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: 92 (1973)

Rubrik: Protokoll der 107. 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: 27.03.2026

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

Protokoll der 107. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

vom 7., 8., 9. September 1973 in Basel

Sitzung vom Samstag, den 8. September 1973
in der Aula der Universität Basel

Präsident
Prof. Dr. KURT EICHENBERGER, Basel/Arlesheim

I.

Die Sitzung wird um 8.30 Uhr mit folgenden Ausführungen des Präsidenten eröffnet:

Ich freue mich, Sie zur 107. Jahresversammlung in Basel willkommen heißen zu dürfen, zu einem gut besuchten Juristentag, zu dem über 600 Anmeldungen eingegangen sind. Vor 10 Jahren haben wir an dieser Stätte getagt, und der damalige Präsident, Herr Professor Dr. PETER JÄGGI, hat liebenswürdige Worte der Anerkennung und der Verbundenheit an die Stadt, an die Universität, an die Juristische Fakultät und an die Basler Juristen gerichtet – Dinge, die ich als Angehöriger der Universität und der Fakultät mit Fug nur partiell wieder aufnehmen darf, darunter sicherlich dies: den herzlichen Dank an das rührige und unermüdliche Organisationskomitee, das unter dem Präsidium von Herrn Dr. EBERHARD WEISS seit langer Zeit am Werke ist und nun die Tage der Realisation sich endlich vollziehen lassen kann. Herr Professor HANS HINDERLING, Präsident des Basler Juristenvereins und Mitglied des Organisationskomitees, wird eine Begrüßungsadresse an die heutige Versammlung richten. Ich darf sodann einen zweiten Dank abstatten. Die Juristische Fakultät hat dem diesjährigen

Juristentag eine Festgabe gewidmet, in deren Vorwort der Dekan, Herr Professor GÜNTER STRATENWERTH, die Sonderheit hervorhebt: Es handelt sich um «Arbeiten der jüngeren Generation wissenschaftlich interessierter Juristen, die an der Basler Fakultät als *Assistenten* tätig waren oder sind». Der Verlag Helbing und Lichtenhahn macht zum 150jährigen Geschäftsjubiläum diese Festgabe den Tagungsteilnehmern zum Geschenk. Dem Dekan, dem Verlag, insbesondere aber den jungen Verfassern, die erstmals Freuden und Leiden von Festgaben-Beitrags-Autoren erfahren haben, tue ich die besondere Dankbarkeit des Juristentages kund.

Ich komme zur Begrüßung der Ehrengäste. Herr Bundesrat Dr. KURT FURGLER wird im Laufe des Abends zu uns stoßen und an der Vormittagssitzung vom Sonntag das Wort an den Juristentag richten; die protokollarische Begrüßung aber sei heute schon angebracht. Ich freue mich, an Herrn a. Bundesrat LUDWIG VON MOOS die herzliche Begrüßung aussprechen zu können. Daran fügt sich der verbindliche Willkommensgruß an den Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts, Herrn Bundesrichter Dr. HANS TSCHOPP, der sich heute in seiner zweiten Heimatstadt aufhält, und an den Präsidenten des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Herrn Bundesrichter Dr. PIETRO MONA. Die Liste der Ehrengäste ist dieses Jahr – um in Begriffen zeitgemäßer Soziologie zu reden – hochkomplex, erstens, weil die vor 10 Jahren noch erwartete Wiedervereinigung der beiden Halbkantone gescheitert ist und Basel-Stadt wie Basel-Landschaft ihre behördliche Prominenz freundlicherweise zu uns entsenden, zweitens, weil der Stadtstaat Basel eigenwillige Behördengefüge ausbildet, was sich u.a. in der protokollarischen Ordnung niederschlägt. Die anlaufende Kooperation beider Halbkantone ersehen Sie daraus, daß in verdankenswerter Weise beide Regierungen den Juristentag empfangen, der eine zu Wasser, der andere zu Land. Ich richte den respektvollen Gruß an die beiden Justizdirektoren, die Herren Regierungsrat Dr. KURT JENNY (Basel-Stadt) und Regierungsrat Dr. CLEMENS STÖCKLI (Basel-Landschaft), sodann an die Herren Appellationsgerichtspräsidenten Dr. HELLMUT STOFER, unseren verehrten Juristentags-Referenten des Jahres 1958, Dr. FRITZ BLOCHER und Dr. MATHIAS STÜCKELBERGER, an den Obergerichts-

präsidenten Basel-Landschaft, Herrn Dr. RENÉ BACHER, sowie an den Präsidenten des Verwaltungsgerichts Basel-Landschaft und geschätzten Juristentags-Referenten des Jahres 1960, Herrn Professor ERNST FISCHLI, schließlich an die Herren Zivilgerichtspräsident Dr. HANS DRESSLER und Strafgerichtspräsident Dr. PETER DETTWILER. Ebenso begrüße ich den Statthalter des baselstädtischen Großen Rates, Herrn Direktor H. F. AMMANN, und den Bürgerratspräsidenten von Basel, Herrn HANSPETER STUDER. Die höflichen Grüße des Juristentags richten sich sodann an Herrn a. Bundesverfassungsrichter Professor ERNST FRIESENHAHN, den ehemaligen Präsidenten des Deutschen Juristentags und hochverdienten Gastdozenten in Basel; an Herrn Dr. JAKOB FREY-CLAVEL, den Gastgeber von Augst; an den Prorektor der Universität, Herrn Professor Dr. med. FRIEDRICH RINTELEN, den Hausherrn unserer Tagung; an den um den Schweizerischen Juristenverein höchst verdienten Adjunkten des Rektors, Herrn Dr. A. VEILLON; an den Verleger Dr. h.c. HEINZ HELBING und dessen unentwegte Mitarbeiterin, Frau MARLENE KESSER. Herrn Helbing und Frau Kesser schulden wir dauernd Dank für ihren Einsatz um unsere schriftlichen Referate und Mitteilungen. Sie haben auch dieses Jahr in buchstäblich «heißem Bemühen» das fast Unmögliche möglich gemacht und die schriftlichen Referate noch so rechtzeitig herausgebracht, daß Chancen der Lektüre vor dem Juristentag geschaffen wurden.

Hier darf ich sogleich anfügen, daß sich der Vorstand vollauf bewußt ist, wie sehr eine frühere Aushändigung erwünscht und nötig wäre, und er hat sich entschlossen, den Ablieferungstermin für die Manuskripte vom Februar auf den November des Vorjahres zurückzuverlegen, in der Hoffnung, daß daraus schließlich befriedigende Endtermine erwüchsen. Es wäre indessen unrichtig, gerade die Referenten dieses Jahres einem leisen Tadel zu unterstellen, denn sie haben nicht nur sehr heikle und problemreiche Themen zu behandeln gehabt, sondern auch unter ungewöhnlich erschwerten Verhältnissen arbeiten müssen, indem sie durch Beruf, Universitätsämter und Universitätsverpflichtungen, die heute Last und Pein bedeuten können, ohnehin voll beansprucht waren und sich die Zeit für ihre Untersuchungen abringen mußten. Um so schöner

ist es, daß daraus profunde Referate hervorgegangen sind, die jetzt schon ihres bleibenden Wertes gewiß sein dürfen.

II.

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung als Sekretäre:

Herrn Dr. RENÉ RHINOW, akademischer Adjunkt der basellandschaftlichen Justizdirektion, Reinach BL, und

Herrn Dr. FRANÇOIS CHAUDET, Anwaltspraktikant, Lausanne.

III.

A. Der Präsident erstattet Bericht über das Vereinsjahr 1972–1973:

1. Der Verein hat im Berichtsjahr 134 *neue Mitglieder* aufgenommen. Dieser erfreulich hohen Zahl steht der Verlust von 61 Mitgliedern gegenüber: Wir haben 38 Kollegen durch Tod verloren; 23 haben den Austritt erklärt. Der effektive Zuwachs macht somit 73 aus. Der Mitgliedergesamtbestand beträgt 2781. Ich heiße die neu aufgenommenen Mitglieder, von denen eine stattliche Schar am Juristentag teilnimmt, herzlich willkommen, und ich danke den Kollegen, die sich um die Werbung bemüht haben, bestens.

Dem Verein sind beigetreten (Stand 18. August 1973)*:

Zürich

Christoph Aisslinger, lic. iur., Wallisellen
Dr. Karl Arnold, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Christian Benz, Zürich
Jakob Benz, Obergerichtssekretär, Winterthur
Hanspeter Burkhart, Rechtsanwalt, Zürich

* Aus Zeitgründen verzichtete der Präsident auf die Verlesung der im folgenden abgedruckten Beitritte, Demissionen, Todesfälle und Nekrologe.

Dr. de Capitani, Rechtskonsulent, Zürich
Christian Finsler, Patentanwalt, Langnau a.A.
Robert Flach, Rechtsanwalt, Greifensee
Dr. Wolfgang Froriep, Zürich
Luisa Giussani, lic.iur., Zürich
Markus Hohl, lic.iur., Winterthur
Dr. Jörg Honegger, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Klaus Hug, Rechtsanwalt, Zürich
Beatrix Iklé, Rechtsanwalt, Kloten
Dr. Adolf E. Kammerer, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Richard Lanz, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Martin Lendi, Professor für Rechtswissenschaft ETH Zürich, Küsnacht
Dr. Hans Mahnig, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Balthasar Maetzener, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Paul Müller, Schweiz. Rückversicherungs-Gesellschaft, Zürich
Dr. Marc Ronca, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Heinrich Schmucki, Rechtsanwalt, Zollikon
Dr. Werner Sprenger, Rechtsanwalt, Egg
Dr. Hans-Rudolf Steiner, Rechtsanwalt, Zollikerberg
Dr. Werner Wichser, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Hans-Jakob Zellweger, Rechtsanwalt, Ottoberg
Dr. Robert Zuellig, Rechtspraktikant, Wädenswil

Bern

Alain Clerc, lic. en droit, juriste, Liebefeld
Jacques Clerc, lic. en droit, juriste et actuaire, Bern
Dr. Hans-Peter Gasser, Ostermundigen
Johannes Jost, Fürsprecher, Muri
Walter Schnewlin, Fürsprecher, Bezirksanwalt, Ortschwaben
Dr. Luigi Spadini, Rechtsanwalt und Notar, Liebefeld
Dietrich Stettler, Fürsprecher, Burgdorf
Alexander Weber, lic. iur., juristischer Mitarbeiter, Bern
Pierre Weber, avocat, Bienne
Jürg Wegelin, Fürsprecher, Bern

Schwyz

Dr. Elisabeth Blunschy-Steiner, Rechtsanwältin, Schwyz

Freiburg

Jacques Buchi, avocat, Marly
Dr. Lutz Krauskopf, Eidg. Beamter, Fribourg

Anne Nordmann, lic. en droit, Fribourg
Beat Renz, avocat, Courtepin
Emmanuel de Reyff, lic. en droit, juriste, Fribourg
Louis Rigolet, avocat, Fribourg
Paul-Henri Steinauer, lic. en droit, Bulle
Pierre Zappelli, avocat, Président du Tribunal de la Sarine, Fribourg

Solothurn

Fritz Schuhmacher, lic. iur., Dornach

Basel-Stadt

Dr. Walter Burkhard, Erster Staatsanwalt des Kantons Basel-Stadt, Basel
Felix Escher, lic. iur., Basel
Dr. Alex Fischer, Advokat, Basel
Dr. Dorrit Freund, Basel
Bernhard Gasser, lic. iur., Basel
Dr. Heinz Helbing, Verleger, Basel
Max Huth, lic. iur., Basel
Dr. Susanne Imbach, Juristin, Basel
Maria Iselin-Loeffler, lic. iur., Basel
Dr. Rolf E. Jucker, Substitut in Advokaturbureau, Basel
Dr. Paul Ulrich Lanz, Advokat, Basel
Peter Mosimann, Advokat, Basel
Walter E. Pfister, lic. iur., Advokat, Basel
Tadeusz Porawski, lic. iur., akademischer Mitarbeiter, Basel
Roland C. Rasi, lic. iur., Advokat, Basel
Johannes Reimann, lic. iur., juristischer Mitarbeiter bei der SUVA, Basel
Kurt Ritschard, lic. iur., Basel
Mario Jean Roberty, lic. iur., Advokat, Basel
Stefan Ronca, lic. iur., Rechtsanwalt, Basel
Dr. Alexander Ruch, Basel
Rudolf Schaller, lic. iur., Basel
Erwin Schillinger, lic. iur., Gerichtsschreiber, Basel
Dr. Andreas Staehelin, Advokat und Notar, Basel
Peter Staehelin, lic. iur., Gerichtsschreiber, Basel
Marie-Louise Stamm, lic. iur., Basel
Dr. Sergio Taddei, Jurist, Riehen
Dr. Mathias Widmer, Vizedirektor der Allg. Treuhand AG, Basel
Philippe Zogg, lic. iur., Advokat, Basel

Basel-Landschaft

Dr. Markus Böglin, Advokat, Reinach
Dr. Benno Brauchli, Bezirksschreiberei-Inspektor, Arlesheim
Dr. Beat Feigenwinter, Liestal
Ernst Heimann, lic. iur., Statthalter, Sissach
Dr. Dora Hofstetter-Schweizer, Reinach
Jean-Marc Jörin, lic. iur., Binningen
Thierry P. Julliard, lic. iur., Gerichtsschreiber, Reinach
Hans Rudolf Kuhn, lic. iur., Gerichtsschreiber, Arlesheim
Dr. Felix Liatowitsch, Advokat, Allschwil
Peter Meier, lic. iur., Obergerichtsschreiber, Arlesheim
Dr. Heinz Moriz, Allschwil
Dr. Thomas Stähelin, Binningen
Dr. Clemens Stöckli, Regierungsrat, Muttenz
Dieter Tschudin, lic. iur., Frenkendorf
Verena Tschudin, lic. iur., Lausen
Dr. Hans Wolfer, Advokat, Binningen

Schaffhausen

Heinz Aemisegger, Rechtsanwalt, Schaffhausen

Appenzell AR

Hanspeter Geiser, lic. iur., Wirtschaftsjurist, Lustmühle

St. Gallen

Dr. Christoph Kamm, Jurist, Ulisbach

Graubünden

Andrea Engi-Marmy, lic. iur., Chur
Markus Metz, lic. iur., Chur
Dr. Eva Metzger-Wüst, Rechtsanwältin, Chur
Dr. Alex Schmid, Rechtsanwalt, Chur
Dr. Fortunato Vincenz-Bundi, Jurist, Chur
Antonio Zendralli, avvocato, Roveredo

Aargau

Dr. Albert Killer, Oberrichter, Umiken bei Brugg
Dr. Franz Manser, Rechtsanwalt, Rechtsabteilung BBC, Nussbaumen

Tessin

Rocco Bonzanigo, avvocato, Lugano
Marco Brenni, lic. iur., Jurist, Vaglio
Gianfranco Caroni, lic. iur., Jurist, Minusio
Bruno Cocchi, avvocato e notaio, Massagno
Piergiorgio Mordasini, lic. iur., Locarno
Erica Sommer, lic. iur., Bissone

Waadt

Aldo Borella, lic. en droit, juriste, Lausanne
Paolo Gallone, Dr en droit, avocat-stagiaire, Lausanne
Prof. Ulrich Immenga, Dr en droit, Monts-de-Corsier
François Meylan, Dr en droit, greffier des tribunaux des districts de Vevey et de Lavaux, Lausanne
Jean-Maxime Picconi, lic. en droit, avocat-stagiaire, Lutry
Eugène Ruffy, Dr en droit, avocat, Lausanne
Michel Steveking, Dr en droit, avocat, Lausanne
Pierre Alain Tache, Dr en droit, avocat, Lausanne
Bernard Viret, Prof. à l'Université de Lausanne, Lausanne

Wallis

Marius-Pascal Copt, avocat, Martigny
Daniel Ismand, avocat et notaire, Sion
Dr. Max Schneller, Advokat, Direktionsassistent, Venthône
Edmond Tavernier, lic. en droit, Martigny

Neuenburg

François Buschini, avocat, Boudry
A. M. Grau Bietry, avocate, Neuchâtel

Genf

Jean Clostre, avocat, Genève
Anne-Françoise Comte, lic. en droit, avocat-stagiaire, Genève
Ariane Fleuti-Godel, lic. en droit, juriste, Genève
Daniel Gorin, lic. en droit, juriste de banque, Genève
Giorgio Malinverni, Dr en droit, chef de travaux à la faculté de droit, Genève
Michel Muhlstein, avocat, Genève
François Perret, Dr en droit, avocat, Genève
Gerry Petitjean, Dr en droit, avocat, Genève

Dominique Rochat, lic. en droit, avocat-stagiaire, Genève
Vladimir Stemberger, lic. en droit, avocat-stagiaire, Genève
Raeto Christoph Zarn, lic. en droit, avocat-stagiaire, Grand-Saconnex

Gestorben sind folgende Mitglieder*:

Eintritts-jahr	
1927	Dr. Antonio Antognini, Advokat und Notar, Bellinzona
1961	Dr. Kurt von Arx, Rechtsanwalt, Zürich
1920	Prof. Dr. Emil Beck, Muri/Bern
1949	Dr. Alfred Blunschy, Rechtsanwalt, Schwyz
1945	Dr. Oskar Bosshardt, Zürich
1942	Dr. Josef Brändle, Riehen
1925	Dr. Friedrich Brügger, Rechtsanwalt, Chur
1923	Dr. Ugo Brunner, Advokat, Minusio
1945	Raymond Deonna, Dr en droit, Genève
1933	Prof. Dr. Ernst Durtschi, a. Direktor, Winterthur
1961	Dr. Gregor Edlin, Rechtsanwalt, Küsnacht
1938	Prof. Edouard Folliet, Genève
1918	Prof. Dr. Hans Fritzsche, Zollikon
1949	Dr. Paul Giezendanner, Rechtsanwalt, Zürich
1921	Dr. Hans Peter Göttisheim, Basel
1970	Frau Dr. Simone Guyer-Georg, Schaffhausen
1948	Jean Humbert, avocat, Genève
1965	Pierre Jung, avocat, Neuchâtel
1910	Prof. Dr. Paul Logoz, a. Juge fédéral, Genève
1972	Dr. Hans Peter Matter, Rechtskonsulent, Bern
1952	Dr. Carl Meyer, Direktor, Rüschlikon
1920	Prof. Philippe Meylan, Lausanne
1939	Johannes Müller, Rechtsanwalt, Buchthalen
1928	Dr. Heinrich Nauer-Weber, Zollikon
1912	Prof. Dr. Carl Ott, Neuchâtel
1938	Louis Pictet, notaire, Genève
1945	Dr. Walter Real, Oberrichter, Aarau
1934	Emile Richard, a. juge cantonal, Lausanne
1940	Dr Paul Rossy, Genève
1962	René Schmid, Dr en droit, Genève
1949	Dr. Walter Schneider-Mousson, Advokat, Zürich
1934	Frédéric-Edwin Simond, Dr en droit, Lausanne
1949	Dr. Kurt Spörri, Jugendanwalt, Bubikon
1913	Dr. Jakob Vogel, Fürsprecher, Bern

* Stand 18. August 1973

Eintrittsjahr

1926 Dr. Hermann Walder, Rechtsanwalt, Zollikon
1923 Dr. Alfred Wegelin, Direktor, Bern
1943 Dr. Helmut Wiemken, Riehen
1968 Dr. Karl Zeltner, a. Regierungsrat, Arlesheim

Demissionen liegen vor von*:

1967 Dr. Libero Barboni, Giudice del Tribunale appello, Lugano
1966 Dr. Nicole Biert, a. Redaktor NZZ, Zürich
1961 Dr. Max Brosi, Oberrichter, Solothurn
1941 Dr. Peter Ehret, Fürsprech, Sursee
1959 Dr. Hermann Eisenhut, Rechtsanwalt, Uhwiesen
1929 Julien Girard, notaire, La Chaux-de-Fonds
1956 Louis Grassmann, notaire, Lausanne
1955 Dr. Giuseppe Greppi, pretore, Lugano
1958 Prof. Dr. Max Keller, Bezirksrichter, Erlenbach
1949 Albert Laissue, avocat, Berne
1948 Robert André Messerli, Fürsprecher, Bern
1938 Dr. Werner Meyer, Direktor, Winterthur
1921 Otto Müller, Notar, Bern
1962 William O'Davoren, Conseiller jur. anglais, Genève
1961 Dr. Kurt Reichlin, Rechtsanwalt, Riehen
1909 Dr. Hans Ringier, Fürsprech, Riehen
1967 Dr. Emilio Riva, Lugano-Besso
1946 Dr. Hans Ronca, Stadtrat, Luzern
1943 Rodo von Salis, Neuchâtel
1934 Raymond Schirmer, avocat, Vevey
1964 Dr. Georges A. Streichenberg, Advokat, Basel
1968 Dr. Caspar von Moos, Bezirksgerichts-Präsident, St. Moritz
1963 Dr. Hans Wieland, Erster Staatsanwalt, Basel

Über Mitglieder, die im Berichtsjahr** verstorben sind, liegen nachstehende Angaben vor:

Am 20. Mai 1972 verschied 90jährig CHARLES BARDE, eine Persönlichkeit, die ihr Leben ganz dem Recht und der Rechtsprechung gewidmet hatte. Der Verstorbene war Mitglied der Genfer Gerichtsbehörden während 56 Jahren. Von 1914 bis 1919

---

* Stand 18. August 1973

** Einzelne Nekrologe betreffen Mitglieder, die im Berichtsjahr 1971/1972 verschieden sind, deren Nekrologe jedoch erst nach Drucklegung des letztjährigen Protokolls erhältlich waren.

war er am Tribunal de Première Instance, dann bis 1954 an der Cour de Justice, die er 1932–1934 präsidierte, und schließlich bis 1966 am Kassationshof tätig, dessen Vorsitzender er 1956–1958 war. Auf nationaler Ebene ist sein Präsidium eines der kriegswirtschaftlichen Strafgerichtshöfe zu erwähnen. Besondere Verdienste erwarb er sich jedoch durch seine richterliche Tätigkeit an verschiedenen internationalen Tribunalen: Nach dem ersten Weltkrieg stand er einem rumänisch-österreichischen Reparationsgericht und einem Schiedsgericht vor, das die Klagemauerfrage in Jerusalem behandelte. Von 1955 bis kurz vor seinem Tod präsidierte er die erste Kammer des französisch-deutschen Gerichtshofes für die Wiedergutmachung der Kriegsschäden. Der Verstorbene war auch außerhalb des juristischen Tätigkeitsfeldes aktiv. Als leidenschaftlicher Tennisspieler wurde er 1964 Ehren-Vizepräsident des Internationalen Tennisverbandes. Dem Juristenverein war er 1919 beigetreten.

Emil Beck, geboren am 25. November 1888, studierte nach der Matura, die er an der Kantonsschule in Chur erwarb, Jurisprudenz an der Universität Bern und promovierte 1916 bei Eugen Huber mit einer Dissertation über das Thema «Der Eigentumsvorbehalt nach schweizerischem Recht». Abkömmling einer Walser Familie, wurde er Geschäftsträger des Fürstentums Liechtenstein in der Schweiz, als der er sich große Verdienste beim Zustandekommen des Zollvertrages zwischen den beiden Staaten erwarb. Die Redaktion des Sachenrechts des liechtensteinischen ZGB wurde durch ihn besorgt. Mit seinem andern Bürgerrecht, demjenigen von Seewis im Kanton Graubünden, trat der Verstorbene in die Justizabteilung des Bundes ein, als deren Vizedirektor er in der Folge amtete. Mit sicherem juristischem Wissen ausgestattet, war er besonders stark mit Gesetzgebungsprojekten beschäftigt; von ihm stammen viele Vorentwürfe und Botschaften von grundlegender Bedeutung und Beschwerdeentscheide von präjudizieller Wirkung. Im Internationalen Privatrecht habilitierte er sich 1918 und wurde 1933 Extraordinarius. Aus seiner Feder stammen mehrere wissenschaftliche Werke, von denen namentlich die Kommentierung der dem IPR gewidmeten Artikel des Schlußtitels des ZGB (1932 in der Berner Kommentarreihe erschienen) und der Kommentar zum Bürgschaftsrecht (1942) hervorzuheben sind. Prof. Beck, am 31. Januar 1973 verstorben, gehörte dem Juristenverein seit 1920 an.

Geboren am 8. April 1921 in Einsiedeln, durchlief Alfred Blunschy die Gymnasien in Ascona und Einsiedeln, ehe er, nach Studien in Fribourg und Bern, im Jahre 1946 an der juristischen Fakultät der Universität Bern den Doktortitel erwarb. Ein Jahr später eröffnete er zusammen mit seiner Gattin eine Anwaltspraxis in Schwyz. Als ausgeprägter Kantonalpolitiker, Mitbegründer der Christlichsozialen Partei des Kantons Schwyz, deren Mentor er bis 1970 blieb, war er von 1950 bis 1958 Gemeinderat in Schwyz und bekleidete von 1956 bis 1958 das Amt des Gemeindepräsidenten. Von 1952 bis 1972 gehörte er dem Kantonsparlament an, dessen Präsidium er 1958/59 innehatte. Die Elektrizitätspolitik des Bezirkes Schwyz ist eng mit seinem Namen verbunden, setzte er doch die Gründung der EBS AG

durch, welche Gesellschaft er bis zu seinem Tod am 17. November 1972 präsidierte. Dem Juristenverein gehörte der Verstorbene seit 1949 an.

Oskar Bosshardt wurde am 7. Februar 1904 in Zürich geboren. Nach der Matura am Literargymnasium der Zürcher Kantonsschule studierte er Jurisprudenz an der Universität Zürich, wo er promovierte. Er wirkte in einem Zürcher Anwaltsbüro und als Substitut am Bezirksgericht Hinwil. 1934 nahm er die Arbeit als Sekretär der Oberrekurskommission in Steuersachen auf und 1952 trat er (in Nachfolge von Stadtpräsident Dr. Emil Landolt) das Präsidium dieses Gremiums an. Von 1960 bis 1969 war er vollamtlicher Verwaltungsrichter am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, dessen erster Präsident er wurde. Der großen Erfahrung des Verstorbenen im Steuerrecht verdankt die Wissenschaft mehrere Publikationen. Seiner Feder entstammte 1952 «Die neue zürcherische Einkommens- und Vermögenssteuer», deren Gedankenreichtum Wegbereiter des zürcherischen Steuergesetzes war. Dr. Bosshardt diente verschiedenen Experten- und Rekurskommissionen aller körperschaftlichen Stufen. Von 1945 an war er Redaktor und 1965 bis 1971 Chefredaktor des «Schweizerischen Zentralblattes für Staats- und Gemeindeverwaltung». Mitglied des Juristenvereins seit 1945, verstarb Dr. Bosshardt am 31. August 1972 in Zürich.

Geboren am 13. September 1907 in Kirchberg SG, schloß Josef Brändle seine Studien an der Universität Bern 1936 mit dem Doktorat ab. Nachdem er sich in einem Basler Anwaltsbüro praktische Erfahrung angeeignet hatte, trat er 1940 in die CIBA AG ein. Seine besonderen Fähigkeiten, rechtliche und politische Probleme einer weltweiten Unternehmung einer Lösung zuzuführen, brachten ihm den Aufstieg in der Hierarchie der CIBA. 1969 wurde er Direktor der Gesellschaft, nachdem er seit 1950 das Sekretariat des Verwaltungsrates geleitet hatte. Dr. Brändle starb am 19. Juni 1973. Sein Beitritt zum Juristenverein war 1942 erfolgt.

Friedrich Brügger, geboren am 24. April 1897 in Chur, besuchte zwei Jahre die Klosterschule Einsiedeln, ehe er an der Bündner Kantonsschule in Chur 1916 die Matura bestand. Darauf studierte er Philosophie und Jurisprudenz in Basel, Bern und Fribourg, wo er 1922 zum Dr. iur. promovierte. Sein Anwaltspatent erwarb er 1924 in Luzern und eröffnete 1935 in Chur ein eigenes Advokaturbüro, nachdem er während sieben Jahren Direktor einer Textilfabrik in Näfels gewesen war. Von 1939 bis 1959 amtierte er als Präsident des Bezirks- und Jugendgerichts Plessur, von 1938 bis 1968 war er Mitglied des Bankrates der Graubündner Kantonalbank und lange Jahre Vizepräsident dieses Instituts. Dr. Brügger, langjähriges Mitglied des Großen Rates des Kantons Graubünden, führte seine Praxis bis zu seinem Tod am 17. März 1973. Dem Juristenverein war er 1925 beigetreten.

Der am 10. März 1907 geborene Otto Bürgi oblag seinen juristischen Studien in Bern, Berlin und Paris. Nach dem bernischen Fürsprecherexamen 1934 begab er sich zur praktischen Weiterbildung für zwei Jahre nach Paris. Von 1937 bis

1945 stand er als juristischer Berater Gottlieb Duttweiler zur Seite. Er war Direktor der «Maritime Suisse» und eröffnete 1946 eine eigene Anwaltspraxis in Zürich, die er bis zu seinem Tod am 22. März 1972 betrieb. Dr. Bürgi gehörte dem Juristenverein seit 1959 an.

GEORGES H. CAMP wurde am 4. Januar 1902 geboren. Sein juristisches Studium absolvierte er an den Universitäten von Zürich, Berlin und Paris. Das Anwaltsexamen bestand er im Jahre 1927, worauf er eine kurze praktische Tätigkeit am Bezirksgericht Zürich und im Notariat Zürich-Altstadt einlegte, ehe er 1928 in das Advokaturbureau seines Vaters eintrat. Dieses übernahm er im Jahre 1936 und führte es bis zu seinem Tod am 8. April 1970. Dem Juristenverein war Dr. Camp 1928 beigetreten.

Geboren am 13. Oktober 1910 in Genf als Sohn des bekannten Historikers Waldemar Deonna, absolvierte RAYMOND DEONNA alle seine Studien in seiner Vaterstadt. Schon bald nach dem Lizentiat und der Erlangung der Doktorwürde begann er, ein geborener dynamischer Politiker, die politische Laufbahn in Genf. Von 1936 bis 1965 gehörte er dem Großen Rat an, den er im Jahre 1958 präsidierte. Zweimal stand er der liberal-demokratischen Kantonalpartei und von 1948 bis 1952 der Liberal-demokratischen Partei der Schweiz vor. Als Finanzfachmann war er von 1936 an Sekretär des Redressement National und nach 1943 Direktor der Société pour le Développement de l'Economie Suisse, deren Generaldirektor er von 1957 bis 1970 war. 1948 wurde er in den Nationalrat gewählt, dem er bis 1950 und dann wieder von 1963 bis zu seinem Tod am 10. September 1972 angehörte. Dr. Deonna, der dem Juristenverein 1945 beigetreten war, entfaltete seine profunden Kenntnisse auf dem Gebiet der Finanzen und der Wirtschaft unter anderem in der Finanzkommission des Nationalrates und in zahlreichen Publikationen.

ERNST DURTSCHI wurde am 13. April 1893 geboren. Seine Schulzeit schloß er 1910 in Solothurn mit dem eidgenössischen Handelsdiplom ab. Während der folgenden sechs Jahre stand er im Dienste der Postverwaltung als Lehrling, Aspirant und Berater. Von 1916 bis 1920 oblag er den Studien der Volkswirtschaft und der Jurisprudenz, die er mit den Titeln Dr. rer. pol. und lic. iur. abschloß. 1921 bestand er das Fürsprech- und Notariatsexamen und trat als Direktions- und Verbandssekretär in den VOLG in Winterthur ein. 1927 wurde er Mitglied der Geschäftsleitung, deren Präsident er 1940 bis 1958 war. Von 1933 bis 1963 übte er einen Lehrauftrag für landwirtschaftliches Genossenschafts- und Marktwesen an der ETH Zürich aus. 1958 verlieh ihm der Bundesrat den Professorentitel. Er war von 1932 bis 1959 Präsident der Vereinigung der landwirtschaftlichen Genossenschaftsverbände der Schweiz, 1940–1961 Mitglied des Großen Vorstandes und des leitenden Ausschusses des schweizerischen Bauernverbandes. Er beteiligte sich maßgebend an der Neufassung der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung und der Ausarbeitung des Landwirtschaftsgesetzes. Er war Mitbegründer und Mitglied des

Vorstandes und des Geschäftsausschusses des landwirtschaftlichen Informationsdienstes. Eine fruchtbare und umfangreiche publizistische und erfolgreiche Dozententätigkeit zeichnete ihn aus. Dr. Durtschi, der 1933 dem Juristenverein beigetreten war, starb am 6. Dezember 1972.

Geboren am 24. Februar 1915, besuchte RAYMOND FONJALLAZ die Schulen und die Universität in Lausanne. Hier erwarb er das Lizentiat der Rechte und den Doktortitel im Jahre 1939 mit einer Dissertation über «L'exécution forcée contre les communes». Das Anwaltsexamen legte er 1942 ab und eröffnete im folgenden Jahr eine eigene Anwaltspraxis. Als mehrjähriger Gemeindepräsident von Epesses war er Mitglied der Confrérie des Vignerons. In der Armee bekleidete er den Rang eines Oberstleutnants der Artillerie. Dem Juristenverein gehörte Dr. Fonjallaz, der am 1. Juni 1972 gestorben ist, seit 1956 an.

HANS FRITZSCHE wurde am 22. Januar 1882 in Glarus geboren. Seine Ausbildung genoß er zunächst in Glarus, später an der Kantonsschule in Zürich, an der er 1900 die Maturitätsprüfung bestand. Anschließend studierte er in München deutsche Sprache und Literatur, immatrikulierte sich jedoch, seine wirkliche Neigung erkennend, 1901 an der juristischen Fakultät der Universität Zürich. Nach einem Aufenthalt in Leipzig promovierte er 1905 in Zürich mit einer Dissertation über das Rechtsbot, einer Eigentümlichkeit ostschweizerischer Zivilprozeßrechte. Mit nicht erlahmendem Eifer setzte er seine Studien in Bern, Paris, Montpellier und Florenz fort, ehe er 1906 Auditor am Bezirksgericht Zürich und 1908 für fast 13 Jahre Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Horgen wurde. Im Jahre 1919 eröffnete sich dem Verstorbenen die akademische Laufbahn als Privatdozent an der Universität Zürich. Der Aufstieg ging nun rasch vor sich: 1920 wurde er Extraordinarius für Zivilprozeßrecht, 1924 Ordinarius für Zivilprozeßrecht, Internationales Privatrecht und Einführung in die Rechtswissenschaft. Sein Lehrauftrag wurde in der Folge auf Schuldbetreibungs- und Konkursrecht ausgedehnt. Nach reicher Lehrtätigkeit trat Prof. Fritzsche 1952 vom Ordinariat zurück. Seine wissenschaftliche Betätigung jedoch reicht tief in die Zeit des Ruhestandes, so mit dem 1967/68 in zweiter Auflage erschienenen Werk über Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Zu Beginn seiner publizistischen Tätigkeit stand das moderne Zivilprozeßrecht. Er veröffentlichte von 1924 bis 1933 das von EMIL SCHURTER begonnene Werk über das Schweizerische Zivilprozeßrecht in 3 Bänden. Der Volksverbundenheit des Verstorbenen entsprangen verschiedene Werke über Wesen und Arbeit der Rechtspflege. Dem Schweizerischen Juristenverein war er der hochgeschätzte Historiker, dem er zum hundertjährigen Bestehen die Festschrift «Schweizerischer Juristenverein 1861–1960» in vorbildlicher Bearbeitung verfaßte. Die wechselseitige Beeinflussung der wissenschaftlichen Arbeit und der praktischen Erfahrung von Prof. Fritzsche trug reiche Früchte in seiner richterlichen Tätigkeit: Von 1920 bis 1933 Ersatzmann des Obergerichts, war er anschließend bis 1959 Mitglied und Präsident des Kassationsgerichts des Kantons Zürich. Daneben war er aktiv in Vorständen verschiedener juristischer Vereine, u.a. des Schweizerischen

Juristenvereins, dem er 1918 beigetreten und 1925 Referent war. Prof. Fritzsche starb am 3. September 1972.

Der 1910 geborene, im Alter von 73 Jahren verstorbene PAUL GIEZENDANNER holte sich, nach Studien in Zürich, Bern und Berlin, im Jahre 1924 in Zürich den Doktorhut beider Rechte. Nach dem Anwaltsexamen trat er in ein Zürcher Advokaturbüro ein, in dem er bis zu seinem Tod als selbständiger Anwalt arbeitete. Langjähriges Vorstandsmitglied des Vereins Zürcher Rechtsanwälte, war er dessen Präsident in den Jahren 1947/48 und Delegierter im Schweizerischen Anwaltsverband. Während 46 Jahren amtete der Verstorbene als Geschäftsführer des Schweizerischen Reklameverbandes, den er mitbegründet hatte, und leitete die Kreditschutzorganisation der schweizerischen Bekleidungsindustrie. Zerstreuung fand Dr. Giezendanner, der 1949 dem Juristenverein beigetreten war, in den Bergen.

Am 24. September 1895 in Basel geboren, studierte HANS-PETER GÖTTISHEIM nach der Matura, die er am Realgymnasium bestand, in seiner Heimatstadt Jurisprudenz. Dem Doktorat aufgrund einer Dissertation über den «Verzug beim sukzessiven Lieferungsgeschäft» folgten zweijährige Volontariate und 1923 das Anwaltsexamen. Der Verstorbene wurde Substitut, dann ordentlicher Gerichtsschreiber am Basler Appellationsgericht, eine Tätigkeit, die er gewissenhaft bis zu seiner Pensionierung 1959 ausübte, um nachher noch als Gutachter und Schiedsrichter zu wirken. In der Armee stieg er bis zum Obersten der Militärjustiz auf und war 1942 bis 1948 Großrichter des Divisionsgerichts 5, wobei er sich mit mehreren heiklen Landesverräter-Prozessen zu befassen hatte. Dr. Göttisheim, seit 1921 Mitglied des Juristenvereins, starb am 22. Dezember 1972.

SIMONE GUYER-GEORG wurde am 8. November 1919 geboren. Die Maturität Typus A erlangte sie an der Töchterschule der Stadt Zürich im Herbst 1938 und wandte sich dem Studium der Jurisprudenz in Zürich und Bern zu. Sie schloß es 1944 mit dem Lizentiat ab und doktorierte 1946 mit der Dissertation «Die Honorarforderung der Ärzte gegenüber den Krankenkassen». 1945 wurde sie juristische Mitarbeiterin bei der Krankenkasse Helvetia. Anschließend betätigte sie sich bis 1947 beim Internationalen Komitee vom Roten Kreuz, dem sie ihre Mitwirkung bei den Revisionsarbeiten an den Genfer Konventionen zur Verfügung stellte. Im Mai 1968 nahm sie ihren Beruf wieder auf, bis 1970 als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der ETH Zürich und bis zu ihrem Tod am 29. Mai 1972 am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Zürich. Von 1940 bis 1945 war Frau Dr. Guyer, die dem Juristenverein 1970 beigetreten war, im Rahmen des FHD bei der Abteilung Presse und Funkspruch tätig.

GEORG HASLER, geboren in Winterthur am 9. November 1887, studierte die Rechte in Zürich, Berlin, München und Kiel, bevor er 1911 an der Universität Zürich promovierte. 1913 trat er in die «Winterthur»-Unfallversicherungs-Gesellschaft ein. Nach einem Aufenthalt in Paris kehrte er in seine Heimatstadt zurück,

wo er 1937 Direktor und 1940 Generaldirektor der «Winterthur»-Gesellschaften wurde. 1953 wurde er zum Delegierten und Vizepräsidenten des Verwaltungsrates ernannt, den er dann 1957–1963 präsidierte; 1964 wurde er Ehrenpräsident. In der Armee war der am 10. April 1972 verstorbene Dr. Hasler Major der Infanterie. Dem Juristenverein gehörte er seit 1945 an.

Der am 16. Juni 1971 verstorbene PAUL JENNY strebte Zeit seines Lebens nach der Befreiung des Geisteslebens, wofür er viel Zeit und Arbeitskraft opferte. Geboren am 4. Dezember 1898, studierte er, nach Erlangung der Maturität in Basel, die Rechte an den Universitäten Berlin, Zürich und Heidelberg, wo er doktorierte. Mit dem im Jahre 1929 erworbenen Anwaltspatent war er mehrere Jahre als Mitarbeiter im Advokaturbüro Dr. Spahn in Zürich tätig, worauf er von 1932 bis zu seinem Tode ein eigenes Anwaltsbüro führte. Er war 1927 Mitbegründer der Rudolf Steiner-Schule in Zürich, Vorstandsmitglied der Anthroposophischen Vereinigung in der Schweiz und der Rudolf Steiner-Nachlaßverwaltung in Dornach sowie Mitherausgeber einer Gesamtausgabe der Werke Rudolf Steiners. 1928 war der Verstorbene Mitglied des Juristenvereins geworden.

Am 10. Juli 1972 starb JEAN HUMBERT, gebürtiger Neuenburger, im Alter von 77 Jahren. Nach dem Schulunterricht in Genf und Nizza immatrikulierte er sich an der Juristischen Fakultät der Universität Genf, die er 1918 mit dem Lizentiat verließ. Nach bestandenem Anwaltsexamen trat er 1920 in ein Genfer Advokaturbureau ein. Bald jedoch zog es ihn die Magistratur, in der er zum Stellvertreter des ersten Staatsanwalts avancierte. 1930 kehrte er in die Advokatur zurück und war dort bis zu seinem Tode tätig. 1951 wurde er für zwei Jahre Bâtonnier der Genfer Anwaltskammer. Von 1930 bis 1936 war er als Mitglied der Liberalen Partei Abgeordneter im Großen Rat. Im Militär bekleidete der Verstorbene den Grad eines Obersten und war Großrichter der Gebirgsbrigade 10. Die Sektion Genf des ACS wählte ihn zu ihrem Präsidenten, ehe Dr. Humbert 1945 Vizepräsident des Zentralkomitees des ACS wurde. Dem Juristenverein war er 1948 beigetreten.

PIERRE JUNG, geboren am 4. Mai 1929, studierte Jurisprudenz an der Universität Neuchâtel, an der er, Mitglied des Zofingervereins, 1952 das Lizentiat der Rechte erwarb. Zwei Jahre später bestand er das neuenburgische Anwaltsexamen und betätigte sich in der Folge vornehmlich auf dem Gebiet des Immobilienrechtes und -handels. Bei seinem Tode am 9. Februar 1973 war er acht Jahre lang Mitglied des Juristenvereins.

Geboren am 27. März 1888, erlangte PAUL LOGOZ nach Schulen in Lausanne und Genf seine Maturität am Kollegium St. Antoine im Jahre 1906. An der Juristischen Fakultät der Universität Genf erwarb er das Lizentiat und den Doktortitel, nachdem er Aufenthalte in England und Deutschland eingelegt hatte. 1919 bereits wurde er an der Universität Genf Professor für Handelsrecht und 1920 folgte er seinem Lehrer Alfred Gautier auf dem Lehrstuhl für Strafrecht. Von

diesem übernahm der Verstorbene auch die Vorarbeiten für das neue Strafgesetzbuch: als Mitglied der nationalrätlichen Kommission für dieses Gesetzeswerk war er französisch-sprechender Referent im Nationalrat, in den er 1926 gewählt worden war. Seine vierjährige Tätigkeit als eidgenössischer Parlamentarier unterbrach er, um vor dem Internationalen Gerichtshof im Haag die schweizerischen Interessen gegenüber Frankreich in den Zonenkonflikten der Haute-Savoie und des Pays de Gex zu vertreten. Gleichzeitig amtete er als Richter am Genfer Kassationshof und als Mitglied des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz. Nachdem der Kampf für das neue Strafgesetzbuch erfolgreich beendet war, ließ sich Prof. Logoz 1942 ins Bundesgericht wählen, dem er bis 1953 angehörte. Sein umfassendes Wissen kam in der Kommentierung des Strafgesetzbuches erneut zum Ausdruck. Der Verstorbene stellte seine außergewöhnliche Begabung vollkommen in den Dienst am Recht, so auch als Präsident des Militärkassationsgerichts. Nach einem ungewöhnlich fruchtbaren Wirken – er war schon im Alter von 24 Jahren Referent am Juristentag in Solothurn gewesen – starb Prof. Logoz Anfang Juli 1973. Dem Juristenverein war er 1910 beigetreten.

Der im Jahre 1936 geborene HANS-PETER MATTER absolvierte nach der Matura seine juristischen Studien an der Universität Bern, die er mit dem Doktortitel verließ. Nach Erlangung des Fürsprecherpatentes war er Assistent für öffentliches Recht an der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, nachher Rechtskonsulent der Stadt Bern. Von 1970 bis zu seinem Tode im Jahre 1972 war er außerdem nebenamtlicher Lehrbeauftragter an der Universität Bern. Der dem Juristenverein 1972 beigetretene Dr. Matter stellte seinen Einfallsreichtum und seine Fähigkeit, juristische Theorie und Praxis auf fruchtbare Weise zu verbinden, aktiv in den Dienst seiner Stadt Bern. Seine Fähigkeit, Lebensfragen in kritischer Sachlichkeit und mit künstlerischer Kraft anzugehen, war es, die ihn, politisch im sog. Jungen Bern und als Mitglied und juristischer Berater der Schriftstellergruppe Olten engagiert, einer breiten Öffentlichkeit als den Begründer des Berner Chansons unter dem Namen Mani Matter nahebrachte.

PAUL MAYER ist am 4. Februar 1902 in Zürich geboren. Nach der Matura am Realgymnasium immatrikulierte er sich an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Mit der Dissertation «Die Anweisung auf Schuld» erlangte er am 28. Februar 1928 den Doktortitel. In der Folge war er kurze Zeit bei der Bezirksanwaltschaft Zürich als Auditor, dann als Substitut bei einem Zürcher Anwalt tätig, um im Jahre 1938 ein Advokaturbüro in Zürich zu eröffnen, das er bis zu seinem Tod am 1. März 1971 führte. Der auch juristisch vielseitige Dr. Mayer widmete sich stets noch der Mathematik, der Geschichte, Literatur, Philosophie, alten und neuen Sprachen sowie der Musik und unternahm viele Reisen ins Ausland. Dem Juristenverein gehörte er seit 1959 an.

Der am 14. Oktober 1903 geborene CARL MEYER, in Zürich aufs tiefste verwurzelt, erlangte die Maturität an der Kantonsschule und studierte Rechtswissen-

schaft an der Universität Zürich. Nach Abschluß des Studiums und Auslandsaufenthalten in Paris und Rom trat er als Associé ins Advokaturbüro Dr. Schneider-Mousson ein. Kurz vor Ausbruch des 2. Weltkrieges wurde er von der Fides-Treuhand-Vereinigung Zürich zum Leiter ihrer Rechtsabteilung berufen. Zuletzt war er Mitglied ihrer Geschäftsleitung. In der Armee stieg der Verstorbene vom Kommandanten einer Füsilier-Kompagnie zum Oberstleutnant im Ter Kreis 19 auf. Von Jugend auf natur- und tierliebend, konnte er drei ausgedehnte Reisen nach Afrika unternehmen. Dr. Meyer, gestorben am 26. Mai 1973, war dem Juristenverein 1952 beigetreten.

Sproß einer alten Waadtländer Familie aus dem Vallée de Joux, nahm der 1893 geborene PHILIPPE MEYLAN sein Studium der Rechte an der Universität Lausanne auf. Er verließ sie 1919 mit dem Doktorhut aufgrund einer Dissertation über «Origine et nature de l'action praescriptis verbis». Seit 1922 lehrte er römisches Recht an der Universität Lausanne, als Extraordinarius von 1923 bis 1932, dann als Ordinarius bis zu seinem Rücktritt im Jahre 1964. Mit seiner ungewöhnlichen Ausstrahlung, seiner Geisteskraft und seiner vertieften Kultur vermochte er mehrere Juristengenerationen zu formen und seine wissenschaftliche Arbeit über die Grenzen unseres Landes zu tragen. Davon zeugen die Ehrendoktorate der Universitäten von Paris, Dijon und Strasbourg und seine über 60 Publikationen, die er seit 1929 der weitgespannten Thematik des römischen Kaufsrechtes widmete. Seinen Interessen an der Naturrechtslehre verdanken wir mehrere Veröffentlichungen, namentlich ein meisterhaftes Werk über Jean Barbeyrac. Prof. Meylan, 1920 dem Juristenverein beigetreten, verstarb am 29. September 1972.

