

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: 96 (1977)

Rubrik: Protokoll der 111. 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: 07.01.2026

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

**Protokoll der
111. Jahresversammlung des
Schweizerischen Juristenvereins**

vom 23., 24. und 25. September 1977 in Luzern

Sitzung vom Samstag, den 24. September 1977
im Großratssaal in Luzern

Präsident:
Prof. Dr. FRITZ GYGI, Bern

I.

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

Was die Urkantone für die Schweizerische Eidgenossenschaft, das ist in gewissem Sinne Luzern für den Schweizerischen Juristenverein. Vor rund 120 Jahren hat es der Vorstand der Juristischen Gesellschaft des Kantons Luzern unternommen, in einem Aufruf an eine große Zahl von schweizerischen Juristen die Bildung einer Schweizerischen Juristischen Gesellschaft anzuregen. Im Sommer 1861 wurde in Luzern die Juristische Gesellschaft der Schweiz gegründet. Die Initianten wünschten sich ein Zusammenwirken der Juristen über die Kantonsgrenzen hinweg, um aus der Vergleichung des kantonalen Rechtes den Gesichtskreis zu erweitern und Ansatzpunkte dafür zu finden, welche Rechtsgebiete eine Vereinheitlichung nahelegten. Daneben sollte die Verbindung der schweizerischen Juristen zu nützlichen und interessanten Bekanntschaften unter ihnen führen. Diese Zielsetzung steht der Sache nach unverändert noch heute an der Spitze der Statuten des Schweizerischen Juristenvereins.

Die heutige Tagung an diesem historischen Ort gibt Anlaß, sich sozusagen mit dem Zustand des Schweizerischen Juristenvereins selbst zu befassen, nachdem, unter dem Vorsitz von Me RENÉ HELG, zwei Juristentage der Jahrhundertfeier der Bundesverfassung und des Bundesgerichtes gewidmet und also gegen außen gerichtet waren.

Der Schweizerische Juristentag hat mehrfach in Luzern getagt, so zum 50. Jubiläum im berühmten Jahr 1911. Jenes Zusammentreffen

wurde mit einer Begrüßungskantate eröffnet, zu der EUGEN HUBER die Worte und ALEXANDER REICHEL die Musik geschrieben hatte.

Mit der letzten Tagung aus dem Jahre 1962 verbindet uns insofern eine schmerzliche Erinnerung, als sie von PETER JÄGGI präsiert wurde, der 1975 mitten aus einem allseitig anerkannten Wirken herausgerissen wurde.

Die Verhandlungsthemen 1962 waren der staatsrechtlichen Beschwerde und dem Versicherungsvertragsrecht gewidmet. Derzeit liegt ein Entwurf einer kleinen Expertenkommission vor, welcher der frühere Bundesgerichtspräsident PIERRE CAVIN vorgestanden hat und deren Arbeiten wesentlich durch den jetzigen Präsidenten des Bundesgerichts, ANDRÉ GRISEL, und andere Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins beeinflußt waren. Dieser Entwurf sieht eine grundlegende Überarbeitung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vor. Zweierlei läßt dieser Hinweis erkennen:

- die Aufgabe, die sich der Schweizerische Juristenverein seit eh und je gestellt hat, nämlich von der Kenntnis des geltenden Rechtszustandes aus Vorschläge für Verbesserungen auszuarbeiten;
- die Zeit, die es braucht, bis die Vorarbeiten zu Vorschlägen gedeihen. Die Dauer dieses Ausreifungsprozesses hat ihre guten Seiten.

Ich habe nun vorweg dem Luzerner Juristenverein unter dem Vorsitz seines tatkräftigen Präsidenten, Herrn Rechtsanwalt Dr. HEINRICH ZEMP, seinen Kollegen und den übrigen erfahrenen und hilfsbereiten Mitarbeitern für die ausgezeichnete Vorbereitung des diesjährigen Juristentages zu danken. Was sonst zu den Alpträumen des Präsidenten gehört, eben die Vorarbeiten für den Juristentag, ging unter diesem Organisationskomitee sozusagen reibungslos und spielend vor sich. Dank diesem Einsatz haben wir die Freude und Genugtuung, uns hier zu einem gut besuchten und vielversprechenden Juristentag zusammenzufinden.

Zu den guten Traditionen des Schweizerischen Juristentages zählt es, einen Kreis von Ehrengästen aus Bund und Kanton einzuladen. Ihre Gegenwart hat besondern Bezug auf die Arbeit des Schweizerischen Juristenvereins. Allen voran steht der jeweilige Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, der in diesem Jahr zugleich Bundespräsident ist. Es gehört zu der Art und Weise, wie er sein Departement leitet, daß er das Wort bei einem der beiden Sachgeschäfte zu ergreifen gedenkt. Am Juristentag 1973 hat KURT EICHENBERGER anhand des Schlußberichtes der Kommission Wahlen zu Sinn und Tunlichkeit einer Totalrevision der Bundesverfassung

gesprochen. Wenn noch in diesem Herbst ein Entwurf für eine neue Bundesverfassung vorgelegt werden kann, so ist das der Entschlossenheit des gegenwärtigen Bundespräsidenten zu verdanken, unsere Zeit vor diesen Gegenstand staatspolitischer Besinnung zu stellen. Dazu dient ein Entwurf, der darauf angelegt ist, die Zukunft zu sehen, ohne mit der Vergangenheit zu brechen. Man kann voraussagen, daß er den juristischen Alltag der nächsten Jahre beleben wird.

Unter uns weilt sodann der Schultheiß des Standes Luzern, Herr Dr. ANTON MUHEIM, seinerseits zugleich Vorsteher des Kantonalen Justizdepartements.

Der Stadtpräsident von Luzern, Herr Nationalrat Dr. HANS RUDOLF MEYER, der sich auf dem Wege der Genesung befindet, wird vertreten durch Herrn Dr. ARMAND WYRSCH, Finanzdirektor der Stadt Luzern.

Da gute Rechtssetzung ihr Ziel ohne gute Rechtsanwendung verfehlt, sind alljährlich die Spitzen unserer Gerichte beim Juristentag zu Gast. Besonders sind zu erwähnen: der Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts, Herr Dr. ANDRÉ GRISEL, der Präsident des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Herr Dr. HANS KORNER, der Präsident des Kantonalen Obergerichtes Luzern, Herr Dr. BRUNO HÜBSCHER, der Präsident des Kantonalen Verwaltungsgerichts Luzern, Herr Dr. PIUS MEYER, sowie die Delegationen der oberen kantonalen Gerichte. Unsere Sympathie und Anerkennung gilt aber nicht minder auch den unteren Gerichten.

Auf Veranlassung des rührigen Organisationskomitees hat gestern – für den Schweizerischen Juristenverein eine Rarität – eine Pressekonferenz stattgefunden, zu der die Presse recht zahlreich erschienen ist, um sich über unsere Arbeit zu informieren. Die Presse und die Massenmedien verfolgen heute und morgen unsere Verhandlungen. Es geht dem Schweizerischen Juristenverein hier weniger um Publizität als darum, daß ein Anlaß gesehen wird, den Sinn dafür zu wecken, was das Recht zu einer Ordnung des Friedens und der Freiheit beizutragen hat. Mitunter wollte es in den letzten Jahren den Anschein machen, das Recht habe nichts mehr Gültiges zu bewahren und sei bloß dem Fortschritt – was immer das bedeuten mag – hinderlich. Der Sinn einer Gemeinschaft aller im Recht tritt in unserer Gegenwart wieder klarer zutage.

Willkommen heisse ich – wegen des Protokolls zuletzt, aber mit aller Herzlichkeit – Sie, liebe Kolleginnen und Kollegen, die Sie einmal mehr in stattlicher Anzahl der großen Anziehungskraft des Tagungsortes gefolgt sind.

Der Schweizerische Juristentag 1977 ist eröffnet.

II.

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung als Protokollführer:

Dr. RUDOLF RÜEDI, Fürsprecher, Bundesgerichtsschreiber am Eidgenössischen Versicherungsgericht, Luzern,
lic. iur. ALDO BORELLA, Bundesgerichtssekretär am Eidgenössischen Versicherungsgericht, Meggen.

Als Stimmenzähler werden gewählt:

Dr. DORIS BINZ, Fürsprecher, Bern,
Dr. ANDREAS JOST, Fürsprecher, Genf.

III.

Bericht des Präsidenten:

1. Das hervorragendste Merkmal der diesjährigen Tagung ist es, daß seit 1916 zum ersten Mal wieder eine Frau als Berichterstatteerin in Erscheinung tritt. Damit hängt eine protokollwidrige Eigenart des diesjährigen Programmformulars zusammen, auf die hinzuweisen sich gebietet. Sonst sind jeweilen im französischen Text die französischsprachigen Referenten vorangestellt worden. Ich glaube, die welschen Referenten und die Kolleginnen und Kollegen aus der Westschweiz in ihrer Zuvorkommenheit insofern richtig antizipiert zu haben, daß es für Sie eine Selbstverständlichkeit war, daß das Prinzip der Sprachparität für einmal rein optisch dieser besonderen Veranlassung wegen verlassen wurde. Der Referentin und ihren drei Kollegen, die dieses Jahr die nicht in Geld honorierte Fronarbeit übernommen haben, die schriftlichen Referate auszuarbeiten und am Juristentag zu vertreten, darf gewiß in Ihrem Namen der Dank und die Anerkennung zuteil werden.

Diese vier Referate lassen so bildhaft das stille, aber nachhaltige Wirken des Schweizerischen Juristenvereins im Dienste der Rechtsentwicklung erkennen, das schwergewichtig auf den Schultern der Referenten liegt. Es ist der unwandelbare Sinn dieser Berichte, sorgfältig und umsichtig in einem aktuellen Rechtsgebiet den gegebenen Rechtszustand aufzunehmen, um aus gründlichen Analysen heraus zu wegweisenden Anregungen vorzustoßen.

Von der Genugtuung abgesehen, einen Beitrag an die Verbesserung des Rechtes geleistet zu haben, kommt für die Referenten die Aussicht hinzu, in den Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins

gewählt zu werden. Dort ist es ihre Aufgabe, neue Themen anzuregen und Referenten zu gewinnen.

In diesen Erläuterungen finden Sie so ganz beiläufig die Erklärung dafür, warum bisher nie eine Frau dem Vorstand angehört hat, eine gewiß nicht rühmliche Tatsache. Das ist jedoch auf die ungeschriebene Tradition zurückzuführen, daß man sich zuerst als Referent die Sporen abverdienen muß. Nun aber kann das Eis brechen.

Darf ich gerade jetzt den Dank an die Kollegen im Vorstand anschließen. Er ist alles andere als eine beiläufige Floskel, so wenn ich an den Quästor, Dr. PEIDER MENGIARDI, denke. Er leistet zusammen mit dem zuverlässigen und gewissenhaften Archivar, ERNEST SIGNER, während des ganzen Jahres eine unsichtbare, aber aufwendige Arbeit. Dem gegenwärtigen Quästor, Dr. P. Mengiardi, kommt das Verdienst zu, das Finanz- und Rechnungswesen des Schweizerischen Juristenvereins einer Gesamtüberprüfung unterzogen und auf eine andere Grundlage gestellt zu haben.

Ferner haben es die Herren PD Dr. E. HOMBURGER und Dr. H. P. MOSER übernommen, die Verhandlungsleitung für je eines der beiden Tagungsthemen zu übernehmen.

2. Der Juristentag wünscht jeweilen über die Gegenstände informiert zu werden, die in späteren Jahren zur Behandlung kommen.

1978: Der Einfluß des Steuerrechts auf das Handelsrecht

Referenten:

Prof. Dr. W. RYSER, Bern

Dr. J. A. REYMOND, Genf

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Referenten:

Fürsprecher U. ZIMMERLI, Bern

Dr. P. MÜLLER, Lausanne

1979: Die ersten Erfahrungen

mit der Europäischen Menschenrechtskonvention

Referenten:

Prof. Dr. L. WILDHABER, Basel

Me J. RAYMOND, Strasbourg

Bäuerliches Grundeigentum

Referenten:

Dr. R. HOTZ, Bern

Me Ph. PIDOUX, docteur en droit, Lausanne

Die Referate sollen inskünftig – das haben wir schon in diesem Jahre erreicht – nicht mehr als 80–100 Druckseiten umfassen. Sie

werden Ihnen jedoch so rechtzeitig zukommen, daß Sie sie nach «Treu und Glauben» bis zum Juristentag gelesen haben könnten.

3. Wir haben im Vereinsjahr den Tod von 41 Kollegen zu beklagen. 122 Eintritten stehen 37 Austritte gegenüber. Am 18. August 1977 zählte der Verein 2941 Mitglieder.

Dem Verein sind beigetreten*:

Zürich

Dr. Paul Brügger, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Hanspeter Diener, Oberrichter, Zürich
Peter Diggelmann, Zumikon
Dr. Jens Drolshammer, Rechtsanwalt, Zürich
Mirella Früh-Caroni, lic.iur., Augwil-Kloten
Bruno A. Häfliger, lic.iur., Jurist, Zollikerberg
Dr. A. Hodel, c/o Swissair, Zürich
Xavier Jobin-Howald, lic.iur., Greifensee
Dr. Peter Reinhard Isler, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Moritz Kuhn, Rechtsanwalt, Hinteregg/Forch
Pierre Martin, lic.iur., Zürich
Dr. Christoph F. Reinhardt, Rechtsanwalt, Zürich
Christian Steinmann, lic.iur., Zürich
Dr. Bruno Stocker, Rechtskonsulent, Wädenswil
Dr. Bruno Tuor, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Markus Wirth, Rechtsanwalt, Zürich
Magda Youssef, lic.iur., Zürich

Bern

André Auer, Fürsprecher, Bern
Alphonse Fivaz, Fürsprecher, Bern
Dr. Reinhold Hotz, Rechtsanwalt, Gümligen
Dr. Aldo Virgilio Lombardi, Bern
Evelyne Lüthy-Colomb, Fürsprecherin, Köniz
Francesco Maurer, lic.iur., Liebefeld
Hans A. Renfer, Fürsprecher, Lengnau
Peter Ruf, Notar, Langenthal
Rudolf P. Schaub, Assistent, Bern
Hans Steiger, Fürsprecher, Bern
Dr. Martin Straub, juristischer Beamter, Rubigen
Elisabeth Veya, lic.iur., Bern

Luzern

Dr. Viktor Baumeler, Luzern
Jean-Michel Girod, Fürsprecher, Luzern

* Stand 18. August 1977.

René Juri, lic.iur., Luzern
Dr. Joseph Küng, Rechtsanwalt, Luzern
Dr. Pius Meyer, Verwaltungsrichter, Luzern
Hans Wiprächtiger, lic.iur., Luzern

Glarus

Dr. Roland Max Schneider, Rechtsanwalt, Glarus

Zug

Dr. Benno Degrandi, Zug

Fribourg

Maurice Brodard, lic. en droit, Villars-sur-Glâne
Georges Chanez, lic. en droit, Estavayer-le-Lac
Pierre Corboz, lic. en droit, Fribourg
Anton Cottier, Fürsprecher, Fribourg
Armand Monney, avocat, Villars-sur-Glâne
Pierre Nidegger, juriste, Marly
Henri Nuoffer, lic. en droit, Courlevon
Erika Schnyder, Fribourg
Albert Sieber, juriste, Givisiez

Solothurn

Dr. Rudolf Steiner, Olten, Fürsprech und Notar

Basel-Stadt

Jean Jene-Bollag, Advokat, Basel
Irène Jene-Bollag, Advokat, Basel
Dr. Peter Paul, Jurist, Basel
Hansjörg Sonderegger, Jurist, Basel

Basel-Landschaft

Dr. Albert Schnurrenberger, Jurist, Binningen
Dr. Beat Walther, Jurist, Binningen

Schaffhausen

Rauha Virtanen, lic.iur., Schaffhausen
Marcel Wenger, lic.iur., Schaffhausen

St.Gallen

Dr. Ulrich Cavelti, Rechtsanwalt, St.Gallen
Dr. Dieter Gerspach, Adjunkt, Buchs
Dr. Viktor Scheiwiler, Rechtsanwalt, St.Gallen
Dr. Peter Schorer, Fürsprecher, St.Gallen

Graubünden

Dr. Hans Graf, Rechtsanwalt, Chur
Jürg Christian Schürer, lic.iur., Chur
Wolfgang Wunderlich, Rechtsanwalt, Chur

Aargau

Dr. Rolf Eichenberger, Fürsprecher, Baden
Dr. Hans Gebhart, Fürsprech und Notar, Baden
Marcel Guignard, Fürsprecher, Obererlinsbach
Dr. Erich Haag, Rechtsanwalt, Wettingen
Rudolf H. A. Lang, Rechtsanwalt, Unterentfelden
Thomas Müller, Fürsprecher, Aarau

Tessin

Mauro Moroni-Stampa, lic. iur., Lugano
Pierre Schwarz, lic. iur., Lugano
Marianne Widmer, avvocato, Lugano

Vaud

Pierre-Ami Berney, juriste, Pully
Romano Buob, lic. en droit, Corseaux
Dominique Burnier, lic. en droit, Lausanne
Olivier Courvoisier, D^r en droit, Chavannes-près-Renens
Marguerite Florio, D^r en droit, avocate, Lausanne
Bernard Geller, lic. en droit, Lausanne
François-Daniel Golay, avocat, Pully
Blaise Grivel, lic. en droit, Lausanne
Pierre Jomini, D^r en droit, avocat, Lausanne
Diane De Luze, lic. en droit, Chigny-sur-Morges
Alain Schmalz, lic. en droit, Lausanne
Laurent Trivelli, D^r en droit, avocat, Lausanne
Olivier Verrey, D^r en droit, notaire, Lausanne

