d'ajouter encore un argument à l'encontre de la codification de notre droit international privé. Il s'agit d'un fait majeur de notre époque, celui de la décolonisation. Cette dernière a fait apparaître tout récemment sur la scène internationale une quantité de nouveaux Etats dont les droits sont, dans la plupart des cas, fort éloignés des conceptions traditionnelles des juristes occidentaux. Les conflits entre les lois qui se rattachent à la communauté du droit occidental et les droits des pays du tiers-monde faisaient l'objet, avant la décolonisation, de règles de conflits spéciales prévues pour les rapports particuliers entre les diverses métropoles et leurs colonies, car ce n'est que dans ce cadre limité que la plupart de ces conflits pouvaient alors surgir.

A l'heure actuelle la situation a changé du tout au tout. D'une part les conflits entre le droit occidental et les droits de ces nouveaux Etats ne peuvent plus être réduits aux rapports entre l'ancienne métropole et ses

ex-colonies. Les mouvements de population toujours plus intenses, l'apparition d'une main-d'œuvre et d'étudiants en provenance de pays de plus en plus éloignés, bref la multiplication des échanges, font que ces conflits se manifestent déjà et se manifesteront à l'avenir davantage sur un plan beaucoup plus général.

D'autre part, il n'appartient plus aux règles spéciales évoquées plus haut de donner la solution de ces conflits.

C'est dorénavant, il est essentiel de le souligner, le droit international privé qui doit intervenir puisque les droits en présence sont ceux d'Etats souverains.

Que le droit international privé, tel qu'on l'a conçu jusqu'ici, soit capable de régler ces conflits, on peut très sérieusement en douter. Déjà la doctrine française a pu parler d'une inadaptation du droit international privé traditionnel à résoudre les conflits de lois nés de la décolonisation. La Grande-Bretagne, après la Nouvelle-Zélande et l'Australie, doit affronter les problèmes juridiques et sociaux que soulèvent les mariages polygamiques en provenance du tiers-monde. Ce n'est là qu'un exemple parmi d'autres des difficultés qui nous attendent.

Comment, alors que l'on ignore aujourd'hui quelles seront les solutions de demain, peut-on songer à codifier notre droit international privé? En des termes certes différents ce sont ces mêmes idées que M. le Professeur FLATTET vous avait exposées en 1967 avec le talent qu'on lui connaît.

Comment peut-on considérer que la LRDC doit être remplacée par une nouvelle loi au lieu d'être abrogée purement et simplement pour laisser à la jurisprudence le soin d'élaborer de nouvelles règles. C'est sur ce point précis que vous me permettrez de ne point pouvoir suivre notre savant rapporteur.

C'est en page 57 de son rapport que M. le Professeur VISCHER expose pour quelles raisons le maintien d'une codification dans les matières couvertes par la LRDC lui paraît préférable à la voie jurisprudentielle. Vous me permettrez de répondre très brièvement à cette argumentation, qui, face aux dangers de la codification si justement dénoncés par notre rapporteur sur un plan plus général, me paraît loin de trancher définitivement la question.

M. le Professeur VISCHER déclare tout d'abord que l'expérience a révélé qu'il n'est pas possible de passer d'un droit codifié à un droit qui ne le serait plus. J'admets volontiers qu'il serait téméraire de renoncer à un code civil. Je ne pense pas toutefois que l'argument soit convaincant en ce

qui concerne le champ d'action tout à fait particulier du droit international privé.

Il ne me semble pas du reste qu'il soit possible de citer un Etat semblable au nôtre qui aurait fait de fâcheuses expériences en renonçant à une codification partielle de son droit international privé. Il faut ajouter que de toute façon la LRDC est loin de donner aux questions qui se posent une solution comparable à celle qu'on peut attendre d'un code civil dans les relations de droit interne. Enfin, la LRDC est déjà un édifice miné de toutes parts qui ne tient plus guère que par les étais posés par la jurisprudence et la doctrine.

Dans ces conditions, abroger la loi ne créerait nullement un vide juridique. L'abrogation permettrait simplement à la jurisprudence d'aller à la recherche de règles plus adaptées, en partant du fonds constitué par l'ancienne LRDC et la doctrine et la jurisprudence qui s'y rattachent. L'ancien droit subsisterait en somme à titre de droit jurisprudentiel, de pratique constante, dans l'attente de nouvelles règles. Je dirai même que la LRDC aurait alors une belle vieillesse en servant de tremplin à l'élaboration du droit nouveau!

Notre éminent rapporteur soutient ensuite que l'intérêt d'une codification est plus particulièrement évident dans le domaine couvert par la LRDC puisque la sécurité juridique se révèle une nécessité dans les relations de droit de famille et dans le domaine successoral.

Il est vrai que la sécurité juridique doit être assurée. Mais il me semble parfaitement illusoire de l'attendre d'une nouvelle loi de droit international privé. Les situations à régler sont en effet le plus souvent si différentes, si imprévisibles et si compliquées que les dispositions d'une loi ne sauraient dans leur généralité s'adapter à une telle bigarrure.

Fixer à long terme certaines solutions pourrait être certes opportun, mais sur le plan régional seulement ou bien dans les rapports de certaine Etats dont les conceptions sont particulièrement proches. Or, là encore, une loi n'est pas un instrument utile, elle peut au contraire, comme M. le Professeur VON OVERBECK vous le disait déjà lors de notre assemblée de 1967 et comme il l'a répété il y a quelques instants, constituer un fâcheux obstacle à l'élaboration de règles de nature conventionnelle. A cet égard, les possibilités offertes par la Conférence de La Haye et la CIEC, demain peut-être par la CEE sont suffisantes.

M. le Professeur VISCHER soutient enfin, et c'est là son dernier argument, qu'une nouvelle loi est préférable à un droit jurisprudentiel du moment que le domaine de la LRDC donne lieu à l'intervention des organes de

tutelle, des autorités de l'état civil et des offices compétents en matière de succession.

Je pense que cet argument va davantage à l'encontre de la codification qu'il ne la défend. Ne constate-t-on pas en effet que ces diverses autorités, placées en première ligne face aux cas les plus difficiles, exercent de façon remarquable leur mission. Ne sont-ce pas elles qui souvent ont pris l'initiative d'inaugurer des solutions jurisprudentielles là où la loi était prise en défaut.

Pourquoi alors ne pas faire confiance à ces autorités, ainsi qu'aux tribunaux de première instance et ne pas croire qu'elles sauront, peu à peu, sous le contrôle des autorités de recours et avec l'indispensable appui de la doctrine, élaborer un droit mieux adapté aux conditions mouvantes de notre temps et sans que la fixité absolue des solutions les condamne d'avance.

Ce droit international privé de nature jurisprudentielle en toute matière est celui notamment de la France. Je ne pense pas qu'un juriste puisse faire la démonstration que la sécurité française soit dans le domaine du droit international privé inférieure à celle qui règne en Suisse. Bien au contraire, la jurisprudence française est parvenue, précisément dans le domaine de la LRDC, à élaborer des solutions remarquables. Son évolution est lente et elle est sans doute loin d'être achevée. Si le droit international privé français avait été codifié, il y a dix ans seulement, le monde des juristes considérerait aujourd'hui cette loi à bien des égards comme archaïque. Sachons éviter une telle erreur, une nouvelle LRDC qui s'abîmerait comme l'ancienne sous le poids des controverses doctrinaires et nous vaudrait un nouveau siècle de singulières difficultés.

M. BERNARD DUTOIT, professeur à la Faculté de droit de Lausanne:

Parmi les questions nombreuses et substantielles soulevées par le professeur VISCHER dans son excellent rapport, je voudrais en retenir une, à savoir le rôle de la nationalité comme critère de rattachement en matière de statut personnel et de famille, à propos de laquelle je me permettrai quelques remarques.

Je suis d'accord avec le rapporteur pour dire que le rattachement rigide et absolu à la loi nationale, tel que le prévoit l'article 8 LRDC par exemple, doit être revu à la lumière de l'évolution moderne.

Toutefois, dans cette révision, deux considérations me paraissent

importantes – et c'est sur ce point que je m'éloignerai quelque peu du rapport:

1. d'une part, la nationalité présente des *avantages* indéniables en une matière où la sécurité juridique est primordiale, ainsi du reste que le prouvent les codifications en cours dans les pays voisins;

2. d'autre part, le domicile (ou la résidence habituelle) ne vont pas de leur côté sans présenter des *inconvénients*. Ceux-ci pourront tenir notamment à la difficulté de définir précisément des concepts: où se trouvera par exemple le domicile (ou la résidence habituelle) des nombreux ingénieurs et techniciens constamment en mission dans des pays étrangers? Il convient de souligner aussi l'instabilité de ces concepts qui apparaissent «flottants»: faut-il vraiment qu'en matière de régime matrimonial ou de divorce par exemple les époux soient soumis à autant de lois successives différentes qu'ils auront eu de domiciles (ou de résidences habituelles) peut-être temporaires?

Je remarque en passant que les critiques américaines faites à la nationalité au nom de la «policy weighing» ou de la «better law approach» se fondent souvent sur une analyse des rapports intra-américains beaucoup plus que des relations internationales. Les arguments américains ne paraissent pas toujours transposables sur le plan international.

Si donc ni la nationalité, ni le domicile (ou la résidence habituelle) ne peuvent prétendre à l'exclusivité comme rattachement en matière de statut personnel et de famille, en raison des avantages et des inconvénients qu'ils présentent chacun, des solutions de compromis devraient être trouvées.

Sans entrer dans le détail des solutions à élaborer, disons que la nationalité ne devrait être abandonnée au profit du domicile que pour des motifs vraiment sérieux. L'aménagement pourrait se faire notamment soit par des rattachements alternatifs à la loi nationale ou à celle du domicile, soit par des rattachements en cascade à la nationalité commune des parties ou, à son défaut, à leur domicile commun ou, en son absence, à la *lex fori*, ainsi que l'a décidé la Cour de Cassation française en matière de divorce.

Certes, dans le choix des solutions nouvelles, il apparaît souhaitable de transposer autant que possible les conventions de La Haye dans le droit interne. Néanmoins, cette transposition ne saurait être automatique et devrait tenir compte aussi de la logique interne du système national.

Enfin, le choix de la loi applicable ne devrait pas entraîner nécessairement la compétence des tribunaux du pays dont la loi est retenue. En effet, la confusion généralisée des compétences judiciaire et législative abouti-

rait à vider le droit international privé de sa substance qui est d'assurer l'harmonisation pratique ou à tout le moins la coexistence de systèmes nationaux différents.

M. JEAN-FRANCOIS PERRIN, professeur assistant à la Faculté de droit de Genève*:

On émet souvent la crainte qu'une codification du droit international privé vienne à figer le développement de cette discipline juridique. Les points de rattachement étant posés par la loi, on estime que les fluctuations de la jurisprudence prendraient définitivement fin. D'aucuns regrettent cette souplesse et M. le Professeur VISCHER se fait souvent le porte-parole attentif de ces inquiétudes.

Je pense qu'une législation de droit international privé bien faite ne devrait pas nécessairement figer le droit international privé, arrêter son développement. Aucune loi n'a d'ailleurs jamais pu arrêter l'évolution du droit. Une rédaction nouvelle de notre droit international privé (sous forme d'une révision de la LRDC ou d'une entreprise plus ambitieuse encore) aurait d'autant moins cet effet qu'elle se cantonnerait à donner au juge des directives générales plutôt que des injonctions très précises et, partant, limitant à l'excès son pouvoir d'appréciation. Le droit international privé suisse des contrats nous fournit un excellent exemple. Le rattachement primordial, celui qui pourrait être indiqué par le législateur est le critère dit du «lien territorial le plus étroit». On pourrait cependant fort bien laisser le soin au juge d'établir pour chaque type de contrat, une règle qui tient compte des particularités de la relation juridique en cause.

M. VISCHER mentionne les travaux de la CEE, concernant la codification du droit international privé. On ne cache pas à Bruxelles que les experts désignés pour étudier ces questions ont établi un programme complet de codification du droit international privé. Ils ont décidé de commencer par le droit des obligations. En cette matière à tout le moins, il semble que l'avis prédominant serait précisément de ne prévoir dans la codification qu'un certain nombre d'orientations générales concernant le rattachement pour laisser aux juges nationaux, sous le contrôle d'une Haute Juridiction communautaire, le soin de concrétiser les points de rattachement.

* Vu les exigences de l'horaire, cette intervention n'a pas pu être présentée oralement.

Certes ce mode de faire n'est vraisemblablement pas susceptible d'être utilisé dans tous les domaines du droit international privé. Je pense toutefois qu'il pourrait être utilisé avec le plus grand profit dans d'importants secteurs.

On pourrait ainsi avoir plus de sécurité concernant le rattachement, – ce qui manifestement correspond à un besoin dans l'état actuel, – sans bloquer pour autant l'épanouissement de cette branche du droit.

Envisagée cette manière, une codification du droit international privé suisse (partielle ou totale) serait certainement une occasion d'émulation scientifique d'un intérêt exceptionnel. Il peut paraître fâcheux et à vrai dire décevant aussi – que l'on pense devoir y renoncer pour sauver une spontanéité du droit qui masque souvent un grand désordre.

Universitätsprofessor Dr. FRITZ SCHWIND, Präsident des Österreichischen Juristentags, Wien:

Ich darf zunächst herzlich dafür danken, daß mir durch die freundliche Einladung hier die Möglichkeit gegeben ist, ein paar Worte zu Ihnen zu sprechen.

Herr Kollege VISCHER hat in seinem Rapport von meinem Entwurf gesprochen und ich darf Ihnen hier vielleicht einige Worte zur Situation in Österreich sagen, die in vielem ähnlich ist wie in der Schweiz, sich aber doch in vielem grundsätzlich von Ihrer Lage unterscheidet. Ähnlich ist die Situation in der Richtung, daß die Regelungen unseres Internationalen Privatrechts ebenfalls als äußerst unbefriedigend empfunden werden. Sie stammen zum einen Teil aus dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811, aus einer Zeit, wo man im Grunde noch nicht wußte, was Internationales Privatrecht ist. Sie stammen zum andern aus einer Teilrezeption des deutschen Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, wobei die Teilrezeption auch wieder eine Fülle von Problemen aufwirft. Nun ist man im Prinzip ja auch mit der Frage beschäftigt, ob und wie wir eine Veränderung dieses Zustandes herbeiführen sollen. Dazu ist nun zu sagen, daß unsere Situation sich von der Ihren wesentlich dadurch unterscheidet, daß unsere verfassungsrechtliche Konzeption – ich möchte sagen, seit einem halben Jahrhundert – unter dem Einfluß von HANS KELSEN steht, und wir daher in die Lage versetzt sind, den Rechtsstaat als Gesetzesstaat zu sehen. Das heißt, daß Recht nur das sein kann, was Gesetz ist. Nachdem jedoch auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts so gut wie keine oder doch nur eine außerordentlich lückenhafte Gesetz-

gebung existiert, sind wir eben gezwungen, eine solche Gesetzgebung zu schaffen, so daß sich die Frage des Ob bei uns unter diesem Aspekt eigentlich nicht stellt, sondern im Grunde nur die Frage des Wie. Das sagt nicht, daß der Entwurf, so wie er jetzt in Kürze publiziert werden wird, auch Gesetz wird. Die Regierung hat sicher ihr Plansoll erfüllt, wenn sie den Entwurf einbringt. Wenn die Herren Abgeordneten, wie zu erwarten ist, Materien finden werden, die ihrem Interesse näher stehen als das Internationale Privatrecht, so kann der Entwurf durchaus das Schicksal desjenigen meines verehrten Lehrers und Vorgängers WALKER erleiden, der bereits 1912 einen Entwurf vorgelegt hat, der bis heute nicht Gesetz geworden ist.

Der von mir vorgeschlagene Entwurf dürfte in Kürze erscheinen, und Sie werden die Möglichkeit haben, ihn zu lesen. Er wird einen Strom der Entrüstung auslösen, weil ich vorsätzlich eine Fülle von Todsünden begangen habe, gerade im Bestreben, den Entwurf einigermaßen praktikabel zu machen und das allzu Theoretische etwas zurückzudrängen. Ich wollte gerade das, was hier mit Recht gegen die Kodifikation angeführt wurde, vermeiden, indem man die Dinge dem Leben etwas näher bringt. Ob und wie weit das gelungen sein wird, das werden Andere wahrscheinlich sehr kritisch beurteilen, denn es ist wesentlich leichter, eine solche Arbeit zu kritisieren, als sie besser zu machen.

Wir sind auch, was die allgemeine Situation betrifft, in einer anderen Situation als Sie, da die Lehre des Internationalen Privatrechts sich bei uns in einem Stadium der Unterentwicklung befindet, und dasselbe muß auch bei allem Respekt vor dem Höchstgericht hinsichtlich der Rechtsprechung gesagt werden. Ob man die Entwicklung einer Rechtsmaterie den Gerichten überlassen kann, hängt zum großen Teil auch davon ab, welche eminenten Richterpersönlichkeiten zur Verfügung stehen. Wenn man wie Sie und die Franzosen über solche Persönlichkeiten verfügt, dann kann man das vielleicht machen. Bei uns ist diese Situation leider etwas weniger günstig, so daß es eben notwendig ist, zwar nicht die jurisprudenzialle Entwicklung abzuschneiden, aber doch im Wege einer vielleicht etwas allgemein gehaltenen Kodifikation unserer jurisprudenzialen Entwicklung gewisse Richtlinien und Grundsätze zu geben.

Selbst wenn die allgemeine, und vor allem die verfassungsrechtliche Situation nicht so wäre, wie sie bei uns ist, wäre ich für meine Person der Kodifikation gegenüber nicht so skeptisch, wie die Referenten, aber auch viele Diskussionsredner es waren. Zum Argument, «alles ist im Fluß»: Natürlich ist alles im Fluß; wenn man aber darauf wartet, bis es nicht

mehr im Fluß ist, dann erübrigt sich die Kodifikation, und ich bin überzeugt, hätte HAMMURABI gewartet, bis die Dinge nicht mehr im Fluß sind, so wäre seine Kodifikation ebenso wenig erschienen wie die 12 Tafeln oder der Code civil. Das scheint mir kein durchschlagendes Argument, man muß eben auch, wenn die Dinge im Fluß sind, gelegentlich einmal den Mut haben, sie irgendwie zusammenzufassen, wobei man dem Umstand, daß sie im Fluß sind, durchaus Rechnung tragen kann und Rechnung tragen muß. Herr VISCHER hat in seinem Rapport mit Recht zum Ausdruck gebracht, daß eine Kodifikation keineswegs ein Abwürgen der Entwicklung darstellen muß. Es kommt also sehr darauf an, wie diese Kodifikation aussieht, ob sie zu einem Abwürgen führt, oder ob sie eine fruchtbare Entwicklung fördert oder unter Umständen vielleicht erst einleitet. Es wurde gesagt, daß das nationale Internationale Privatrecht in sich ein Widerspruch sei. Ja, bis zu einem gewissen Grad sicher. Allerdings, – darin unterscheide ich mich von einigen der Herren, die heute hier gesprochen haben – glaube ich nicht, daß eine internationale Gesetzgebung, die das gesamte Internationale Privatrecht umfaßt, in einer auch nur entfernt absehbaren Zeit möglich ist. Ich frage mich, ob eine solche Kodifikation wirklich wünschenswert wäre. Diese Frage steht aber zurück hinter der Frage, ob sie überhaupt möglich ist. Ich glaube, diese Möglichkeit ist unserer Generation und auch den künftigen Generationen für das nächste Jahrtausend verschlossen, so daß die Fragen der Überlegungen und der Einzelheiten etwas theoretischer Natur sind. Es ist richtig, daß auf dem Gebiet der internationalen Konventionen manches geschieht. Ich bin etwas skeptischer als mein verehrter Freund Professor VON OVERBECK. Es ist nicht meine Absicht, hier Kritik an der Haager Konferenz zu üben, aber je größer sie geworden ist, desto schwerer ist sie zu manövrieren. Es gibt viele Gebiete, insbesondere des Familienrechts, auf denen internationale Konventionen, die alle befriedigen und allen etwas bringen, bei der derzeitigen Zusammensetzung, meines Erachtens, überhaupt nicht mehr möglich sind. Wenn Sie die kontinental-europäischen Staaten, die islamischen Staaten und Israel haben; wenn Sie Jugoslawien, die skandinavischen Staaten und das Common law haben, um nur einige wahllos aufzuzählen, so können sie einfach nicht, zumindest auf gewissem Gebiet, eine Konvention schaffen, die alle befriedigt. Das Ergebnis ist eben leider, – und Herr Professor VON OVERBECK wird mir sicher widersprechen, sonst müßte er viel von seiner fruchtbaren Vergangenheit im Haag verleugnen –, daß etwas beschlossen wird, was niemandem weh tut, aber auch niemanden befriedigt, und infolgedessen ist auch die Leidenschaft zur Ratifi-

zierung bei den Regierungen gering. Es ist betrüblich zu sehen, wie wenige der Konventionen, die glücklich über die Bühne gebracht worden sind, dann auch tatsächlich ratifiziert werden. Dabei darf nicht vergessen werden, wie unendlich viel Arbeit und Mühe in solchen Konventionen steckt. Eine nationale Kodifikation würde die Entwicklung sicher nicht behindern.