Der im hohen Alter von fast 93 Jahren am 7. Dezember 1972 verstorbene JOHANNES MÜLLER war eine der markanten Persönlichkeiten der Stadt und des Kantons Schaffhausen. Nach seiner Schulzeit in der Heimatstadt und dem Studium der Jurisprudenz in Bern, Lausanne und Straßburg bekleidete er die Ämter eines Gerichtsschreibers, dann eines Verhörrichters und schließlich eines Bezirksgerichtspräsidenten in Schaffhausen. Aufenthalten in USA und Kanada folgte 1928 die Stellung eines Rechtskonsulenten und später eines Personalchefs bei den damaligen Eisen- und Stahlwerken, heute Georg Fischer AG in Schaffhausen, der er bis 1949 diente. Nach der Pensionierung übte er bis zwei Jahre vor seinem Tod selbständig den Anwaltsberuf aus. Der Verstorbene machte die Grenzbesetzung 1914–1918 als Kommandant einer Schaffhauser Kompagnie mit, zu Beginn des 2. Weltkrieges war er Platzkommandant von Schaffhausen, worauf ihm die Leitung des industriellen Anbauwerkes nach dem «Plan Wahlen» in seinem Kanton übertragen wurde. Dem Juristenverein war Johannes Müller 1939 beigetreten.

HEINRICH NAUER wurde am 22. Juni 1902 in Zürich geboren. Nach seinem Rechtsstudium in Zürich und Paris doktorierte er 1927 an der Universität seiner Vaterstadt. Er wurde Leiter des Polygraphischen Verlages, bevor ihm 1933 die Leitung der Orell-Füssli-Annoncen AG anvertraut wurde. In dieser Firma, in der

er 36 Jahre wirkte, stieg der Verstorbene bis zum Generaldirektor auf. Fachmann seiner Branche, war er während 40 Jahren Sekretär und später Präsident des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW, dessen Ehrenpräsidentschaft er bei seinem Rücktritt 1969 erhielt. Viel Zeit verwandte der am 21. Februar 1973 Verstorbene bis ins Jahr 1933 für die Pfadfinderbewegung, anschließend für die Schul- und Kirchenpflege sowie für die Ferienkoloniekommission. Dem Juristenverein gehörte Dr. Nauer seit 1928 an.

Geboren am 26. August 1916, studierte CARL OECHSLIN nach der Matura, die er in Schaffhausen erwarb, Jurisprudenz an den Universitäten in Wien und Zürich und promovierte mit einer umfangreichen Dissertation über «Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik». Versehen mit schriftstellerischer Begabung, absolvierte er Volontariate bei der «Zürichsee-Zeitung», der «La Suisse» und der «Tribune de Genève», bevor er 1944 in die Firma Meier & Cie, Buchdruckerei und Verlag der «Schaffhauser Nachrichten» eintrat. 1951 war er Mitbegründer der «Vereinigung für freies Unternehmtertum» in Zürich. Er präsidierte während 15 Jahren die Sektion Schaffhausen des ACS. Dem Juristenverein war Dr. Oechslin 1959 beigetreten.

Am 5. Februar 1973 verstarb in Neuenburg, 87jährig, CARL OTT, der nach seinen juristischen Studien an den Universitäten Neuchâtel, Genf und Berlin 1909 das Lizentiat und 1910 den Doktortitel beider Rechte der Universität Neuchâtel erworben hatte. 1912 erhielt er die Berufung der Universität Neuchâtel auf den Lehrstuhl für römisches Recht. Aber auch dem Versicherungs- und Seerecht zugeneigt, bekleidete er die Stellung eines Direktors der Versicherungsgesellschaft «La Neuchâteloise». Im Militär war er Oberst im Generalstab. Dem Juristenverein war Prof. Ott im Jahre 1912 beigetreten.

MAURICE PANCHAUD wurde am 1. Februar 1903 geboren und nahm nach den Schulen in Bern an der dortigen Rechtswissenschaftlichen Fakultät sein Studium auf, dem Auslandsaufenthalte in Hamburg und London folgten. 1927 bestand er das bernische Fürsprecherexamen, worauf er sich bis 1931 als Sekretär bei der Steuerrekurskommission betätigte. 1929 erwarb er den Doktorhut mit einer Arbeit über den «Rekurs im bernischen Steuerrecht». Nach einer zweijährigen Mitarbeit in einem Anwaltsbüro trat er 1933 als stellvertretender Chef des Rechtsbüros in die Schweizerische Nationalbank in Zürich ein. 1942 wurde er Vizedirektor und 1944 Direktor der heutigen Handelsbank in Zürich, in deren Verwaltungsrat er 1968 berufen wurde. Der Verstorbene fand den Ausgleich zur beruflichen Tätigkeit in seinen geliebten Bergen, mit denen er zeitlebens verbunden war, hatte er doch schon als 15jähriger mit seinem Vater die Dent Blanche bestiegen. Der am 29. April 1972 Verstorbene war Mitglied des Juristenvereins seit 1958.

WALTER REAL, Bürger von Schwyz und Zürich, verstarb am 22. Oktober 1972 im Alter von 66 Jahren. Sein Rechtsstudium, dem er von 1925 bis 1930 an der Uni-

versität Zürich oblag, schloß er mit einer Dissertation über das Thema «Ausreißen und unerlaubte Entfernung nach dem schweizerischen Militärstrafrecht» ab. Bestimmt durch seine Vorliebe zum Strafrecht, wurde er 1940 Staatsanwalt und 1949 1. Staatsanwalt des Kantons Aargau. 1963 wurde er zum Oberrichter gewählt. Hauptmann bei der Gebirgsinfanterie, trat er 1940 in die Militärjustiz über und wurde 1953 Großrichter des Divisionsgerichts 5 und später Mitglied des Militärkassationsgerichts. Er betätigte sich aktiv im Vorstand der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft und beim Aargauischen Verein für Schutzaufsicht und Gefangenenfürsorge sowie in der kantonalen Schutzaufsichtskommission. Dr. Real war dem Juristenverein 1945 beigetreten.

EMILE RICHARD, geboren 1889, studierte Jurisprudenz an der Universität Lausanne. Nach seinem Eintritt ins Kantonsgericht Waadt als Redaktionssekretär wurde er 1927 zum Gerichtsschreiber dieses Gerichts ernannt. Seine Wahl zum Richter erfolgte 1935. 1959 nahm der Verstorbene seinen Rücktritt vom Amt. In den Jahren 1939 und 1951 war er Präsident des Waadtländer Kantonsgerichtes. Der im Jahre 1973 Verstorbene betätigte sich aktiv in der Neuen Helvetischen Gesellschaft, in deren Zentralkomitee er Einsitz nahm und die Sektion Lausanne präsidierte. Dem Juristenverein gehörte er seit 1934 an.

Der 1896 geborene PAUL ROSSY studierte nach dem Besuch der Schulen in Cossonay und nach Erlangung der Handelsmatur an der Universität Lausanne Sozial- und Politikwissenschaften. Nach dem Doktorat trat er in die Sarasin-Bank in Basel ein, bevor er bei der Schweizerischen Nationalbank Direktor in Bern und Vizepräsident der Generaldirektion wurde. Als Generalsekretär des eidgenössischen Finanz- und Zolldepartementes und Finanzexperte arbeitete er das neue Bankengesetz aus und wurde 1935 in die Bankenkommission berufen. Außerdem war er Delegierter der Schweiz bei der Europäischen Währungsunion. Dem Juristenverein war Dr. Rossy 1940 beigetreten.

Geboren am 9. Mai 1906, durchlief HANS SCHLATTER die Mittelschule in Yverdon und Neuenburg. An die Matura schloß er ein einjähriges Bankvolontariat bei der Kreditanstalt an, ehe er das Studium der Rechte an der Universität Zürich aufnahm. Dem Doktorat folgte nach einjährigem Praktikum der Erwerb des Anwaltspatentes. Trotz der Krisenzeit wagte der Verstorbene die Eröffnung eines Anwaltsbüros. Den Schwerpunkt seiner beruflichen Tätigkeit legte er auf das Handels- und Aktienrecht, woraus ihm zahlreiche Berufungen als Gesellschaftsberater erwuchsen. Dr. Schlatter war dem Juristenverein 1937 beigetreten und starb am 22. Juni 1971.

Der 1934 geborene RENÉ SCHMID absolvierte nach der Matura im Collège St. Michel in Fribourg seine juristischen Studien an der Universität Bern und schloß sie mit dem Doktortitel ab, worauf er praktische Erfahrung in England und den USA sammelte. Diese vermochte er in verschiedenen Betrieben in der

Schweiz und im Ausland einzusetzen. Mit einem guten Ruf in Fliegerkreisen war er mehrere Jahre Personalchef der Swissair in Kloten und betätigte sich unter anderem als Sekretär der Aeropers sowie als Mitglied des Europilot und der eidgenössischen Untersuchungskommission für Unfälle der Zivilluftfahrt. Von 1969 bis zu seinem Tod im Jahre 1972 war er Generalagent der La Suisse-Vie in Genf. Dr. Schmid, als Musikliebhaber Pianist und Organist in Bern, war dem Juristenverein 1962 beigetreten.

In Zürich wurde am 13. August 1894 WALTER SCHNEIDER-MOUSSON geboren. Kurz nach der Promotion zum Dr. iur. an der Universität Zürich mit einer Dissertation über «Die Verordnung im Rechtsstaat» im Jahre 1918 und bestandenem Anwaltsexamen wurde er zum Prozeßvertreter der Amtsvormundschaft Zürich gewählt. Zu Beginn der zwanziger Jahre eröffnete er eine eigene Anwaltspraxis in Zürich. Sein forensisches Auftreten fand einen starken Widerhall bei Kollegen und Richtern. 1937/38 war er Präsident der Vereinigung Zürcher Rechtsanwälte. In seiner umfangreichen Advokatur verlagerte sich das Schwergewicht allmählich auf die Beratung von Großunternehmungen. 1937 wurde er in den Aufsichtsrat der Schweizerischen Lebensversicherungs- und Rentenanstalt in Zürich berufen, dem er bis zu seinem Tod am 29. März 1973 angehörte. Mit großer Hingabe widmete sich Dr. Schneider-Mousson, der dem Juristenverein 1949 beigetreten war, gemeinnützigen Werken.

In Alexandrien 1888 geboren, verfolgte FRÉDÉRIC-EDWIN SIMOND seine Studien an der juristischen Fakultät der Universität Lausanne. Er schloß sie mit einer noch heute beachteten Dissertation über «L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs» ab. Nach einem Aufenthalt in Paris und Anstellungen als Sekretär am Kantonsgericht Waadt und am Eidgenössischen Versicherungsgericht wurde er 1919 Sekretär und 1933 Gerichtsschreiber am Bundesgericht. Diesen Dienst versah er bis zu seinem Rücktritt 1955, mit einem Unterbruch von drei Jahren (1926–1929), als er Sekretär der Kommission für den Austausch der griechischen und türkischen Bevölkerung in Istanbul war. Mit seiner Gabe der eleganten und präzisen Sprache war er der geborene Verfasser anspruchsvoller Gerichtsurteile und Protokolle. Dr. Simond war dem Juristenverein 1934 beigetreten.

Der im Jahre 1906 geborene KURT SPÖRRI studierte die Rechte an der Universität Zürich und schloß 1932 ab mit der Doktorpromotion aufgrund einer Dissertation über «Die Rechtsverhältnisse an Kirchenstühlen in der zürcherischen reformierten Landeskirche in ihrer historischen Entwicklung». Von 1942 bis 1950 war er Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Hinwil, 1951 bis 1970 Jugendanwalt in Zürich. Der 1972 verstorbene Dr. Spörri war langjähriger Präsident der Ritterhaus-Gesellschaft Bubikon (Johanniter-Komturei). Dem Juristenverein gehörte er seit 1949 an.

Geboren am 6. November 1878 in Gazzaniga in der italienischen Provinz Bergamo, studierte JAKOB VOGEL Jurisprudenz an der Universität Bern. Nach dem Fürsprecher- und dem Doktorexamen im Januar 1902 hielt er sich zu Studienzwecken in Berlin und Paris auf. Nach einer Tätigkeit in einem Thuner Anwaltsbüro und einer Anstellung als 1. Kammerschreiber beim Obergericht Bern übernahm er 1905 das Advokaturbüro des zum Bundesrichter gewählten Alfred Stoos. Von 1908 bis 1917 war er zudem Suppleant des bernischen Obergerichts und Mitglied der Prüfungskommission für Fürsprecher. Von 1923 bis 1925 bekleidete er das Amt des Präsidenten des Bernischen Juristenvereins. Der am 7. März 1973 in biblischem Alter Verstorbene, der seine große juristische Erfahrung bis zuletzt wirtschaftlichen Unternehmungen zur Verfügung stellte, war außerdem während 15 Jahren Präsident des bernischen Orchestervereins. Dem Juristenverein war Dr. Vogel 1913 beigetreten.

Der am 2. Mai 1891 geborene HERMANN WALDER studierte, nach erlangter Maturität der Kantonsschule Frauenfeld, an den Universitäten von Genf, München, Heidelberg und Leipzig, wo er sich den Doktorgrad erwarb. Nach weiterer Ausbildung an der Universität Bern und einem Praktikum in Zürich bestand er das thurgauische Anwaltsexamen und führte von 1918 bis zu seinem Tod am 18. Oktober 1972 eine eigene Advokatur in Zürich. Sein besonderes Interesse lag im Handels- und Steuerrecht, und seine Hingabe galt gleichermaßen wirtschaftlichen und rechtlichen Problemen. Zu seinen Publikationen gehört die 1959 vor allem für Kaufleute bestimmte Schrift über den Poolvertrag. Mitbegründer des Landesrings der Unabhängigen, war er Zürcher Nationalrat von 1938 bis 1943. Dr. Walder war Mitglied des Juristenvereins seit 1926.

ALFRED WEGELIN, am 27. September 1898 in St. Gallen geboren, studierte nach Erlangung der Maturität an der Kantonsschule seiner Heimatstadt an den Universitäten Zürich, Bern, Hamburg und Leipzig. Seinem Doktorat 1921 und dem Anwaltsexamen schloß er 1922 eine zweijährige Praxis in einem St. Gallischen Advokaturbureau an, bevor er 1924 Untersuchungsrichter des Bezirks St. Gallen wurde. 1929 trat er in die Dienste der Schweizerischen Volksbank, bei der er zunächst als Rechtskonsulent in Solothurn und Basel tätig war, bis er 1937 als Generalsekretär in die Generaldirektion nach Bern berufen wurde. Nach zwei Jahren Direktorium des Sitzes St. Gallen wurde er 1948 Generaldirektor der Volksbank in Bern. Seinem Rücktritt im Jahre 1965 folgte die Wahl in den Verwaltungsrat, dem er bis 1969 angehörte. Im Militärdienst stieg Dr. Wegelin zum Grade eines Obersten der Militärjustiz auf und amtierte zuletzt als Stellvertreter des Oberauditors der Armee. Er starb am 2. März 1972. Sein Beitritt zum Juristenverein war 1923 erfolgt.

HELMUT WIEMKEN wurde am 15. Februar 1907 in Basel geboren. Auf ein angefangenes Studium der Altphilologie folgte der Schritt zur Jurisprudenz, die der Verstorbene in Basel und München studierte. 1931 erwarb er den Doktorgrad mit

einer Dissertation über «Rücktritt und Schadenersatz als Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen». Nach mehreren Volontariaten in Basel und Genf bestand er 1936 das Basler Anwaltsexamen. Von 1934 bis 1941 Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Liestal, trat er 1941 ins Zentralsekretariat der CIBA AG ein. Zu seiner Betreuung gehörten die vielschichtigen Fragen des Rechts ausländischer Tochtergesellschaften und der Umsatzsteuer. 1959 wurde er zum Vizedirektor der CIBA ernannt. Dr. Wiemken war dem Juristenverein 1943 beigetreten. Er starb am 23. Januar 1969 in Riehen.

Geboren am 24. Dezember 1912 als Bürger von Dornach, besuchte KARL ZELTNER die Schulen in Solothurn, Luzern, Novarra und Engelberg. Sein Studium der Jurisprudenz an der Universität Basel schloß er 1940 mit der Dissertation über «Die Anleihensobligationen der Handelsgesellschaften im schweizerischen, italienischen und französischen Recht» ab. Anschließend absolvierte er Volontariate und trat am 1. Mai 1942 als Gerichtsschreiber des Bezirksgerichts Arlesheim in den Staatsdienst ein. Seine Qualifikationen als Jurist führten 1950 zu seiner Wahl zum Bezirksstatthalter und 1965 zum Bezirksgerichtspräsidenten von Arlesheim. Der Verstorbene wußte juristische Prägnanz und politische Klugheit in ausgewogener Weise zu paaren, was ihn zu einem qualifizierten Mitarbeiter in politischen Gremien machte. 1959 zog er in den Landrat ein, in dessen Finanzkommission er Vizepräsident wurde. Mitglied mehrerer kantonaler und kommunaler Kommissionen, wurde er 1960 in den Verfassungsrat beider Basel gewählt. Seine berufliche Laufbahn führte ihn zur Wahl in den Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft am 9. April 1967, den er 1969/70 präsidierte. Seine kulturellen Interessen bewahrte der ehemalige Corpsstudent als Leiter des Kirchenchores und Organist im Dom zu Arlesheim. Er starb am 13. Februar 1973. Mitglied des Juristenvereins wurde Dr. Zeltner im Jahre 1968.

2. Der neue *Forschungsauftrag* des Schweizerischen Juristenvereins ist im Laufe des Berichtsjahres an Herrn Dr. iur. HERIBERT RAUSCH, Zollikon-Zürich, vergeben worden. Die vorläufige Umschreibung lautet: «Rechtliche Grundfragen des Umweltschutzes». Es geht vor allem darum, besser als bisher zu klären, was unter juristischem Gesichtswinkel Umweltschutz sein kann und was nicht, damit die diffusen Vorstellungen und Schlagworte in diesem für Mensch und Gesellschaft wichtigen Gebiet abgebaut und allmählich Taten die vielen Worte ablösen können; denn wenn Umweltschutz jetzt auch als Staatsaufgabe und rechtlicher Regelungsbereich aufgenommen wird, ist es für seine Effektivität unerläßlich, in geklärten rechtlichen Kategorien und auf faßbaren rechtlichen

Grundlagen zu arbeiten. Wir haben zwar einen Verfassungsartikel, wir haben einen Gesetzesentwurf, wir haben eine Expertenkommission des Bundes am Werk, wir haben ein Bundesamt für Umweltschutz, wir haben bereits geltende Regelungen für Ausschnitte aus dem Umweltschutz, z.B. die beachtenswerte Gewässerschutzgesetzgebung, aber wir besitzen weder eine juristische Gesamtsicht des kohärenten Arbeitsgebietes noch zureichende Klarheit, was auf Grund der Verfassung getan werden kann und soll, welche Nebenwirkungen, z.B. auf das Eigentum, entstehen und hinzunehmen sind. Im Wechselschritt praktischer Gestaltung und wissenschaftlicher Steuerung ist jetzt die Rechtswissenschaft einiges schuldig, und der Schweizerische Juristenverein hofft, mit seinem Forschungsauftrag einen fällig werdenden Beitrag leisten zu können.

Herr Dr. HERIBERT RAUSCH hat mit zwei Assistenten im Laufe dieses Jahres die Untersuchungen aufgenommen. Das Eidgenössische Departement des Innern, mit dem eine Zusammenarbeit unter voller Wahrung unserer Unabhängigkeit vereinbart ist, hat in höchst verdankenswerter Weise als Übergangsregelung für 10 Monate die Assistentenlöhne übernommen. Vom Herbst dieses Jahres an wird der Schweizerische Nationalfonds den Forschungsauftrag finanzieren. Ich möchte nicht verfehlen, an dieser Stelle dem Forschungsrat, und darunter insbesondere dem Vertreter der Rechtswissenschaft, Herrn Professor KARL SPIRO, für das Wohlwollen und die Aufgeschlossenheit, die sie dem Forschungsprojekt erzeigen, verbindlich zu danken.

3. Was das *Institut für Rechtsvergleichung* betrifft, ist die erfreuliche Tatsache zu registrieren, daß der Bundesrat in einem Grundsatzentscheid sich für die Schaffung entschlossen, über Einzelheiten sich freilich noch Beschlüsse vorbehalten hat und sodann der Bundesversammlung Bericht und Antrag vorlegen will. Herr Bundesrat FURGLER wird uns morgen weitere Aufschlüsse geben.

Ich möchte hier meinen besonderen Dank an Herrn Professor J.M. GROSSEN wiederholen, der Ende dieses Monats als Direktor der Eidgenössischen Justizabteilung aus dem Bundesdienst ausscheidet. Er hat in beharrlicher und überlegener Weise die Be-

mühungen um das Institut immer wieder angetrieben und den Bundesbehörden die Bedeutung dargelegt.

4. Das letztes Jahr erwähnte Unterfangen, mit einer Spezialkommission des Schweizerischen Juristenvereins die *Richtlinien für die Gesetzgebungstechnik im Bunde* einer kritischen Erörterung mit der Bundeskanzlei zu unterwerfen, ist unter der speditiven Leitung von Herrn Professor HANS MARTI, unserem Quästor, durchgeführt worden. Die Kommission hat ihre Arbeiten abgeschlossen und der Bundeskanzlei ihre Vorschläge in einer substantiellen Eingabe unterbreitet. Es besteht begründete Hoffnung, daß die Vorstellungen des Juristenvereins in wesentlichen Belangen Beachtung finden.

5. Auch wenn ich Sie nicht mit Einzelheiten, die den Vorstand im Laufe des Jahres beschäftigt haben, beanspruchen möchte, so muß ich doch noch über die Praxis des Vorstandes informieren, die er in bezug auf *Vernehmlassungsverfahren des Bundes* eingeschlagen hat. Der Schweizerische Juristenverein wird bei einem erheblichen Teil der Verfassungs- und Gesetzesentwürfe eingeladen, sich neben Kantonen, Interessenorganisationen und Parteien an den Vernehmlassungsverfahren des Bundes zu beteiligen. Der Vorstand beobachtet ein differenziertes Verhalten. Zu Vorlagen, zu denen der Schweizerische Juristenverein schon Beiträge unmittelbar geliefert hat, z.B. durch Beratungen am Juristentag oder durch Forschungsprojekte, oder zu denen er die Anregung gegeben hat, z.B. durch Juristentags-Resolutionen, oder zu denen infolge spezifischer Verumständungen eine Beteiligung unabhängiger Juristen unerläßlich erscheint, wird sich der Vorstand namens des Schweizerischen Juristenvereins, möglichst nach Vorbehandlung durch eine vereinseigene Fachkommission, verlauten lassen. In den andern Fällen – und sie machen natürlich die Großzahl der jährlich mehrere Dutzend umfassenden Vorlagen aus – muß auf die Beteiligung verzichtet werden, vornehmlich aus folgenden Gründen: Es müßte erstens eine eigentliche Organisation mit einem permanenten Sekretariat geschaffen werden, wenn zu allen Entwürfen substantiierte Verlautbarungen erstattet werden sollten, und die umfassend vertiefte Beurteilung könnte ja die einzige Recht-

fertigung für die Beteiligung des Juristenvereins sein; den personellen, finanziellen und zeitlichen Aufwand können wir uns jedoch bei der gegenwärtigen Struktur des Vereins nicht leisten. Zweitens möchte der Vorstand vermeiden, daß der Schweizerische Juristenverein wie ein Berufsverband oder irgendeine Interessenorganisation routinemäßig zu den Vereinigungen gezählt wird, die «ihre» Interessen anmelden und sich im großen Ausgleichsprozeß der Gesetzgebungsvorbereitung Gehör zu schaffen suchen. Der Juristenverein muß seine wissenschaftliche, damit gruppenunabhängige, offene und objektive Grundverpflichtung bewahren, und das veranlaßt ihn auch da, wo er in die Rechtspolitik eingreift, zu einer überparteilichen Stellung, in der er allein rechtliche Fundamentalwerte verficht. Darin liegt kein Hochmut gegenüber den legitimen Interessenvertretungen anderer Organisationen, sondern einfach die Abgrenzung unter Besinnung auf das Wesen des Rechts und der Möglichkeiten, die eine ausschließlich auf das Recht und seine wissenschaftliche Basis gerichtete Vereinigung hat: Sie braucht einen Schutz vor der Abnutzung im politischen Interessenkampf, womit sie sich auch die Chance erhält, da und dann wirklich gehört zu werden, wo und wann für die Wahrung rechtlicher Hauptanliegen eingetreten werden muß. Wir müssen drittens auch die vielen Anzeichen dafür bedenken, daß die Vernehmlassungsverfahren inmitten der weiteren Rechtssetzungsvorbereitungen einer Inflation unterliegen und ihre Wirksamkeit zunehmend nachzulassen scheint. Wenn dem so ist, ist es erst recht geboten, Zurückhaltung zu üben und sich nicht durch eine Alltagspräsenz wirkungsarm zu verausgaben.

Ich darf nochmals unterstreichen: Der Vorstand möchte den Juristenverein von der Rechtspolitik nicht entfernen, sondern ihm gegenteils den Einfluß und die Autorität wahren oder mehren, wofür es aber die Konzentration auf wesentlichste Geschäfte und auf wirkungsvolle Verfahrensstadien braucht.

6. Den Ausblick auf die *kommenden Juristentage* kann ich unter Hinweis auf die letztjährigen Ausführungen kurz halten. Zwei Jubiläumsjahre stehen bevor: 1974 wird die geltende Bundesverfassung hundertjährig, 1975 kann das Bundesgericht seine seit

100 Jahren bestehende Einrichtung als ständiges Gericht feiern. Beiden für unsere Rechtsentwicklung erinnerungswürdigen Ereignissen will der Juristenverein durch Themastellung und Abwicklung des Juristentags gedenken. Nächstes Jahr kommt das Generalthema der Rechtssetzung zur Sprache, 1975 sollen die verschiedenen Gerichtsbarkeiten des Bundesgerichts gewürdigt werden. Für 1976 sind die Vorbereitungen, namentlich die Vergebung der Referataufträge, im Gange.

B. Der Übung gemäß darf ich hier noch *ein paar allgemeine Überlegungen* vorbringen.

Vor zwei Tagen hat die «Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung», die unter der Leitung von Herrn a. Bundesrat Professor F. T. WAHLEN seit 5 Jahren an der Arbeit war, der Öffentlichkeit ihren Schlußbericht übergeben. Darin werden die Verlautbarungen von Kantonen, Universitäten und Parteien zur Revisionsfrage ausgewertet, und es werden mögliche Revisionsinhalte skizziert. Der Bundesrat hat durch den Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartements zugleich die Absicht bekundet, die nun abgeschlossene erste Vorbereitungsphase in eine zweite Phase der Entwurfserstellung überzuführen; es soll von einer erweiterten Expertenkommission ein Vorentwurf ausgearbeitet werden, der die Grundlage für spätere Beratungen der Behörden und allenfalls für ein förmliches Revisionsverfahren bilden könnte.

Man mag sich zur rechtspolitischen Zweckmäßigkeit einer Totalrevision der Bundesverfassung stellen wie man will, man mag für das notwendigerweise langwierige Verfahren einen günstigen oder einen ergebnislosen Ausgang vorhersagen, man mag der Verfassung einen hohen oder niederen Stellenwert in der nationalen Gesamtordnung und damit eine große oder geringe Bedeutung zumessen – die *eine* Feststellung dringt jedenfalls durch: Wir befinden uns mitten in einem einschneidenden allgemeinen *Novationsprozeß* des Staates. Und wegen des dialektischen Bezugs von Recht und Staat ist das Recht von diesem Novationsprozeß auch ergriffen, sei es aktiv-gestaltend, sei es passiv-leidend.

Ich meine denn: die Frage der Totalrevision der Bundesverfassung ist nur ein Bestandteil oder auch nur ein Symptom eines

umfassenden, allgemeinen staatlichen Novationsvorganges. Es gibt weitere Gegenstände aus dem Rechtsbereich, die ihn unmittelbar anzeigen, so die 7 oder mehr Begehren auf Totalrevisionen von Kantonsverfassungen (was freilich zum Teil bloß opportunistischer Reflex oder – um einen Ausdruck aus dem Referat SCHLUEP zu übernehmen – eine Imitation der Revisionsmotionen im Bund sein könnte). Ferner sind Anzeichen der Wandlung: die Regierungs- und Verwaltungsreformen im Bund und in rund 10 Kantonen; die aufdämmernden, wiewohl zaghaften Versuche zu Parlamentsreformen; die Infragestellung von gewissen weitreichenden obligatorischen Referendumsrechten; das Suchen nach Art, Ausmaß und systematischer Plazierung von staatlichen Planungen inmitten der herkömmlichen Staatsfunktionen; die unbewältigte Thematik der staatlich gesteuerten Raumordnung und des Umweltschutzes; das synthetische Konzept der staatlichen Sicherheitspolitik als zeitgemäße Strategie des Kleinstaates mit der vertieften Sicht staatlicher Aktivitäten; die Einfügung der Schweiz in die veränderte internationale Umwelt; das erneut in die Auseinandersetzung geratende Verhältnis von Staat und Wirtschaft, das umfaßt wird von der offenen Problematik des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, aus dem die beiden Themen des diesjährigen Juristentags zentral entspringen. Der Schweizerische Juristenverein darf für sich in Anspruch nehmen, daß er die genannten großen Problemkreise oft früh erahnt oder erkannt und zum Gegenstand seiner Beratungen gemacht hat. Ich will jetzt aber weder in ein Selbstlob des Juristenvereins ausbrechen noch in Enttäuschung darüber verfallen, daß Behörden und Öffentlichkeit – wohl zu ihrem Nachteil – den Ermittlungen des Juristenvereins mitunter zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt haben. Vielmehr will ich auf einen Tatbestand hinweisen, den *wir,* wir Juristen, uns inmitten des staatlichen Novationsprozesses vor Augen halten sollten.

Die beschleunigten und tiefgreifenden Wandlungen des Staats sind unaufhaltsam im Gange. Das an sich ist nicht alarmierend, wohl aber die reale Möglichkeit, daß sich die Wandlungen am Recht und am Juristen vorbei vollziehen könnten. Die Lenkungskraft der Rechtsnorm, namentlich der gesetzten, also der willentlich aufgestellten, von Menschen gemachten Rechtsnorm, ist ohne-

hin begrenzt. Unser hochverdientes Mitglied Herr Professor HANS HUBER hat in seiner Präsidialansprache am Juristentag 1955 deutlich gemacht, es gelte einzusehen, «daß die Gesetze das soziale Leben gleichzeitig anzunehmen und zu meistern haben». Keine Generation beherrscht mit Gewißheit die Kunst des guten Rechts, sich auf die faktischen Normalitäten einzurichten und doch das Postulierte, Gesollte und Gewollte heraufzuführen, also die spezifisch *rechtliche* Normativität zustandezubringen. Diese Fähigkeit kann auch ausbleiben, die Rechtskultur kann auch stagnieren; es kann mit dem Staat auch schief gehen. Die selbstzufriedene Zuversicht des Verengten und Harmlosen ist nicht die gelassene Zuversicht dessen, der die Anstrengung auf sich nimmt und den eigenen Einsatz wagt.

Die Novation des Staats ist drei Hauptmöglichkeiten ausgesetzt. Sie kann sich steuerlos vollziehen. Es gibt diesfalls für unsere Epoche ein historisches Abenteuer im pragmatischen Schritt für Schritt, was gutartig verlaufen, wahrscheinlicher aber den Staat und das Recht wilden Wucherungen aussetzen könnte. Näher liegt, daß andere als rechtlich erfaßte Kräfte sich zum Herren der Entwicklung aufwerfen. Die gegenwärtige Finanzkrise öffnet den Blick auf Formen der zweiten Möglichkeit: Staatliches Gestalten und Verhalten werden heute teilweise grobschlächtig und undifferenziert aus dem Finanzsektor heraus gelenkt. Nichts gegen das jetzt anbrechende Haushalten! Aber Lenkung des Staats aus einer monistischen Finanzsicht ist noch keine tragfähige Staatsgestaltung, die zulänglich nur aus der umfassenden Sichtung und Gewichtung zustandekommt. Das staatliche Sein und Handeln könnte – auch unter der Flagge der Demokratie und im Kleide geordneter Endscheidungsverfahren – überhaupt wieder durch Techniken der Macht und simple Machtregeln bestimmt werden. Zum Dritten besteht die Aussicht, die Novation mit Hilfe des Rechts zu ermöglichen. Das will heißen, daß die Novation in den Bahnen, mit dem Instrument und mit den Erfahrungen des Rechts und seiner Grundwerte zustandezubringen ist. Es kann gelingen, wenn sich die Juristen vom Zug zur Staatsdistanz, zur inneren und äußeren Abkehr vom Gemeinwesen, die in etlichen Protestaktionen der Gegenwart entgegen ihrer Etikette vorhanden ist, fern-

halten, wenn sie sich gegenteils dem Staate zuwenden und ihre Anstrengung auf seine Gestaltung richten, wissend, daß Staat und Recht in einer Schicksalsgemeinschaft stehen. Andere Disziplinen sind auch beteiligt: Wirtschaftswissenschaft, Historie, Soziologie, Politologie stehen in einer unmittelbaren Mitverantwortung; doch damit wird der Anteil der Juristen weder schwächer noch leichter, zumal da *er* es sein soll, der – aus der Universalität seines Fachs bezüglich des Staates heraus – in der Regel die Synthese und die interdisziplinäre Kooperation anführend sicherstellt.

Wir stehen vor der Tatsache der weltweiten seelisch-geistigen Unsicherheit von Mensch und Gesellschaft, die vehement das Staatliche und Rechtliche erfaßt. Daß Verunsicherungen, daß Erschütterungen Platz gegriffen haben, wodurch Dogmatismen verringert und für unbefangene Entwicklungen überwachsene Wegstücke freigelegt wurden, ist im geschichtlichen Wechselgang an der Zeit gewesen. Die Frage ist aber heute die nach dem «Wie weiter?». Die verschiedenen Strömungen, die auf die vielberufene «Systemüberwindung» gerichtet sind, sind unfruchtbar, wenn sie in der simplen Negation des Bestehenden stecken bleiben. Solange sie den Staat wie einen Seziertisch für die Gesellschaft betrachten und die Fähigkeit nicht aufbringen, einläßlich genug und mit rationaler Überzeugungskraft im Ernst und verantwortungsbereit mitzuraten oder gar plausibel anzugeben, wie die staatliche Ordnung und ihre Normenwelt aussehen sollen, bilden sie keine Ideen, auf die z.B. eine zeitgemäße Rechtsstaatlichkeit die Hoffnung setzen dürfte. Sie greifen Staat und Recht selbst da an, wo diese Garant für die Mäßigung der Macht und für die Synthese von sozialer Gerechtigkeit und Entfaltung der freien Persönlichkeit sein müssen. Und wo schon systemüberwindende Mittel empfohlen werden, müßte man etlichen Postulanten entgegenhalten, was F.C. von Savigny in umgekehrter Richtung über Karl Ludwig von Haller bemerkt hat: «Bey diesem Rettungsversuch ist es schwer zu sagen, welches von beyden bedenklicher ist, die Krankheit oder das Heilmittel.»

Wir brauchen die Belebung der gestaltenden Fähigkeiten für Staat und Recht. Diese gedeihen nicht in der dauernden radikalen Infragestellung von allem und jedem. Und sie wachsen nicht in der

negativen Grundhaltung gegenüber Erfahrungen und ruhiger Überlegung. Wenn der Staat als vernunftgeleitete Handlungseinheit Sinn und Sendung hat, so ist eine erste Voraussetzung für seine Aktivität und für das tragfähige Beziehungsgeflecht Staat–Gesellschaft–Individuum eine Orientierungssicherheit.

Wir können solche Orientierungssicherheit nicht herstellen, indem wir die Komplikationen der geistigen und staatlichen Situation der Gegenwart bestreiten oder die Handelnden, z.B. die politischen Behörden, leichthin der Unfähigkeit zeihen. Aber wir können einen Auftrag um klärendes Bemühen verspüren, das eben auch und gerade dem Juristen zufällt.

Hier kehre ich zurück zum Thema dieser Woche, das mehr sein sollte als eines der schnell-lebigen politischen Alltagsgeschäfte: zur Frage der Totalrevision der Bundesverfassung. Die Verfassungsrevision ist nicht Heilsgeschehen. Aus ihr erwächst selbst bei bester Qualität weder ein Halt für die seelisch-geistigen Schwierigkeiten des heutigen Menschen noch eine Neuordnung der Gesellschaft. Derartiges ist nicht Aufgabe und nicht Vermögen einer Staatsverfassung. Eine Staatsverfassung enthält *staatliche* Grundentscheidungen, was viel, aber nicht alles ist. Namentlich ist sie nicht gesellschaftliche Gesamtordnung, da Staat und Gesellschaft bei aller gegenseitigen Durchdringung doch immer noch und weiterhin zwei unterscheidbare Potenzen sind; neuere Konstruktionsversuche, die die Unterscheidung bestreiten, sind verständliche Pendelausschläge, zeigen aber nicht die wahre Lage an. Die Verfassung geht auf das *staatliche* Sein und Sollen, fern von Ganzheitserwartungen und mystifizierenden Aufträgen einer nach-naturrechtlichen Epoche. Genug, wahrlich genug, bleibt auch so noch. Jenes klärende Bemühen kann angeregt und herausgefordert sein. Die Verfassungsrevision hat vor einigen Jahren eng und etwas gezwungen begonnen. Sie steht aber in einem ernsthaften Zusammenhang von großer Tragweite, eben im allgemeineren Novationsprozeß des Staates, in dem eine einzige oder eine systematische Kette von Verfassungsrevisionen für eine nächste historische Phase orientierend und substantiell einen festen Platz einzunehmen in der Lage sein könnte.

Der Schweizerische Juristenverein wird die Möglichkeiten nicht

vertun, seinen Anteil an der zureichenden Steuerung des Novationsprozesses beizutragen – die Referate und Verhandlungen von heute und morgen mögen es erneut belegen.

IV.

Professor Dr. HANS MARTI, Quästor des Vereins, legt die Jahresrechnung 1972/1973 vor:

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1973

Aktiven	Fr.	Fr.
Kasse		1 399.90
Postcheck		29 415.29
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent		51 009.60
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent Nationalfonds		40 141.80
Wertschriften		61 027.80
Debitor Verrechnungssteuer		1 034.66
Transitorische Aktiven		7 062.20
		191 091.25

Passiven		
Transitorische Passiven		55 000.—
Rückstellung für 100-Jahrfeier BV/Bundesgericht		50 000.—
Reserve Juristentag		1 068.75
Kapital	81 973.72	
+ Gewinn pro 1972/73	3 048.78	
		85 022.50
		191 091.25

Erfolgsrechnung pro 1972/73

Einnahmen

	Fr.
Mitgliederbeiträge	65 085.—
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	33 000.—
Beitrag Zeitschrift für Schweizerisches Recht	1 600.—
Beitrag Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	10 000.—
Verkauf von Publikationen	3 993.20
Wertschriftenertrag	3 042.50
Bankzinsen	692.81
	117 413.51

Ausgaben

Druckkosten für Referate und Protokolle	49 685.—
100-Jahrfeier BV/Bundesgericht	20 000.—
Übersicht der Literatur über das Schweizerische Recht	8 181.—
Forschungsauftrag Umweltschutz	10 624.38
Schweizerischer Juristentag	13 596.—
Spesen des Vorstandes	1 437.40
Zirkulare und Drucksachen	2 733.90
Archivar, Sekretärin und Buchhalter	4 750.—
Jubiläumsausstellung Schweiz. Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	500.—
Post- und Bürospesen	998.85
Beiträge	1 000.—
Bankspesen	90.40
Abwertung des Wertschriftenbestandes	720.—
Steuern	47.80
	114 364.73

Gewinn pro 1972/73	3 048.78

II. Rechtsquellenfonds

Bilanz per 30. Juni 1973

Aktiven	Fr.	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent		3 138.70
Wertschriften		93 110.—
Debitor Verrechnungssteuer		2 209.01
Debitor Sauerländer		3 212.05
Transitorische Aktiven		4 000.—
		105 669.76
Passiven		
Kapital	112 438.38	
·/. Verlust 1972/73	6 768.62	
		105 669.76
		105 669.76

Erfolgsrechnung pro 1972/73

Einnahmen	Fr.
Subventionen	72 800.—
Verkauf von Publikationen	4 000.—
Wertschriftenertrag	5 048.15
Buchgewinn auf Wertschriftenverkäufen und Konversionen	1 069.—
Bankzinsen	58.04
	82 975.19
Ausgaben	
Druckkosten der Rechtsquellen	88 914.10
Bankspesen	272.34
Abwertung des Wertschriftenbestandes	125.—
Bankzinsen und Kommissionen	432.37
	89 743.81
Verlust pro 1972/73	6 768.62

III. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1973

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent	3 202.—
Wertschriften	31 960.—
Debitor Verrechnungssteuer	483.59
	35 645.59

Passiven

Kapital	34 108.53
+ Gewinn pro 1972/73	1 537.06
	35 645.59

Erfolgsrechnung pro 1972/73

Einnahmen

Wertschriftenertrag	1 575.—
Bankzinsen	28.68
	1 603.68

Ausgaben

Bankspesen	66.62
Gewinn pro 1972/73	1 537.06

V.

Der Präsident 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 1973/74 des Vereins vor:

Budget pro 1973/74

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	63 000.—
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	40 000.—
Beitrag Zeitschrift für Schweizerisches Recht	1 600.—
Beitrag Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	10 000.—
Verkauf von Publikationen	3 000.—
Wertschriftenertrag	3 000.—
Bankzinsen	600.—
	121 200.—

Ausgaben	
Druckkosten für Referate und Protokolle	70 000.—
100-Jahrfeier BV/Bundesgericht	7 000.—
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht	10 000.—
Schweizerischer Juristentag	20 000.—
Spesen des Vorstandes	2 000.—
Zirkulare und Drucksachen	3 000.—
Archivar, Sekretariat und Buchhaltung	6 000.—
Post- und Bürospesen	1 600.—
Beitrag Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	1 000.—
Bankspesen	100.—
Steuern	500.—
	121 200.—

Das Budget wird genehmigt. Der Präsident dankt dem Quästor für die vorbildliche Betreuung des Rechnungswesens, was im Juristenverein wie in Staat und Unternehmen ähnliches bedeutet:

Der Finanzminister hat im besonderen Maß auch bei den Sach-

geschäften mitzubefinden, und Herr Kollege MARTI ist für seine Speditivität, Umsicht und sachkundige Tätigkeit zum Vorbild geworden.

Hier wird angeschlossen die Wahl der Rechnungsrevisoren für die Amtsperiode 1973–1976.

Die Herren PHILIBERT LACROIX, Notar, Genf, und Dr. JOHN OCHSÉ, Basel, haben ihr Amt mit gewohnter Verläßlichkeit und Eindringlichkeit versehen. Sie stellen sich freundlicherweise für eine Wiederwahl zur Verfügung. Die Versammlung bestätigt sie einhellig für eine weitere Amtsperiode.

VII.

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

Die beiden letzten Bände XXI Wehrwesen und XXII Bildungswesen der *Berner Stadtrechte,* die noch Prof. Dr. iur. HERMANN RENNEFAHRT verfaßt hatte, harren des Registers.

Mit dem Erscheinen des zweiten Bandes der *Zuger Rechtsquellen* hat Prof. Dr. phil. EUGEN GRUBER sein Werk abgeschlossen.

Der erste Band der Rechtsquellen der *Fürstabtei St. Gallen* von Herrn Dr. h.c. WALTER MÜLLER liegt gesetzt vor. Prof. Dr. phil. E. LUGINBÜHL konnte für die Erstellung des Registers gewonnen werden.

Die *Freiämter Rechtsquellen,* bearbeitet von Dr. phil. J. J. SIEGRIST, sind gesetzt. Der Verfasser hat noch die Korrekturen, das Glossar und das Register zu erstellen.

Aus der *Waadt* konnte der erste Band der *Enquêtes* dem Buchhandel übergeben werden. Ein weiterer Band steht in Vorbereitung, wobei Frau Dr. iur. DANIELLE CABANIS-ANEX Frau GALLONE abgelöst hat. Prof. POUDRET hat die Einleitung zum ersten Band verfaßt und leitet auch die Arbeiten für den zweiten.

In den *Kantonen Schaffhausen, Graubünden und Neuenburg* schreiten die begonnenen Arbeiten fort. Für Neuenburg liegt nun ein Editionsplan vor. Einen starken Auftrieb haben die Arbeiten im *Tessin* erhalten, wo neben Prof. GIANLUIGI BARNI und Frau Dr. phil. ELSA MANGO-TOMEI nun auch noch MARIO FRANSIOLI, Sekundarlehrer in Airolo, sich mit den archivarischen Vorarbeiten befaßt. Er wird unter Verwendung des von Dr. phil. RASCHÈR für das Tessiner Namenbuch gesammelten Materials die Rechtsquellen der Leventina erschließen.

Der junge Mitarbeiter Dr. phil. MARTIN SALZMANN hat seine Arbeit an den Rechtsquellen *Luzern* begonnen, indem er das Material aus der Landvogtei Weggis in den verschiedenen Archiven aufnahm.

Unter Leitung von Dr. phil. K. MOMMSEN wird die Aufnahme *Helvetica im Generallandesarchiv Karlsruhe* fortgesetzt. Ihm stehen Dr. phil. J. BRÜLISAUER und Dr. M. SALZMANN zur Seite. Nach seiner Wahl zum Adjunkten des Staatsarchivs Luzern wird Dr. BRÜLISAUER seine Arbeit an den Rechtsquellen leider stark einschränken müssen. Mindestens die auf die Schweiz bezüglichen *Konstanzer Akten* im Archiv Karlsruhe will er aber bis Ende 1973 fertig erschließen.

Der Schweizerische Nationalfonds hat dem *Forschungsgesuch* der Rechtsquellenkommission für die Zeit vom 1. Oktober 1972 bis 30. September 1975 vollumfänglich entsprochen. Er stellt damit jährlich Fr. 300000.– zur Verfügung, einen Betrag, der es auch erlaubt, den Mitarbeitern die üblichen Gehaltserhöhungen und Teuerungszulagen zu gewähren. Daß der für Basel-Stadt in Aussicht genommene Mitarbeiter absagte, hatte es erlaubt, andere einzusetzen und Aufgaben in andern Kantonen an die Hand zu nehmen. Für die Arbeiten an den Berner Rechtsquellen vergütet die F. E. Welti-Stiftung wie bisher die Löhne und Nebenauslagen, ebenso übernehmen die kantonalen Archive Auslagen für Spezialarbeiten und Ausfertigungen in Karlsruhe.

Aus den Kantonen Waadt, St. Gallen, Aargau konnten Druckkostenbeiträge seitens der Behörden und kultureller Institutionen erbeten werden. Der Rechtsquellenfonds des Schweizerischen Juristenvereins ist stark beansprucht worden, da mehr als je ge-

druckt wurde, die Druckkosten gestiegen sind und er in Vorschuß zu treten hat, bis Beiträge Dritter eintreffen. Die bisher auf 350 Exemplare bemessenen Auflagen sind leicht erhöht worden, für Zug, um die von der Regierung gewünschte Streuung der Bände zu ermöglichen, für die Waadt, um einen Leserkreis in Frankreich zu gewinnen.