Valais

Pierre-André Bonvin, avocat, Sion
Marcel Schmid, lic. iur., Naters

Neuchâtel

Claude Bourquin, avocat, Neuchâtel
Christian Geiser, lic. en droit, La Chaux-de-Fonds
Jean-François Grüner, avocat, Neuchâtel
Christiane Terrier, lic. en droit, Savagnier
Jean-Marc Terrier, lic. en droit, Savagnier

Genève

Christa Balser, avocat, Genève
Martin Biéler, avocat, Genève
Bruno Bonvin, juriste de banque, Chêne-Bougeries
Pierre-Ami Chevalier, avocat, Sézenove-Bernex
Ivan Cohen, juriste, Genève
Franco Croce, lic. en droit, Genève
Janine Didisheim, avocate, Genève
Grégoire Dinichert, lic. en droit, Genève
Michel Gampert, avocat, Genève

Pierre A. Gilliéron, D^r en droit, Genève
 Serge Gobbi, avocat, Genève
 Dominique Haenni, D^r en droit, Genève
 Hans Hanisch, professeur à l'Université, Petit-Lancy
 Anne Héritier, lic. en droit, Genève
 Gérard Hertig, lic. en droit, Genève
 Christian Jacquemoud, avocat, Genève
 John Iglehart, juriste, Genève
 Olivier Lévy, juriste, Genève
 Renée Liechti, lic. en droit, Genève
 Pierre-José Loze, avocat, Genève
 Jacques Meyer de Stadelhofen, lic. en droit, Genève
 Philippe G. Meyer, avocat, Genève
 René Mezger, D^r en droit, avocat, Genève
 Giovanna Modiano, lic. en droit, Genève
 Pierre Mottu, notaire, Genève
 Yves H. Pirenne, lic. en droit, Genève
 Anne-Christine Reymond, lic. en droit, Genève
 Dominique Schucani, lic. en droit, Genève
 Jean-Charles Sommer, avocat, Genève
 Jacques Werner, D^r en droit, avocat, Genève
 Marco Ziegler, avocat, Genève

Gestorben sind folgende Mitglieder:

Eintritts- jahr

1943 Eduard Arnold, a. Bundesrichter, Luzern
 1934 Fritz Balmer, a. Gerichtsschreiber am Bundesgericht, Solothurn
 1923 Dr. Arthur Bauhofer, a. Oberrichter, Uster
 1961 Dr. André Baumann, Herrliberg
 1934 André Bercher, D^r en droit, Mont-sur-Rolle
 1961 Dr. Roland Bühler, Rechtsanwalt, Zürich
 1938 Aldo Camponovo, avvocato, Lugano
 1969 Vincent Cardinaux, avocat, Genève
 1919 Paul Carry, professeur, Genève
 1942 Paul de Courten, D^r en droit, Monthey
 1961 Albert Dupont-Willemin, avocat, Genève
 1967 Luciano Gianella, Pretore, Lugano
 1967 Rudolf Haeny, lic. iur., Neuhausen
 1974 Anton Heil, Bundesrichter, Eidgenössisches Versicherungsgericht, Luzern
 1936 Dr. Werner Kraft, Rechtsanwalt, Zürich
 1947 Roger Krayenbühl, notaire, Lausanne
 1974 Pierre-André Martin, notaire, Renens
 1963 Fritz Matter, Dr. iur., Advokat, Basel
 1946 Dr. Hans Meier-Cattani, Luzern
 1927 Dr. Paul Moor, Baden
 1960 Dr. Hans Müller, Präsident am Basler Appellationsgericht, Riehen
 1944 Professor Dr. Ed. Naegeli, St. Gallen
 1938 Pierre Nordmann, avocat, Fribourg

- 1946 Dr. Eugen Nüscher, Rechtsanwalt, Klosters
- 1967 Jean-Charles Paccolat, avocat, Martigny
- 1965 Jean Quinodoz, avocat, Sion
- 1910 Ferd. M. Rehous, notaire, Genève
- 1939 Jean de Reyff, avocat, Fribourg
- 1955 Dr. Erich Richner, Dornach
- 1964 Professor Dr. Otto Riese, Pully
- 1936 Professor Dr. Gottfried Roos, Bern
- 1967 Jean-Benjamin Roten, lic. en droit, Lausanne
- 1955 Max Sandmeier, Fürsprech und Notar, Aarau
- 1923 Dr. Paul Schreiber, Kantonsrichter, St. Gallen
- 1951 Dr. Paul Schwartz, juge fédéral, Estavayer-le-Lac
- 1960 Dr. Max Seifert, Kantonsrichter, St. Gallen
- 1960 Dr. Helene Thalmann-Antenen, Bern
- 1973 Dieter Tschudin, lic. iur., Liestal
- 1960 Otto Wirz, Notar, Bern
- 1948 Dr. Robert Wolff, Advokat und Notar, Basel

Demissionen liegen vor von:

Eintritts-
jahr

- 1968 Werner Bantli, Oberrichter, Zürich
- 1964 André Blaser, Dr en droit, notaire, Chavannes
- 1965 Richard Boller, avocat, Neuchâtel
- 1953 Dr. Orlando Canova, Rechtsanwalt, Chur
- 1939 Pierre Chavan, Dr en droit, avocat, Lausanne
- 1962 Dieter Chenaux-Repond, Dr en droit, Paris
- 1960 Achille Crivelli, Bellinzona
- 1939 Bernard Cuénoud, juge cantonal, Prilly
- 1969 Dr. Kurt Eichenberger, a. Oberrichter, Beinwil am See
- 1959 Dr. Erwin Otto Engler, Rechtsanwalt, Zürich
- 1940 Charles Gilliéron, avocat, Lausanne
- 1971 François Godet, Cormondrèche
- 1957 Dr. B. K. Greuter, Neuhausen
- 1960 Sergio Guglielmoni, giudice d'appello, Lugano
- 1963 Otto Hänni, Fürsprecher, Bern
- 1943 Dr. Max Hofmann, Fürsprecher, Bern
- 1962 Hermann Imboden, greffier au Tribunal fédéral, Prilly
- 1961 Hans-Peter Karlen, Fürsprecher, Egg
- 1961 Dr. Franz Konrad, Rechtsanwalt, Herrliberg
- 1939 Dr. Hans Kunz, Fürsprecher und Notar, Biel
- 1935 Dr. Fritz Link, Basel
- 1970 Etienne de Mestral, St-Saphorin
- 1944 Dr. Hans Ming, Rechtsanwalt, Wilen-Sarnen
- 1969 Giuliano Respini, avvocato, Cevio
- 1948 Dr. Armin Riesen, Fürsprecher, Bern
- 1973 Rudolf Schaller, lic. iur., Basel
- 1945 Dr. Arnold Schlumpf, Rechtsanwalt, Zürich
- 1946 Dr. Josef Schuler, Bezirksgerichtspräsident, Schwyz
- 1956 Dr. Armin Schweickhardt, Zürich

- 1966 Guido Spichty-Böttigheimer, avocat, Neuchâtel
- 1975 Dr. Karl Strässle, Zürich
- 1973 Dr. Vera Katia Taver, Basel
- 1973 Edmond Tavernier, lic. en droit, Martigny
- 1966 Dr. Hans Voegeli, Fürsprecher, Bern
- 1962 Moritz Waeber, Fürsprecher und Notar, Fribourg
- 1939 Henri Werner, Dr en droit, juge cantonal, Conches/Genève
- 1960 Dr. Hanspeter Zweifel, Advokat und Notar, Basel

Bisher war es jeweilen Gepflogenheit, die Liste der verstorbenen Mitglieder zu verlesen und damit eine kurze Totenehrung zu verbinden, ein Ritual, das mehr und mehr als Schablone empfunden wurde. Im Protokoll folgten die Nekrologe nach, die mit immer größerer Mühe und Schwierigkeiten beigebracht werden konnten. Sie werden festgestellt haben, daß in den letzten Jahren die Lebensläufe etwelcher verstorbener Mitglieder gefehlt haben, weil es nicht mehr gelang, die Informationen zu beschaffen. Auf Anraten des früheren Vorstandes hat der jetzige beschlossen, diese Übung, die nicht statutarisch festgelegt ist, nicht mehr weiterzupflegen. Wir sind uns bewußt, daß dieser Entscheid nicht überall sofort auf Verständnis stoßen wird, sind jedoch der Überzeugung, daß ein Gedenkakt nicht zur Formalität herabsinken darf, es aber unvermeidlich wird, wenn eine persönliche Beziehung zwischen dem Großteil der Teilnehmer der Versammlung und den Verstorbenen fehlt.

Dem jeweiligen Präsidenten bleibt vorbehalten, verstorbene Mitglieder im Bericht zu erwähnen, die sich um den Schweizerischen Juristenverein und das schweizerische Recht in besonderem Maße verdient gemacht haben.

Es wäre mir angenehmer gewesen, wenn ich es bei diesen Ausführungen hätte bewenden lassen können. Nun ist im vergangenen Sommer KARL OFTINGER einem Herzinfarkt zum Opfer gefallen. Er hat alles so angeordnet, daß man von seinem Weggang erst nachträglich erfuhr. KARL OFTINGER hat am Schweizerischen Juristentag 1938 über gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, die Rechtsformen des wirtschaftlichen Interventionismus, referiert, ein Gegenstand, der seither unablässig aktuell geblieben ist. Von ihm stammt eine Reihe anderer Werke, so der Kommentar zum Fahrnispfandrecht. Erinnerungswürdig ist sein unablässiger Einsatz gegen die zerstörende Rücksichtslosigkeit des Lärms. Überragt wird sein Lebenswerk jedoch durch sein zweibändiges Haftpflichtrecht. Es ist wenigen Autoren auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft beschieden, daß ihr Name mit einem ihrer Werke identifiziert wird. Jeder schweizerische Jurist, auch wenn er KARL OFTINGER nie begegnet ist, kennt

DEN OFTINGER und meint eben das Standardwerk des schweizerischen Haftpflichtrechts. Ein bedeutender Mann des schweizerischen Rechts ist mit Karl Oftinger dahingegangen.

Verloren haben wir alt Bundesrichter Dr. PAUL SCHWARTZ, der 1969 über die Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes Bericht erstattete.

Dankbar erinnern wir uns auch, daß der verstorbene Prof. Dr. G. ROOS lange Jahre vorbildlich über die schweizerische Gesetzgebung in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht referierte.

4. Wiederholt ist der Vereinsleitung zugetragen worden, daß in diesem oder jenem Lande die Menschenrechte verletzt oder die Verteidigungsrechte mißachtet würden. Sie wird jeweilen aufgefordert, eine öffentliche, mißbilligende Erklärung abzugeben. Der Vorstand erachtet sich nicht als ermächtigt, im Namen des Schweizerischen Juristenvereins in dieser Weise an die Öffentlichkeit zu treten. Zumeist müßte es der Präsident um der zeitlichen Dringlichkeit willen sogar in eigener Verantwortung tun, ohne daß er sich vergewissern könnte, ob eine öffentliche Erklärung angebracht ist und ob sie den Betroffenen nützt oder gar schadet. Der Vorstand ist zur Überzeugung gelangt, daß es uns mit großer Sorge erfüllen muß, wenn Mord, Geiselnahme, Folterung und raffinierte, persönlichkeitszerstörende Mittel der politischen Auseinandersetzung um sich greifen. Wir bezweifeln jedoch, daß solchen Methoden und ihren Urhebern mit öffentlichen Verlautbarungen beizukommen wäre. Man könnte es sich auch zu leicht machen, wenn man sich diesem Glauben hingäbe. Wiederholte Erklärungen dieser Art müßten sich zudem unweigerlich abnützen. Dem Unheil zu begegnen, das unsere Zeit verdunkelt, müßten wir uns angelegen sein lassen, wenn die Gewißheit bestünde, einen wirksamen Beitrag zu leisten.

5. Die Frage der Gestaltung des Schweizerischen Juristentages ist zur Sprache gebracht und namentlich gewünscht worden, daß das bisherige Damenprogramm als Alternativprogramm für alle Teilnehmer gewählt werden könne. Das geschieht anscheinend vereinzelt bereits jetzt. Man wünscht indessen, das mit gutem Gewissen tun zu dürfen.

Der Vorstand möchte es bei der Regelung bleiben lassen, welche die zwei Arbeitstage in den Mittelpunkt dieses Zusammentreffens schweizerischer Juristen stellt. Wir schaffen noch andere Gelegenheit, um den Zielen des Juristenvereins entsprechend die freundschaftlichen Beziehungen zu pflegen. Dazu soll außer dem gemeinsamen Ausflug am Samstagnachmittag das Bankett am Samstag-

abend noch vermehrt Gelegenheit bieten. Die offiziellen Ansprachen sind auf das unentbehrlichste Mindestmaß zurückgeschraubt worden. Nach den Weisungen für die Generalversammlungen soll der Präsident es bei einer kurzen Begrüßung bewenden lassen. Das Wort hat ein Vertreter des einladenden Kantons. Der Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, der als Redner ebenfalls vorgesehen ist, zieht es, wie bereits erwähnt, vor, sich während der geschäftlichen Beratungen zu äußern. Das Unterhaltungsprogramm soll Randerscheinung bleiben. Wenn wir in Luzern verweilen, dürfen wir uns darauf besinnen, daß die «Vereinsstifter» in ihrem Zirkularschreiben des Jahres 1861 geschrieben haben, daß aus dieser Verbindung der schweizerischen Juristen viele interessante und nützliche Bekanntschaften «erzweckt» würden.

Somit möchte der Vorstand die geschäftlichen Traktanden der Generalversammlung dem Recht und der Rechtsentwicklung, die geselligen Veranstaltungen der Pflege der freundschaftlichen Beziehungen unter den schweizerischen Juristen widmen.

IV.

Dr. PEIDER MENGIARDI, Quästor des Vereins, legt die Jahresrechnung 1976/77 vor:

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1977

Aktiven	Fr.	Fr.
Kasse		2 897.15
Postcheck		6 462.14
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne		
Kontokorrent Ord.		88 374.—
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne		
Kontokorrent Nationalfonds		1 093.90
Wertschriften		156 228.95
Debitor Verrechnungssteuer		1 824.01
Mobilien		550.—
		<u>257 430.15</u>
Passiven		
Kontokorrent Rechtsquellenfonds		10 000.—
Transitorische Passiven		16 750.—
Rückstellung für Publikationen		145 000.—
Kapital per 30.6.1976	85 141.56	
+ Einnahmenüberschuß pro 1976/77	<u>538.59</u>	<u>85 680.15</u>
		<u>257 430.15</u>

Erfolgsrechnung 1976/77

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	84 320.—
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	25 000.—
Beitrag Zeitschrift für Schweizerisches Recht	1 600.—
Beitrag Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	17 080.—
Verkauf von Publikationen	5 929.50
Wertschriftenertrag	3 389.06
Bankzinsen	440.05
	<u>137 758.61</u>
 Ausgaben	
Druckkosten für Referate und Protokolle	39 400.20
Rückstellung für Publikationen	45 000.—
Bibliographie des schweizerischen Rechts	7 920.—
Schweizerischer Juristentag	21 596.—
Spesen des Vorstandes	632.50
Spesen der Rechtsquellenkommission	1 439.—
Zirkulare und Drucksachen	3 836.40
Archivar, Sekretärin und Buchhalter	10 040.50
Post- und Bürospesen	1 957.65
Beiträge	5 000.—
Bankspesen	193.97
Abschreibungen	139.25
Steuern	64.55
	<u>137 220.02</u>
Einnahmenüberschuß	538.59

II. Rechtsquellenfonds

Bilanz per 30. Juni 1977

Aktiven	Fr.	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent		5 020.80
Kontokorrent Allgemeine Rechnung		10 000.—
Wertschriften		129 858.60
Debitor Verrechnungssteuer		2 957.57
Debitor Sauerländer		15 975.65
		<u>163 812.62</u>
Passiven		
Kapital per 30.6.1976	154 878.58	
+ Einnahmenüberschuß pro 1976/77	<u>8 934.04</u>	163 812.62
		<u>163 812.62</u>

Erfolgsrechnung 1976/77

Einnahmen	Fr.
Zuweisung Organisationskomitee Juristentag 1975	3 127.—
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds, Publikationen	30 000.—
Beitrag Kuratorium des Kantons Aargau	20 000.—
Verkauf von Publikationen	19 439.10
Wertschriftenertrag	3 833.30
Buchgewinne Wertschriftenverkäufe	1 165.—
Bankzinsen	71.39
	<u>77 635.79</u>
Ausgaben	
Druckkosten	68 419.—
Bankspesen	282.75
	<u>68 701.75</u>
Einnahmenüberschuß	8 934.04

III. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1977

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent	9 290.90
Wertschriften	34 983.30
Debitor Verrechnungssteuer	690.75
	<u>44 964.95</u>
Passiven	
Kapital per 30.6.1976	43 536.78
Einnahmenüberschuß pro 1976/77	1 428.17
	<u>44 964.95</u>

Erfolgsrechnung 1976/77

Einnahmen

Wertschriftenertrag	1 472.89
Bankzinsen	50.79
	<u>1 523.68</u>

Ausgaben

Bankspesen	95.51
Einnahmenüberschuß	1 428.17

V.

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

VI.

Der Quästor legt das *Budget 1977/78* des Vereins vor:

I. Allgemeine Rechnung

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	84 500.—
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	25 000.—
Beitrag Zeitschrift für Schweizerisches Recht	1 600.—
Verkauf von Publikationen	p.m.
Wertschriftenenertrag	7 700.—
Bankzinsen	200.—
	<u>119 000.—</u>

Ausgaben

Druckkosten für Referate und Protokolle	80 000.—
Bibliographie des schweizerischen Rechts	8 000.—
Schweizerischer Juristentag	15 000.—
Spesen des Vorstandes	2 100.—
Spesen der Rechtsquellenkommission	2 000.—
Zirkulare und Drucksachen	2 500.—
Post- und Bürospesen	2 000.—
Archivar	6 000.—
Beiträge	1 000.—
Bankspesen	200.—
Abschreibungen	100.—
Steuern	100.—
	<u>119 000.—</u>

II. Rechtsquellenfonds

Einnahmen	Fr.
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	20 000.—
Verkauf von Publikationen	5 000.—
Wertschriftenertrag	7 300.—
Bankzinsen	100.—
	<hr/>
	32 400.—
	<hr/>
 Ausgaben	
Druckkosten	40 000.—
Bankspesen	300.—
	<hr/>
	40 300.—
	<hr/>
Ausgabenüberschuß	7 900.—

In Namen des Vereinsvorstandes beantragt der Quästor, den Mitgliederbeitrag auf Fr. 30.— zu belassen. Budget und Mitgliederbeitrag werden durch die Versammlung genehmigt.