Sehr interessiert hat mich, daß immer wieder das amerikanische Beispiel teils positiv, teils negativ, angeführt worden ist. Ich gehöre nicht zu denen, die glauben, daß wir aus dem amerikanischen IPR allzuviel werden lernen können. Ich mag mich irren. Aber Herr DUTOIT hat mit Recht unterstrichen, daß das Internationale Privatrecht in den Vereinigten Staaten ja im Grunde ein interstate law ist, wo es sich um die Beziehungen der einzelnen Glied-Staaten zueinander handelt und die Fälle, wo es wirklich um internationales Privatrecht geht, eine verschwindend geringe Minderzahl darstellen. Die Amerikaner sind also im Grunde in derselben Situation, in der die ober-italienischen Stadt-Staaten des 13. und 14. Jahrhunderts gewesen sind, und es ist infolgedessen kein reiner Zufall, daß eben auch deren statutarische Lehren im heutigen amerikanischen internationalen Privatrecht eine relativ große Rolle spielen. Damals war es klar, daß der *judex* die *lex fori* anwendet. Eine sehr einfache Lösung, aber es scheint mir doch nicht ganz die Zukunftstechnik. Es ist auch heute schon erwähnt worden, daß der *Magister ALDRICUS* die «*potior et utilior lex*» vorgeschlagen hat, das ist genau und exakt der better law approach der Amerikaner, wonach es dem Richter überlassen sein soll, unter dem Instrumentarium der potentiell anwendbaren Rechtsordnungen diejenige herauszusuchen, die seinem subjektiven Rechtsempfinden am besten zu entsprechen scheint. Daß das der Weisheit letzter Schluß des Internationalen Privatrechts sein soll, das anzuerkennen, möchte ich mich weigern. Mein verehrter Freund und Ex-Landsmann EHRENZWEIG hat sich im übrigen auch, und das muß hier gesagt werden, dagegen verwehrt, daß er als der bedingungslose Vorkämpfer der *lex fori* angesehen wird. Der Titel dieses einen Aufsatzes von der «*basic rule*» in einer amerikanischen Zeitschrift ist offenbar etwas mißverstanden worden. Ich bin also wie gesagt hier etwas skeptisch, ob der Grundsatz «*ex ponente lux*» hier ganz zutreffend ist, und ob wir wirklich allzuviel zu lernen haben werden.

Ich habe nun Ihre Zeit schon zu lange in Anspruch genommen; ich sollte vielleicht über die Grundgedanken des Entwurfes, den Sie ja in absehbarer Zeit bekommen werden, etwas sagen. Dazu nur ein Wort: Die Grundidee, von der ausgegangen werden soll, ist die, daß jenes Recht zur Anwendung kommen soll, zu dem der Sachverhalt die engste Beziehung

hat. Diesem Gedanken ist im Grunde alles untergeordnet, und es ist versucht worden, in den einzelnen Bestimmungen eine Konkretisierung dieses Gedankens durchzuführen.

Prof. Dr. iur. FRANK VISCHER, Berichterstatter in deutscher Sprache (Schlußwort):

Ich möchte nicht auf die einzelnen Voten eintreten, sondern mich auf einige grundsätzliche Feststellungen beschränken und insbesondere auf das antworten, was gegen meine Thesen vorgebracht wurde.

Zunächst: Herr Kollege LALIVE hat gesagt, ich sei von den amerikanischen Sirenen verführt worden. In gewisser Hinsicht mag er recht haben. Ich stehe unter dem Eindruck, daß unser herkömmliches sogenanntes «klassisches» internationales Privatrecht in den letzten Jahrzehnten in mancher Beziehung unehrlich geworden ist. Unehrlieh zunächst in dem Sinne, daß sich hinter dem herkömmlichen Begriffsvokabularium im Grunde sehr oft Überlegungen verbergen, die von den Begriffen gar nicht gedeckt werden. Hier glaube ich, ist es in erster Linie das Verdienst der Amerikaner, auf die Realitäten hinzuweisen. Im ersten Teil meines Referates habe ich versucht, dieser Frage nachzugehen und zu untersuchen, was für Realitäten hinter den oft floskelhaften Formen stehen (wie *ordre public* usw.). Ich versuchte herauszufinden, welches die Gründe waren, die zur betreffenden Lösung des Entscheides geführt haben; mit andern Worten, was hinter den verwendeten Begriffen tatsächlich steht. Hier glaube ich, muß man feststellen, daß z. B. der sogenannte «better law approach», die Anwendung des materiell besseren Rechts im Prozeß, bei dem in dialektischem Widerspruch die in Frage kommenden materiellen Lösungen präsentiert werden, eine Rolle spielt. Wenn die eine Partei das Recht A anwenden will, die andere Partei das Recht B, so wird der Richter bei seiner Entscheidung notwendigerweise auch vom Resultat, das die Anwendung des Rechts A oder B mit sich bringen würde, beeinflußt. Er wird seine eigenen Präferenzen zum Ausdruck bringen. Die kollisionsrechtliche Entscheidung vollzieht sich deshalb in der Wirklichkeit sehr oft nicht losgelöst vom Inhalt der in Frage kommenden Rechte. Man mag dies als unsystematisch und in gewisser Weise auch unkontrollierbar ansehen; aber es ist ein Faktum, das sich an zahlreichen Entscheiden, wie ich zu zeigen versuchte, nachweisen läßt. Insofern ist im heutigen Zeitpunkt das internationale Privatrecht gewissermaßen in der Schwebew. Wir müssen versuchen, zunächst analytisch vorzugehen und zu fragen, nach welchen

Entscheidungsgründen sich der Selektionsprozeß tatsächlich vollzieht. Man ist zu sehr gewohnt, von der herkömmlichen Regel auszugehen, dann aber zu versuchen, durch die Hintertüre der allgemeinen Behelfe wie Qualifikation, *renvoi*, Vorfrage, *ordre public* in all seinen Schattierungen usw. einen Weg zu finden, die primär geltende Regel nicht anwenden zu müssen. Diese genannten Behelfe aber haben das IPR zu einer Geheimwissenschaft gemacht, die es nun gerade nicht sein sollte.

Hierzu kommt eine zweite wesentliche Bemerkung: Ich habe eigentlich erwartet, daß die Frage der stärkeren Kognitionsbefugnis des Bundesgerichtes und die von mir vorgeschlagene größere Mitwirkung der Gerichte beim Nachweis ausländischen Rechts von den hier anwesenden Herren Richtern sehr stark diskutiert würde. Hier sehe ich im heutigen Zustand eine Unerlichkeit in der Praxis des IPR. Ein prominenter Kollege aus Basel, ein Richter, hat mir in der Pause erklärt, das IPR spiele doch in der Wirklichkeit keine so schwierige und wesentliche Rolle. Die Parteien müßten das Recht nachweisen, was ihnen in der Regel oft nicht in genügendem Maße gelinge, weshalb dann doch wieder die *lex fori* als Ersatzrecht zum Zuge komme. Ich frage mich deshalb, weshalb ein so schönes wissenschaftliches Gebäude über das anwendbare Recht aufstellen, wenn im Prozeß infolge des fehlenden Nachweises des anwendbaren Rechts durch die Parteien das System sehr oft gar nicht zur Durchführung gelangt. Man sollte das internationale Privatrecht ernst nehmen. Dazu wäre notwendig, daß das Bundesgericht verpflichtet wäre, in jedem Fall zu überprüfen, ob die Kollisionsnormen richtig angewendet wurden. Das Bundesgericht müßte seine Kognitionsbefugnis ausdehnen und von seiner heutigen Praxis abgehen, wonach die Überprüfung nur stattfindet, wenn schweizerisches statt ausländisches oder ausländisches statt schweizerisches Recht angewendet wurde. Dazu gehört ferner, daß die Gerichte *ex officio* zum Nachweis und zur Anwendung des ausländischen Rechts verpflichtet werden. Erst wenn wir diese Voraussetzungen haben, können die Grundlagen des internationalen Privatrechts neu erarbeitet werden. Deshalb halte ich meine Vorschläge im letzten Teil meines Referates für besonders wichtig.

Und endlich der dritte Punkt: Besonders dringlich scheint mir eine Gesetzgebung über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile. Ich glaube nicht, daß die Verfassungskompetenzfrage hierfür ein ernsthaftes Hindernis darstellt. Eine Gesetzgebung in dieser Materie, die von einem liberalen Geiste geprägt wäre, wäre wohl wesentlicher und auch fruchtbarer, als im heutigen Zeitpunkt eine Gesamtkodifikation des IPR.

Ich darf in diesem Zusammenhang auf meine Vorschläge in meinem Referat hinweisen.

Mit diesen kurzen Bemerkungen möchte ich schließen und all denjenigen danken, die durch ihre Diskussionsbeiträge neue Gesichtspunkte aufgeworfen haben.

M. le professeur GERARDO BROGGINI, rapporteur de langue française:

Comme vous l'avez constaté en entendant les orateurs d'aujourd'hui, il s'agit avant tout d'un problème de générations.

Il y a dix ans – pardon, il y a dix-huit ans –, quand j'ai publié mes premiers écrits de droit international privé, j'avais des convictions analogues à celles que vous avez entendues dans la bouche de M. PETER MAX GUTZWILLER et de M. HEINI. Ils seront déçus aujourd'hui de remarquer que j'ai changé d'opinion. Je crois que mon ami ALFRED VON OVERBECK a fait la même expérience lorsqu'il a été appelé à collaborer à la rédaction d'une nouvelle loi sur l'adoption et qu'il a accepté d'y ajouter quelques règles de conflit.

Je crois que nous devons nous rendre compte avant tout de ce dilemme qui existe entre le devoir de l'homme de science d'explorer toujours de nouvelles voies, de rechercher critiquement des vérités qui ne sont pas encore tout-à-fait réalisées dans la vie et le devoir de l'homme de science qui est appelé à établir des compromis pour permettre à la vie sociale de continuer. Nous ne pouvons pas attendre – je vous le dis surtout à vous, M. PETER MAX GUTZWILLER – nous ne pouvons pas attendre que vos théories soient mûres, que les nouvelles théories soient affermies. Nous devons faire du droit, trancher continuellement des cas, nous devons donner à nos juges et aux autres interprètes officiels de la loi des instruments qui leur permettent de résoudre leurs problèmes et leurs drames. Evidemment, il y a un droit jurisprudentiel, et je le sais bien, puisque, avant tout professeur de droit romain, je m'occupe surtout d'un droit jurisprudentiel. Mais je crois devoir rappeler une fois encore aux jeunes – excusez-moi, je ne veux pas faire le précepteur – qu'il y a aussi une histoire de la pensée juridique européenne, qui est aussi importante à suivre et à étudier que la pensée nord-américaine actuelle. Il y a une sorte d'«Entfremdung» chez plusieurs de nos jeunes juristes qui ont reçu leur formation spéciale et spécifique aux Etats-Unis et qui n'ont pas examiné avec la même profondeur les résultats aussi importants de l'évolution juridique en Europe continentale, qui a connu la codification scientifique

et qui, tout en la dépassant, ne peut plus faire abstraction des valeurs issues de la «logische Geschlossenheit des Rechtes». J'affirme – d'ailleurs je l'ai écrit et M. SCHWIND l'a dit aussi tout à l'heure – que c'est revenir à une époque pré-scientifique que de vouloir nier la valeur de la loi et de la méthode législative, dans n'importe quelle branche du droit et en particulier du droit privé. Personne ne peut démontrer aujourd'hui que le droit international privé suit un sort différent de celui du droit privé. Au contraire, ce sont surtout nos collègues américains qui insistent sur le lien intrinsèque entre ces deux branches du droit et qui nient l'autonomie du droit international privé par rapport au droit privé. Dans un système de droit privé légal, comme le nôtre, il est absolument contradictoire de ne pas proposer aussi l'abrogation du code civil si l'on demande l'abrogation de la LRDC. Demander l'abolition du code civil serait l'aboutissement logique de ce raisonnement. Par conséquent, je n'accepte pas non plus qu'on nous dise que nous ne devons pas codifier *pour le moment* le droit international privé. Il serait beaucoup plus sérieux et beaucoup moins contradictoire de nous dire, comme le font plusieurs des auteurs que citent nos jeunes collègues: nous sommes opposés à *toute* codification, non pas à une codification actuelle, dans le temps actuel; nous proposons un système purement jurisprudentiel en droit international privé. Or, vous le savez très bien, il y a des systèmes de droit jurisprudentiel qui sont aussi «cimentés», voire plus «cimentés» que des systèmes de droit légal. Dans une étude assez récente, M. MEIER-HAYOZ affirme – et sans être tout à fait convaincu, j'admet qu'il y a bien des arguments dans ce sens – que le droit jurisprudentiel est du droit *écrit*, une fois qu'il a organisé un système dans lequel les juges sont liés par les décisions des tribunaux supérieurs. Nous arrivons aussi à un système juridique assez positif et assez durable par le droit jurisprudentiel. Il n'est donc pas du tout vrai que je sois un ennemi du droit jurisprudentiel, mais je crois que dans notre système de droit légal, dans un droit systématique tel que notre tradition juridique l'accepte, c'est être inconséquent que d'adopter pour le droit international privé, on ne sait trop pourquoi, une autre solution de principe.

D'ailleurs, que nous propose-t-on quand on s'oppose à la codification?

J'ai entendu citer aujourd'hui par les ennemis de la codification trois exemples concrets, que je voudrais reprendre brièvement.

M. MERCIER évoque le problème «terrible» de la polygamie. Eh bien, je crois que même si ce cas devait se présenter, nous aurions les instruments nécessaires pour le résoudre et je crois surtout que l'on ne peut pas, pour permettre la justice du cas particulier, oublier qu'il y a peut-être 10000

cas de divorces ou de mariages italiens qui nous sont posés aujourd’hui et qui doivent être résolus. En d’autres termes, nous oublions trop souvent que notre système juridique a pour but principal d’établir un ordre juridique, nous oublions la «Ordnungsfunktion des Rechtes», nous voyons trop souvent – résultat typique de l’influence de la pensée nord-américaine – le droit seulement en fonction de procédures, de procès. On nous dit toujours: le juge décidera. Mais que feront les sujets de droit, que feront les avocats lorsqu’ils devront résoudre *a priori* un cas? Que vont-ils dire à leurs clients, que dira-t-on aux étrangers qui veulent savoir s’ils peuvent divorcer? Doit-on leur dire: «Allez devant le Tribunal fédéral, c’est lui qui décidera!»? Je ne dis pas que la solution législative soit meilleure ou pire qu’une autre, je dis que c’est *notre* système et que nous ne pouvons pas nous permettre ce luxe de créer une exception à l’intérieur de notre propre système juridique.

M. HEINI nous a cité deux cas: celui de la réserve de propriété et un cas d’application du «Vertrauensprinzip» en droit international privé. Là aussi, permettez-moi de vous dire que ce n’est pas pour un cas tout-à-fait exceptionnel où l’on a oublié par hasard la marchandise à la gare de Bâle que l’on doit bouleverser le principe de la *lex rei sitae* dans les conflits de lois en matière réelle.

Et pour ce qui est du «Vertrauensprinzip», vous savez bien que quand tout le monde fait valoir un «Vertrauen» dans une loi, c’est généralement qu’il existe un conflit d’intérêts. Le cas typique de M. HEINI est celui de la pauvre veuve anglaise qui se voit privée de réserve hérititaire parce que son mari a choisi par la *professio juris* le droit anglais pour régir son testament. Est-ce que vous voulez considérer qu’une femme qui épouse un Anglais a un droit à ce que son mari ne choisisse pas le droit anglais pour régler ses problèmes successoraux? N’y a-t-il pas aussi un «Vertrauensprinzip» qui permet à l’Anglais d’appliquer le droit anglais à sa succession, même s’il habite à l’étranger?

En d’autres termes, je ne crois pas que l’on nous propose des solutions suffisantes pour mettre en doute le système traditionnel qui reste celui du choix de la loi applicable. Cela n’empêche pas d’arriver à un droit international privé orienté aussi vers la recherche de solutions concrètes: on y parvient par la réserve de l’ordre public, par l’adaptation de la loi étrangère et par d’autres moyens techniques bien connus. Aucun juge n’oublie quelle est la solution concrète qu’il va choisir en choisissant d’appliquer une loi déterminée. Mais il n’y a pour le moment aucun autre système que celui de la règle de conflit qui puisse nous offrir une solution généralement

valable aux problèmes de droit international privé. Par conséquent, je crois que nous devons passer à la réalisation, sinon d'une loi, du moins d'une œuvre scientifique qui prépare la nouvelle loi de droit international privé suisse.

* * *

Der Präsident schließt die Sitzung vom Samstag um 12.45 Uhr.

VIII.

Am Samstagabend nahmen die Teilnehmer der Tagung an einem Festakt im Hotel Bellevue teil, in dessen Verlauf, nach der Begrüßungsansprache des Vereinspräsidenten, Herr Bundesrat LUDWIG VON MOOS, Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Herr Regierungsrat OSKAR IMFELD, Vorsteher des Justizdepartementes des Kantons Obwalden, und Herr Talammann HANS MATTER, Engelberg, das Wort ergriffen.

Der Vertreter des Bundesrates führte folgendes aus:

1. Nachdem am 30. März 1798 der Abt des Stiftes unserer Lieben Frau vom Berge der Engel seinen Souveränitätsrechten über die Talschaft Engelberg förmlich entsagt hatte, bestätigte und begrüßte der Minister der Einen und Unteilbaren Französischen Republik in der Schweiz umgehend diesen Entschluß. Aus Aarau schrieb am 6. Germinal des 6. Jahres der Französischen Republik Minister Mengaud an Bürger Abt und Mönche von Engelberg unter anderem: «Ich lobe diese ganz natürliche Rückgabe uralter, angemaßter Rechte, die ewig den unverjährbaren Rechten der Natur entgegenstehen, zu deren Genuß doch alle Menschen ohne Unterschied gleich berufen sind ...». Dem fügte er eine unmißverständliche Aufforderung bei, das Kloster aufzugeben: «N'attendez pas que la philosophie aille vous expulser des asiles de la paresse et de l'inutilité. Quittez la livrée de la superstition, rentrez dans la société ...». Mit dieser letzteren Aufforderung fand die wohltönende Berufung auf die Menschenrechte in Engelberg damals kein geneigtes Gehör. Sie wurde mit Recht als Anmaßung empfunden. Heute, da wir uns im Zeichen ebenderselben Menschenrechte veranlaßt sehen, Klöster und Orden diskriminierende Artikel,

Relikte einer vergangenen Zeit, aus unserer Bundesverfassung zu entfernen, werden wohl alle hier anwesenden Juristen es mit mir als eine glückliche Fügung betrachten, daß das hochangesehene Benediktinerstift dem Monte Angelorum erhalten geblieben ist, daß es weiterblüht und daß Hand in Hand mit ihm das inzwischen zum renommierten Fremdenort herangewachsene Engelberg eine Ausstrahlung besitzt, die schon zum zweiten Male auch dem ebenso hochangesehenen Schweizerischen Juristenverein einen gedeihlichen Rahmen für seine Jahrestagung bietet.

An dieser Stätte und in meinem Heimatkanton dem Schweizerischen Juristentag und allen seinen Teilnehmern den Gruß des Bundesrates und des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zu überbringen, ist mir daher nicht bloß Pflicht; ich empfinde es als Vorzug und Vergnügen.