Der Präsident verdankt die Berichterstattung und führt dazu aus:

Die Tätigkeit der Rechtsquellenkommission ist ein schöner und erfolgreicher Aktivposten des Schweizerischen Juristenvereins. Wir haben es erneut aus dem soeben verlesenen Bericht über die lebhafte und initiative Editionstätigkeit entnehmen können, aber auch etwa aus dem Umstand, daß die Kommission auf gestern nachmittag zu einer Sonderveranstaltung hier nach Basel eingeladen hat. Der Titel des Vortrags von Dr. phil. J. BRÜLISAUER, Horw-Luzern, war auch recht geeignet als Einleitung eines Juristentags, lautete er doch: «Der Freitrunk bei der Weinfuhr in früheren Jahrhunderten (Rechts-Brauch oder Mißbrauch?)», womit auch für die geselligen Teile des Juristentags die wissenschaftliche Basis gelegt wurde.

Die Rechtsquellenkommission unterliegt der Neuwahl für die Amtsperiode 1973/76. Von den bisherigen Mitgliedern wünschen auszuscheiden die Herren Prof. Dr. W. A. LIEBESKIND, Coligny, und Prof. Dr. E. F. MÜLLER-BÜCHI, Freiburg, denen ich für ihre bisherige Tätigkeit in der Kommission bestens danke. Neben den übrigen bisherigen Mitgliedern stellt sich neu Herr Dr. iur. CHARLES AUBERT, Genf, Direktor der Genfer Handelskammer, der sich mit rechtsgeschichtlichen Studien abgibt und selbst historische Arbeiten verfaßt, zur Verfügung.

Die Versammlung wählt folgende Herren in die Rechtsquellenkommission des Schweizerischen Juristenvereins:

1. Prof. Dr. HANS HEROLD
   Zürichbergstraße 42, 8044 Zürich, Präsident
2. Dr. CHARLES AUBERT
   19, ch. des Erables, 1213 Petit-Lancy

3. Prof. Dr. Louis Carlen
   Sonnenstraße 4, 3900 Brig, und Universität Innsbruck
4. Prof. Dr. Pio Caroni
   Anshelmstraße 17, 3005 Bern
5. Prof. Dr. Ferdinand Elsener
   Hennentalweg 25, D-74 Tübingen/Untere Bahnhofstraße 18, 8640 Rapperswil
6. Prof. Dr. H.-R. Hagemann
   Krachenrain 9, 4000 Basel
7. Oberrichter Dr. Florian Imer
   ancien Président de la Cour d'Appel, Hallwylstraße 36, 3000 Bern
8. Staatsarchivar Dr. Bruno Meyer
   8500 Frauenfeld
9. Prof. Jean François Poudret
   18, Petit Chêne, 1000 Lausanne
10. Dr. Claudio Soliva
    Im Lindenhof 1, 8307 Effretikon, Ass. Prof. an der Universität Zürich

VIII.

Die Verwaltungsgeschäfte des Samstags sind damit abgeschlossen. Der Präsident erteilt das Wort Prof. Dr. Hans Hinderling, Präsident des Basler Juristenvereins:

Ich heiße Sie im Namen des gastgebenden Basler Juristenvereins und seines Organisationskomitees, aber auch im Namen der hiesigen Fakultät herzlich in unserer Stadt willkommen.

Zum 7. Mal ehrt der mehr als hundertjährige Schweizerische Juristenverein Basel mit seinem Besuch, und wir freuen uns darüber. Aus der Frühzeit des Vereins sind uns freilich recht prononcierte Äußerungen eminenter Basler Juristen bekannt, Äußerungen, die wohl auf die damals schroffe Gegensätzlichkeit zwischen radikaler, fortschrittlicher und konservativer, traditionsgebundener Denkart zurückzuführen sind. So hat der durch seine Entdeckung des Mutterrechts später zu Weltruhm gelangte Professor für römisches Recht und Appellationsrichter Johann Jakob Bachofen die erste Tagung in Basel im Jahre 1863 mit folgenden Worten glossiert: «Die Juristen, das heißt meist beschnäutzte Rechtsagenten aus sehr fortgeschrittenen Kantonen, haben hier weniger Enthusiasmus erregt, als der gleichzeitig gastierende un-

garische Zauberkünstler Welle, der zu dem landläufigen Schwindel besser paßt. Mich hat ein glücklicher Schnupfen von beiden Anlässen ferngehalten.» Und noch 20 Jahre später stieß, wie die Neue Zürcher Zeitung unlängst berichtete, der große Rechtshistoriker und Fürst der Rechtsprechung, ANDREAS HEUSLER, ins gleiche Horn. Er bezeichnete den Schweizerischen Juristenverein als den jämmerlichsten Verein, den es gibt, und beliebte es, sich von seinen Tagungen in den rechtsgeschichtlich interessanteren Kanton Wallis abzusetzen. Seit diesen Zeiten haben sich frühere Gegensätze verflacht und andere Gegensätze haben sich aufgetan. Die «beschnäutzten Rechtsagenten aus sehr fortgeschrittenen Kantonen» aber und ihre Nachbarn haben hervorragende Arbeit geleistet, und es ist von größter Bedeutung, daß sie es fürderhin tun. In der heutigen Zeit, die uns so viele der Sicherungen geraubt hat, die früher in der Bindung an eine religiöse Überzeugung und auch als Herkommen verankert waren, ist die Rechtsordnung mehr als je der wesentliche Garant für ein menschenwürdiges Zusammenleben in einer menschenwürdigen Gesellschaft. Erst recht muß auch heute und in Zukunft der Schweizerische Juristenverein beitragen zur Gestaltung einer sozialausgerichteten Verfassung und Gesetzgebung, zum Ausbau der Gerichtsbarkeit des Bundes und zur Weiterentwicklung der schweizerischen Rechtswissenschaft. Ich stehe nicht an, meinen erlauchten Basler Vorgängern BACHOFEN und HEUSLER zum Trotz zu behaupten: der Schweizerische Juristenverein ist der beste und nützlichste Verein, den es gibt. Meine Damen und Herren, wenn man in den Protokollen über längst vergangene Tagungen des Schweizerischen Juristenvereins blättert, kann man sich an interessanten Diskussionen ergötzen. Man kann sich auch rührende und eindrucksvolle Nachrufe auf in den jeweiligen Berichtsjahren abgeschiedene Vereinsmitglieder zu Gemüte führen. Hie und da aber liest man bloß die knappen Daten eines Juristenlebens und den melancholischen und lapidaren Nachsatz: la fortune ne lui sourit guère. Das ist eine Feststellung, die freilich auch den Grabstein eines manchen Nicht-Juristen zieren könnte. Aber diese Charakterisierung paßt keinesfalls auf den Schweizerischen Juristenverein, der als juristische Person zumindest theoretisch Unsterblichkeit genießt und dessen fruchtbare und segens-

reiche Tätigkeit immer unter einem glücklichen Stern gestanden hat. Möge das auch für die heutige Basler Tagung mit ihrem wissenschaftlichen und geselligen Teil zutreffen. Que la fortune lui sourit!

IX.

Der Präsident eröffnet die Beratungen zum privatrechtlichen Thema mit folgenden Worten:

Warum der Vorstand glaubte, den Fragenkreis der *Unternehmenskonzentration und -kooperation* zur Diskussion stellen zu sollen, bedarf keiner weiteren Begründung: der Sachverhalt lebt vor unseren Augen, die wissenschaftliche Durchdringung und Erörterung aber ist in der Breite und Tiefe aufzunehmen. Mit den beiden Referaten haben die Herren Kollegen SCHLUEP und DALLÈVES die Erwartungen voll erfüllt. Es sind nun höchst beeindruckende Arbeiten vorhanden, die für Praxis und Lehre wegleitend sein werden. Ich danke ihnen herzlich für Mühe und Sorge und gratuliere ihnen zu ihren Arbeiten.

Zunächst erhalten die beiden Herren Referenten das Wort. Anschließend soll, wie dann auch morgen, die Diskussion in herkömmlicher Form ablaufen. Der Vorstand hatte erwogen, einen «Runden Tisch» zu veranstalten oder irgendeine andere Form relativ gesteuerter Beratung zu wählen, ist aber zum Ergebnis gekommen, daß das freie und sukzessive Votieren im heutigen und im morgigen Neuland fruchtbarere Erörterungen bringen dürfte. Vorbehalten soll aber bleiben, daß die Herren Referenten jederzeit intervenieren können und nicht bis zum Schlußwort warten müssen.

Prof. Dr. WALTER R. SCHLUEP, Bern/Grenchen, Berichterstatter in deutscher Sprache:

Mein Referat trachtet danach, drei Hauptaufgaben zu erfüllen:

– Einmal sollen die faktischen Grundlagen der umfassend verstandenen Unternehmenskonzentration untersucht werden. Hier

geht es zumal um die Frage, ob Unternehmenskonzentration ein unabwendbares Schicksal sei. Da ich im gedruckten Referat diese Frage verneint habe, stehe ich als zur Wertung verpflichteter Jurist sogleich dem nächsten Problem gegenüber: Ob die Konzentration der Unternehmungen im Rahmen einer umfassenden gesellschaftspolitischen Würdigung wünschbar und daher förderungswürdig oder ob sie bedenklich und daher in Schranken zu halten sei.

– Die zweite Aufgabe des Referats besteht in der Beantwortung der Frage, ob das nach der Natur der Sache in erster Linie berufene Kartellgesetz dem wiederum umfassend begriffenen Konzentrationsvorgang den richtigen Rahmen setze.

– Endlich soll das Referat eine Konzentrationsform in ihren vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Strukturen vorführen, die sowohl wegen ihrer gesellschaftspolitischen Vorzüge als auch wegen ihrer Häufigkeit im wirtschaftlichen Alltag der Schweiz von ganz besonderer Bedeutung ist. Ich meine jene Zusammenarbeitsform, die unter der Bezeichnung «Unternehmenskooperation» bekannt geworden ist, bislang aber eine systematische privatrechtliche Bearbeitung nicht erfahren hat.

Ich beginne mit der Beantwortung der ersten Frage: Die Untersuchung der Realien geht von der Frage aus, welche Bedeutung der Unternehmensvergrößerung und damit auch der Unternehmenskonzentration in der einzelnen Unternehmung zukomme. Allemal ist davon auszugehen, daß von der einzelnen Unternehmung aus gesehen der Entscheid für oder wider Expansion und Konzentration als Mittelentscheid im Rahmen des unternehmerischen Zielsystemes aufzufassen ist. So gesehen wird Unternehmensvergrößerung und damit auch Unternehmenskonzentration vielfach gerühmt als Mittel zur Kostensenkung, sei es nach dem Gesetz der Massenproduktion, sei es aufgrund mutativer oder multipler Größenvariation. Solche in allen Unternehmensbereichen zu diagnostizierende Kostenminderungen durch Expansion lassen sich indessen nicht beliebig fortsetzen. Es gibt auch das Phänomen der Größenprogression, das sich durch Anhebung der Kosten auszeichnet, sobald eine für jede Unternehmung individuell zu bestimmende Größe überschritten wird. Somit käme es einzelwirtschaftlich vor allem darauf an, ein Unternehmensoptimum zu

erreichen. Zwar trifft es zu, daß der technische Fortschritt dieses Optimum mit Blick auf die Größe immer weiter hinauszögert. Doch wächst mit zunehmender Ausbringung auch der Marktwiderstand, so daß die erhöhte Produktion häufig nur durch Machteinsatz abgesetzt werden kann. Je größer indessen die Unternehmung, desto wahrscheinlicher auch die Existenz wirtschaftlicher Macht. Da nun aber wie gesagt die moderne technologische Entwicklung (mindestens) das Betriebsoptimum immer weiter hinausschiebt, wird schon von der Kostenseite her Größe angestrebt, so daß die zur Manipulation der Erträge erforderliche Macht tendenziell gegeben ist.

Unternehmensgröße fördert aber durch Kostensenkung und Ertragsvermehrung nicht nur das Ziel der Gewinnmaximierung, sondern auch andere Unternehmensziele, wie Erhaltung der Unternehmung, Umsatzwachstum, Prestige und persönliche Macht der Unternehmer oder Manager. Man kann also zusammenfassend feststellen, daß unter einzelwirtschaftlichen Gesichtspunkten Expansions- und Konzentrationsentscheide sich aller Regel nach aufdrängen. Da aber Großunternehmungen es leichter haben, größer zu werden als die kleinen, wachsen sie schneller und nähren so den Konzentrationsvorgang.

Dieser einzelwirtschaftliche Drang zur Größe wird in gesamtwirtschaftlicher Sicht verstärkt durch eine Reihe von Konzentrationsfaktoren: etwa den technischen Fortschritt, die durch Integration und andere internationale Vereinbarungen veranlaßte Vergrößerung der Märkte, den Einfluß der Banken in der Wirtschaft, die stetige wirtschaftliche Aufwärtsentwicklung und vor allem auch durch eine konzentrationsfreundliche oder mindestens konzentrationsindifferente Rechtsordnung. Wohl muß man neben diesen gesamtwirtschaftlichen Konzentrationsfaktoren auch Dekonzentrationsfaktoren anerkennen, deren wichtigster die bereits signalisierte Größenprogression im betriebswirtschaftlichen Bereich ist. Es ist also der Gedanke eines Unternehmensoptimums, der als Antrieb und Bremse zugleich wirkt. Trotzdem wird man annehmen müssen, der Zug zur Konzentration sei stärker als die Hemmungsfaktoren. Das ist vor allem auch deshalb wahr, weil Konzentrationsentscheide häufig auf bloßer Imitation gründen und daher

einen massenpsychologischen Anstrich erhalten. Das trifft ganz besonders für einzelne Zweige der schweizerischen Wirtschaft zu.

Wie ist nun dieser Zug zur Konzentration in gesamtwirtschaftlicher Sicht zu beurteilen? Zur Beantwortung hat man statische und dynamische Betrachtungsweisen zu unterscheiden. In statischer Sicht kann als erwiesen gelten, daß die Konzentration sich schädlich sowohl auf den Wettbewerb als auch auf den Wohlstand auswirkt. Betrachtet man indessen die Dinge aus dynamischer Sicht, so wird die Diagnose schwieriger. Man muß dann zugeben, daß unter ganz bestimmten Voraussetzungen ein gewisses Maß an Konzentration den Wettbewerb beleben und eben auf diesem Wege auch den technischen Fortschritt schüren kann. Es scheint aber auch den Ökonomen klar zu sein, daß die unkontrollierte Beschleunigung der Konzentration letztlich den Wettbewerb eben doch beeinträchtigt und damit auch das auf technischem Fortschritt beruhende Wachstum gefährdet. Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht müßte man also versuchen, eine Art Konzentrationsoptimum zu erreichen. In der Schweiz wird vielfach geltend gemacht, der Konzentrationsgrad sei noch so gering, daß die Konzentration nicht gebremst, sondern gefördert werden müsse. Dazu ist einmal zu sagen, daß bis zur Stunde schlüssiges statistisches Material fehlt. Zum andern ist darauf hinzuweisen, daß gerade in der Schweiz der Konzentrationsfaktor Imitation außerordentlich stark wirkt, so daß schon aus diesem Grunde ungegängelte Konzentration bedenklich wäre.

All das gilt erst recht, wenn man die Konzentration nicht nur einer gesamtwirtschaftlichen, sondern einer allgemein gesellschaftspolitischen Beurteilung unterzieht. Dann nämlich kann man sich der Tatsache nicht verschließen, daß Konzentration allemal private wirtschaftliche Macht begründet, die – wie etwa das Beispiel ITT in den USA gezeigt hat – besonders leicht in politische Macht ausartet. Dazu kommt, daß wirtschaftliche Macht jede auf Freiheit gründende Wirtschaftsverfassung gefährdet, zur Ausschaltung eines wesentlichen Teils des staatspolitisch wertvollen Mittelstandes führt, dem Arbeitnehmer das Gefühl der Ohnmacht und der schicksalshaften Abhängigkeit gibt und endlich ganz allgemein den Neid und die Unzufriedenheit schürt.

Es sind somit allgemein wirtschaftspolitische und gesellschaftspolitische Erwägungen, die der Forderung zugrunde liegen, es sei die Unternehmenskonzentration unter Kontrolle zu halten. Eine solche Kontrolle ist entgegen einem weit verbreiteten Unabwendbarkeitsglauben möglich. Mindestens hat man darauf Bedacht zu nehmen, die Vorteile der Konzentration wenn immer möglich in der Weise zu nutzen, daß der gesellschaftspolitische Schaden möglichst gering bleibt. Diese Forderung rechtfertigt denn auch, daß neben den im französischsprachigen Referat erörterten Konzernrechtsfragen im deutschsprachigen Bericht vor allem die sogenannte Kooperation herausgestellt wird. Überhaupt wird man ganz allgemein diesen Gedanken des schonendsten Eingriffs fruchtbar machen müssen, wenn man bei der Auslegung der einschlägigen Privatrechtsnormen nach der Tragfähigkeit unseres Privatrechts für die Organisation der Unternehmenskonzentration fragt.

Es liegt nahe, den Ansatz zur Konzentrationskontrolle im Kartellgesetz zu suchen, weil ja dort Grundsatzentscheide unserer Wirtschaftsverfassung erwartet werden. Doch ist zunächst festzustellen, daß zumindest der privatrechtliche Teil des Kartellgesetzes wenig konzentrationslenkende Elemente aufweist. Der Vorgang der Fusionierung oder der Konzernierung wird vom Kartellgesetz überhaupt nicht erfaßt, sofern daran nicht eine marktmächtige Organisation oder ein Kartell beteiligt ist. Demgegenüber werden gewöhnliche Kooperationsverträge entgegen unserer Grundwertung strenger behandelt und immer dann dem Kartellgesetz unterstellt, wenn sie zwischen Wettbewerbern abgeschlossen worden sind und nicht bloß den sogenannten Innenbereich betreffen. Aber selbst wenn das Kartellrecht auf Fusions- oder Konzernierungsvorgänge im Einzelfall anwendbar ist, bleibt der Ausbau bestehender Marktmacht zulässig, sofern er nicht mittels Behinderungen Dritter vollzogen wird. Und sogar wo man auf solche Behinderungen zum Antrieb der Konzentration verfällt, sind sie nach Art. 5 des Kartellgesetzes vor allem dann rechtfertigungsfähig, wenn sie die Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweiges oder Berufes anstreben. Im übrigen ist zu beachten, daß marktmächtige Konzentrationsgebilde die betriebswirtschaftlichen Größenvorteile im Rahmen des ver-

nünftigen Normalverhaltens uneingeschränkt nutzen dürfen. Nur gerade der gezielte Machteinsatz gegen Dritte ist nach Art. 4 KG verboten. Aber auch das nur mit der Möglichkeit der Rechtfertigung unter den Voraussetzungen des Art. 5.

Man kann somit das private Kartellrecht der Schweiz kaum als Leitplanke oder gar als Bremse der Konzentration bezeichnen. Somit bleibt die Frage, ob das öffentliche Kartellrecht mehr zu verrichten im Stande sei. Das hängt wesentlich von der Auslegung des Art. 22 Abs. 1 KG ab. Nach dieser Vorschrift kann bekanntlich das EVD aufgrund einer Sonderuntersuchung der Kartellkommission beim Bundesgericht Klage erheben, wenn eine kartellistische Kooperationsorganisation oder ein marktmächtiges Konzentrationsgebilde den Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig oder Beruf in einer mit dem Gesamtinteresse nicht zu vereinbarenden Weise ausschließt oder erheblich beeinträchtigt, insbesondere zum Nachteil des Konsumenten. Offen ist hier vor allem die Frage, wann ein Kooperations- oder Konzentrationsgebilde den Wettbewerb so beeinträchtigt oder ausschließt, daß ein Widerspruch zum Gesamtinteresse aufbricht. In subjektiv-historischer Sicht kann wohl nicht bestritten werden, daß mit dieser Formulierung ein Wettbewerbsminimum im Sinne der Konzeption des sogenannten möglichen Wettbewerbs gesichert werden wollte. Nach dieser historischen Auffassung wäre der Konzentration immer dann Halt zu gebieten, wenn sie in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ungenügende Wettbewerbsintensität zur Folge hätte.

Man wird aber mit der neueren Lehre und einer zunehmend an Gewicht gewinnenden Auffassung im Schoße der Kartellkommission anzunehmen haben, daß der Gesetzgeber das Konzept des möglichen Wettbewerbs im öffentlich-rechtlichen Teil des Gesetzes unzureichend verwirklicht hat. Das ist zwar bedauerlich, aber eben doch nicht zu übersehen und deshalb hinzunehmen. Art. 22 Abs. 1 KG gebietet nämlich in der geltenden Fassung in der Tat eher eine Saldierung der positiven und negativen Auswirkungen von Kartellen und marktmächtigen Organisationen im Blick auf das Gemeinwohl. Zur Beurteilung von Konzentrationsvorgängen wird man daher ein zweistufiges Verfahren wählen müssen: Einmal wird man vorweg nach der volkswirtschaftlichen und sozialen Nütz-

lichkeit oder Schädlichkeit des zu prüfenden Konzentrationsgrades zu fragen haben. Alsdann wird man die Ergebnisse gewichten und saldieren müssen. Schlägt die Bilanz negativ aus, ist weiter zu fragen, ob das nicht um des Erfolgs der Verwirklichung außerwirtschaftlicher Staatsziele willen hinzunehmen sei.

Nach den hier vorgewiesenen Ergebnissen des Realienteils wird man indessen auch bei dieser Auslegung des Art. 22 Abs. 1 KG unerwünschten Konzentrationsvorgängen begegnen können. Art. 22 lädt dem Wortlaut nach geradezu ein, die gesellschaftspolitischen Weiterungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu veranschlagen, die aus dem Konzentrationssachverhalt folgen. Unter den einzelnen Konzentrationsformen erheischt die so verstandene Saldotheorie, lockere Kooperationen vor petrifizierenden Fusionen und Konzernierungen zu bevorzugen. Da von Konzentrationen oft erhebliche negative Auswirkungen auf den Freihandel ausgehen, darf überdies damit gerechnet werden, daß Art. 23 des Abkommens zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften als zusätzliche Konzentrationsbremse wirksam werden kann.

Alle diese Überlegungen führen stracks dazu, im schweizerischen Bereich die Konzentrationsform der sogenannten Kooperation zu empfehlen. Kooperationen ermöglichen es, die angestrebten Größenvorteile zu erlangen, ohne daß negative gesamtwirtschaftliche und gesellschaftspolitische Auswirkungen damit verbunden sein müssen. Solche Kooperationsgebilde entstehen dann, wenn rechtlich und wirtschaftlich selbständig bleibende Unternehmungen einen funktionalen Bereich (wie z. B. das Rechnungswesen oder den Einkauf) oder einen gegenständlichen Bereich (wie z. B. die Herstellung eines bestimmten Produktes oder die Erstellung einer bestimmten anderen Leistung) vergemeinschaften. Im Unterschied zum Konzern schafft die gemeinschaftliche Veranstaltung nicht ein zentralistisches Gebilde unter einheitlicher Leitung, sondern sozusagen genossenschaftliche Hilfsbetriebe, welche die Kampfkraft der einzelnen Mitwirkenden zu stärken bestimmt sind. Äußeres Merkmal der wirtschaftlichen Selbständigkeit der beteiligten Kooperationspartner ist die Erhaltung der Entscheidungsbefugnis über Beschaffung und Einsatz finanzieller Mittel.

Solche Gemeinschaftsgebilde erscheinen in verschiedenen Rechtsgewändern, wie unverbindliche Abrede, gegenseitiger Vertrag, Gesellschaft oder Kooperation. Die Schweiz kennt im Unterschied zu Frankreich und zu den Plänen der EWG keine besondere Rechtsform, die auf diese Art der Zusammenarbeit eigens zugeschnitten wäre. Eine Durchsicht des schweizerischen Vertrags- und Gesellschaftsrechts zeigt indessen, daß unser Privatrecht durchaus mit den neuen Anforderungen fertig zu werden vermag. Eine hervorragende Rolle spielen in diesem Zusammenhang die Doppelgesellschaft und das ihr äußerlich ähnelnde, in der Interessenlage aber gänzlich umgestülpte Gemeinschaftsunternehmen.

Leider fehlt eine geschlossene Darstellung der allgemein vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Probleme mit Zuschnitt auf das Kooperationsphänomen. Das Referat versucht diese Lücke mindestens zum Teil zu füllen, indem die typischen Rechtsprobleme erörtert werden, die im zeitlichen Ablauf einer Kooperation in der Regel auftauchen. Einmal mehr darf man hier seiner Freude über die Elastizität und Schmiegsamkeit des schweizerischen Vertrags- und Gesellschaftsrechts Ausdruck geben. In der Tat läßt das Instrumentarium des schweizerischen Privatrechts fast allenthalben sinnvolle Lösungen kooperationsrechtlicher Probleme zu. Aber es darf nicht verschwiegen werden, daß die beteiligten Partner diese Lösungen in jedem einzelnen Fall nach individuellem Zuschnitt selbst zu treffen haben, weil die dispositive Ordnung verständlicherweise dem Kooperationssachverhalt nicht besondere Rechnung trägt. Zumal ist dem allen Kooperationsverhältnissen eigenen Bedürfnis nach einer ausgewogenen Mitte zwischen Bindung und reaktiver Anpassungsfähigkeit alle Aufmerksamkeit zu schenken.

Als Beispiel unpassender dispositiver Regelung mag die völlig unangebrachte Ordnung der Liquidation im Gesellschaftsrecht erwähnt werden: Kooperationen sind meistens länger dauernde wirtschaftliche Verlöbnisse, die unauslöschbare Spuren hinterlassen. Während man im Familienrecht in solchen Fällen nötigenfalls immerhin über das Verlöbnisrecht hinaus auf das Vaterschaftsrecht greifen kann, fehlen im Vertrags- und Gesellschaftsrecht ähnliche Ergänzungen der auf totale und endgültige Auseinandersetzung der Beteiligten angelegten Liquidationsvorschriften. An diesem

Beispiel läßt sich zeigen, was der im Bericht enthaltene Kooperationsleitfaden im Sinne einer «check list» letzten Endes anstrebt: Zur sachgerechten Ausschöpfung der Privatautonomie anzuregen, damit ein wirtschafts- und gesellschaftspolitisch sinnvoller und insoweit förderungswürdiger Schulterschluß zwischen den überwiegend kleinen und mittleren Unternehmungen unseres Landes erleichtert werde. Dadurch kommt nämlich eine gesellschaftspolitisch angemessene Alternative zu jenen Konzentrationsformen in Sicht, deren Häufung sich auch in der Schweiz eines Tages in einer verhängnisvollen Belastung unserer tragenden wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Überzeugungen äußern könnte.

M. le professeur Louis Dallèves, Genève/Sion, rapporteur de langue française:

En mettant à son ordre du jour les «problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises», la Société suisse des juristes s'est proposé un sujet d'importance et d'actualité; mais aussi un sujet si vaste qu'il parut indispensable aux deux victimes désignées pour en parler de se partager la tâche et de traiter, dans l'un des rapports, des problèmes de la collaboration et, dans l'autre de ceux de la concentration.

Cette division du travail n'est pas seulement destinée à alléger le fardeau des rapporteurs. Elle est aussi, je crois, entièrement justifiée «ratione materiae». En effet, les problèmes posés par la collaboration des entreprises diffèrent fondamentalement de ceux qui résultent de leur concentration. *Les problèmes de la collaboration,* ainsi que l'a montré M. Schluep, peuvent être résolus dans le cadre des règles normales du droit des obligations: il s'agit cependant d'affiner ces règles, de les adapter au but à atteindre. La collaboration a lieu entre des entités indépendantes traitant sur un pied d'égalité, ce qui est l'hypothèse envisagée par le législateur. Les problèmes de collaboration sont ainsi, des problèmes d'équilibre. *La concentration,* au contraire, et l'accumulation du pouvoir économique qui en résulte, provoque une rupture de l'égalité des forces envisagée par le législateur. Cette rupture d'égalité affecte presque tous les domaines du droit privé, notamment du droit des

obligations. C'est ainsi, par exemple, et pour commencer par l'article premier du CO, que la conclusion du contrat, telle que cet article la prévoit, n'est souvent plus qu'une fiction, l'une des parties imposant en pratique à l'autre des conditions préétablies; et qu'en droit délictuel l'article 41 CO n'est plus en mesure de donner une solution satisfaisante aux problèmes posés par la responsabilité du fabricant pour ses produits.

Les problèmes de la concentration des entreprises sont ainsi *des problèmes de déséquilibre,* qui ne peuvent être résolus comme les problèmes de la collaboration, par un affinement ou une adaptation jurisprudentielle des règles du droit positif. En effet, dès lors que l'hypothèse qui est à la base des règles élaborées par le législateur n'est plus valable, l'application de ces règles ne conduit plus à un résultat satisfaisant. Une correction législative paraît s'imposer.

Cette situation de déséquilibre fondamental apparaît de manière particulièrement frappante dans le domaine des groupes de sociétés. Les groupes de sociétés sont aujourd'hui la manifestation la plus importante du phénomène de la concentration des entreprises. Ils couvrent tous les domaines de la vie économique et exercent sur celle-ci une influence sur laquelle il est inutile d'insister: tous les jours, on entend parler de leurs réalisations – ou de leurs méfaits. Or la loi ne les connaît pas. Elle ne connaît que des sociétés isolées, poursuivant séparément leur but statutaire, indépendamment les unes des autres. Ce décalage a créé un fossé – pour prendre un terme à la mode: un «gap» – entre la réalité économique et les formes juridiques, et fausse dans de nombreux domaines le fonctionnement normal du droit. Les groupes de sociétés sont très généralement composés de sociétés anonymes, et c'est donc le droit de la société anonyme qui est le plus profondément touché par ce phénomène. La société anonyme qui est filiale d'un groupe ne fonctionne plus du tout selon le modèle du législateur. D'une manière très schématique, on peut dire que le rôle de l'assemblée générale, soi-disant pouvoir suprême de la société, se réduit à entériner des décisions prises en dehors d'elle par la société dominante, que l'administration, qui devrait œuvrer exclusivement pour le bien de la société, doit suivre en pratique les

directives qui lui sont données dans l'intérêt du groupe, que l'organe de contrôle, enfin, n'est plus en mesure d'exercer sa fonction de manière satisfaisante, faute d'informations et souvent d'indépendance. On a pu dire que le droit de la société anonyme, tel qu'il figure dans la loi, ne s'applique plus qu'à un cas spécial qui est celui de la société isolée. Cela est exagéré en Suisse, si l'on ne se réfère qu'au *nombre* des sociétés; cependant – en l'absence de toute statistique sur ce point – on peut penser que cette affirmation n'est pas excessive si l'on considère leur *importance*.

Cette situation anormale a évidemment des conséquences pratiques pour les deux catégories de personnes qui ont affaire à la société anonyme, soit les actionnaires eux-mêmes, et plus exactement les actionnaires dits «externes», c'est-à-dire, ceux qui n'ont d'intérêt que dans une société et n'ont pas d'intérêt dans le groupe, d'une part – et, d'autre part les tiers, c'est-à-dire, les créanciers sociaux. (On pourrait aussi parler d'un troisième groupe de personnes, qui ne sont pas vraiment des associés, mais pas vraiment des tiers non plus, c'est-à-dire des travailleurs ou employés de la société; mais, en droit suisse des sociétés, les travailleurs n'ont pas encore acquis un statut spécial et c'est pourquoi il est permis de les englober dans la grande catégorie des tiers.) Ces deux catégories (ou trois catégories) de personnes ne sont plus suffisamment protégées par le droit classique des sociétés, et le but principal du rapport écrit était de le démontrer.

La position des *actionnaires externes* est constamment menacée par le fait qu'au sein d'un groupe de sociétés l'intérêt général du groupe doit prévaloir sur l'intérêt particulier des sociétés qui en font partie, ce qui peut avoir pour conséquence que les intérêts d'une société déterminée sont sacrifiés au profit de ceux d'une autre société du groupe. Ceci a évidemment de graves conséquences pour les actionnaires externes, qui ne font partie que de la société sacrifiée et ne peuvent donc pas trouver de compensation dans les avantages acquis par une autre société du groupe. Or, le droit positif ne fournit aucun moyen satisfaisant de remédier à cette situation. La protection des minorités, en droit positif actuel, est basée sur la notion d'abus: le législateur a voulu empêcher que la majorité n'abuse de son pouvoir pour léser les minorités. Mais

cette notion d'abus ne «joue» plus au sein d'un groupe de sociétés, car les décisions du groupe ne sont en général pas abusives au sens propre du mot, mais dictées par un intérêt supérieur légitime: nier ce caractère légitime, c'est nier la réalité économique, où dominent les groupes efficaces.

La position des *créanciers sociaux* est compromise pour une autre raison. Du point de vue économique, en effet, c'est le groupe qui produit des biens, les distribue, exécute les contrats passés avec les tiers. Mais le groupe n'a pas d'existence juridique, de telle sorte qu'en cas d'inexécution d'un contrat les tiers ne peuvent s'adresser à leur véritable interlocuteur – le groupe – mais seulement à la société déterminée qui a signé le contrat. L'indépendance juridique formelle des diverses sociétés formant le groupe est opposable aux tiers. Le droit des obligations est en principe basé sur une corrélation entre le pouvoir et la responsabilité, mais ici le divorce entre ces deux notions est complet: le groupe, qui a le pouvoir de décision et retire en définitive les profits, n'a pas de responsabilité; et inversément, lorsqu'un contrat est conclu par une société filiale, celle-ci est seule responsable envers les tiers, alors qu'en pratique elle n'a pas de pouvoir de décision. Ici encore, le droit positif n'est plus en harmonie avec la réalité, et les moyens classiques – théorie de la transparence ou «Durchgriff», action révocatoire – ne suffisent pas à corriger la situation. La position des créanciers sociaux est cependant moins exposée que celle des actionnaires externes, car les tiers peuvent prendre certaines précautions, en contractant avec une société de groupe; d'autre part, les créanciers sociaux ne subissent une perte qu'au cas où le groupe abandonne à la faillite la société qui est leur débitrice, ce qui est tout de même un cas assez rare.

Le déséquilibre causé par la concentration des entreprises, ou – si l'on préfère – le divorce qui s'est produit entre la réalité économique et les formes juridiques, nécessite une intervention du législateur. La doctrine s'accorde plus ou moins sur le principe, mais les modalités de cette intervention sont encore loin d'être bien définies. Il est intéressant, à ce sujet, de prendre connaissance des délibérations du groupe de travail «Droit des Sociétés» institué par la Commission des Communautés européennes. Les experts

des différents pays membres – à l'exception de l'expert allemand, dont le pays est le seul à connaître un droit des groupes – ont tous été (je cite à titre d'exemple l'expert italien) «plutôt perplexe(s) quant à l'opportunité d'élaborer une réglementation communautaire très détaillée en matière de groupes de sociétés». L'avis exprimé par l'expert belge est particulièrement intéressant. Cet expert relève que

«l'aspect international des groupes de sociétés est essentiel pour un pays comme la Belgique, où les entreprises qui se regroupent débordent très facilement les frontières nationales. Dès lors, une réglementation des groupes qui serait purement de droit interne ne présenterait guère d'intérêt pour la Belgique. Il serait opportun de songer dès à présent aux problèmes de conflits de lois...»

Ces considérations sont applicables à la situation en Suisse, où les groupes sont encore peut-être plus tournés vers l'extérieur que les groupes belges. C'est pourquoi il paraît encore prématuré de proposer, dès maintenant, des solutions concrètes. Supposons, par exemple, que l'on décide d'imposer, par voie législative, une responsabilité de la société dominante du groupe pour les dettes des sociétés dominées, comme on l'a prévue dans le projet de statut d'une société anonyme européenne. Il n'est absolument pas certain, à l'heure actuelle, que cette solution soit adoptée par d'autres pays et il n'y a pas lieu, dans ces circonstances, d'imposer prématurément aux groupes suisses une contrainte supplémentaire. D'autre part, il faudrait alors se demander si cette responsabilité devrait s'étendre aux dettes de toutes les filiales à l'étranger: or il faut rappeler, à ce sujet, que la commission (suisse) pour l'examen du droit des sociétés anonymes (dite commission TSCHOPP) n'a pas même cru – pour des raisons politiques et commerciales – devoir obliger les sociétés suisses à révéler dans un bilan consolidé l'étendue de leurs participations à l'étranger, ce qui serait évidemment une condition préalable à l'adoption d'une règle de responsabilité.

C'est dire, en un mot et pour conclure, qu'une grande prudence s'impose. Cependant, un certain nombre de réformes portant sur des sujets limités, tels que par exemple la réglementation des participations réciproques, pourraient être entreprises sans plus tarder.

Dr. F. ZIMMERMANN, Rechtsanwalt, Küsnacht:

Vorerst richte ich meinen Dank an den Herrn Präsidenten und an die beiden Herren Referenten, dieses so wichtige Thema unserer heutigen Juristentagung unterbreitet zu haben. Ich habe die sehr interessanten Ausführungen beider Referenten vollumfänglich gelesen und möchte zum Thema meinerseits Stellung nehmen auf Grund jahrzehntelanger Praxis vorerst im Bankfach, dann im Anwalts-, Treuhand- und Revisionswesen. Infolge der zur Verfügung stehenden Redezeit von 10 Minuten muß ich mich allerdings kurz fassen.

Das gestellte Thema und die zu behandelnden wirtschaftlichen und rechtlichen Probleme sind nicht neu und hängen nicht in erster Linie mit dem sog. Wirtschaftswachstum (ein sehr vielseitiger, zum Teil gefährlicher Begriff!) zusammen, sondern die Kooperationen und Konzentrationen von Unternehmen hatten schon nach dem Ersten Weltkrieg und dann wiederum nach dem Zweiten Weltkrieg großes Ausmaß. Oft genügte und genügt es z. B. in Bausachen, daß zwei oder mehrere Unternehmen in einem gemeinsamen Werkvertrag gegenüber dem Besteller die Herstellung übernehmen, wobei sie allerdings beachten müssen, daß sie ihm als einfache Gesellschaft solidarisch haften, wenn nicht im Werkvertrag ausdrücklich eine Quotierung ihrer Leistungen und Haftungen festgelegt ist (Art. 363ff., 530ff., spez. 544 OR). Wo es aber nicht um eine solche temporäre und leicht abgrenzbare gemeinsame Aufgabe von Unternehmen geht, sondern um eine langfristige oder unbefristete Zusammenarbeit von großer Tragweite, wie z. B. bei gemeinsamer Übernahme der Projektierung und Errichtung von Kraftwerkbauten oder deren maschinellen Anlagen, da ist seit jeher die gemeinsame Gründung und Leitung einer Unternehmer-Aktiengesellschaft am zweckmäßigsten. Auch für die gemeinsame Fabrikation und/oder den gemeinsamen Vertrieb von Produkten irgendwelcher Art erwies sich eine gemeinsam gegründete und geleitete Aktiengesellschaft der beteiligten Unternehmen als geeignet. Eine höhere wirtschaftlich-juristische Form der Kooperation, nämlich die Konzentration zweier oder mehrerer Unternehmen, bildet die Übernahme- oder Verschmelzungs-Fusion der Unternehmen zu

einer vereinigten Aktiengesellschaft oder auch die Überordnung einer gemeinsamen Trust- resp. Holdinggesellschaft, alles unter geeigneter Fassung der Statuten und Generalversammlungsbeschlüsse sowie des damit verbundenen Grundvertrages.

In allen solchen vorgenannten Fällen hat sich im schweizerischen Recht die Rechtsform der Aktiengesellschaft seit jeher bewährt und zu einer gesetzlichen Ergänzung im Zuge der angestrebten Aktienrechts-Revision bedürfte es u. E. außer der Einführung der obligatorischen Fachrevision nur einer Einführung spezieller Vorschriften über die Konzern-Jahresrechnungen und -Jahresberichte.

Dies vorausgeschickt, trete ich im folgenden näher auf die wirtschaftlichen und rechtlichen Probleme der Kooperation und Konzentration von Unternehmen ein.

Prämisse für jedwede solche Problembehandlung ist, daß man sich bewußt ist, daß die Wirtschaft und das Recht untrennbar sind. Wir sind also verpflichtet, wenn wir als Juristen den rechtlichen Maßstab an uns vorliegende Tatsachen und Tatbestände anlegen wollen, die wirtschaftlichen Grundlagen einer rückwärtigen Betrachtung und Überprüfung zu unterziehen. Wir haben als Juristen diese Aufgabe nicht alleine zu bewältigen; sei es, daß wir als Rechtskonsulent, als Anwalt oder auch als Richter an eine solche komplexe Sache herantreten müssen, sind die Unternehmer, mit denen und für die wir die Sache machen, die Verwaltungsräte, die Generaldirektoren oder auch die selbständigen Firmeninhaber mit dabei. Es ist auch unerläßlich, wenn man von einer Kooperation sprechen will, bewußt zu sagen, in welcher Richtung sie gehen soll. Welche Form sie dann schlußendlich in rechtsverbindlicher Form annimmt, das ist zu erarbeiten und herauszukristallisieren. Das Problem ist nicht neu, es hat beispielsweise nicht in erster Linie mit dem wirtschaftlichen Wachstum begonnen, mit diesem höchstgefährlichen Gegenwartsbegriff, sondern geht schon in die Zeiten nach dem Ersten Weltkrieg und auch nach dem Zweiten Weltkrieg zurück, wo weniger von Wachstum als von Existenz, von Konsolidierung des wirtschaftlichen Unternehmens die Rede war, sei es des Einzelunternehmers, Einzelkaufmannes im Sinne des Handelsregisterrechts, oder des Unternehmens juristischer Person. Eine der schönsten Kooperationsarten liegt bei-

spielsweise im ganz gewöhnlichen, aber landeswichtigen Vertragsverhältnis: im Werkvertrag. Er hat nach dem Kriege eine große Form angenommen, als es darum ging, große Kraftwerke zu bauen, überhaupt auch große Fabrikanlagen zu errichten. Hier haben sich in der gleichen Branche Unternehmer zusammengeschlossen und dem Besteller einen gemeinsamen Werkvertrag unterbreitet. Schon das war eine wichtige Kooperation, die sich bis in die Gegenwart im großen Bau- und Werkwesen erhalten hat. Dabei müssen Sie als Jurist wissen, welche Rechtsform vorliegt, wenn sich nun drei, vier oder mehr Unternehmer in einem Rechtsvertrag unterschiedlich verpflichten. Wir müßten ihnen sagen: das ist eine einfache Gesellschaft ad hoc, wenn ihr keine andere Rechtsform annehmt; das ist eine solidarische Haftung, wenn ihr nicht, was das Obligationenrecht als Ausnahme vorsieht, das Gegenteil stipuliert. Also wird es gegeben sein, daß diese mehreren Unternehmer in ihrem Werkvertrag Quoten setzen, um abzugrenzen, welches ihre Leistungen sind, wofür sie haften, damit man darüber im Bild ist.

Nun haben wir es hier ja mit den großen Kooperationsformen zu tun, und da pflichte ich den Herren Referenten bei, daß sich die Aktiengesellschaft durchaus bewährt hat und daß wir, abgesehen von gewissen, in der Revision einführbaren Ergänzungen über die Konzernrechtsfigur, aber namentlich über die Konzernrechenschaftsablegung, die Bilanzstruktur und den Geschäftsbericht, mit dem bestehenden Aktienrecht durchwegs auskommen. Wenn zwei oder mehrere Interessenten für eine Kooperation zusammentreten, wenn sie den Wunsch haben, als Unternehmen selbständig zu bleiben, miteinander in gewissem oder auch im totalen Bereich ihrer Geschäftsstruktur zusammenzuarbeiten, dann müssen sie sich in erster Linie einmal klar sein, daß das nur geht, wenn man wirtschaftlich in Vorstufen der Vorverhandlungen sehr sorgfältig überlegt und wägt. Beispielsweise kennen sich Unternehmen vielleicht schon vom Markt als Konkurrenten. Sie haben vielleicht auch schon miteinander einen gemeinsamen Werkvertrag gemacht bei einer großen Stahlwerk- oder sonstigen Anlage und haben den Gedanken: wir würden zusammenpassen. Wenn dann nämlich das allererste, persönliche Moment fehlt, das Vertrauensmoment in den Charakter und die Tüchtigkeit, dann sagen

Sie als Jurist, obschon es keine Rechtsfrage ist: lassen Sie die Hände weg von dieser Heirat. Wie analysieren wir aber nun in den weiteren Stufen näher, ob man wirtschaftlich und juristisch zusammenpaßt? Das erfordert eine Analyse der gegenseitigen Unternehmen. Da setzt nun schon eine Rechtsfrage ein. Wenn wir schon so weit gehen, muß eine erste rechtliche Beratung einsetzen. Machen Sie einen kleinen Vorvertrag in der Absicht, die Frage einer Kooperation und ihrer Formen abzuklären, und mit der Verpflichtung, einander vertrauensvoll und diskret die und die Angaben zu machen, rechtlich nicht verbindlich außer Diskretionspflicht und Rückgabepflicht der Vertrauensakten. Vorher können Sie sich nicht verbinden – in einer Rechtsform. Nun wird wirtschaftlich analysiert: Erstes Instrument ist die Bilanz, nicht nur eine, sondern sagen wir einmal die Bilanzen dreier Jahre, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht, Generalversammlungsprotokoll und den ausführlichen Revisionsbericht, den die Kontrollstelle intern neben ihrem öffentlichen Befund an die Verwaltung macht. Es folgt eine Besichtigung der gegenseitigen Betriebe, Fabrikanlagen, Abteilungen, der Organisation und der Ordnung. Gehen Sie hinter den Werkhof als Juristen, sehen Sie einmal, was der Begriff der Ordnung bei den einen ist und was er nicht ist bei den andern. So analysieren wir in einer Vorstufe der Verhandlungen, rechtlich unverbindlich, aber vertraulich, ob man überhaupt zu einer Kooperation, die dieses Format verdient, kommen kann. Bejahen wir das, so ist die nächste Stufe eine ganz gründliche Bilanzexpertise, eine Bewertungsexpertise. Wir haben Bewertungsspezialisten, die aufgrund der Bilanzen, der Inventare und aller erdenklichen Dokumente die Betriebe in bezug auf die gegenseitige Einschätzung und Bewertung expertisieren. Nun wissen Sie ja, namentlich die Herren Richter, was das heißt: Expertise. Ich weiß nicht, aber ich glaube, es ist kein Richter anwesend, der mir sagen würde: Wir haben in jedem Prozeß nur eindeutige Expertisen erhalten. Im Gegenteil, das Expertisenwesen ist so komplex und oft so widersprüchlich, daß der Unternehmer mit seinem juristischen Adjutanten sagen muß, was und wie konzentriert werden soll. Dann folgt der Entscheid, ob man enger verhandeln oder ob man eine neue Oberexpertise einholen will. Diese wirtschaftlichen Faktoren

spielen immens in das nun schon beginnende rechtliche Stadium herein. Nun sagen die zwei, drei oder mehr Unternehmer: Jawohl, jetzt wollen wir in die höhere Stufe, das schlägt uns der Jurist ja sowieso vor. Dann sagen Sie: Wenn Sie beide Unternehmen zu einem vereinigen wollen, können wir das nach dem Aktienrecht, oder aber ein Unternehmen nimmt die andern aktienrechtlichen Unternehmen auf. Dann setzt das Gewissen des Steuerspezialisten ein, der sagt: Das ist aber nicht das gleiche, ob sich zwei oder drei vereinigen zu etwas Neuem, oder ob etwas Bestehendes übernommen und das Übernommene so fortgesetzt wird. Denn wenn es Fortsetzung ist, ist es keine Gewinnrealisation. Wenn aber der eine Betrieb und der andere in etwas ganz anderem aufgehen, dann kommt das hohe Steueramt, zuerst von Bern, dann vom Kanton, und dann setzt es eine gewaltige Gewinnsteuerrealisation ab. Dazu verweise ich auf das jüngste Heft des mit Recht mit Ehren bedachten Verlages Helbing in der «Praxis» (Praxis 1973, Nr. 124 S. 346ff. = BGE 98 Ib 404ff.), wo Sie einen Steuerrechtsfall finden, der Ihnen sehr interessante Aufschlüsse gibt, was für enorme Bedeutungen bei solchen Transaktionen die Rechtsform und -art hat. Nun haben wir uns also entschlossen, wie beispielsweise zwei chemische Unternehmungen von Basel, nach Erwägen aller Umstände und Erfahrungen die beiden aktiengesellschaftlichen Firmen zu vereinigen. Die Steuerfrage ist gelöst. Es stellt sich nun die Frage: Welche Firma übernimmt die Aktiven und Passiven der andern und wie lautet der Name? Der Name lautet beispielsweise Geigy und Ciba. Das spielt bis in die hintersten Ecken der Welt hinaus eine Rolle – erstens einmal firmenrechtlich, zweitens markenrechtlich, drittens patentrechtlich, und zwar in einer ungeheuren Dimension. Es geht also kein Name unter, wir bleiben Ciba und Geigy. Es heißt nicht nur Ciba oder nur Geigy. Es kommen aber noch enorme organisatorische Probleme hinzu. Wir wollen, um kooperieren zu können, einen kooperationsfähigen Apparat aufbauen: in der Geschäftsleitung, im Verwaltungsrat, in der Generaldirektion. Das sind zum Teil auch persönliche Fragen sehr heikler Art. Schließlich kommen aber auch die Wohlfahrtsunternehmen hinzu, auch sie müssen koordiniert werden usw. Sie sehen also, es ist ein ganz ungeheurer Rechtskomplex,

der nur vom Juristen behandelt werden darf, wenn er sich die Mühe nimmt, ins Wirtschaftliche einzudringen, ja ich möchte sogar sagen, ins Technische: Patentrechtliche Probleme stellen ungeheure Anforderungen an den technischen Bonsens des Juristen. Nun kommen wir in die engere Form nach diesen mehreren Vor- und Verhandlungsetappen. Nun wollen wir uns über die rechtsverbindliche Art, wie wir kooperieren wollen, einigen. Das setzt einen ganz sorgfältigen, auf allen diesen Sparten aufbauenden Vertragsakt ab. Man kann sagen: Es braucht ja gar keinen Vertrag; wenn eine AG die andere übernimmt, dann braucht es eben einmal Generalversammlungsbeschlüsse, Statutenentwurf und das gegenseitige Amalgamieren in der aktienrechtlichen Form. Es ist aber bestimmt notwendig, einen Vertrag zu haben, wo all die organisatorischen und organischen, branchenmäßigen, geschäftspolitischen Elemente enthalten sind, die nicht in der statutarischen Form zu behandeln sind.