VII.

Die Herren Dr. OCHSÉ und LACROIX haben dem Präsidenten verdienstlicherweise bestätigt, daß sie bereit sind, ihr Revisionsmandat für ein weiteres Jahr zu erfüllen. Sie werden von der Versammlung wiedergewählt.

Die Verwaltungsgeschäfte sind damit abgeschlossen.

VIII.

Nach einer kurzen Pause übernimmt Privatdozent Dr. ERIC HOMBURGER, Zürich, die Leitung der Verhandlungen über das Thema «*Der Leistungsschutz*». Er erteilt das Wort Herrn Dr. MARIO M. PEDRAZZINI, Professor an der Hochschule St. Gallen, Berichterstatter deutscher Sprache:

Das Leistungsschutzrecht befindet sich in einer gesetzgeberischen Aufbereitungsphase. Dieser Umstand war für den schriftlichen Bericht Anlaß, setzte demselben aber auch Grenzen. Anlaß insofern, als der Vorentwurf der Expertenkommission mit einem privaten Entwurf aus interessierten Kreisen und mit einer ziemlich durchgehenden Kritik konfrontiert wurde und als man zu erkennen glaubte, der Sachverhalt sei nicht ausreichend abgeklärt worden. Grenzen wurden dem Bericht dadurch insofern gesetzt, als die den Berichterstatlern an sich gewährte Freiheit, eine absolut abweichende, also negative Antwort zu geben, als illusorisch betrachtet werden mußte – wobei ich hinzufügen darf, daß keine Veranlassung für eine negative Antwort zu finden war. Die Interessendichte hat nämlich einen Wert erreicht, den der Gesetzgeber nicht übersehen darf.

Dieser Ausgangslage entsprechend habe ich im schriftlichen Bericht versucht, die drei Schritte zu vollziehen, die sich bei einer gesetzgeberischen Arbeit aufdrängen, nämlich: Analyse des Sachverhalts, Wertung der Interessen und Entwurf einer Grundregelung.

Die Darstellung des Sachverhaltes, so fragmentarisch sie auch sein mag, hat einen großen Teil des schriftlichen Berichtes in Anspruch genommen. Sie beruht auf eigener Beobachtung, besonders aber auf Ermittlungen in Gesprächen mit in- und ausländischen Vertretern der direkt interessierten Kreise. Darauf ist hier nicht zurückzukommen.

Den zweiten Schritt, die Wertung der Interessen, im Sinne der Untersuchung ihrer Schutzwürdigkeit, als Vorfrage einer jeglichen (auch einer negativen) rechtlichen Regelung, darf der «vorbereitende» Jurist nur teilweise begehen. Er muß zwar diesen Schritt tun, um die Varianten eines eventuellen Schutzes aufzuzeichnen – seine Arbeit ist aber nur Vorbereitung für die dem Gesetzgeber selbst vorbehaltene definitive Wertung. Im schriftlichen Bericht habe ich versucht, diesen erlaubten Schritt zu tun, was durch die Tatsache erleichtert wurde, daß die herrschende Meinung die Schutzwürdigkeit der in Frage stehenden Interessen mindestens prinzipiell bejaht. Die Vernehmlassungen zum Vorentwurf eines Leistungsschutzgesetzes, die nach Abschluß unserer Vorarbeiten erschienen sind, bestätigen die positive Einstellung. Man durfte davon ausgehen, daß ein Schutz der zur Diskussion stehenden Leistungen grundsätzlich befürwortet wird. Es war also sinnvoll, sich mit der Frage des Wie eines konkreten Schutzes auseinanderzusetzen. Deshalb folgte der dritte Schritt, der Vorschlag einer Regelung. In Anbetracht des weit gediehenen Grades der Konkretisierung in amtlichen und privaten Vorentwürfen schien es zweckmäßig, sich nicht mit allgemeinen Thesen zu begnügen, vielmehr den Versuch zu wagen, die grundsätzlichen Gedanken

in Normen einzukleiden. Das Bemühen, die Formel so kurz und so allgemein als möglich zu halten, hat einen doppelten Grund: Ein negativer Grund ist die Skepsis gegenüber den zum Teil äußerst komplizierten, weil perfektionistischen Vorschriften einiger ausländischer Gesetze und internationaler Vereinbarungen; der positive Grund liegt im Vertrauen in die pragmatische Gerechtigkeitsfindung seitens unserer Gerichte. Der etwas ungewohnte Versuch, grundsätzliche Normen zu entwerfen, sollte einer doppelten Funktion dienen: Für den Verfasser sind sie ein Prüfstein der Praktikabilität der erreichten Resultate, dem Leser hingegen möchten sie deren Beurteilung erleichtern. Ich hoffe, daß dies *grosso modo* gelungen ist. Auf den Entwurf ist heute nicht mehr zurückzukommen. Ich werde vielmehr lediglich zu drei Fragenkomplexen in gebotener Kürze berichten bzw. meine Stellungnahme dazu verdeutlichen, und zwar zu folgenden Themata: Die Zweckmäßigkeit des vorgeschlagenen Weges, die rechtliche Erfassung der Leistungskategorien, die Herr Kollege PERRET behandelt hat, und der in meinem Nachwort aufgezeichnete Ausblick.

Gemäß der Stoffeinteilung zwischen beiden Referenten beschränkt sich meine Analyse im wesentlichen auf die Interpreten, die Ton- bzw. Tonbildträgerhersteller und die Sendeunternehmen. Für diese drei Kategorien erachte ich einen Sonderschutz als notwendig. Die Gründe habe ich schriftlich darzulegen versucht. Sie liegen prinzipiell in der Feststellung schutzwürdiger Interessen, die vom geltenden Recht nicht bzw. nur unsicher erfaßt werden. Letzteres wird gelegentlich bestritten. Bezüglich der drei genannten Gebiete glaube ich aber, daß die Ablehnung einer Sonderregelung bei anerkannter Schutzwürdigkeit nur durch Überspannung vorgegebener Rechtsmittel, so insbesondere des Persönlichkeitsrechtes bezüglich des Interpretenschutzes und des UWG bezüglich der Tonbildträgerhersteller möglich ist. Dies dürfte ein größeres Übel darstellen als die, an sich unerwünschte, Vermehrung gesetzlicher Vorschriften. Einen zu starken Einsatz des Persönlichkeitsrechtes haben wir schon im Urheberrecht erlebt. Im Prinzip gerechtfertigt, ist die Berufung auf das Persönlichkeitsrecht dann fragwürdig, wenn sie lediglich der Aktivierung vermögensrechtlicher Ansprüche dienen soll. Letzteres ist aber sehr oft geschehen, und die Entwicklung der Verwertungstechnik im Urheberrecht läßt vom persönlichkeitsrechtlichen Ethos selten etwas spüren. Es wäre meines Erachtens nicht sinnvoll, diesen Weg auch beim Interpretenschutz zu gehen, wo das persönliche Band zwischen Rechtsinhaber und Schutzobjekt durchschnittlich sowieso wesentlich schwächer ist als im Urheberrecht. Die drohende Verwässerung des Persönlichkeitsschutzes oder aber die Ablehnung

eines Schutzes können nur durch eine Sonderregelung vermieden werden. Ähnliche Gründe sprechen für eine Verselbständigung des Rechts der Tonträgerhersteller. Es ist zwar an sich richtig, diesen Schutz im Wettbewerbsrecht zu lokalisieren. Hauptsächlich zwei Gründe sprechen aber gegen eine direkte Subsumtion unter das UWG. Zunächst einmal die Schwierigkeit, aus der punktuellen Praxis unserer Gerichte sichere Prognosen zu ziehen – eine Praxis übrigens, die im Rahmen des UWG richtig erscheint, wäre doch eine kategoriale Festlegung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr sinnwidrig, wenn sie mehr als nur beispielemäßige Aufzählung sein will. Es ist mir übrigens bewußt, daß meine Auslegung des UWG sich schon an der äußersten Grenze bewegt und deshalb in der Praxis unsicher ist. Sodann die Gefahr, daß eine Ausdehnung des UWG-Schutzes auf die Tonträgerhersteller unabhängig von besonderen, zusätzlichen Unlauterkeitsfaktoren, eine ganze Reihe von Anspruchsuchenden aufweckt, für deren Leistungen das Schutzbedürfnis nicht nachgewiesen ist. Diese Gefahr der Erweiterung des Leistungsschutzes aufgrund des UWG ist nicht zu unterschätzen und kann am besten durch eine Sonderregelung, die nur spezifischen Leistungen zugute kommt, gebannt werden. Daß eine gewisse Willkür in der Auswahl der geschützten Leistungen liegt, ist nicht zu bestreiten – sie dürfte aber eine immanente Eigenschaft der Rechtssetzungspolitik sein, welche auf die äußere Intensität der Interessen stark reagiert – was, vornehmer ausgedrückt, gelegentlich als organisches Wachstum der Gesetzgebung bezeichnet wird. Hinzu kommt der Umstand, daß, wie im schriftlichen Bericht mehrmals gezeigt, unter den analysierten Kategorien von Leistungsträgern und sogar zwischen diesen und den Urhebern eine eigentliche Lebensgemeinschaft besteht, was die Einführung einer Sonderregelung als geboten erscheinen läßt. Diese Interessengemeinschaft, die übrigens zum Teil schon jetzt in Vereinbarungen ihren Niederschlag gefunden hat, läßt auch die von Herrn Kollegen PERRET in grundsätzlicher Art aufgeworfenen Fragen etwas in den Hintergrund treten, ob überhaupt von der Leistung als Kategorie gesprochen werden könne und ob Leistungen im System unseres Immaterialgüterrechtes einen selbständigen Schutz beanspruchen dürfen. Diese Fragen mögen theoretisch, d. h. losgelöst von der geschichtlichen Situation, berechtigt sein – hält man sich hingegen die Realität vor Augen und ist man im klaren darüber, wie die Auswertung der Interpretation im letzten Jahrzehnt revolutioniert wurde, so glaube ich, daß die Sorge um den klaren widerspruchslosen theoretischen Unterbau der Sorge um einen gerechten Ausgleich neu entstandener Interessen weichen muß. Klarheit bedeutet ja nicht Starrheit. Darin mögen Sie bitte die Er-

klärung für meinen pragmatischen Standpunkt finden. Eine logische Kategorie, die eine generelle abstrakte Definition erlaubt, ist noch nie die unabdingbare Voraussetzung einer gesetzlichen Regelung gewesen – und das verpönte Enumerationsprinzip war sehr oft die notwendige Vorstufe einer allgemeinen Norm. Deshalb kann ich mich mit dem Kern der Ausführungen von Herrn Kollegen PERRET (S. 216) nicht befreunden, und ich sehe nicht ein, warum die Ablehnung einer allgemeinen Regelung einen teilweisen Schutz verunmöglichen soll.

Der postulierte Schutz der 3. Kategorie von Leistungsträgern, nämlich der Sendeunternehmen, ist in einem ganz anderen Zusammenhang zu sehen, denn entscheidend ist hier nicht die nationale, vielmehr die internationale Lage. Ich bin der Überzeugung, daß es richtig ist, einen Sonderschutz einzuführen, der auch im Ausland Chancen auf Anerkennung hat, denn nur dies sichert die notwendige Gegenrechtssituation. Hinzu kommt, daß die Interdependenz der Leistungsträger und der Urheber eine einheitliche Regelung als geboten erscheinen läßt.

Somit steht für mich die Zweckmäßigkeit eines Schutzes dieser drei Leistungskategorien fest, und zwar im Rahmen eines Sondergesetzes, welches allein die entstehenden Zurechnungsprobleme klar lösen kann. Es dürfte auch nicht übersehen werden, daß das Richterrecht nicht dazu gezwungen werden sollte, ein Rechtsinstitut zu schaffen (wie JÄGGI in der Festgabe unseres Vereins für die EXPO 1964 deutlich aussprach). Wer eine Sonderregelung ablehnt, unterschätzt die Unsicherheit, die der Gerichtspraxis immanent ist, sowie ihre notwendige Gebundenheit am Einzelfall.

Wenn Sie mich nun fragen, ob eine Sonderregelung auch für die Leistungen postuliert werden sollte, die Herr Kollege PERRET behandelt hat, so darf ich in aller gebotenen Kürze im Ergebnis folgendes sagen, und zwar differenziert, da der Sachverhalt selbst einer einheitlichen Lösung nicht zugänglich ist.

Am einfachsten ist wohl die Antwort bezüglich der sogenannten kleinen Erfindung. Sie unterscheidet sich nicht wesentlich von sonstigen Erfindungen, und die Befriedigung des gelegentlich geäußerten Wunsches nach einem Sonderschutz kann, sofern berechtigt, durch Auslegung des Patentgesetzes erfolgen. Gerade die kürzlich stattgefundene Revision und die Notwendigkeit für unsere Gerichte, mit den parallelen Stellen im Ausland zu harmonisieren, dürfte sich bald im Sinne einer Reduktion der verlangten Erfindungshöhe spüren lassen. Es ist möglich, daß einige Gerichte und besonders einige Gerichtsexperten Mühe haben werden, umzudenken – aber ein Um-

denken wird stattfinden müssen, soll die Europäische Konvention ihre Funktion erfüllen.

Ganz anders sind hingegen die Chancen zu werten in bezug auf einige Sachverhalte, die traditionsgemäß nicht vom Patentgesetz erfaßt werden, wie Anweisungen an den menschlichen Geist, Entdeckungen, wissenschaftliche Erkenntnisse usw., die Herr Kollege PERRET ebenfalls analysiert hat. Die Verflechtung unserer Gesetze, besonders des Patentgesetzes, mit internationalen Vereinbarungen, präjudiziert die Regelung, und es wäre utopisch, hier einzelstaatlich eingreifen zu wollen – abgesehen davon, daß die Sachverhalte aber auch die Folgen einer eventuellen Normierung der tieferen Analyse bedürfen.

Grundsätzlich einig gehe ich mit Herrn Kollegen PERRET in seiner Behandlung der Computerprogramme, weshalb ich Ihre Geduld etwas schonen kann – zumal eine Andeutung wirklich nicht genügen würde.

Daß technische Zeichnungen an sich durch das URG geschützt werden können, dies aber dem Urheber nicht viel nützt, dürfte ebenfalls feststehen. Auch hier stimme ich Herrn Kollegen PERRET zu, wonach normalerweise Ansprüche aus UWG entstehen, weil der Nachahmer einen Vertrauensbruch seines Bestellers gegenüber dem Urheber der Zeichnung ausnutzt.

Verzeihen Sie mir bitte, wenn ich auf diese Themata nicht näher eingehe – dies müßte punktuell geschehen, da ich, wie schon ausgeführt, von einer oberbegrifflichen Betrachtung der Leistung, mindestens in der gegenwärtigen Phase und zu Gesetzgebungszwecken, nicht viel halte – so enttäuschend dies für das dogmatisch geschulte Ohr klingen mag! Deshalb scheint mir auch nicht möglich zu sein, die verschiedensten Leistungen in einem einzigen Erlaß zu ordnen und, noch weniger, allgemeine Bestimmungen über den Leistungsschutz an sich aufzustellen.

Erlauben Sie mir hingegen, noch zum Schluß den Ausblick etwas zu konkretisieren, den Sie am Ende meines schriftlichen Berichtes als «Nachwort» finden.

Es wird dort zunächst einmal die prinzipielle Frage aufgeworfen, ob der sogenannte private Gebrauch im Sinne des Urheberrechtes weiterhin als unberührbar zu gelten habe. Die Frage ist berechtigt, denn, anders als vor 20 Jahren noch, diese Gebrauchsart steht im Vordergrund (die Tonkassette, die Photokopie, die Mikrokopie¹ liefern die maßgebenden Beispiele). Es dürfte verfehlt sein, diese wesentliche Änderung im Sachverhalt nicht zu beachten, bewirkt sie doch eine starke Änderung der Faktoren in der Definition des Privat-

¹ Vgl. H. ARNTZ, in UFITA 78, S. 31 ff.

gebrauches. Wie kann die Lösung aussehen? Die Frage stellt sich auch im Urheberrecht, wo unsere Expertenkommission an einer traditionellen Lösung festgehalten hat und deswegen zum Teil starke Kritik erfahren mußte. Zwar widerstrebt es, die leere Kassette oder das Photokopierblatt mit einer «Gebühr» zu belasten, die öffentlich-rechtliche Züge aufzuweisen scheint. Vielleicht verbleibt uns aber keine andere Lösung – scheint doch die Preisgabe des Schutzes wegen zugegebener Unpraktikabilität herkömmlicher privatrechtlicher Schutzmittel je länger desto fragwürdiger. Die Einzelheiten und die Auswirkungen einer solchen Regelung müssen weiter analysiert werden, wobei die Untersuchung parallel mit der Revision des Urheberrechtes stattfinden sollte – letztere kann diesbezüglich nicht als abgeschlossen betrachtet werden.