2. Der Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements möchte sich nicht nur wie immer mit gebührendem Dank an den Schweizerischen Juristenverein wenden. Die Vertreter der Bundes-Gesetzgebung, zu denen sich trotz aller Gewaltentrennung als Anreger und Vorschlagender auch der Bundesrat rechnet, dürfen die zum Juristentag versammelten Rechtskundigen auf Erreichtes und Erstrebtes hinweisen und dann ihrerseits zu hören bekommen, was man an Rechtssetzung vom Bunde noch erwarte und wo der Bund zu zögernd oder einzelnen auch zu wenig progressiv voranschreite. Im vergangenen März und im Juni sind nach jahrelangen Beratungen zwei Teilrevisionen, die vorläufige des Schweizerischen Strafgesetzbuches und jene des Obligationenrechts – das Arbeitsvertragsrecht –, in den beiden Kammern unter Dach gekommen. Für die zweite dieser Gesetzesnovellen läuft demnächst die Referendumsfrist ab. Mit der Inkraftsetzung möchten wir dann nicht lange zuwarten. Ohne an die vom Ständerat vorteilhaft beeinflußte Revision des bäuerlichen Zivilrechts zu erinnern, sind dieses Jahr die Beratungen zweier weiterer, auf längere Dauer angelegte Gesetzgebungsprojekte vorläufig von den parlamentarischen Kommissionen aufgenommen worden: des Adoptionsrechts als erster Etappe einer Revision des Familienrechts und ferner des Verwaltungsstrafrechts als einer beachtenswerten Neukodifikation. Mit Professor JEAN GAUTHIER wird Ihnen morgen unser bewährter Experte Dr. ROBERT PFUND Ergänzungen zu den über dieses Thema erstatteten Berichten liefern.

Auf der Ebene der Gesetzgebung und in anderen Bereichen stellen sich heute mannigfaltige Aufgaben, deren Lösung der Aufmerksamkeit des

gewissenhaft wägenden Juristen bedarf. Die aktuellen Währungs- und Stabilisierungsprobleme will ich hier nur deswegen nennen, weil sie teilweise mit der überhitzten Konjunktur zu tun haben und weil diese Konjunktur auch auf andere Gebiete übergreift und von manchen, was dort geschieht, unter den Symptomen einer Art hausgemachter Inflation registriert wird. Sie läßt sich an einigen Zahlen veranschaulichen. Man hat gelesen, daß kürzlich mit den 160000 Unterschriften einer Mitbestimmungsinitiative das hundertste Volksbegehren auf Änderung der Bundesverfassung seit 1891 eingereicht worden sei. Sieben dieser Volksbegehren wurden bisher angenommen, darunter solche wie 1893 das Schächtverbot, 1908 das Absinthverbot, 1920 das Verbot der Einrichtung von Spielbanken. Von den hundert Fällen, in denen von dem seit achtzig Jahren bestehenden Recht der Volksinitiative Gebrauch gemacht worden ist, entfallen zweiundvierzig auf die letzten zwanzig Jahre, neunzehn auf die letzten zehn Jahre. In diesem Lichte erhält zweifellos die gründliche, umsichtige Art, wie die Arbeitsgruppe WAHLEN die ihr übertragene Aufgabe der Vorbereitung einer allfälligen Gesamtrevision der Bundesverfassung erfüllt, besonderes Gewicht. Die große Zahl hängiger und eingehender Volksinitiativen legt die Frage nahe, ob man daraus einfach die unsere Zeit kennzeichnende Beschleunigung oder als tieferen Grund ein wirkliches Ungenügen unseres Verfassungsinstrumentariums oder beides zusammen abzulesen habe. Soweit letzteres zu bejahen ist, trifft auch der Bundesrat seine Vorkehren. Zur Zeit befinden sich sieben Verfassungsvorlagen der Regierung im Stadium der internen Vorbereitung, des Vernehmlassungsverfahrens oder schon der Behandlung durch eine parlamentarische Kommission. Hinzu kommen zwölf noch hängige parlamentarische Initiativen, seitdem man sich auf die Aktualisierung der betreffenden Verfassungsbestimmung besonnen hat. Wenn wir dieser Häufung Herr werden wollen, sollten wir wohl zunächst einen Appell an die jungen Juristen richten, in großer Zahl in die Bundesdienste einzutreten. Jedenfalls bedeuten diese manifest werdenden Bedürfnisse der Zeit für alle an der Gestaltung des Rechts und besonders an der Gesetzgebung Beteiligten eine Herausforderung, der es Rechnung zu tragen gilt.

Wachsende Zahlen weisen die Statistiken auch auf anderen Gebieten aus, Zahlen, die nicht bloß auf dem Papier stehen, sondern alle für Bund und Kantone eine Aufgabe bedeuten. Der Anteil der Ausländer in der Schweiz erreichte Ende 1970 mit 983000 annähernd 16 Prozent unserer Wohnbevölkerung. Wir beklagen im letzten Jahr auf schweizerischen Straßen rund 75000 Verkehrsunfälle, 49 Prozent mehr als zehn Jahre

früher, mit 1694 Opfern an Menschenleben, einer Zunahme um 30 Prozent in zehn Jahren. Im gleichen Dezennium ist allerdings auch der Bestand an Motorfahrzeugen um 93 Prozent auf über 1,6 Millionen angewachsen. Oder eine andere eindrückliche Statistik: Die Zahl der von den Kantonen bewilligten Grundstückskäufe durch Ausländer hat sich, einschließlich bewilligten Wohnungseigentums, seit 1964 mehr als verdreifacht und ist besonders seit 1967 ganz augenfällig angestiegen. Es ist nicht unser Tun an einem schweizerischen Juristentag und schon gar nicht in dieser festlichen Abendstunde, solche Zahlen eingehend zu analysieren und eilige Schlüsse daraus zu ziehen. Die Behörden aber dürfen darüber nicht hinweggehen und müssen zu Folgerungen gelangen, weil auch diese Aufgaben in den Bereich unseres Bundeszweckes, der Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt, gehören. Nicht überall ist es der Bund oder er allein, der zum Rechten sehen muß. Die Kantone finden auch fürderhin ein weites Feld, auf dem sie zur Verfolgung der gemeinsamen Ziele beitragen können. Auf ihre Bereitschaft dazu müssen wir zählen.

3. In der öffentlichen Diskussion werden außer den signalisierten Erscheinungen, denen wir alle Aufmerksamkeit schenken, Fragen allgemeiner Natur mit Interesse und oft nicht ohne Leidenschaft besprochen. Das ausschließliche Trachten nach Fortschritt und zunehmendem Wohlstand hat da und dort zu Störungen der Natur und der naturgegebenen Ordnung geführt. Nicht umsonst mehren sich heute Interventionen und Gesetze, die vermehrten Schutz und größere Sicherheit zum Ziele haben: Naturschutz, Gewässerschutz, Umweltschutz, Alterssicherung. Wenn wir auf allen diesen Gebieten verstärkten staatlichen Vorkehren rufen, so ist nicht zu überhören, daß in einer Zeit der Unruhe und gelegentlicher Turbulenz oft auch ethische und politische Grundlagen unserer Existenz in Frage gestellt werden, und ist nicht zu vergessen, daß auch die Rechtsordnung sichernder Maßnahmen bedarf und daß auch der Staat selber, soll er in Freiheit erhalten bleiben, des Schutzes nicht entbehren kann. Wenn seine gesetzlich dazu berufenen Organe auch hier ihre Pflicht tun, ist leicht der Vorwurf der Bevormundung zur Hand. Ein seltsamer Widerspruch wird dabei augenscheinlich. Nicht nur Luft und Gewässer, Natur und Ruhe und die physische Gesundheit bilden unser erhaltenswertes Gut. Dazu gehört auch die einer sittlichen Grundhaltung verpflichtete positive Rechtsordnung, und wer im Rahmen des gesetzlichen Auftrages und in Abwägung des persönlichen Freiheitsinteresses dabei seine pflichtgemäße Funktion ausübt, verdient nicht Tadel, sondern Unterstützung und Dank.

4. An dieser Tagung liegt es mir besonders daran, dem Schweizerischen Juristenverein und seinen leitenden Persönlichkeiten den Dank für ihr besonnenes und fruchtbare Wirken auszusprechen. Engelberg mit seiner imponierenden Bergwelt, seiner Geschichte und seinem zukunftsrohen Optimismus wird dazu beitragen, schwergewichtige Diskussionen und Voten und die Gedanken der Teilnehmer am Juristentag zu beflügeln. Mein Gruß gilt daher in besonderer Weise auch dem Tagungsorte.

Die Themen, die heute morgen behandelt wurden und morgen auf der Traktandenliste stehen, visieren Rechtsbereiche an, die auch das besondere Interesse der Bundesbehörden finden müssen. Um die Klärung dieser Bereiche machen sich die Referenten mit ihren wertvollen Berichten und ergänzenden Erläuterungen besonders verdient. Bei solchem Anlaß wird uns immer wieder bewußt, daß ein gutes Zusammenwirken zwischen dem Juristenverein und den Bundesinstanzen seine Früchte bringt. Manche sprechenden Beispiele dafür liegen vor. Ich schätze mich glücklich darüber und sage dem Schweizerischen Juristenverein auch für die Zukunft die besten Wünsche auf ein gedeihliches Wirken mit dem Ziele, unentwegt dem Recht und dem Lande zu dienen.

Sitzung vom Sonntag, den 12. September 1971
in der Aula des Schulhauses Engelberg

Präsident
Prof. Dr. KURT EICHENBERGER, Arlesheim/Basel

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 9.00 Uhr. Zur Behandlung gelangen die verbleibenden Verwaltungsgeschäfte gemäß der Traktandenliste.

IX.

Prof. Dr. HANS HEROLD, Zürich, verliest als Präsident der Rechtsquellenkommission den folgenden Bericht:

Die Berichtsperiode seit dem letzten Juristentag kann als eine Zeit der Reife bezeichnet werden. Eine ganze Reihe von Bänden ist in Druck gegeben worden oder steht unmittelbar vor der Drucklegung.

Aus dem Kanton *Bern* sind noch die beiden letzten RENNEFAHRT-Bände XI Wehrwesen und XII Bildungswesen von Dr. phil. J. J. SIEGRIST korrigiert, mit Register und Glossar versehen worden. Sie dürften noch dieses oder zu Beginn des nächsten Jahres erscheinen. Zur selben Zeit kann auch die Neuausgabe des Stadtrechts von Bern erwartet werden, die Prof. RENNEFAHRT noch an die Hand genommen hat und die von Dr. phil. H. SPECKER und Dr. phil. J. BRÜLISAUER beendet wird. Die Mitarbeiterhonorare für die Stadtrechte werden von der Friedrich-Emil-Welti-Stiftung aufgebracht, die auch die Druckkosten bestreitet. An die Bände XI und XII gewährt der Nationalfonds einen Verbilligungsbeitrag und zahlt den Lohn des Bearbeiters; Stadt, Kanton und Bürgergemeinde Bern zahlen die herkömmlichen Subventionen.

Die von Dr. phil. E. GRUBER gesammelten *Zuger Rechtsquellen* werden in 2 Bänden erscheinen. Dank einer sehr bedeutenden Spende des Regierungsrats des Kantons Zug wird die Rechtsquellenkommission von Finanzierungssorgen frei sein.

Die Weiterbearbeitung der Rechtsquellen *Schaffhausen*, die Dr. phil. K. MOMMSEN betreut, verzögerte sich etwas durch neues Material, das nach Auffassung des Bearbeiters und des Kommissionspräsidenten nicht beiseite gelassen werden soll.

Auf Jahresanfang 1971 haben die Mitteilungen zur vaterländischen Geschichte «Landes- und Polizeiordnungen» der *Fürstabtei St. Gallen* verbreitet.

Zusammen mit Landsatzungen und Landmandaten sowie einer Darstellung der allgemeinen Rechtsquellen der Landschaft sollen sie, gedruckt bei Cavelti in Gossau, einen ersten Band Rechtsquellen der Abtei St. Gallen abgeben, um dessen Finanzierung sich die Rechtsquellenkommission bemüht.

In *Graubünden* lässt Dr. A. SCHORTA ladinische Dorfordnungen übersetzen. Zur Bearbeitung von surselvischen konnte Dr. phil. TOMASCHETTI in Luzern gewonnen werden. Er erhält am Gymnasium einen Urlaub. Aus dem Kredit des Nationalfonds wird sein Stellvertreter besoldet.

Da Dr. J. J. SIEGRIST auf Wunsch der Rechtsquellenkommission an den Berner Stadtrechtsquellen XI und XII arbeitete, konnte er die *Aargauischen Rechtsquellen* etwas weniger intensiv bearbeiten. Immerhin hat er 600 Seiten Manuskript für die Freämter Rechtsquellen bereitgestellt und die umfangreiche Sammlung der Rechtsquellen von Wohlen abgeschlossen.

Über den *Tessin* kann nichts Neues berichtet werden, weil Prof. Dr. CARONI durch seine Stellvertretung in Bern und die Vorbereitung zur Übernahme der Professur für Rechtsgeschichte allzustark beansprucht war.

Dagegen kann aus der *Waadt* die Drucklegung des ersten Bandes der Enquête gemeldet werden. Prof. POUDRET hat dazu eine allgemeine Einführung verfaßt. Korrekturen und Inhaltsverzeichnis wurden von Mme. J. GALLONE-BRACK besorgt, die schon das Manuskript erstellte. Sie wurde dabei zweitweise von Mlle. DANIELLE ANEX unterstützt. Gedruckt wird der Band bei Pont frères in Lausanne.

Für *Neuenburg* hat PD DOMINIQUE FAVARGER die im ersten Bande abzudruckenden Rechtsquellen bereitgestellt. Es handelt sich vor allem um Decretalien aus dem 16. Jahrhundert. Er wird infolge seiner Wahl zum Assistentenprofessor an seiner Universität künftig nicht mehr vollamtlich

für die Rechtsquellen tätig sein können, hat sich aber so eingerichtet, daß er noch einen Teil seiner Zeit der Fortsetzung seines Auftrages widmen kann. Er wurde in paläographischen Belangen von Archivar DE TRIBOLET in Genf unterstützt.

Dr. phil. K. MOMMSEN setzt die Sammlung der im *Landesarchiv Karlsruhe liegenden Urkunden* fort, wobei ihm Dr. phil. J. BRÜLISAUER aus Fribourg zur Seite steht, der aus dem Rechtsquellenkredit des Nationalfonds besoldet wird. Solange er seine Arbeitskraft noch teilweise der Neuauflage der ersten Bände der Berner Stadtrechte widmet, übernimmt die Friedrich-Emil-Welti-Stiftung einen entsprechenden Lohnanteil.

Ab 1. Juli 1971 konnten den Mitarbeitern Reallohnerhöhungen ausbezahlt werden.

Der Präsident des Juristenvereins teilt mit, daß Prof. Dr. P. LIVER im Verlaufe des Vereinsjahres den Rücktritt aus der Rechtsquellenkommission erklärt hat. Er dankt dem scheidenden Mitglied im Namen des Vereins für die langjährige Tätigkeit in dieser Kommission. Eine Ersatzwahl ist nicht zu treffen, da der Nachfolger von Herrn Prof. LIVER auf dem Berner Lehrstuhl, Prof. CARONI, bereits der Kommission angehört.

X.

Prof. Dr. V. SCHWANDER, Präsident der Forschungskommission, verzichtet auf eine spezielle Berichterstattung, da über die Tätigkeit dieser Kommission im Zusammenhang mit andern Geschäften bereits Bericht erstattet worden ist.

XI.

Im Namen der Bündner Juristen und des Bündner Anwaltsverbandes lädt Rechtsanwalt Dr. HANS RUDOLF BENER, Chur, den Juristenverein ein, die 106. Jahresversammlung vom 8.–10. September 1972 in Davos durchzuführen. Diesem Vorschlag stimmt die Versammlung mit Applaus zu.

XII.

Der Präsident teilt mit, daß die Julius Bär-Stiftung im Zusammenhang mit der Schweizerischen Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft den Betrag von Fr. 40000.– für die Bearbeitung eines Themas aus dem Bereiche der

Geisteswissenschaften ausgesetzt hat. Das Thema lautet: «Die Gefährdung des individuellen geistigen Lebens in der heutigen Welt». Die Arbeiten sind bis zum 30. Juni 1972 der Schweizerischen Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft in Bern einzureichen.

XIII.

Die Diskussion über das Thema «Verwaltungsrecht und Strafrecht» wird in der Form eines Gesprächs am runden Tisch durchgeführt. Daran nehmen auf Einladung des Vorstandes teil die Herren: Prof. Dr. PIERRE CAVIN, Bundesrichter, Lausanne, Gesprächsleiter; Ständerat Dr. JOST DILLIER, Sarnen; Prof. Dr. HANS DUBS, Bundesrichter, Lausanne; Prof. Dr. JEAN GAUTHIER, Lausanne, Berichterstatter; Prof. Dr. ANDRÉ GRISEL, Bundesrichter, Lausanne; Fürsprecher Dr. W. R. PFUND, Bern, Berichterstatter; PD Dr. PETER SALADIN, Wabern bei Bern/Basel; Prof. Dr. HANS SCHULTZ, Thun/Bern.

M. CAVIN:

Je donnerai d'abord la parole pour une brève introduction à chacun des rapporteurs, puis, comme le sujet est assez complexe, soucieux d'ordonner si possible la discussion, je me propose, d'accord avec les participants à cette table ronde, de sérier les questions.

Nous aborderons, si vous le voulez bien, tout d'abord la notion de droit pénal administratif et les relations entre le droit pénal administratif et le droit pénal d'une part, le droit administratif d'autre part.

Après quoi nous passerons à des questions plus spéciales, notamment à la question qui a été soulevée par l'auteur d'une des interventions qui ont été annoncées, celle de l'infraction commise dans la gestion d'une entreprise, puis à la question des rapports entre les diverses sanctions qui sont à la disposition du législateur. Nous examinerons également certaines questions de procédure qui sont en liaison directe avec le droit pénal administratif, ce programme n'étant pas exhaustif.

Je donne tout d'abord la parole au rapporteur, M. le Dr PFUND, pour un exposé introductif.

Herr PFUND:

Es hat meines Erachtens keinen grossen Zweck, Ihnen eine Zusammenfassung meines Berichtes vorzutragen. Ich möchte mich aber dafür ent-

schuldigen, daß ich nicht versucht habe, eine *Definition* des Verwaltungsstrafrechtes zu geben. Sie haben sicher bemerkt, daß meine Begriffssumschreibung des Verwaltungsstrafrechts eigentlich nur der Abgrenzung und der Begrenzung des Themas dient. Ich habe mich vor einer Definition gehütet; denn erstens wissen Sie alle: *omnis definitio est periculosa*, und zweitens fand ich, sie helfe uns nicht weiter. Wir suchen heute nicht das Wesen eines bestimmten Begriffs zu erfassen, sondern wir sprechen über ganz bestimmte Situationen im Rahmen unseres Rechts. Außerordentlich gefreut hat es mich, daß Herr Prof. GAUTHIER seinen Bericht nun doch noch erstattet hat. Ich hoffte immer, das Thema werde auch aus *romanscher Rechtssicht* behandelt werden. Wenn Sie den Bericht von Herrn Prof. GAUTHIER mit meinem vergleichen, so sehen Sie ganz deutlich, daß wir aus verschiedenen juristischen Welten herkommen. Das ist ja das, was uns in der Schweiz manchmal die Lösung der gesetzgeberischen Probleme und eine einheitliche Rechtspraxis außerordentlich erschwert. Ich erinnere mich an die lebhaften Diskussionen über das Opportunitätsprinzip an einem Juristentag – damals war meines Erinnerns Prof. HAFTER einer der Referenten –; dort zeigte sich ganz deutlich, wie die romanische und die deutschschweizerische Betrachtungsweise gelegentlich doch ziemlich weit auseinander gehen können.

Wenn wir uns vorgenommen haben, das wechselseitige Verhältnis und die Verbindungen von Verwaltungsrecht und Strafrecht zu ergründen, so bewegen wir uns auf einem sehr *heiklen Grenzgelände*. Ich habe das in meinem Bericht dargelegt. Die Begehung dieses Geländes dürfte uns umso schwerer fallen, als wir hier wegen unserer Ausbildung zu wenig in der Kartenlesekunst geübt sind. WOLFGANG FRIEDMANN, Recht und sozialer Wandel (S. 445), den ich im Bericht mehrmals zitierte, hat erklärt, der Jurist dürfe sich heute «nicht damit begüten ..., das juristische Handwerkszeug zu beherrschen ...; sein Verantwortungsgefühl für die Gesellschaft, in der er lebt, muß ihn dazu anspornen, ebenso Rechtstheoretiker zu sein wie praktischer Jurist». Und hier ist anzuknüpfen, mit dem was KONRAD ZWEIGERT in einem Vortrag vor dem Hamburgischen Richterverein unter dem Titel «Vom Rechtsheiligen zum Sozialingenieur, Kritische Anmerkungen zum Ausbildungsweg des Richters», eindrücklich darlegte. Er sagte, eines werde nicht mit der nötigen Schärfe gesehen, nämlich: daß der Jurist als Folge seiner Ausbildung an der Universität und in der Praxis zuwenig von der Lebenswirklichkeit von der Gesellschaft wisse. Soziologie, Anthropologie, Volkswirtschaftslehre, Psychologie seien Wissenschaften, die zwar die Rechtswissenschaft nicht ersetzen; aber ohne

deren Kenntnis falle die Rechtswissenschaft in einen vorwissenschaftlichen Zustand zurück.