Ich möchte nun kurz zusammenfassen. Das dicke Buch des deutschsprachigen und das charmante Buch des französischsprachigen Referenten hätten mich gereizt – ich habe das ganze dicke Buch durchgepaukt –, sogar noch bis zum Lenin hinaufzugehen und zu sagen: Der verfluchte Professor von Bern hat ganz recht, wenn er uns auf die Überdimensionierung der Konzentration aufmerksam macht. Ich rede jetzt nicht als Jurist, sondern als Staatsbürger wie Sie, als Staatsrechtler: Wir sind nicht die einzigen in West-Europa, die überkonzentrieren. Auch weiter östlich kommt so etwas vor, nur mit anderer Organisation. Wir hatten vor zwei Jahren in Zürich einen Vortrag eines hohen DDR-Funktionärs, der uns über die COMECON, also die osteuropäische Wirtschafts- und Rechtsorganisation, orientierte. Und da haben wir gesehen, welch enormes Ausmaß an Organisation dort vorhanden ist; aber die Vorbilder, Herr Referent, die haben wir geliefert. Herr Referent, ich glaube nicht an Ihren Glauben, daß wir diese Entwicklung mit Paragraphen unter Kontrolle bringen können. Ich habe als Jurist im Verlauf der Jahrzehnte gelernt, zu unterscheiden: Es gibt Zeiten, wo wir mit dem Paragraphen durchdringen müssen. Es gibt aber Probleme, die wir nie mit Paragraphen bewältigen, sondern da muß wieder die Staatsgesinnung und die Staatswirt-

schaft gesund werden, sonst gilt der Paragraph nichts. Zum Schluß möchte ich sagen: Jeder Jurist ist verpflichtet, in die rechtlichen Probleme einzusteigen, aber die wirtschaftlichen unbedingt gründlich zu bewältigen.

Dr. TH. FAIST, Sekretär der Vereinigung schweizerischer Industrie-Holdinggesellschaften, Bern:

Herr Professor DALLÈVES wirft in seinem erfreulich konzisen Referat die grundsätzliche Frage auf, ob und wann wir in der Schweiz eine *Konzerngesetzgebung* in Angriff nehmen sollen. Er empfiehlt dem schweizerischen Gesetzgeber auf diesem Gebiet eine besondere Zurückhaltung. Ich möchte diesen Standpunkt unterstützen und folgende drei Gründe anführen:

1. In der Schweiz hat sich ein praktisches Bedürfnis zu einer gesetzlichen Regelung bisher noch nicht gezeigt. In der Theorie sind die Fragen der Haftung gegenüber Minderheitsaktionären und Gläubigern zwar aufgeworfen und einläßlich untersucht worden; eine praktische Bedeutung haben sie bisher aber nicht erlangt.

2. Ein kodifiziertes Konzernrecht besteht bisher nur in einem einzigen Land, in der Bundesrepublik *Deutschland,* seit dem Aktiengesetz von 1965. Sein Perfektionismus könnte uns sicher nicht als Muster dienen. Die *EWG* ist bisher nicht über die konzernrechtlichen Vorschriften im Entwurf einer Europäischen Aktiengesellschaft hinausgekommen; dieses Projekt ist seit mehreren Jahren anhängig, und seine Aussichten sind sehr ungewiß. Für andere Kapitalgesellschaften sind in der EWG Untersuchungen über ein Konzernrecht erst im Stadium vertraulicher Expertenarbeiten. Der im *französischen* Parlament eingereichte Gesetzesvorschlag des Deputierten COUSTÉ vom 9.4.1970 ist nur als Versuchsballon zu betrachten und hat keine Aussicht auf Realisierung.

3. Die schweizerischen Industriekonzerne weisen eine *Auslandsverlagerung* auf, wie sie bei ausländischen Konzernen nur selten vorkommt, jedenfalls nicht in Deutschland, dem einzigen Land mit einem Konzernrecht. Die Zahl der Beschäftigten in den ausländischen Tochterbetrieben überwiegt oft diejenige im schweizerischen Stammhaus. Bei unsern bekanntesten Unternehmen er-

reicht die Zahl der im Ausland Beschäftigten sogar 80–96% der Gesamtbeschäftigtenzahl. Eine so starke Auslandsverlagerung würde für die Regelungen in einem schweizerischen Konzernrecht besonders schwierige Probleme aufwerfen.

Aus den 3 genannten Gründen erscheint es daher richtig, ein schweizerisches Konzernrecht erst in Angriff zu nehmen, wenn maßgebende ausländische Regelungen bestehen und insbesondere die EWG eine Harmonisierung auf diesem Gebiet erzielt. Erst dann wird man endgültig beurteilen können, ob ein schweizerisches Konzernrecht wünschbar ist, wie es auszugestalten wäre und ob es durch Teilrevision oder nur im Rahmen einer Totalrevision des Aktienrechts geschaffen werden könnte.

Obwohl das Thema nur die *privatrechtlichen* Probleme nennt, geht Herr Professor SCHLUEP in ziemlicher Breite auf die *wirtschaftlichen* Aspekte der Konzentration ein und zieht aus seiner wirtschaftlichen Wertung weitgehende Folgerungen. Man kann sich fragen, ob der Juristentag das geeignete Forum für den Versuch einer solchen wirtschaftlichen Wertung sei, zumal diese auch unter Ökonomen umstritten ist. Vor allem aber hat es mich nicht befriedigt, daß die Ausführungen im sogenannten Realienteil recht allgemein gehalten sind, sich weitgehend auf ausländische volkswirtschaftliche und politische Kapazitäten berufen und daß die heutigen mündlichen Ausführungen stellenweise sogar fast als Plädoyer empfunden werden mußten, wenn der Ausdruck «ungegängelte Konzentration» fiel oder der Fall ITT zur Beweisführung herangezogen wurde. Auf die konkreten *schweizerischen* Verhältnisse wird von Professor SCHLUEP im Realienteil jedoch nicht eingegangen. Es ist zwar zuzugeben, daß statistische Unterlagen für die Schweiz eher spärlich sind. Bekanntlich führt die Eidgenössische Kartellkommission gegenwärtig eine Erhebung durch über die zahlenmäßige Bedeutung der Konzentrationsbewegung in den einzelnen Branchen. Solange diese Untersuchung nicht vorliegt, wird man sich davor hüten müssen, allgemeine Thesen und ausländische Urteile *un*besehen auf die Schweiz zu übertragen.

Ich möchte daher hier ganz kurz hinweisen auf das bereits vorhandene schweizerische statistische Material, nämlich die Betriebszählungen der Jahre 1955 und 1965 sowie die Industriestatistik

ab 1966, da ich im schriftlichen Referat von Professor SCHLUEP keinen Hinweis darauf gefunden habe.

Ich kann es Ihnen nicht zumuten, aus diesen beiden Statistiken viele Zahlen vorzutragen, und beschränke mich auf einige Schlüsse daraus. Die *Betriebszählungen* der Jahre 1955 und 1965 zeigen, daß die Konzentrationsbewegung in Industrie und Handwerk am ausgeprägtesten ist bei den Kleinstbetrieben, d.h. solchen mit 1–5 Beschäftigten. Die *Industriestatistik* ab 1966 bestätigt, daß sich der Konzentrationsprozeß gesamthaft fortgesetzt hat, daß aber die Verschiebungen im ganzen betrachtet geringer sind, als landläufig oft angenommen wird. Der Abnahme der Beschäftigten in den Kleinbetrieben von 1–49 Beschäftigten entsprechen Zunahmen sowohl bei den Mittelbetrieben von 50–499 Beschäftigten als auch bei den Großbetrieben von über 500 Beschäftigten.

Aus den vorliegenden schweizerischen Statistiken muß man daher (in Übereinstimmung mit Professor KNESCHAUREK in seinen Perspektivstudien, Teil III, Band 1, herausgegeben Dezember 1971) den Schluß ziehen, daß die Konzentrationsbewegung sich über den *gesamten* Bereich von den Kleinbetrieben über die Mittel- bis zu den Großbetrieben erstreckt. Es handelt sich um einen generellen Wachstumsprozeß unserer Wirtschaft, der sich entsprechend z.B. auch in der Landwirtschaft abspielt. Daher legt Professor KNESCHAUREK für künftige Maßnahmen das Gewicht denn auch vor allem auf die Stärkung der Klein- und Mittelunternehmen.

Ferner müssen wir die Betriebsgrößenstruktur der Schweiz mit derjenigen *anderer Industriestaaten vergleichen.* Auch dazu habe ich im Referat von Professor SCHLUEP keine Hinweise gefunden. Aus Untersuchungen der EWG über die durchschnittliche Beschäftigtenzahl pro Betrieb ergibt sich, daß die Schweiz deutlich unter derjenigen der USA, Belgiens, Hollands und Deutschlands liegt. Auch der Vergleich der Beschäftigtenzahl nach einigen Betriebsgrößenklassen zeigt, daß bei den *Klein*betrieben von weniger als 20 Beschäftigten die Schweiz überdurchschnittlich stark vertreten ist. Nur bei den *Mittel*betrieben von 100–499 Beschäftigten hat die Schweiz im internationalen Vergleich einen großen Anteil. Hingegen ist bei den *Groß*betrieben mit über 1000 Beschäftigten die Schweiz unter allen Vergleichsstaaten eindeutig am schwächsten

vertreten, d.h. sie ist gegenüber sämtlichen Vergleichsländern unterkonzentriert. Dieser Umstand ist vor allem für die außenwirtschaftliche Stellung der Schweiz von Bedeutung, da diese Klasse für die Konkurrenz in den wirtschaftlichen Großräumen die wichtigste Rolle spielt.

Die *Vergrößerung der Märkte* als eine der Ursachen des Konzentrationsprozesses wird im Referat von Professor SCHLUEP (S. 211) zwar erwähnt, ohne daß ihr m. E. aber der gebührende Platz eingeräumt wird. In der Perspektivstudie KNESCHAUREKS wird die Entstehung der Großraummärkte hingegen mit Recht an erster Stelle genannt (S. 75). Sie ist die Ursache, daß die optimale Unternehmungsgröße sich immer mehr erhöht. Für unsere *Export*unternehmungen wird es immer wichtiger, auf den Großraummärkten mit eigenen Produktionsstätten sowie Verkaufs- und Kundenorganisationen vermehrt Fuß zu fassen. Andererseits sind die vorwiegend *inland*orientierten Unternehmungen der wachsenden Konkurrenz des Auslandes ausgesetzt und können dieser oft nur durch Anpassung ihrer Unternehmungsstruktur begegnen.

Es sei mir gestattet, folgende *Schlußfolgerungen* der KNESCHAUREK-Studie zum Problem der Unternehmenskonzentration in der Schweiz gekürzt zu zitieren (S. 78); (sie hätten m. E. einen prominenten Platz im Referat Professor SCHLUEPS verdient):

1. Der Konzentrationstrend setzt sich fort, ja er *muß* sich fortsetzen, wenn unser Land in der derzeitigen Entwicklung noch bestehen und nicht bereits auf kurze Sicht Wohlstandseinbußen und eine Strukturarbeitslosigkeit in Kauf nehmen will.

2. Der Konzentrationstrend wird sich in unserem Land eine Zeitlang *sogar akzentuieren,* nicht zuletzt, weil die Kleinbetriebe in der Schweiz noch wesentlich stärker verbreitet sind als im Ausland. Gerade diese Betriebe erweisen sich aber im Zuge der Integration der Märkte und der Intensivierung der internationalen Konkurrenz je länger je weniger als lebensfähig.

3. Wir müssen unsere Vorstellungen über die Größenordnung einer leistungs- und entwicklungsfähigen «Kleinunternehmung» revidieren bzw. den Beurteilungsmaßstab wesentlich *höher* ansetzen als bisher. Es scheint sich ein neuer Typ von Kleinunternehmen zu bilden, der echte Chancen hat, sich im Konzentrations-

prozeß nicht nur zu behaupten, sondern zu gedeihen. Vor allem muß der Kleinunternehmer in die sich ständig neu aufschließenden Marktlücken eindringen, die von den Großunternehmungen gar nicht erfaßt werden können. Diese Marktlücken werden in einer hochspezialisierten Weltwirtschaft immer zahlreicher.

Noch zwei Schlußbemerkungen:

Während Professor SCHLUEP die These von der *Unvermeidbarkeit der Unternehmenskonzentration* ablehnt, mit andern Worten die Konzentration für vermeidbar hält und nach einer staatlichen Kontrolle ruft, zeigt die KNESCHAUREK-Studie, daß jedenfalls mit Bezug auf die Schweiz der Konzentrationsprozeß unvermeidlicherweise noch weitergehen muß.

Ferner setzt die von Professor SCHLUEP befürwortete gesellschaftliche Kontrolle der Unternehmenskonzentration (Schlußfolgerung V, S. 248) voraus, daß ein *Konzentrationsoptimum* feststellbar ist. Das muß jedoch bezweifelt werden; denn die internationale Entwicklung mit der Bildung immer größerer Märkte führt dazu, daß die optimale Unternehmensgröße sich immer mehr erhöht (so KNESCHAUREK, S. 75). Damit dürfte bereits eine wesentliche Voraussetzung der von Professor SCHLUEP befürworteten staatlichen Konzentrationskontrolle entfallen. Daß für ein solches Vorgehen in der Schweiz natürlich auch noch andere Voraussetzungen fehlen, sei zum Schluß hier nur noch der Vollständigkeit halber angedeutet.

Prof. Dr. WALTER SCHLUEP, Bern/Grenchen:

Sie haben gehört, daß Herr Kollege FAIST sich sehr kritisch mit meinen Thesen auseinandergesetzt hat. Ich muß ihm und seinem Verband gratulieren, daß die Gegenthese so glänzend vertreten worden ist. In der Sache selbst sind indessen einige Mißverständnisse zu verzeichnen. Was zuerst die Statistiken anbetrifft, die Herr Kollege FAIST vermißt, halte ich daran fest, daß sie ganz einfach fehlen. Statistiken über die Zahl der Beschäftigten geben keine genügende Grundlage ab. Anders wäre nicht verständlich, daß die Kartellkommission in ihrer Konzentrationsenquête sich erst das erforderliche Material beschaffen muß, aus dem schlüssig irgend etwas gefolgert werden kann.

Es ist richtig, daß in meinem Bericht viele ausländische Stimmen zu Worte gekommen sind. Dies ganz einfach deshalb, weil das Ausland sehr viel mehr Erfahrungen in Konzentrationssachen gesammelt hat. Immerhin möchte ich der guten Ordnung halber beifügen, daß im gedruckten Bericht etwa zur Frage der Unvermeidbarkeit der Konzentration auffallend viele schweizerische Stimmen zu Worte kommen. Den Glauben an die Unvermeidlichkeit einer Entwicklung im Sinne der Prospektivstudie meines Freundes KNESCHAUREK vermag ich nicht in gleicher Weise zu teilen wie Herr Kollege FAIST. Wenn ich richtig sehe, geht es übrigens auch Herrn KNESCHAUREK darum, frühzeitig auf mögliche Gefahren aufmerksam zu machen. Zudem habe ich selbst im Referat herausgestrichen, daß die Schweiz möglicherweise unterkonzentriert ist; ich glaube, das ist Ihnen entgangen, Herr Kollege FAIST. Wer mein Referat gründlich liest, kann unmöglich folgern, ich postulierte die Rückkehr zum Agrarstaat.

Wenn ich mir erlaubt habe, das Wort «gängeln» im Zusammenhang mit der Konzentration zu verwenden, so meine ich damit, wir sollten – mindestens im Schweizerischen Juristenverein – den Dingen nicht einfach ihren Lauf lassen, sondern aufmerksam beobachten, was hier eigentlich geschieht. Auf daß man nicht post festum komme und sage: «Ihr Juristen hättet doch all das sehen müssen!» Es erstaunt mich, daß Herr Kollege FAIST kein Wort sagt über die gesellschaftlichen Weiterungen, die die Konzentration bringt. Herr FAIST wendet sich auch gegen meine Anspielung auf die ITT. Vermutlich will er sagen, solche gefährliche Entwicklungen seien in der Schweiz ganz ausgeschlossen. Ich hoffe es mit Ihnen, Herr Kollege FAIST!

Richtig sind die Bedenken, die gegen das Konzentrationsoptimum geäußert worden sind. Das ist auch für mich das ganz große Problem. In einer eindrücklichen Studie dazu hat kürzlich Herr Kollege HOPPMANN aus Freiburg mit schlüssigen Argumenten die These vertreten, die Wirtschaftswissenschaften seien nicht in der Lage, ein solches Optimum festzustellen. Und trotzdem scheint mir der Gedanke eines Konzentrationsoptimums zumindest in rechtlicher Sicht nützlich. Und zwar deshalb, weil der Begriff des Optimums hier wie anderswo dazu einlädt, die Dinge im Auge

zu behalten. Eine solche verantwortungsbewußte Überwachung des Geschehens scheint mir auch in einer Schweiz der sich vergrößernden Klein- und Mittelbetriebe am Platze. Gerade wenn die vom Kollegen FAIST zu Recht betonte Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Industrie im Ausland Größe im Inland fordert, ist Wachsamkeit am Platze. Dabei geht es um etwas sehr Grundsätzliches, das Sie, Herr Kollege FAIST, wie mir scheint, ebenso übersehen haben wie vorhin Herr Kollege ZIMMERMANN: Es kann unmöglich Aufgabe des Juristen sein, die wirtschaftliche Entwicklung blindlings und kritiklos nachzuzeichnen. Der Jurist muß – und er muß es gerade im Schoße dieses Vereines – auch Wertungen beachten, die möglicherweise mit rein wirtschaftlichen Wachstumsvorstellungen kollidieren.

Im Grunde genommen wollte das Referat eigentlich nichts anderes als auf solche Gefahren aufmerksam machen. Ich habe nicht dafür plädiert, daß wir zum Kleinbetrieb zurückkehren. Ich habe vielmehr auch nach sinnvollen Alternativen gefragt. Und das führt mich zur Schlußbemerkung: Sie haben, Herr Kollege FAIST, kein Wort zur Kooperation gesagt. Wenn ich aber richtig sehe, beginnen die juristischen Probleme, mit denen ich mich auseinandergesetzt habe, beim Kooperationstatbestand. Darüber schweigen Sie. Haben Sie denn nicht daran gedacht, daß man mittels Kooperation die Vorzüge der Größenproduktion nutzen kann, ohne daß man gleich zu petrifizierenden Figuren greifen muß, deren Auswirkungen auf das Gemeinwohl mindestens ungewiß sind?

M^me^ ANNE PETITPIERRE, avocat, Genève:

Je voudrais me borner à quelques remarques relatives aux incidences juridiques du fonctionnement des groupes sans toucher à la question de l'opportunité d'un droit des groupes ou de son orientation souhaitable.

Tout d'abord, il a été relevé que le droit des sociétés anonymes est le plus «touché» par le fonctionnement des groupes. Il est rendu inefficace par le conflit entre les moyens invoqués par les minorités lésées par la politique de groupe et l'intérêt du groupe

qui apparaît de plus en plus comme un intérêt légitime. Il faudrait aller plus loin encore: *le droit des sociétés n'est pas apte à régir les rapports de groupe.* Il est en effet basé tout entier sur l'idée de coopération. Le rapport de M. SCHLUEP le démontre de façon éloquente lorsqu'il présente les solutions nombreuses et variées qui s'offrent en matière de coopération. Le droit des sociétés vise toujours, avant tout, à permettre et à organiser la réunion des ressources multiples en vue d'un but commun. Il cherche à maintenir l'égalité entre actionnaires. Il se définit par des éléments qui sont de nature coopérative.

Le fonctionnement des groupes ne fait au contraire pas appel à la coopération. La concentration des entreprises d'une façon générale est un processus qui vise à réunir un maximum de ressources sous l'autorité d'un nombre restreint de personnes. Elle est essentiellement *concentration du pouvoir.* Le groupe de sociétés en est l'illustration grâce au jeu du pouvoir majoritaire. Or, à aucun endroit le droit des sociétés ne définit la façon dont devrait *normalement* fonctionner un tel groupement hiérarchisé. Il ne définit pas les limites au-delà desquelles le groupe ne peut aller, même pour assurer une rationalisation légitime des entreprises, au détriment de ceux qui n'appartiennent pas aux éléments dominants, aux détenteurs du pouvoir. Les droits et obligations de ceux entre les mains desquels se concentre le pouvoir du groupe ne sont pas définis. Par l'application du droit des sociétés on n'arrive qu'à des définitions négatives: limites extrêmes de l'intérêt de groupe, abus, excès, etc.... Les contradictions qui apparaissent dès lors dans l'application du droit des sociétés aux groupes résultent de la tentative d'adapter des règles conçues pour la coopération à des entités basées sur la subordination et la hiérarchisation. Le caractère désespéré de cette tentative et les solutions insatisfaisantes auxquelles elle conduit, telles qu'elles ressortent du rapport et de l'exposé de M. DALLÈVES, devraient, me semble-t-il, nous amener à la conclusion que le droit des sociétés ne peut, de par sa nature, s'appliquer aux groupes et que l'on est en présence *d'une véritable lacune de la loi.*

Les principes permettant de la combler ne sont pas faciles à définir. Car si le droit des sociétés est peu apte à régir les groupes,

il n'existe guère d'autres institutions de droit privé dans ce domaine qui puissent prendre la relève. Le droit des contrats, en particulier, s'il peut être interprété parfois de façon à tenir compte des particularités des groupes, se révèle également inadapté aux rapports dits externes des groupes (quant aux rapports internes, ils ne sont pas basés sur des contrats mais sur une situation de fait).

A cet égard, je ne voudrais pas revenir sur la question de l'opportunité de mesures à prendre en faveur des créanciers sociaux, mais plutôt effectuer une distinction qui me paraît importante. Lorsqu'il s'agit de *déterminer les personnes qu'il faut protéger* des conséquences nuisibles que peuvent avoir pour elles le fonctionnement des groupes, on distingue habituellement le cas des actionnaires minoritaires des filiales, celui des créanciers des sociétés groupées et celui des travailleurs. Cette distinction me paraît beaucoup moins importante, pour la protection des intérêts en cause, que celle entre les personnes qui peuvent négocier avec le groupe tout entier et celles pour qui les conditions de leurs rapports avec les sociétés groupées sont prédéterminées, dictées par ces dernières et limitées à une seule société. Les premiers peuvent être aussi bien des créanciers importants que des minorités organisées ou des groupements de travailleurs. Il est d'ailleurs significatif, du point de vue de la responsabilité du groupe, que tous ceux qui ont assez de puissance pour exiger une négociation avec l'ensemble du groupe, ne manquent pas de le faire et de faire garantir l'exécution des obligations de certaines filiales à leur égard par d'autres membres du même groupe. Il faut bien croire que cela correspond dans leur esprit à une réalité et à une nécessité. Pour les autres, il n'y a pas d'autre choix que d'adhérer aux conditions du groupe. Certes, cette situation se retrouve dans d'autres cas de disparité économique, mais elle est ici accentuée, et ses conséquences aggravées, par le fait, d'une part, que les groupes permettent une très forte concentration du pouvoir, donc de la puissance économique de leurs dirigeants et des sociétés membres, par la limitation de responsabilité, d'autre part, qui accompagne leur morcellement juridique. Or, ce dernier n'est souvent pas considéré par ceux qui entrent en rapport juridique avec une filiale comme l'élément le plus important; bien plus, ils sont portés à croire que la puissance de «ceux

qui sont derrière» la société en question est pour eux une garantie, convaincu qu'ils sont, comme nous tous, que les filiales de groupes importants ne tombent pas en faillite.

Dans ce cas, on peut dire que les groupes agissent comme des «multiplicateurs» des effets de la disparité économique sur les rapports juridiques.

Un dernier mot concernant plus particulièrement les travailleurs. Dans une large mesure, la distinction que je viens de faire vaut également pour eux. Mais en matière de contrats individuels de travail, il semble bien que des moyens de protection adéquats peuvent être trouvés. Le droit du travail est largement orienté vers la protection du travailleur; lorsque celle-ci est en jeu, il ne paraît guère douteux que l'obstacle de la distinction des personnalités juridiques ne pourra s'opposer à ce que le groupe tout entier, ou la partie de celui-ci avec laquelle le travailleur s'est trouvé en rapport de travail, réponde envers lui de l'exécution des obligations résultant du contrat conclu avec une filiale. En revanche, en ce qui concerne une participation des travailleurs à la gestion ou au profit des entreprises, aucune législation n'existe encore. Il conviendra donc, lorsqu'elle sera édictée, qu'elle définisse elle-même sa portée à l'égard des phénomènes de concentration. Il ne s'agit plus d'aménagements à apporter au droit, mais de création de nouvelles institutions. Les problèmes posés par la concentration des entreprises ne pourront plus être ignorés.

Me Maurice Penard, avocat, Genève:

Le rapporteur de langue française constate (Dallèves, p. 661) que les dispositions légales actuelles relatives à la responsabilité des administrateurs ne sont plus adaptées à la situation de l'administration d'une société intégrée à un Groupe.

En matière de droit des Groupes, l'habitude est de poser, de prime abord, la question de la protection des minorités, actionnaires dits externes, et des créanciers sociaux des sociétés dominées. A cet égard, il est peut-être bon de dire en passant qu'il arrive que cette catégorie de personnes soit favorisée et non pas discriminée par la reprise de sociétés dans un Groupe important. En effet, lors d'un rachat, des offres alléchantes sont souvent faites

aux petits actionnaires afin d'obtenir une domination complète à 100%. Il n'en va pas autrement pour les créanciers sociaux de sociétés qui risqueraient de tomber en difficulté si elles n'étaient reprises par des ensembles importants qui, même à défaut d'obligation légale, considèrent qu'il est de bonne politique et pourquoi pas de bonne moralité d'assumer la couverture de dettes de leurs sociétés dépendantes.

Un problème peut-être moins souvent évoqué dans la doctrine et les publications qui traitent du droit des Groupes est celui de la *gestion* quotidienne des diverses entités d'un même ensemble. Il n'en reste pas moins vrai que cette question soulève des difficultés fréquentes à ceux qui sont chargés de gérer les sociétés dominées dans le cadre de Groupes. En effet, la position des administrateurs désignés par une société dominante est ambiguë. Ils sont là pour appliquer une politique d'ensemble du Groupe, c'est-à-dire dans un cadre où la finalité des intérêts n'est pas au niveau de la société dominée, mais à celui de la société dominante ou plutôt d'un ensemble d'entités juridiquement distinctes mais appartenant au même «Konzern». Les administrateurs représentent la Direction générale du Groupe et peuvent être appelés à prendre des décisions contraires aux intérêts directs et immédiats de la société qu'ils administrent, cela dans l'intérêt de l'ensemble, car il faut parfois sacrifier certaines entités au profit d'autres.

La nécessité économique d'un tel fonctionnement des Groupes est généralement reconnue*, mais on ne saurait nier que cette position est contraire à l'esprit comme à la lettre de notre droit actuel. L'administrateur d'une filiale à 100% est là pour appliquer une politique générale, celle d'une direction unique alors que la loi lui donne un devoir de diligence limité à la gestion de l'entité sociale dont il est administrateur (CO Art. 722, al. 1).

Il en résulte une contradiction, sinon une hypocrisie juridique. Si l'on dispute de l'obligation de fidélité qui pourrait être celle de l'actionnaire vis-à-vis d'une société anonyme, personne ne contestera le lien de fidélité qui lie un administrateur à sa société.

---

* Zwischenbericht der Arbeitsgruppe zum Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechtes – p. 193, N. 199.

Si l'on admet donc que les nécessités économiques justifient une unicité de direction, pourquoi ne pas faire appliquer une politique commune *directement* par la société dominante en lui permettant, en lui imposant au besoin, d'être elle-même administratrice de la société aux destinées de laquelle elle entend présider. Il faudrait pour cela introduire la personne morale comme administrateur; celle-ci désignera alors la personne physique qui la représentera matériellement au Conseil. Une telle solution existe dans plusieurs droits voisins du nôtre, le droit français en particulier.

La responsabilité des administrateurs serait alors directement celle de la société dominante qui assumerait d'une manière plus évidente la responsabilité des directives qu'elle donne au sein du Conseil. Les règles relatives à la responsabilité des administrateurs pourraient, dès lors, être appliquées avec plus de rigueur.

La publicité des participations à laquelle actionnaires minoritaires et créanciers sont particulièrement intéressés y trouverait également son compte. Le transfert de gestion au niveau du Groupe pour ce qui concerne la détermination de la politique générale serait alors apparent.

En ce qui concerne le résultat qu'aurait une telle mesure en matière de publicité des participations, il existe déjà à titre volontaire. Les rapports d'exercice d'importantes entreprises de notre pays – et notamment de grandes industries chimiques de la cité rhénane qui nous accueille pour ce Congrès – en sont un exemple remarquable répondant déjà en fait à ce qui pourrait devenir une exigence. De ce point de vue là, la loi ne ferait donc qu'accueillir une pratique déjà volontairement suivie sur une grande échelle. Par ailleurs, une modification législative dans le sens d'une participation officielle des sociétés dominantes aux Conseils d'administration des filiales n'entraînerait pas de grands bouleversements législatifs. La question semble ainsi mériter examen lors des adaptations législatives en cours d'étude ou en perspective dans le domaine de la société anonyme de droit suisse.

Dr. Leo Fromer, Advokat, Basel:

Ich vertrete hier meine persönliche, höchst unpopuläre – weil konservative – Auffassung zur Frage der Notwendigkeit oder

Nicht-Notwendigkeit eines schweizerischen Konzernrechtes. Zunächst aber ein Wort zu dem meines Erachtens ganz ausgezeichneten deutschen Referat – auch das französische ist außerordentlich belehrend. Das deutsche Referat beschäftigt sich ausschließlich mit der Frage der Kooperation. Was hier an betriebswirtschaftlicher Literatur verarbeitet wurde, ist bewundernswert. Es ist unseren Studenten an den juristischen Fakultäten dringend zu empfehlen, sich in vermehrtem Maße mit der betriebswirtschaftlichen Literatur auseinanderzusetzen. Hinweise finden sich in hervorragender Weise im Referat von Herrn Professor SCHLUEP.

Man ist im allgemeinen der Auffassung, die Kooperation sei das Reservat der großen Firmen. Nur die großen Firmen begännen zunächst mit kleineren Firmen zu kooperieren in der Meinung, die Kooperation führe dann ends aller enden zu einer Integration; also etwa das Bild vom Hecht im Karpfenteich, das von Herrn Professor SCHLUEP verwendet worden ist, oder das Bild der Schlange, die das durch den Blick der Schlange gelähmte Kaninchen verschluckt. Ich kann Ihnen sagen: die Kooperation ist durchaus nicht das Reservat der großen Firmen. Wir haben heute etwa 77000 Aktiengesellschaften in der Schweiz. Hievon weisen nur 3000 Aktiengesellschaften ein Kapital über einer Million auf und nur 180 Aktiengesellschaften haben ihre Aktien an der Börse kotiert. Die große, überwältigende Zahl der Aktiengesellschaften in der Schweiz sind also private Aktiengesellschaften, die sich von den Publikumsaktiengesellschaften dadurch unterscheiden, daß ihre Aktien an der Börse nicht kotiert sind, daß die Übertragung der Aktien beschränkt ist, also vinkulierte Namenaktien, und daß sie sich an den Kapitalmarkt wenden. Diese drei Merkmale sind die typischen für die Charakterisierung der privaten Aktiengesellschaften. Gut geleitete private Aktiengesellschaften sind heute im Begriffe, untereinander engste Kooperationen einzugehen in der Überzeugung, daß durch die Kooperation ihre Überlebenschancen gewahrt werden. Es ist abwegig anzunehmen, daß gutgeleitete mittelgroße schweizerische Aktiengesellschaften von heute das Opfer einer Fusion von morgen seien – im Gegenteil: das sogenannte Großkapital stellt ja seine Hilfe zur Verfügung, um diesen mittelgroßen Unternehmungen das Überleben zu erleichtern. Drei Großbanken haben

mit einer andern Gruppe aus dem Kreis der privaten Aktiengesellschaften eine Beteiligungsgesellschaft gegründet, die den Zweck hat, solchen miteinander kooperierenden Unternehmungen durch die Beschaffung von Aktienkapital die Konkurrenzfähigkeit mit Großunternehmungen zu geben. So weit ein Wort zur Kooperation.

Nun ein Wort zur Frage des Konzernrechtes. Hier darf ich vorweg einmal mehr davor warnen, daß wir Aktiengesellschaften in der Schweiz gleichstellen mit Aktiengesellschaften in Deutschland – das ist etwas durchaus anderes. In Deutschland ist die Aktiengesellschaft die Unternehmensform der Kapitalkonzentration; in Deutschland gibt es im ganzen etwa 2500 Aktiengesellschaften. Wenn wir die Aktiengesellschaft in der Schweiz vergleichen wollen mit einer etwa gleichgelagerten Unternehmensform, dann müssen wir zweiteilen: Wir können die Publikumsaktiengesellschaften in der Schweiz vergleichen mit den Aktiengesellschaften in Deutschland, die privaten Aktiengesellschaften, dieses große Heer von etwa 74000, müssen wir indessen vergleichen mit den GmbHs in Deutschland. Es ist also durchaus falsch, etwa das deutsche Aktiengesetz vom Jahre 1965 als Vorbild wählen zu wollen für eine allfällige Einführung eines Konzernrechtes in der Schweiz. Nun wollen wir uns einmal fragen: Wie können sich denn die Verhältnisse zwischen den Beherrschern der Gesellschaft und der beherrschten Gesellschaft entwickeln? Ausgliedern müssen wir einmal alle hundertprozentigen Tochtergesellschaften; da spielt die Frage des Schutzes der Minderheit überhaupt keine Rolle, weil es keine Minderheit gibt. Dann kommt die nächste Kategorie Aktiengesellschaften: Die Aktienmehrheit befindet sich in Händen einer Gruppe, und es sind Aktien im Streubesitz vorhanden. Oft besitzt das Minderheitskapital aufgrund statutarischer Bestimmungen (z.B. bei mindestens 10%) Anspruch auf einen Vertreter im Verwaltungsrat. In diesem Fall ist der Minderheitenschutz schon durch die Zugehörigkeit eines Vertreters der Minderheit im Verwaltungsrat gewährleistet.

Wie steht es mit denjenigen Gesellschaften, bei welchen ein solcher Minderheitenschutz nach den Statuten nicht besteht? Ist es hier notwendig, ein Konzernrecht zu schaffen? Nach dem *Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre* hat jeder Aktionär An-

spruch auf einen seiner Aktienbeteiligung entsprechenden Gewinn und auf die Ausübung seiner Organschaftsrechte. Wenn nun gesagt wird, die Mehrheit könne ihre Stellung mißbrauchen, dann bedeutet das ja nichts anderes als die Vermutung, der Grundsatz der Gleichbehandlung werde nicht gewahrt, die Mehrheit mißbrauche also ihre Stellung zu einer mit den Gesellschaftsinteressen nicht in Übereinstimmung stehenden Begünstigung. Es wird also dem Verdacht Ausdruck gegeben, die Aktienmehrheit, die Gruppe, begünstige sich durch den Abschluß von Lieferverträgen, durch den Abschluß von Beratungsverträgen, durch geschäftsmäßig nicht gerechtfertigte Beiträge an Forschung, Verkauf, Werbung usw., also der typische Fall der Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Aktionäre. Auf einem ganz andern Gebiet, demjenigen des Steuerrechts, stellt sich genau die gleiche Frage, dann nämlich, wenn die Vermutung besteht, es verwende die Mehrheit ihre aktienmäßige Beherrschung zu ihrer eigenen Begünstigung, d.h. zur Vornahme verdeckter Gewinnausschüttungen, durch zu hohe oder zu niedrige Verrechnungspreise usw. Es besteht eine breite Palette zu Artikel 5, Absatz 2 des geltenden Couponabgabegesetzes. Eine gewisse Identität der Interessen der im Verwaltungsrat nicht vertretenen Minderheit mit den Organen der eidgenössischen Steuerverwaltung, Abteilung Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, ist nicht zu leugnen. Ich verstehe deshalb und begrüße es außerordentlich, daß der Abteilungschef, Herr Dr. BÉGUELIN, diesen Beratungen folgt. Was kann nun eine auf diese Weise in der Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Aktionäre verletzte Minderheit tun? Welche Rechte hat sie? Hat sie nach dem heute geltenden Recht irgendwelche Möglichkeiten, oder ist sie der Mehrheit einfach ausgeliefert? Und hier möchte ich doch einmal sagen: Es gibt ja im heutigen Obligationenrecht nach Artikel 697, Absatz 3, das Recht auf Auskunftserteilung. Dieses Recht auf Auskunftserteilung kann ja bei einem Richter durchgesetzt werden. Ich darf Ihnen Artikel 697, Absatz 3 in Erinnerung rufen:

«Der Richter kann verfügen, daß die Gesellschaft dem Aktionär über bestimmte, für die Ausübung des Kontrollrechts erhebliche Tatsachen durch beglaubigte Abschrift aus ihren Geschäftsbüchern oder von Korrespondenzen Auskunft zu erteilen

hat. Durch diese Verfügungen dürfen die Interessen der Gesellschaft nicht gefährdet werden.»

Ich könnte mir durchaus denken, daß heute ein Aktionär an einer Generalversammlung einer Publikumsaktiengesellschaft Fragen an die Verwaltung stellt, wie z.B.: Bestehen Dauerverträge in bezug auf Lieferungen mit andern Firmen? Sind diese an unserer Gesellschaft beteiligt? Ich kenne keine Generalversammlung einer Publikums-AG in der Schweiz, an der solche Fragen gestellt worden sind und würdige durchaus die Möglichkeiten, daß ein solches Auskunftsbegehren vor dem Richter nicht durchgesetzt werden könnte. Ich sehe nicht ein, weshalb von der unkontrollierten Macht der Verwaltung gesprochen wird, wenn die bestehenden Möglichkeiten aufgrund von Artikel 697, Absatz 3 OR gar nicht in Anspruch genommen worden sind.

In privaten Aktiengesellschaften geht die Auskunftserteilung meines Erachtens noch weiter. Ich halte es für durchaus zulässig, daß in einer privaten Aktiengesellschaft, bei welcher die Person des Aktionärs eine Rolle spielt (deshalb sind ja die Aktien vinkuliert), einige sehr perfide Fragen an die Verwaltung gestellt werden können, wie z. B. die Frage: Wurden im abgelaufenen Geschäftsjahr Aktien mit Genehmigung des Verwaltungsrates verkauft? Wieviel? An wen? Oder die Frage, ob im Kreise des Verwaltungsrates Poolverträge bestehen? (Poolverträge über die Ausübung des Stimmrechtes, oder Verträge in bezug auf Kaufrechte, usw.) Im Rahmen einer privaten Aktiengesellschaft halte ich ein solches Auskunftsrecht nicht für aussichtslos. Es könnte meines Erachtens aufgrund von Artikel 697, Absatz 3, auch die Frage gestellt werden, ob durch die Verwaltung Vereinbarungen mit Nicht-Aktionären getroffen wurden hinsichtlich einer zukünftigen Erhöhung des Aktienkapitals, mit oder ohne Sicherung des Bezugsrechtes. Der Verwaltungsrat ist nicht omnipotent. Ich darf darauf hinweisen, daß bei der Décharge «wer in irgendeiner Weise» an der Geschäftsführung teilgenommen hat (Art. 695 OR) kein Stimmrecht hat, weder mit eigenen noch mit vertretenen Aktien.

Ich halte den Vorschlag von Herrn BÉNARD, daß auch juristische Personen in einen Verwaltungsrat gewählt werden können, für einen interessanten Vorschlag, bin aber der Auffassung, in der

Schweiz seien die Verhältnisse noch so überblickbar, daß man weiß: Wenn Herr X neu in den Verwaltungsrat gewählt wird, kommt er in der Eigenschaft als Delegierter der Firma Y.

Zusammenfassend möchte ich sagen: Kooperationen sind nicht das Reservat der Großfirmen. Die Konzentration ist eine Angelegenheit, die der Aufmerksamkeit der Juristen bedarf. Vorerst sollen jedoch die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten nach Artikel 697, Absatz 3 OR ausgeübt werden.

Prof. Dr. Ulrich Immenga, Lausanne/Monts-de-Corsier:

Ich bin dankbar, daß ich ein wenig später in die Diskussion eintrete. Das gibt mir Gelegenheit, zu einigen vorher erörterten Punkten Stellung zu nehmen.

Zur Frage des Konzentrationsoptimums zwei Überlegungen. Erstens: Die Schwierigkeit, ein Konzentrationsoptimum festzustellen, spricht meines Erachtens genauso wenig gegen eine mögliche Konzentrationsregelung, wie die Tatsache des Diebstahls gegen das Institut des Privateigentums spricht.

Zweitens: Die Schwierigkeit, ein Konzentrationsoptimum festzustellen, ist sicher vorhanden. Ich sehe das aber nicht als so wesentlich an, denn das Problem liegt an einer anderen Stelle. Es muß gefragt werden, wann auf einem gegebenen Markt ein Vermachtungsgrad erreicht ist, der zu einem Eingriff führen soll. Das ist eine Wertungsfrage, die wir vorzunehmen haben. Hierzu darf ich einen zitierten Satz des Herrn Präsidenten von heute morgen aufgreifen, in dem gesagt wurde: Es gilt, die soziale Wirklichkeit anzunehmen und zu meistern. Es geht also nicht nur um eine tatsächliche Feststellung, sondern um eine Wertungsfrage, die hier einzufließen hat. Soweit zum Konzentrationsoptimum.

Zur Frage der schweizerischen AG: Wir wurden darauf hingewiesen, daß die schweizerische AG sich nicht mit der deutschen vergleichen läßt und daher das deutsche Konzernrecht nicht als mögliches Vorbild einer schweizerischen Regelung herangezogen werden kann. Das ist selbstverständlich. Die AG entspricht in weiten Bereichen eher der deutschen GmbH. Es liegt jedoch seit drei Jahren ein Referentenentwurf zum GmbH-Gesetz mit einer ausführlichen Regelung auch zum Konzernrecht der GmbH vor.

Ein Blick hierein kann Anregungen für ein schweizerisches Konzernrecht bieten, das gerade auch die Interessen der kleinen personalistischen Kapitalgesellschaften berücksichtigt.

Und schließlich noch ein Wort zum Auskunftsrecht als Mittel des Minderheitenschutzes. Das Auskunftsrecht ist ohnehin eine ziemlich stumpfe Waffe. Und soweit es Konzernverbindungen betrifft, frage ich mich, an wen es sich richten soll, wenn nicht bekannt ist, wie die Machtverteilung in der Gesellschaft tatsächlich aussieht. Hier müßten Mitteilungspflichten bestehen, die erkennen lassen, wer tatsächlich die Geschicke der Gesellschaft bestimmt. Insoweit halte ich die Regelung des deutschen Aktiengesetzes in § 20 für ganz gelungen.

Darf ich nunmehr das eigentliche Anliegen meines Votums darstellen: Zunächst gehe ich, zum Teil im Gegensatz zu meinen Vorrednern, davon aus, daß auch in der Schweiz ein Konzernrecht geschaffen werden müßte. Selbst wenn Mißbräuche wenig bekannt geworden sind, so sollte man einmal nach dem bekannten Wort nicht warten, bis das Kind in den Brunnen gefallen ist. Außerdem werden sehr häufig Konflikte innerhalb der Gesellschaften in schiedsgerichtlichen Verfahren ausgetragen. Die Folge ist, daß rechtstatsächliches Material weithin fehlt. Die Ruhe, die konzernrechtliche Ruhe, ist daher eine Friedhofsruhe.

Ich möchte nunmehr folgenden Satz interpretieren, der das Wesen des Konzernrechts ausmacht: Der Aktionär muß dulden, aber er kann liquidieren. Mit dem «Dulden» und dem «Liquidieren» möchte ich mich kurz befassen.

Was heißt einmal, daß der Aktionär dulden muß? Das heißt, daß dem Konzerninteresse Vorrang vor den Interessen der Einzelgesellschaft zukommt. Es ist von einer Legitimität des Konzerninteresses auszugehen. Warum? so frage ich mich. Ist die Faktizität des herrschenden Einflusses entscheidend? – Sicher nicht, denn, wie ich bereits zitierte, wir müssen die Wirklichkeit annehmen und meistern. Man kann sicher darauf hinweisen, und das ist auch im Referat des Herrn Kollegen SCHLUEP deutlich geworden, daß die Konzentration nicht nur Gefahren mit sich bringt, sondern auch deutlich positive Züge trägt. Man spricht daher auch vom Janus-Kopf der Konzentration. Das wäre ein Grund, das

Konzerninteresse hinzunehmen. Ähnlich wird auch in einem Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichtes, im sogenannten Feldmühle-Urteil, formuliert. Es ging gerade um das Verhältnis von Minderheitsinteressen in der Einzelgesellschaft und Konzerninteressen. Im wesentlichen wurde darauf abgestellt, daß im Konzern unternehmerische Interessen vertreten seien, die im Interesse der Gesamtwirtschaft zu freier Entfaltung fähig sein müßten. Demgegenüber habe der Minderheitsaktionär beschränktere Anlageinteressen, die sich lediglich auf Rendite und Kurs richteten. Wird insoweit das Konzerninteresse – nicht ganz überzeugend – durch positive Wirkungen der Unternehmenskonzentration legitimiert, so bleibt die Frage, warum gerade die Konzernierung als nur eine von mehreren Konzentrationsformen durch ein Konzernrecht anerkannt werden soll. Die Konzernierung bringt einige, nicht unerhebliche wirtschaftliche Vorteile. Zu nennen sind hier die Möglichkeit der Risikobegrenzung durch Haftungsbeschränkung und die Organisationsflexibilität durch die schnelle Trennung oder Umgruppierung von Unternehmenseinheiten. Auch der Fortbestand der juristischen Person ist von Bedeutung. Der good will eines Unternehmens bleibt so erhalten wie auch ein Verwaltungsrat mit lukrativen Posten. Last but not least geht es ferner um einen unternehmerischen Vorteil, der in einem vergleichsweise geringen Preis für die Zurechnung der Ressourcen eines anderen Unternehmens liegt. Denn während bei einer Fusion alle Aktien des zu übernehmenden Unternehmens umgetauscht werden müssen, genügt bei einem Beteiligungskonzern der Erwerb von 51% des Aktienkapitals. Bei Publikumsgesellschaften kann darüber hinaus eine geringe Beteiligung Herrschaft über die Gesellschaft vermitteln. Wie kann nun eine möglichst hohe Beteiligung sichergestellt werden, die außerdem zu gerechten Bedingungen für die Aktionäre führt? Diese Frage gilt der Angemessenheit des Übernahmepreises.