Einschneidender wären die Folgen aus der positiven Beantwortung der zweiten Frage im Nachwort: «Lebensgemeinschaft – Rechtsgemeinschaft?». Die Analyse des Sachverhaltes hat gezeigt, daß eine sehr enge Verbindung nicht nur unter Interpreten, Tonträgerherstellern und Sendeunternehmen, vielmehr auch unter diesen drei Kategorien und den Urhebern besteht. Es hat sich aufgrund der technischen Entwicklung eine eigentliche Schicksalsgemeinschaft gebildet, die zum Teil gleichgerichtete und gleichinhaltliche Ansprüche erzeugt. Wäre es nicht an der Zeit, eher diese Schicksalsgemeinschaft als die einzelnen Kategorie-Interessen zu betonen und eine Rechtsgemeinschaft anzustreben mit der Folge, daß alle Ansprüche in einem einzigen Erlaß geregelt und dementsprechend koordiniert werden – was auch dem Urheberrechtsnutzer große Vorteile bringen würde? Es ist mir völlig bewußt, daß besonders der Vorschlag einer materiell-rechtlichen Koordination sich ganz abseits gewohnter Bahnen bewegt und schon deshalb auf große Skepsis, ja auf offenen Widerstand besonders seitens der Urheber stoßen wird. Aber ich glaube, daß die leicht überblickbaren schweizerischen Verhältnisse es geradezu nahelegen, eine Lösung zu wagen, die später auch für andere wegweisend sein könnte. Dank dieser Übersichtlichkeit wäre übrigens eine gesetzliche Regelung nur subsidiär ins Auge zu fassen, d.h. nur dann einzuführen, wenn es den interessierten Kreisen selbst nicht gelingen würde, dieses Resultat durch Vereinbarungen herbeizuführen. Persönlich erachte ich die Chancen einer privatautonomen Regelung aber als gut – sind doch die Zeiten der Rivalitäten vorbei und neigen die Organe der interessierten Kreise zur echten Zusammenarbeit. Zusammenarbeit erfordert aber Koordination.

Die gesetzliche Regelung, die hier für das Leistungsschutzrecht postuliert wird, würde also für die drei Kategorien den Rahmen

setzen, innerhalb welchem dann die Ansprüche der verschiedenen Schutzberechtigten, Urheber inbegriffen, autonom koordiniert werden könnten. Deshalb kann das Leistungsschutzrecht im gleichen Erlaß wie das Urheberrecht geordnet werden – was dem Gedanken einer Teilkodifikation nahek kommt.

Zusammenfassend möchte ich festhalten, daß die untersuchten Sachverhalte Interessen aufdecken, welche als schutzwürdig bewertet werden müssen. Die geltende Rechtsordnung gewährt ihnen aber keinen sicheren Schutz. Der eventuell gewährte Schutz ist seinerseits nicht zweckmäßig, so daß eine Neuregelung eingeführt werden muß. Letztere hat sich auf die Grundzüge zu beschränken. Die nähere Regelung fällt in den privatautonomen Bereich.

Ich glaube nicht, daß es zutreffend ist, einen Sonderschutz zu verneinen mit dem Argument, daß ein genereller und logischer Begriff der Leistung nicht existiere und die Einführung eines Teilschutzes ein willkürlicher Akt der Rechtspolitik wäre. Es gilt nämlich dabei prinzipiell ein Zweifaches zu beachten. Erstens die Unerheblichkeit eines logischen Oberbegriffes, wenn es darum geht, nachgewiesene Interessen rechtlich zu erfassen; sodann die Tatsache, daß bei jeder gesetzgebungspolitischen Innovation eine Wahl stattfinden muß. Die Willkür ist, wenn man so sagen will, diesem Rechtsetzungsakt immanent – wobei ich nicht glaube, daß hier «Willkür» das richtige Wort sei.

Dr. FRANÇOIS PERRET, Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Genf, Berichterstatter französischer Sprache, hält folgendes Einleitungsreferat:

En inscrivant à son ordre du jour le thème du « Leistungsschutz », la Société suisse des juristes a choisi un sujet non seulement d'actualité, mais encore d'une importance capitale pour les fondements et la systématique du droit de la propriété intellectuelle: sujet d'actualité parce qu'il pose directement le problème d'une adhésion éventuelle de la Suisse à la Convention de Rome sur les droits voisins.

On sait en effet que dans cette perspective, une commission d'experts, présidée par Monsieur le Juge fédéral PIERRE CAVIN, vient d'élaborer un projet de loi protégeant les prestations des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de disques et des organismes de radio-diffusion.

Mais le thème du « Leistungsschutz » déborde du cadre strict d'une étude des droits voisins. En effet et dès lors que l'avant-projet suisse sur les droits voisins institue en faveur d'une catégorie déterminée d'intéressés des droits sui generis sur leurs réalisations, on peut se demander si cette solution ne doit pas être étendue à d'autres pro-

ductions au statut juridique encore mal défini en droit positif suisse.

Ce «*Leistungsschutz*» ainsi élargi pourrait notamment s'appliquer aux éditions princeps, aux répertoires, dictionnaires, livres d'adresses et de cuisine, aux cartes de géographie, aux plans et dessins techniques, aux éditions d'ouvrages tombés dans le domaine public, aux nouvelles de presse, aux nouveautés végétales, aux modèles d'utilité, enfin à la catégorie des inventions qui n'ont pas de caractère technique, telles par exemple les programmes d'ordinateurs.

Le problème était vaste et complexe, aussi les rapporteurs se sont partagé la tâche.

Le Professeur MARIO PEDRAZZINI a traité plus spécifiquement des prestations couvertes par la Convention de Rome sur les droits voisins, alors que dans mon rapport, je me suis plutôt attaché à l'aspect dogmatique du problème, en analysant certaines prestations au caractère utilitaire ou industriel prédominant.

Comme vous avez pu le constater à la lecture de ces rapports, nous sommes arrivés à des conclusions opposées: M. PEDRAZZINI est en effet partisan d'une loi spéciale, créant des droits *sui generis* en faveur des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radio-diffusion. Pour ma part, je pense au contraire que les lois de propriété intellectuelle de type classique et la loi sur la concurrence déloyale permettent de résoudre tous les problèmes que pose la protection des productions, dont j'ai dressé tout à l'heure l'inventaire, et ce, sans qu'il soit nécessaire d'introduire une loi spéciale protégeant certaines prestations particulières.

Sur le plan dogmatique, et je crois que le Professeur PEDRAZZINI est d'accord avec moi, la notion de la «*Leistung*» ou de la prestation est un concept juridiquement irrelevant. Il est en effet impossible de donner de la «*Leistung*» une définition générale et abstraite, susceptible de recouvrir toutes les productions, dont on vient de parler.

Il en découle que, faute d'un dénominateur commun, une loi spéciale sur les prestations aura nécessairement un caractère hétérogène, ce qui, d'un point de vue théorique n'est guère satisfaisant.

Il faudrait toutefois se rallier à cette solution si les productions, dont j'ai dressé la liste, échappaient aux droits de propriété intellectuelle au sens classique ou aux sanctions de la loi sur la concurrence déloyale, car il est impensable que l'on puisse tolérer des procédés tels par exemple le repiquage de disques ou encore le pillage systématique de nouvelles de presse ou d'agence. Le problème se situerait alors véritablement au niveau de la politique juridique.

Toutefois, je crois qu'il n'est point nécessaire de franchir ce pas et que le droit existant nous permet de faire l'économie d'une loi.

Par exemple, la loi sur le droit d'auteur protège toutes les réalisations esthétiques quels qu'en soient le mérite ou la destination. Si l'on donne au terme esthétique son véritable sens, à savoir celui d'une expression, de la représentation d'un certain contenu, il devient évident que les soi-disant petites monnaies du droit d'auteur, soit en particulier les livres d'adresses, les dictionnaires, les livres de cuisine, etc., pourront bénéficier de la loi sur la propriété littéraire et artistique, pour autant que ces productions soient originales, c'est-à-dire qu'elles présentent ce degré supérieur de nouveauté qui, à mon sens, est synonyme de la condition de l'originalité.

Toute expression originale mérite d'être protégée par un droit d'auteur, quand bien même le contenu exprimé serait banal.

De la même manière, le droit des brevets d'invention devrait protéger toutes les règles pratiques, qu'elles aient ou non un effet technique. Les méthodes qui s'adressent à l'intelligence, en particulier les programmes d'ordinateurs, devraient en bonne logique pouvoir faire l'objet d'un brevet. L'exclusion de ces règles du champ d'application de la loi sur les brevets est motivée par des considérations de politique juridique, que l'on ne peut ignorer, puisqu'elles ont été notamment suivies par la Convention de Munich.

Reste la concurrence déloyale: peut-on étendre la clause générale de notre LCD à certaines productions qui échappent à l'emprise des droits de propriété intellectuelle classiques?

Certes, on ne saurait, par le détour de la clause générale, créer de nouvelles catégories de biens immatériels non protégés par une loi spéciale.

La LCD n'a en effet pas pour fonction de consacrer de nouveaux monopoles; elle vise uniquement à interdire l'emploi de moyens déloyaux dans la concurrence économique. Il n'est pas question de remettre en cause ces principes solidement ancrés dans notre droit positif.

Cela signifie que la copie servile ne tombera sous le coup de la loi sur la concurrence déloyale que s'il existe des circonstances spéciales, dénotant la déloyauté de la conduite de l'imitateur.

Toutefois, je pense qu'on ne peut assimiler le repiquage de disques, la photocopie d'éditions d'ouvrages non protégés par un droit d'auteur, le surmoulage d'objets divers, au phénomène de la copie servile.

Dans tous ces cas en effet, le concurrent se sert de la substance matérielle d'un objet mis au point par autrui pour lancer sa propre production, alors qu'avec le phénomène de la copie, l'imitateur ne reprend que la valeur immatérielle créée par un tiers.

Celui qui s'en prend à la substance matérielle d'un objet, mis dans le commerce par autrui, pour lancer ses propres produits, commet un

acte de concurrence déloyale, car il se sert de cet objet, contrairement à sa destination normale. En mettant en circulation des produits, un entrepreneur peut s'attendre à ce que ceux-ci soient consommés conformément à leur but. Or, la fin normale d'un disque, c'est de restituer à l'auditeur l'interprétation qui y est gravée et non de servir d'instrument de production à des buts concurrentiels.

Dans cette perspective, je pense que l'exploitation directe d'un résultat matériel, réalisé par un tiers, est un acte déloyal en soi; cette conception n'aboutit nullement à créer par la loi sur la concurrence déloyale, des droits subjectifs sur des biens immatériels. La valeur intellectuelle qui a présidé à la conception de l'objet matériel, reste libre de toute appropriation exclusive. Par exemple, le contenu de l'enregistrement ne tombe pas sous le coup de l'interdiction posée par la LCD. Seul le réenregistrement du disque, à partir d'un exemplaire matériel et sa diffusion dans le commerce constitueront un acte de concurrence déloyale.

Ce même raisonnement peut s'appliquer à toute reprise d'un résultat matériel dans ces mêmes conditions, par exemple aux photocopies d'ouvrages, au surmoulage d'objets, à la rediffusion d'émissions de télévision ou de radio, etc.

A ce point, je constate que, malgré l'opposition manifestée par les conclusions respectives de nos deux rapports, M. PEDRAZZINI et moi-même sommes d'accord sur le plan des principes.

Pour mon corapporteur, en effet, le réenregistrement d'un porteur de son par un tiers non autorisé est un acte de concurrence déloyale, pour les raisons que je viens d'exposer.

C'est donc uniquement pour des motifs d'opportunité que le Professeur PEDRAZZINI a choisi la solution d'une disposition spéciale consacrant cette prérogative des producteurs de phonogrammes. Une telle solution a évidemment pour elle le mérite de la clarté. Elle permettra en outre à la Suisse de ratifier la Convention de Rome, puisque à son article 10, cette dernière reconnaît en faveur des producteurs de phonogrammes un droit subjectif, à savoir le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de l'enregistrement. Il semble bien qu'une protection assurée uniquement par la LCD ne satisferait pas aux exigences de ladite Convention.

Mais est-ce là une raison suffisante? En mettant les producteurs de disques au bénéfice d'un droit exclusif, destiné en quelque sorte à renforcer la protection conférée par la loi sur la concurrence déloyale, ne va-t-on pas créer un état d'insécurité juridique pour diverses catégories d'intéressés. Je pense tout particulièrement aux éditeurs et aux imprimeurs d'ouvrages tombés dans le domaine public. Ne pourrait-on en effet pas soutenir qu'en promulguant une loi spéciale en faveur

des producteurs de disques, le législateur a voulu par-là exclure l'application de la LCD à des phénomènes de nature similaire, tels par exemple la photocopie d'éditions d'ouvrage et ce, en vertu du principe que tout ce qui n'est pas expressément défendu devient licite. En tout cas, cette position privilégiée des producteurs de disques, par rapport à d'autres catégories d'entrepreneurs qui se trouvent dans la même situation, risque de mettre en péril des intérêts qui sont pourtant dignes de protection.

Pour conclure, je pense que le système actuel est suffisant pour sauvegarder les intérêts légitimes des auteurs des prestations qui font l'objet de nos deux rapports. Il faudrait cependant que la jurisprudence condamne formellement au titre d'acte de concurrence déloyale l'exploitation d'un résultat matériel mis au point par autrui.

Les droits d'utilisation secondaire ne seraient évidemment pas couverts par le système actuel, alors que la Convention de Rome prévoit, à son article 12, un droit à une indemnité équitable en faveur des artistes et des producteurs de phonogrammes en cas d'utilisation des phonogrammes par la radio et par les organismes de communication publics.

Toutefois, la commission d'experts, dans son avant-projet sur les droits voisins, a considéré qu'une telle prérogative ne se justifiait pas pour des motifs qui me paraissent tout à fait pertinents et a ainsi proposé de ratifier la Convention de Rome avec une réserve portant sur cet article 12.

Là encore, l'introduction de normes spéciales ne me paraît pas s'imposer.

IX.

Der Verhandlungsleiter eröffnet die Diskussion und erteilt das Wort Herrn PAUL BRAENDLI, Direktor des Amtes für geistiges Eigentum, Bern:

Ich möchte Ihrem Vorstand dafür danken, daß er das Thema «Leistungsschutz» auf die Traktandenliste Ihrer diesjährigen Tagung gesetzt hat.

Bereits in den Jahren 1963 und 1967 hat der Schweizerische Juristenverein sein Interesse an immaterialgüterrechtlichen Fragen bekundet. 1963 haben Sie die Probleme erörtert, die sich bei der Revision des Urheberrechtsgesetzes und bei der Revision des Gesetzes zum Schutz der Fabrik- und Handelsmarken stellen. 1968 haben Sie sich mit dem Recht zur Radio- und Fernsehübertragung befaßt. Bei

beiden Gelegenheiten ist über den Schutz der sogenannten «Nachbarrechte» diskutiert worden, die den Gegenstand des Referates von Herrn Prof. PEDRAZZINI bilden.

Mit der Erstellung eines Vorentwurfs zu einem Bundesgesetz über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen ist eine Untersuchung dieses Themas besonders aktuell geworden. Der Gesetzesvorentwurf, der von derselben Expertenkommission stammt, die den ersten Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht ausgearbeitet hat, soll der Schweiz den Beitritt zum Rom-Abkommen von 1961 ermöglichen. Ende 1974 ist dieser Vorentwurf den interessierten Kreisen zur Stellungnahme unterbreitet worden. Die Kritiken und Gegenvorschläge der direkt betroffenen Organisationen haben das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement diesen Frühling dazu bewogen, Herrn Prof. REHBINDER von der Universität Zürich den Auftrag zu erteilen, eine Rechtstatsachenforschung über die rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen, unter denen die Interpreten ihren Beruf ausüben, durchzuführen. Die Untersuchung soll uns aufzeigen, welche Schutzbedürfnisse diese Berufsgruppe hat und inwieweit das geltende Recht, namentlich das OR, der Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB und das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb nicht ausreichen, um diese Bedürfnisse zu befriedigen.

Der Schutz der ausübenden Künstler, der Tonträgerhersteller und der Sendeunternehmen muß jedoch im größeren Zusammenhang des heutigen Themas «Leistungsschutz» gesehen werden. Auch die Expertenkommission hat sich seinerzeit die Frage gestellt, ob es nicht willkürlich sei, nur gerade diesen drei Interessengruppen besondere Rechte einzuräumen und andere Leistungskategorien, vorwiegend jene der technischen Bereiche, die Herr Dr. PERRET untersucht hat, unberücksichtigt zu lassen. Ich erinnere in diesem Zusammenhang an das von Herrn Nationalrat OEHLER Ende des letzten Jahres eingereichte Postulat über das Problem der Raubdrucke, d. h. der unerlaubten photomechanischen Übernahme fremder Druckerzeugnisse. Er weist darauf hin, daß immer mehr Druckereien und andere Unternehmungen dazu übergehen, Raubdrucke anzufertigen, und daß dem Verlagswesen dadurch jährlich Verluste von mehreren Millionen entstehen. Der Postulant ersucht deshalb den Bundesrat, zu prüfen, wie diesem Unwesen und auch dem Import solcher Druckerzeugnisse Einhalt geboten werden könnte. Der Bundesrat hat das Postulat zur Prüfung entgegengenommen. Dieser parlamentarische Vorstoß beweist, wie aktuell das Thema ist, das heute vormittag zur Diskussion steht.

Der Inhalt der Referate der Herren PEDRAZZINI und PERRET und

ihre abweichenden Schlußfolgerungen zeigen auf eindruckliche Weise, wie komplex und kontrovers der «Leistungsschutz» ist.

Die auf diesem Gebiet bestehenden Probleme haben sich aus den modernen Techniken für die Vervielfältigung und Verbreitung von Druckunterlagen und von Ton- und Bildträgern ergeben, die heute die herkömmlichen Informations- und Dokumentationssysteme revolutionieren. Die dominierende Rolle der Technik bei der Verwendung und Nutzung von Geisteswerken stellt den Gesetzgeber vor immer neue und schwer zu bewältigende Aufgaben. Dies ist auch einer der Hauptgründe, weshalb die Vorarbeiten zur Revision des Urheberrechtsgesetzes so langwierig sind. Die gesetzestechnischen Schwierigkeiten bestehen namentlich darin, die neuen Rechtsnormen so elastisch auszugestalten, daß sie der technischen Entwicklung standhalten, und sie gleichzeitig so präzise zu fassen, daß die Rechtssicherheit gewährleistet wird und daß die dem Gesetz zugrunde liegenden legitimen Interessen wirksamen Schutz finden.