Das sind recht harte Worte gewesen, aber sie sind weitgehend berechtigt. Ich erinnere in diesem Zusammenhang an das in der Literatur immer wieder aufgegriffene und dogmatisch erörterte Problem der *Deliktsfähigkeit der juristischen Person*. Ich hoffe, in meinem schriftlichen Referat einigermaßen klar gemacht zu haben, daß uns hier die Dogmatik nicht mehr weiterbringt, sondern daß sie zu einem Treten an Ort oder zu einem Rundlauf auf einem Turnplatz führt. Einmal kommt es nicht nur auf die juristische Person an, sondern zu behandeln sind die Widerhandlungen, die im großen Geschäftsbetrieb verübt werden, welches auch immer seine rechtliche Gestalt sei. Sodann geht es uns ja zweifellos nicht darum, bloß zu strafen und zu mißbilligen, sondern wir wollen dafür sorgen, daß die Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben möglichst unterbleiben. Wenn wir uns die Frage vorlegen, wie dieses Ziel zu erreichen sei, dann führt uns das unweigerlich in die Fragen der Psychologie, der Soziologie und der Betriebswirtschaftslehre. Meine Vorschläge de lege ferenda werden denn auch nicht dogmatisch begründet, sondern ganz einfach aus der Sicht des Praktikers, der dafür sorgen möchte, daß die Kriminalität in Geschäftsbetrieben wirksam bekämpft und zum Verschwinden gebracht werden könne. Diesen Weg, freilich in einem umfassenden Rahmen, beschreitet denn auch RICHARD LANGE mit seinem Buch «Das Rätsel Kriminalität». Ich wiederhole: Es geht beim Problem der Widerhandlungen im Geschäftsbetrieb nicht darum, wie diese Widerhandlungen möglichst einfach und praktisch zu ahnden sind, damit der Fall von der Verwaltung oder von den Gerichten ad acta gelegt werden kann, sondern es geht darum, dafür zu sorgen, daß solche Widerhandlungen nicht unter dem Deckmantel der Anonymität, der Gruppentäterschaft, oder wie man das auch bezeichnen will, immer wieder neu begangen werden.

Ein anderes Problem, das mir als überaus dringend lösungsbedürftig erscheint, ist das, was ich als «*Vielstraferei*» bezeichnet habe. Hier sind die Lösungen erst noch zu erarbeiten und bedarf es wahrscheinlich noch einer sehr langen und intensiven Erziehungsarbeit innerhalb der Verwaltung und in der Wissenschaft. Wir müssen umdenken. Die Frage wird nicht mehr einfach lauten, wo müssen wir Strafe androhen und welche Strafandrohung ist angemessen. Wir werden uns weiter fragen müssen, ob nicht mit dem allgemeinen Ungehorsamstatbestand, etwa nach dem Vorbild von Art. 292 des Strafgesetzbuches, auszukommen ist, ob wir in jedem einzelnen Fall einen besonderen Straftatbestand benötigen, und ob

wir auch die fahrlässige Widerhandlung, die ja ohnehin meist nicht verfolgt wird, ob wir auch die im Gesetz unter Strafe stellen müssen.

Ich meine, daß diese beiden Problemkreise, denen ich in meinem schriftlichen Referat den weitaus größten Raum gewidmet habe und auf welche die ganze Einleitung hin tendiert, daß wir heute diesen beiden Themen die größte Beachtung schenken müßten und daß sie es verdienen würden, hier hauptsächlich diskutiert zu werden.

M. GAUTHIER :

Je voudrais aborder deux points :

- 1) peut-on discerner une notion du droit pénal administratif ?
- 2) quels sont les rapports entre ce droit pénal administratif et le droit pénal général, ou droit pénal ordinaire, ou encore droit pénal commun ?

D'abord la notion du droit pénal administratif.

Il n'est pas facile de dire en quoi le droit pénal administratif se distingue du droit pénal ordinaire. Le rapporteur de langue allemande a fait allusion tout à l'heure à la difficulté d'une définition. Dira-t-on que le droit pénal administratif concerne les infractions aux lois administratives ? Une pareille affirmation reste très générale. Et ne pourrait-on pas nous objecter que le droit pénal ordinaire comprend de nombreuses infractions dont la définition fait allusion précisément à la violation d'une prescription de la loi administrative ? Les intérêts protégés par le droit pénal ne sont pas toujours des intérêts privés, qui seraient protégés d'autre part par des lois civiles. Ils sont souvent aussi visés par une loi administrative. Le rapporteur de langue allemande a cité dans son rapport, p. 120 et suivantes, plusieurs dispositions de la partie générale, ainsi que des infractions définies dans la partie spéciale du code pénal, qui sont en rapport très étroit avec l'activité administrative. Pourtant, on ne range pas ces infractions-là dans ce qu'on appelle le droit pénal administratif.

Ce droit pénal administratif est fondé essentiellement sur des lois spéciales ; on le trouve dans les dispositions pénales que contiennent de nombreuses lois administratives et des ordonnances rendues en vertu de lois administratives. C'est donc, comme le rapporteur de langue allemande l'a relevé aussi, une partie de la législation pénale accessoire ou complémentaire.

Nous savons que la doctrine de langue allemande fait une place au droit pénal administratif, qu'il s'agisse des auteurs qui traitent du droit public et administratif ou qu'il s'agisse des auteurs qui traitent du droit pénal.

Les premiers en parlent un peu plus longuement que les seconds d'ailleurs. M. le sous-directeur PFUND l'a très bien montré dans son rapport. Peut-on faire une recherche analogue dans les ouvrages de langue française ? C'est difficile. Les auteurs de Suisse romande n'ont guère abordé la question qu'à propos de l'art. 335 du Code pénal. Essentiellement préoccupés peut-être par des considérations d'ordre fédéraliste, ils ont cherché à donner corps, et un corps aussi étendu que possible, à la notion du droit pénal administratif cantonal, lorsqu'ils se sont penchés sur le droit pénal réservé aux cantons. Ces questions ont été étudiées par la Société suisse des juristes dans son assemblée de l'année 1940. A part cette occasion, je ne crois pas que, dans notre pays, les auteurs de langue française aient consacré beaucoup de travaux au problème qui nous occupe aujourd'hui.

Trouverons-nous quelque secours dans les traités de droit pénal ou les ouvrages de droit administratif français ? Il y a certainement des allusions à ce que nous appelons le droit pénal administratif dans les exposés du droit pénal général. En outre, des points particuliers que nous rangerions dans le droit pénal administratif ou même dans les mesures administratives sont signalés parfois à propos d'infractions définies par le droit pénal spécial. Seul jusqu'ici, à ma connaissance, M. JACQUES MOURGEON a tenté, dans une thèse de Toulouse publiée à Paris en 1967, intitulée «La répression administrative», de présenter une théorie générale des infractions que l'on considère en France comme relevant du droit administratif. M. MOURGEON envisage la répression administrative comme l'ensemble des sanctions qui sont infligées par les autorités administratives, notamment les juridictions disciplinaires. Il y fait donc entrer toutes les matières que nous rangeons dans le droit disciplinaire, qui concerne les fonctionnaires, les membres de certaines professions, les personnes qui font partie d'un corps déterminé. C'est une matière qui chez nous est en dehors du droit pénal administratif. M. PFUND l'a montré.

Les situations sont trop différentes en droit français et en droit suisse pour que l'on puisse donner un aperçu général de la doctrine française du droit pénal administratif qui permette des comparaisons utiles. Ces comparaisons seraient peut-être fructueuses si elles étaient limitées à un domaine particulier, à des lois spéciales suisses et françaises. Je songe par exemple au droit pénal douanier*. Il ne semble pas que, jusqu'ici, les auteurs de thèses aient été tentés par des comparaisons de cet ordre. Les

* Voir à ce sujet pour la France, *Études de droit pénal douanier*, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence, Paris 1968.

études de droit comparé portent le plus souvent sur des questions de droit privé, rarement sur le droit public. Un ouvrage de droit public signalera peut-être, dans une introduction générale, les solutions d'autres pays, mais il est rare que l'on dispose de travaux qui reposent sur une étude assez précise de chacune des législations en présence pour que la comparaison offre une base de travail sûre.

Il ne restait dès lors qu'à se contenter des indications données par les auteurs de langue allemande. Pour le pénaliste suisse, le droit pénal administratif est une partie de la législation pénale accessoire ou complémentaire, qui traite des infractions aux prescriptions des lois administratives. Cette définition est trop imprécise pour être utilisable dans une loi. Témoin l'article premier du projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif, qui définit le champ d'application de la loi en ces termes: «La présente loi s'applique lorsqu'une autorité administrative fédérale est chargée de poursuivre et de juger des infractions». C'est donc un critère formel qui est proposé. Faut-il y voir un aveu de la difficulté extrême à laquelle se heurte toute tentative de définir du point de vue matériel, quant au fond, le droit pénal administratif? Le rapporteur de langue allemande a déjà fait allusion tout à l'heure à la difficulté d'une définition; il l'a montrée aussi dans son rapport que j'ai lu, bien sûr, avec intérêt et admiration.

Sans insister davantages sur ce premier point, je dirai maintenant quelques mots des rapports entre le droit pénal administratif et le droit pénal général. Le résumé mis à votre disposition vous permet de constater que dans mon rapport, je me suis borné à relever un certain nombre de points particuliers. L'un ou l'autre sera peut-être soulevé dans la discussion. Ce ne sont pas ces points-là que je voudrais reprendre maintenant. Une autre question m'a préoccupé et me préoccupe encore. Si l'on essaie, et cette tentative est louable, de mettre de l'ordre dans cette partie de la législation pénale complémentaire que l'on appelle le droit pénal administratif, quelle méthode choisir? Faut-il – c'est le choix qu'ont fait les auteurs du projet de loi – intercaler entre la loi spéciale et le code pénal, à la partie générale duquel certaines lois spéciales se réfèrent néanmoins (il existe une référence, une charnière, à l'art. 333 du Code pénal, comme vous le savez), une autre loi, générale en ce sens qu'elle s'appliquerait à tout le droit pénal administratif, mais spéciale en ce sens qu'elle ne viserait pas toute la législation complémentaire? Ou bien n'aurait-il pas mieux valu compléter l'article 333 du Code pénal, en faisant de lui la seule charnière entre la partie générale du Code pénal et les lois spéciales de la

Confédération qui contiennent des dispositions pénales ? Et pour unifier dans une certaine mesure les dispositions pénales des lois administratives, n'aurait-on pas pu envisager une sorte de loi-type, ou loi-modèle, dont les dispositions seraient reprises dans chaque loi spéciale ? Les auteurs du projet ont d'ailleurs songé à un pareil modèle. Ils pensent en effet que leur projet pourra exercer une influence même en dehors de son champ d'application propre. C'est dire que le texte proposé serait repris dans d'autres domaines qui n'entreraient pas dans la définition du droit pénal administratif telle qu'elle est donnée. Cette imitation est d'ailleurs déjà faite dans plusieurs textes législatifs. Vous en connaissez certainement des exemples. J'en ai donné quelques-uns dans mon rapport.

Autant de questions que je me pose, sans prétendre les résoudre. Je pense qu'il n'était pas inutile d'y faire allusion en posant surtout des points d'interrogation, puisque nous devons essayer de susciter une discussion.

Herr SCHULTZ:

Es ist für mich außerordentlich schwer, mich zu den beiden Berichten zu äußern, und vor allem noch zu versuchen, kritisch Stellung zu nehmen, weil ich in den Grundzügen mit den Ansichten, die von den beiden Berichterstattern vertreten wurden, einverstanden bin. Das ist für den Bericht von Herrn PFUND vor allem keineswegs überraschend ; Herr PFUND und ich stimmen in den grundsätzlichen systematischen Auffassungen überein. Wir denken dabei dankbar und in Verehrung unseres gemeinsamen Lehrers WALTHER BURCKHARDT, dessen Auffassungen in dem Aufsatz von Herrn PFUND sehr deutlich zu erkennen sind. Es ist natürlich auch nicht leicht, etwas Kritisches zu diesen ausgezeichneten Berichten zu sagen, denken Sie nur daran, daß der Rechtsstoff, der in dem Bericht von Herrn PFUND verarbeitet ist, in ungefähr 300–350 Erlassen zerstreut ist und daß schon diesen Stoff zu sammeln, geschweige denn systematisch zu beherrschen und zu durchdringen, eine außerordentliche Leistung darstellt. Ich stimme auch mit Herrn PFUND sogar dort überein, wo er an der Strafrechtslehre eine unüberhörbare und berechtigte Kritik äußert. Er macht – und auch Herr GAUTHIER hat diesen Ton angeschlagen – der Strafrechtslehre den nicht völlig unbegründeten Vorwurf, daß sie das Verwaltungsstrafrecht etwas hilflos allein schwimmen ließ. Nun, der Schwimmer hat sich als außerordentlich tüchtiger self-made man in Lebensrettung erwiesen, er hat sich *motu proprio* auf eigene Beine gestellt mit dem Entwurf, der jetzt vor den eidgenössischen Räten liegt. Und Herr PFUND und

Herr GAUTHIER haben den Ball in außerordentlich geschickter Weise vom Verwaltungsstrafrecht wieder in die Füße des Strafrechters zurückgespielt. Wir müssen jetzt aufpassen, daß wir nicht über den Ball stolpern. Ich möchte sagen, daß die Bewegung nun einfach gegenseitig ist seit dem Entwurf, der ja übrigens auf einen Vorentwurf von Herrn PFUND vom März 1959 zurückgeht. Darin sind für verschiedene Rechtsfragen – Teilnahme, Verantwortlichkeit bei großen Unternehmungen, andere Probleme – neue Lösungen entwickelt worden. Es scheint mir, die Aufgabe des Strafrechters ist nun, diese Anregungen entgegenzunehmen und zu prüfen, ob die eine oder andere Lösung für das allgemeine Strafrecht von Bedeutung ist. Dazu gehört auch etwa die Frage, die in der Beratung der 2. Teilrevision erörtert wurde, ob die Einziehungsvorschrift, das Verfallenerklären unrechtmäßig erzielter Vorteile, als eine allgemeine Regel in das Sanktionenrecht des Strafgesetzbuches aufgenommen werden sollte. Dann wird ferner die Problematik der Teilnahme unter dem Einfluß dieses neuen Gesetzesentwurfes zu prüfen sein; ich darf daran erinnern, daß es auch hier Vorarbeiten gibt: Herr GERMANN hat für die 2. Teilrevision ausformulierte Vorschläge zu den Artikeln 26 und 26^{bis} vorgelegt; außerdem liegen Vorschläge der Herren GERMANN, WAIBLINGER und Staatsanwalt LERCH über die Irrtumsregeln vor. Diese Bewegung, nehme ich an, wird nun einfach weiter gehen. Was das Endergebnis sein wird, auf das ja Herr GAUTHIER in seinen Äußerungen angespielt hat, ist kaum vorauszusehen. Man wird wahrscheinlich pragmatisch vorgehen, und wenn man sich auf einem Gebiet einen Schritt vorwärts bewegt, so werden andere Gebiete nachrücken. Und das führt mich nun zur letzten einleitenden Bemerkung. Die beiden Referenten haben das Problem der begrifflichen Erfassung des Verwaltungsstrafrechts untersucht und eigentlich beide, wie ich meine mit Recht, von weiteren Bemühungen abgesehen. Ich glaube, es ist eine rein pragmatische Sache: je nach der Aufgabe, die einem systematisch oder gesetzgebungspolitisch gestellt ist, wird man den Begriff des Verwaltungsstrafrechts so oder so fassen. Und wenn man nicht rein tautologische Umschreibungen – wie: Verwaltungsstrafrecht ist das Strafrecht der Verwaltungsvorschriften – vorbringen will, womit nicht gerade übermäßig viel gesagt wird, dann läßt man es lieber bleiben.

Es gibt einen Versuch vom Kollegen PETER NOLL, den er vor etwa 10 Jahren publiziert hat, der auf das Problem gewiesen hat, das im Hintergrund dieser begrifflichen Auseinandersetzung steht. Das ist die Frage, was in die Nebenstrafgesetzgebung gehöre und was wir in das Strafgesetz übernehmen können. Und er hat darauf hingewiesen, daß es offenbar von

dem mehr oder weniger engen Zusammenhang zwischen bestimmten Verhaltensnormen besonderer Art, wie sie im Verwaltungsrecht erlassen werden einerseits und der Strafnorm andererseits, abhängt, ob wir, wie im Strafgesetzbuch, deutlich formulierte selbständige Rechtsgüter wie Leib und Leben, oder auch verwaltungsrechtlich beeinflußte Rechtsgüter, wie etwa durch die Amtsdelikte, schützen, oder ob sich solche Rechtsgüter nicht ermitteln lassen. Die Beantwortung dieser Frage ist ein Prozeß, den man unaufhörlich verfolgen und immer neu überprüfen muß. Es wäre sehr wünschenswert, wenn die Entwicklung in der Richtung gehen würde, daß möglichst viele Strafbestimmungen in das allgemeine Strafgesetzbuch übernommen würden, weil ganz bestimmt für die Bedeutung und das Gewicht einer Norm von ausschlaggebendem Einfluß ist, ob sie im Strafgesetz oder, wie man dann zu sagen pflegt, «nur» im Nebenstrafrecht steht. Die Entwicklung ist etwas sprunghaft. 1958 haben die eidgenössischen Räte einen wesentlichen Einbruch in das Strafgesetzbuch vorgenommen, indem durch Art. 90 Ziff. 1 des SVG heute häufig anzuwendende Bestimmungen des Verkehrsstrafrechtes aus dem StGB in das Nebenstrafrecht versetzt wurden, mit einem Erfolg, über den man sich streiten kann.

Herr DUBS:

In dieser Einleitungsphase unseres Gespräches möchte ich zunächst versuchen, das Verhältnis des Verwaltungsstrafrechts zum allgemeinen Strafrecht etwas näher zu umschreiben. Wenn wir von Verwaltungsstrafrecht sprechen, dann denken wir dabei offenbar an Sanktionen, die wegen eines Verstoßes gegen eine verwaltungsrechtliche Vorschrift ausgesprochen werden und nach dem Modell der Strafe aufgebaut sind. Wohl können diese Sanktionen der direkten Durchsetzung des Verwaltungsrechts dienen, sie können Beugestrafen sein; aber das ist kein Wesensmerkmal. Verwaltungsstrafen können auch rein repressiv zur Anwendung kommen. Sie sind in dieser Beziehung allen übrigen Strafen gleichzusetzen.

Da es sich um Sanktionen nach dem Modell «Strafe» handelt, ist es naheliegend, auf die Tatbestände des Verwaltungsstrafrechts prinzipiell die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches zur Anwendung zu bringen. Das ist geschehen im bereits mehrfach zitierten Art. 333 StGB für die gesamte sogenannte Nebenstrafengesetzgebung des Bundes und ist auch vorgesehen in Art. 2 des Entwurfes zu einem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht. Nun ist aber unbestritten, daß die Straftatbe-

stände des Verwaltungsstrafrechts zum Teil andern Regeln unterstehen müssen als die Delikte des allgemeinen Strafrechts. Die heute bestehenden oder vorgeschlagenen *spezifischen Abweichungen*, welche das Verwaltungsstrafrecht charakterisieren, betreffen einerseits *materielle Vorschriften* (Teilnahme, Konkurrenz, Bestrafung von Verfehlungen in Geschäftsbetrieben, Bestrafung der Fahrlässigkeit) und anderseits das *Strafverfahren* (Untersuchung und teilweise auch Beurteilung durch Verwaltungsbehörden, gerichtliche Beurteilung nur auf Begehren oder bei Ausfällung einer Freiheitsstrafe). Durch diese Abweichungen vom allgemeinen Strafrecht und vom ordentlichen Strafverfahren besteht die Gefahr einer verwirrenden Uneinheitlichkeit und Widersprüchlichkeit. Abweichungen vom allgemeinen Strafrecht sollte man nur dort vornehmen, wo sich dies aufdrängt und überzeugend begründen lässt. Auch die Abweichungen müssen typisiert werden. Es kann nicht jedes Verwaltungsgesetz irgendeine neue strafrechtliche «Variation» kreieren. Diese Gefahr bestand natürlich bisher, da ein Allgemeiner Teil des Verwaltungsstrafrechts fehlte und in jedem Gesetz die Strafbestimmungen selbständig formuliert wurden. Durch das «Abschreiben» aus bestehenden Gesetzen bei der Schaffung neuer Strafbestimmungen ergab sich – allerdings ohne Plan und Absicht – eine gewisse Kanalisierung, eine Einschränkung der möglichen Vielfalt denkbarer Regelungen.