Damit befinde ich mich bereits bei der Interpretation der zweiten Hälfte meines Satzes: der Aktionär muß dulden, aber er kann liquidieren. Es geht um den Aktionärsschutz. Sie wissen, insbesondere aufgrund des Referats des Herrn Kollegen DALLÈVES, welche Möglichkeiten hierzu in anderen Rechtsordnungen entwikkelt worden sind. Im Mittelpunkt steht die Möglichkeit einer Be-

teiligung dort, wo tatsächlich die wirtschaftlichen Vorteile der gesellschaftlichen Tätigkeit anfallen. Das ist die Obergesellschaft. Alles andere geht, auch das können wir in dem Referat nachlesen, ins Leere. Das gilt insbesondere für den allgemeinen Minderheitenschutz, da der Mehrheitseinfluß in einer konzerngebundenen Gesellschaft eine andere Qualität hat. Denn Schädigungen der Untergesellschaft durch den Mehrheitsgesellschafter können kompensiert werden durch Vorteile in anderen Bereichen des Konzerns. Interessenkonflikte liegen auf der Hand. Wenn wir also davon ausgehen, daß als Schutz des Aktionärs nur die Beteiligung an der Obergesellschaft in Frage kommt, dann brauchen wir einen Umtausch der Aktien der außenstehenden Aktionäre der Untergesellschaft in Anteile an der herrschenden Gesellschaft. Wie kommen wir hier zu einem angemessenen Preis? Unter diesem Gesichtspunkt bin ich sehr skeptisch gegenüber den bisher angebotenen Lösungen. Das gilt sowohl für das Projekt einer europäischen Aktiengesellschaft als auch für das deutsche Recht. Für mich ist entscheidend, daß auch der Aktionär mitbestimmt, wenn es um die Angemessenheit der Tauschbedingungen geht. Das kann erreicht werden, wenn ihm die Annahme des Umtauschangebots freisteht. Diese Möglichkeit, die bisher weder durch das Referat noch durch Interventionen in die Diskussion eingeführt wurde, haben wir in anderen Rechtsordnungen. Das ist der Bereich der geregelten Übernahmeangebote, als take-over-bids hochentwickelt in Großbritannien und als tender-offers bekannt in den USA. Außerdem besteht eine entsprechende Einflußnahme der Commission banquaire in Belgien, und Frankreich regelt die Offres publiques d'achat.

Hierbei handelt es sich um wirksames Konzernrecht, weil sichergestellt wird, daß der Aktionär die Gelegenheit erhält zu entscheiden, ob er ein Umtauschangebot annimmt. Damit hat er es gleichzeitig in der Hand, ob sich die Gesellschaft in einen Konzernverbund begibt. Wenn man diese Übernahmeangebote in einem liberalen Verfahren regelt, durch Information der Aktionäre und durch Verhinderung eines schädlichen Einflusses der beteiligten Verwaltungen, dann kann man hier einen weitgehenden Aktionärsschutz – der Aktionär kann liquidieren – erreichen. Ähnliches gilt

für den Vertragskonzern, bei dessen Bildung allein die außenstehenden Gesellschafter abstimmen müßten.

Problematisch wird natürlich dieser Vorschlag einer Marktentscheidung, dieses Wirksamwerden eines Bargaining-Prozesses, soweit Konzernverbindungen bereits bestehen. Hierzu möchte ich Ihnen einen Gedanken zur Diskussion vorlegen: Wenn z.B. eine Obergesellschaft bereits zu 60% an einer Untergesellschaft beteiligt ist, dürfte eine einheitliche Leitung im Konzerninteresse vom Konzernrecht nur legitimiert werden, wenn die Beteiligung erhöht wird, vielleicht um 10%, was wiederum in Form des geregelten Übernahmeangebots geschehen müßte. Auf diese Weise kämen wir dazu, daß der Markt und nicht die Gerichte, wie in Deutschland, oder Sachverständige, wie es für die europäische Aktiengesellschaft vorgesehen ist, über die Angemessenheit des Aktienumtausches entscheidet.

Dieses Mitspracherecht des Aktionärs müßte zu attraktiven Angeboten führen. Hierzu wird die übernehmende Gesellschaft jedoch nur bereit sein, wenn sie von der Unternehmensverbindung einen wirtschaftlichen Erfolg erwartet. Diese Bindung einer zulässigen Konzernierung an einen erfolgreichen Erwerb von Anteilen zu einem für die Aktionäre angemessenen Preis hat gleichzeitig eine gesamtwirtschaftliche Komponente. Die Unternehmenskonzentration durch Konzernierung wird weniger leicht und sich eher an einzelwirtschaftlichen Erfolgserwartungen ausrichten. Tendenziell wird nur die ökonomisch sinnvolle Unternehmensverbindung angestrebt; die blinde Konzentrationslust wird gebremst.

Man kann daher sagen, daß auf diesem Wege von der Privatautonomie ausgehende Kräfte bei einer richtigen Bewertung der Interessen in einem Bereich zu Lösungen führen können, der heute eine Herausforderung an die Privatrechtsordnung darstellt. Soweit es hier nicht gelingt, Machtpositionen zu neutralisieren, gerät unsere Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung in Gefahr.

M. le professeur ALAIN HIRSCH, Genève:

J'aimerais présenter quelques réflexions sur l'opportunité d'une législation spéciale sur les groupes de sociétés.

Préalablement, je relève que le professeur DALLÈVES a insisté, tout à l'heure, sur les conséquences du pouvoir économique considérable dont disposent les groupes de sociétés. A mon avis, il s'agit d'un problème différent. Certaines sociétés ont aujourd'hui effectivement une importance économique préoccupante à plusieurs égards, mais elles ne font pas nécessairement partie d'un groupe; d'autre part, de nombreux groupes de sociétés n'ont qu'une importance économique moyenne, ou même insignifiante.

Si l'on en reste aux groupes de sociétés (économiquement puissants ou non!), il me semble qu'une législation spéciale peut être envisagée, en droit commercial, pour poursuivre quatre objectifs distincts: protéger les intérêts des créanciers, ceux des actionnaires minoritaires, ceux des travailleurs et enfin ceux d'autres tiers (notamment les clients et les fournisseurs). Je ne m'exprimerai pas sur ces deux derniers aspects, qui n'ont pas été traités dans le rapport.

Comme le professeur DALLÈVES, je pense qu'il n'est en tout cas pas urgent, et probablement pas nécessaire, d'élaborer une législation spéciale sur les groupes de sociétés pour protéger les droits des créanciers. En droit positif, je serais d'ailleurs un peu plus large que le professeur DALLÈVES sur les moyens dont les créanciers disposent déjà, notamment pour intenter une action en responsabilité contre un actionnaire majoritaire qui interviendrait dans la gestion sociale à son profit, sans faire partie formellement des organes de la société.

Le problème essentiel est évidemment celui de la protection des actionnaires minoritaires. Il est évident que les droits de l'actionnaire minoritaire sont aussi bien menacés dans une société isolée que dans un groupe de sociétés. Cependant, le professeur DALLÈVES (et il est en fort bonne compagnie) refuse d'assimiler ces deux cas: en effet, dans une société isolée, il s'agirait toujours de défendre l'actionnaire minoritaire contre des abus, alors qu'au contraire, dans un groupe de sociétés, on ne pourrait pas qualifier d'abusive une décision prise dans l'intérêt général du groupe, même si elle porte préjudice aux intérêts d'une filiale déterminée. Une législation spéciale sur les groupes de sociétés devrait donc faire un sort particulier à ces décisions, en ne permettant pas aux action-

naires minoritaires de les considérer comme abusives, mais en leur donnant d'autres moyens de défense.

A mon avis, cette approche du problème est erronée, dès lors qu'en pratique, en Suisse comme d'ailleurs dans la plupart des pays, un actionnaire minoritaire qui veut contester une décision abusive prise par la majorité se heurte à des difficultés insurmontables. Le juge n'accepte d'annuler une décision d'assemblée générale que dans des cas tout à fait exceptionnels. On peut d'ailleurs le comprendre, car une telle décision revient à imposer à la société la volonté de la minorité, ce qui est difficile à accepter, même si cette volonté est plus raisonnable et plus équitable. «Quant à l'action en responsabilité contre les organes sociaux, elle n'est jamais intentée par l'actionnaire, puisqu'il a tous les risques du procès sans aucun bénéfice, les dommages intérêts éventuels devant être payés à la société.» Si la perspective du professeur DALLÈVES était exacte, les groupes de sociétés eux-mêmes devraient souhaiter une législation spéciale: or, nous savons bien qu'ils y sont farouchement opposés, dès lors que le droit actuel sur la protection des minorités est illusoire et ne les gêne donc en aucune façon.

Par conséquent, ne faudrait-il pas rechercher un moyen nouveau pour protéger les actionnaires minoritaires dans toutes les sociétés, y compris celles faisant partie d'un groupe? Cette recherche serait d'autant plus utile que, nous le savons bien, c'est dans les petites sociétés, ne faisant pas nécessairement partie d'un groupe, que les droits des actionnaires minoritaires sont le plus souvent lésés. Enfin et surtout, une telle approche rendrait inutile la définition juridique des groupes de sociétés, tâche bien difficile et que devrait surmonter le législateur s'il voulait élaborer des règles spéciales sur les groupes.

Quel pourrait être ce moyen nouveau de protection des minorités? A mon avis, il faut s'inspirer de l'article 822 al. 2 CO, qui donne à tout associé d'une société à responsabilité limitée le droit de demander au juge l'autorisation de sortir de la société, pour de justes motifs. Ce droit pourrait également être prévu pour les sociétés anonymes, d'autant plus que l'immense majorité d'entre elles correspond à de petites entreprises, qui devraient théoriquement revêtir la forme de la s.à.r.l.

Ce droit de sortie ne porterait pas un préjudice inadmissible aux droits des créanciers, car il ne pourrait naturellement s'exercer que dans la mesure où la société a des réserves disponibles suffisantes, comme l'article 822 CO le prévoit déjà.

Quel serait le montant que devrait recevoir l'actionnaire sortant? Il devrait naturellement s'agir de la valeur réelle, comme pour les cas prévus à l'article 686 al. 4 CO; si le problème est donc difficile, il n'est pas nouveau. Je réserve la question de savoir si une référence à la valeur boursière serait justifiée.

Dans l'appréciation des justes motifs, le juge devrait tenir compte du préjudice que cette sortie pourrait causer à l'entreprise. Il pourrait atténuer ce préjudice, en prévoyant que le prix ne serait pas payé au comptant, mais par plusieurs échéances annuelles. Le juge pourrait aussi, dans certains cas, prévoir non pas un paiement en espèces, mais un paiement en nature: par exemple, en actions ou en obligations d'une autre société. Ainsi, lorsque l'actionnaire minoritaire d'une société filiale désirerait sortir de celle-ci, il serait possible que ses actions soient échangées contre des titres de la société mère.

La solution que je propose aurait, me semble-t-il, le grand avantage de respecter l'unité du droit des sociétés anonymes, dont on ne devrait s'écarter qu'en cas d'absolue nécessité. Elle permettrait une protection satisfaisante des minorités pour tous les types de sociétés, en donnant au juge une très grande latitude pour apprécier les «justes motifs». Le juge n'aurait pas l'impression de soumettre ainsi la société à la volonté de la minorité; il devrait donc pouvoir protéger les intérêts légitimes des actionnaires minoritaires beaucoup plus librement que dans le cadre d'une action en annulation d'une décision de l'assemblée générale (ou d'une action en dissolution de la société, en vertu de l'art. 736 ch. 4 CO).

Dr. Valentin Heuss, Uitikon-Waldegg:

Unsere beiden Berichterstatter betonen in ihrem Vorwort, daß die Frage nach der Tragfähigkeit unseres Privatrechtes für Konzernbildungen auf dem Hintergrund der Darstellung des Konzentrationsgeschehens geprüft werden muß. Die Darstellung des Kon-

zentrationsgeschehens in der Arbeit von Professor SCHLUEP ist Anlaß zu meinen Ausführungen.

1. Solange wir Güter und Leistungen des Auslandes beanspruchen wollen, müssen wir in gleichem Ausmaß schweizerische Güter und Leistungen an Ausländer verkaufen können. Dies wird uns gelingen, solange wir uns im weltweiten Konzert des Wettbewerbes dank konkurrenzfähigen Produkten, Leistungen, Preisen und Konditionen behaupten können. Es ist an uns, die zur Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit notwendigen Maßnahmen zu treffen. Im Vordergrund stehen Rationalisierung, technischer Vorsprung, schlagkräftiges Marketing. Alle diese Maßnahmen verlangen einen rasch steigenden finanziellen Aufwand. Muß dieser Aufwand auf ein kleineres Umsatzvolumen verteilt werden als bei der Konkurrenz, dann kämpfen wir bereits mit den kürzeren Spießen. Diesen Nachteil versucht man bekanntlich zu vermeiden durch Umstrukturierung des Produkteprogrammes auf Spezialitäten mit weniger ungünstiger Umsatz-/Ertrags-Relation, oder aber durch die hier zur Diskussion gestellte Unternehmenskonzentration.

2. Wie weit wollen wir auf dem Wege der Unternehmenskonzentration gehen? Der Maßstab wird durch die weltweit wirksamen Marktgegebenheiten diktiert, die nicht danach fragen, was uns von einem rein schweizerischen Gesichtspunkt unter Berücksichtigung der ganz besonderen eidgenössischen Verhältnise erwünscht sein könnte. Die von SCHLUEP (auf S. 160) in Betracht gezogenen Änderungen der Rahmenbedingungen wie auch der von ihm erwähnte staatliche Gegenzwang wirken in diesem Lichte nicht realistisch.

Die Fragestellung ist trotzdem ernsthaft. SCHLUEP sucht Kriterien in der Richtung, ob eine Unternehmenskonzentration gesamtwirtschaftlich oder gesellschaftspolitisch segensreich sei (S. 208, 550), ob der Freiheitsverlust, welcher eine Begleiterscheinung der Unternehmenskonzentration ist, zur Verwirklichung des Gemeinwohles erforderlich sei (S. 225), ob der Freiheitsverlust volkswirtschaftlich oder sozial keine schädlichen Auswirkungen zeigt (S. 548). Das unvermeidliche Ermessensurteil über die genannten Kriterien sieht ganz verschieden aus, je nach dem, ob man eine kurzfristige oder eine langfristige Betrachtung zugrunde legt, ob

man eine nationale Optik wählt oder aber den weltweit wirkenden Marktkräften in die Augen schaut.

3. SCHLUEP weist darauf hin, daß die Konzentration von Unternehmungen nicht nur durch sachliche, wirtschaftliche Motive begründet ist, sondern auch durch unsachliche, unechte Motive getragen sei. Auf Seite 201 stellt SCHLUEP fest, daß sich die Unternehmungen durch die Konzentrationsmaßnahmen vom Wettbewerbsdruck befreien. Die Praxis sieht anders aus: Einem wachsenden Druck muß man einen gleichwertigen Gegendruck gegenüberstellen, will man seine Existenz behaupten.

Als weiteres unechtes Motiv sieht SCHLUEP das Macht- und Prestige-Bedürfnis, die Geltungssucht, den Drang nach hohen Einkommen; diesem Gesichtspunkt wird ein erstaunlich breiter Platz eingeräumt (S. 219, 229, 247).

Diese menschlichen Schwächen werden durch SCHLUEP mit Vorzug bei konzentrationsmutigen Unternehmern gesehen. Ich glaube, daß diese Schwächen recht gut auf aller Gattung Leute verteilt sind. Insbesondere ist Macht- und Prestigebedürfnis auch bei jenen Unternehmern mit im Spiel, die den Niedergang ihrer Firma nicht sehen wollen, bis es dann zu spät ist, wie Beispiele in jüngster Zeit wieder gezeigt haben. Rechtzeitige Eingliederung einer den Strukturveränderungen nicht gewachsenen Firma in ein größeres Unternehmen würde dem Gesichtspunkt volkswirtschaftlicher und sozialer Nützlichkeit besser Rechnung tragen als die Selbständigkeit bis zum sicheren Untergang.

Auch öffentliche oder gemeinwirtschaftliche Unternehmungen – welche SCHLUEP ausgenommen wissen will (S. 183) – lassen ein volkswirtschaftlich nützliches Zusammenwirken allzuoft vermissen. Auch hier dürften Prestigegründe nicht ganz unschuldig sein.

4. Nach diesem Exkurs in die m. E. durch SCHLUEP zu Unrecht herangezogenen unechten Motive der Unternehmenskonzentration kehre ich zur angestellten Betrachtung zurück, nämlich wie weit Unternehmenskonzentration gehen soll.

SCHLUEP geht nicht so weit wie mein Vetter E.V.H., der die Konzentrationsbewegung als blankes Streben nach Monopol und als Fehleinschätzung der Möglichkeiten ablehnt. SCHLUEP stützt sich auf den in der Literatur bekannten Begriff des Konzentrations-

optimums. Er verlangt, daß das Überschreiten dieses Optimums durch eine gesellschaftliche Kontrolle verhindert werden müsse (S. 248). Diese Forderung nach gesellschaftlicher Kontrolle ist gleichbedeutend mit einer gesetzlichen Regelung mit Bewilligungspflicht von Konzentrationsprojekten nach deutschem und amerikanischem Muster. Viele von Ihnen werden die eine oder die andere dieser beiden Regelungen in der Praxis schon zu spüren bekommen haben. In den USA ist das Anti-Trust-Denken – vielleicht nicht mit der gegenwärtig praktizierten Rigorosität – vertretbar. Die amerikanische Wirtschaft ist über weite Bereiche autark und die ausländische Konkurrenz kann nicht Fuß fassen, ganz anders als auf dem schweizerischen Markt, wo die Präsenz ausländischer Industrie jederzeit wirksam ist. Während dies in USA für einen Markt von 200 Millionen Menschen gilt, ist im deutschen Markt von nur 50 Millionen Einwohnern das Erzwingen echter Konkurrenzverhältnisse in allen Produktebereichen fragwürdig, da die deutschen Unternehmungen sich eben gegen die größeren amerikanischen Konkurrenten auch dann auf die Dauer behaupten müssen, wenn die Währungsrelationen auf dem heutigen Stande verbleiben. Gehen wir einen Schritt weiter zur schweizerischen Dimension, dann geht eine gesellschaftliche Kontrolle, wie SCHLUEP sie nennt, einfach an den Realitäten vorbei.

Nach welchen Gesichtspunkten man auch immer den von SCHLUEP verwendeten Begriff des Konzentrationsoptimums anwendet, so ist doch sicher, daß alle schweizerischen Unternehmungen mit ganz verschwindend wenigen Ausnahmen weit unter diesen optimalen Größen liegen. Dies gilt m. E. nicht nur für die typische Inlandindustrie, sondern gleichermaßen für die international tätigen schweizerischen Firmen, aber auch für die multinationalen Firmen mit schweizerischer Basis.

Somit fehlt in der Schweiz die Notwendigkeit zur Schaffung einer die Konzernbildung kontrollierenden Gesetzgebung. Es wäre auch falsch, unserem Kartell-Gesetz diese Funktion zuzuweisen, auch wenn SCHLUEP die Meinung vertritt, daß Konzentrationen «in unmittelbarer Nähe» der Anwendbarkeit von Art. 20, Abs. 1 und Art. 22, Abs. 1 des Kartellgesetzes stehen (S. 549), auch wenn die Kartellkommission bereits ihre Blicke in diese Richtung wendet.

5. Vor diesem Hintergrund ist SCHLUEPS Frage nach der Tragfähigkeit unseres Privatrechts für Konzernbildungen zu sehen. Dazu nur einige wenige Sätze. Die bestehende privatrechtliche Regelung, auf deren Boden sich schweizerische Konzerne entwickelten und entwickeln, hat sich bewährt. Eine zusätzliche besondere Konzern-Gesetzgebung, wie sie im Deutschen Aktien-Gesetz vom Jahre 1965 enthalten ist, ist unnötig. Unnötiges zu regeln entspricht nicht schweizerischer Auffassung. Herr Professor SCHLUEP, nur Wachstum kann Wohlstand bringen, schreiben Sie auf Seite 222. Ich gehe vollständig einig mit Ihnen. Tragen wir Sorge dazu, daß Gesetzgebung und Rechtsprechung diesem Wachstum nicht in der Sonne stehen, sonst werden wir von unserer weltweiten Konkurrenz in den Schatten gestellt.

PD Dr. ERIC HOMBURGER, Rechtsanwalt, Zürich:

SCHLUEP führt auf S. 248 seines Referates aus:

«Man muß vermuten, daß es ein Konzentrationsoptimum gibt, das nicht überschritten werden sollte. Berücksichtigt man überdies die allgemein gesellschaftspolitischen Auswirkungen der Konzentration, so drängt sich eine gesellschaftliche *Kontrolle* der Unternehmenskonzentration auf. Eine solche gemeinwohlbezogene *Gestaltung* des Konzentrations*prozesses* ist möglich.»

Das Postulat an sich wie auch die ohne Vorbehalt gemachte Aussage, seine Durchführung sei möglich, rufen nach einer ganzen Reihe von Fragen, deren Diskussion und Behandlung uns weit über den diesjährigen Juristentag hinaus beschäftigen wird. Für heute gehe ich einmal davon aus, das im Grunde ja wirtschaftspolitische Postulat sei richtig. Dann stellt sich sofort die Frage, welche Mittel das *geltende* Recht zu seiner Verwirklichung biete, wie wirksam insbesondere das geltende *Zivil-* und *Gesellschaftsrecht* zur *Beeinflussung* des Konzentrationsprozesses eingesetzt werden könne. In Abwandlung unseres heutigen Generalthemas kann formuliert werden: «Das geltende Privatrecht und die Problematik des Konzentrationsprozesses.»

SCHLUEP postuliert allgemein, daß «bei gleicher Ergiebigkeit verschiedener Konzentrationsformen die Rechtsordnung grundsätzlich und aller Regel nach in favorem der loseren und rever-

sibleren Alternative zu deuten ist» (S. 249). Nun wird aber der Richter bei Anwendung des geltenden Zivil- und Gesellschaftsrechtes kaum je in die Lage kommen, entscheidungsmäßig, also für die Beteiligten verbindlich, zwischen zwei möglichen Konzentrationsformen zu wählen. Die richterlichen Entscheidungen werden sich auf Einzelaspekte bestimmter zur Kooperation oder Konzentration verwendbarer Rechtsformen beschränken; damit wird zwar deren Verwendbarkeit erleichtert oder erschwert, aber nicht die Wahl zwischen verschiedenen möglichen Rechtsformen verbindlich getroffen.

Eine *direkte* Konfrontation des Richters mit der Frage «Konzentration ja oder nein?» wäre theoretisch etwa möglich beim Entscheid über eine Anfechtungsklage nach Art. 706 OR gegen den Fusionsbeschluß der Generalversammlung. Es erscheint aber sehr zweifelhaft, ob nach geltendem Recht die behauptete Überschreitung des Konzentrationsoptimums überhaupt Anfechtungsgrund bilden könnte.

Zum spezifischen Problem der zulässigen Dauer von Kooperationsverträgen eine kurze Bemerkung:

Die im Referat SCHLUEP übernommene Auffassung, Art. 13, Abs. 2 KG «schraube vertragliche oder statutarische Kündigungs- und Austrittsfristen auf das Genossenschaftsrechtsmaß zurück», erscheint mir nicht ohne weiteres hieb- und stichfest. Art. 13, Abs. 2 schließt die *«übermäßige* Erschwerung» der Beendigung der Kartellverpflichtung aus und läßt damit, doch wohl bewußt, dem Ermessen des Richters im einzelnen Fall breiten Raum. Es ist nicht einzusehen, wieso dieses Ermessen durch Verweis auf Art. 843 OR eingeschränkt werden soll, zumal die Expertenkommission eine solche Lösung ausdrücklich abgelehnt hat (Exp. K. II, S. 38: ZSCHOKKE, *334,* S. 20). Entspricht übrigens die Stellungnahme SCHLUEPS zu Gunsten einer absoluten Fünfjahresfrist für Kooperationsverträge seinem Leitsatz «in favorem der loseren und reversibleren Regelung»? Ich glaube kaum, da, wie im Referat zutreffend gesagt, damit «Kooperationen in Gestalt der einfachen Gesellschaft und der GmbH ein wichtiges Mittel der Vinkulierung der Kooperation entzogen wird».

Wie das Referat SCHLUEP deutlich macht, gibt es eine Fülle

privatrechtlicher Einzelfragen, deren Entscheidung indirekt Kooperation erleichtert oder erschwert. Gesamthaft gesehen darf aber die Kraft des geltenden Zivil- und Gesellschaftsrechts, den Konzentrationsprozeß «gemeinwohlbezogen zu *gestalten*», nicht überschätzt werden.

Sind die zivilrechtlichen Bestimmungen des KG in dieser Hinsicht «kräftiger»? Wenn wir uns daran erinnern, daß hier die Frage der Beeinflussung des Konzentrations*prozesses* (und nicht das Verhalten schon konzentrierter Unternehmen) in Frage steht, so wird die Antwort negativ ausfallen.

Ich gehe mit SCHLUEP einig, daß der *«Vorgang»* der Fusionierung oder Konzernierung grundsätzlich nicht vom KG erfaßt wird. Ob die von einer kartellähnlichen Organisation vorgenommene Fusion unter Umständen Vorkehr im Sinne des Art. 4 KG sein könne, erscheint zweifelhaft. Die Frage könnte nur bejaht werden, wenn die Fusion selber und nicht das Verhalten der daraus entstehenden Gesellschaft als Maßnahme zur Wettbewerbsbehinderung Dritter erscheint. Es stellt sich uns hier bei der Anwendung des KG ein ähnliches Problem wie bei Anwendung des Art. 86 EWG im Falle Continental Can; nämlich ob unter einem Gesetz, das Marktmacht an sich zuläßt, die Erweiterung bestehender Marktmacht durch Fusion als mißbräuchliche Ausnützung solcher Macht qualifiziert werden könne. Dabei ist beim KG zu beachten, daß es im zivilrechtlichen Teil den spezifischen Tatbestand der *Vorkehr* formuliert, der enger ist als der Begriff «mißbräuchliche Ausnützung» im Art. 86.

So darf also auch von den zivilrechtlichen Bestimmungen des KG bei der «gemeinwohlbezogenen Gestaltung des Konzentrationsprozesses» nur ein bescheidener Beitrag erwartet werden. Das Schwergewicht solcher Gestaltung wird, *de lege lata,* auf den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des KG liegen müssen. *De lege ferenda* wird zu prüfen sein, ob das zivilrechtliche und allenfalls auch das öffentlichrechtliche Instrumentarium erweitert bzw. verstärkt werden müsse und könne. Hier wird u. a. ein Brückenschlag zwischen den beiden Referaten in dem Sinne erforderlich, daß das schweizerische «Droit des groupes de sociétés» nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Aktionärinteressen und

der Gläubigerinteressen, sondern auch unter dem Gesichtspunkt seiner «Konzentrationsrelevanz» untersucht werden muß.

Abschließend eine allgemeine Bemerkung:

Ich bezweifle, daß die gemeinwohlbezogene Gestaltung des Konzentrations*prozesses* sich auf der Grundlage eines so allgemein formulierten Leitsatzes wie dem von SCHLUEP wird leisten lassen. Zumal in einem kleinen Land wie der Schweiz mit sehr mannigfaltiger Wirtschaft und intensiven Auslandbeziehungen wird das Problem stark differenzierend angegangen werden müssen. Indessen scheint mir am Leitsatz SCHLUEPS wichtig und beherzigenswert die Erkenntnis, daß die Förderung und normative Begünstigung der *Kooperation* u.a. ein Mittel zur gemeinwohlbezogenen Gestaltung, d.h. zur Bremsung, des Konzentrationsprozesses sein kann. Mit andern Worten: Domestizierung privater wirtschaftlicher Macht verlangt im Bereich der *Kooperation* und damit des Kartellrechts im engeren Sinne unter Umständen andere und sogar gegenläufige Maßnahmen als im Bereich der *Konzentration.*

Wird die Notwendigkeit der Differenzierung zwischen «Kooperationsrecht» und «Konzentrationsrecht» anerkannt, stellt sich der Rechtswissenschaft die Aufgabe, die Grenze zwischen Kooperation und Konzentration systematisch und terminologisch zu erfassen.

M. le professeur LOUIS DALLÈVES, rapporteur de langue française (intervention finale):

L'heure avancée m'incite à être bref. La discussion a révélé, me semble-t-il, certaines oppositions que l'on retrouve dans la littérature entre d'une part ceux que j'appellerais les «économistes» et, de l'autre, les juristes.

Les économistes nous disent qu'un droit des groupes n'est pas nécessaire. Selon eux, tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes. Les «Konzern» ne donnent pas lieu à des abus et, par conséquent, il n'y a pas de raison d'intervenir. M. IMMENGA a remarqué très judicieusement à ce propos que ce calme est trompeur et que, si tout va bien aujourd'hui, c'est peut-être dû au fait que beaucoup de litiges se résolvent par arbitrage et que les mi-

norités sont souvent ignorantes de leurs droits. En outre, il est constant que dans une période de grande prospérité, les abus apparaissent moins facilement, les litiges se réglant à l'amiable. Mais c'est le devoir du juriste de prévoir d'autres circonstances. Il est possible que, si la prospérité venait à diminuer, le besoin d'un droit des groupes se ferait plus pressant. Le juriste, en tous cas, ne peut se sentir à l'aise dans une situation où la réalité économique n'est plus couverte par les règles de droit. Cela nécessite à mon avis que des démarches soient entreprises sur le plan législatif. Je ne pense pas que la situation que nous connaissons puisse trouver des solutions satisfaisantes dans les règles traditionnelles. Et, ici, je ne peux absolument pas partager l'avis de quelques-uns des préopinants. Je vois le groupe comme un tout organique. Par conséquent, la mesure qui favorise une des filiales au détriment d'une autre n'est pas nécessairement une mesure abusive. Comme dans un corps organique, cette mesure peut être bonne pour l'ensemble et donc aussi, à longue échéance, pour la société qu'on croit lésée à première vue. Par conséquent, l'application des règles classiques sur l'abus ou sur l'égalité de traitement des actionnaires ne conduit pas à un résultat satisfaisant. Contrairement à ce qu'a dit mon collègue HIRSCH tout à l'heure, je crois que la situation de la société membre d'un groupe est profondément différente de celle que l'on rencontre dans une société isolée. Dans une société isolée, on peut véritablement parler d'abus lorsqu'un actionnaire détourne à son profit les biens sociaux ou épuise la société au détriment des minoritaires. Si cela se produit, on peut y remédier par une application stricte des règles prévues par la loi pour la protection des minorités. Ce n'est pas parce que la jurisprudence actuelle est peu favorable aux minorités que l'on doit conclure que ces moyens ne sont pas appropriés. Il semble qu'un effort des Tribunaux pourrait corriger la situation. En droit des groupes, au contraire, les moyens habituels échouent et il faut imaginer d'autres règles.

Quelles sont maintenant les propositions à faire pour un droit des groupes? Il y a eu aujourd'hui des suggestions extrêmement intéressantes, qui mériteraient d'être étudiées. Mais si je crois qu'il est opportun de légiférer en matière de droit des groupes de sociétés, une autre question est de savoir quand et comment il

faut le faire. Des réformes du droit des sociétés sont à l'étude dans des pays voisins et sur le plan européen. Cette évolution doit être suivie de près, de sorte que la Suisse soit en mesure, le moment venu, d'adopter une position en harmonie avec celle des autres législations et conformes à ses besoins particuliers.

Et j'aimerais citer à ce propos le grand juriste français RODIÈRE, qui aimait à dire qu'il ne croyait ni à la force des règles surannées ni à la vertu des règles improvisées.

Prof. Dr. WALTER R. SCHLUEP, Berichterstatter in deutscher Sprache (Schlußwort):

Ich glaube, ich kann mich kurz fassen. Die Diskussion hat gezeigt, daß zwei grundsätzlich verschiedene Auffassungen herrschen. Die eine habe ich im gedruckten Bericht und heute im mündlichen Referat vertreten: Sie läuft darauf hinaus, daß man das Konzentrationsgeschehen als Jurist nicht aus dem Griff geben darf. Damit ist man noch keineswegs ein Konzentrationsgegner. Ich verlange kein neues Gesetz, sondern ganz einfach, daß man Art. 22 des Kartellgesetzes angesichts der aufgezeichneten Entwicklungen nötigenfalls heranzieht. Art. 22 fordert nämlich von der Kartellkommission, positive und negative Wirkungen des wirtschaftlichen Geschehens, also auch der Konzentration, zu würdigen.

Die andere Auffassung ist von den Vertretern der Industrie geäußert worden. Sie treten dafür ein, die Konzentration zumal der schweizerischen Industrie liege bei den heutigen Gegebenheiten per se auch im Gesamtinteresse. Sollte das zutreffen, so verstehe ich nicht recht, weshalb man sich gegen eine Überwachung im Sinne gerade der Wahrung des Gemeinwohls zur Wehr setzt. Wenn nämlich wirklich die Konzentration die einzige Rettung ist, dann werden wir in der Kartellkommission auch in der Lage sein, das festzustellen. Und wenn wir es festgestellt haben, so werden wir angesichts des Art. 22 des Kartellgesetzes nicht zögern, der Konzentration ihren Lauf zu lassen. Aber es scheint mir, daß die Dinge keineswegs so eindeutig und klar liegen, wie das heute in der Gegenmeinung zum Ausdruck gekommen ist. Zwar hat es mich sehr beeindruckt, daß der Vertreter der Exportwirtschaft unauf-

haltsam darauf hingewiesen hat, in der Exportindustrie werde die zureichende Unternehmensgröße durch den internationalen Wettbewerb bestimmt. Man hört das immer wieder: Die Schweiz sei keine Insel, auf der man ohne Bezug auf das Ausland eine Eidgenössische Kulturlandschaft pflegen dürfe. Dem muß man ohne weiteres beipflichten. Schwierig wird es erst, wenn unter dem Titel «Erhaltung der internationalen Wettbewerbskraft» der Wettbewerb im Inland nach und nach ausgeschaltet wird. Ich meine, niemand in der Schweiz wäre glücklich, wenn die Erfordernisse des internationalen Wettbewerbs zur Zusammenfassung unserer Wirtschaft in ein paar Großunternehmungen zwingen würden. Eine Wirtschaftsverfassung der Freiheit läßt sich eben nur bewahren, wenn man Überbordungen vermeidet. Dazu brauchen wir kein neues Gesetz; unser Kartellgesetz bietet vorderhand durchaus die Möglichkeit, die Dinge im Griff zu behalten.

Nochmals ein Wort zum Konzentrationsoptimum. Ich gehe mit den Votanten einig, daß es sich hier nicht um ein Patentrezept handelt. Und trotzdem halte ich es als Leitlinie, als generelle Marschrichtung, für nützlich. Die Konkretisierung im einzelnen kann sicher nicht der Zivilrichter etwa im Rahmen eines Anfechtungsprozesses nach Art. 706 OR übernehmen. Hier pflichte ich Herrn HOMBURGER bei. Nötig ist vielmehr der Einsatz aller hier Anwesenden und darüber hinaus eines umfassenden Kreises sachkundiger und verantwortlicher Bürger. Aber es gibt doch auch bei der Rechtsanwendung durch den Richter im Gesellschaftsrecht und im Kartellrecht manche Frage, die man so oder anders beantworten kann. In solchen Fällen mag die im Bericht angetönte Direktive, man solle nach Möglichkeit nicht zugunsten petrifizierender Ergebnisse entscheiden, doch gute Dienste leisten. Aber es handelt sich in der Tat um einen bloßen «Standard», um eine Direktive, also nicht um ein unmittelbar justiziables Prinzip. Herr Kollege HOMBURGER macht im übrigen noch darauf aufmerksam, daß das private Kartellrecht nicht zur Domestizierung der Konzentrationsvorgänge herangezogen werden kann. Das ist richtig, wenn man einen Sachverhalt vor Augen hält, wie er jüngst der bekannten Entscheidung Continental Can zugrunde lag. Ich dachte indessen nicht an solche Sachverhalte, sondern an den gar nicht

so seltenen Fall, daß eine marktmächtige Unternehmung eine andere zur Fusion zwingt. Dann aber handelt es sich, so meine ich, um eine Vorkehr im Sinne des Art. 4.

Ich freue mich, daß Sie die aufgeworfenen Fragen – wenn auch leider weniger die rechtlichen als die wirtschaftlichen – so engagiert diskutiert haben. Und überdies freue ich mich jetzt mit Ihnen auf das Mittagessen.

* * *

Der Präsident schließt die Sitzung vom Samstag um 13 Uhr.

Sitzung vom Sonntag, den 9. September 1973
in der Aula der Universität Basel

Präsident
Prof. Dr. KURT EICHENBERGER, Basel/Arlesheim

Die Sitzung wird um 9.00 Uhr eröffnet. Zur Behandlung gelangen die verbleibenden Verwaltungsgeschäfte gemäß Traktandenliste.

X.

Ein besonderer Bericht der Forschungskommission entfällt; das Erforderliche ist im Bericht des Vereinspräsidenten vom Samstag bereits angebracht worden.

Es folgt die Wiederwahl der Forschungskommission. Bestätigt werden

als Mitglieder:
- Prof. VITAL SCHWANDER, Bundesrichter, als Präsident
- Prof. RICHARD BÄUMLIN, Bern
- Prof. P. CARONI, Bern
- Prof. P. LALIVE, Genf
- Prof. A. MEIER-HAYOZ, Zürich

und als Ersatzmänner:
- Prof. B. DUTOIT, Lausanne
- Prof. J. G. FUCHS, Basel
- Prof. R. JEANPRÊTRE, Neuenburg.

XI.

Die *Neuwahl des Vorstandes* für die Amtsperiode 1973/76 ergibt folgende Resultate:

Wiedergewählt werden
- Me René Helg, Advokat, Genf, bisher Vizepräsident
- Prof. Hans Marti, Bern
- Prof. Emil Stark, Winterthur
- Dr. S. Crespi, Bellinzona
- Prof. A. Troller, Luzern.

Für die aus dem Vorstand zurücktretenden Herren Prof. K. Eichenberger, Vereinspräsident, und Prof. P. Cavin, Bundesrichter, werden neu gewählt:
- Prof. H. Zwahlen, Bundesrichter, Lausanne
- Prof. F. Gygi, Bern.

Als neuer Vereinspräsident für die Amtsperiode 1973/76 wird von der Versammlung einhellig der bisherige Vizepräsident Me René Helg, ehemaliger Staatsrat des Kantons Genf und heute Advokat, gewählt.

Der abtretende Präsident gratuliert Me Helg zu seiner ehrenvollen Wahl herzlich und wünscht ihm eine schöne und fruchtbare Präsidiumszeit. Er dankt den Mitgliedern des Vorstandes für die Weiterführung oder Neuübernahme ihrer Vorstandsaufgaben und verbindet damit an die Adresse der bisherigen Vorstandsmitglieder, insbesondere auch an den vorzeitig ausscheidenden Bundesrichter Cavin, seinen verbindlichsten Dank für die loyale und kollegiale Zusammenarbeit im Schoße des Vorstandes. Er richtet seinen Dank auch an den pflichtbewußten und treuen Archivar, a. Kanzleivorsteher Ernst Signer, der in unermüdlichem Einsatz viele administrative Obliegenheiten betreut.

Der neu gewählte Präsident, Me Helg, dankt seinerseits der Versammlung für die Wahl und dem abtretenden Präsidenten, Prof. K. Eichenberger, für dessen große Verdienste um den Schweizerischen Juristenverein.

XII.

Bei der Bestimmung des *Tagungsorts* für den Juristentag des Jahres 1974 erbringt Dr. S. CRESPI, Mitglied des Vorstands des Schweizerischen Juristenvereins, die Einladung zur Abhaltung des Juristentags in Locarno (11.–13. Oktober 1974). Die Versammlung stimmt dem Vorschlag mit Applaus zu.

XIII.

Herr Bundesrat Dr. KURT FURGLER, Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, hat am Samstag die Eidgenossenschaft bei den Feierlichkeiten im Fürstentum Liechtenstein vertreten müssen. Er richtet nunmehr das Wort an die Versammlung:

Der Staat weitet seinen Aufgabenkreis aus, greift immer stärker in die Lebensbeziehungen der Bürger ein und wird augenfällig gestaltende Kraft in der Gesellschaft. Die Rechtswissenschaft hat aus diesem Grund seit längerer Zeit auf Wandlungen in der Industriegesellschaft hingewiesen, die das Recht im materiellen und formellen Sinn sowie die Staatsstruktur verändern. *Die Präsenz des Staates ist umfassend.* Sein Wirkungsbereich hat sich verstärkt, seine Kompetenzen sind gewachsen, seine Macht ist größer geworden. Das objektive Recht ist heute weit mehr als ein statischer Komplex von Normen zur Abgrenzung von Willenssphären, zur Garantie individueller Entfaltungsmöglichkeiten in einem auf Ruhe und friedliches Zusammenleben gerichteten Ordnungsgefüge. Es ist zum Instrument und Träger der gesellschaftspolitischen Dynamik geworden. Daß der Staat die Nutzung des Bodens ordne, die Umwelt schütze, den gigantischen Verkehr mit Norm und Bau bewältige, daß er Wissenschaft und Bildung nicht nur ermögliche, sondern auch hervorbringe und auf hohem Niveau halte, die Wirtschaft hege und diszipliniere und jedermann eine menschenwürdige Existenz sichere – das und anderes mehr wird ihm wie selbstverständlich zugemutet. Ob es ihm gelinge oder nicht, wird nicht in Frage gestellt. Erwartet wird das Perfekte; die hohe Entwick-

lungsstufe von Wirtschaft und Technik ist Maßstab für die staatliche Aktivität.

Das *materielle Recht* vermochte, hauptsächlich als Verwaltungsrecht, bisher mit der rasanten sozialen Entwicklung relativ gut Schritt zu halten. Aber es besteht die Gefahr einer «Gesetzesinflation». Zuviele detaillierte, auf konkrete Nützlichkeitsziele ausgerichtete, situationsbedingte Regeln werden in Bund und Kantonen gefordert, jedoch zuwenig wahrhafte Gesetze, Normen, die sich als tragende Ordnungselemente durchsetzen und bewähren. Form und Verfahren der Rechtsetzung müssen den beschleunigten sozialen Veränderungen mit ihrem gesteigerten Bedarf an Planung, Lenkung, Förderung und Hemmung angepaßt werden. Verbesserung der Arbeitsmethode genügt jedoch nicht. Besinnung auf das Wesentliche, Verzicht auf Unwesentliches, Verzicht auf nur Wünschbares, aber nicht Notwendiges ist das Gebot der Stunde. Non multa, sed multum! Auf diese Weise soll das Absinken des Gesetzes zur kurzlebigen Maßnahme verhindert werden. Gesellschaftliche Mobilität und ökonomische Dynamik sind nur Randbedingungen des heutigen Rechtsstoffes. Unbestreitbar *ist es aber unserem Staat bisher im großen und ganzen gelungen, den mit der beschleunigten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung verbundenen Bedarf an Lösungen der immer zahlreicheren Probleme mittels rechtlicher Vorkehren zu decken.* Daß dabei – mangels anderer Instrumente im ordentlichen Recht – auch «Notrecht» zur Lösung dringlicher konjunkturpolitischer Fragen in Anspruch genommen werden mußte, sei nur am Rande erwähnt. Modernes Führen ruft nach einem Ausbau der Führungsinstrumente. Diese sollen im neuen Verfassungsartikel über die Konjunkturpolitik verankert werden.

Auch das von der raschen Entwicklung miterfaßte *Organisationsrecht niedererer Stufe* vermochte dank der Errichtung neuer Organisationseinheiten, dank neuer Umschreibung von Aufgabenbereichen und Zuständigkeiten *dem steigenden Leistungsdruck standzuhalten.* Da aber dieser Druck rascher zunimmt als die Entwicklung der Organisation, wirkt der schweizerische Wohlfahrtsstaat der Gegenwart oft schwerfällig. Er ist für den Bürger nur mit Mühe überblickbar. Die Leistungsfähigkeit des Staates ist zwar,

verglichen mit ausländischen Beispielen, immer noch außerordentlich hoch. Aber eine zunehmende Gefährdung ist unverkennbar.

Die Rechtslehre hat schon vor Jahren darauf hingewiesen, daß *die verfassungsrechtliche Ordnung* mit dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandel nicht Schritt gehalten habe und *der Wirklichkeit in weitem Maße entrückt sei.* Institutionelle Reformen seien unerläßlich. Verfassungsrecht und soziale Struktur seien wieder in ein wirklichkeitsnahes Verhältnis zu bringen. Die Strahlungskraft der Verfassung, ihre gestaltende Wirkung auf die Rechtsordnung schlechthin wird geschwächt, wenn geschriebenes Grundgesetz und Rechtsüberzeugung des Volkes nicht mehr im Einklang stehen (Verfassung des Staates/«Verfassung» des Volkes). Die Frage, wie gesund unsere verfassungsrechtliche Ordnung noch sei, wird immer häufiger und immer öfter mit einem Unterton der Besorgnis gestellt. Die Stimmbeteiligung ist rückläufig. Man spricht gelegentlich von einem Graben zwischen Volk und Behörden. Politische Außenseitergruppen verzeichnen beträchtliche Erfolge. Selbst jene vereinzelten Kreise, die in ihren extremsten Forderungen jeglichen Gleichschritt mit der bestehenden Ordnung rundweg ablehnen, vermögen eine Publizität zu erzeugen, die man noch vor wenigen Jahren für unmöglich gehalten hätte.

Schweizerische Reformer stoßen unvermittelt auf einen Problemkomplex, der seine Aktualität seit 1830 nie eingebüßt, nur gewandelt hat: *die Demokratie als Aufgabe, die sich jeder Generation neu stellt.* Ist unsere heutige Demokratie mit ihrem komplizierten Führungs- und Entscheidungsmechanismus den heutigen Anforderungen noch gewachsen? Ist die *Demokratie schweizerischer Prägung,* in welcher der einzelne Bürger gefragt werden *muß* und mitentscheidet, nicht gelegentlich ein Hemmnis für die rasche und zweckmäßige Lösung wichtiger Aufgaben? Widerspricht dieses System nicht der Forderung nach einer starken politischen Führung? Ist der einzelne in vielen Sachfragen nicht überfordert? Entscheidet er nicht häufig nach emotionalen anstatt nach rationalen Motiven und wird seine Meinung nicht in manchen Fällen von Interessengruppen manipuliert? Die Rücksichtnahme auf das Referendum verhindere in vielen Fällen eine großzügige und zukunftsweisende Lösung dringender Probleme; politische Taktik trete an

die Stelle materieller Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit, wird von Kritikern der direkten Demokratie behauptet.