Ein weiterer für das Immaterialgüterrecht besonders wichtiger Aspekt ist die Entwicklung des internationalen Rechts und der Gesetzgebungen unserer Nachbarländer. Die modernen Verbreitungs- und Vervielfältigungstechniken machen nicht Halt vor den Landesgrenzen. Um mit der modernen Technologie Schritt zu halten, werden internationale Übereinkommen geschlossen, die in ihrem systematischen Aufbau nicht auf die verschiedenen Typen der nationalen Rechtsordnungen abgestimmt sind. Mehrere dieser Abkommen werden von den Referenten zitiert. Für den Staat, der, wie die Schweiz, bemüht ist, den Verpflichtungen aus einem unterzeichneten Abkommen nachzukommen, ist die Ratifikation mit dem heiklen Problem verbunden, die internationalen Normenkomplexe in seine Rechtsordnung zu integrieren. Vor allem ist es schwierig, die heterogenen Gegenstände der internationalen Abkommen über Immaterialgüterrecht unter einem gemeinsamen Gesetzesdach unterzubringen.

Der Bundesrat und die zuständigen Departementsstellen, insbesondere das AGE, verfolgen mit großer Aufmerksamkeit die internationale Entwicklung und die ausländischen Gesetzgebungen auf diesem Rechtsgebiet, das so eng mit sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Fragen verknüpft ist. Indem Sie, meine Damen und Herren, dieses Jahr die Probleme des Leistungsschutzes erörtern, tragen Sie dazu bei, eines der jüngsten und heikelsten Randgebiete des Immaterialgüterrechts zu erforschen. Wir stehen diesem Problem durchaus positiv gegenüber. Sie werden aber verstehen, daß die Bundesbehörden im gegenwärtigen Stadium der Diskussion um den Leistungsschutz noch nicht in der Lage sind, die Frage zu beantwor-

ten, ob, und wenn ja, in welchem Rahmen diese rechtspolitisch brisante Materie gesetzlich zu regeln ist. Wir werden jedoch unsere Pflichten nicht vernachlässigen und dort, wo es die Billigkeit erheischt, die notwendigen gesetzgeberischen Vorkehren in die Wege leiten. Wir sind davon überzeugt, daß die vorgelegten Berichte sowie die Diskussion sowohl den zuständigen Bundesstellen als auch den interessierten Kreisen wertvolle Anregungen zur besseren Erkenntnis und Beurteilung der Probleme des Leistungsschutzes geben werden.

Privatdozent Dr. KASPAR SPOENDLIN, Binningen:

1. In den meisten Ländern werden als Erfindungen im Sinne des Patentrechts nur gewerblich verwertbare Problemlösungen auf dem Gebiet der Technik anerkannt, d.h. Regeln für die Inszenierung naturgesetzmäßig wiederholbarer Abläufe im Bereich von Materie und Energie. Herr PERRET postuliert nun die Gewährung von Patentschutz oder einem ähnlichen Rechtsschutz auch für Problemlösungen nicht-technischer Natur. Es trifft in der Tat zu, daß erfinderischer Geist in nicht-technischen Lösungen ebenso erscheinen kann wie in technischen Erfindungen. So in Problemlösungsmethoden verschiedenster Art wie in Rechnungsmethoden, Proportionalwahlverfahren, Information ordnende und nach bestimmten Bedürfnissen wieder liefernde Methoden, Werbemethoden, aber auch Spielen, Taktiken auf verschiedensten Gebieten. Einige Arten solcher Methoden erscheinen heute häufig in der Gestalt von Computerprogrammen, weshalb diese im Brennpunkt der Diskussion stehen.

Dennoch ist das Postulat m.E. abzulehnen, da seine Verwirklichung zu unhaltbaren Einschränkungen der Handlungsfreiheit und Rechtsunsicherheit führen müßte. Entscheidend ist für die Beurteilung, welcher Art die Handlungen sind, die der Schutzrechtsinhaber den Rechtsgenossen verbieten könnte. Beim technischen Patent geht es praktisch stets um die Untersagung der Verwendung oder des Inverkehrsetzens eines Gerätes oder Stoffes, also eines Gegenstandes der materiellen Welt, in dem der erfinderische Gedanke, also die schutzwürdige Originalität, irgendwie verkörpert ist; dies gilt selbst für Verfahrenspatente. Der verbotene Bezirk ist also abgesteckt durch künstlich geschaffene Gegenstände der materiellen Welt. Wie lägen die Dinge beim nicht-technischen Patent? Die Originalität der Methode wird zwar meist in einem Denkprozeß liegen, der dann die Handlungsweise bestimmt; das Durchdenken der erfinderischen Lösungsmethode könnte jedoch so wenig wie beim technischen Patent untersagt werden. Auch hier kämen nur nach außen gerichtete

gewerbliche Anwendungshandlungen als Widerrechtlichkeitstatbestand in Betracht. Es würde notwendigerweise um individuelle oder kollektive körperliche Handlungen des Menschen gehen, welche den erfinderischen Gedanken realisieren. Sie würden in Körperbewegung (einschließlich Schreiben oder Sprechen) bestehen und wohl in der Mehrzahl der Fälle mit an und für sich nicht erfinderischen Geräten ausgeführt; so etwa eine neue Sprachlehrmethode mit Papier, Schreibzeug, Projektionsapparat, Schallplatten; eine Methode zur optimalen Steuerung des Verkehrsflusses mit Befehlen über bekannte Signalanlagen an Fahrer, die ihrerseits nicht erfinderische Fahrzeuge verwenden; ein originelles System zur Datenerfassung, -kontrolle und -ausgabe durch Beschriftung und Einordnung einer technisch banalen Kartothek oder durch Verschlüsselung, Programmierung und Eingabe in einen für die Methode nicht spezifischen Computer. Zum Teil wären die Methoden als originelle Gebrauchsanweisungen zu einem spezifischen, aber bestimmungsgemäßen Gebrauch eines Geräts, wie z. B. eines Rechengerätes, anzusprechen. (Sobald der Gebrauch nicht mehr der bestimmungsgemäßen und naheliegenden Funktion des Gerätes entspricht, verlagert sich die Originalität von der unmittelbaren menschlichen Handlung in das technische Mittel, und es kann eine technische Anwendungserfindung vorliegen.)

Es dürfte ohne weiteres einleuchten, daß schwerste Bedenken dagegen bestehen, menschliches Handeln auch außerhalb der Technik, d. h. losgelöst von einem die Erfindung charakterisierenden materiellen Substrat, zu monopolisieren, ob es nun aus Sprechen, Befehlen, Beobachten, Schreiben oder sonstiger Körperbetätigung besteht, und wäre es noch so originell oder durch einen originellen Denkprozeß bestimmt. (Hier wäre selbstverständlich noch eine Abgrenzung zum Urheberrecht angezeigt.) Man denke zunächst einmal an die wohl unüberwindlichen Schwierigkeiten der Neuheitsermittlung, welche schon im technischen Patentrecht einen beinahe erdrückenden Apparat erheischt. Sodann müßte die Kreativität und Spontaneität in vielen Bereichen durch die Notwendigkeit der Respektierung von Schutzrechten und Prioritäten schwer leiden. Dem könnte dadurch begegnet werden, daß man dem Schutzrechtsinhaber das Verbotungsrecht nicht wie beim Patent gegen jedes «Auch-Machen», sondern in Analogie zum Urheberrecht nur gegen Nachmachen im subjektiven Sinn gewährt. Damit wäre aber wohl praktisch das Urteil über ein durch Verwaltungsakt erteiltes, dem Patent analoges Schutzrecht gefällt. Daß sich unter diesen Umständen Herrn PERRETS Postulat, solche Anleitungen zu originellen Handlungsweisen als «Schöpfungen» zu schützen, noch auf vernünftige Weise realisieren ließe, darf bezweifelt werden. Das Problem würde eher

in das Gebiet des Wettbewerbsrechts gerückt, wo sich dann sogleich die Frage stellt, ob die bloße Tatsache des Nachmachens zur Begründung der Rechtswidrigkeit genügen darf oder ob nicht ein zusätzliches Moment der Unredlichkeit des Handelns verlangt werden muß.

Während das auf die Technik beschränkte Erfindungspatent im wesentlichen im sekundären Sektor der Wirtschaft beheimatet ist, würde der Patentschutz mit der postulierten Erweiterung weit in den tertiären, den Dienstleistungssektor hineingetragen; hier würde er aber voraussichtlich mehr Verwirrung und Unfreiheit stiften als anspornend wirken.

Damit ist die spezifische Problematik des Patentschutzes für Computerprogramme freilich nicht schlechterdings abgetan. Wo das Computerprogramm zugleich erfinderische Züge eines von ihm gesteuerten technischen Vorgangs enthält, kann es des Patentschutzes teilhaftig werden².

2. Das Bundesgericht hat wiederholt anerkannt, daß die Urheberrechtsschutz begründende Originalität eines Werkes auch im Inhalt liegen könne. Auch EUGEN ULMER ist dieser Ansicht. Herr PERRET kritisiert sie. In Übereinstimmung mit der etwas einseitig auf die Kunst ausgerichteten vorherrschenden schweizerischen Lehre will er Originalität nur in der Form anerkennen, nicht aber im Inhalt. Diese Theorie, zu der der Gesetzeswortlaut nicht zwingt, ist m. E. zu eng. Abgesehen davon, daß Form und Inhalt häufig ineinander verschmelzen, besteht gar kein Anlaß, Originalität nicht auch im Inhalt anzuerkennen. Sonst bringt man den Urheberrechtsschutz für Werke wissenschaftlicher oder technischer Natur in Gefahr. Die Konstruktion, wonach die Originalität bei solchen Werken nur in der sprachlichen Gestaltung liegt, kann nicht befriedigen; sie entspricht der Wirklichkeit nicht. Die Argumentation in einem rechtswissenschaftlichen Werk oder die neue Sicht der Zusammenhänge in einem historischen läßt sich nicht als Form begreifen und vermag dem Werk doch Originalität zu verleihen. Auch der eingebürgerte Hilfsbegriff der inneren Form stellt nur eine Verlegenheitslösung dar. Man wird vielleicht einwenden, der gedankliche Inhalt dürfe nicht monopolisiert werden, dürfe nicht Schutzgegenstand sein; aber es steht ja nirgends geschrieben, der Bereich, aus dem die Originalität des Werkes stammt, müsse kongruent sein mit dem Bereich, auf den sich das Verbotungsrecht erstreckt. Man kann doch einem Werk wegen seines originellen Inhalts Schutzfähigkeit zugestehen, das Verbie-

² Kollo, Technik, Datenverarbeitung und Patentschutz, GRUR 1977, S. 58 ff. und BGH-Entscheidung «Dispositionsprogramm», GRUR 1977, S. 96.

tungsrecht aber gegenüber der Wiedergabe des gleichen gedanklichen Inhalts an einem stärkeren Prinzip scheitern lassen, wonach Gedanken nicht gesperrt, sondern von jedermann weitergegeben werden dürfen. Dann ist die Werknatur gerettet und bleibt immerhin noch Schutz gegen die Übernahme der Gestaltung möglich, wo der Inhalt Variation der Gestaltung erlaubt. Freilich greift das Verbotungsrecht viel weniger weit von der äußeren Gestaltung in Richtung gegen die Sphären des gedanklichen Gehaltes hinein als etwa bei Poesie oder Romanen. (Patentrecht und Urheberrecht an der Photographie kennen übrigens bereits Fälle, wo die Originalität aus einem Bereich stammt, der von der Schutzwirkung ausgeschlossen ist.) Mit dieser Lösung wird dann auch das Postulat des Leistungsschutzes gegen Wiedergabe wenigstens bei gedanklich originellen Werken wissenschaftlicher oder technischer Art im Urheberrecht erfüllt.

Prof. Dr. ALOIS TROLLER, Luzern:

Der Begriff «Leistungsschutz» sagt aus, daß einer Person für ihre Leistung ein rechtlicher Schutz zugestanden wird. Insoweit bezeichnet er zutreffend den Schutzgegenstand. Er besagt jedoch nicht, welcher Art die geschützte Leistung ist. Auszuscheiden sind die geistigen, immateriellen Güter (z. B. Entdeckungen, Anweisungen an den menschlichen Geist, nicht patentwürdige technische Regeln). Alle Leistungen, deren Schutz angestrebt wird, sind das materialisierte Ergebnis eines Arbeitsaufwandes (Interpreten) oder der Arbeitsleistung und eines unternehmerischen Aufwandes (Ton- und Bildträger, Rundfunksendungen, Computerprogramme, technische Zeichnungen und Pläne, Druckwerke aller Art, usw.). Das Schutzinteresse geht aus der Möglichkeit hervor, das materialisierte Leistungsergebnis dank technischen Mitteln sich anzueignen, ohne daß der Arbeits- und finanzielle Aufwand wiederholt wird, der zu seinem Hervorbringen notwendig war. Dadurch wird der mit der Leistung erstrebte Erfolg in zweifacher Hinsicht betroffen: Der Absatz des materialisierten Leistungsobjekts (z. B. Schallplatte, Computerprogramm, Lieferung von technischen Plänen) wird durch die Existenz der übernommenen Leistungserzeugnisse geschmälert. Das trifft auch dann zu, wenn der Übernehmer das Erzeugnis in seinem Betrieb benützt (z. B. Verwendung von Plänen). Noch empfindlicher ist die Einbuße, wenn das übernommene Leistungserzeugnis in Konkurrenz zum ursprünglichen auf dem Markt angeboten wird, wobei die Ersparnis im Hervorbringen das Unterbieten ermöglicht.

Nicht die Übernahme der Leistung als solche, sondern die Auswirkung der Übernahme im wirtschaftlichen Wettbewerb begründet

das Schutzinteresse. Der Schutz ist dann und nur dann zu gewähren, wenn wir davon überzeugt sind, daß eine derartige Konkurrenz durch die Übernahme des fremden Arbeitserzeugnisses Treu und Glauben im wirtschaftlichen Wettbewerb widerspricht.

Meines Erachtens ist der Schutz aufgrund der Generalklausel des UWG zu gewähren. Sollten aber Zweifel bestehen, so wäre die Enumeration zu ergänzen. Ich stimme also grundsätzlich Herrn PERRET zu. Daß wir beide die Unlauterkeit abweichend begründen, ändert am Ergebnis nichts. Der Erlaß eines speziellen Leistungsschutzgesetzes ist nicht notwendig und daher zu vermeiden. Im Gegensatz zur Auffassung von Herrn PEDRAZZINI trifft das m.E. auch für den Schutz von Ton- und Bildträgern ohne Zweifel zu. Die Interessenlage der Sendeunternehmen kann ich hier nicht erörtern. Sie ist zu speziell.

Die Interpreten können sich gegen die von ihnen nicht bewilligte Übernahme ihrer Interpretation sowohl auf Art. 28 ZGB wie auch auf UWG berufen, da die Fixierung ihrer Leistung die Nachfrage nach deren Wiederholung schmälern kann. Hingegen ist die Benützung der mit der Zustimmung der Interpreten auf Ton- oder Bildträgern festgehaltenen Leistung durch Sendeunternehmen oder z. B. in Gaststätten (die sog. «utilisation secondaire») nicht ohne besondere Bestimmung zu verwirklichen. Mir scheint dieser Schutz nicht begründet zu sein. Das trifft auch für den entsprechenden Schutz der Schallplattenindustrie zu.

Mit Herrn PEDRAZZINI bin ich darin einig, daß der Schutz der editio princeps, der Erstausgabe alter Texte, und von typographischen Schriftzeichen unmittelbar die geistige Leistung betrifft. Nach meiner Meinung sollte jedoch der Schutz der Schriftzeichen nur im Rahmen des URG oder des MMG gewährt werden. Ob der Schutz der editio princeps doch auch wettbewerbsrechtlich sich begründen ließe, wäre noch zu diskutieren; ich würde das bejahen. Ich meine daher, daß, soweit ein Schutzinteresse für den Leistungsschutz besteht und begründet ist, das UWG sich seiner annimmt.

Da die SRG an der Ratifikation des Römer Abkommens gemäß Feststellung von Herrn PEDRAZZINI kein Interesse hat und da die Interpreten, wenn ihnen nicht der Schutz gegen die Zweitbenutzung zugestanden wird, daran ebenfalls nicht interessiert sind, erübrigen sich die Ratifikation des Römer Abkommens und der Erlaß eines darauf abgestimmten Spezialgesetzes.

Rechtsanwalt Dr. PAUL BRÜGGER, Zürich:

1. Als Mitautor des Alternativvorschlages der Schweizerischen Vereinigung für Urheberrecht erlaube ich mir, der Kritik von Herrn

Prof. PEDRAZZINI, daß diese Konzeption auf einer Strapazierung des Persönlichkeitsrechtes beruhe, zu entgegnen. Wenn wir nur dem Interpreten eines urheberrechtlich schützbaeren Werkes und nicht auch dem Ton- und Tonbildträgerhersteller einen originären Leistungsschutz zugestanden haben, so geschah dies keineswegs aus einer persönlichkeitsrechtlichen Optik heraus. Vielmehr war die Wertung ausschlaggebend, daß eigentlich nur die Darbietung eines Werkes überhaupt einen gesetzlichen Sonderschutz benötige und verdiene, weil der Interpret, insbesondere auf dem Gebiet der Musik, des Urhebers Werk erst zum vollen Leben bringe. In dieser Urheberrechtsnähe sahen wir die Begründung für das Zweitverwertungsrecht des Interpreten im Sinn von Art. 12 des Rom-Übereinkommens. Daher wurde folgerichtig dem die Interpretenleistung fixierenden und verfügbarmachenden Ton- und Tonbildträgerhersteller eine abgeleitete Rechtsposition zugesprochen. Wir haben aber ebenso wie Herr Prof. PEDRAZZINI das Verhältnis zwischen Interpret und Tonträgerhersteller bzw. Sendeunternehmen idealtypisch als Symbiose erkannt und durch die Teilung des Zweitverwertungsanspruches und die selbständige Klagebefugnis des Produzenten diesem Verhältnis Rechnung getragen. Abgesehen davon bestand die Meinung, daß der eigentlichen Tonträgerpiraterie aufgrund der Generalklausel des UWG beizukommen wäre.