Der Entwurf eines Verwaltungsstrafrechts bringt eine systematische Typisierung der Abweichungen. Er bezieht sich auf die Widerhandlungen, bei denen einer Stelle der Bundesverwaltung die Untersuchung und allenfalls die Beurteilung übertragen ist (Art. 1). Die ganze Ordnung knüpft also bei der Bestimmung ihres Anwendungsbereichs an eine bereits bestehende, vorgegebene Abweichung vom gewöhnlichen Strafverfahren an. Für diese nach der Untersuchungszuständigkeit abgegrenzten Verfehlungen werden bestimmte Regeln aufgestellt, die in Abweichung von den Vorschriften des StGB für das so umschriebene Verwaltungsstrafrecht generell gelten sollen. Es werden sodann aus diesem Bereich noch zwei spezielle Kategorien von Verfehlungen ausgeschieden, für welche zusätzlich weitere Abweichungen vorgesehen sind: *die Ordnungswidrigkeiten*, d.h. die als Ordnungswidrigkeit bezeichneten oder nur mit Ordnungsbuße bedrohten Verfehlungen, und dann die *Verfehlungen, die mit einer Buße von nicht mehr als Fr. 5000.– zu ahnden sind*.

Gegen die definitive Einführung des Begriffs «Ordnungswidrigkeit» in die schweizerische Gesetzgebung sind gewisse Bedenken angebracht. Der Begriff hat im deutschen Recht eine ganz besondere Bedeutung erhalten

und zwar eine viel umfassendere Bedeutung, als ihm in diesem Entwurf zu einem Verwaltungsstrafrecht zukommen soll. In Deutschland ist die Kategorie der Ordnungswidrigkeiten heute das Auffangbassin für alle kleinen Straftatbestände geworden, die man aus dem kriminellen Strafrecht ausscheiden will. Der Terminus ist also dort keineswegs beschränkt auf das, was wir hier Verwaltungsstrafrecht nennen. Um Kollisionen mit dem deutschen Sprachgebrauch zu vermeiden, könnten wir uns wohl mit Bezeichnungen wie «Ordnungsverletzung» oder «Ordnungsverfehlung» behelfen. – Für diese Kategorie leichtester Widerhandlungen sind folgende zusätzliche Abweichungen vorgesehen: Anstiftung und Gehilfenschaft sind nie strafbar, während sonst für das Verwaltungsstrafrecht die Strafbarkeit der beiden Teilnahmeformen vorgesehen ist (Art. 4). Ordnungsbußen werden nicht in Haft umgewandelt (Art. 9 Abs. 1) und bei der Frage der Umwandlung einer späteren Buße nicht berücksichtigt (Art. 9 Abs. 2 am Ende). Zwangsmaßnahmen wie Beschlagnahme, Durchsuchung, Festnahme oder Verhaftung sind bei Ordnungswidrigkeiten nicht zulässig (Art. 47 Abs. 2). Offenbar wird auch weiterhin wie bisher gelten, daß Ordnungsbußen nicht ins Strafregister eingetragen werden (BGE 72 I 255). – Für die Ordnungswidrigkeiten oder mit Ordnungsbuße bedrohten Übertretungen gilt also eine ausgeprägte Spezialregelung, ohne daß im vorliegenden Entwurf selbst die entscheidende Abgrenzung dieser Deliktskategorie bestimmt ist. Wenn man Ordnungswidrigkeiten als Sondergruppe ausscheidet, dann wäre es m.E. zweckmäßig, eine etwas umfassender ausgestaltete Sonderordnung zu schaffen, unter klarer Abtrennung von den Übertretungen. Sofern ich es richtig sehe, ist es doch jetzt im Entwurf so, daß die Ordnungswidrigkeiten eine Unterkategorie der Übertretungen bilden. Das scheint mir schon rein formal eine übersichtliche Regelung eher zu erschweren. Zu prüfen wäre schließlich auch, ob für diese Gruppe der leichtesten Bagateldelikte nicht das Verfahren speziell geordnet werden sollte; nach dem Entwurf käme das gleiche Verfahren zur Anwendung wie bei allen andern Widerhandlungen.

Die zweite Sonderkategorie wird in der Weise abgegrenzt, daß sie einfach alle Verwaltungsdelikte erfassen soll, die im *konkreten Fall* mit einer Buße von nicht mehr als Fr. 5000.– zu bestrafen sind. Für diese Fälle sind zwei Abweichungen von den allgemeinen Regeln vorgesehen: Die Festsetzung der Buße hat lediglich nach der Schwere der Widerhandlung ohne Berücksichtigung anderer Strafzumessungsgründe zu erfolgen (Art. 7); bei Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben kann der Geschäftsbetrieb als solcher bestraft werden, unter Verzicht auf die Bestrafung des Täters

(Art. 6). Die beiden Besonderheiten sollen hier nicht weiter erörtert werden. Ich möchte nur darauf hinweisen, daß die Art der Abgrenzung des Anwendungsbereichs dieser Vorschriften an sich sehr problematisch ist und zu unbefriedigenden Diskrepanzen führen kann. Da die im konkreten Fall zu verhängende Buße über die Anwendung von Art. 6 und 7 entscheidet, ist folgender «Circulus» denkbar: Nach der Schwere der Widerhandlung – was auch immer unter «Schwere» zu verstehen sein mag – kommt vielleicht im konkreten Fall, wenn man gemäß Art. 7 von den persönlichen Verhältnissen – insbesondere von der finanziellen Lage – absieht, eine Buße von über Fr. 5000.– in Frage. Entfällt somit die Anwendung von Art. 7 und berücksichtigt man folglich die Gesamtheit der Strafzumessungsgründe (inkl. finanzielle Verhältnisse), dann zeigt sich u. U. eindeutig, daß man in der Bemessung der Buße nach den allgemeinen Strafzumessungsprinzipien niemals über Fr. 5000.– gehen kann. Es besteht also die Gefahr, daß das schwerere Delikt, weil die Strafzumessung subtiler vorgenommen wird, im Endeffekt milder bestraft wird als eine leichtere Verfehlung, bei der die Buße gemäß Art. 7 bis zu Fr. 5000.– schematisch nach der Schwere der Widerhandlung zu bestimmen ist. – Wie könnte man dieser Gefahr begegnen? Zu erwägen ist eine Beschränkung der in den Art. 6 und 7 enthaltenen Sondervorschriften auf die Kategorie der Ordnungswidrigkeiten. Das wäre natürlich eine starke Einschränkung der praktischen Bedeutung dieser Bestimmungen. Wenn man an der generellen Anwendbarkeit der Art. 6 und 7 auf alle Verfehlungen festhalten will, dann sollte m.E. die summenmäßige Limite reduziert werden, z. B. auf Fr. 2000.– wie in Art. 41 Abs. 4 des Tabakbesteuerungsgesetzes (vom 21. März 1969). Mit einer solchen Herabsetzung der Limite beseitigt man natürlich das in der Abgrenzungsmethode liegende grundsätzliche Problem nicht, aber man mindert doch in gewissem Umfang das Stoßende der möglichen praktischen Ergebnisse.

Herr DILLIER:

Ich möchte an etwas anknüpfen, was Herr Bundesrichter DUBS soeben gesagt hat. Die Abweichungen zum allgemeinen Strafrecht sollten zurückhaltend vorgenommen werden; man sollte nicht mehr Abweichungen schaffen, als sachlich unbedingt notwendig oder begründet sind. Die Vorlage will nun neue materielle Tatbestände schaffen, um dem Problem der Gesetzeskollision besser als bisher beizukommen. Einmal will sie einen Abgabe- oder Leistungsbetrug schaffen als Pendent zum Betrug im Straf-

recht (Art. 148 StGB), dann Urkundenfälschungsdelikte im Verwaltungsrecht, ebenfalls als Pendent zu den Urkundenfälschungstatbeständen im gemeinen Recht, und schließlich noch analog ein Begünstigungsdelikt. Diese materiellen Tatbestände – ich gehe da mit Herrn PFUND einig – sind begründet. Es ist begründet, daß man für diese Vorkommnisse eine besondere materiell-strafrechtliche Regelung schafft. Nun aber wird vorgeschlagen, diese besonderen Tatbestände nur für jene Fälle gelten zu lassen, bei denen die Untersuchung und unter Umständen die Beurteilung bei den Verwaltungsbehörden liegt.

Das scheint mir nun nicht genügend sachlich begründet. Wir bekommen damit wieder eine weitere Uneinheitlichkeit, weitere Unübersichtlichkeit und Kompliziertheit. Wir haben dann für gewisse Sachen nach wie vor den Betrugstatbestand und die gemeinrechtlichen Urkundenfälschungstatbestände und Begünstigungstatbestände, und diese gelten auch für verwaltungsrechtliche Vorkommnisse, die Widerhandlungen gegen Verwaltungsgesetze darstellen. Sobald aber für die Untersuchung und unter Umständen für die Beurteilung die Verwaltungsbehörden zuständig sind, soll nun etwas anderes gelten. Ich glaube, der Einheitlichkeit und der Vereinfachung, die wir ja mit diesen Überlegungen anstreben, wäre besser gedient, wenn man diese Tatbestände, die neu geschaffen werden, gleich ins allgemeine Strafrecht überführen würde. Man kann natürlich auch dagegen Bedenken anmelden, aber ich glaube – um eben an das anzuknüpfen, was Herr Bundesrichter DUBS gesagt hat –, die Uneinheitlichkeit, die geschaffen wird, wenn man diese Strafandrohungen nur auf Vorfälle angewendet wissen will, die durch diese Strafbehörden zu untersuchen sind, diese Uneinheitlichkeit ist zu wenig begründet. Man wird sagen, es sei zu gefährlich, diese Tatbestände gleich ins gemeine Strafrecht hineinzunehmen, wegen der Kompetenz der Kantone, weil nach Art. 335 die Kantone die Widerhandlungen gegen ihre Verwaltungsbestimmungen selber mit Strafe bedrohen können. Aber ich glaube, daß da das föderalistische Bedenken zurücktreten muß. Es ist ja jetzt schon so, daß das Strafgesetzbuch eine Fülle von Strafandrohungen für Lebensvorkommnisse bereithält, die die Kantone materiell regeln. Das würde also nicht mehr wesentlich ändern, und ich glaube auch, daß auf der Gesetzesstufe formell das so gelöst werden könnte. Was man aus pragmatischen Gründen wohl ausklammern müßte, wäre das Steuerstrafrecht. Dieses differiert in den Kantonen noch so sehr von den Bestimmungen des Strafgesetzbuches, daß man da wahrscheinlich schon die Ausnahme machen müßte. Aber in allen andern Fällen glaube ich, daß die Einheitlichkeit besser er-

reicht würde, wenn man diese neuen Tatbestände ins gemeine Strafrecht übernehmen und dort plazieren würde. Es stellt sich die weitere Frage, ob man noch weiter gehen könne, ob man auch die Bestimmungen der Teilnahme oder auch Bestimmungen über die strafbaren Vorkommnisse im Bereiche von Geschäftsbetrieben übernehmen solle; wir haben ja im Strafgesetzbuch auch schon solche Bestimmungen. Das wäre noch sehr zu prüfen, aber ich glaube, man sollte möglichst viel ins gemeine Strafrecht übernehmen, um ja diese Zweiteilung, die einfach nur auf das Verfahren abstellt, eben ob die Untersuchung und unter Umständen die Beurteilung den Verwaltungs- oder den Strafbehörden unterliegen, um diese Zweiteilung nicht allzusehr auf die materielle Seite sich auswirken zu lassen. Es ist doch oft zufällig, ob verfahrensmäßig die Verwaltungsbehörden für die Untersuchung und Beurteilung eingesetzt sind oder nicht. Mir scheint, für die materielle Seite ist diese Einteilung zu wenig sachlich begründet. Es werden sich schon Probleme stellen in diesem Zusammenhang, die hier nicht leichthin beantwortet werden können. Aber ich habe die Meinung, es wäre der Mühe wert, noch genauer zu prüfen, ob man nicht in dieser Richtung vorgehen könnte, um ja das zu erreichen, was man eigentlich will: Vereinfachung und Vereinheitlichung.

Herr SALADIN:

Ich möchte hier kurz auf zwei Feststellungen der Referenten eingehen. Zunächst müssen wir den Referenten dankbar sein, daß sie in ihren Referaten, die primär dem Verwaltungsstrafrecht gewidmet sind, festgestellt haben, primäres Anliegen der Verwaltung müsse die *Vermeidung eines strafwürdigen Tatbestandes* sein, d.h. die eigentliche *Rechtsverwirklichung*, die Durchsetzung des Verwaltungsrechts, und zwar, wenn immer möglich, die Rechtsverwirklichung von seiten des individuellen Pflichtigen. Ich könnte mir vorstellen, daß es für den Vollzug dieser Erkenntnis da und dort in der Verwaltung eines gewissen Umdenkens bedarf. Gerade gestern habe ich gelesen, daß in einem bestimmten Schweizer Kanton so ziemlich sämtliche denkbaren Übertretungen der kantonalen Baugesetzgebung vorkommen; und wenn dann ein Bauwerk um 2 Stockwerke zu hoch errichtet ist, hilft sich die Behörde – laut der erwähnten Zeitungsmeldung – damit, daß sie eine Buße von einigen Tausend Franken ausspricht. Es ist klar, daß eine solche Maßnahme den betreffenden Bauherrn nicht des Schlafs beraubt. – Ich glaube, daß sich aus dieser Überlegung ganz konkrete Folgerungen ergeben; wir werden darauf zurückkommen.

Und die zweite Bemerkung: Beide Referenten haben darauf hingewiesen, daß die Materie, die uns heute beschäftigt, von der *Strafrechtslehre* mehr oder weniger *vernachlässigt* worden ist. Dasselbe gilt nun weitgehend auch für die *Verwaltungsrechtslehre*. Ich denke vor allem an die Probleme des Verwaltungszwanges; und ich hoffe, daß von diesem Juristentag auch in verwaltungsrechtlicher Hinsicht neue und fruchtbare Impulse ausgehen.

M. GRISEL:

Avant tout, je tiens à remercier les deux rapporteurs et en particulier nous ne pouvons pas lire le rapport de M. PFUND sans admirer la virtuosité avec laquelle il se meut dans un domaine particulièrement complexe. En effet, ce droit pénal administratif, il est très difficile de le définir. Je ne veux pas chicaner sur cette expression, mais je vous avoue qu'elle ne me plaît qu'à moitié, ce qui veut dire qu'elle ne plaît pas du tout. Parce qu'enfin, à mon avis, elle prête à confusion. On pourrait croire qu'il s'agit d'un *mixtum compositum*, d'un mélange de droit pénal et de droit administratif. En réalité, il n'en est rien. Il y a des dispositions qui appartiennent au droit pénal, il y en a d'autres qui appartiennent au droit administratif. Et le projet de loi qui est actuellement discuté aux Chambres, est à mon sens un projet de droit pénal et exclusivement de droit pénal. A vrai dire, on pourrait parler aussi de droit pénal civil à propos des dispositions qui répriment les atteintes au patrimoine et je crois que personne n'y a jamais songé. Et on peut se demander pourquoi, en 1902, M. GOLDSCHMIDT a eu l'idée de parler de droit pénal administratif. Mais enfin, je ne veux pas chicaner sur l'étiquette, ce qui m'intéresse, c'est le contenu. Et ici, nous les publicistes, M. SALADIN et moi, je pense que nous sommes un peu en retrait et qu'en somme nous n'avons guère à discuter que de problèmes de frontière. J'aurais une ou deux querelles à chercher au rapporteur et aux auteurs du message du Conseil fédéral. A mon avis, il y a un ou deux conflits de frontière qui devraient être examinés et j'espère que le législateur voudra bien le faire. Il va sans dire que nous ne sommes pas mus par un souci d'impérialisme, nos matières aux uns et aux autres sont assez vastes, mais il y a tout de même une ou deux questions pratiques qui ne sont pas sans importance et qui je vous l'avoue m'ont préoccupé à la lecture du message du Conseil fédéral, du projet, et aussi à la lecture du rapport de M. PFUND. Je pense tout d'abord à la question de ce qu'on appelle les «*Ordnungsdelikte*», selon l'expression allemande, chez nous

on parle de contraventions aux mesures d'ordre, qui sont punies d'amendes d'ordre, dans certaines lois – oh, le vocabulaire est très incertain – on parle de sanctions administratives, on parle de peines disciplinaires même –, bref, il y a là toute une matière d'une certaine importance, au moins par le volume, qui touche des bagatelles si vous voulez, des infractions aux lois administratives mineures, et qui jusqu'à présent ont fait l'objet de peines d'amende. Et j'ai considéré, je considère encore qu'ici, s'agissant de ces contraventions aux mesures d'ordre, nous sommes sur le terrain du droit administratif. C'est conforme aux vues de la jurisprudence et même de l'administration. En effet, dans un arrêt *Le Parmentier**, le Tribunal fédéral a dit, à propos des amendes d'ordre en matière douanière, que ces amendes ne relevaient pas du droit pénal. C'est du droit administratif. En deux mots – je ne veux pas faire l'inventaire de ces contraventions et il y en a bien plus qu'on ne l'imagine – vous avez pu voir d'après le projet qu'il s'agit de dispositions de la loi sur les douanes, cela va de soi, vous en trouvez dans la loi sur les installations électriques, vous en trouvez dans la loi sur les métaux précieux, dans la loi sur les banques, dans les diverses lois sur les assurances, dans le statut du lait, dans la loi sur l'imposition du tabac; l'article 943 CO, sur le registre du commerce, parle aussi d'amendes d'ordre. Mais, ainsi que vous l'avez constaté, le Conseil fédéral propose aux Chambres d'étendre le cercle des mesures d'ordre, on prévoit toutes espèces de dispositions instituant des mesures d'ordre, dans la loi sur le service des postes, la correspondance téléphonique et télégraphique, etc. Je pense que l'on arriverait bien à quelques douzaines de dispositions en la matière. Et alors ? Jusqu'à présent, je crois pouvoir vous dire que selon la conception de la jurisprudence et de la loi, toute cette matière-là entre dans le droit administratif et est jugée selon les voies de la juridiction administrative. En effet, dans ce domaine, on n'applique pas, peut-être à tort, certaines règles générales du code pénal; notamment en matière de douane, on n'applique pas la règle de la faute. En ce qui concerne les voies juridictionnelles, la chose se passe de la façon suivante: l'administration rend une première décision, dans certains cas il y a un recours administratif à d'autres organes de l'administration, puis c'est le recours de droit administratif au Tribunal fédéral. D'ailleurs, de ces recours, il n'y en a pas beaucoup, un ou deux par an, au cours de ces dix dernières années. Il s'agit soit d'affaires douanières, soit d'affaires – qui ont quand même une certaine importance – sur l'imposition du tabac, et

* ATF 82 I 308

une ou deux affaires concernant la loi sur les installations électriques. C'est le dossier d'une affaire de ce genre que je voyais pas plus tard qu'avant-hier. Il s'agissait de «Weisungen» de l'Inspection des installations à courant fort de l'Association suisse des électriciens, enjoignant à un commerçant de Zurich de munir ses appareils d'un certain dispositif de sécurité. Dénoncé par l'Inspection en question pour avoir vendu des appareils sans dispositif, ce commerçant est condamné par le Département des transports et communications et de l'énergie à payer 300 fr. Là-dessus, il forme son recours de droit administratif et l'affaire sera jugée demain ou après-demain. Bref, l'affaire se règle simplement, vous avez une instance, éventuellement deux instances administratives, puis le recours de droit administratif à la Chambre de droit administratif, qui revoit entièrement le fait et le droit. Et ce qui m'inquiète, et m'étonne un peu, c'est que selon le nouveau projet, la situation sera complètement modifiée. Toute cette matière des contraventions aux mesures d'ordre est incorporée au droit pénal administratif; on va appliquer la procédure prévue par cette loi d'une manière générale à toutes les infractions, y compris en matière d'amendes d'ordre. Il y a sur le fond certaines modifications, on prévoit par exemple que l'instigation et la complicité ne sont pas punissables, on prévoit aussi que l'amende ne sera pas convertie en emprisonnement. Mais la procédure, elle, reste la même. Et c'est là que j'ai vraiment des hésitations. En effet, quelle est donc cette procédure? Vous aurez, je pense, cinq ou six instances qui vont se substituer à deux ou trois instances. Vous aurez tout d'abord l'enquête administrative avec un mandat de répression. Si le condamné ne se soumet pas, il fait opposition et l'administration doit rendre une décision sur opposition. Cela fait deux. Si le condamné ne se soumet pas, il s'adressera aux tribunaux cantonaux, en première instance; avec les recours cantonaux, cela fait deux ou trois instances. S'il ne se soumet toujours pas, l'affaire viendra devant la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral par la voie du pourvoi en nullité. Cela fait cinq ou six instances au lieu de deux ou trois. Pour ces affaires-là, est-ce justifié? Je dois dire que j'ai de grandes hésitations à l'admettre. Oui, il a une exception à faire, cela va de soi. Lorsque j'ai parlé tout à l'heure des amendes d'ordre, j'ai intentionnellement laissé de côté une matière importante, ce sont les amendes d'ordre en matière de circulation routière; je pense à la loi du 24 juin 1970, qui sauf erreur n'est pas encore publiée et qui n'est pas encore en vigueur et qui règle cette question à part, fort bien d'ailleurs. Ici, les amendes d'ordre ont effectivement un caractère pénal et je pense que c'est juste, étant donné le lien qui existe entre ces infractions et les

autres infractions à la loi sur la circulation routière. Il faut donc mettre cette matière de côté. Mais en ce qui concerne les autres infractions aux mesures d'ordre, qu'on peut appeler comme on voudra, à mon avis, il y a là une question à revoir. Encore une fois, s'agissant des questions de fond, je pense qu'on pourrait maintenir l'art. 2 et l'art. 9 du projet, et sous cet aspect, assimiler les infractions aux mesures d'ordre aux autres infractions. Mais en ce qui concerne la procédure, je ne vois pas pourquoi on substituerait à une procédure qui est relativement simple une procédure plus compliquée et j'y vois, à côté des raisons pratiques, une raison d'ordre tout-à-fait général: je pense que le droit pénal et la société n'ont rien à gagner à une extension démesurée du droit pénal. Au contraire, celui-ci risque de perdre son efficacité. La sanction pénale implique et à mon avis doit impliquer une réprobation morale. Or, dans la mesure où on frappe de sanctions pénales – avec inscription au casier judiciaire, c'est encore une différence à relever – la violation de prescriptions qui n'affectent, selon l'opinion générale, nullement la morale, je ne pense pas que l'on assure mieux et l'efficacité du droit pénal et le respect du droit objectif. D'ailleurs, sur ce point, je voudrais faire remarquer aussi que le projet aggrave, si je puis dire, la situation existante, en tout cas dans la mesure où il prévoit que dans tous les cas l'administration peut être appelée à rendre une décision sur opposition. D'après les dispositions de la loi actuelle sur la procédure pénale fédérale, ce n'est pas le cas. Lorsqu'il y a opposition, on vient tout de suite devant un tribunal, il n'y a pas deux instances administratives. Bref, il me semble qu'il y a là des questions qui ont une certaine importance et je voudrais me tourner vers M. le Conseiller aux Etats DILLIER en le priant de bien vouloir être attentif à cette question. Je dois reconnaître qu'à la lecture du message du Conseil fédéral, on peut la laisser passer. Ces questions de procédure ne font l'objet que de trois lignes et demie et encore une fois il faut aborder ces problèmes de procédure qui me paraissent avoir une certaine importance. J'aime à croire que le législateur y sera attentif.