Gewiß, auch unsere gegenwärtige demokratische Rechtsordnung ist in manchen Punkten reformbedürftig. Die schlechthin ideale Demokratie gibt es ohnehin nur in der Theorie. Es bedeutet ja gerade einen entscheidenden Vorzug der demokratischen Staatsidee, daß sie nicht auf einen utopischen, noch zu schaffenden Menschen ausgerichtet ist, sondern daß sie eine politische Lebensform begründet, welche den Menschen, so wie er tatsächlich ist, in den Mittelpunkt stellt. Sie nimmt den Menschen wegen seiner Vorzüge und trotz seiner Unzulänglichkeiten ernst und läßt ihn soweit als möglich an der politischen Willensbildung teilhaben. Das gemeinsame Wohl wird angestrebt.

Die verfassungsrechtliche Ordnung der Demokratie trägt diesem Sachverhalt Rechnung, indem sie grundsätzlich offen und korrigierbar ist. Sie sucht die politische Wahrheit im Dialog und im offenen Wettstreit von Ideen und Methoden. Sie muß deshalb notgedrungen sehr oft pragmatisch bleiben, ohne indes auf klare Zielvorstellungen verzichten zu können, braucht den Kompromiß und findet Genüge in der Zustimmung und Einigung. Unser Willensbildungsprozeß, den die Soziologen als einen Mechanismus permanenter Konsenstests oder ununterbrochener Rückkoppelungsprozesse bezeichnen, ist nicht selten mühsam und langwierig, weil er letztlich nicht den sachlich besten, sondern den genehmen, durch legitime Organe geprägten Staatsakt hervorbringen muß. Von der Tribüne des unbeteiligten Beobachters aus betrachtet sieht er vielleicht nicht immer gut aus; er stellt aber das einzige bisher bekannte System dar, das die Kontrolle der Macht und die Eliminierung des Machtmißbrauchs einigermaßen garantiert und damit eine freie und menschenwürdige Gesellschaft ermöglicht. Dennoch müssen wir die Herausforderung an unsere demokratischen Einrichtungen klar erkennen und alle Anstrengungen darauf richten, die Leistungsfähigkeit der staatlichen Gemeinschaft zu verbessern und gleichzeitig das Höchstmaß an freiheitlichen Spielregeln zu gewährleisten, kurz rechtsstaatliche Demokratie und Leistungsstaat sinnvoll miteinander zu verbinden.

Was den *verfassungsmäßigen Unterbau* betrifft, ist die schon seit

einigen Jahren im Gang befindliche Überprüfung durch die kürzliche Veröffentlichung des Schlußberichts der Arbeitsgruppe WAHLEN in der ersten Phase abgeschlossen worden. Die Arbeitsgruppe äußert sich in ihrem Schlußbericht ausführlich zu den Voraussetzungen einer Totalrevision, legt die Strukturelemente einer künftigen Bundesverfassung dar und setzt sich mit der aktuellen Revisionsproblematik auseinander. Gleichzeitig empfiehlt sie dem Bundesrat die Fortführung der Revisionsarbeiten durch Ernennung einer großen Expertenkommission, der die Aufgabe zufallen soll, einen konkreten Verfassungsentwurf auszuarbeiten. Der Bundesrat hat mittlerweile in diesem Sinn Beschluß gefaßt und das Justiz- und Polizeidepartement ermächtigt, die zweite Revisionsphase einzuleiten.

Seit Frühjahr 1973 sind die Herren Prof. O. K. KAUFMANN, Prof. K. EICHENBERGER, Prof. CH. A. MORAND sowie Fürsprecher S. BURKHARDT (Justizabteilung) im Auftrag des Justiz- und Polizeidepartements und in enger Zusammenarbeit mit diesem mit der Ausarbeitung eines Vorentwurfs beschäftigt, der bis zum Frühjahr 1974 vorliegen soll. Die große Expertenkommission wird in wenigen Wochen ernannt. Ihre erste Aufgabe wird die Kenntnisnahme und Verarbeitung des Schlußberichts WAHLEN sein. Hernach folgt die Prüfung des Vorentwurfs zu einer neuen Bundesverfassung sowie Bericht und Antrag an den Bundesrat.

Dieser Tage wird sich die Gründung unseres Bundesstaates und damit die Schaffung der ersten Bundesverfassung zum 125. Mal jähren. Der Bundesrat betrachtet diesen Anlaß nicht nur als glücklichen Zufall, sondern möchte ihn als gutes Omen für die Weiterführung der Revisionsarbeiten werten.

Wir stehen heute vor einigen Erscheinungen des gesellschaftlichen Lebens, die mit unseren demokratischen Institutionen wenig, mit unserer *Einstellung zur Demokratie* sehr viel zu tun haben. In der starken Veränderung des geistigen Klimas haben viele von uns verlernt, miteinander zu diskutieren; die Bereitschaft, dem Andersdenkenden wirklich zuzuhören, scheint abzunehmen. Dabei läßt sich eine demokratische Gesellschaftsordnung weder mit einer schweigenden Mehrheit noch mit einer lautstarken Minderheit aufrechterhalten. Wir müssen vielmehr unablässig jene zur Gestaltung

einer besseren Zukunft fähige Mitte suchen, wo man nicht einfach beim Alten verharrt, sondern dafür sorgt, daß eine ständige Fortbildung unserer menschlichen Beziehungen und Einrichtungen erfolgt. Das gilt ganz besonders im *Verhältnis zu unsern jungen Menschen.* Auf der legitimen Suche nach ihrem Weg und ihrem Platz in der Gesellschaft stößt die Jugend heute auf ein Hindernis, das ihr die Identifikation mit unserem sozialen System und die Integration ins politische Leben ungleich schwerer macht als früheren Generationen, nämlich die Orientierungslosigkeit vieler Erwachsener. Wenn wir unsere Demokratie, die sich bei der Bewältigung so mancher Probleme bewährt hat, unserer Jugend als eine die Freiheit und Gleichheit bewahrende Institution vermitteln wollen, müssen wir ihr zeigen, zu welchen Leistungen in allen Belangen des menschlichen Lebens, ihre eigenen Probleme eingeschlossen, auch diese Jugend fähig ist. Dabei wird von keiner Generation Perfektionismus in den Lösungen verlangt, aber vorbehaltloses Engagement gegenüber den drängenden Problemen der Zeit.

Wachsenden Zweifeln und zunehmender Kritik ist nicht nur die Demokratie in ihrer derzeitigen Struktur, sondern auch der *föderalistische Aufbau unseres Staates* ausgesetzt. Die Verteilung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten auf drei Ebenen – Bund, Kantone und Gemeinden – wird besonders in der jüngeren Generation häufig als unzeitgemäß empfunden und als Ursache für Doppelspurigkeiten und Fehlentwicklungen bei der Erfüllung der heutigen Aufgaben betrachtet. Falsch verstandener Föderalismus verhindere die zielbewußte Lösung großer Aufgaben, bereite Koordinationsschwierigkeiten und führe auf schwerfälligen Wegen zu kostspieligen Ergebnissen. Die Kantone ihrerseits befürchten, immer mehr zu reinen Verwaltungsbezirken und Vollzugsorganen des Bundes ohne echte hoheitliche Aufgaben abzusinken.

Unbestreitbar hat die politische Entwicklung der letzten Jahre zu einem Substanzverlust der Kantone geführt. Die bisherigen Ergebnisse des kooperativen Föderalismus sind zwar vielversprechend, aber noch ausbaubedürftig. Reformen im Sinne einer *Neuverteilung der Ordnungs-, Leistungs- und Steuerkompetenzen zwischen Bund und Kantonen* sind daher ein weiteres dringendes Gebot unserer Zeit und auf verschiedenen Stufen auch bereits an die Hand

genommen. Mit dem Verhältnis von Bund und Kantonen setzt sich seit einem halben Jahr eine Arbeitsgruppe des Justiz- und Polizeidepartements auseinander. Sie hat in enger Zusammenarbeit mit dem Finanz- und Zolldepartement einerseits bei den eidgenössischen Departementen und einer Auswahl Testkantone eine breit angelegte Erhebung durchzuführen, die es erlaubt, ein lückenloses und umfassendes Inventar der gegenwärtigen Kompetenzen des Bundes und der Kantone zu erstellen, und andererseits auf der Grundlage dieses Inventars ein Modell für die künftige Verteilung der öffentlichen Aufgaben, Lasten und Einnahmequellen auf Bund und Kantone zu entwickeln sowie für einzelne vordringliche Aufgaben konkrete Lösungen zu unterbreiten. Das Verhältnis von Bund und Kantonen wird auch im Schlußbericht der Arbeitsgruppe WAHLEN ausführlich behandelt. Die Arbeitsgruppe hat sich besonders intensiv mit dem Problem befaßt, wie das föderalistische System mit den Bedürfnissen der Zeit auf einen Nenner gebracht werden könne.

Schließlich wird unsere Rechtsordnung immer stärker beeinflußt durch *die zunehmende Integration unseres Landes in die Weltpolitik und Weltwirtschaft*. Die Mitgliedschaft im GATT und in der EFTA und vor allem der Vertrag mit der EWG haben den transnationalen Charakter der zu lösenden Probleme besonders offenkundig werden lassen. Die Konjunkturschwankungen der letzten zehn Jahre und die Währungsunruhen der jüngsten Zeit haben uns die internationalen Abhängigkeiten zumindest auf wirtschaftlichem Gebiet eindrücklich vor Augen geführt. Trotzdem neigen manche noch immer dazu, unser Land als einen ruhenden Pol im Spannungsfeld der Weltereignisse zu betrachten. In Tat und Wahrheit steht jedoch fest, daß der Spielraum für unsere politischen und wirtschaftlichen Entscheide nicht von uns allein bestimmt wird. In vielen Fällen werden diese von globalen oder doch kontinentalen Entwicklungen mitbestimmt und sind nationaler Beeinflussung nur noch teilweise zugänglich. Man vergegenwärtige sich beispielsweise die Entwicklung des Gesellschaftsrechts im internationalen Bereich und seine Auswirkung auf unser Aktienrecht oder die Versuche zu einer internationalen Abstimmung der nationalen Rechtsordnungen im Gebiet der Raumordnung, des Um-

weltschutzes usw. Grenzüberschreitende Tatbestände erfordern auch grenzüberschreitende Rechtsnormen. Internationalisierung der unternehmerischen Tätigkeiten einerseits, verstärktes internationales Solidaritätsgefühl andererseits finden ihren Niederschlag im internationalen oder nationalen Recht. Inwieweit unsere Auffassung vom Kleinstaat Schweiz solchen Anforderungen standzuhalten vermag, können wir nicht einfach der Zukunft überlassen. Wir sind aufgerufen, die Probleme der Gegenwart zu meistern und die Zukunft vorzubereiten.

Im Rahmen dieser umfassenden Verpflichtung hat der Bundesrat durch den von Ihrem Präsidenten, Herrn Prof. EICHENBERGER, bereits erwähnten Beschluß über die *Errichtung eines schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung* einen für die Rechtsuchenden wichtigen Grundsatzentscheid getroffen. Er bringt damit zum Ausdruck, welch bedeutenden Stellenwert er einer systematisch betriebenen Rechtsvergleichung beimißt. Noch sind nicht alle Fragen, die die Errichtung eines solchen Instituts aufwirft, wie beispielsweise Sitz, Form der Zusammenarbeit mit dem Bund und im internationalen Bereich, beantwortet. Mit der Schaffung eines schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung wird jedoch sowohl der Wissenschaft wie der Praxis, der Regierung wie dem Parlament ein wirksames Arbeitsinstrument in die Hand gegeben. Aber auch die Wirtschaft gehört zu den Nutznießern. Im Zeitalter enger wirtschaftlicher und rechtlicher Verflechtung, multinationaler Gesellschaften und zunehmender Harmonisierung der Wirtschaftsgesetzgebung unter den Staaten wird sie aus der vertieften Kenntnis rechtlicher Gegebenheiten profitieren. Unser Kleinstaat Schweiz kann gerade bei der Ausgestaltung des europäischen Rechts einen wesentlichen Beitrag leisten. Ich versichere Ihnen meine feste Entschlossenheit – womit ich schließen will – alles daran zu setzen, um das Projekt so rasch wie möglich seiner Verwirklichung entgegenzuführen.

XIV.

Der Präsident eröffnet die Diskussion über das öffentlich-rechtliche Thema des diesjährigen Juristentages:

Die Problematik von *Sozialrechten* oder *sozialen Grundrechten* ist uns allen gegenwärtig gemacht worden bei der diesjährigen Volksabstimmung über neue Verfassungsbestimmungen betreffend das Bildungswesen. Das Thema der sozialen Grundrechte ist freilich schon seit längerer Zeit im Lande, und es wird es noch lange bleiben. Geschrieben zum Thema ist einiges, gesprochen noch mehr, aber die umfassende wissenschaftliche Auseinandersetzung aus überlegener Sicht hat bisher gefehlt. Wir haben vorzügliche Referate in die Hände bekommen, die Marksteine in der schweizerischen Klärung der Sozialrechte bilden können, und dies über das Thema im engsten Sinne heraus: für die Verfassungslehre und die Verfassungspraxis überhaupt.

M. le professeur ETIENNE GRISEL, Lausanne, rapporteur de langue française:

La discussion de votre assemblée sur les droits sociaux vient à son heure. Pas seulement, d'une part, pour fêter le quatre-vingtième anniversaire de la première initiative socialiste touchant le droit au travail – vous n'auriez probablement pas choisi un dimanche matin pour une telle commémoration. Ni même, d'autre part, parce que la procédure de révision totale de la Constitution fédérale est parvenue à une étape peut-être décisive. Car à ces deux motifs de débattre des droits sociaux s'en ajoute un autre: ils ont fait récemment l'objet d'un grand nombre d'études; ces dernières années, en Allemagne, en Autriche et dans notre pays, quatre professeurs au moins y ont consacré leur leçon inaugurale; c'est dire l'intérêt théorique, mais aussi pratique et didactique qu'ils prêtent à la question, d'ailleurs traitée dans une thèse zurichoise qui vient de paraître. Et votre comité aura sans doute pensé qu'il était temps de faire le point.

Bien entendu, la matière est vaste. Mais il nous était difficile, à M. le professeur MÜLLER et à moi, de la diviser entre nous par avance. Nous avons donc renoncé à une répartition conventionnelle. Finalement, grâce à l'étendue du sujet, il me semble que les deux rapports se complètent plus qu'ils ne se répètent. Admettons, en schématisant un peu, que les droits sociaux nous posent trois questions principales. Premièrement, la notion même de droit so-

cial ressort-elle du droit positif, peut-elle se définir et, le cas échéant, se diviser en plusieurs catégories? En deuxième lieu, quelle est la nature, une ou diverse, des règles juridiques qui garantissent les droits sociaux? Troisièmement, ceux-ci trouvent-ils leur place dans la constitution d'une démocratie moderne, se concilient-ils avec les autres principes de notre ordre fondamental, notamment avec les libertés publiques? Mon rapport tente avant tout de répondre aux deux premières questions, tandis que le rapport de langue allemande va plus loin, en examinant aussi la troisième. Afin d'introduire la discussion, je me propose d'aborder une nouvelle fois chacun de ces trois points.

I. Le premier concerne principalement la définition des droits sociaux, laquelle se heurte d'emblée à une difficulté, due à notre trilinguisme. Droits sociaux, *diritti sociali* d'une part, *soziale Grundrechte* d'autre part, ne sont pas synonymes. Le terme allemand est plus précis, désignant un type de droit individuel, qui se singularise par son contenu social. En somme, le meilleur équivalent allemand de «droit social» serait peut-être *«Sozialrecht»,* alors que pour traduire *«soziales Grundrecht»* en français, il faudrait dire «droit social fondamental». Quoi qu'il en soit, la doctrine de langue allemande, malgré son vif intérêt pour l'institution juridique du *soziales Grundrecht* ne paraît pas attacher beaucoup d'importance à sa définition. Quant aux auteurs d'expression française, bien moins nombreux, ils utilisent nécessairement le terme vague de droit social dans des acceptions très diverses. Philosophe et sociologue, GEORGES GURVITCH, dans l'*Idée du droit social,* entend par là le droit des différents groupes qui composent la société, par exemple la famille, les associations professionnelles, l'Eglise; pour GURVITCH, le droit «social» propre à chacun de ces groupes complète les droits individuels et les rend possibles. Un économiste comme M. FRANÇOIS SCHALLER voit dans le droit social avant tout «le droit des pauvres, le droit fondé sur la loi, d'être secouru par la société» *(De la charité privée,* p. 5); selon M. SCHALLER, le droit social, c'est la sécurité sociale, dont le but «est de bannir la misère, l'indigence et toutes les funestes conséquences de certaines transformations nécessaires de l'ordre économique et surtout technique» *(ibid.,* p. 220).

Les définitions juridiques des droits sociaux ne sont pas moins variées. Les unes caractérisent les droits sociaux comme les droits des salariés, mais elles sont manifestement trop étroites, puisqu'elles ne recouvrent pas le droit à la sécurité sociale ni le droit à la formation, qui concernent tous les individus, salariés ou non. Les autres définitions font appel au critère de la prestation positive: c'est ainsi qu'une grande partie de la doctrine, y compris le rapport de langue allemande (p. 813 s.), appelle droit social tout droit individuel, garanti par l'Etat, à une certaine prestation. Cette manière de voir me paraît inacceptable, pour quatre motifs que je rappellerai rapidement. Les deux premiers sont de principe. D'abord, ceux qui parlent de droit individuel à une prestation positive préjugent la nature juridique de la règle qui garantit le droit social; or la forme et la structure de cette norme figure, nous le reverrons, parmi les plus importantes questions que posent les droits sociaux. Ensuite, faire appel au seul critère de la prestation positive, c'est méconnaître les liens essentiels qui unissent certaines libertés individuelles, telles que la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté syndicale et celle de faire la grève, avec les principaux droits à une prestation positive, qu'il s'agisse de la sécurité sociale, du travail ou du logement. J'avancerai encore deux autres raisons, qui sont plutôt secondaires. La première, je la tire du droit positif, des traités internationaux et des constitutions étrangères qui réglementent expressément les droits sociaux: les uns et les autres rangent sous cette dénomination des droits à une abstention de la part de l'Etat (des *Abwehrrechte)* aussi bien que des droits à une prestation positive. Mon dernier argument est d'ordre négatif: contrairement aux apparences, le critère de la prestation positive est peu sûr et risque de conduire à des paradoxes; par exemple, chacun tient le droit à la participation pour un important droit social, mais soutiendra-t-on que la participation à la question d'une entreprise est en elle-même une prestation positive à proprement parler?

En somme, la seule définition admissible, quoiqu'imprécise, j'en conviens, caractérise les droits sociaux par leur objet: sont des droits sociaux les droits qui, sous une forme ou sous une autre, favorisent «le développement de la vie matérielle, économique et

sociale». Cette définition a du moins deux avantages. D'une part, elle ne préjuge pas de la nature juridique de la règle qui reconnaît le droit social. D'autre part, elle permet, dans la mesure où les droits sociaux sont garantis comme des droits publics subjectifs, de les distinguer clairement des libertés dites «classiques», qui, elles, ont pour objet de faciliter *l'épanouissement intellectuel, spirituel et politique de la personne*. Je rappellerai enfin que la définition adoptée et la distinction qui en découle entre droits sociaux et libertés «classiques» ressortent nettement de certaines constitutions étrangères, par exemple française et italienne, ainsi que des conventions internationales: que l'on songe seulement aux contenus respectifs des deux Pactes des Nations Unies du 16 décembre 1966, ou encore de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne.

Une fois les droits sociaux définis, encore faut-il étudier s'ils se laissent répartir en plusieurs catégories. Cet examen conduit à la conclusion qu'on doit opérer au moins trois classifications entre les droits sociaux.

La première dépend d'un critère simple: c'est le contenu des divers droits, lequel peut être économique, ou social, ou encore culturel. Il n'y a pas lieu d'insister sur cette distinction qui dérive, elle aussi, des conventions internationales et des constitutions étrangères.

Mais il en est une autre qui mérite d'autant plus d'être mise en évidence que mon rapport la signale, mais sans la développer. Il importe de séparer d'emblée deux situations auxquelles la garantie des droits sociaux peut donner lieu: dans certains cas, l'Etat, et lui seul, est tenu de s'abstenir, ou de fournir une prestation, et c'est normalement ce qui arrive quand il reconnaît la liberté du commerce et de l'industrie ou le droit à la formation; mais dans d'autres hypothèses, ce seraient des particuliers eux-mêmes qui pourraient être les obligés, par l'introduction du droit aux vacances payées, ou du droit à la participation à la gestion de l'entreprise. De la distinction entre ces deux situations découle, me semble-t-il, une classification des droits sociaux en quatre catégories: premièrement, il y a des droits sociaux qui obligent nécessairement l'Etat seul, par exemple le droit à la formation; en deuxième lieu, quelques droits sociaux ne sauraient obliger que les particuliers (et non la collec-

tivité publique), comme le droit à la participation; une troisième catégorie de droits sociaux obligent toujours à la fois l'Etat et les individus, notamment le droit à des vacances payées; enfin, il est des droits sociaux qui peuvent, au gré du constituant, obliger tantôt les collectivités publiques *ou* les particuliers, tantôt les unes *et* les autres, principalement le droit au travail ou le droit à la sécurité sociale.

Il reste à dissiper une confusion. Lorsque les particuliers sont les obligés, la doctrine parle volontiers de *Drittwirkung*. Mais l'application de ce terme aux droits sociaux est parfois erronée. De fait, il suffit de rappeler ici que le droit positif opère une troisième distinction entre les droits sociaux, qui peuvent appartenir soit au statut négatif, soit au statut positif. Or il est évident que seuls les droits négatifs peuvent avoir une *Drittwirkung;* ainsi, la liberté du commerce et de l'industrie oblige l'Etat au premier chef, mais le juge pourrait lui attribuer des effets, directs ou indirects, sur les relations commerciales entre les individus; de leur côté, la liberté syndicale et celle de faire la grève ont nécessairement un effet horizontal, sauf à rester lettres mortes: pour avoir un sens, elles doivent signifier que l'Etat et surtout les employeurs ne sont pas fondés à intervenir dans l'activité des syndicats, ni à interdire les grèves, ni à prendre des mesures de rétorsion contre les uns et les autres. En revanche, quand la garantie d'un droit social donne lieu à une prestation positive, celle-ci ne peut être fournie qu'une seule fois, et par un obligé unique, qui sera ou bien l'Etat ou bien un particulier. Et dans ce dernier cas, il ne s'agit évidemment pas d'une *Drittwirkung* proprement dite.

II. Je n'évoquerai que brièvement la deuxième grande question posée par les droits sociaux, laquelle concerne la nature juridique des normes qui les garantissent. Mon rapport tente de décrire les diverses structures que peuvent avoir les règles relatives aux droits sociaux, en pesant les avantages et les défauts de chacune d'elles. A quelques nuances près, il arrive aux mêmes conclusions que le rapport de langue allemande.

Une première solution, à laquelle on pourrait songer, doit être laissée de côté: la Suisse aurait la faculté de reconnaître les droits sociaux en adhérant simplement à des traités internationaux,

comme le Pacte de l'ONU de 1966 ou la Charte sociale européenne. Sans être inutiles, ces conventions n'ont toutefois guère d'effets juridiques précis. D'une part, elles n'attribuent aucun droit aux personnes et ne leur donnent accès ni à une juridiction internationale, ni aux tribunaux internes. D'autre part, si elles imposent des obligations aux Etats, elles instituent cependant une procédure de contrôle trop souple pour être efficace.

Quant à introduire les droits sociaux dans la constitution, on peut le faire principalement de deux manières différentes. L'une des voies conduit à reconnaître des droits publics subjectifs: la doctrine est presque unanime pour considérer que, sauf exception, ce chemin n'est pas praticable. La seconde voie amène le constituant à ne pas attribuer directement des droits sociaux aux individus et à donner une autre forme à la règle constitutionnelle; alors, il a le choix entre quatre possibilités; il peut: ou bien adopter des dispositions-programmes, assignant des buts sociaux à l'activité étatique; ou bien confier des compétences à la collectivité publique, donnant éventuellement un véritable mandat obligatoire au législateur; ou encore édicter une clause générale qui dit que la Confédération est un Etat social et donne ainsi à ses organes une règle d'interprétation valable pour l'ensemble de l'ordre juridique; ou enfin prêter aux droits sociaux la forme des garanties institutionnelles, obligeant le Parlement à sauvegarder les traits essentiels de certaines institutions sociales, par exemple les assurances. Sur les avantages des deux premières éventualités (dispositions-programmes et clauses attributives de compétence), je crois que l'un et l'autre rapport expriment des avis convergents. En ce qui touche les deux dernières (clause de l'Etat social et garanties institutionnelles), mes vues sont apparemment un peu plus optimistes que celles de M. MÜLLER.

III. Reste le troisième problème, qui touche la place des droits sociaux dans la constitution démocratique et leurs rapports avec les autres droits, notamment avec les libertés publiques. La solution de ce dernier problème dépend au premier chef des réponses données aux deux questions précédentes, mais elle est aussi subordonnée à des choix politiques. Voilà pourquoi mon rapport n'en parle pas. J'aimerais toutefois faire une remarque à ce sujet pour

conclure. Nous nous accordons, M. MÜLLER et moi, avec l'ensemble de la doctrine, pour admettre qu'il n'est pas aisé d'introduire les droits sociaux dans une constitution comme la nôtre. Mais plusieurs auteurs cherchent les causes de cette difficulté dans une contradiction entre les libertés «classiques» et les droits sociaux. Cette opinion ne semble pas fondée. Certes, l'exercice des droits sociaux entre souvent en conflit avec celui des libertés publiques. Il suffit, pour s'en convaincre, de penser à l'affaire que nous avons tous à l'esprit: une entreprise, menacée de faillite, envisage de licencier une partie de ses ouvriers; ceux-ci annoncent une grève, occupent l'usine, continuent de fabriquer des produits qu'ils vendent pour leur compte. Dans ce cas, les arguments des parties sont nécessairement antagonistes: les patrons font valoir la liberté du commerce et de l'industrie, la garantie de la propriété privée, le principe de l'autonomie des contrats, alors que les salariés se prévalent du droit au travail, du droit à la participation, du droit à un minimum vital, aussi bien que de la liberté syndicale et de la liberté de faire la grève. Cependant, de tels conflits entre des droits individuels ne seraient pas nouveaux: deux libertés «classiques» aussi peuvent se contredire et on a toujours admis qu'il appartient au juge de concilier les droits ou libertés antinomiques en leur donnant l'interprétation adéquate. La difficulté ne vient donc pas de là. En réalité, elle réside dans la nature essentiellement relative, quasi incertaine, des droits sociaux eux-mêmes. Parler des droits sociaux, c'est énoncer un but, voire un idéal. Mais comment tracer par avance la voie qui y conduira en fait? Et surtout, comment la décrire dans une constitution? Les moyens qui permettent d'atteindre les fins proposées ne sont pas entre les mains du constituant; ils ne dépendent même pas seulement des organes de l'Etat; bien plutôt, ils sont soumis à des forces économiques, financières et sociales qui échappent en grande partie à l'autorité publique. Et c'est ici que naissent les obstacles souvent rencontrés par les partisans des droits sociaux.

Peut-être ma conclusion vous paraît-elle pessimiste et décevante. Mais en mettant aujourd'hui le doigt sur leur difficulté, n'encourageons-nous pas les travaux constitutionnels et doctrinaux de demain?

Prof. Dr. JÖRG P. MÜLLER, Bern/Hinterkappelen, Berichterstatter in deutscher Sprache:

Vielleicht lohnt es sich, diesen Sonntagmorgen der Diskussion sozialer Grundrechte zu widmen, nicht so sehr wegen der zu erwartenden Klärung des engern Problemkreises, sondern, weil in den aufgeworfenen Fragen Schwierigkeiten beispielhaft zum Ausdruck kommen, denen die Totalrevision der Bundesverfassung auch auf andern Gebieten begegnet.

Weil es an einer großen, «tragenden Idee» der Staats- und Verfassungserneuerung fehlt, wird wohl zu Recht der behutsamere Weg einer maßvollen Verbesserung oder Ergänzung bestehender Institutionen gesucht. In diesem Sinn will die Kommission WAHLEN, wie man dem vergangenen Donnerstag veröffentlichten Schlußbericht entnehmen konnte, die traditionellen Grundrechte, also namentlich die Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit, durch einen *Katalog sozialer Grundrechte* ergänzen; dieser Katalog soll unter anderem das Recht auf Bildung, das Recht auf eine «angemessene» Wohnstätte, das Recht auf Arbeit, das Recht auf ein gesichertes Alter enthalten. Die Proklamation dieser Rechte begleiten nach dem Vorschlag der Kommission WAHLEN zugehörige Kompetenznormen, Aufträge und Richtlinien für den Gesetzgeber.

Herrn GRISEL und mir wurde aufgetragen, die verfassungsrechtlichen Konsequenzen und schließlich auch die Wünschbarkeit einer solchen Neuerung zu prüfen.

Ich bin – nicht ohne Zögern – zu andern Schlußfolgerungen gelangt als die Kommission WAHLEN. Was ich Ihnen nun – in fast unverantwortlicher Kürze – vortrage, muß zeitgedrungen notwendiger Differenzierungen entbehren, die von Sozialrecht zu Sozialrecht anzubringen wären – die Tugenden und Schwächen des Rechts auf Bildung etwa sind in vielem ganz anders gelagert als beim Recht auf Arbeit –, und ebenso ungern lasse ich zahlreiche Vorbehalte und Bedenken gegenüber der eigenen Auffassung unerwähnt, Punkte, die oft gerade wieder das Verbindende mit den Befürwortern der umstrittenen Neuerung schaffen würden.

Schließlich kann auch nur angedeutet sein, daß es bei der Aufnahme sozialer Grundrechte im Rahmen der beabsichtigten Neue-

rung meines Erachtens nicht um eine der großen geschichtlichen Entscheidungen heutiger Verfassungsgebung geht. Über die gebotene Verwirklichung der Ziele, die mit den Sozialrechten angesprochen sein sollen, werden der hinter ihnen liegende gesellschaftliche Konsens und politische Wille, schließlich auch das wirtschaftliche Gedeihen im Ganzen, nicht aber das Pathos der sozialrechtlichen Verbürgungen entscheiden.

Gegenüber der empfohlenen Aufnahme sozialer Grundrechte als *Parallele* zum Katalog der traditionellen Grundrechte habe ich folgende Bedenken:

Es ist eine trügerische Erwartung, sozialen Postulaten etwas von der Gewichtigkeit der traditionellen Grundrechte mit auf den Weg geben zu können, einfach indem man sie in die *Form* individueller Grundrechte kleidet. Grundrechte wie Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit usf. sind aus geschichtlichen Verletzungen oder Bedrohungen einzelner Menschen oder bestimmter Gruppen – meist Minderheitsgruppen – hervorgegangen. Ihre einmalige Bedeutung wurzelt in langer geistesgeschichtlicher, namentlich naturrechtlicher Tradition und in politischer Erfahrung im Kampf um persönliche Freiheit und eine offene politische Gemeinschaft.

Es sind Rechtspositionen, die wegen ihrer überragenden Bedeutung für Schutz und Achtung menschlicher Würde und ihrer Konkretisierungen wie körperlicher und geistiger Integrität jedes Menschen usf., aber auch für die verschiedenen Erscheinungen eines freien geistigen und kulturellen Lebens im individuellen Lebensbereich oder in der Gemeinschaft als unabdingbare Ansprüche jedes Menschen verbürgt sind und damit der Verfassung als Ganzem Legitimität verleihen.

Natürlich ist auch die von den klassischen Grundrechten bezeichnete Freiheit nie etwas Gesichertes, sondern es bedarf immer neuer Anstrengung zu ihrer zeitgemäßen Konkretisierung und Weiterbildung. Namentlich darf auch der Verfassungsrechtler nicht daran vorbeisehen, daß erst gewisse Voraussetzungen *materieller* und *geistiger* Art – wie eine angemessene Bildung als Vorbedingung sinn- und wirkungsvoller Ausübung der Meinungsfreiheit oder ein allgemeines Klima der Toleranz als Grundlage der Glaubens- und Gewissensfreiheit – erst die effektive Ausübung der be-

zeichneten Freiheiten ermöglichen. Die Frage, wie weit heute auch die Voraussetzungen der Ausübung der Freiheitsrechte mit in ihren verfassungsrechtlichen Schutzbereich miteinzubeziehen sind, kann hier nicht vertieft werden.

Wer ein Recht, ein subjektives Recht hat, kann es in einem geordneten Verfahren – in der Regel vor dem Richter – durchsetzen. Das ist kein Postulat, sondern eine in der juristischen Dogmatik unbezweifelte, definitorische Wahrheit. Es besteht kein Anlaß, daran zu rütteln. Daß die Prinzipien der Pressefreiheit, der Meinungs- und Informationsfreiheit nicht nur als objektive Gestaltungsprinzipien für das Gemeinwesen, sondern seit den ersten Rechteerklärungen auch als subjektive Rechtsansprüche des Menschen, eben als Menschen- oder Bürgerrechte verstanden wurden, bedeutet eine inhaltliche Aussage, die in der Kategorie des subjektiven Rechts ihren adäquaten Ausdruck findet. Es gehört jedenfalls in unserer Zeit zu den unaufgebbaren Errungenschaften des Rechtsstaates, daß Grundrechte unmittelbar von der Verfassung her *jede* staatliche Gewalt binden, also Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz unmittelbar zu Gunsten der einzelnen Individuen oder Gruppen verpflichten, ohne daß eine vorherige Aktivität des Gesetzgebers notwendig wäre. Die Kontrolle der Einhaltung der Verfassungsrechte durch ein besonderes Verfassungsgericht auf Individualbeschwerde hin ist für den modernen Rechtsstaat jedenfalls die Regel. – Der Formulierung eines individuellen Rechtsanspruchs entspricht eine faktische Durchsetzungsmöglichkeit, nicht so bei den postulierten Sozialrechten:

Es ist unbestritten, daß sie grundsätzlich nur den Gesetzgeber verpflichten können und *nicht* auf der Stufe der Verfassung individuelle Ansprüche des einzelnen oder von Gruppen zu begründen vermögen. Sie unterscheiden sich von eigentlichen Grundrechten also zunächst durch das Fehlen unmittelbarer Verbindlichkeit für jede staatliche Gewalt; der Grundrechtsqualität wird dadurch Abbruch getan.

Nehmen wir als Beispiel das im Schlußbericht der Kommission WAHLEN als «Modell» eines verfassungsmäßigen Sozialrechts formulierte «Recht auf ein gesichertes Alter». «Jeder Schweizer hat», so wird das Grundrecht im Bericht näher formuliert, «An-

spruch auf Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen des Alters und des Verlustes des Versorgers.» In folgenden Absätzen des vorgeschlagenen Verfassungsartikels schließen sich die Kompetenznorm betreffend Einrichtung der AHV und schließlich ein Hinweis auf zusätzliche Altersfürsorge als Obliegenheit privater Institutionen an. Die Verfassung soll also ausdrücklich subjektives Recht und individuellen Anspruch zusichern, und dies in der Sprachform der großen traditionellen Grundrechte. Eine so deutliche Sprache in der Verfassung schließt aus, die spätere Auslegung heute durch Erläuterung bei der Verfassungsgebung zurückbinden zu wollen, indem man sagt, es seien doch keine unmittelbar anspruchsbegründenden Verfassungsnormen gemeint, sondern man habe mit der formellen Rechtsgewährleistung und angeblichen Anspruchsbegründung nur *entweder* ein mehr dem Deklamatorischen zuzuordnendes Programm – *oder* – so lautet eine andere heute vertretene Version – einen Kristallisationspunkt bereits bestehender oder fortentwickelter Sozialgesetzgebung in der Verfassung schaffen wollen.

Die traditionellen Grundrechte als staatsgestaltende Faktoren haben eine zu tiefreichende Tradition und verfassungsrechtlich gesicherte Stellung, als daß sie zu neuartigen Zwecken in ihrer Funktion ummodulierbar wären.

Warum denn dem einzelnen ausdrücklich Rechtsansprüche auf Verfassungsebene zusichern, wenn doch etwas anderes gemeint ist, warum Hoffnungen auf Leistungen erwecken, die jedenfalls dem Inhalt nach weithin offen sind? Warum es nicht bei objektivrechtlichen Zielsetzungen, Aufträgen zu Sozialgestaltung an den Gesetzgeber bewenden lassen, wenn dies allein realisierbarer Sinn der Verfassungsgebung ist?

Die Befürwortung sozialer Grundrechte mag auch von der guten Absicht getragen sein, durch dosiertes Pathos politischen Willen zu aktivieren in Richtung eines stärkeren Ausbaus und vermehrter Legitimation des Sozialstaates; man will die Verfassung «dem Menschen näher» bringen. Solche Anliegen könnten durch andere Mittel als soziale Grundrechtsverbürgungen verwirklicht werden: z. B. durch feierliche Proklamation von Staatszielen, etwa im Sinne des Zweckartikels der heutigen Bundesverfassung oder der Wohl-

fahrts- und Sicherheitsklausel der Wirtschaftsartikel. Nebenbei sei bemerkt, daß der Begriff der gemeinsamen Wohlfahrt, wie ihn unsere Verfassung verschiedentlich verwendet, einer Sozialstaatsklausel nach Muster des Bonner Grundgesetzes meines Erachtens ebenbürtig und dem schweizerischen Verfassungsstil angemessener ist. Die neuere Methodenlehre zeigt übrigens – und das könnte schon für die heutige Bundesverfassung mehr fruchtbar gemacht werden –, daß solchen Zweckartikeln bei der Auslegung und Weiterbildung des Rechts mehr normative Substanz entnommen werden kann, als ein streng gesetzespositivistisches Denken zeitweise annahm.

Jedenfalls gilt es, nicht durch Individualversprechen Erwartungen zu wecken, deren Einlösung nicht sicher ist und deren individualrechtliche Formulierung geradezu darauf angelegt ist, die gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge, auch die mit jeder Leistung verbundene Belastung des Gemeinwesens, ferner die Rückwirkung auf die Erfüllung anderer Staatsaufgaben übersehen zu lassen.

Für eine neue Verfassung scheint mir richtiger, die mit den postulierten Sozialrechten angesprochene Verantwortung des Gemeinwesens auf verschiedenen Gebieten menschlichen Lebens in einem Abschnitt zusammenzufassen, den man etwa mit dem Titel *«soziale Gemeinschaftsaufgaben»* oder einfach *«soziale Aufgaben»* überschreiben könnte. Wo es wünschbar oder nötig erscheint, einem Anliegen über die Formulierung einer schlichten Kompetenznorm hinaus besondern Nachdruck zu verleihen, könnte die Zuständigkeitsnorm entweder in einer besonders imperativen Form gefaßt werden – einen Ansatz dazu finden wir etwa im neuen Umweltschutzartikel –, oder es wäre möglich, der Kompetenzzuweisung bestimmte Aufträge und Richtlinien für die Gesetzgebung folgen zu lassen.

Nun sind wir mit der schroffen Gegenüberstellung in der Deutung der Sozialrechte entweder als eigentlicher Grundrechte mit bestimmtem individualrechtlichem Gehalt – ein unseres Erachtens unhaltbares Verständnis dieser Rechte – oder als im wesentlichen bloß deklamatorischen Programmen den Befürwortern der Neuerung nicht ganz gerecht geworden. Sie haben nämlich immer

wieder durchblicken lassen, der Richter könne – trotz des vorwiegend programmatischen Charakters sozialer Grundrechte – von der Aufgabe, diese unmittelbar gestützt auf die Verfassung zu verwirklichen, nicht ganz entlastet werden. Bei der Diskussion über das Recht auf Bildung wurde von höchster Stelle im Nationalrat ausgeführt, der einzelne könne sein Recht «notfalls durch staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht durchsetzen», und die Kommission WAHLEN will zwar den Sozialrechten «ihre Stacheln» nehmen, indem sie sie lediglich als «eine Anzahl oberster Prinzipien schweizerischer Sozialpolitik» und als «Kristallisationspunkte gegenwärtiger und zukünftiger Sozialgesetzgebung» bezeichnet; sie schließt dann aber doch wenigstens für einzelne Positionen nicht aus, daß «die verwaltungsgerichtliche und die staatsrechtliche Beschwerde... in geeigneten Fällen eingesetzt werden könne..., um fehlende Rechtsnormen durch Rechtssprechung... zu ersetzen» (Schlußbericht, S. 205). Gedacht wird dabei wohl an Fälle, wo es um die Schließung unhaltbarer Lücken in bestehenden Sozialgesetzgebungen geht. Der aus der Sicht des Richters maßgebliche Gehalt der sozialen Grundrechte würde somit in ihrer Funktion ausgleichender und stetiger Korrektur gesetzlich geschaffener Sozialgesetzgebungen liegen.

Allein, zu diesem Zweck müssen m. E. keine besondern Grundrechte auf jedem einzelnen Zweig des Sozialrechts bemüht werden, sondern die *sozial verstandene Rechtsgleichheit* als Grundrecht genügt zur gebotenen Harmonisierung bestehender Sozialinstitutionen. So könnte z. B. die kritisierte Praxis, nach der Pflegekinder in der obligatorischen Unfallversicherung [gemäß Art. 85 KUVG] keinen Anspruch auf Hinterlassenenrenten haben – während in sachlich vergleichbaren Bestimmungen anderer Erlasse Renten für Pflegekinder ausdrücklich vorgesehen sind –, durch eine grundrechtsbewußtere Rechtssprechung nach dem Maßstab sozialer Gleichheit korrigiert werden (Referat, S. 920). Es bedarf keines sozialen Grundrechts des Pflegekindes, um ihm nicht stoßende Ungerechtigkeit widerfahren zu lassen. Das Gleiche gilt m. E. für die Garantie eines möglichst gleichmäßigen, jedenfalls nicht diskriminierenden Zugangs zu bestehenden Sozialleistungseinrichtungen, unter Einschluß der Universitäten, Krankenversicherungen und

Freizeiteinrichtungen. Auch in der Sondergerichtsbarkeit, also z. B. im Gebiet des Sozialversicherungsrechts, kann der Richter angesichts einer Gesetzeslücke nach dem Maßstab sozialer Gleichheit das Recht fortbilden. Methode und Grenze richterlicher Rechtsschöpfung sind zwar im Verwaltungs- und namentlich Sozialleistungsrecht noch wenig erforscht und die Rechtsprechung zeigt Unsicherheiten; doch ist eine gewisse differenzierende Anlehnung an Lehre und Praxis in den traditionelleren Bereichen des Privatrechts und des Strafrechts möglich.

Nun könnte mit der Verankerung sozialer Grundrechte in der Verfassung für die Rechtssprechung, namentlich die Verfassungsrechtsprechung, aber auch eine bedeutend weitere Aufgabe bezeichnet sein als die soeben charakterisierte Harmonisierung oder Lückenschließung bei bestehenden Sozialgesetzgebungen; es könnte die Meinung bestehen, der Richter müsse immer dann, wenn der Gesetzgeber untätig bleibe, an seiner Stelle die zur Erfüllung der Sozialrechte notwendigen Rechtsnormen schaffen. Damit würde man die Erwartungen, die an Sozialrechte und die Rechtsprechung gestellt werden dürfen, bei weitem sprengen. Man würde den Richter mit einer ihm fremden Aufgabe belasten. Die mit den Sozialrechten angesprochenen großen Ziele sozialer Gestaltung müssen im offenen politischen Prozeß der Gesetzgebung konkretisiert und zu anspruchsbegründenden Normen verdichtet werden. Es wäre ja völlig illusorisch, daran zu denken, der Verfassungsrichter könnte gestützt auf ein Recht auf Krankenfürsorge – eines der am häufigsten genannten Sozialrechte – uns heute die ganze Last der Diskussion um die zukünftige Gestaltung des Kranken- und Unfallversicherungswesens abnehmen und durch salomonische und unpolitisch gedachte Urteilsfällung im Einzelfall das Recht fortbilden. Der Verfassungsrichter kann bei den großen Aufgaben der Sozialgestaltung und -hilfe im Bereich der Bildung, der Wohnungswirtschaft, der Vollbeschäftigung usf. unmöglich an die Stelle des Gesetzgebers treten und damit zugleich die vorgängigen komplexen Planungsabläufe und den die Gesetzgebung begleitenden weiten politischen Prozeß der Willensbildung ersetzen.

Der vorgeschlagene vermehrte Beizug von Experten in der Ver-

fassungsrechtssprechung könnte in einem so weiten Feld sozialer Gestaltung auch keinen sachgerechten und politisch verantwortbaren Ersatz bieten. Daß das Bundesgericht in andern Gebieten, z. B. bei Konkretisierung des Doppelbesteuerungsverbots des Art. 46 Abs. 2 BV, auch an die Stelle der Legislative getreten ist und den von dieser trotz verschiedener Anläufe nicht erfüllten Gesetzgebungsauftrag der Verfassung in richterlicher Rechtschöpfung gleichsam in Ersatzvornahme ausgefüllt hat, scheint mir kein gültiges Gegenargument: Die Setzung von Kollisionsnormen ist von ganz anderer Natur als Rechtsetzung in den weiten Bereichen sozialer Gestaltung, die von den Sozialrechten bezeichnet werden. In diesen Gebieten kann der Richter unmöglich selber die bereits angesprochenen Aufgaben politischer Planung wahrnehmen, die notwendigen Prioritäten unter verschiedenen dringlichen Sozialaufgaben setzen, zumutbare oder mögliche Belastung des Gemeinwesens mit der Bedeutung eines Leistungsbegehrens für den Empfänger abwägen. Für das Kollisionsrecht des internationalen Steuerrechts stehen demgegenüber viel abgegrenztere Fragen und mehr Kriterien der Regelbildung zur Verfügung.

Auch die Tatsache, daß der Supreme Court der Vereinigten Staaten vor allem in den 60er Jahren in früher unbekanntem Maße an Stelle des untätigen Gesetzgebers zu Gunsten vor allem der farbigen Minderheiten Sozialgestaltung getrieben hat und so vor allem durch korrigierende Interventionen auf den Gebieten des Wahlrechts, des Schul- und Strafprozeßrechts zu einem eigentlichen Motor des sozialen Fortschritts geworden ist, ändert m. E. nichts an den angedeuteten Schranken richterlicher Rechtsfortbildung. Das kühne Vorprellen des WARREN-Gerichts in der sozialen Frage beweist m. E. nur, daß Zeiten tiefgreifender sozialer Unrast, ja aufschreiender Unzufriedenheit über soziale Ungleichheit auch Veränderungen in der rechtsstaatlichen Funktionsverteilung nach sich ziehen können; die Gewaltenteilung ist also auch in diesem Sinn nichts ein für allemal Feststehendes, sondern auch wieder reaktionsfähig gegenüber gewandelten, außerordentlichen gesellschaftlichen Bedürfnissen und sozialen Notlagen. Wir können hier nicht näher darauf eingehen, daß die Stellung des amerikanischen Supreme Court mit derjenigen unseres Bundesgerichts aus ver-

schiedenen geschichtlichen und gesellschaftlichen Gründen nicht vergleichbar ist; auch die Kritik und Gegenbewegung, die das mutige Eingreifen des WARREN-Gerichts hervorgerufen hat, kann hier nicht dargestellt werden.

Es bleibt m. E. bei der Feststellung, daß es eine dem Richter fremde Aufgabe wäre, die *konkreten Ansprüche* namentlich auf Leistungen zu umschreiben, die den Sozialrechten erst Leben geben würden, ganz zu schweigen von den Schwierigkeiten, die sich bei der *Durchsetzung* einer allfällig vom Richter festgestellten Leistungsverpflichtung gegenüber einem widerspenstigen Gemeinwesen ergeben könnten.