2. Von grundlegenderer Bedeutung als die Frage, ob die Konzeption von Herrn Prof. PEDRAZZINI oder jene des Alternativentwurfs dem Gemeinschaftsverhältnis zwischen Interpreten und Tonträgerproduzenten und Sendeunternehmen besser Rechnung trägt, ist jene, ob es überhaupt richtig ist, ein Leistungsschutzrecht beim urheberrechtlich schützbaeren Werk anzuknüpfen. Ich habe aufgrund des Referates von Herrn Dr. PERRET und besonders auch der neuen Zürcher Dissertation von BRUNO NATER über den künstlerischen Leistungsschutz einen Sinneswechsel durchgemacht. Für die Begründung eines Spezialschutzes dürfte doch der Einstieg beim Konsumverhalten mittels moderner Vervielfältigungstechniken zu einer billigeren Lösung führen als ein rechtstheoretisch qualifizierender Ansatz. In der Vervielfältigungsnachfrage einer Darbietung zeigt sich nämlich ihr Wert und nicht darin, ob sie eine künstlerische oder sportliche ist. Ich bin ungerechtfertigt bereichert, ob ich nun die Interpretation einer Sinfonie oder die Darbietung eines Fakirs ohne Erlaubnis und Vergütung aufnehme oder den Leistungsträger vervielfältige. Das gilt in besonderem Maße, wenn ich sie noch gewerblich nutze. Es muß der schlichten Maxime zum Durchbruch verholten werden, daß die modernen Vervielfältigungstechniken nicht dazu

dienen dürfen, jedweden Darbietenden bzw. Ton- oder Tonbildträgerproduzenten die normale Verwertung seiner Leistung bzw. seines Produktes zu untergraben. Während die strikt originäre Rechtsentstehung beim Interpreten und die Beschränkung des Schutzes auf die Interpretation urheberrechtsfähiger Werke der sozialen Adäquanz entbehrt, muß es aber als rechtswidrig normiert werden, ohne vertragliche Erlaubnis Wort-, Ton- oder Tonbildträger zu kopieren oder unerlaubte Kopien in Verkehr zu bringen.

3. Die urheberrechtsfremde Anknüpfung des Leistungsschutzes bedeutet aber nicht zwingend, den Interpreten und Ton- und Tonbildträgerproduzenten von der Zweitverwertung ausschließen zu wollen und die Herstellung von Kopien für den Privatgebrauch freizusetzen. Ich gehe mit Herrn Prof. PEDRAZZINI einig, daß auch vor dem Privatbereich nicht haltgemacht werden darf, wenn die Überspielungspraktiken die normale Verwertung von Schallplatten beeinträchtigen. Die Gegner der Begründung eines Zweitverwertungsanspruches für Interpreten und Leistungsträgerproduzenten führen an, daß eine direkte oder indirekte gewerbliche Nutzung von erlaubt hergestellten Platten oder andern Leistungsträgern ebenso wie die Vervielfältigung im Privatbereich in den Kalkulationen der Plattenpreise bereits berücksichtigt sei. Wenn die rechtstatsächliche Untersuchung von Herrn Prof. REHBINDER nicht nachzuweisen vermag, daß dieser «gesteigerte Gemeingebrauch» von Platten bei der Preisbildung tatsächlich bereits eingerechnet wird, sollte der Gesetzgeber den Interpreten und der Tonträgerindustrie die Rechtsbehelfe für eine angemessene Vergütung verschaffen.

Dr. FRANÇOIS PERRET, Berichterstatter:

J'aimerais ajouter un commentaire à l'exposé introductif du Professeur PEDRAZZINI.

Je suis tout à fait d'accord avec lui pour dire que ce n'est pas parce que la notion de «Leistung» n'est pas susceptible d'une définition qu'il faut renoncer à légiférer. Il est clair que si les intérêts dont nous avons parlé dans nos rapports n'étaient pas sauvegardés par le droit actuel, je serais le premier à souhaiter l'introduction d'une loi spéciale. Mais j'estime que nous avons les moyens qui nous permettent de combattre les abus qui sont décrits dans ces deux rapports et je crois qu'une loi spéciale ouvrirait la porte à une insécurité. J'ai parlé des imprimeurs et M. BRAENDLI nous a décrit la situation dans laquelle se trouve cette branche de l'industrie. Je ne vois pas pourquoi on prévoirait aujourd'hui un droit spécial pour les producteurs de disques et on laisserait les imprimeurs sans protection particulière.

Or, nous avons une clause générale qui me paraît tout à fait bien s'appliquer à ces procédés qui ont comme caractéristique commune la reprise de l'utilisation d'un résultat matériel, comme l'a expliqué le Professeur TROLLER dans son intervention. Je crois qu'il faut classer tous ces faits sous un seul chapeau, c'est-à-dire la concurrence déloyale, cette solution nous permettant de lutter contre toute une série de pratiques, sans devoir morceler le domaine de la propriété intellectuelle.

Prof. Dr. MARIO M. PEDRAZZINI, Berichterstatter:

Darf ich zunächst einmal zu einigen konkreten Fragen, nachher zum Grundsätzlichen noch kurz Stellung nehmen.

Ich stimme mit Herrn SPOENDLIN überein, daß eine Erweiterung des Patentschutzes auf Ideen, die sich nicht als technisch im patentrechtlichen Sinne charakterisieren lassen, viel zu weit führen würde. Herr BRÜGGER hat auf den privaten Vorentwurf eines Leistungsschutzgesetzes der Schweizerischen Vereinigung für Urheberrecht hingewiesen. Meine Bedenken gegen diesen Entwurf gehen in zwei Richtungen: Einmal ist vom ergänzenden Vertragsrecht viel zu viel Gebrauch gemacht worden. Es dürfte nicht richtig sein, auf Sondergebieten ergänzendes Vertragsrecht einzuführen, wohl in der mehr oder weniger bewußten Meinung, sich damit eine gesetzliche Regelung, welche die Befugnisse klarer aufdeckt, ersparen zu können. Sodann habe ich den Eindruck, daß in jenem Entwurf die Interpreten sich zu Unrecht isoliert haben. Sie genießen nach jenem Entwurf ja praktisch allein einen Schutz! Sie scheinen doch dabei die Lebens- und Rechtsgemeinschaft mit den Tonträgerherstellern und den Sendunternehmen zu vergessen. Zu den Ausführungen von Herrn Kollegen TROLLER darf ich zunächst einmal bemerken, daß ich selbst hinsichtlich der utilisation secondaire während der Erarbeitung meines Berichtes eine Wandlung durchgemacht habe. Vorerst dachte ich, daß die utilisation secondaire überhaupt nicht in Frage kommen könne. Heute glaube ich, daß ein beschränktes Recht darauf doch gerechtfertigt ist, nämlich in Zusammenhang mit der unmittelbaren wirtschaftlichen Benutzung der Leistung. Soviel zu den Einzelfragen.

Aber der Streit dreht sich, wie Sie wissen, um das Grundsätzliche. Das wichtigste Gegenargument ist die Behauptung, daß es beim sogenannten Leistungsschutzrecht um typische wettbewerbsrechtliche Sachverhalte gehe, die vom UWG zu erfassen sind, sei es im Rahmen der Generalklausel von Art. 1, Abs. 1, sei es im Rahmen von Normen, die dem Absatz 2 noch hinzugefügt werden müßten. Diese Bedenken sind selbstverständlich. Ich habe selbst ausgeführt, daß

besonders beim Tonbildträgerhersteller die nicht erlaubte Vervielfältigung im Grunde genommen eine klare unlautere Wettbewerbsbehandlung nach Art. 1 UWG darstellen kann. Aber diese Auslegung hat meines Erachtens wesentliche Nachteile. Und das ist für mich der springende Punkt für eine Sondergesetzgebung. Diese Auslegung ist zu unsicher. Herr PERRET und ich sind dabei schon sehr weit gegangen: Ich frage mich, ob dies nicht bereits eine Überspannung der Generalklausel darstellt, die von unseren Gerichten – und darauf kommt es ja schließlich an – gar nicht geteilt werden könnte. Sie eröffnet ein Gebiet, das wir nicht überblicken. Wenn wir einzelne Leistungen schützen, wissen wir, woran wir sind, wenn wir aber das Leistungsschutzrecht, wenn auch mittelbar, durch UWG einführen, dann gehen wir möglicherweise zu weit. Dies ist ebensowenig die richtige Lösung wie die direkte Ableitung des Leistungsschutzrechtes aus dem Persönlichkeitsrecht. Letzteres ist unter Umständen eine zu mittelbare Quelle, als daß wir, ohne dem Sachverhalt, aber auch der Rechtsnorm Zwang anzutun, eine Regelung daraus ableiten können. Es steht also hier bezüglich des Weges Meinung gegen Meinung. Entscheidend ist aber, daß wir in der allgemeinen Zielsetzung einig sind, wonach diese Leistung einen Schutz genießen sollte. Eine pragmatische Einigung dürfte also nicht allzu schwer fallen.

* * *

Der Verhandlungsleiter dankt den Diskussionsteilnehmern und besonders den Berichterstattern und schließt die Sitzung vom Samstag um 11.20 Uhr.

Sitzung vom Sonntag, den 25. September 1977
im Großratssaal in Luzern

Präsident:
Prof. Dr. FRITZ GYGI, Bern

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 09.00 Uhr. Zur Behandlung gelangen die verbleibenden Verwaltungsgeschäfte gemäß der Traktandenliste.

X.

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

In der noch von Prof. Dr. H. RENNEFAHRT begonnenen Serie der Rechtsquellen des Kantons *Bern* ist der letzte Band «Fürsorge» ausgedruckt. Ein neuer Mitarbeiter, Dr. PETER HOPPE, befaßt sich mit dem Register. Es kann damit gerechnet werden, daß dieser letzte Band 1977 erscheinen wird.

Herr Dr. PAUL BLOESCH, früherer Mitarbeiter an der Helvetia Sacra und im Berner Staatsarchiv, konnte zur Fortsetzung der vor einigen Jahren von PD Dr. THEODOR BÜHLER begonnenen Arbeiten an den Rechtsquellen des *Fürstbistums Basel* gewonnen werden.

Am Band *Haslital* arbeitet Herr Dr. BRÜLISAUER weiter. Sowohl er als auch Herr Dr. HOPPE werden von der F. E.-Welti-Stiftung besoldet, wogegen Dr. BLOESCH im Dienste des Nationalfonds steht.

Im Kanton *Luzern* werden die Quellen des Amtes *Weggis* weiterhin von Herrn Dr. M. SALZMANN bearbeitet. Hinsichtlich Quellenarbeiten in weiteren Ämtern schweben gegenwärtig Verhandlungen.

In *Glarus* setzt Herr Ständerat Dr. phil. F. STUCKI seine Arbeiten am Landbuch fort. Er hat darüber die Rechtsquellenkommission

und ihre Mitarbeiter an einer Arbeitstagung vom 29. April an Ort und Stelle orientiert. Bei dieser Gelegenheit wurden eine ganze Reihe gemeinsamer Bearbeitungs- und Editionsprobleme besprochen.

Aus dem Kanton *Solothurn* hat ein früherer Mitarbeiter, Dr. CHARLES STUDER, ein Manuskript bereitgestellt.

Für den Band *Schaffhausen* hat die Druckerei Augustin in Thayngen einen ganz neuen Satz erstellt, der nun im Staatsarchiv Schaffhausen von Archivar Dr. LIEB und seiner Mitarbeiterin Dr. ELISABETH SCHUDEL überprüft wird.

Den Akten der *Fürstabtei St. Gallen* widmet sich nun Frau Dr. MAGDALEN BLESS-GRABHER vollamtlich. Sie teilt ihre Zeit zwischen den Archiven in St. Gallen, Wil und Zürich ein. Sobald sie eine Übersicht über das reiche und glücklicherweise verhältnismäßig leicht zugängliche Material gewonnen haben wird, muß über die Prioritäten entschieden werden. Eine enge Zusammenarbeit mit den Fortsetzern des St. Galler Urkundenbuches ist im Gange.

Mannigfaltig sind die Arbeiten im Kanton *Graubünden*. Für den deutschen Teil geht Frau Dr. phil. E. MEYER-MARTHALER Quellen in Privatbesitz nach, um sie neben denjenigen aus dem Staats- und aus den vielen Gemeindearchiven zu sichten. Im Vordergrund stehen solche des Zehngerichtebundes. Der Gesamtplan wurde der Rechtsquellenkommission vorgelegt und von ihr gebilligt. Über die südlichen Rechtsquellen ist folgendes zu melden: Ohne wiederum Dorfordnungen zu drucken, die schon in der Serie B (Zusammenstellung von Vorabdrucken aus den Annalas) zumeist und ausschließlich in romanischer Sprache erschienen sind, wird ein Band *Engadiner* Rechtsquellen für die Serie A vorgesehen, wofür Herr Dr. ANDREA SCHORTA das Manuskript erstellt, das auch Kriminalstatuten enthalten soll. Daneben wird er seine Arbeit an einem Register intensivieren, um für einen breiten Kreis die beiden Bände der Serie B aufzuwerten und den Zugang zum neuen Band der Serie A zu schaffen. Mit Herrn Dr. RICCARDO TOGNINA, der die Rechtsquellen des *Puschlavs* schon weitgehend erschlossen hat, schweben Verhandlungen, die sich über ein außerordentlich reiches und guterhaltenes Material erstrecken. Hier stellt sich für die Rechtsquellenkommission wie schon anderswo das Problem, inwieweit sie in ihren Bänden auf umfassende, neuere Arbeiten verweisen kann, indem sie sich mit Regesten begnügt, und inwieweit sich Neuausgaben aufdrängen, die hauptsächlich Nachdrucke sind. Die hohen Druckkosten stehen hier im Widerstreit mit der Vorarbeit für den Leser, dem man möglichst viel in einem und demselben Band bieten möchte.

Nachdem letztes Jahr der Band *Aargau, Freie Ämter*, erschienen ist, hat sich die Regierung noch mit 20000 Franken an den Kosten

von über 100000 Franken beteiligt. Staatsarchivar Dr. J.-J. SIEGRIST wird seine Arbeit in andern Gegenden des Kantons fortsetzen.

Im Kanton *Tessin* erscheint nun die Regestensammlung für die *Leventina* in Faszikeln im Druck. Herausgegeben wird sie vom Centro di Ricerca per la Storia e l'onomastica ticinese dell'Università di Zurigo. Einer ihrer Mitarbeiter, Sekundarlehrer MARIO FRANZIOLI in Airolo, sammelt aus demselben Bereich typische Rechtsquellen. Für den südlichen Tessin verfügt Frau Dr. MANGO-TOMEI, die halbbeitlich angestellt ist, schon über einen großen Schatz von Notariatbüchern und -urkunden, die der Sichtung harren.

In der *Waadt* ist der zweite Band, der die fast ausschließlich lateinischen Quellen des *Bistums Lausanne* bis zur Reformation umfaßt, ausgedruckt. Seine Bearbeiterin, Frau DANIELLE CABANIS-ANEX, erstellt das Register, so daß auch dieser Band 1978 in den Buchhandel gelangen kann. Zur Sammlung und Sichtung von Material aus der bernischen Epoche ist Frau Dr. iur. REGULA MATZINGER-PFISTER stundenweise auf Rechnung des Nationalfonds tätig. Die Leitung dieser Arbeit hat Herr Prof. Dr. J. F. POUDRET inne.

Für *Neuenburg* liegt das Manuskript fast druckfertig vor. Es drängten sich nach Besprechungen zwischen dem Bearbeiter, Staatsarchivadjunkt J. J. TRIBOLET und den referierenden Mitgliedern der Rechtsquellenkommission einige Kürzungen auf! Nicht nur werden wiederkehrende Titulaturen, Zeugenauzählungen, Erwägungen und Publikationsformen gestrichen, sondern es werden Quellen, die zwar sachlich durchaus in den Rahmen passen, aber anderswo sehr leicht zugänglich sind, lediglich in Regesten zusammengefaßt.

Ein Teil des Rechtsquellenkredits ist für die Sammlung von die Schweiz betreffenden Urkunden in *ausländischen Archiven* bestimmt. Dieser Arbeit widmeten sich die Herren Dr. SALZMANN und Dr. HOPPE. Die Karlsruher Regesten zum Thema Konstanz/Reichenau könnten nun herausgegeben werden. Zuhanden des Kuratoriums, das sich aus Vertretern des Bundesarchivs, des Staatsarchivs, der Allgemeinen Geschichtsforschenden Gesellschaft und der Rechtsquellenkommission zusammensetzt, haben die Bearbeiter Kostenberechnungen vorgelegt. Das Kuratorium hat sich seinerseits ein erstes Mal über die gewünschte Edition und mögliche Finanzierung ausgesprochen.

XI.

Der Präsident teilt mit, daß die *Forschungskommission*, die unter der Leitung von Prof. Dr. PIERRE LALIVE steht, nichts zu berichten hat.

XII.

Die Versammlung stimmt mit Applaus dem Vorschlag zu, den Schweizerischen Juristentag 1978 in Zürich durchzuführen.

XIII.