M. CAVIN:

Je constate que la notion même de droit pénal administratif n'est pas ouvertement contredite, mais que les personnes qui se sont exprimées ont une certaine tendance à désirer voir le domaine du droit administratif plutôt réduit.

Je pense que pour clore cette discussion liminaire, je donnerai la parole à M. le rapporteur PFUND, qui certainement, sur quelques-uns des points soulevés, a quelque chose à nous dire.

Herr PFUND:

Die bisherige Diskussion hat mich sehr gefreut. Es hat sich wieder einmal bewahrheitet, daß wir uns in einem sehr bewegungsreichen Gebiet befinden, und namentlich in einem weitgehend unerforschten Gebiet, wo man noch sehr viele Auffassungen vertreten kann. Vielleicht ist bis jetzt freilich etwas zu viel vom Entwurf zu einem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht und etwas zu wenig über die Probleme, die in den Referaten aufgeworfen sind, gesprochen worden. Immerhin besteht natürlich eine enge Beziehung zwischen dem Entwurf, der vor den Räten liegt, und zwischen den Referaten.

Ich möchte kurz auf einige Fragen antworten und versuchen, einige kritische Bemerkungen richtigzustellen.

Was den *Begriff «Verwaltungsstrafrecht»* anbelangt, so bin ich mit Herrn Bundesrichter GRISSEL durchaus einverstanden; es handelt sich um eine Kurzbezeichnung. Sie sehen, wenn sie in meinem Bericht die Überschrift näher betrachten, daß ich den Ausdruck «Verwaltungsstrafrecht» in Klammern gesetzt habe. Der Titel heißt «Verwaltungsrecht-Strafrecht» und handelt von den Beziehungen zwischen den beiden Rechtsgebieten.

Es ist der *Art. 1 des Gesetzesentwurfes* in Frage gestellt worden. Dieser Art. 1 will, entgegen dem, was Herr Professor GAUTHIER zu meinen scheint, das Verwaltungsstrafrecht *nicht definieren*, sondern er will bloß den Anknüpfungspunkt für das Gesetz geben, den Anwendungsbereich. Das ist weitgehend historisch bedingt und erklärt sich auch aus der Entwicklungsgeschichte des Entwurfes. Am Anfang stand eine Motion, die eine Revision der Haftbestimmungen des Zollgesetzes und der Zollverordnung verlangte. Und aus dieser Motion herausgewachsen ist der Entwurf, der nun vor den Räten liegt. Ganz einfach deshalb, weil die Mängel, die der Zollverordnung und dem Zollgesetz vorgeworfen wurden – zu Recht vorgeworfen wurden –, sich auch in den Strafbestimmungen anderer Verwaltungsgesetze finden, zum Beispiel im Alkoholgesetz, im Getreidegesetz usw. Die weitere Prüfung ergab sodann, daß die Kritik sich eigentlich auch richte an die Art. 279 ff. der Bundesstrafprozeßordnung, die von der Verfolgung der Übertretungen fiskalischer Bundesgesetze handeln, und an den anschließenden kleinen Abschnitt über die Verfolgung der Über-

tretung sonstiger Bundesgesetze. Das alles sind Übertretungen, die nach dem einzelnen Verwaltungsgesetz von der Bundesverwaltung verfolgt werden. Und es ist nicht ein Zufall, daß die Bundesverwaltung zur Verfolgung dieser Delikte zuständig ist; wenn man genau hinsieht, ist der unmittelbare Vollzug dieser Gesetze, als Ausnahme von der Regel, wie sie sonst in unserem Bundesstaat gilt, der Bundesverwaltung übertragen. Die Bundesverwaltung hat nicht eine Aufsicht oder Oberaufsicht, wie man dies so schön nennt, sondern sie selbst ist vollziehende Behörde. Sie tritt mit dem Bürger direkt in Kontakt, und für dieses Gebiet hat der Bundesgesetzgeber schon im Jahre 1849 und dann 1934 ein besonderes Bundesstrafprozeßrecht geschaffen, dem allerdings – und das ist auch ein Unikum in unserer Gesetzgebung – sogar abweichende Verordnungsvorschriften vorgehen; abweichende Vorschriften der Zollverordnung gehen beispielsweise den Bestimmungen des Bundesstrafprozeßrechts vor. Auf dieses Prozeßrecht und auf die von ihm berührten Einzelgesetze beschränkt sich der Entwurf.

Was wollen wir erreichen mit der neuen Vorlage, die vor dem Parlament liegt? Wir wollen vor allem die Verfahren im soeben umschriebenen Gesetzgebungsreich, unter bewußtem Verzicht auf eine Generalrevision des Nebenstrafrechtes des Bundes, *modernisieren und vereinheitlichen*. Das jedoch läßt sich nur erreichen, das haben die Beratungen gezeigt, wenn wir, eingedenk der Tatsache, daß das Prozeßrecht Dienerin des *materiellen* Rechts ist, auch gewisse materielle Rechtsinstitute vereinheitlichen. Da begannen die großen Schwierigkeiten. Die Gesetze sprechen nämlich ganz unterschiedliche Sprachen, je nach dem Gesetzesredaktor, je nach der Küche, in der sie gekocht wurden. *Beispiel:* Das Zollgesetz sieht *Ordnungswidrigkeiten* vor mit einer Maximal-Buße von Fr. 200.–; das nennt sich dort Ordnungsbußen. Das Stempelgesetz kennt Ordnungswidrigkeiten mit Maximalbußen von Fr. 5000.–. Diese beiden Ordnungswidrigkeiten oder Ordnungsbußen sollten nun unter einem Begriff zusammengefaßt werden, und es sollte für sie dasselbe materielle und formelle Recht gelten. Man kommt nicht um eine gewisse Angleichung der Straftatbestände auf Grund von *Standardformeln* herum.

Es ergab sich noch eine weitere Schwierigkeit. Schon die Herren Prof. GERMANN und Prof. GRAVEN haben hervorgehoben, daß *die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches betreffend die Übertretungen nicht auf die schwereren Übertretungen im Nebenstrafrecht, namentlich im Verwaltungsstrafrecht, Rücksicht nehmen*. Diese Tatbestände des Nebenstrafrechts sind oft ganz eigenartig konzipiert, speziell die Fiskaldelikte; das

hängt etwas mit unserer hergebrachten schweizerischen Rechtsauffassung zusammen. Die einfache Steuerhinterziehung wird bei uns als Übertretung im Sinne des Strafgesetzbuches betrachtet, häufig auch der Steuerbetrug, der z. B. im Bundessteuerrecht, ausgenommen bei der Verrechnungssteuer, mit bloßen Übertretungsstrafen, nämlich nur mit Buße bedroht ist; aber wenn man genauer hinsieht, gilt im übrigen weitgehend der für die Vergehen maßgebende allgemeine Teil des Strafgesetzbuches. Der Versuch ist strafbar; die Teilnahme ist strafbar; die Verjährung ist ausgedehnt, insbesondere die Verfolgungsverjährung auf 5 Jahre. Für diese Tatbestände gilt also Vergehensstrafrecht, obgleich sie Übertretungen sind. Da lag nun eigentlich der Gedanke nahe – und damit hoffe ich, Herrn Bundesrichter DUBS zu antworten –, die *Ordnungswidrigkeiten* und die mit Ordnungsbuße bedrohten Widerhandlungen im möglichst reinen Übertretungsstrafrecht zurückzubehalten und die *sonstigen Widerhandlungen*, die schon heute eigentlich gewichtsmäßig den Vergehen zugeordnet sind, den allgemeinen Bestimmungen über die Vergehen zu unterstellen. Das ist im Entwurf so getan worden mit den speziellen Bestimmungen über die Anstiftung und Gehilfenschaft, über die Strafbarkeit des Versuches und über die Dauer der Verfolgungsverjährung. Aus dieser Trennung des Übertretungsrechts erklärt sich der Begriff der Ordnungswidrigkeit des Entwurfs. Wir haben ihn nicht neu geschaffen, sondern wir haben ihn be lassen und im übrigen ganz einfach den Schluß aus der Tatsache gezogen, daß eine ganze Reihe von Übertretungen des geltenden Nebenstrafrechts heute zwar nicht formell, aber faktisch dem Vergehensstrafrecht des Strafgesetzbuches unterstellt sind. Das ist vielleicht am Anfang etwas schwer verständlich.

Es zeigten sich dann noch *Abgrenzungsschwierigkeiten*. Wo soll die sog. Ordnungswidrigkeit bzw. -buße aufhören? Wir setzten ursprünglich die Grenze bei Fr. 2000.– an, ganz einfach deshalb, weil für die Übertretungen des Strafgesetzbuches (Art. 101 ff.) damals noch die Maximalbuße von Fr. 2000.– galt. Nach der Strafgesetzbuch-Novelle von 1971, die jetzt einen Monat lang in Kraft steht, beträgt die Maximalbuße für Übertretungen Fr. 5000.–. Entsprechend ist auch im Entwurf die Grenze nun bei Fr. 5000.– gezogen. Eine tiefere Begründung für den Begriff der Ordnungswidrigkeit und ihre Ausgestaltung im Entwurf vermag ich nicht zu geben.

Man wird sich vielleicht auch noch folgendes zu vergegenwärtigen haben: Aus der Eigenart der Delikte, die unter das Verwaltungsstrafrecht, insbesondere unter die Vorlage, wie sie vor den Räten liegt, fallen, er-

klären sich viele Bestimmungen des Entwurfs. Es handelt sich zu mindestens 95% um *Delikte der Bagatell- und Massendelinquenz*: Kleine, verhältnismäßig harmlose Übertretungen, die in einem rein schriftlichen Verfahren verfolgt werden können. Es braucht keine weitläufige Untersuchung; der Beamte, der eine Übertretung feststellt, meldet das dem Strafdienst seiner Verwaltung, der erläßt das Tatbestandsprotokoll, heute heißt es noch Strafprotokoll, worin der Sachverhalt umschrieben und gesagt wird, das kostet so und so viel an Buße, gefolgt von der Frage, was hast du darauf zu antworten. Der Beschuldigte schickt das Formular zurück, sei es ohne Bemerkung, sei es, daß er den Sachverhalt oder seine Schuld bestreitet. Nun hat die Verwaltung eine Strafverfügung zu treffen. Das macht sie in der Regel auf Grund der Äußerungen, die ihr schriftlich zugehen. Vielleicht findet sie aber, daß sie zuvor den Beschuldigten noch mündlich einvernehmen muß, namentlich wenn eine höhere Buße als die im Protokoll angedrohte in Betracht fällt. Mit der Strafverfügung ist das Verfahren vor der Verwaltung abgeschlossen. Die Erfahrung zeigt, daß diese Strafverfügungen in der Regel – das ist mit einer Folge des Opportunitätsprinzips, nach dem die Verwaltungen zumeist nur die schweren Fälle verfolgen – ohne weiteres akzeptiert werden. Die anwesenden Herren Kollegen von den Strafgerichten werden bestätigen können, daß die Anfechtung von Strafverfügungen der Bundesverwaltung bei den Strafgerichten eine verschwindende Seltenheit ist. Ich kann aus dem Gedächtnis etwa folgende Zahlen betreffend Stempelstrafsachen nennen: In einem bestimmten Jahr waren rund 3000 Steuerpflichtige mit der Steuererklärung in Verzug. Die Leute wurden zuerst gemahnt, dann mußte man an die 900 untätig Gebliebenen die Strafprotokolle verschicken, mit der Androhung, es ergehe bei anhaltender Säumnis eine Strafverfügung. An Strafverfügungen ergingen etwa 400, und von diesen ist nicht eine einzige vor das Strafgericht weitergezogen worden. Das ist das Verfahren, wie es die Regel bildet.

Die schweren *Delikte der Fiskal- und Wirtschaftskriminalität* können natürlich nicht so einfach verfolgt werden, sondern hier sind meistens weitläufige Untersuchungen mit allen Hilfsmitteln der modernen Kriministik nicht vermeidbar. Das machte es nötig, im Verfahrensrecht auf beide Verfahrenstypen Rücksicht zu nehmen. Wir wollen nicht wieder eine zersplitterte Rechtsordnung mit allen möglichen Verfahrensvarianten oder Verfahrenstypen schaffen, sondern unser Ziel war und ist ein einheitliches, einfaches aber gleichwohl wirksames Verfahren, das jedermann versteht. Ich gebe offen zu, daß der Vorschlag da und dort vielleicht etwas roh ist,

aber die Praxis wird wahrscheinlich zeigen, daß sich dieses Verfahren gut bewähren wird.

Ich befürchte nicht, um auf ein Votum von Herrn Bundesrichter GRISEL zu antworten, daß insbesondere die *Rechtsmittel* zu stark ausgebaut und kompliziert sind. Bei den *Ordnungswidrigkeiten* gibt es schon deshalb nicht so viele Rechtsmittelmöglichkeiten wie bei einer Hinterziehung und der gleichen, weil es ja dort keine Leistungs- oder Rückleistungspflicht gibt, die Grundlage der Strafverfügung wäre und umstritten sein könnte; bei den Ordnungswidrigkeiten wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde überhaupt nie zum Zuge kommen, sondern der Rechtsmittelweg geht stets direkt an den Strafrichter.

Neu hat man die Möglichkeit vorgesehen, daß der Strafbescheid durch Einsprache angefochten werden kann, die durch Strafverfügung der Verwaltung zu erledigen ist. Dieses *Einspracheverfahren* ist vor allem im Interesse der dezentralisierten Verwaltungen (Zoll, PTT) geschaffen worden. Es kann im beidseitigen Einverständnis des Beschuldigten und der Verwaltung übersprungen werden, und dann geht der Fall direkt vor den Strafrichter, also genau das, was wir heute haben. Das Einspracheverfahren liegt aber auch im Interesse des Bürgers, nämlich dort, wo die Leistungs- und Rückleistungspflicht noch zur Diskussion steht. Je nachdem, ob das Verwaltungsrechtspflegeverfahren zum Ergebnis führt, es liege z. B. eine Hinterziehung von Steuern vor oder es fehle an einer Steuerpflicht, je nachdem ist auch der strafrechtliche Hinterziehungstatbestand objektiv erfüllt oder nicht erfüllt. Also müssen wir zuerst das Verfahren über den Bestand der Steuerpflicht durchspielen, bevor das Strafverfahren weitergeführt und abgeschlossen werden kann. Das ist auch heute so. Aber heute muß der Steuerpflichtige, der von einer Strafverfügung wegen Hinterziehung betroffen wurde und diese bestreiten will, gleichzeitig die strafgerichtliche Beurteilung verlangen und den Verwaltungsrechtspflegeweg beschreiten. Nach dem Entwurf braucht er nur Einsprache zu erheben, und dann ruht das Strafverfahren, bis die Frage der Leistungs- oder Rückleistungspflicht entschieden ist; er kommt solange überhaupt nicht in Kontakt mit der Strafgerichtsbarkeit. Ich meine, daß die Einsprache für den Bürger doch ein recht willkommenes Verfahren ist.

Die *Abweichungen vom Strafgesetzbuch* sind im Entwurf auf ein Minimum beschränkt. Sie haben gehört, inwiefern abgewichen werden soll. Herr Ständerat DILLIER hat die Tatbestände des Betrugs, der Fälschung und der Begünstigung erwähnt und meines Erachtens zu Recht auf den Art. 335 des Strafgesetzbuches hingewiesen. Wir können diese für das

Verwaltungsstrafrecht des Bundes als allgemeingültig gedachten Straftatbestände – zumindest heute noch – nicht ins Strafgesetzbuch übernehmen, weil wir sonst mit dessen Art. 335, der den Kantonen das Verwaltungsstrafrecht und das Steuerstrafrecht vorbehält, in Konflikt geraten. Wenn wir das Steuerrecht ausklammern, wie das Herr Ständerat DILLIER vorschlagen hat, schaffen wir schon wieder eine neue Komplikation in unserer Gesetzgebung, eine Ausnahme mehr, die wir ja eben – wenn irgendwie möglich – vermeiden und ausmerzen wollen. Unsere Gesetzgebung, da sind Sie sicher mit mir einig, ist so unübersichtlich geworden, daß wir versuchen sollten, unsere Gesetze wieder einfacher und gemeinverständlicher zu redigieren. Sie sind so noch kompliziert genug, weil eben das Leben kompliziert geworden ist.

Sehr unterstützen möchte ich zum Schluß das Votum von Herrn SALADIN, daß die Verwaltungslehre und die Verwaltungsrechtslehre die *Fragen des Verwaltungzwanges*, welche Fragen sie lange genug vernachlässigten, schleunigst an die Hand nehmen sollten. Ich bin überzeugt, daß durch einen Ausbau der Institute des Verwaltungzwanges und durch einen gewissen Umbau der entsprechenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren sehr viel gewonnen wäre. Unser Ziel ist nicht zu strafen, sondern die Rechtsordnung zu verwirklichen. Es ist, so glaube ich es wenigstens, vor allem eine Aufgabe der Verwaltungsrechtslehre, daß sie uns den Weg dazu finden hilft.

M. CAVIN:

Je vous remercie, Monsieur. Je constate que l'heure avance et que nous avons consacré à peu près une heure et demie à cette première question de principe. Bien des choses seraient encore à dire, mais si nous voulons faire le tour des questions qui se posent à nous, je proposerais que nous passions plus loin, à moins que l'un de vous, Messieurs, ne tienne à s'exprimer encore.

Je constate que ce n'est pas le cas. Je passerai donc, en partant de l'idée que nous ne nous y attarderons pas beaucoup, car je crois que les positions sont bien prises, à la question des infractions commises dans le cadre d'une entreprise. Une intervention m'a été annoncée, de la part de M. le Dr METZGER, que nous entendrons tout d'abord.

Herr Fürsprecher DIETER METZGER, Bern:

Lassen Sie mich vorerst Herrn Bundesrichter CAVIN und den andern Herren des «Runden Tisches» dafür danken, daß sie einem Votanten aus

der Mitte der Versammlung Gelegenheit geben, hier noch zu sprechen. Es ist sonst – jedenfalls in öffentlichen Lokalen – nicht üblich, daß eine Tischrunde ihr Gespräch unterbricht, um einem Redner am Nebertisch zuzuhören.