Es bleibt meines Erachtens das Dilemma:

– Entweder sind die Sozialrechte nur als Kristallisationspunkte bestehender Sozialgesetzgebung gedacht. Ihr normativer Gehalt liegt dann lediglich in der Harmonisierung, der ausgleichenden Lükkenschließung bestehender Sozialleistungseinrichtungen (Schlußbericht der Kommission WAHLEN, S. 201). Diesfalls sind sie meines Erachtens entbehrlich, da diese Funktion von einer sozial verstandenen Rechtsgleichheit ebensogut erfüllt werden kann. Ferner vermag die teleologische Auslegung oder die mitunter gebotene Lückenschließung durch den Richter zur nötigen Koordination bestehender Sozialgesetzgebungen beizutragen.

– Oder man verläßt dieses gemäßigte Konzept im Verständnis der Sozialrechte und sieht in ihnen die großen Ziele heutiger und vor allem zukünftiger Sozialgestaltung aufgezeigt: Vollbeschäftigung, soziale Sicherheit im weitesten Sinn, ausgeglichene Bildungschancen für jedermann vom Vorschulunterricht bis zur Hochschule. Dann sind individualrechtliche Verbürgungen das falsche Mittel zur Erfüllung eines grundsätzlich im modernen Staat weithin unbestrittenen, aber im freien politischen Prozeß noch zu konkretisierenden Auftrags an das Gemeinwesen.

Für die Zukunft des rechtsstaatlichen Sozialstaates ist die Bewahrung der klassischen Grundrechte in ihrer Einmaligkeit und Eigenart auch als stabilisierender Rahmen eines sich dynamisch entwickelnden Sozialstaates ein vordringliches Anliegen. Ihre Aktualisierung bedarf in unserer Zeit neuer Anstrengung. Sie sind Garanten eines optimal offenen politischen Prozesses. Sie vermö-

gen staatliche Eingriffe und Reglementierung in bestimmten Bereichen des individuellen, sozialen und politischen Lebens zurückzudämmen und haben sich in dieser Ausgrenzungsfunktion bewährt, wenn sie sich auch nicht darin erschöpfen; sie stellen als objektive Gestaltungsprinzipien die freie Entfaltung des Menschen mit seiner Individualität und sozialen Einbettung als Maßstab ins Zentrum jeder rechtlichen Ordnung. Ihre Achtung als objektive Ordnungsprinzipien und subjektive Ansprüche vermag das Abgleiten des Sozialstaates in einen die Lebenstotalität umfassenden und beanspruchenden Wohlfahrtsstaat zu hemmen. Sie dürfen nicht durch Vermischung mit noch konturarmen Programmen, als welche sich die meisten Sozialrechte ihrer Natur nach erweisen, verwässert und geschwächt werden. Es fehlen für die Sozialrechte eben die geschichtlich erhärteten Kriterien, die den klassischen Grundrechten auch für ihre heutige Aktualisierung einen maßgeblichen und justiziablen Gehalt verleihen.

Wie soll sich der Bürger in einer Verfassung zurechtfinden, deren Grundrechte teils unmittelbar verbindlich und anspruchsbegründend, teils nur als Deklamation gemeint sind?

Sozialpolitik bedeutet für den freiheitlichen Staat heute viel mehr als punktuelle Beseitigung von Notlagen in individuellen Lebensläufen oder in einzelnen Wirtschaftsbereichen. Der Aufgabenkreis des Sozialstaates hat die Sozialfürsorge als Schutz der sozial Schwächsten überschritten und umfaßt eine Fülle von Funktionen, die allen Bevölkerungsschichten dienen. Ziel bleibt die Stützung freier Entfaltung menschlicher Existenzmöglichkeiten im sozialen Ganzen.

Die Entwicklung des Sozialstaates drängt weiter. In den Richtlinien zur laufenden Legislaturperiode hat der Bundesrat unter dem Titel *«Ausbau des sozialen Rechtsstaates»* auf gesellschaftliche und technische Änderungen hingewiesen, angesichts derer der heutige Mensch vielfach dem Gefühl erliege, «einem Schicksal ausgeliefert zu sein, dessen Bahnen er in keiner Weise zu bestimmen vermöge und Zwängen unterworfen zu sein, welche die Entfaltung seiner Persönlichkeit hemmen». Unter dem Stichwort «Kulturlücke» weist er auf die Schwierigkeiten vieler Menschen hin, «sich der ungeahnten Beschleunigung im technisch-wissenschaftlichen

Bereich geistig anzupassen, ihre Funktionen in der sich rasch wandelnden und unübersichtlichen Welt zu verstehen. Die Folge dieses kulturellen Nachhinkens sind Zukunftsangst, gefühlsmäßige Distanz oder Ablehnung der modernen Industriegesellschaft wie auch ein Gefühl der Sinnlosigkeit unseres oft nur an materiellen Zielen orientierten Handelns». Den Menschen wieder vermehrt ins Blickfeld zu rücken, wird im bundesrätlichen Bericht unter den Aufgaben des Staates erwähnt, bei denen «eine besondere Anstrengung und politische Leistung» in der Gegenwart notwendig ist.

Vom gleichen Anliegen ist die Arbeitsgruppe WAHLEN motiviert, wenn sie auf «das ungenügende Bild des Sozialstaates in der Verfassung» (S. 192) hinweist und unter diesem Titel die Aufnahme von Sozialrechten in eine neue Verfassung postuliert. Sozialrechte seien geeignet, der «geregelten Solidarität», als welche große Teile des Rechts des modernen Wohlfahrtsstaates begriffen werden können, Ausdruck zu geben. Das Anliegen ist in höchstem Maße ernst zu nehmen; allein es fehlt mir der Glaube, daß durch Sozialrechte die Verfassung «dem Menschen näher» gebracht werden könnte, wie dies beabsichtigt ist. Seine Bedürfnisse, Nöte einerseits, die gesamtwirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenhänge, in denen ihnen begegnet werden muß anderseits, sind zu komplex, als daß die «soziale Frage» in ihrer ganzen Weite heute durch die Kodifizierung von Sozialrechten glatt gelöst werden könnte.

Es fällt mir nicht leicht, die Begegnung mit dem Werk der Kommission WAHLEN in diesem Kreis in einem eher kritischen Ton zu eröffnen. Die Rechtfertigung möchte ich aus einem Zitat des Einleitungskapitels des Gesamtberichts holen, wo es bei der Frage nach der «echten», der «wahr» wirkenden Verfassung heißt:

Wer eine zulängliche Verfassung heute zustandebringen wolle, müsse vor allem Sachfragen begreifen und lösen helfen, für die nicht schon einige Leitgedanken ausreichen. Verfassungsgebung sei «ein ernsthafter Auftrag mit der Verpflichtung zu klarer und methodischer Aufbauarbeit» (Schlußbericht, S. 45). Schließlich finden wir die Mahnung (S. 43):

«Es ist auch nutzloses Tun, in idealistischem Schwung... Ge-

samtkonzeptionen nachzueilen und sich der Hoffnung hinzugeben, die normative Kraft der Verfassung reiche dann aus, die Wirklichkeit darnach zu formen.»

Nationalrat Dr. R. WEBER, Gerichtspräsident, Arbon:

Gestatten Sie mir, daß ich mich in diesem Gremium, in welchem das Wort «Wissenschaft» natürlich etwas größer geschrieben wird als das Wort «Politik», als derjenige vorstelle, der in der nationalrätlichen Kommission in Spiez im Mai 1972 zur Vorberatung der neuen Bildungsartikel den Antrag gestellt hat, der nachher auch durchgegangen ist, daß der erste Satz des Art. 27 der BV in Zukunft lauten sollte: «Das Recht auf Bildung ist gewährleistet». Bekanntlich hat ja der Bundesrat die Fassung vorgeschlagen: «Jeder Einwohner hat ein Recht auf eine seiner Eignung entsprechende Ausbildung». Hauchdünn war dann die Mehrheit im Nationalrat mit 81 zu 82 Stimmen, welche dieser neuen Fassung folgte, hauchdünn war anderseits die Mehrheit, die am 4. März dieses Jahres dem neuen Bildungsartikel die Gefolgschaft versagte. Wäre die Vorlage angenommen worden, so hätte vielleicht die Folge darin bestanden, daß Herr Professor MÜLLER den Titel seines Referates «Soziale Grundrechte in der Verfassung?» hätte ändern und das Fragezeichen durch ein Ausrufzeichen ersetzen müssen. Im Verlauf der parlamentarischen Beratungen der Bildungsartikel ist etwas überaus Positives aufgefallen. Ich lege Wert darauf, das in dieser Versammlung zu unterstreichen. Der von mir eingebrachte Antrag hatte im Ständerat erst dann eine Chance der Annahme erhalten, nachdem sich die Vertreter der Wissenschaft mit ihm befaßt und ihn befürwortet hatten. Dieses Zusammenwirken von Politik und Wissenschaft war erfreulich, und ich danke an dieser Stelle den Herren, die sich für diesen Brückenschlag zur Verfügung gestellt haben, insbesondere unserem verehrten Präsidenten, Herrn Professor EICHENBERGER, wie auch Herrn Professor SALADIN, die mit ihrer Mitwirkung und ihrer positiven Beurteilung zu diesem zumindest parlamentarischen Erfolg geführt haben. Ich stehe durchaus nicht da, um hier ein «pater peccavi» abzulegen in bezug auf den Antrag, den ich seinerzeit gestellt habe. Ich habe

nach wie vor die Auffassung, daß dieser Rechtsgrundsatz eine Entwicklung hätte bekommen können, welche unserer bisherigen Verfassungspraxis durchaus wohl angestanden hätte. Dadurch, daß sich diese Vertreter der Wissenschaft positiv zur Frage der Aufnahme des Rechts auf Bildung in die Verfassung geäußert haben, bekam das überaus gründliche und ausführliche Referat von Herrn Professor MÜLLER gewissermaßen den Charakter eines Koreferates, d. h. die Bemühung des Referenten mündet zu der im Titel gestellten Frage, die er mit «lieber nicht» beantwortet hat. Aufgrund seines heutigen Votums habe ich den Eindruck bekommen, daß er doch noch ein entschiedeneres Nein ausgesprochen hat, als dies im gedruckten Referat zum Ausdruck kam. Ich bin davon überzeugt, daß diese Frage von unserem Souverän trotz dem Resultat vom 4. März dieses Jahres schließlich positiv beantwortet werden wird, und deshalb hätte ich es gerne, ja lieber gesehen, wenn beide Referenten, vor allem auch Herr Professor MÜLLER, das Thema so beantwortet hätten, wie wenn eben ein Ausrufezeichen und nicht ein Fragezeichen am Schluß des Titels gestanden hätte. Es hätte dann vielleicht doch mehr der Frage nachgegangen werden können, wie vor allem die Rechtsprechung – und hier vor allem diejenige des Bundesgerichtes – den Inhalt eines solchen sozialen Verfassungsrechts, wie z. B. eben des Rechts auf Bildung, konkretisieren könnte. Ich vertrete nach wie vor, im Gegensatz zum Referenten Herrn Professor MÜLLER, die Auffassung, daß in diesem Verfassungsgrundsatz ein «sowohl als auch» herauszulesen ist, ein individueller Weg, wie auch die Verpflichtung an alle diejenigen Instanzen der öffentlichen Hand, welche sich mit diesem Politikum zu beschäftigen haben. So knapp ein solcher Verfassungssatz seinem Wortlaut nach wäre, so reichhaltig ließe sich nach einiger Zeit die Rechtsprechung, vor allem auch unseres Obersten Gerichtshofes, zum Inhalt, aber auch zu den Grenzen eines solchen sozialen Verfassungsrechts präsentieren. Zum Schluß möchte ich doch auf einen Gedanken hinweisen, den Herr Professor MÜLLER in Ziffer 9 Seite 880ff. seiner Analyse vertritt – ein Wink an die Adresse des Bundesgerichts. Es sollte der Versuch gewagt werden, den berühmten ersten Satz von Artikel 4 BV zu entwickeln. – Eine Zwischenbemerkung übrigens: Machen Sie sich einmal Gedanken darüber,

was passieren würde, wenn dieser Artikel 4 BV erst heute aufgrund einer Volksinitiative neu präsentiert würde und wir darüber zu befinden hätten, ob wir einen derartigen Verfassungsgrundsatz «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich» aufnehmen sollten in unser Staatsgrundgesetz. Stellen Sie sich die Diskussionen in der Öffentlichkeit, auch im schweizerischen Juristentag vor! Ich mache ein großes Fragezeichen, ob wir einig darüber wären, einen derart allgemein gehaltenen Satz in unser Staatsgrundgesetz aufzunehmen. – Die heutige bundesgerichtliche Rechtsprechung sollte aus der negativen Optik des Willkürverbots gelöst und weitergeführt werden zu einer positiven Sicht und Wertung, im Sinne der vom Referenten selber verwendeten Stichworte wie Gerechtigkeitsgebot, Chancengleichheit, soziale Gleichheit. Ich gehe mit dem Herrn Referenten einig: Wenn das Bundesgericht mit einer solchen, ich möchte fast sagen revolutionären, jedenfalls aufsehenerregenden Ausgestaltung seiner Rechtsprechung zu Artikel 4 BV das heute so viel diskutierte soziale Grundrecht in unsere Verfassungswirklichkeit aufnehmen würde, so wäre das nicht nur eine anerkennenswerte, sondern eine bewundernswerte schöpferische Tätigkeit unseres obersten Gerichtshofes, die sich würdig an die Praxis, die das Bundesgericht in den letzten Jahren und Jahrzehnten zu diesem Staatsgrundsatz entwickelt hat, anreihen würde.

M. le professeur CHARLES-ALBERT MORAND, Genève:

C'est avec un très vif intérêt que j'ai lu le rapport de langue française de M. GRISEL au sujet duquel j'aimerais limiter mon intervention. Faute de temps, j'ai dû me borner à parcourir le rapport de langue allemande. M. MÜLLER voudra bien m'en excuser.

La constatation la plus frappante qui me paraît se dégager du rapport de langue française est qu'il n'existe aucune différence substantielle et de structure entre les droits sociaux d'une part et les droits et libertés plus traditionnels d'autre part. Cela n'allait pas de soi.

La dissolution de l'antithèse entre ces deux types de droits est importante. Cette antithèse a en effet joué un rôle décisif dans l'opposition qui s'est manifestée à l'introduction de droits sociaux

dans les constitutions occidentales. Peu scientifique, elle joue essentiellement un rôle idéologique dans le combat d'arrière-garde qui est livré aux droits sociaux.

Ceux-ci, le rapporteur l'a bien montré, ne se distinguent pas par leur portée. Les droits individuels, du moins depuis qu'ils revêtent une dimension institutionnelle, peuvent parfaitement être conçus comme devant engendrer à la charge de l'Etat des obligations positives. Pour ne donner qu'un seul exemple, il apparaît très clairement aujourd'hui que la liberté de la presse ne sera pas sauvegardée par une simple abstention de l'Etat, mais que des obligations positives incombent à ce dernier. Certains droits sociaux, comme le droit de grève ou celui de coalition, visent essentiellement à une abstention de l'Etat ou des particuliers. Si des différences subsistent, elles sont de degré plutôt que de nature.

Les droits sociaux ne se distinguent pas non plus par le cercle de leurs destinataires; ils doivent certes historiquement leur origine à la lutte des classes; ils sont certes essentiellement des droits dont se réclament les classes sociales défavorisées; mais dans un Etat qui tend de plus en plus à assurer le bien-être de la population dans son ensemble, rares sont ceux qui n'ont pas virtuellement au moins l'aptitude à la titularité des droits sociaux.

Que l'on ne prétende pas non plus que les droits sociaux ne sont pas susceptibles d'application immédiate et qu'ils ne peuvent être que des ordres donnés au législateur. Cela n'est pas vrai pour le droit de grève, ni pour le droit de coalition. Quant aux autres droits sociaux, ils se réalisent, comme les droits individuels et, en particulier, les droits économiques, par un processus de concrétisation par degrés. Que serait le droit de propriété sans sa concrétisation dans la législation et la jurisprudence? Il ne reste finalement qu'un critère, qui a été relevé très justement par M. GRISEL. C'est par leur objet que les droits sociaux se distinguent des droits et libertés idéales, des droits économiques et des droits culturels.

Cette constatation entraîne des conséquences importantes, que j'énumérerai brièvement:

1) Les droits sociaux sont des droits fondamentaux, des «Grundrechte», au même titre que les autres droits et libertés. Ils ne sont pas une catégorie mineure de droits, ni des droits de «seconde zone».

2) La problématique des droits fondamentaux vaut dans les grandes lignes pour les droits sociaux. Qu'il s'agisse de savoir si les droits doivent être coiffés par une liberté générale, qui consisterait dans la protection de la dignité humaine, qu'il s'agisse de savoir si les étrangers peuvent en bénéficier, qu'il s'agisse de résoudre les conflits de valeur entre divers droits sociaux ou avec d'autres droits fondamentaux, qu'il s'agisse enfin de déterminer si les droits sociaux sont applicables dans les relations entre particuliers, on possède dans la jurisprudence relative aux droits fondamentaux des solutions qui sont parfaitement utilisables, moyennant certaines adaptations.

3) Les droits sociaux ne sont pas seulement de même nature que les droits et libertés traditionnels. Ils sont avec eux dans un rapport dialectique. Ces deux types de droits se renforcent mutuellement et deviennent de plus en plus inséparables au fur et à mesure que l'Etat de droit social se crée. Dans la perspective de la revision globale de la Constitution, ils pourraient être purement et simplement intégrés dans le catalogue des droits fondamentaux.

Un mot encore pour terminer sur le caractère irréalisable ou utopique des droits sociaux. Pour dire tout d'abord que la prétendue impossibilité de les réaliser dans notre système ne leur est pas intrinsèque, mais provient tout au plus d'une absence de volonté politique de le faire. Notre système constitutionnel, qui a sanctionné le droit à l'assistance judiciaire gratuite, le droit à une instruction primaire publique suffisante et gratuite, l'a parfaitement démontré. Qu'il y ait des limites à la faculté de mettre en œuvre et de réaliser les droits sociaux, cela n'est pas contestable. Mais cela est vrai de tous les droits fondamentaux. Il n'est pas plus facile d'assurer la liberté d'expression et de réunion dans une période de crise politique et de guerre civile que de garantir effectivement un droit au travail dans une période de crise économique.

Prof. Dr. PETER SALADIN, Basel/Bern:

Wir schulden den beiden Referenten großen Dank; sie haben Licht gebracht in das Gestrüpp von Vorurteilen und Mißverständnissen, von Akklamation und Verketzerung, welches den Zugang

zu den sozialen Grundrechten erschwert – und welches sich auch am 4. März dieses Jahres als großes politisches Hindernis erwies. Vor allem das Referat von Herrn MÜLLER hat die sozialen Grundrechte aus der dogmatischen Isolierung befreit, in die sie oft eingeschlossen werden; er hat sie eingefügt in das «System» des modernen Leistungsstaates, d.h. des Staats, der weit mehr als früher ökonomische, soziale, ja wissenschaftliche, technologische, kulturelle Prozesse gestalten soll. Besonders bedeutsam erscheint die von ihm hergestellte Verbindung zwischen sozialen Grundrechten und Verfassungstheorie – die ja ihrerseits in der heutigen Staatslehre als unterentwickelt gelten muß. Darum sind gerade auch seine hierauf bezogenen Überlegungen hochwillkommen.

Am überraschendsten ist für den Leser wohl die Skepsis beider Referenten gegenüber der Institution der sozialen Grundrechte. Darauf kann hier nicht eingegangenen werden. Es soll im folgenden aber auch nicht eine simplifizierende Apologie der sozialen Grundrechte versucht werden, noch weniger blinde Propaganda. Beide Referenten haben uns – wie auch schon Herr WILDHABER in seinem Beitrag zur Imboden-Gedenkschrift – gelehrt, in der Analyse der sozialen Grundrechte zu differenzieren. Diese Differenzierung soll hier – notwendig skizzenhaft – noch etwas weitergetrieben werden: vor allem unter dem Gesichtspunkt der Formadäquanz, aber auch aus dem – in den Referaten vielleicht etwas zu kurz gekommenen – Gesichtswinkel der politischen Funktion sozialer Grundrechte.

Die Grundrechte – «soziale» wie «traditionelle» – sind subjektive Rechte und objektive Richtlinien zugleich; sie verpflichten die verschiedensten staatlichen Instanzen in je spezifischer Weise zu bestimmtem Unterlassen, Dulden und auch Leisten (Enteignungsentschädigung, Presseförderung etc.; zu Unrecht wird diese letzte Wirkung vom Bundesgericht den Grundrechten prinzipiell abgesprochen). Die den Grundrechten innewohnenden Ideen bedürfen, wenn sie umfassend wirksam werden sollen, einer vielfältigen Konkretisierung, welche primär vom Gesetzgeber zu leisten ist. Von daher wird der vielfach hochgespielte Gegensatz von traditionellen und sozialen Grundrechten notwendig relativiert: Auch jene Rechte lassen sich nur partiell vom Verfassungsrichter oder von der

Verwaltung unmittelbar anwenden. Jedenfalls gilt dies für einige unter ihnen, vor allem für die ökonomischen Grundrechte: So hat die Eigentumsgarantie außerordentlich unscharfe Konturen, wenn man sie nicht zusammensieht mit der höchst komplexen Konkretisierung in Familien-, Sachen-, Obligationen-, Bau- und Raumplanungs-, Enteignungsrecht etc. Und auch die Handels- und Gewerbefreiheit ist, wie vor allem die Bundesgerichts-Praxis zur neueren kantonalen Sozialgesetzgebung zeigt, ohne ergänzende Wertungen nicht anwendbar. Diese Wertungen fallen primär, wie bemerkt, dem Gesetzgeber, komplementär – eventuell korrigierend – dem Richter oder der Verwaltung zu. Auch im Wirkungsbereich dieser Grundrechte stellen sich schwierigste Fragen des Verfahrens, des Grundrechtsobjekts, der Grundrechts-Trägerschaft (sind Arbeitnehmer Subjekte der Handels- und Gewerbefreiheit? und Ausländer?). Auch die Anliegen, die der Eigentumsgarantie und der Handels- und Gewerbefreiheit zugrunde liegen, oder auch die der persönlichen Freiheit innewohnende Grundidee lassen sich auf der Verfassungsstufe letztlich nicht sachgerecht, d.h. nicht mit hinreichender normativer Prägnanz ausformen. Damit werden – wie auch Herr MÜLLER gezeigt hat – die Grenzen zwischen traditionellen und sozialen Grundrechten fließend. – Entscheidend für die Fragestellung de constitutione ferenda, ob Verfassungsnormen – d.h. grundlegende Ideen der politischen Gemeinschaft – in die Form subjektiver Rechte gekleidet werden sollen, ist somit – was auch Herr GRISEL festgehalten hat – nicht die Zugehörigkeit der Norm zu irgend einer traditionellen oder neuartigen Normenkategorie, sondern das Maß ihrer Individualbezogenheit. Sollen Ideen verankert werden, welche essentiell und primär auf Freiheit oder Schutz oder Förderung des Individuums ausgerichtet sind, so rechtfertigt sich die Statuierung eines Grundrechts – mit Vorteil in Begleitung weiterer Normen, welche die u.U. unscharfen Konturen des Grundrechts plastischer hervortreten lassen; es bleibt dann in jedem Fall ein – vielleicht bescheidener – Raum für eine gerichtliche Beurteilung der Grundrechts-Handhabung. Ob aber bestimmte Sachverhalte oder Prozesse eine primär individualbezogene Normierung erhalten sollen, ist Gegenstand grundlegender politischer Entscheidungen. Zur Illustration sei auf den Bildungs-

bereich hingewiesen: Man kann den Ausbau der Bildungseinrichtungen primär auf den mutmaßlichen künftigen Bedarf der Gesellschaft an Ausgebildeten (manpower demand) oder primär auf die künftige Nachfrage der Bildungswilligen nach Bildung ausrichten (social demand). Im zweiten Fall ist die Aufnahme eines Rechts auf Bildung (oder auf Ausbildung) in die Verfassung adäquat, im ersten nicht. In solcher Weise sollte in jedem einzelnen Falle eines postulierten sozialen Grundrechts geprüft werden, ob «ein Sozialrecht... den telos einer Regelung prägnant zum Ausdruck bringt» (Referat MÜLLER, S. 115). Nochmals sei betont: Begleitnormen werden wohl stets unerläßlich sein (wie auch etwa – im Bereich der traditionellen Grundrechte – der zum Teil verunglückte Art. 22ter BV in Verbindung mit Art. 22quater deutlich zeigt).

Zum Schluß soll die Frage aufgeworfen werden, ob den sozialen Grundrechten nicht gerade im gegenwärtigen Vorfeld der Totalrevision unserer Bundesverfassung größte politische Bedeutung zukommt. Ja, es ist zu fragen, ob sie nicht geradezu Leitmotive für die Totalrevision, Fanale, «tragende Ideen» abzugeben vermöchten, deren Abwesenheit so oft (und wohl gar nicht immer mit echtem Bedauern) beklagt wird. Freilich wären einige unter Ihnen, meine sehr verehrten Damen und Herren, wohl eher geneigt, die sozialen Grundrechte heute als Desintegrationsfaktoren zu betrachten, im Hinblick etwa auf die heftigen Auseinandersetzungen um das Recht auf Bildung vor dem 4. März 1973. Aber eben: die heftige, bisweilen geradezu hektische Opposition war mindestens zum Teil Folge von Mißverständnissen. Werden die sozialen Grundrechte aufgefaßt als «Minimalgarantien» (L. WILDHABER), als Garantien eines «status socialis» (P. JÄGGI), so wird ihnen niemand die Legitimität versagen können, der überhaupt auf staatliche Integration bedacht ist, d. h. auf Integrierung gerade auch der Schwachen und Handicapierten. Man wird den sozialen Grundrechten denselben Respekt zollen müssen wie etwa der persönlichen Freiheit, und sie beanspruchen gewiß dieselbe Würde wie etwa die Grundrechte der Grundeigentümer, welche sich gegen Maßnahmen der Raumplanung wehren, oder des Importeurs, der staatliche Einfuhrbeschränkungen anficht. Werden die sozialen Grundrechte solchermaßen richtig verstanden, so erscheinen sie durchaus ge-

eignet als prägnante Kondensate komplexer politischer Vorstellungen. Es könnte in ihnen wieder etwas wirksam werden, was bei uns seit geraumer Zeit am Verglimmen zu sein scheint: nämlich die Zündkraft des Grundrechtsgedankens überhaupt.

Dr. RENÉ A. RHINOW, Reinach (BL):

Die beiden Referate über die sozialen Grundrechte haben die unterschiedliche Struktur und Bedeutung wie auch die verbindenden Elemente der klassischen Freiheitsrechte einerseits und der sozialen Rechte in der Verfassung anderseits mit aller Deutlichkeit nachgewiesen. Daß es den Sozialrechten mit Anspruchscharakter in aller Regel an Justiziabilität ermangelt und daß deshalb andere Formen der verfassungsrechtlichen Verankerung zu suchen sind, namentlich Zielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, scheint mir eine kaum zu widerlegende Aussage darzustellen. Die Verfassungsrechtslehre hat sich somit in erster Linie diesen neuen Normstrukturen und Normtypen zuzuwenden. Es gilt aber auch, die *Funktion der Verfassungsrechtssetzung* gerade im schweizerischen Bundesstaat zu reflektieren.

Der deutschsprachige Referent hat die Bedeutung der Auslegung der Verfassung, der Umdeutung und Ausschöpfung bereits gegebener Verfassungsprinzipien stark in den Vordergrund gerückt und die Verankerung von Sozialrechten in der Form von neuen Zielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträgen eher auf eine fakultative oder bloß wünschbare Ebene verwiesen.

Hier frage ich mich, ob mit dieser Sicht nicht die spezifisch schweizerische Ausprägung der Verfassungsgebung, ihre unmittelbare Bedeutung für die normierende Gestaltung gesellschaftlicher Zustände und Prozesse, etwas vernachlässigt wird. Unser Verfassungsverständnis ist nicht zuletzt getragen von den Formen und Verfahren der Verfassungsrevision: die Verfassungsinitiative fällt dabei ebensosehr ins Gewicht wie etwa das erforderliche Ständemehr. Soziale Anliegen haben vor ihrer gesetzlichen Normierung zuerst die Klippe der Verfassungsgebung zu überwinden; die Artikulation grundlegender innovatorischer Bestrebungen gerade im sozialen Bereich erfolgt in der Regel zuerst auf Verfassungsebene.

Hier wird der Prinzipienstreit ausgetragen, hier wird vor allem ein erster Konsens gesucht, der in die politische Auseinandersetzung eine gewisse Befriedung bringen soll. Hier findet namentlich auch – als Vorwirkung des Ständemehrs – ein förderalistischer Ausgleich zwischen Kantonen und Regionen statt.

Dieses Verfahrensbewußtsein ist einerseits durch die Notwendigkeit entstanden, vor der Regelung einer neuen Bundesaufgabe eine entsprechende Kompetenz in der Verfassung zu verankern. Anderseits hat auch die eigentümliche Kombination von gegebener Verfassungsinitiative und fehlender Gesetzesinitiative zu dieser Entwicklung beigetragen. Es scheint mir deshalb, daß sich für den Gesetzgeber doch gewisse Schranken ergeben, geltenden Verfassungsklauseln, namentlich etwa Artikel 4 oder Artikel 31bis BV, neue soziale Gehalte mit Appellwirkung zu entnehmen. Das schweizerische «Konkretisierungsverständnis» setzt einen zweistufigen Meinungs- und Willensbildungsprozeß voraus, der mit der Verfassungsrechtsetzung beginnt und anschließend auf der Stufe der Gesetzgebung seinen Fortgang nimmt. In diesem Sinn kommt der Verfassung legitimierende und vor allem integrierende Funktion zu, die allzu großen Auslegungs- und «Gewinnungskünsten» Grenzen setzt. Ich darf hier auf Beispiele aus jüngster Zeit verweisen, die belegen, daß der Weg über die Verfassungsrevision gesucht wird, weil man sich nicht mit einer aktualisierten und professionalisierten Verfassungsauslegung und Verfassungsausschöpfung begnügen will: etwa bei der Einführung eines Zivildienstes, bei der Parteienfinanzierung und ganz deutlich bei der Mitbestimmungsinitiative. Ein Verfassungsappell institutionell verstandener klassischer Grundrechte oder sozialer Teilgehalte des Rechtsgleichheitsgebotes hat bei uns doch ein grundlegend anderes, geringeres Gewicht als ein von Volk und Ständen im offenen politischen Prozeß beschlossener Gesetzgebungsauftrag.

Diese Deutung der Aufgabe schweizerischer Verfassungsrechtssetzung wird bestätigt durch neuere Erkenntnisse der Rechtssoziologie, namentlich der Systemtheorie. Rechtsnormen weisen auch eine *entlastende* Funktion auf. Sie entziehen gewisse Themen der Entscheidung und vermindern durch ihre Verbindlichkeit die Entscheidungslast. Es findet – um die soziologische Terminologie LUH-

MANNS zu verwenden – eine Reduktion von Komplexität statt. Gerade die Verfassungsrechtssätze vermögen diese Aufgabe zu erfüllen, auch wenn sie nicht unmittelbar anwendbar, sondern in weitem Ausmaß konkretisierungsbedürftig sind. Das Verfahren der Verfassungsgebung setzt einen politischen und sozialen Lernprozeß in Gang, der in vielen Fällen eine Fortsetzung auf der Gesetzesebene und eine nähere inhaltliche Bestimmung des Sozialrechts überhaupt erst ermöglicht. Es wirkt gerade darin legitimierend.

Ich hätte also doch Bedenken, die weitere Fortentwicklung des Sozialstaates durch extensive Ausschöpfung neu interpretierter Verfassungsklauseln ausschließlich oder vornehmlich dem Gesetzgeber anheimzustellen. Gerade mit der relativ detaillierten Aufnahme von Sozialrechtsprinzipien in die Verfassung wird der Weg geöffnet, der die erforderliche Anerkennung der Rechtsadressaten im demokratischen Prozeß sicherstellt. Insofern trifft sich dieses Ergebnis auch mit der Forderung von Herrn MÜLLER (S. 924), daß angesichts des Funktionswandels der Gesetze im Leistungsstaat vom Ausbau des Verfahrens her kompensiert werden muß, was an rechtsstaatlich geforderter Stabilität im Bereich materieller Regelung weithin verloren gegangen ist.

Abschließend möchte ich mich kurz zur Frage der Formulierung der Sozialrechte äußern. Ich neige eher einer Fassung zu, die sich an die Individualrechte anlehnt. Die in den Referaten aufgeführten Bedenken sind zwar beachtlich, aber scheinen mir doch zuwenig zu berücksichtigen, daß die Sozialrechte nicht nur Elemente der objektiven Sozialgestaltung sind, sondern einen direkten und unmittelbaren Bezug auf die Freiheit und personale Würde des Menschen aufweisen. Die – auch von Herrn MÜLLER soeben relevierte – Gefahr frustrierender Normalität bei verheißungsvoller Normativität kann dadurch gebannt werden, daß im Anschluß an die Formulierung des Sozialrechts als solchem eigentliche Gesetzgebungsaufträge begründet werden, die bereits eine gewisse Konkretisierung des am Individuum ausgerichteten Leitsatzes bedeuten. Ich würde mich also einer Lösung anschließen, wie sie von der Universität Basel in der Antwort an die Arbeitsgruppe WAHLEN vorgetragen und wie sie soeben im Schlußbericht dieser Kommission

übernommen worden ist – und wie sie übrigens bereits in der italienischen Verfassung seit über 20 Jahren ihren Niederschlag gefunden hat.

Prof. Dr. LUZIUS WILDHABER, Fribourg/Bolligen:

Die beiden dem Juristenverein vorgelegten Referate von Herrn GRISEL und Herrn MÜLLER beweisen, wie richtig es war, das Thema der sozialen Grundrechte zum Beratungsgegenstand zu wählen. Sie zeigen eindrücklich die außerordentliche Schwierigkeit, zu einer kohärenten Theorie der sozialen Grundrechte vorzustoßen. Namentlich die weitausreichende, tiefschürfende Darstellung von Herrn MÜLLER bietet eine umfassende Schau über Begriff und Funktion der Grundrechte im modernen Leistungs- und Sozialstaat und artikuliert damit Anliegen, die zahlreichen Vertretern unserer Staatsrechtslehre am Herzen liegen. Man muß in der Tat zur Abwägung der Vor- und Nachteile der sozialen Grundrechte – der Vorteile etwa der Prägnanz, der Symbolkraft, des Integrationsvermögens, der Nachteile etwa der mangelnden Präzision, der Konturlosigkeit, der Erweckung falscher Vorstellungen – auf die Funktion der Verfassung und das soziale Ganze zurückgehen. Freilich bleibt die etwas bange Frage, wieweit die von Herrn MÜLLER geforderte und beschriebene Grundrechtsdogmatik und die ungeschriebene Sozialstaatsklausel bereits deskriptive Realität sind und nicht eher eine sich erst abzeichnende künftige Entwicklung. Wird nämlich für das Verständnis und die Auslegung der Grundrechte auf ihre sozialen und politischen Vorbedingungen und ihre Einbettung in die gesamte Umwelt abgestellt, so müßte letztlich Einigkeit bestehen über die Analyse der Gesamtlage der heutigen Gesellschaft – und das dürfte kaum der Fall sein.

Beide Referenten stehen dem Gedanken der sozialen Grundrechte mit, man möchte sagen, wohlwollender Skepsis gegenüber. Herr GRISEL definiert den Begriff der sozialen Grundrechte vor allem auf Grund ihres Zieles; sie befaßten sich mit materiellen und wirtschaftlichen Tätigkeiten, die anderen Grundrechte mit politischen, intellektuellen und religiösen Tätigkeiten. Ich bezweifle hier ein wenig, ob es fruchtbar ist, eine derart scharfe Trennlinie zu

ziehen, und würde eher mit Herrn MÜLLER, Herrn SALADIN und Herrn MORAND meinen, daß der Unterschied zwischen ideellen, wirtschaftlichen und sozialen Grundrechten bloß gradueller Art sein kann und sich letztlich verwischt.

Herr MÜLLER geht davon aus, daß Grundrechte stets gesetzgebungs-unabhängig und unmittelbar anwendbar sein müssen. Wenn ich ihn recht verstanden habe, folgert er daraus, daß Grundrechte deshalb stets individualrechtlich durchsetzbar seien und daß nur die Abwehrfunktion der Grundrechte zur Frage stehen könne, wenn die subjektive individuelle Klagbarkeit gegeben sei. Fehlt es daran, so kann anscheinend kein «Grundrecht» im eigentlichen Sinn vorliegen. Das berechtigte Anliegen ist dabei, vor sozialpolitischem Wunschdenken zu warnen, die Funktion der Verfassung nicht zu strapazieren und zu überdehnen, den politischen Prozeß nicht durch eine überforderte Verfassungsgerichtsbarkeit oder Verwaltungsrechtsprechung zu verdrängen und die vorwiegend kollektive Orientierung des Anliegens der sozialen Grundrechte in den Kanal der Gesetzgebung zu lenken. Diese Bedenken sind sicher bei den meisten sozialen Grundrechten durchschlagskräftig, wenn sie aus der Optik der Totalrevision der Bundesverfassung vorgetragen werden. Aus einer anderen Optik heraus müßte man sie aber vielleicht doch etwas nüancieren. Wenn eine Verfassungsinitiative angenommen werden sollte, welche ausdrücklich eine Gewährleistung des Rechts auf Wohnung ausspricht, so sollte m. E. nicht von vornherein aus der grundrechtsähnlichen Formulierung dieses Sozialpostulates auf eine durchgehende individualrechtliche Klagbarkeit geschlossen werden. Eine derartige ungeheuer komplexe Aufgabe würde den Richter in diesem spezifischen Fall des Rechts auf Wohnung eben überfordern. Vielmehr müßte in jedem einzelnen Falle genau untersucht werden, wieweit ein soziales Grundrecht individualrechtlich durchsetzbar ist, wieweit es der Verwirklichung und Aktualisierung auf Gesetzesstufe bedarf, wieweit eventuell seine Chancengleichheits- und Diskriminationsverbotsaspekte und nur sie klagbar sein können, wieweit eine Verletzung sozialer Grundrechtsgewährleistungen Anlaß zu Verantwortlichkeitsansprüchen sein kann, oder umgekehrt, wieweit in der Gewährleistung eine reine Staatsziel-

bestimmung oder ein bloßer Sozialgestaltungsauftrag liegt. Verallgemeinerungen sind kaum möglich.

Es ist keine Frage, daß soziale Grundrechte des Unterbaus der Gesetzgebung bedürftig sind. Die Grundbewegung verläuft von unten nach oben, vom Gesetz zur Verfassung. Soziale Grundrechte müssen auf einer ausgebauten Sozialgesetzgebung aufbauen können; sie können die Gesetzgebung nur punktuell ergänzen und stimulieren, nicht jedoch sie ersetzen. Während die klassischen ideellen Grundrechte zum mindesten im Prinzip gesetzgebungsunabhängig sein können und sollen, trifft für die sozialen Grundrechte das Gegenteil zu. Allerdings würde es ein zu hartes Urteil bedeuten, in derartigen Sozialproklamationen nur Wunschdenken und Schaumschlägerei zu sehen. Gewiß, die Gefahr besteht. JEREMY BENTHAM hat seinerzeit gegen die klassischen Grundrechte Stellung bezogen mit dem Argument, sie seien ein allzu bequemes Alibi zur Verhinderung des wahren und konkreten Fortschrittes, der einzig in moderner, den neuen Umweltbedingungen angepaßter Gesetzgebung liegen könne. Ähnlich wäre davor zu warnen, allfällige soziale Grundrechte auf eine rhetorische und deklaratorische Alibi-Funktion zu reduzieren. Man kann diese Gefahr wohl am besten bannen, wenn man die Formulierung entsprechender Verfassungsgewährleistungen äußerst sorgfältig abwägt und diese Garantien dann auf Gesetzgebung und Gesetzgeber rückwirken läßt durch eine darauf ausgerichtete, moderne Verfassungsinterpretation, durch verfassungskonforme Gesetzesauslegung, durch eine egalitäre Aktivierung des Rechtsgleichheitssatzes und durch die Konzeption des in bestimmten Fällen klagbaren Sozialgestaltungsauftrages an den Gesetzgeber. Dann kann es wohl am besten gelingen, die Normalität des heutigen Sozial- und Leistungsstaates mit der Normativität des sozialen Grundrechtsanspruches zur Deckung zu bringen.

M. le professeur CHARLES-ANDRÉ JUNOD, Genève:

Je voudrais faire entendre brièvement une voix un peu discordante par rapport aux opinions présentées tout à l'heure, notamment par mon collègue de Genève, M. MORAND, et apporter en

même temps la contradiction à M. GRISEL sur un point qui, sous des angles divers, a déjà été abordé à plusieurs reprises aujourd'hui, soit la définition du champ des droits sociaux, plus particulièrement des rapports de ceux-ci avec la constitution économique *(Wirtschaftsverfassung)*. Entraîné – il l'a admis tout à l'heure dans son introduction – par le droit comparé et international, M. GRISEL a adopté l'optique des «droits économiques et sociaux», qui s'exprime très clairement dans ses conclusions, où il nous indique que les droits sociaux ont un contenu «d'ordre économique, social ou culturel» et que «tantôt ils tendent à sauvegarder l'autonomie des citoyens quant à leurs activités économiques. Tantôt ils garantissent aux particuliers un niveau de vie minimum, une protection contre certains dangers ou la réparation de préjudices déterminés» (p. 151). Ce point de vue a été appuyé par la plupart des orateurs qui se sont exprimés avant moi et qui ont tous tenu à souligner le caractère artificiel à leurs yeux de l'antinomie traditionnelle entre les libertés individuelles *(Freiheitsrechte)* et les droits sociaux. Même si je devais mener ainsi un combat d'arrière-garde, comme m'en a averti M. MORAND, je voudrais me faire néanmoins l'avocat de ces vues arriérées, pour les quelques motifs suivants, qui sont fondés sur notre droit positif, et non sur des considérations prospectives.

Les relations des droits sociaux avec le principe fondamental de notre constitution économique, la liberté du commerce et de l'industrie, n'ont pas retenu l'attention de M. GRISEL, dès lors qu'il a cru pouvoir trouver dans l'article 31 CF la consécration d'un «droit social» (cf. page 95). M. MÜLLER a abordé la question dans une perspective plus classique (pp. 769 ss.), même s'il admet que la promotion du bien-être (article 31bis, alinéa 1 CF) constitue un objectif de rang égal au principe de la liberté économique, conformément à l'arrêt *Griessen* (ATF 97 I 499 ss.). Je pense cependant que cette équivalence, qui me paraît fondamentalement exacte, est loin de résoudre tous les problèmes, et qu'elle ne justifie en aucune manière l'assimilation postulée par M. GRISEL.

Il faut tout d'abord souligner, sans craindre la banalité, que le but même des droits sociaux, d'une part, de la liberté économique, d'autre part, appelle une dissociation que M. GRISEL n'a pas pu

ignorer sans compromettre la clarté de sa tentative de définition des premiers: la liberté économique tend à sauvegarder le libre déploiement des facultés individuelles en matière économique dans le cadre tracé par la libre concurrence; les droits sociaux, qu'on les définisse par leur contenu positif ou par leur objet, visent un but différent, qui me semble marqué essentiellement par l'idée de solidarité; c'est en vertu de cette idée que soit l'Etat, soit des particuliers sont astreints à fournir des prestations tendant à garantir un certain niveau de bien-être à l'ensemble de la population.

Aussi bien l'arrêt *Griessen,* dont j'ai constaté avec beaucoup de surprise que M. GRISEL n'en faisait aucune mention dans son rapport, ne répudie point, nonobstant son caractère profondément novateur, cette relation antinomique traditionnelle entre la liberté économique et les droits sociaux. Sans doute, cette décision a innové plus qu'il n'y paraît à première vue, et les doutes qu'exprimait tout à l'heure M. RHINOW quant aux limites nécessaires, dans une perspective démocratique, de l'interprétation créatrice me paraissent singulièrement pertinents en regard d'un renversement de jurisprudence qui ne saurait être ramené à un simple réaménagement du champ des interventions de police économique. Il n'en demeure pas moins que le Tribunal fédéral a placé les interventions de politique sociale sur le même plan que celles de police économique, considérant que les unes et les autres traçaient de simples *limites* à la liberté d'entreprise et les déduisant de la même base constitutionnelle (article 31, alinéa 2 CF).

Mais il y a plus. Non seulement l'abandon de cette antinomie traditionnelle n'est pas justifié en regard de la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral; elle serait en outre dangereuse, car propre à dénaturer un aspect essentiel de la garantie de l'article 31 CF, en transposant au plan conceptuel la relativisation de fait que cette garantie a subie au cours des dernières décennies. Un des rares points sur lesquels la discussion me semble avoir dégagé un *consensus* unanime, c'est que les droits sociaux constitutionnels ne peuvent se passer d'une concrétisation législative. On a relevé, toujours dans la perspective de l'assimilation défendue par M. GRISEL, qu'il en allait de même pour certains droits économiques, la garantie de la propriété fournissant un exemple indubitablement

concluant. Je voudrais tout de même rappeler ici que l'argument ne vaut point pour la liberté du commerce et de l'industrie, en dépit des fluctuations que les limites de police ont connues jusqu'à l'arrêt *Griessen,* et de toute vraisemblance même après cet arrêt, à moins que la pratique n'en donne une interprétation extensive qui aboutirait à modifier le fondement même de la constitution économique du pays; jusqu'à ce jour, l'article 31 CF, en tant que *Freiheitsrecht,* a offert à tous les sujets économiques (travailleurs y compris, depuis l'arrêt *Baumgartner,* ATF 84 I 18ss.) une garantie immédiatement opposable à l'Etat. Je redoute fort, pour ma part, qu'en voulant assimiler, comme le prétendent M. GRISEL et ses *partisans,* cette obligation d'abstention de l'Etat à l'obligation (encore indéterminée) de fournir des prestations qu'impliquent les *soziale Grundrechte,* on n'aboutisse à une nouvelle dévaluation du principe de la liberté économique; que l'on en vienne à considérer de plus en plus qu'il ne s'agit là que d'un postulat nécessitant une concrétisation législative et qui, en conséquence, ne protège plus directement l'individu, mais n'oblige que le législateur.

Je n'ignore aucunement qu'un certain nombre d'entre vous appellent de leurs vœux une telle évolution, soit parce que le régime économique qui est celui de notre pays ne les satisfait point (et il s'agit alors d'une option purement politique, et non plus juridique), soit par idéalisme (telle me paraît être l'inspiration des efforts déployés par M. SALADIN pour introduire en Suisse la doctrine américaine de la «preferred position»), soit encore par une sorte de «réalisme théorique» (c'est ainsi que je qualifierais les vues de M. GYGI sur la *«Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik»).* Je crois inutile de rappeler ici combien je souhaite que l'Etat (fédéral) soit doté des moyens nécessaires pour mener une politique conjoncturelle efficace; ma participation active à l'élaboration du nouvel article 31quinquies CF en témoigne suffisamment. Je n'en pense pas moins que l'introduction éventuelle des droits sociaux dans notre constitution ne saurait servir de prétexte à un bouleversement plus ou moins subreptice de notre *Wirtschaftsverfassung.* Or ce serait là, à mes yeux, l'aboutissement inéluctable de l'assimilation postulée par M. GRISEL.