Die Leitung der Verhandlungen über das Thema «*Treu und Glauben im öffentlichen Recht*» übernimmt Dr. HANS PETER MOSER, Zürich. Er erteilt das Wort Frau Dr. KATHARINA SAMELI, Rechtsanwalt, Genf, Berichterstatterin deutscher Sprache. Sie verliest in leicht gekürzter Form ihr schriftliches Referat, das in den «Referaten und Mitteilungen» des Schweizerischen Juristenvereins, Heft 4, 1977 (S. 287 ff.) vollumfänglich publiziert worden ist. Es wird deshalb auf eine Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

Dr. FRANÇOIS PICOT, Rechtsanwalt, Genf, Berichterstatter französischer Sprache, hält folgendes Einleitungsreferat:

Notre sujet peut être qualifié de «sujet frontière». C'est-à-dire qu'il est à la limite entre divers domaines du droit, le droit civil, le droit administratif, le droit constitutionnel.

Il est également, et peut-être plus encore, un sujet qui se trouve aux frontières entre le droit et les domaines qui influencent le droit, mais ne font plus partie du domaine juridique. Je veux parler de la morale et de la politique.

J'ai cité dans mon rapport un philosophe français contemporain, M. JULIEN FREUND qui dans son ouvrage, «L'essence du politique» déclare:

«C'est la politique qui par la force, qu'il s'agisse d'une force violente ou d'une force de persuasion, établit les structures de la société. Mais ces structures ne pourraient se maintenir sans un certain consensus général qui fait que les citoyens sont plus ou moins d'accord d'accepter les lois qui leur sont proposées par les politiques. Ainsi le droit est cette dialectique, soit le résultat de ce dialogue, de cet effort d'harmonisation, de ce conflit à résoudre toujours à nouveau entre la volonté d'organisation du politique et les idées générales de la morale.»

Dans le premier chapitre, nous avons cherché à explorer pour notre sujet la frontière entre le droit et la morale, dans le dernier chapitre les limites entre le droit constitutionnel et la politique.

Dans les chapitres centraux, nous examinons tout d'abord la bonne foi en droit civil, ensuite l'évolution de la jurisprudence sur la bonne foi en droit public, enfin les limites qui sont posées à l'application du principe de la bonne foi en droit public.

Nous allons, si vous le voulez bien, suivre ce cheminement.

Il faut préciser, comme rapporteur de langue française, que lorsque nous parlons de la bonne foi en droit public, nous entendons essentiellement le terme que l'article 2 du Code civil traduit par «les règles de la bonne foi» et qui correspond au texte allemand «Treu und Glauben».

Il faut bien remarquer que l'expression «Treu und Glauben» a quelque chose de plus large que le simple mot bonne foi. Il ne faut pas le confondre avec le terme employé à l'article 3 CCS où il est dit :

«La bonne foi est présumée lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit.»

Dans ce cas, la bonne foi exprime une notion différente bien que voisine, comme l'a relevé, il y a un instant, Mme SAMELI. Comme le dit le Professeur DESCHENAUX :

«Etre de bonne foi c'est tenir pour vrai ce qui ne l'est pas, ou régulier ce qui est entaché d'un vice, en se fondant sur le dire d'autrui ou certaines données de fait.»

Si l'on admet dans un ordre juridique que les règles de la bonne foi doivent jouer un rôle comme normes de comportement pour les parties, ces règles par ce fait même devront également être considérées par ceux qui doivent interpréter ce rapport juridique.

L'observation des règles de la bonne foi sert alors de norme d'interprétation permettant au besoin de compléter, voire dans certains cas de corriger les règles contractuelles légales. Le problème se pose alors de savoir si nous n'introduisons pas dans l'interprétation de la loi un élément qui n'est pas entièrement compris dans la loi. Le comportement des parties qui doivent être de bonne foi doit être apprécié par le juge d'une manière qui ne sera pas absolument juridique mais qui sera une appréciation en équité.

C'est ainsi que l'étude du problème de la bonne foi pose la question des rapports entre la justice et l'équité.

Le problème n'est pas d'aujourd'hui.

Il a été traité par ARISTOTE au livre V de l'éthique à Nicomaque et je ne résiste pas au plaisir de vous en lire un passage :

«Ce qui cause notre embarras, c'est que ce qui est équitable, tout en étant juste, ne l'est pas conformément à la loi ; c'est comme une amélioration de ce qui est juste selon la loi. La raison en est que toute loi est générale et que, sur des cas d'espèce, il n'est pas possible de s'exprimer avec suffisamment de précision quand on parle en général ; lors donc qu'il est indispensable de parler en général et qu'on ne peut le faire avec toute la précision souhaitable, la loi ne retient que les cas ordinaires, sans méconnaître d'ailleurs son insuffisance. La loi n'en est pas moins bien ordonnée. La faute ne lui est pas imputable, non plus qu'au législateur ; elle découle de la nature de l'action, telle étant bien exactement la

matière des actes. Lorsque la loi s'exprime pour la généralité des cas, et que postérieurement il se produit quelque chose qui contrarie ces dispositions générales, il est normal de combler la lacune laissée par le législateur et de corriger l'omission imputable au fait même qu'il s'exprimait en général. Le législateur lui-même, s'il était présent, y consentirait et, s'il eût prévu la chose, eût introduit des précisions dans la loi. Aussi ce qui est équitable est-il juste, supérieur même en général au juste non pas au juste en soi, mais au juste qui, en raison de sa généralité, comporte de l'erreur. La nature propre de l'équité consiste à corriger la loi, dans la mesure où celle-ci se montre insuffisante, en raison de son caractère général.»

N'a-t-on pas l'impression de lire certains passages d'arrêtés du Tribunal fédéral?

ARISTOTE a posé les bases philosophiques de ce rapport entre la justice selon la loi et l'équité.

Mais c'est chez un juriste de l'Antiquité, CICERON, que nous avons trouvé des développements très actuels à ces notions. CICERON montre d'une part que la bonne foi peut être un postulat, une inspiration générale de l'ordre juridique, mais d'autre part elle peut aussi et doit se concrétiser pour s'appliquer dans l'activité juridique quotidienne.

C'est dans son dernier ouvrage, le «de Officiis» que CICERON, en 44 avant Jésus-Christ, l'année de la mort de César, alors qu'il avait dû quitter Rome et se sentait en danger a voulu méditer une dernière fois sur ces notions de base du droit.

Dans le «de Officiis», ouvrage constamment relu au Moyen-Age et à la Renaissance, CICERON pose la définition:

«Or le fondement de la justice c'est la bonne foi, c'est-à-dire la fidélité et la sincérité dans les paroles et les engagements pris.»

Mais ce fondement, CICERON qui est juriste, et formé à l'Ecole du droit romain de la procédure, sait qu'il doit se concrétiser dans la procédure de son temps par les formules «Ex fide bona». Il nous donne quelques exemples. Il cite notamment le cas de ce navigateur qui a quitté Alexandrie avec un chargement de blé pour se rendre à l'île de Rhodes. Or les Rhodiens souffrent à ce moment-là d'une grande famine. Ce navigateur a un excellent bateau et en cours de route il dépasse une vingtaine de bateaux qui font le même trajet pour aller ravitailler les Rhodiens. Il arrive le premier à Rhodes et CICERON se demande: doit-il dire au Rhodiens que d'autres bateaux viendront, ce qui fera baisser le prix de son blé ou doit-il se taire et le vendre au prix fort?

Il y a également l'histoire de ce citoyen romain qui avait construit une maison sur les Caelius, l'une des sept collines de Rome. Cependant sa maison dépassait la cime des arbres et n'était pas en harmo-

nie avec un « plan de site » qui avait été établi pour que les augures du capitolé puissent observer le vol des oiseaux. Le magistrat, à la demande des augures, a donné l'ordre de détruire les étages qui dépassaient la cime des arbres. Cependant, avant d'exécuter cet ordre, ce citoyen romain a vendu sa maison sans faire part de l'ordre du magistrat.

Dans les deux cas CICERON s'appuyant sur certains juristes de son temps démontre qu'en droit strict, on pourrait ne pas condamner soit le navigateur qui n'a rien dit aux Rhodiens, soit le constructeur qui n'a pas avisé son acheteur de l'ordre du magistrat. Il estime cependant que l'on peut qualifier ces personnes de « astutus », c'est-à-dire de personnes habiles et il estime également qu'elles doivent être condamnées.

Vous me direz que ce sont là des exemples tirés du droit civil.

Mais CICERON examine également le problème en droit public. Nous avons l'impression que l'application du principe de la bonne foi en droit public est un problème moderne. Cicéron l'avait déjà vu.

Il cite notamment l'exemple d'un officier qui avait conclu avec l'ennemi une traite de 30 jours, il avait donné l'ordre à ses troupes de dévaster le territoire de l'ennemi pendant la nuit disant qu'il avait conclu une traite pour 30 jours et pas 30 nuits.

Il cite également le cas d'un homme d'Etat romain qui était arbitre entre les habitants de Nole et de Naples pour un problème de frontière. Il a donné l'ordre aux deux armées de se retirer et il a ensuite rendu sa sentence attribuant à chacune des villes le territoire sur lequel son armée s'était retirée et donnant la bande du milieu au peuple romain.

CICERON condamne l'attitude tant de l'officier que du magistrat.

Sur la base de telles réflexions, nous devons admettre que le principe de la bonne foi est comme l'irruption dans le droit d'un postulat venant de l'idée de justice et d'équité.

Il m'a paru qu'il était utile, le principe de la bonne foi s'étant en droit suisse concrétisé d'abord en droit civil, de résumer les principes essentiels de l'application de l'article 2 CCS. Je pense que c'est le lieu de marquer une fois de plus l'influence considérable de EUGÈNE HUBER sur l'ensemble de notre droit.

Mme SAMELI pense que l'adoption de l'article 2 a ancré le principe de la bonne foi dans le droit civil et que, de ce fait, les juristes de 1914/1915 n'ont pas voulu l'appliquer en droit public.

Je pense que, peut-être, cela a retardé l'introduction du principe de la bonne foi dans le droit public, mais je suis d'avis cependant que la très abondante jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'article 2 qui a été étudiée d'une manière si extraordinaire par les Professeurs

MERZ et JÄGGI a joué un grand rôle dans le développement du principe de la bonne foi en droit public depuis la dernière guerre.

En revanche, je pense que la conception très rigide du droit public à la même époque a joué un très grand rôle pour écarter la notion de bonne foi de ce domaine du droit.

Il est intéressant de comparer avec le droit français. L'article 1134 du Code civil français comprend également la notion de la bonne foi. Cependant, dans ce droit, cette notion n'a pas joué un grand rôle, les juristes français ayant souvent parlé de la bonne foi avec beaucoup d'ironie et considérant cette notion comme pratiquement inutile. JEAN CARBONNIER déclare:

«L'outrance peut perdre une idée juste. On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en un contrat, d'aucuns aient rêvé de faire de tout contrat un mariage.»

Nous avons relevé dans notre travail les principaux domaines d'application de la bonne foi en droit civil:

- a) le principe de la confiance;
- b) les règles de comportement qui dérivent de ce principe;
- c) la position du juge à l'égard de celui qui agit avec une trop grande habileté;
- d) les conséquences des actions menées sans intérêt juridique et par pure chicane;
- e) la jurisprudence concernant la *clausula rebus sic stantibus*.

On peut également mentionner deux applications intéressantes. L'une c'est l'application du principe de la bonne foi pour les contrats d'adhésion qui a fait l'objet de travaux du Juge fédéral PATRY et du Professeur MERZ. Il est intéressant de constater dans ce domaine qu'une loi allemande, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1977, prévoit que le juge peut annuler les dispositions de conditions générales dans des contrats d'adhésion qui violent les principes de la bonne foi.

Dans un autre domaine, celui de la concurrence déloyale, nous voyons une application de la bonne foi hors du domaine contractuel. La question a été étudiée récemment par le Professeur MARTIN-ACHARD.

Ces deux applications du principe, l'une a des conditions générales destinées à un très grand nombre de personnes, l'autre en dehors du domaine contractuel font en quelque sorte le lien entre l'application de ce principe en droit privé et en droit public.

Nous examinons ensuite dans notre travail l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la bonne foi en droit public. Dans deux arrêts de 1908 qui traitent du droit fiscal, le Tribunal fédéral

avait admis le principe de la bonne foi dans ce domaine. Dans ces deux arrêts, le Tribunal fédéral a déjà protégé la confiance que l'administré peut mettre dans une certaine attitude de l'administration.

En revanche, dans un arrêt de 1914, l'arrêt *Zumthor c. Anliker*, le Tribunal fédéral a pris une position absolument contraire.

Cependant depuis 1944, il y a eu un revirement de la jurisprudence et le principe de la bonne foi a été appliqué d'une manière générale en droit public.

Nous mentionnons dans notre travail les divers domaines de cette application. En procédure civile, notamment en ce qui concerne le fardeau de la preuve dans le cadre de l'article 8 du Code civil, le Tribunal fédéral a fixé l'obligation de la partie auquel n'incombe pas le fardeau de la preuve à contribuer à «éclairer le débat». Mme SAMELI a rappelé également les arrêts en matière de restitution de délai. Nous signalons aussi l'étude très intéressante du Professeur GERWIG de Bâle dans la Festschrift pour le Professeur SIMONIUS¹ sur le devoir de dire la vérité pour les parties dans la procédure. Le Professeur GERWIG indique qu'en droit suisse, la solution est de soumettre toute la procédure au principe de la bonne foi.

Dans le droit fiscal également, qu'il s'agisse de l'arrangement fiscal ou de l'imposition selon la situation juridique ou la réalité économique le principe de la bonne foi est appliqué et nous nous fondons notamment pour examiner ces problèmes sur le rapport qu'avait présenté le juge fédéral PLATTNER lors d'un congrès de notre Société à Frauenfeld.

On peut considérer également le droit de la construction et de l'aménagement du territoire.

Dans ces divers domaines le Tribunal fédéral a posé des principes importants concernant les assurances que peuvent donner les autorités.

Pour que le citoyen puisse invoquer la protection de la confiance mise en l'administration, il faut que :

- «a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées;
- b) l'autorité ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence;
- c) que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude des informations obtenues ou de ses propres déductions;

¹ Aequitas und bona fides, Basel 1955.

- d) l'administré se soit fondé sur elles pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice;
- e) la loi n'ait pas changé entre le moment où l'autorité s'est déterminée et celui où le principe a été allégué.»

Actuellement la bonne foi est appliquée dans les domaines les plus divers du droit administratif. On peut citer notamment une affaire dans le domaine des examens fédéraux de médecine ou dans le subventionnement des pommes de terre. Les mélanges HENRI ZWAHLEN² ont publié récemment l'étude très remarquable de Monsieur le Juge fédéral JEAN-DANIEL DUCOMMUN (Egalité et bonne foi dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances) qui montre que dans ce domaine également ce principe joue son rôle.

Si la plupart des arrêts traitant de la bonne foi font partie du droit administratif, on peut tout de même constater que la bonne foi peut s'appliquer également en droit constitutionnel. Ce sont notamment les arrêts concernant les élections ou l'examen des initiatives et des référendums.

Quelles sont les limites du principe de la bonne foi en droit public ?

Nous avons rappelé plus haut les principes d'application du Tribunal fédéral, on peut se demander s'il faudrait les préciser encore. A mon avis, il serait difficile de le faire. Comme nous l'avons vu, le principe de la bonne foi est l'irruption dans le droit du principe de l'équité et on peut se demander s'il faudrait vraiment systématiser encore ce qui, par essence, ne peut pas être systématisé.

Il nous semble que si l'on veut saisir les limites de l'application du principe de la bonne foi, il faut avoir présent à l'esprit des principes qui sont à la base de l'état fondé sur le droit.

Il s'agit de :

- le principe de la légalité;
- le principe de l'intérêt public;
- la sécurité du droit.

Il faut se rendre compte également que le principe de la bonne foi étant une clause générale, elle a un caractère subsidiaire. Mme SAMELI en étudiant des arrêts du Tribunal fédéral a montré que souvent on peut résoudre le problème sans avoir recours à ce principe et qu'il ne doit être appliqué que lorsque véritablement la loi ou les autres principes conduisent à une solution particulièrement choquante.

J'ai montré dans mon travail aussi sur la base d'arrêts du Conseil d'Etat français qui n'appliquent pas le principe de la bonne foi, que

² Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977.

dans la jurisprudence sur l'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat français arrive par d'autres méthodes à des solutions assez semblables à celles du Tribunal fédéral sur la base du principe de la bonne foi.

Les règles essentielles de l'Etat fondé sur le droit doivent être maintenues. Ces principes peuvent cependant se révéler trop rigides dans leur application et le principe de la bonne foi a pour but d'humaniser en une certaine manière l'Etat fondé sur le droit. Il faut prendre garde cependant à ce que ce principe ne soit pas élargi d'une manière incontrôlée sans quoi il risquerait de dissoudre les principes de l'Etat fondé sur le droit pour lequel des générations ont lutté.

Le droit constitutionnel concerne essentiellement la prise de décision des organes qui ont une responsabilité politique. La décision qu'ils prennent est dans la plupart des cas une décision qui, si elle a des conséquences juridiques, est cependant dans son essence, une décision politique. Il est difficile de distinguer entre une décision administrative et une décision politique.

MAURICE DUVERGER relève qu'il y a toujours une large zone commune entre les institutions politiques et les institutions administratives. Il dit:

«Les hauts fonctionnaires font partie à la fois des uns et des autres, officiellement ils n'interviennent que dans l'application, pratiquement ils jouent souvent un grand rôle dans la décision.»

Si ces décisions politiques sont prises par un gouvernement ou un législateur cantonal, elles peuvent en général être soumises au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public. S'agissant du droit fédéral, les dispositions qui pourraient être attaquées sont généralement couvertes par l'article 113 alinéa 3 de la Constitution Fédérale. Le Tribunal fédéral étant lié par les lois et les arrêtés de portée générale votés par les Chambres.

On peut se demander alors jusqu'à quel point le législateur est tenu par le principe de la bonne foi. Le Professeur IMBODEN a étudié la question dans son rapport à notre Société sur les contrats de droit administratif. Le Professeur HANS HUBER s'est également penché sur cette question.