Wie der Herr Referent deutscher Sprache zu Beginn seiner hier vorgelegten Arbeit bemerkt, gibt diese zwar eine persönliche Auffassung wieder, und bindet sie die Verwaltung in keiner Weise. Viele der vom Herrn Referenten geäußerten Ansichten sind indessen schon im Entwurf zu einem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht enthalten (auch die Botschaft zu jenem Entwurf wurde ja aufgrund der Vorarbeiten und Berichte von Herrn Dr. PFUND verfaßt). Unter solchen Umständen erscheint es im jetzigen Zeitpunkt fast unmöglich, gegen eine jener Auffassungen noch erfolgreich anzugehen. Ich versuche es trotzdem und möchte ihnen rasch am Beispiel der Warenumsatzsteuer zeigen, welche Folgen sich aus der Anwendung der Regeln ergeben können, die die Artikel 5 und 6 des Entwurfs für die Strafbarkeit bei Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben aufstellen. Die Wahl des Beispiels werden Sie mir sicher (oder vielleicht) verzeihen, wenn ich Sie daran erinnere, daß die Warenumsatzsteuer es war, die den Sachverhalt für den Entscheid BGE 92 IV 44 lieferte, von dem der Herr Referent deutscher Sprache sagt, er sei «grundlegend und wohl auf lange Sicht wegleitend» zur Abgrenzung des Steuerdelikts gegenüber der gemeinrechtlichen Urkundenfälschung. Abgesehen davon ist die Warenumsatzsteuer heute die wohl ergiebigste Steuereinnahmequelle des Bundes (ihr Steueraufkommen wird in diesem Jahr gegen 2 Mia Fr. betragen). Es läßt sich somit auch von daher gesehen vertreten, einmal an einem Schweizerischen Juristentag von der Warenumsatzsteuer zu sprechen (auf die Zukunftsperspektiven einer Mehrwertsteuer, die uns statt der heutigen 75000 zwischen 120000 und 200000 Steuerpflichtige bringen würde, soll hier nicht weiter eingegangen werden).

Die Warenumsatzsteuer ist nach dem Prinzip der sog. Selbstveranlagung ausgestaltet: die Steuerpflichtigen haben von sich aus, ohne Zutun der Verwaltung, ihre Umsätze zu ermitteln, vierteljährlich darüber abzurechnen und den entsprechenden Steuerbetrag zu entrichten. Gerade im Falle der mittleren bis größeren Unternehmen verteilen sich die für die Steuerveranlagung notwendigen Tätigkeiten bei der Warenumsatzsteuer gewöhnlich auf einen größeren Personenkreis. Davon betroffen werden Angestellte verschiedenster Abteilungen, insbesondere des Einkaufs, des Verkaufs, der Kalkulation, der Fakturierung und verschiedener Zweige der Betriebsbuchhaltung eines Unternehmens.

Stellt heute die EStV nach einer Kontrolle im Betriebe des Steuerpflichtigen fest, daß Steuern vorsätzlich oder fahrlässig nicht deklariert und entrichtet wurden, dann erlegt sie dem Inhaber der Einzelfirma oder – gemäß Artikel 40 Absatz 1 des Warenumsatzsteuerbeschlusses – der juristischen Person oder Handelsgesellschaft, somit dem Geschäftsbetrieb, eine Buße auf. Sollte der Entwurf für das Verwaltungsstrafrecht zum Gesetz werden, dann wäre ein solches Vorgehen nach Artikel 6 nur noch zulässig, sofern eine Buße von höchstens 5000 Fr. in Betracht fiele. In den recht zahlreichen Fällen von Bußen über 5000 Fr. wäre bei Entdeckung einer Steuerhinterziehung im Geschäftsbetriebe gemäß Artikel 5 nach denjenigen zu fahnden, die die Steuerhinterziehung verübt haben. Das dürfte im kleinen Betriebe nicht allzu schwierig sein. Dort wird man verhältnismäßig rasch den Betriebsinhaber oder den von ihm Beauftragten als Haupttäter feststellen und eine Buße im bisherigen Rahmen ausfallen können. In den mittleren bis größeren Unternehmungen hingegen, wo eine Arbeitsteilung im oben erwähnten Sinne verwirklicht ist, werden die Untersuchungsorgane der Verwaltung vorerst Angestellte aller Stufen und Funktionen als Zeugen, Auskunftspersonen und Beschuldigte einzuvernehmen haben. Dabei ist noch zu berücksichtigen, daß gerade in der heutigen Zeit zahlreiche Angestellte ihren Arbeitsplatz wechseln, was zusätzliche Komplikationen in der Untersuchung verursachen müßte. Wenn wir Glück haben, finden wir vielleicht nach langen Verhören einen Angestellten, der uns zugibt, er habe schuldhaft – in der Regel wird es sich um fahrlässige Begehung handeln – die festgestellte Steuerhinterziehung verübt. Diesem Angestellten wird man angesichts seiner im Vergleich mit dem Geschäftsbetrieb bescheidenen finanziellen Verhältnisse eine relativ niedrige Buße auferlegen. Das Unternehmen, das der alleinige Nutznießer der Steuerhinterziehung war, wird seinem Mitarbeiter diese Buße natürlich gerne ersetzen. Weil eine solche Strafe offenbar auch den Vertretern des Täterprinzips als ungenügend erscheint, sieht Artikel 5 Absatz 2 des Entwurfs vor, die Verwaltung habe zudem nach Tätern zu suchen, die als sog. Garanten strafbar wären. Als solche kommen je nachdem Organe, Organmitglieder, geschäftsführende Gesellschafter, tatsächlich leitende Personen und Liquidatoren in Betracht. Ihnen müßte man nachweisen, daß sie von der Hinterziehung Kenntnis hatten oder nachträglich Kenntnis erhielten und, obgleich es ihnen möglich gewesen wäre, es unterließen, sie abzuwenden oder ihre Wirkungen aufzuheben. Wer in der Praxis je mit echten oder unechten Unterlassungsdelikten zu tun hatte, weiß, wie schwer es hält, entsprechende Nachweise zu erbringen. Gerade in durchorgani-

sierten Geschäftsbetrieben wird es in der Mehrzahl der Fälle unmöglich sein, etwas zu beweisen. Die Leitung wird den Untersuchungsorganen der Verwaltung in der Regel antworten, sie habe an untergeordnete Stellen delegiert, und deshalb nicht in allen Einzelheiten eingreifen können. Unter diesen Umständen wird es eben doch bei der Bestrafung des kleinen Buchhalters bleiben müssen. Daß dieses Ergebnis den mittleren bis größeren Betrieb gegenüber dem kleinen Unternehmen mit überblickbaren Verhältnissen stark bevorzugt, ist nach dem Gesagten offensichtlich und bedarf keiner weiteren Begründung. Es liegt eine rechtsungleiche Behandlung zum Nachteil des Kleinbetriebes vor. Dessen Inhaber wird empfindlich gebüßt, der mittlere bis größere Betrieb, gleich welcher Rechtsform, hat alle Chancen, ungeschoren zu bleiben. Hinzu kommt nun aber, daß die Verwaltung gar nicht über den erforderlichen Bestand an qualifiziertem Personal verfügt, um Untersuchungen der erwähnten Art überhaupt durchführen zu können. Wir haben schon heute große Schwierigkeiten, die Bestände an Juristen und Buchsachverständigen (nur sie könnten für solche Untersuchungen eingesetzt werden) auch nur einigermaßen zu halten. Wir haben demzufolge andererseits keine Mühe, bei der Schaffung neuer Beamtungen Zurückhaltung zu üben, wie es uns das Personalamt stets wieder in Erinnerung zu rufen pflegt. Wenn wir aber unsere Sanktionen nicht mehr oder nur noch lückenhaft verhängen können, dann ist eine rechtsgleiche Steuererhebung in Frage gestellt.

Wir erkennen keineswegs, daß in den qualifizierten Tatbeständen der Artikel 16 ff. des Entwurfs, die mit Freiheitsstrafe bedroht sind (Leistungs- und Abgabebetrug, Urkundenfälschung usf.), nach der natürlichen Person als Täter geforscht werden *muß*. In den zahlreichen Fällen von Steuerhinterziehung hingegen ist nach unserer Erfahrung und Überzeugung den Postulaten der Rechtsgleichheit, der Abschreckung und der Verhinderung künftiger gleichartiger Delikte weit besser Rechnung getragen, wenn der Inhaber des Geschäftsbetriebes mit einer Buße, und zwar mit einer empfindlichen Buße, belegt werden kann. Wir finden, daß in diesem Falle des Fiskalstrafrechts das Schuldprinzip in seiner Konsequenz zurückzutreten habe vor dem Gebot rechtsgleicher Behandlung. Von diesem Gedanken ließ sich offenbar auch die Expertenkommission für ein neues Gesetz über die direkte Bundessteuer leiten, als sie in ihrem Bericht vom November 1970 an den Vorsteher des Eidg. Finanz- und Zolldepartements die *Beibehaltung* der Strafbarkeit der juristischen Person empfahl. Die betreffende Kommission führte in ihrem Bericht u. a. aus, das Täterprinzip bedeute in der praktischen Durchführung eine erhebliche Erschwerung, da in die

innern Verhältnisse der juristischen Person eingedrungen werden müsse, um den oder die wahren Schuldigen zu eruieren. Auch bestehe die Gefahr, daß die wahren Täter die Verantwortung auf untergeordnete Mitarbeiter abzustoßen vermöchten, womit das Verfahren nicht gerechter werde. Die Kommission hielt auch dafür, bei Ausfällung der Buße gegen die juristische Person seien der Straf- und der Präventiveffekt nicht geringer einzuschätzen als bei Bestrafung von ins Recht zu fassenden natürlichen Personen.

Herr Dr. PFUND räumt übrigens selber ein, die von ihm vertretene Lösung, also die Bestrafung von Haupttätern und Garanten, leide an einem Mangel, weil sie, abgesehen von der Möglichkeit der Einziehung des unrechtmäßigen Vorteils, die Lebenssubstanz des Geschäftsbetriebes überhaupt nicht berühre. Der Herr Referent möchte diesem Mangel mit dem sog. Sicherungsgeld begegnen. Indessen sieht der Gesetzentwurf eine derartige Maßnahme, die offenbar der Friedensbürgschaft nachgebildet wäre, überhaupt nicht vor. Der Mangel, den der Herr Referent selber signalisiert, bleibt also bestehen. Es gibt u. E. ein einfaches Mittel, diesen Mangel zu beheben, ohne das ganze Gesetzeswerk in Frage stellen zu müssen. Wir schlagen vor – und jetzt wende ich mich vor allem auch an die gegenwärtigen und zukünftigen Mitglieder der eidg. Räte unter Ihnen –, in Artikel 6 des Entwurfs die Strafbarkeit des Geschäftsbetriebes, statt auf Fälle von Bußen bis zu Fr. 5000.–, auf sämtliche Bußenfälle auszudehnen. Artikel 6 Absatz 1 des Entwurfs müßte dann etwa lauten: «Von einer Verfolgung der nach Artikel 5 strafbaren Personen kann Umgang genommen und an ihrer Stelle die juristische Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder Einzelfirma als solche bestraft werden, wenn nur Buße in Betracht fällt». Mit dieser Lösung bliebe es der einzelnen Verwaltungsabteilung überlassen zu entscheiden, nach welchem Grundsatz (Täterprinzip oder Bestrafung des Geschäftsbetriebes) sie vorgehen will. Als Ergänzung zu Artikel 6 wäre in Artikel 9 Absatz 1 des Entwurfs klarzustellen – dies entspricht einem Postulat, das von keiner Seite bestritten wird –, daß Bußen, die gegen Geschäftsbetriebe ausgefällt werden, der Umwandlung nicht unterliegen.

An den eidg. Räten ist es nun, zu entscheiden. Sprechen sie sich gegen das Schuldprinzip in letzter Konsequenz und zu Gunsten rechtgleicher Behandlung aller Geschäftsbetriebe aus, dann würde wohl selbst DE LA ROCHEFOUCAULD, den der Herr Referent zitiert, nicht sagen können, eine solche Lösung sei aus Trägheit und Stolz entstanden.

Herr SCHULTZ:

Die Bemerkung von Herrn METZGER ruft die Erinnerung an äußerst lebhafte Auseinandersetzungen in der Expertenkommission wach. Eigentlich würde ich entschieden und etwas stur für die Streichung des Art. 6 eintreten, sollte sich dieses Vorgehen als einigermaßen praktikabel erweisen. Denn wenn man hier überhaupt von Strafrecht spricht, dann muß man eben die Konsequenzen tragen und das Schuldprinzip beibehalten, so schwer dies auch fallen möge. Von der Expertenkommission wurde Art. 6 mit der oberen Grenze von 2000.– Franken Buße als Kompromiß angenommen. Wenn ich mir vorstelle, daß hier einfach die Buße schlechthin – ich habe rasch nachgeblättert, es handelt sich um Bußen von Fr. 30000.– bis zu Fr. 40000.– in einzelnen revidierten Erlassen – auf die juristische Person überwälzt werden könnte, so würden die Grundsätze des Strafrechtes einfach preisgegeben. Das, was man mit dem Gesetzeswerk erreichen wollte, würde verkannt: nämlich das in vielen Erlassen zerstreute, unsystematisch und unbefriedigend geregelte Strafrecht des Bundes auf dem Gebiet des Nebenstrafrechtes zu vereinheitlichen und den Grundsätzen des Strafgesetzbuches anzupassen. Davon würde in einem wesentlichen Punkt davon abgewichen. Ich glaube, in Absatz 4 steht das Äußerste, mit dem man sich noch, höchst ungern, abfinden könnte. Ich bin mir dessen bewußt, daß die Schwierigkeiten bestehen, die Herr METZGER berührt hat, sie sind auch auf anderen Gebieten vorhanden. Ich denke z. B. an die Gewässerverschmutzung; wenn ein großer Betrieb die Ursache eines solchen Vorkommnisses ist, bereitet es größte Mühe, die Verantwortlichkeit abzuklären. Manchmal läßt sich in dem Gewirr unterteilter Kompetenzen niemand finden, den man eigentlich, wie bei einfachen Straftatbeständen, mit der vollen Verantwortlichkeit belasten kann.

Ich frage mich, ob in dieser Frage nicht ein anderer Weg beschritten werden sollte, indem man bei den einfachen Steuerwiderhandlungen – Herr METZGER hatte ausdrücklich gesagt, es gehe ihm nicht um die qualifizierten Fälle mit Betrug oder betrugsähnlichem Einschlag, Urkundenfälschung, sondern um die sogenannte einfache Steuerhinterziehung – mit einer besondern Sanktion arbeiten würde. Dies in der Weise, daß man einfach anknüpft an die objektive Verletzung der Vorschrift und dann nachher, eigentlich wie bis anhin, tarifmäßig eine einfache, zweifache, dreifache, meinetwegen fünffache Nachsteuer auferlegt und den ganzen strafrechtlichen Zierat beiseite läßt. Das würde mir eher zusagen; ich

würde es irgendwie für ehrlicher ansehen, daß in diesem Fall auf das Strafrecht im herkömmlichen Sinn verzichtet und in diesem Sinne eine Sonderregelung eingeführt würde. Gegen die Ausdehnung der Ausnahme von Art. 6 des Vorentwurfes möchte ich mich jedoch mit aller Entschiedenheit wehren. Das wäre genau das Gegenteil von dem, was die mühsamen Vorarbeiten zu diesem Gesetz zu erreichen suchten. Ich darf daran erinnern, daß der Gesetzesentwurf in seinen Ursprüngen schon 10 Jahre alt ist. 1959–1963 bemühte sich die Kommission, alle die vielfältigen Regelungen des Strafrechtes im Nebenstrafrecht des Bundes auf diese Weise zu vereinheitlichen. Ich glaube, es wäre ein Erfolg, wenn wir jetzt, im 8. Jahrzehnt dieses Jahrhunderts, wenigstens zu diesem Ergebnis kommen würden. Im schlimmsten Fall wäre für das Steuerrecht, das seine Besonderheiten hat, eine ganz spezifische, steuerrechtliche Sondersanktion vorzusehen und von dem subjektiven Tatbestand in diesem Falle abzusehen. Die zweifache oder dreifache Nachsteuer stellte eine klar umschriebene Ausnahme dar, und damit könnte ich mich abfinden.

Herr DUBS:

Eine kurze Bemerkung zu dieser Frage: Ich stimme Herrn SCHULTZ grundsätzlich zu. Es wäre nicht richtig, einfach die in Art. 6 vorgesehene Möglichkeit der Bestrafung des Geschäftsbetriebes auf alle Fälle von Widerhandlungen auszudehnen. Zu prüfen wäre, ob dem Anliegen von Herrn METZGER nicht dadurch Rechnung getragen werden könnte, daß man die praktisch in Betracht fallenden Tatbestände zu Ordnungswidrigkeiten macht, unter Beibehaltung der Möglichkeit von Art. 6 für alle Ordnungswidrigkeiten. Gegen eine solche Ausdehnung der Bestrafung von Geschäftsbetrieben im Bereich jener Verstöße, die noch als Ordnungsverfehlungen qualifiziert werden können, hätte ich keine Bedenken. Hingegen ließe sich ein Verzicht auf die Prinzipien des Schuldstrafrechts bei Tatbeständen, die doch einen gewissen kriminalrechtlichen Gehalt aufweisen, nicht rechtfertigen.

Herr PFUND:

Sie sehen am Beispiel dieser Einzelfrage der Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben, wie schwierig und mühsam es ist, im Bundesrecht für die

Strafbestimmungen von bloß dreißig Gesetzen die Rechtseinheit herzustellen. Die Sonderwünsche wachsen unentwegt. Die Abteilung Warenumsatzsteuer möchte gerne die Strafbarkeit der juristischen Person, die Zollverwaltung und andere Ämter hätten gerne die Strafbarkeit des Täters mit Solidarhaft des Geschäftsherrn für Buße und Kosten, eine andere Verwaltung will durchwegs das Täterprinzip nach der Regel des Strafgesetzbuches verwirklicht haben, und das alles sollten wir unter einen Hut bringen. Die wild gewachsene Ordnung unseres Verwaltungsstrafrechts ist eben noch nicht gründlich von verschiedenen Seiten her durchleuchtet worden. Sie sehen das auch noch am folgenden Beispiel: Herr Bundesrichter DUBS hat zu Recht darauf hingewiesen, es wäre durchaus denkbar, die einfache Steuerhinterziehung mit einer Nachsteuer zu belegen, z. B. im vier- bis fünffachen Betrag der hinterzogenen Steuer. Die Steuergesetzgeber sind von dieser früher durchaus üblichen Ordnung weggekommen. Wenn ich es richtig sehe, gibt es heute keine oder nur noch sehr wenige Steuergesetze, die sich an diese Ordnung halten, sondern man hat neben der Nachsteuer, dem Nachbezug der vorenthaltenen Steuer die Hinterziehungsstrafe; man bezeichnet sie etwas ungeschickt als Strafsteuer. Wir könnten diese Strafe, wie die frühere Nachsteuer, ohne Rücksicht auf Verschulden eintreten lassen, also zum *Formaldelikt* zurückkehren. Das setzte uns aber in *Widerspruch zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, ausgerechnet im Moment, wo wir uns anschicken, diese Konvention zu unterzeichnen. Wir sind auf dem Wege, das zu tun, und haben übrigens bereits das Versprechen abgegeben, uns an die Menschenrechtskonvention zu halten, nämlich als wir den Beitritt zum Europarat erklärt. Wie könnten wir unsere Formaldelikte mit Art. 6 Abs. 2 der Menschenrechtskonvention vereinbaren, wonach niemand mit Strafe belegt werden darf, wenn nicht seine Schuld nachgewiesen ist? Ich bin auch gar nicht so sicher, ob man nicht mit der *Strafbarkeit der juristischen Person* ein der Konvention widersprechendes und daher unzulässiges Formaldelikt schaffen würde. Ich erinnere mich an ein Urteil des Obergerichtes Zürich. Das Gericht hatte außerordentliche Mühe mit der Strafzumessung, denn es ging um die Bestrafung einer juristischen Person nach Warenumsatzsteuerrecht, und es stellte sich die Frage, ob die Widerhandlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sei. Wie soll man diese Frage beantworten, wenn man nicht auf den Täter, eine natürliche Person abstellt, sondern nur die juristische Person betrachtet? Kann man sagen, sie habe vorsätzlich gehandelt? Ich sehe mich außerstande, bei der juristischen Person zu unterscheiden, ob sie selber vorsätzlich oder fahrlässig

oder überhaupt schuldhafte gehandelt hat. Also bliebe keine andere Wahl, als zurück zum Formadelikt, und man mag dann die Sanktion beim Steuerdelikt Nachsteuer nennen. Oder wir übernehmen die Strafe im Sinne unseres Strafrechts, aber dann müssen wir konsequent bleiben und daran denken, daß nur ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten bestraft werden kann; etwas anderes widerspräche unserer abendländischen Rechtsauffassung.