Cela dit, je voudrais encore ajouter que la relation antinomique (dans ses effets tout au moins) qui me paraît exister entre liberté économique et droits sociaux nécessite une étude aussi attentive que le sujet est difficile. M. MÜLLER en a esquissé quelques traits, dans la perspective de l'arrêt *Griessen* (pp. 769–771). Tout en admettant que l'instrument principal de cette analyse est le principe de la proportionnalité et de la subsidiarité, je pense que l'application qui en a été faite jusqu'ici par le Tribunal fédéral est fâcheusement superficielle, et que l'arrêt *Griessen* esquive beaucoup plus les problèmes qu'il ne les résout, éliminant une ambiguïté (touchant le concept de la police économique) pour en créer une autre, encore plus fondamentale (touchant l'objet des mesures de politique sociale). Une solution satisfaisante ne pourra être trouvée, à mon avis, qu'à la lumière d'un examen approfondi des éléments *essentiels* de notre système économique, qui ne sauraient être ramenés (comme le Tribunal fédéral semble le croire) à l'interdiction des mesures protectionnistes restrictives.

Prof. Dr. THOMAS FLEINER, Fribourg:

Vorerst möchte ich den beiden Referenten meinen tiefempfundenen Dank für die hervorragenden Referate aussprechen. Das Referat von Herrn MÜLLER führt uns in eine neue Dimension der Verfassungsvision, indem es ihm gelungen ist, die ganzheitliche Betrachtungsweise der Verfassung und insbesondere der Grundrechte mit den modernen gesellschaftlichen Problemen in Einklang zu bringen.

Im Gegensatz zu meinen Vorrednern will ich aber nicht zur Frage Stellung nehmen, ob wir Sozialrechte in die Verfassung aufnehmen sollen oder nicht. So oder so müssen wir uns aber in jedem Fall mit dem Begriff «sozial» auseinandersetzen. Ich will deshalb versuchen, kurz aufzudecken, wie schillernd dieser Begriff ist und in welch verschiedener Weise er verwendet wird.

Das Bundesgericht hat beispielsweise den Begriff sozial in seinem bereits von Herrn JUNOD zitierten Entscheid (BGE 97 I 499) als Grundlage für eine rechtmäßige Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit verwendet. Die Sozialverfassung wird aber auch

vielfach nicht nur als Rechtfertigung für die Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit, sondern auch als *Auftrag* an den Gesetzgeber verstanden, der demgemäß verpflichtet ist, für die allgemeine Wohlfahrt zu sorgen. Sozial wird aber auch vor allem in Zusammenhang mit den Sozialrechten als *Diskriminierungsverbot* verwendet. Der Politiker benützt schließlich den Begriff des Sozialen vielfach, um *Umverteilungen* des Staates zu rechtfertigen. Herr MÜLLER versteht die Sozialverfassung schließlich als Verpflichtung des Staates, das Existenzminimum zu gewährleisten, für ihn ist die Sozialverfassung, wie dies vor allem am Schlusse seines Referates zum Ausdruck gekommen ist, *Armenfürsorge*.

Diese verschiedene Verwendung des Sozialbegriffes mag deutlich zeigen, weshalb bei der Festlegung des Inhaltes dieses Begriffes so verschiedene Ansichten zutage treten. Ich will nun aber nicht versuchen, diesen Inhalt selber festzulegen, sondern die Frage aufwerfen, was denn der Richter zu tun hat, wenn er in irgendeiner Weise zur sozialen Tätigkeit des Staates Stellung nehmen muß.

Das Gericht hat meines Erachtens zwei Aufgaben: Es muß zum Sozialbegriff im Zusammenhang mit der Rechtsgleichheit und den Eingriffen in die Freiheitsrechte Stellung nehmen. Inwieweit sind beispielsweise sozialpolitische Maßnahmen des Staates ohne besondere verfassungsrechtliche Grundlage gerechtfertigt, wenn sie die Handels- und Gewerbefreiheit beeinträchtigen? Wenn wir die spärlichen Entscheidungen des Bundesgerichtes auf diese Frage überprüfen, so stoßen wir auf den interessanten Entscheid *Dafflon* gegen Regierungsrat des Kantons Genf (BGE 88 I 248).

Das Bundesgericht mußte damals Stellung nehmen, inwieweit eine Gesetzesinitiative, die dem Staat ein Vorkaufsrecht für Grundeigentum einräumte, gegen die Eigentumsgarantie verstoße. Das Gericht führte unter anderem aus, eine sozialpolitische Maßnahme wie etwa ein Vorkaufsrecht, das dem Staate die Möglichkeit zur Förderung des Wohnungsbaues geben soll, sei deshalb gerechtfertigt, weil diese Maßnahme den späteren sozialen Frieden schütze. Damit hat das Bundesgericht den Polizeibegriff auf die spätere Zukunft ausgedehnt. Es rechtfertigt eine staatliche Maßnahme deshalb, weil das Nichteingreifen des Staates später zu sozialen Unruhen führen, die Gesellschaft und den Staat damit gefährden könnte.

Im bereits zitierten Urteil (BGE 97 I 499) nimmt das Bundesgericht zum engen Zusammenhang von sozialen Maßnahmen mit polizeilichen Maßnahmen nicht direkt Stellung. Es versucht vielmehr die sozialen Maßnahmen von den polizeilichen zu unterscheiden. Sozial ist nach dieser Auffassung des Bundesgerichtes eine Maßnahme dann, wenn sie der allgemeinen Wohlfahrt dient. Zur Frage, wann eine Maßnahme der allgemeinen Wohlfahrt dient, nimmt das Bundesgericht im soeben veröffentlichten Entscheid Stellung, in dem es um die Frage ging, ob ein kantonaler Gesetzgeber berechtigterweise den Abbruch von alten Häusern verbieten könne (vgl. BGE 99 I 35). In diesem Entscheid sagt das Bundesgericht, eine Maßnahme diene dann der allgemeinen Wohlfahrt, wenn sie einem genügend allgemeinen anerkannten öffentlichen Interesse diene.

Das Bundesgericht stützt sich damit auf den unbestimmten Rechtsbegriff des öffentlichen Interesses und läßt bei der Frage, was denn eine soziale Maßnahme sei, alles offen. Aus diesem Grunde müssen wir uns fragen, wer denn letztlich festzustellen habe, was dem allgemeinen Interesse dienlich sei, was allgemeine Wohlfahrt sei. Das Bundesgericht ist hier außerordentlich zurückhaltend. Es zieht sich praktisch zurück auf den Begriff der Verhältnismäßigkeit (vgl. etwa BGE 99 I 39). Damit ist es weitgehend eine Aufgabe des Gesetzgebers, die Prognose zu stellen, ob diese oder jene Maßnahme tatsächlich zur späteren sozialen Wohlfahrt beitragen werde. Das Bundesgericht zieht sich somit wieder zurück und läßt dem Gesetzgeber den freien Spielraum.

Zu solchen Fragen muß die Verfassungslehre Stellung nehmen, ob die sozialen Grundrechte in die Verfassung aufgenommen werden oder nicht. In diesem Zusammenhang ist auf eine im Referat MÜLLER besonders aufgeworfene Problematik einzutreten, nämlich die Frage der dynamischen Entwicklung des Gleichheitssatzes. Bei der Anwendung des Gleichheitssatzes im Zusammenhang mit der Sozialtätigkeit des Staates sind zwei Fragen klar auseinanderzuhalten: Die erste Frage lautet: «Wieviel soll der Staat an Versorgung leisten?» Bekanntlich kann ja der Staat nicht nur durch eine ungleichmäßige Verteilung von Leistungen, sondern auch durch die Unterlassung einer Leistung diskriminieren; dies Pro-

blem stellt sich vor allem im Zusammenhang mit der sogenannten Chancengleichheit. Das Gericht wird aber kaum bei der Beantwortung dieser Frage in Anwendung des Gleichheitssatzes weit gehen können. Diese Fragen sind meistens politischer Natur und können von einem Verfassungsgericht kaum befriedigend gelöst werden.

Auf die zweite Frage aber müßte das Gericht meines Erachtens eintreten. Diese lautet: «Ist das, was der Staat an Versorgung gegeleistet hat, in seinen Auswirkungen auch rechtsgleich angewendet?» Die Frage der rechtsgleichen Verteilung von Versorgungsleistungen ist nicht nur eine Frage, die bei der Prüfung von Verwaltungstätigkeiten, sondern auch bei der Prüfung von Gesetzen zu stellen ist. Denn auch der Gesetzgeber kann eine ungerechte Verteilung von Versorgungsleistungen, sei es durch Generalklauseln oder sei es durch ausdrückliche Vorschriften, bewirken. Bei der Beantwortung der politischen Fragen müssen wir uns vorerst einmal eingestehen, daß wir den Sozialbegriff noch überhaupt nicht genügend ausgelotet haben, wir wissen nicht, was «allgemeine Wohlfahrt» heißt, was zum Glück des Menschen, zu seiner Wohlfahrt beiträgt. Daran kranken nicht nur die Politiker, sondern meines Erachtens auch die Staatslehre. Wir haben die Frage nach dem Staatszweck leider vernachlässigt. Wohl aus diesem Grunde sind wir über das Menschenbild eines HOBBES, eines MARX und eines ROUSSEAU noch nicht hinausgegangen. Nicht einmal die FREUDsche Wendung, nämlich seine Erkenntnis von der Triebabhängigkeit des Menschen, haben wir bis jetzt in die Grundrechts- und Verfassungslehre einbauen können. Wer aber die Frage nach den Sozialrechten stellt, wird auch gleichzeitig zu seinem Menschenbild befragt. Wir müssen doch schließlich wissen, unter welchen Voraussetzungen sich die Menschen, wenn überhaupt, «entfalten» können. Wir müssen wissen, welches die wesentlichen Bedürfnisse des Menschen für ein menschenwürdiges Dasein sind, wenn wir die Frage stellen, welche Wohlfahrtsleistungen der Staat zu erbringen hat. Wir müssen wissen, inwieweit der Mensch trotz seiner Triebabhängigkeit zur Selbstregulierung fähig ist und rationale Entscheidungen fällen kann usw. Diese Fragen werden auch vom Bundesrat bewußt oder unbewußt, wie etwa in seiner

Botschaft über die Konjunkturartikel oder in seinen Richtlinien für die Legislaturperiode, immer wieder aufgeworfen, aber kaum beantwortet. Sie werden sich allerdings kaum mit letzter Klarheit beantworten lassen. Die Verfassungslehre ist aber aufgerufen, wenigstens nach größerer Klarheit zu suchen.

Herr MÜLLER hat uns in seinem Referat deutlich aufgezeigt, daß der Verfassung ein Menschenbild zugrunde liegt, das nicht eindimensional verstanden werden darf, das nicht nur dem einen, der schon die Freiheit besitzt, Rechte geben soll, sondern auch den anderen in seiner Entfaltung fördern muß. In diesem Sinne ist der *Gestaltungsauftrag* an die staatlichen Organe, die *institutionelle Garantie* der Freiheitsrechte zu verstehen, die vielleicht bewußt oder unbewußt von einem neuen, unserer Gesellschaft entsprechenden Menschenbild geprägt sind.

Prof. Dr. FRITZ GYGI, Bern:

Im Vorfeld der Diskussion um eine Gesamterneuerung der Verfassung, zu der das gesamte Volk sich seine Meinung bilden soll, verdienen beide Berichterstatter Anerkennung, weil sie eine Sprache sprechen, die von jedermann verstanden werden kann. Es wird nicht der Eindruck zu erwecken versucht, als ob Verfassungsrechtsfragen zu begreifen nur wenigen vorbehalten sei.

Das Referat von J. P. MÜLLER, zu dem ich mich vor allem äußern möchte, läßt verdienstvollerweise heraustreten, daß freiheitliche und gerechte gesellschaftliche Verhältnisse im geltenden Verfassungszustand nicht Gegensätze oder Gegenpole bilden. Das ist selbst dann nicht der Fall, wenn dadurch wirtschaftliche Stützung und Förderung des einzelnen durch staatliche Intervention oder Leistungen gefordert ist. Die Bundesverfassung, wie sie jetzt ist, deckt ein solches Anliegen (S. 812ff., 823ff., 894ff.).

Die Juristen tragen jedoch einen nicht unwesentlichen Teil an Verantwortung dafür, daß die Freiheitsrechte im wirtschaftlich-sozialen Bereich in einer Weise staatsfremd verstanden worden sind, die ihrem wahren und ihrem vollen Sinngehalt nie entsprochen hat. Dieser Irrtum muß nicht unbedingt dadurch überkompensiert werden, daß man soziale Grundrechte einführen würde.

Es genügt vielmehr, die Freiheitsrechte des Wirtschaftslebens um die soziale Dimension anzureichern, genauer gesagt, die verschüttete Seite dieser Grundrechte wieder abzudecken und zu restaurieren. Zu diesem Zwecke hat J.P. MÜLLER eindrücklich dargetan, daß man in der Verfassung nicht nur die Freiheitsrechte sehen und in ihrer vollen Tragweite verstehen sowie ernst nehmen sollte. Es sind nicht minder die Kompetenzvorschriften, Rechtssetzungsaufträge und die andern Gehalte zu beachten und miteinander in systematische Beziehung zu setzen (so etwa S. 749ff., 823ff., 825ff.).

Eine gute Verfassung ist nicht eine Verfassung, die möglichst vieles voll verspricht, was sie nicht oder höchstens zu einem geringen Teil wird halten können. Zu vermeiden gilt es vor allem, mit solchen Versprechungen unverträgliche Gegensätze zu schaffen oder gar verhüllte Systemwandlungen einzuschleusen (S. 742f., 858).

Man darf aus den von J.P. MÜLLER konzis dargelegten Gründen zögern, einer Begehrlichkeitseinstellung, die wechselweise weitgehendste Freiheit der individuellen Entscheidung einerseits und Totalversorgung der Bedürfnisse durch den Staat andererseits fordert, den Anschein verfassungsrechtlicher Legitimität zu verschaffen. Das aber müßte aus einer Verfassungslage resultieren, in der scheinbar einträchtig nebeneinander die Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsfreiheit einerseits, Recht auf Arbeit und Recht auf Wohnung andererseits stünden. Desgleichen geht das prätentiöse Getue im Bildungssektor auf eine solche Haltung zurück. Das Volk scheint hier einen feineren Sinn für die Abgrenzung des Möglichen vom Unmöglichen zu haben.

Soziale Grundrechte sind – darüber besteht Einigkeit auch bei den Befürwortern – zur Hauptsache an den Gesetzgeber gerichtet (S. 847, 852ff.). In Wahrheit würden sich in ihnen eigentlich vor allem verpflichtende Kompetenzvorschriften für Sozialaufgaben verbergen. Gerade deswegen bringen sie eben insoweit nichts wirklich Neues, sondern bestätigen lediglich die im Referat nachgewiesene bisherige Unterschätzung anderer Verfassungsinhalte (z.B. S. 749ff.).

Zu bedenken wären zusätzlich in dieser Sicht die Rückwirkungen, die von sozialen Grundrechten auf die Kompetenzverteilung

zwischen Bund und Kantonen ausgehen müßten, wenn und weil soziale Grundrechte effektiv in ausgedehntem Maß als Rechtssetzungszuständigkeiten zu verstehen wären (so S. 749ff.).

Schließlich darf hervorgehoben werden, daß die beiden Referenten eines belegen: Man kann vorausschauend und fortschrittlich denken, ohne die Notwendigkeit zu sehen, sich zuvor über alles Bestehende hinwegzusetzen.

Dr. WALTER HILDEBRANDT, Bülach*:

Es muß auffallen, daß sich unser Schweizerischer Juristentag mit den sogenannten «Sozialen Grundrechten» beschäftigt. Wir befinden uns eben auf dem Wege zum Sozialstaate, ja sogar zum Leistungsstaate. Vom Freiheits-, Ordnungs- und Wohlfahrtsstaate der selbständigen Bürger kommen wir her. Das Staatsziel ist nicht mehr Freiheit, sondern das Gemeinwohl, schlechthin das Glück. Es wird vom einzelnen Bürger, der heute meist in unselbständiger Stellung lebt, nicht mehr viel, vom Staate aber fast alles erwartet. Das ist der heutige Zeitgeist, und dieser Zeitgeist ist Existentialismus, Ausleben inmitten einer organisierten Gemeinschaft, die ihren Gliedern alles bietet, nicht nur einige Hilfe, um die Freiheitsrechte nutzen zu können, sondern darüber hinaus wirtschaftliche Leistungen, den Anspruch auf Wohnung, Arbeit und Bildung. Die Marschrichtung geht – französisch gesagt – auf den «état providence» zu.

Wir müssen unseren beiden Referenten dafür dankbar sein, daß sie uns die Lage und die Gedankengänge so klar und ungeschminkt dargelegt haben. Sie ermöglichen es uns, mit der Prüfung des Geschehens und Zielens von heute einzusetzen. Das Ideal unserer Väter war die Freiheit der Persönlichkeit, welche unsere Bundesverfassung noch immer bestimmt. In der Freiheit sahen sie den Zweck des Staates; sie wollten sich als Persönlichkeiten frei entfalten. Heute steht etwas Objektives, nämlich das Glück des Menschen, im Vordergrund, und dieses Glück will man sich durch die

* Aus Zeitgründen konnte dieses Votum an der Tagung nicht mehr mündlich vorgetragen werden.

Leistungen des Staates gewähren lassen. Anstatt daß ein jeder sich sein Glück selber schmiedet, soll der Staat den Leuten das Glück schmieden. Wie wir von den negativ verlaufenen Abstimmungen her wissen, läßt sich das aber nicht so ohne weiteres bewerkstelligen, denn der Staat unserer Bundesverfassung entbehrt noch jenes Aufbaues, welcher die Leistungen hervorbringt. Er verfügt weder über jene Gliederung, welche die Empfängerschaft bestimmt, noch über die Mittel, welche er leisten soll. Kurz: Der Bund ist auf die sogenannten «sozialen Grundrechte» nicht vorbereitet.

Überhaupt steckt in diesem Begriffe eine merkwürdige neue Behauptung, daß es sich nämlich um ursprüngliche, fundamentale Rechte handle. Im Gegensatze zu den Freiheitsrechten, die der Persönlichkeit naturhaft eigen sind, erscheinen aber die «sozialen Grundrechte» als abgeleitete, sekundäre Gebilde, abgeleitet aus einer neuen Auffassung des Staates als Sozialstaat. Das zeigt sich auch darin, daß sich das Gegenstück dazu, die «sozialen Grundpflichten», in unserem schweizerischen Rechtswesen noch nicht herausgebildet hat, vielleicht deshalb nicht, weil es wohl angenehmer ist, Rechte zu kreieren als Pflichten zu statuieren. Die «sozialen Grundrechte» sind im Grunde nicht gegeben, sondern werden nur auf den Schild erhoben, weil den Menschen in der heutigen Mehrung von Volk und Industrie der Raum fehlt, um sich mit den Freiheitsrechten allein ein gesichertes Dasein zu schaffen. Insoweit lassen sich die «sozialen Grundrechte» gewissermaßen rechtfertigen.

Man halte sich indessen gegenwärtig, daß es fragwürdig ist, dem Volke durch staatliche Leistungen das Glück zu verschaffen. Diese Medaille hat auch ihre Kehrseite. Der Staat kann nur leisten, wenn er zuvor seine Kräfte und Mittel gesammelt hat. Das geht nicht ab ohne eine Ballung der Staatsgewalt, ohne Straffung der Bande zwischen Staat und Bürger. Leicht kann das Glück nur einen harten Zwang zu Gevatter bekommen, womit es dann auf einen engen Bereich zusammenschmilzt. An dieser Stelle kommt mir Grimms Märchen vom «Hans im Glück» in den Sinn: jener Hans tauschte, um glücklicher zu werden, seinen verdienten Klumpen Gold in ein Roß um, dann das Roß in eine Kuh, weiter in eine Sau, in eine Gans und schließlich in zwei Wetzsteine, die ihm in den

Brunnen hinunterfielen, so daß er am Ende seines Glückes gar nichts mehr besaß. Darum heißt es mit den «sozialen Grundrechten» Maß halten. Auch wenn sich das Glück nicht so vollständig darbieten sollte, so ist dieser mangelhafte Zustand immer noch besser, als wenn der Bürger keinen Raum mehr hat, sich gemäß den Freiheitsrechten in Freiheit zu entfalten. In gewiß allzu plastischer Art hat der Dichter HÖLDERLIN einmal gesagt: «Immerhin hat das den Staat zur Hölle gemacht, daß ihn der Mensch zu seinem Himmel machen wollte.» Es dürfte eine Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, unter Pflege der Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung dafür zu sorgen, daß nicht vor lauter Sozialgesetzgebung der Wille der Bürger zur Eigenständigkeit gelähmt und damit der Bestand des Staates geschwächt wird. Es kommt nicht allein auf die bessere Fassung, Sprechbarkeit und Erfüllbarkeit der «sozialen Grundrechte» an.

Einstweilen bewegen sich die Fragen um die «sozialen Grundrechte» noch weithin auf dem Boden der Politik. Von dem Magneten des Sozialstaates, noch mehr des Leistungsstaates, fühlen sich die Organe der Gesetzgebung, der Verwaltung und selbst der Rechtsprechung angezogen. Das äußert sich in Programmen, Planungen, Richtlinien, neuen Auslegungen des Rechtes. Während nach früherer Ansicht nur der Rechtssatz Recht bildete, scheinen neuerdings allerlei Vorformen, Übergangsformen, Entwürfe, behauptet fortschrittliche Rechtsauffassungen um rechtliche Geltung zu ringen, ja sogar rechtliches Gewicht zu erlangen. Dies ist um so mehr der Fall, als staatliche Organe und nicht etwa nur politische Parteien deren Urheber sind. Auf solche Weise entsteht eine Unsicherheit über den Rechtsbestand. So erscheint eine schärfere Trennung zwischen Recht und bloßer Politik als geboten.

Wir beschäftigen uns mit den «sozialen Grundrechten» im Vorfelde einer allfälligen Totalrevision der Bundesverfassung. Da dürfte es sich empfehlen, den Wagen der Verfassung nicht allzu sehr mit solchen Neuerungen auf einmal zu belasten, und zwar eingedenk der Worte, die uns aus der Feder GOTTFRIED KELLERS überliefert sind, und die da lauten:

«Eine Verfassung ist keine stilistische Examenarbeit. Die sogenannten schönen, philosophischen Verfassungen haben sich nie

eines langen Lebens erfreut. Wäre mit solchen geholfen, so würden die überlebten Republiken noch da sein, die sich einst bei Rousseau eine Verfassung bestellten, weil sie kein Volk hatten, in welchem die Verfassungen latent sind bis zum letzten Augenblick. Uns scheinen jene Verfassungen die schönsten zu sein, in welchen ohne Rücksicht auf Stil und Symmetrie ein Konkretum, ein errungenes Recht neben dem anderen liegt, wie die hartglänzenden Körner im Granit, und welche zugleich die klarste Geschichte ihrer selbst sind.»

Prof. Dr. WERNER KÄGI, Zürich*:

Das Postulat der Sozialrechte ist eine Herausforderung für unser Verfassungsdenken. Zwar ist die Sache nicht so neu, wie viele meinen; auch wird das Problem nicht zum ersten Mal diskutiert. Und doch war die Herausforderung noch nie so grundsätzlich wie heute. Die Erfahrungen früherer Auseinandersetzungen müßten uns in einer Zeit, die eine gefährliche Neigung zur Verabsolutierung und zur Polarisierung zeigt, Ermahnung sein. Wenn früher von diesen Sozialrechten die Rede war (vom «Recht auf Arbeit» schon 1893/94, dann wieder 1946 und 1947; vom «Recht auf Wohnung» 1970/71; zuletzt 1972/73 vom «Recht auf Bildung»), dann konnte man immer wieder die gleichen Reaktionen beobachten: Von der einen Seite her die radikale Verdächtigung, Ablehnung, ja Verketzerung der sozialen Grundrechte. Sie erschienen einem extrem liberal-individualistischen Denken oft geradezu als Negation der Freiheit und a priori als völlig unvereinbar mit dem Rechtsstaat. Mehr noch: Sie warnten vor diesem «trojanischen Pferd», das den Weg zum Kollektivismus und zum Totalstaat einleiten müßte! Hinter der Ablehnung stand bei vielen ohne Zweifel eine echte Besorgnis um den freiheitlichen Rechtsstaat; bei anderen dagegen ist der Rechtsstaat allerdings auch bloß die ideale Verkleidung des Egoismus und eines mangelnden Willens zu sozialer Gerechtigkeit. Auch der Rechtsstaat kann entarten, zu einer Ord-

* Aus Zeitgründen konnte dieses Votum an der Tagung nicht mehr mündlich vorgetragen werden.

nung gegen die Gerechtigkeit werden. – Auf der anderen Seite konnte man oft eine eigenartige Faszination, verbunden mit allerlei utopischen Erwartungen, feststellen. Die Sozialrechte werden von vielen als das «neue Leitbild» für eine kommende Verfassungspolitik angesehen. Sie werden dem «bloßen Rechtsstaat» bzw. der «bloßen Formaldemokratie» entgegengestellt. Nur wer sie vorbehaltlos befürwortet, ist «sozial» und «fortschrittlich»; wer sie dagegen verneint oder auch bloß kritisch betrachtet, wird mit dem Stigma des «Asozialen» und «Reaktionären» belegt. Auch hier muß festgehalten werden, daß es vielen Befürwortern um das Anliegen der sozialen Gerechtigkeit geht. Aber auch das andere ist nicht zu verkennen: Die Sozialrechte als bloß taktisches Mittel im Kampf gegen das ganze System der rechtsstaatlichen Demokratie. Wir stehen jedenfalls heute vor einer neuen gefährlichen Polarisierung, die uns im Blick auf die verfassungspolitische Aufgabe der kommenden Jahre beunruhigen muß.

In dieser Situation wurden uns nun zwei Berichte vorgelegt, von JÖRG MÜLLER und ETIENNE GRISEL, die in ganz außerordentlicher Weise geeignet sind, die Nebel zu spalten, gefährliche illusionäre Erwartungen abzubauen, zu «entmythologisieren», die Begriffe zu klären und die Fragestellung zu differenzieren. Mit Herrn GYGI möchte ich die «klare Sprache» hervorheben. Es ist doppelt erfreulich, daß diese Klärung, die einer offeneren und sachlicheren Diskussion unter Juristen und in der weiteren Öffentlichkeit den Weg bereiten kann, von zwei Vertretern der *jüngeren* Generation geleistet worden ist.

Die beschränkte Zeit erlaubt es nicht, auf Einzelheiten einzugehen. Ich hätte einige Fragen zu verschiedenen Punkten; aber das große Ja zu den Hauptthesen läßt mich diese kleineren Vorbehalte zurückstellen. Lassen Sie mich statt dessen versuchen, einige Hauptpunkte, die mir im Blick auf die kommende verfassungspolitische Diskussion um die Totalrevision – oder, was wahrscheinlicher ist, um eine ganze Reihe von Partialrevisionen – wesentlich erscheinen, anzudeuten bzw. zu unterstreichen.

Klar ist das höchste politische Ziel der rechtsstaatlichen Demokratie, die *«Humanisierung»* oder *«Vermenschlichung» der Gemeinschaft*. Wie ein Refrain geht es durch die Abhandlung von JÖRG

MÜLLER, daß der *Grundwert der Personwürde,* wenn anders es nicht eine bloße Phrase bleiben soll, verlange, daß auch ein Mindestmaß an sozialer Gerechtigkeit durch die staatliche Verfassung gewährleistet wird. Für die Verwirklichung aber ist folgendes zu bedenken: Es geht nicht darum, den «Rechtsstaat» durch den «Sozialstaat» abzulösen, der die soziale Gerechtigkeit im freien, direkten Zugriff anstrebt; sondern *der Sozialstaat muß in den Formen und Schranken des Rechtsstaates verwirklicht werden.* Nur so kann das legitime Ziel erreicht werden, daß die Freiheitsrechte zu einer wirklichen Möglichkeit für alle Menschen werden können.

Meine Generation hat die radikale Bedrohung des Rechtsstaates, in vielen Staaten seine radikale Zersetzung und seinen Zusammenbruch miterlebt. Dieses Trauma hat uns für *die Gefahren* sensibilisiert. Es geht dabei keineswegs um ein bloßes Festhalten am Geist und an den Formen von gestern. Wir müssen die zeitbedingten Elemente und die Erstarrungen und anderen Mängel klar erkennen. Auch der Rechtsstaat ist durch ein oft sehr kurzsichtiges Nützlichkeitsdenken und vor allem durch den praktischen Materialismus bedroht. Die Hierarchie der Werte ist weitherum in Verwirrung geraten.

Aber ebenso deutlich muß das andere gegenüber gewissen saloppen Angriffen und leichtfertigen Verketzerungen festgehalten werden: Der Rechtsstaat ist nicht einfach eine Objektivation des «sekuritätsbesessenen bourgeoisen Geistes». Daß er da und dort geradezu mit dem «Recht zur Spekulation» und dem «Schutz der Steuerdefraudation» identifiziert werden kann, ist angesichts einer falschen Passivität und eines eigenartigen Nachgebens (Steueramnestien) verständlich, trifft aber nicht sein Wesen. Er ist *das Ergebnis eines jahrhundertelangen Kampfes* um das Recht, auch er eine «constans et perpetua voluntas» gegen angemaßte Allmacht, gegen Ungerechtigkeit und Willkür. Die rechtsstaatlichen Normen und Einrichtungen sind wirklich der *Niederschlag jener «expérience éternelle»,* die MONTESQUIEU als Quintessenz der verfassungsgeschichtlichen Erfahrung aufgewiesen hat. Eine Zeit, die vor allem die Wandlungen sieht und betont, ist in Gefahr, mit den *zeitbedingten* Normen auch jene Normen über Bord zu werfen, die man füglich als *«dauernde»* oder *«ewige»* bezeichnen darf. Ihre

Erhaltung und neue Entfaltung ist uns gerade heute aufgegeben, wo wir daran sind, *den Rechtsstaat zum sozialen Rechtsstaat weiterzuentwickeln.*

Eben hier stellt sich nun die Frage nach der Stellung, Bedeutung und Wünschbarkeit *von Sozialrechten als sozialen Grundrechten der Verfassung.* Lassen Sie mich, angeregt durch die vortreffliche Untersuchung von JÖRG MÜLLER, einige Punkte herausgreifen, die mir im Blick auf die kommenden Diskussionen bedenkenswert erscheinen: Da ist einmal die *Klärung der Begriffe* und die *Differenzierung.* Was sich selbst für die klassischen Grundrechte als notwendig erwiesen hat, wird für die sozialen Grundrechte geradezu zum imperativen Gebot: Die Frage ist *für jeden Bereich besonders* zu untersuchen und aus der Vielzahl möglicher rechtlicher Lösungen ist die je sachgerechte auszuwählen. Da ist weiter die nachdrückliche Erinnerung *an die Grenzen,* die dem Recht hier gesetzt sind. Der Rechtsstaat ist an sich *eine Begrenzung des Staates* und er bewahrt den Sozialstaat vor dem gefährlichen Abgleiten in totalitäre Bahnen und die damit verbundene Unitarisierung, Nivellierung und Verabsolutierung. Eben dieser Rechtsstaat, der heute vom Willen zur sozialen Gerechtigkeit getragen sein muß, erinnert uns aber gleichzeitig daran, daß diese sozialen Leistungen des Staates nur begrenzt in die Form von Sozialrechten, die einen gerichtlich geschützten subjektiven Anspruch des einzelnen gewährleisten, gekleidet werden können. Die Mißachtung dieser Schranken durch eine zu weit gehende Verbürgung von Sozialrechten müßte sich, paradoxerweise, sehr unsozial auswirken und vor allem auch dem Rechtsstaat gefährlichen Schaden zufügen. Der Rechtsstaat gewährleistet, wie JÖRG MÜLLER wiederholt betont hat, *einen «optimal offenen politischen Prozeß» für die Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit.*

Die Verfassung sehen wir heute nicht mehr bloß als Magna Charta der individuellen, politischen und föderativen Freiheit, sondern auch als Magna Charta des Umweltschutzes und des Sozialstaates. Diese Ausweitung des Verfassungsbegriffs – in dem sich ein umfassenderes Bewußtwerden und Ergreifen der Verantwortung spiegelt – möchte dazu führen, möglichst alle grundlegenden Normen in das Grundgesetz aufzunehmen. Das scheint nicht nur

im Blick auf die Rechtsverwirklichung, sondern auch im Gedanken an die (immer noch vernachlässigte) pädagogische Aufgabe der staatsbürgerlichen Erziehung wichtig zu sein. Diese umfassende Kodifikation hat auch nicht nur für Franzosen etwas Faszinierendes. Aber so sehr dies *aus politischen Gründen wünschbar* sein mag, müssen wir doch – *um des Rechtes willen* – davon absehen. Wir würden für jene sozialen Grundrechte, die sich in die Form eines für die unmittelbare Anwendung hinreichend präzisierten, in den finanziellen Auswirkungen berechenbaren und tragbaren Anspruches bringen lassen, vorschlagen, daß sie *im Sachzusammenhang* (z. B. im Abschnitt «Schule» oder «Erziehung» oder «Arbeit» oder «Gesundheitswesen» etc.) eingefügt werden. Eine *zusammenfassende Kodifikation* der sozialen Grundrechte – in Analogie zu den klassischen Freiheitsrechten – ist nicht nur rechtsstaatlich problematisch, sondern auch wegen der großen Verschiedenheit verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Eine systematische Zusammenfassung aber würde zweifelsohne nach allerlei Auslegungsversuchen rufen (z. B. «Lückenlosigkeit» des Katalogs sozialer Grundrechte, «Vorrang der sozialen Grundrechte gegenüber dem bloßen status negativus» u.ä.m.).

Zum Schluß noch eine Bitte oder besser ein Aufruf an die Juristen. Wir erinnern an die emotional geladenen Simplifizierungen in vielen öffentlichen Diskussionen um diese Sozialrechte, an die Herrschaft des Schlagwortes und an die damit verbundene Polarisierung und Erstarrung der Meinungen. Wir haben nun andererseits diese vorzüglichen Referate von JÖRG MÜLLER und ETIENNE GRISEL. Der Schlußbericht der Kommission Wahlen wird uns nächste Woche zugänglich sein. Wir sind in diesem Zusammenhang vor allem gespannt auf das Kapitel über die Sozialrechte von HANS HUBER, von dem wir eine wesentliche Klärung der komplexen Problematik erwarten. Neben den neueren Abhandlungen von LUZIUS WILDHABER und PETER SALADIN, die auch demjenigen, der die Dinge etwas anders sieht, viel Anregung geben, darf ich auf eine neue Zürcher Dissertation von CHRISTIAN BENZ, die letzte Woche erschienen ist, hinweisen. Die große ausländische Literatur, auch zur völkerrechtlichen Entwicklung, müssen wir im «Zeitalter der Integration» noch viel stärker als früher heranziehen, wie dies

in den erwähnten Abhandlungen geschehen ist. Diese Literatur ist in schönster Weise geeignet, die kommende verfassungspolitische Diskussion zu fundieren und zu klären. Es genügt nun aber keineswegs, daß wir es hier unter Juristen diskutieren, daß einige Juristen in den Räten klärend wirken oder vor einer Abstimmung in einer Radio- oder Fernsehdiskussion das Wort ergreifen. *Wir Juristen müßten uns an dieser wegbereitenden Arbeit weit intensiver beteiligen.* Unser verehrter Präsident hat gestern in seiner aufrüttelnden Präsidialrede wesentliches zu dieser *Verantwortung des Juristen in bedrohter Zeit* gesagt. –

Nach dem Ersten Weltkrieg, nach dem Zweiten Weltkrieg und nun wieder neu in der eigenartigen Krise der Hochkonjunktur wird dem *«Rechtsstaat»* der *«Sozialstaat»* als das neue und höhere Ziel entgegengestellt. Es geht aber, richtigerweise, *nicht um eine Antithese «Sozialstaat gegen Rechtsstaat»* (auch nicht umgekehrt!), sondern vielmehr *um die Synthese des sozialen Rechtsstaates.* Es bedarf– wie vor allem die oft erschreckenden Statistiken über die Stimmabstinenz zeigen – einer großen und beharrlichen Anstrengung, um *den Sinn für den Rechtsstaat und die rechtliche Verfassung* neu zu wecken. Der Rechtsstaat bleibt bzw. wird nur dann eine Ordnung, die dem einzelnen sinnvoll und verteidigungswert erscheint, wenn er in ihr und durch sie die soziale Gerechtigkeit erfahren darf. Aber es gilt umgekehrt auch das andere: *daß der Sozialstaat* – um ein Wort von IMMANUEL KANT zu variieren – *keinen wirklichen Schritt tun kann, ohne zuvor dem Rechtsstaat zu huldigen.*

M. le professeur ETIENNE GRISEL, rapporteur de langue française (intervention finale):

Je voudrais me borner d'abord à mettre une fois encore en évidence un point qui me paraît capital, parce qu'il est au départ de tous les débats relatifs aux droits sociaux, en d'autres termes parce qu'il marque la bifurcation entre les différentes voies qui peuvent nous conduire à garantir et à rendre effectifs les droits sociaux. Et, pour terminer, je hasarderai une prédiction.

M. MORAND a relevé que la définition des droits sociaux qui les

fait dépendre du critère (matériel) de leur contenu entraîne un certain nombre de conséquences importantes. Il en a cité quelques-unes. Je voudrais pour ma part ajouter que, si je me suis longuement étendu tout à l'heure sur les motifs plutôt théoriques pouvant conduire à adopter une telle définition, il me semble que cette dernière présente également un certain nombre d'avantages pratiques. En effet, cette conception, si elle est adoptée, obligera le constituant à considérer la constitution économique et sociale comme un tout. En d'autres termes, la définition que je vous soumets fera obligation aux futurs constituants d'envisager comme une unité les divers termes du problème social, et à donner à ce dernier une solution d'ensemble. Ce point me paraît capital et, si je l'ai bien compris, c'est précisément celui-là qui fait peur à M. le professeur JUNOD. Il importe en effet d'harmoniser, de concilier les intérêts, les aspirations et les intérêts économiques des divers groupes qui composent la société. Il s'agira d'apporter à chacun la liberté nécessaire à son développement matériel, condition d'une situation morale digne de l'être humain. Il faudra en même temps assurer à chacun les prestations indispensables à cet épanouissement matériel d'une part, à cette dignité humaine de l'autre. Donc, au-delà de ses aspects purement techniques, ma conception en quelque sorte globale ou unitaire des droits économiques et sociaux aura une signification pratique; elle veut, en d'autres termes, indiquer la voie que le constituant pourrait emprunter lorsqu'il cherchera à garantir à tous les membres de la société leur épanouissement économique et moral.

M. SALADIN nous attribue, à M. MÜLLER et à moi, une attitude pessimiste quant à l'établissement des droits sociaux. Je me demande toutefois s'il ne s'agit pas, dans une certaine mesure, d'un malentendu. Nous ne pouvons pas aujourd'hui faire abstraction des objectifs sociaux. Et le constituant ne pourra pas les ignorer. Si le développement de la vie matérielle, économique et sociale mérite d'être favorisé au même titre que l'épanouissement intellectuel, spirituel et politique dont on a parlé tout à l'heure, encore faut-il donner cependant aux dispositions constitutionnelles la structure qui convient aux différents droits économiques et sociaux que l'on voudra garantir.

Je terminerai par une prédiction que je hasarde et qui résulte d'une distinction qu'il faut faire, je crois, entre deux catégories de droits sociaux qui donnent lieu à une prestation positive. En effet, parmi les droits sociaux qui appartiennent au statut positif, il faut, comme l'a fait le conseiller national AUBERT lors des débats sur le droit à la formation, envisager d'un côté les droits à une prestation que l'Etat fournit d'ores et déjà ou qu'il est du moins prêt à fournir immédiatement, d'une part et, d'autre part, les droits à une prestation que l'Etat n'est pas encore à même de fournir ou du moins pas complètement. Si cette dernière distinction n'a guère d'intérêt dogmatique, elle a cependant une portée pratique. En fait, l'Etat reconnaîtra plus volontiers et sans doute avec davantage de raisons des droits sociaux qu'il est sûr de pouvoir rendre effectifs, autrement dit, d'énoncer des promesses qu'il est certain de pouvoir tenir. Et ce n'est certainement pas un hasard si le seul droit social non écrit à une prestation positive est celui de l'assistance judiciaire gratuite, qu'il est sûr de pouvoir garantir, même s'il a besoin, pour ce faire, de l'aide des avocats. Et ce n'est pas un hasard non plus si le premier droit subjectif à une prestation positive que le Conseil fédéral aussi bien que l'Assemblée fédérale ont soumis au vote du peuple et des cantons a été le droit à la formation. L'Etat sait qu'il peut et qu'il doit assurer à chacun l'enseignement qu'il est capable de suivre.

Prof. Dr. JÖRG P. MÜLLER, Berichterstatter deutscher Sprache (Schlußwort):

Ich glaube, ich kann mich ganz kurz fassen. Die zahlreichen Voten, die gefallen sind, haben das ganze Spektrum der Zweifel und Vorbehalte, die ich gegenüber meiner eigenen Meinung habe, schon zum Ausdruck gebracht. Ich habe während der Arbeit und Vertiefung in den Problemkreis meine eigene Stellungnahme selber auch geändert; ich möchte da allen Rednern danken, die Pro und Kontra zum Ausdruck gebracht haben. Herr Dr. WEBER hat zunächst gefragt, wie ein Recht auf Bildung zu konkretisieren wäre. Gerade diese Frage hat mich bei der Ausarbeitung meines Referates eigentlich zuerst zu einer großen Skepsis gegenüber der schlag-

wortartigen Proklamation sozialer Grundrechte in der Verfassung geführt. Was könnte das Bundesgericht tatsächlich tun bei der Konkretisierung dieses Rechts? Es müßte angesichts des vielleicht kommenden numerus clausus bei den Medizinern feststellen, daß dieser angesichts der tatsächlichen Verhältnisse unausweichlich sei. Ist es wünschbar, daß *als Verfassungsrecht* festgestellt wird, der numerus clausus sei in dieser Größenordnung zulässig, in einer andern nicht? Ich sehe hier einfach eine Überanstrengung der Möglichkeiten der Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie sich in Deutschland gezeigt hat beim Numerus-clausus-Urteil, wo angesichts des numerus clausus von 40–60% für Mediziner in Hamburg und München gesagt wurde, der Verfassungsrichter könne nicht einschreiten, da das Gemeinwesen doch im Rahmen des Möglichen gehandelt habe. Diese Entwicklung halte ich für unheilvoll. Ich halte es auch für bedenklich, wenn das Bundesgericht entweder dem Bundesgesetzgeber – im Hinblick auf eine vielleicht kommende Verfassungsgerichtsbarkeit im Bunde – Aufträge erteilen würde, die dieser dann nicht erfüllen könnte vielleicht wegen des Referendums, oder wenn das Gericht gegenüber einem widerspenstigen Kanton Anweisungen über Leistungspflichten erteilen würde, die vielleicht wegen mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit des Gemeinwesens ins Leere gingen. Das würde im Ganzen, glaube ich, doch der Autorität des Verfassungsgerichts schaden. Ich bin vielleicht von Herrn RHINOW ein wenig falsch verstanden worden. Ich wollte nicht sagen, die soziale Frage sei durch Interpretation und Konkretisierung bestehender Klauseln wie des Wohlfahrt- und Zweckartikels für die Zukunft zu lösen. Ich wollte sagen, diese Klauseln seien bei der Auslegung bestehender Kompetenznormen vermehrt fruchtbar zu machen. Im übrigen bin ich überzeugt, daß es in Zukunft neuer Gesetzgebungsaufträge, auch Staatszielbestimmungen, und Richtlinien für den Gesetzgeber bedarf für die gebotene Weiterbildung des sozialen Rechtsstaates.

Zum Gesetzgebungsauftrag noch ein Wort: Ich halte den Gesetzgebungsauftrag für das geeignetere Mittel, dem Sozialstaat Richtung zu weisen: es wird klar die Verpflichtung des Gesetzgebers angesprochen. Die Praxis zeigt, daß das Bundesgericht – wenn Not am Mann ist – auch bereit ist, sogar in einem Ge-

setzgebungsauftrag einen Individualrechtsanspruch zu erblicken, wenn die Intensität des Rechtsschutzbedürfnisses dies verlangt. Wir kennen das Beispiel aus Artikel 49 oder 46 Absatz 2 bei der Doppelbesteuerung. Herr FLEINER hat kurz darauf hingewiesen, daß ich den Begriff «sozial» eng fasse in einem Passus meines Referats, wo ich ausführte, daß meines Erachtens ein Recht auf Fürsorge als Sozialrecht anerkannt werden könnte, weil genügend Kriterien für die Justiziabilität dieses Grundrechts zur Verfügung stehen. Ich denke an die kantonalen Armengesetze, das Konkordat über die wohnörtliche Armenunterstützung usf. All dies liefert Kriterien für die Konkretisierung eines praktikablen Rechtsanspruchs. In diesem engen Bereich würde ich zum Beispiel ein Sozialrecht anerkennen und damit den Rechtsanspruch im Armenrecht schaffen, der verschiedentlich gefordert wird. Im übrigen bin ich mit Herrn FLEINER einverstanden, der auf die Problematik des Begriffs «sozial» hingewiesen hat. «Sozial» bedeutet heute sicher viel mehr als Armenfürsorge. Ja, müssen wir nicht fragen: Können wir überhaupt einen Bereich «Sozialrecht» vom übrigen Recht abtrennen, ist denn nicht unsere juristische Arbeit in all ihren Erscheinungsformen eine eminent soziale Aufgabe, ist nicht das Recht schlechthin ein *sozialer* Ordnungsfaktor?

* * *

Der Präsident schließt die Tagung mit folgenden Worten:

Sie haben mit diesem Ihrem Beifall Ihre Dankbarkeit an die Herren Referenten bekundet. Sie haben aber auch Ihre Dankbarkeit gegenüber den Votanten zum Ausdruck gebracht, und ich darf das hier nochmals in Worte fassen. Im übrigen möchte ich diese Beratungen nun nicht schließen ohne nochmals den herzlichen Dank angebracht zu haben. Den vielfachen Dank: Einmal an das Organisationskomitee und die vielen Helfer, die die Durchführung des Juristentages realisierten, an die Autoren der Festgabe, an die vier Berichterstatter, die im Zentrum des Juristentages stehen und stehen werden, an den Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Herrn Bundesrat FURGLER, für

seine Anwesenheit und seine treffliche Ansprache, insbesondere aber an Sie alle, meine sehr verehrten Kolleginnen und Kollegen, meine Damen und Herren, dafür, daß Sie nach Basel gekommen sind und die kollegiale Begegnung dieser Tage ermöglicht haben. Damit erkläre ich den 107. Juristentag als geschlossen.

Verzeichnis der Redner

(Erfaßt sind nur diejenigen Voten,
die zu den Tagungsthemen abgegeben worden sind.)

Dallèves, L., Genève/Sion, S. 1016, 1057
Eichenberger, K., Basel/Arlesheim, S. 993, 1072
Faist, Th., Bern, S. 1027
Fleiner, Th., Fribourg, S. 1108
Fromer, L., Basel, S. 1038
Furgler, K., Bern, S. 1065
Grisel, E., Lausanne, S. 1073, 1122
Gygi, F., Bern, S. 1112
Heuss, V., Uitikon-Waldegg, S. 1050
Hildebrandt, W., Bülach, S. 1114
Hirsch, A., Genève, S. 1047
Homburger, E., Zürich, S. 1054
Immenga, U., Lausanne/Monts-de-Corsier, S. 1043
Junod, Ch.-A., Genève, S. 1104
Kägi, W., Zürich, S. 1117
Morand, Ch.-A., Genève, S. 1093
Müller, J. P., Bern/Hinterkappelen, S. 1080, 1124
Penard, M., Genève, S. 1036
Petitpierre, A., Genève, S. 1033
Rhinow, R. A., Reinach BL, S. 1099
Saladin, P., Basel/Bern, S. 1095
Schluep, W., Bern/Grenchen, S. 1008, 1031, 1059
Weber, R., Arbon, S. 1091
Wildhaber, L., Fribourg/Bolligen, S. 1102
Zimmermann, F., Küsnacht, S. 1021