Und noch ein weiteres, sehr wesentliches Argument für die Lösung des Entwurfs ist hier anzubringen: Ich habe einleitend darauf hingewiesen, es gehe mir nicht darum, bei der Ahndung der Fiskaldelikte usw. die Staatskasse zu füllen; es liegt mir daran – ich glaube das ist das Wichtigste –, den legendären «kleinen Buchhalter» dazu zu bringen, daß er sich nicht mehr für Widerhandlungen hergibt, daß er gegebenenfalls seinem Geschäftsherrn deutlich erklärt, das oder jenes tue er nicht. Ich könnte Ihnen aus der letzten Vergangenheit zwei Fälle von Juristen nennen, die mir sagten, sie suchten eine andere Stelle, denn der Geschäftsherr habe ihnen Verhaltensweisen zugemutet, die sie nicht mit ihrem Gewissen vereinbaren könnten. Eine solche Einstellung der Angestellten wollen wir mit unserem Strafrecht erreichen oder stützen. Wenn der Buchhalter nicht von sich aus den Charakter hat, daß er sagt, das mache er nicht mit, dann müssen wir ihn mit der Strafe gezielt treffen. Wir müssen aber auch den Geschäftsherrn, der nicht dafür sorgt, daß sein Buchhalter ordnungsgemäß die Steuererklärung ausfüllt, und der nicht im Rahmen des Zumutbaren sich vergewissert, daß seine Steuererklärung stimmt, dazu bringen, daß er seine Pflichten erfüllt. Analoges gilt für den Gewässerschutz und für jedes Verwaltungsgesetz; sonst versteckt sich im Groß- oder Mehrmann-Betrieb der eine hinter dem andern. Ich hoffe, mit meinem Referat deutlich dargestan zu haben, daß die juristische Person und der Großbetrieb die Moralität des einzelnen Angehörigen irgendwie senkt. Es ist nun einmal eine psychologisch erhärtete Tatsache, daß sich der Einzelne für das, was die Gruppe tut, nicht mehr oder nicht mehr so stark verantwortlich fühlt, wie wenn er auf sich allein gestellt handelt. Und darum geht es. Das ist natürlich ein Plan auf lange Sicht. Man darf nicht erwarten, daß alles schon bessert, wenn das neue Gesetz in Kraft getreten ist, sondern es braucht eine lange Erziehung. Ich verstehe alle Äußerungen und alle Wünsche der Verwaltung, die «Fälle» möglichst rasch erledigen zu können, sehr gut; ich bin ja selber in dieser Verwaltung. Aber ich glaube, es ist wichtiger, dafür zu sorgen, daß solche «Fälle» gar nicht mehr vorkommen, oder nur noch in sehr beschränktem Ausmaß.

M. GAUTHIER:

Il y a quelques semaines, M. le professeur BERNARD SCHÜTZ, de la Faculté de droit de Besançon, est venu parler à Lausanne de la personnalité des peines en droit français, sujet de sa thèse qui, si je ne me trompe, n'est pas encore publiée. Dans la discussion qui a suivi son exposé, M. le professeur SCHÜTZ a insisté sur le fait, déplorable à ses yeux, que le droit français recourt de plus en plus à des sanctions prises à l'encontre de personnes morales, de sociétés, c'est-à-dire à des peines qui en définitive frappent non pas le coupable seul, mais aussi d'autres personnes. C'est un problème très vaste, que je ne veux pas développer ici. Je me suis cru autorisé à répondre à mon collègue français qu'en droit suisse, la tendance était inverse. Le Code pénal ne permet guère de prononcer des sanctions à l'égard des personnes morales. Le projet du Conseil fédéral s'efforce de mettre en accord la législation accessoire, notamment le droit pénal administratif, avec les principes généraux du droit pénal. J'ai entendu avec satisfaction les opinions exprimées jusqu'ici, qui vont, je crois, dans ce sens.

M. METZGER a parlé d'égalité. Si je l'ai bien compris, il pense surtout à l'égalité des contribuables. On peut envisager aussi l'égalité des condamnés. Je me demande si avec un système qui fait que tantôt une personne physique, facilement identifiable, serait déclarée coupable et frappée d'une peine, tantôt y échapperait en raison de la difficulté d'identifier le responsable, on ne s'expose pas aussi à certaines complications. Un arrêt du Tribunal fédéral, que j'ai cité dans mon rapport*, a rejeté le pourvoi en nullité d'une personne physique qui avait été condamnée à une peine pour une infraction qui, en soi, aurait pu faire l'objet d'une peine infligée à la personne morale. Le recourant disait: «Mais punissez donc la société, ne me frappez pas personnellement d'une peine qui sera inscrite à mon casier judiciaire». C'est évidemment plus facile d'échapper à la responsabilité de ses actes lorsqu'une sanction anonyme est infligée à une société sans que l'on recherche l'auteur de l'infraction. Il me paraît dès lors que si l'on veut essayer de rapprocher du droit pénal commun les règles générales applicables aux infractions du droit pénal administratif, il faut s'en tenir au principe, qui est du punir le coupable. Sinon, on fait autre chose. On introduit des sanctions de nature différente. Peu importe qu'on parle de contraventions aux prescriptions d'ordre ou de sanctions de droit administratif. De toute manière, en adoptant une pareille solution, on ne se rapproche plus du droit pénal.

* ATF 82, 1956, IV 41, JdT 105, 1957, IV 93.

M. CAVIN:

Je vous remercie. Je pense que la solution qui a trouvé son expression dans le projet s'explique en grande partie par le retard du droit pénal commun en cette matière. Et il est possible que cette solution que nous trouvons dans le projet de loi sur le droit pénal administratif préfigure une révision sur ce point du code pénal, et que le droit pénal et le droit pénal administratif puissent trouver là la règle commune qui, si ces deux législations avaient été édictées à la même époque, aurait certainement été réalisée.

Je vous propose de ne pas nous attarder sur ce point. Il y a un dernier sujet que je voudrais aborder, si M. le Président le permet et si vous nous y autorisez encore, c'est celui de la «Vielstraferei». Sur ce point, M. le juge fédéral GRISEL désire présenter quelques observations que nous entendrons volontiers.

M. GRISEL:

Monsieur le président, je suis gêné, l'heure est si avancée, je tâcherai de faire en trois minutes.

Tout d'abord, je pense qu'il convient de faire le partage entre les sanctions pénales et les mesures qu'on appelle administratives, comme l'a fait d'ailleurs dans son rapport, très judicieusement, M. le rapporteur. Il a parlé de l'«Ersatzvornahme», de la prestation de remplacement, on a parlé aujourd'hui de la contrainte administrative, je pense pour ma part que ces moyens devraient être réservés, que l'on ne peut pas s'en passer. Si, par exemple, un vigneron plante une vigne qui doit être arrachée, on ne pourra pas se contenter de lui infliger une peine d'amende ou même d'arrêts, il faudra arracher la vigne, il faudra interrompre l'exploitation d'une entreprise, bref, il y a là des moyens nécessaires. Je pense qu'il faudrait une disposition générale qui réservât tous ces moyens et je dois dire à cet égard que l'art. 47 al. 2 du projet m'inquiète un peu. Je pense qu'une disposition plus générale serait judicieuse.

L'autre observation que je fais en passant, c'est qu'il ne nous faut pas oublier non plus les moyens qui existent, les moyens notamment de la juridiction administrative. Je pense en particulier au cas suivant: d'après le projet, lorsque l'auteur d'un acte illicite en a tiré un avantage pécuniaire, cet auteur doit verser cet avantage à l'Etat. C'est bien, c'est déjà ce qui est prévu par de nombreuses dispositions. Mais la procédure ici va de

nouveau complètement changer. Actuellement l'administration, dans un cas de ce genre, par exemple une affaire de lait, l'administration émet un simple «Anspruch». Si l'intéressé n'entend pas verser la somme qui lui est réclamée, l'administration va ouvrir une action en instance unique, un procès de droit administratif, ce qui à mon avis est satisfaisant en ce sens que le juge a un pouvoir d'examen entier en fait, en droit et en opportunité.

En revanche, d'après l'art. 62 du projet, dans un cas de ce genre, qui serait assimilé à la confiscation, vous auriez les deux instances administratives dont je parlais tout à l'heure, puis la cause serait renvoyée devant les juges pénaux, éventuellement la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral, je ne sais pas, mais il me semble qu'ici la voie actuelle est plus satisfaisante et que vu la nature de ces affaires, il conviendrait mieux de les confier à des juges qui sont peut-être plus habitués à traiter de questions pécuniaires plutôt qu'à ceux qui infligent des peines.

En résumé, mes deux remarques étaient les suivantes:

1) il faut bien résérer d'une part les voies qui sont proprement administratives, on ne peut pas faire autrement, encore que je sois bien d'accord avec M. PFUND lorsqu'il déclare qu'il y aurait le plus grand intérêt à approfondir notamment la notion de la contrainte administrative;

2) il ne faut pas oublier ce qui existe, certaines voies qui me paraissent plus opportunes que celles qui nous sont ici proposées.

Herr SALADIN:

In aller Kürze möchte ich zwei Bemerkungen zum *Verhältnis von Verwaltungszwang und Verwaltungsstrafe* anfügen.

Herr PFUND hat darauf hingewiesen, daß von einem Ausbau des Verwaltungzwanges eine Reduzierung der Verwaltungsstrafen erwartet werden darf. Hierin liegt eine wichtige Aufgabe de lege ferenda. Indessen wirft das Verhältnis von Verwaltungszwang und Verwaltungsstrafen auch bedeutsame Fragen de lege lata auf. Ich nenne hier zwei: einmal die Frage, ob *kumulativ* Verwaltungszwangsmaßnahmen ergriffen und Verwaltungsstrafen ausgesprochen (bzw. angedroht) werden können. Hiezu nur soviel: Wenn ich Herrn PFUND richtig verstanden habe, scheint er eher der Auffassung zuzuneigen, daß eine solche Kumulierung nicht zulässig sein sollte, wenigstens nicht im Grundsatz. Gestatten Sie mir eine etwas abweichende Auffassung. Mir scheint, daß auch dann, wenn die Verwaltung die Erfüllung einer Verwaltungsrechtspflicht unmittelbar bewirkt – beispielsweise mittels Ersatzvornahme –, die Strafwürdigkeit des

Täters nicht weniger gegeben ist. Er hat ja eben gleichwohl seine Verpflichtung nicht erfüllt. Also vermag ich nicht einzusehen, warum dann nicht auch die Strafe verhängt werden soll, ja muß, obwohl natürlich die Verwaltung primär darauf zu achten hat, daß die Verwaltungs-Rechtspflicht erfüllt wird.

Die zweite Frage, die ich hier kurz erwähnen möchte, ist die der *Rangfolge* administrativer Zwangsmaßnahmen; sie ist außerordentlich dornenvoll. Gerade hier wäre eine vertiefte wissenschaftliche Analyse dringend notwendig. Hier möchte ich nur soviel bemerken: Nach Art. 42 des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist keine Verwaltungszwangsmäßnahme zulässig, welche den Pflichtigen stärker belastet als unbedingt notwendig. Ich glaube, daß dieser Grundsatz, so einfach und angenehm er auch tönt, in der Anwendung und im Grundsätzlichen doch problematisch ist. Zunächst können, wie bemerkt, die Anwendung von Verwaltungsstrafbestimmungen (Spezialnormen oder Art. 292 StGB) und die Verhängung von Verwaltungszwangsmäßnahmen i.e.S. nicht in einem eigentlichen Konkurrenzverhältnis zueinander stehen – obwohl nach Terminologie und Systematik des Verwaltungsverfahrensgesetzes der Grundsatz des Art. 42 für sämtliche «Zwangsmittel» im Sinne von Art. 41 zu gelten bestimmt ist. Der Grundsatz der «Verhältnismäßigkeit» erscheint aber auch problematisch, wenn man bedenkt, daß prinzipiell jede Zwangsmäßnahme zunächst angedroht werden muß*. Der Sinn der Androhung besteht jedoch darin, daß man dem betreffenden Pflichtigen «Eindruck» machen will; er soll mit Nachdruck daran erinnert werden, daß er seine Pflicht noch nicht erfüllt hat. Die Androhung muß daher im konkreten Fall stark genug sein, sie muß dem Pflichtigen einen hinreichenden Impuls zum Handeln geben. Für die Wahl des (anzudrohenden) Zwangsmittels müssen daher primär die Kriterien der Sachadäquanz und des mutmaßlichen «Eindruck-Machens» bestimmt sein; und erst wenn nach Maßgabe dieser Kriterien mehr als ein Zwangsmittel in Betracht fällt, sollte der Grundsatz möglichst geringer Belastung zur Anwendung kommen.

Herr SCHULTZ:

Es tut mir leid, daß ich der allgemeinen Übereinstimmung hier nicht folgen kann. Wenn es nur um die Ersatzvornahme und die Wiederherstellung im Sinne von Rückerstattung ginge, dann wäre das Problem ein-

* Art. 41, Abs. 2, des Verwaltungsverfahrensgesetzes, mit dem Vorbehalt des Abs. 3.

fach. Darf ich Ihnen nur eine ganz kleine Blütenlese von dem mitteilen, was wir tatsächlich in unserer Rechtsordnung haben. Das geht weit über das hinaus. Im Bundesratsbeschuß vom 21. 4. 1971 über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer heißt es in Art. 20 Abs. 2: Gesuche um Verlängerung von Bewilligungen usw. von Arbeitgebern, die wiederholt in schwerer Weise die Bestimmungen übertreten haben, unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens, sind abzulehnen oder nur teilweise zu bewilligen. Der Bundesratsbeschuß vom 3. 3. 1961 betreffs die Übernahme von inländischem Weißwein bestimmt in Art. 26 Abs. 1: Wer als Veräußerer falsche oder irreführende Angaben macht, verliert sein Anrecht auf die Abgabe von Weinen und wird von jeglicher Teilnahme an der Aktion ausgeschlossen. Im Bundesgesetz vom 19. 3. 1965 über Maßnahmen zur Förderung des Wohnbaues steht in Art. 18 Abs. 1: Bei Irreführung oder Versuch dazu ist die Zusicherung der Bundeshilfe zu verweigern, bereits erteilte Zusicherungen sind rückgängig zu machen und Zahlungen zurückzuerstatten, außerdem sieht Abs. 2 vor: Ausschluß der fehlbaren Gesuchsteller oder der aus der Zusicherung Berechtigten von der Bundeshilfe, Sperrung der Mitwirkung an andern vom Bund in Auftrag gegebenen oder unterstützten Arbeiten! Noch eine Perle: Im Reglement über die Hausinstallationskontrolle vom 4. Mai 1956 wird in Art. 49 neben der Strafandrohung gesagt: «Weitere Maßnahmen bleiben vorbehalten». Die Berichterstatter haben dieses Problem kaum gestreift. Herr GAUTHIER hat es etwas in den Vordergrund geschoben. Wir stoßen hier auf ein außerordentlich interessantes, leider noch nicht allgemein durchgearbeitetes Problem, nämlich das einer allgemeinen Sanktionenlehre. Herr GAUTHIER hat angefangen mit dem Schadenersatz, aufgehört mit der Strafe und den Gesamtzusammenhang gegeben; aber wo gehören nun diese Dinge hin? Ich bin überzeugt, der Bauunternehmer, der keine Bundesaufträge bekommt, ist heute möglicherweise nicht so unglücklich. Aber vielleicht in ein paar Wochen oder paar Monaten oder paar Jahren. Der Bezüger irgendeiner Unterstützung, der plötzlich von der Aktion ausgeschlossen worden ist, wird durch diese Maßnahme viel stärker getroffen, als wenn man ihm eine Buße von zweihundert bis fünfhundert Franken auferlegt. Ja, was ist die besondere Sanktion? Ist sie Strafe? Ist sie Maßnahme? Was ist sie? Wie wird sie zugemessen? Sie haben bemerkt: Bei all diesen Sanktionen fehlt eine Befristung und eine sachliche Begrenzung. Wie bemesse ich sie? Im Strafrecht haben wir wenigstens noch Strafrahmen, welche allerdings gelegentlich sehr weit sind, aber wir haben wenigstens eine obere Grenze. Wie sollen diese Maß-

nahmen verhängt werden? Selbst wenn eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle durch das Bundesgericht möglich ist, nach welchen Grundsätzen soll die Kontrolle ausgeübt werden, wenn der Gesetzgeber gar keine Maßstäbe gegeben hat? Ich möchte nur auf dieses Problem hinweisen, es ist von außerordentlicher Bedeutung, nicht nur in unserem Land. Vor genau 10 Jahren haben die nordischen Kriminalisten über dieses Problem der Spezialsanktion des Verwaltungsrechts diskutiert, und mein Kollege THORNSTEDT aus Stockholm hat die Meinung vertreten, daß diese Sanktionen einmal das ganze Verwaltungsstrafrecht ersetzen könnten und daß das eigentliche Strafrecht nur noch und wirklich als ultima ratio zum Zuge kommen würde. Sie erinnern sich alle aus Ihrem Studium, ich bin dessen gewiß, der Innominatskontrakte des justinianischen Rechts. Ich hoffe, daß vielleicht einmal ein junger Wissenschaftler oder ein zukünftiger Juristentag sich dieser Innominatssanktionen annehmen wird!

Herr PFUND:

Ich möchte ganz kurz ein allfälliges Mißverständnis beseitigen. Wenn meinem Bericht entnommen werden sollte, daß ich die *Kumulation von Ungehorsamsstrafe und Ersatzvornahme* ablehne, so wäre das ein Irrtum. In Fußnote 392 verweise ich auf MAX IMBODEN, der sagt, eine Kumulation erscheine als sehr fraglich, und ich bemerkte dazu, IMBODEN qualifizierte eben die Ungehorsamsstrafe als Mittel des Verwaltungszwanges, nicht als echte Strafe. Wird sie, wie ich es vorbehaltlos bejahe, als Strafe betrachtet, so bin ich mit Herrn SALADIN der Auffassung, daß die Kumulation möglich ist. Ich bin auch gegen die *gesetzlich vorgeschriebene Rangfolge* der behördlichen Maßnahmen im Falle eines Ungehorsams.

Offen bleibt nach wie vor das Problem der *Pseudostrafen*. Dieses Problem beschäftigt auch mich schon lange; seine Behandlung ist der Guillotine bezüglich des Umfanges der Referate des Juristenvereins und der fehlenden Zeit zum Opfer gefallen; es stand auf meiner Traktandenliste. Daher bin ich froh, daß Herr Prof. SCHULTZ diese Gebilde doch noch erwähnt und zu Recht beigefügt hat, das wäre ein Thema für einen zukünftigen Juristentag. Wir müssen uns im übrigen bescheiden darüber klar sein, daß wir mit dem diskutierten Entwurf nicht für die Ewigkeit kodifizieren wollen oder können. Die Zeit geht viel zu rasch vorwärts, als daß wir heute bei einem Gesetzgebungswerk mit einer Wirkungszeit von 20 bis 30 Jahren rechnen dürfen. Und ich bin gewiß, daß in der nächsten

Etappe der Revision unseres Strafgesetzbuches Verschiedenes von der Vorarbeit, die für die Vorlage über das Verwaltungsstrafrecht geleistet worden ist, wird herübergeholt werden können. Die Vorarbeit am Verwaltungsstrafrecht ist, auch soweit sie im Entwurf nicht einen greifbaren Niederschlag gefunden hat, jedenfalls nicht verlorene Arbeit. Und es ist meine Hoffnung, daß sie schon bald von Nutzen sein werde.

M. CAVIN:

M. le professeur GAUTHIER me fait signe qu'il renonce à reprendre la parole. Il ne me reste plus qu'à remercier de la façon la plus chaleureuse Messieurs les participants à cette table ronde pour la richesse de leurs interventions et pour le soin qu'ils ont mis, nous avons pu nous en rendre compte, à les préparer.

Monsieur le président, mes pouvoirs s'arrêtent là, je vous rends la parole.

* * *

Der Präsident des Juristenvereins spricht den dreifachen Dank aus gegenüber den Teilnehmern des Runden Tisches, dem Organisationskomitee und den Juristen des Kantons Obwalden sowie allen Teilnehmern des diesjährigen Juristentages. Um 12.00 Uhr erklärt er die Verhandlungen der 105. Jahresversammlung für geschlossen.