Nous ne connaissons pas en Suisse la théorie des actes de gouvernement qui échapperaient à tout contrôle judiciaire. L'activité du Parlement n'est cependant pas chez nous surveillée par une cour constitutionnelle.

Nous arrivons en quelque sorte sur l'autre frontière, la frontière entre le droit et la politique. Nous retrouvons là également la distinction entre la bonne foi comme postulat et la bonne foi comme prin-

cipe ancré dans le droit. Nous avons cité les vers retrouvés dans CICERON d'un poète latin, ENNIUS, qui dit:

«Il n'est pas de société sacrée, ni de bonne foi pour la domination.»

Nous avons cité également MACHIAVEL qui dit:

«On voit par l'expérience de notre temps que ces princes se sont fait grands qui n'ont pas tenu grand compte de leur foi.»

Cependant depuis CICERON bien des juristes ou des hommes politiques ont cherché à s'inspirer des principes généraux du droit de l'idée de bonne foi et du principe de la bonne foi comme postulat de l'action politique. Je pense que nous devons demeurer réalistes et admettre que la lutte entre les thèses de MACHIAVEL et des forces de l'esprit durera autant que l'humanité.

Mais cependant, si la politique a une influence sur le droit, le principe de la bonne foi ancré dans le droit peut par lui avoir une influence sur la politique.

A mon avis, le critère décisif pour le choix, c'est l'idée de l'homme que l'on place à la base d'un certain ordre juridique. MONTESQUIEU dans «L'Esprit des lois» a écrit:

«Les hommes sont tous égaux dans le gouvernement républicain, ils sont tous égaux dans le gouvernement despotique; dans le premier c'est parce qu'ils sont tout; dans le second c'est parce qu'ils ne sont rien.»

On peut prendre cette idée d'une autre manière en disant qu'il est des formes de sociétés dans lesquelles la confiance en l'homme n'est pas possible.

Dans ces sociétés, le droit ne doit laisser aucune place à des valeurs qui lui soient extérieures car il n'existe ni confiance dans la bonne foi du citoyen, ni confiance dans le sens de l'équité du juge. Pour que la bonne foi puisse être reconnue comme principe dans le droit public, il faut une société qui soit telle que la confiance puisse exister tant dans les citoyens que dans le gouvernement. Dans une telle société fondée sur le respect de la personne humaine, l'intérêt public sera l'intérêt supérieur de tous, l'intérêt devant lequel dans certains cas l'intérêt de l'individu devra s'effacer. Mais cet intérêt public ne saurait être assimilé à la raison d'état, laquelle est en général une déformation de l'intérêt public qui cherche à donner comme intérêt public l'intérêt de certains dirigeants de l'Etat.

C'est à mon avis dans cette perspective que se situe l'effort des juristes pour que demeurent vivantes dans les applications les plus concrètes de notre droit, les règles de la bonne foi et les notions de justice et d'équité.

XIV.

Nach einer kurzen Pause eröffnet der Verhandlungsleiter die Diskussion und erteilt das Wort Herrn Bundesrichter Dr. HANS DUBS, Lausanne:

Das Prinzip von Treu und Glauben im öffentlichen Recht ist von einzelnen ausländischen Autoren als eine Gefahr für den Rechtsstaat, als folgenschwerer Einbruch in die Gesetzmäßigkeit bezeichnet worden. Die zwei Referate zu unserem heutigen Thema haben die historischen und rechtsphilosophischen Wurzeln sowie die mannigfachen konkreten, praktischen Auswirkungen des Prinzips in umfassender Weise aufgezeigt. Diese wertvollen Berichte werden dazu beitragen, dem allgemeinen Grundsatz klare Konturen und präzise begrenzte Funktionen zu geben. Bei richtiger, maßvoller Anwendung wird durch das Prinzip von Treu und Glauben die Bindung an das Gesetz keineswegs ausgehöhlt, sondern in notwendiger Weise sinnvoll ergänzt.

In diesem Diskussionsvotum soll nicht versucht werden, die weit gespannten Analysen der Berichterstatter kritisch zu durchleuchten oder Fragezeichen zu einzelnen Entscheidungen des Bundesgerichts gewissermaßen replizierend «wegzuwischen». Angeregt durch Gedankengänge der Referenten möchte ich hier lediglich aus persönlicher Sicht eine Frage aufwerfen und zur Diskussion stellen, eine Frage, die sich auf den Vertrauensschutz bezieht und insbesondere auch die Rechtsfolgen bei Vorliegen eines schutzwürdigen Vertrauens in eine behördliche Zusicherung betrifft.

Gestatten Sie mir aber zunächst einige Vorbemerkungen zur «Vertrauensschutz-Situation» im juristischen Alltag. Die Lektüre der Berichte könnte stellenweise den Eindruck erwecken, die verbindlichen Zusicherungen, welche das Problem des Vertrauensschutzes überhaupt entstehen lassen, hätten in der Regel einen offensichtlich gesetzwidrigen Inhalt, die Erfüllung der Zusicherungen verletze klarerweise zwangsläufig geltende Vorschriften. Das kann im Extremfall zutreffen. Meistens ist es aber doch so, daß die fragliche Zusicherung mit dem – vielleicht recht unbestimmten – Wortlaut der einschlägigen Vorschriften durchaus vereinbar ist, aber der konstanten Praxis oder – noch häufiger – einer neuen strengeren Auslegung nicht entspricht. Ein Beispiel mag dies illustrieren: Es wird von einer zuständigen Baupolizeibehörde eine Ausnahmegewilligung zugesichert. Zu der sehr allgemeinen gesetzlichen Umschreibung der Möglichkeit von solchen Ausnahmen steht diese Zusicherung nicht im Widerspruch, aber die Verwaltungspraxis hat im Rahmen des

Gesetzes konkretisierende Kriterien herausgearbeitet und vielleicht sogar diese aus sachlichen, überzeugenden Gründen in der letzten Zeit noch verschärft. Dieser strengen Bewilligungspraxis entspricht die Zusicherung nicht. Soll der Betroffene wegen seines Vertrauens in die ihm gegebene Zusicherung doch die versprochene Ausnahmebewilligung erhalten? – Nach der Rechtsprechung kommt dies – um mich vorsichtig auszudrücken – dann in Frage, wenn die von der Praxis entwickelten, in beiden Referaten erörterten fünf Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind, d.h. (stark vereinfacht und verkürzt): wenn gestützt auf eine individuell-konkrete Zusicherung der zuständigen Instanz in guten Treuen Dispositionen getroffen wurden, welche bei Nichteinhaltung der Zusicherung nachteilig wären. Von diesem Punkt aus möchte ich nun auf meine Frage zu-
steuern.

Im deutschsprachigen Bericht wird nach der Erläuterung der fünf Voraussetzungen sinngemäß festgestellt, auch bei Vorliegen aller Voraussetzungen des Vertrauensschutzes müsse in jedem Fall noch eine *Interessenabwägung* vorgenommen werden: Dem öffentlichen Interesse an der konsequenten Durchsetzung der (jetzt) als richtig erkannten Auslegung wäre somit das private Interesse des Betroffenen an der Einhaltung der Zusicherung gegenüberzustellen. – In den Urteilen des Bundesgerichts kommt das Erfordernis einer solchen Interessenabwägung kaum irgendwo deutlich zum Ausdruck. Der Auffassung der Berichterstatterin ist aber meines Erachtens vorbehaltlos zuzustimmen. Über den Widerruf von begünstigenden Verwaltungsakten ist ja nach ständiger Praxis aufgrund einer entsprechenden Interessenabwägung zu entscheiden. Wer lediglich eine Zusicherung in den Händen hat, kann nicht eine stärkere rechtliche Position besitzen als der Inhaber einer rechtskräftigen Bewilligung, die widerrufen werden soll.

Folgt man dieser These, so hängt es also letztlich vom Ausgang der Interessenabwägung ab, ob die Zusicherung einzuhalten ist oder nicht. Wird das private Interesse als überwiegend betrachtet, so kann dies beispielsweise bedeuten, daß die neue strengere Auslegung eines Zonenreglementes oder einer Bauordnung auf den konkreten Fall nicht Anwendung findet und daß das Gesuch grundsätzlich gemäß erteilter Zusicherung zu behandeln ist. Wird umgekehrt das öffentliche Interesse an der sofortigen strikten Durchsetzung der neuen Praxis höher eingestuft, so ist – trotz Zusicherung – die Bewilligung zu verweigern.

Bei diesem zweiten Fall, bei der Bewilligungsverweigerung trotz des Vorliegens aller Voraussetzungen des Vertrauensschutzes, setzt meine Frage ein: Hat in einer solchen Situation der Gesuchsteller,

der gestützt auf eine behördliche Zusicherung eventuell erhebliche, jetzt nutzlose Aufwendungen machte, nicht einen Entschädigungsanspruch? *Oder allgemeiner formuliert:* Sollte der Vertrauensschutz nicht in einzelnen Fällen dazu führen, daß zwar aufgrund der geschilderten Interessenabwägung die erteilte Zusicherung nicht erfüllt werden muß, wohl aber dem Vertrauenden eine Vergütung seiner Aufwendungen zugesprochen werden kann? Diese Möglichkeit hätte vermutlich auch eine Rückwirkung auf die Interessenabwägung selber. Es wäre nicht mehr einfach, zwischen «alles» (Einhaltung der Zusicherung) oder «nichts» zu entscheiden, sondern die Entschädigung der in guten Treuen gemachten Aufwendungen käme als Zwischenlösung in Betracht. – Ich sehe die weiteren Fragen: Wie wäre allenfalls eine solche Entschädigungspflicht dogmatisch einzuordnen? Müßte zur befriedigenden Regelung eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden? – Antworten will ich hier nicht versuchen. Der Hinweis auf das Problem an sich mag genügen.

Prof. Dr. JOSEPH VOYAME, Direktor der Eidgenössischen Justizabteilung:

1. J'ai d'abord la charge d'excuser l'absence du conseiller fédéral KURT FURGLER, président de la Confédération. Vous savez avec quel plaisir et quel intérêt il prend régulièrement part à nos discussions. Comme le président GYGI nous l'a dit hier soir, il a fallu, cette année-ci, la conjugation de plusieurs événements importants pour le retenir à Berne: visite du président SCHEEL, votations fédérales, pour ne point parler de tâches plus courantes. Cette absence, il m'a chargé de vous dire combien il la regrette, d'autant plus que le thème d'aujourd'hui est un de ces sujets féconds, qui incitent à la réflexion fondamentale autant l'homme politique que le juriste.

2. Permettez-moi de vous présenter quelques idées, qui débordent du reste quelque peu le cadre du droit.

3. Le principe de la bonne foi, qui a d'abord été compris comme une norme de droit civil, et qui a été inscrit à ce titre à l'article 2 de notre code civil, guide aujourd'hui l'ensemble de la législation et limite l'ensemble de la réalisation du droit. Dans une perspective éthique, le Tribunal fédéral, appuyé par une riche doctrine, a tiré du principe de la bonne foi des règles éclairantes, des normes qui s'ajoutent à celles, spécifiques, qui régissent les rapports particuliers, qui les complètent et qui en influencent l'application. Les rapports fouillés et lucides de Me SAMELI et de Me PICOT l'ont bien montré.

Les problèmes que soulève le thème d'aujourd'hui, en particulier ceux qui ont été relevés expressément par les rapporteurs, méritent d'être étudiés et approfondis, tant au cours de ces débats que dans nos entretiens ultérieurs. Permettez-moi trois réflexions.

4. Dans sa grande œuvre romanesque «Alles in allem», l'écrivain zurichois KURT GUGGENHEIM évoque notamment un jeune juriste qui peine sur sa thèse. «Ganz ferne», écrit GUGGENHEIM, «am Rande seines Denkens, tauchte der Horizont einer Landschaft empor, von der er ahnte, daß sie das Ziel seiner Wanderung war. Es waren keine Menschen darin. Sie ähnelte einer Mondlandschaft. Es war die Landschaft des abstrakten Rechts.» Image frappante et vraie. Car nous ne pouvons nier le malaise que tant de citoyens ressentent envers l'appareil de l'Etat, persuadés qu'ils sont, comme l'écrit éloquentement Me PICOT, que cette combinaison de technocrates et de politiciens parviendra toujours à ses fins, et que le malheureux citoyen sera toujours trompé quoi qu'il fasse.

5. Mais nous, dont la profession est de créer et de réaliser le droit, nous savons pourtant depuis longtemps que le résultat de notre travail ne peut être un perfectionnisme glacé. Nous connaissons nos devoirs envers les hommes; nous cherchons à contribuer au bien commun. Bien sûr, notre réussite reste toujours incomplète. Nos lois, nos jugements, nos décisions, nos avis de droit, nos mémoires sont entachés des défauts qui affectent toute œuvre humaine. L'ordre juridique, qui s'essouffle à poursuivre les réalités de la vie, a des faiblesses et certains cherchent à en profiter. Me PICOT l'a relevé notamment en citant ARISTOTE. C'est alors qu'apparaît la nécessité d'une norme qui corrige l'absolutisme du principe de la légalité, qui barre la route au triomphe de l'aphorisme «fiat justitia, pereat mundus». Cette norme féconde, c'est le principe de la bonne foi. Vous connaissez les règles qu'en a tirées une jurisprudence parfois audacieuse mais toujours lucide. Je n'en citerai que trois, parmi les plus importantes:

- Protection de la confiance légitime mise dans les déclarations, les assurances des autorités;
- Interdiction de comportements contradictoires;
- Interdiction de fonder des prétentions sur sa propre turpitude.

De tels principes ont transformé le droit public, non pour l'amollir, mais pour lui donner ce caractère humain dont il a tant besoin.

6. Deuxième réflexion: La bonne foi modèle les droits et les obligations de l'Etat comme ceux de l'individu. Par exemple, l'interdiction

de comportements arbitraires et de l'abus de droit les vise tous les deux. Ainsi, une autorité ne doit pas pouvoir revenir sur ses actes lorsque ceux-ci ont éveillé chez l'individu de légitimes attentes et ont influencé son comportement en conséquence; cette confiance ne doit pas être trompée. Me SAMELI l'a rappelé tout à l'heure. De même, les citoyens violent les règles de la bonne foi si, après avoir fait des déclarations ou donné des accords grâce auxquels ils ont obtenu des avantages, ils les révoquent ou les contestent par la suite. Les autorités et les citoyens sont des associés, des partenaires, c'est-à-dire qu'ils doivent chercher à se comprendre, à s'entraider, à se compléter mutuellement.

Notre séance d'aujourd'hui nous amène tout naturellement à nous demander si ces idées ont pénétré le droit public. Je crois pouvoir noter des prémices très favorables, notamment dans le droit administratif. Mais notre vie politique quotidienne nous montre bien des domaines où le principe de la confiance, où l'interdiction de comportements contradictoires pourraient recevoir une meilleure application.

- Pensons par exemple à l'aménagement du territoire: une utilisation judicieuse du sol, une occupation rationnelle du territoire ne peut se concilier avec la liberté pour chacun de faire ce qu'il veut de notre espace, même s'il en est propriétaire.

- Pensons à la protection de l'environnement: la nécessité de ménager le cadre de notre vie, de le conserver ou même de le rétablir exige que nous réexaminions de chères habitudes – chères dans les deux sens du terme – et que nous soyons prêts, le cas échéant, à les abandonner.

- Pensons aux finances fédérales: On ne peut vouloir restreindre les dépenses de la Confédération et s'opposer en même temps aux réductions concrètes avec le fameux slogan: «D'accord d'épargner, mais ailleurs». Bien des citoyens ont du reste tendance à oublier que ce qu'ils demandent aujourd'hui à l'Etat se traduira demain, pour eux-mêmes, par une charge supplémentaire.

- Pensons enfin à la révision totale de la Constitution fédérale. On est quasi unanime pour déplorer que l'Etat et le droit ne soient point régis par des buts clairs et précis; on se plaint de l'impénétrable enchevêtrement des pouvoirs et des procédures de décision politique. Cela devrait nous amener à réexaminer notre organisation étatique de façon complète et sans préjugés. Et pourtant, comment ne point parler de préjugés – ou en tout cas de jugements hâtifs –, quand on entend tant de personnes, des juristes aussi, parler d'«exercice gratuit» et d'«enfant mort-né» à propos d'un projet qu'ils ne connaissent pas encore (mais que, je le dis en passant, ils connaîtront

bientôt puisqu'il sera soumis au Conseil fédéral cette année encore et qu'il sera publié en janvier de l'année prochaine).

L'idée de l'association qui découle du principe de la bonne foi montre combien il est erroné d'opposer les citoyens et l'Etat. L'Etat, ce n'est que l'ensemble des citoyens; il est ce qu'ils ont voulu, il est ce qu'ils sont eux-mêmes, puisque dans une démocratie ils sont tout, comme vient de le dire Me PICOT en citant MONTESQUIEU.

7. Troisième réflexion: Le principe de la bonne foi protège la confiance légitime. Il encourage les autorités de tous les degrés à éveiller la confiance des citoyens et il encourage l'individu à fonder son comportement sur cette confiance. Il doit amener les autorités à des positions claires, qui ne soient pas brouillées par toutes sortes de réserves ou de restrictions. Il doit aussi, par exemple, inciter le législateur, dans les domaines interdisciplinaires – et on sait combien ils sont nombreux aujourd'hui – à faire en sorte que l'individu se trouve en présence d'une autorité compétente, et ne soit pas renvoyé de guichet en guichet, d'une autorité semi-compétente à une autre, qui rendront peut-être même des décisions contradictoires, comme Mme SAMELI vient de l'exposer tout à l'heure. Si le principe de la bonne foi est appliqué dans toute sa richesse, il doit empêcher que notre appareil étatique ne se transforme en un monstre kafkaïen.

8. Je conclus. J'ai voulu simplement rappeler que le principe de la bonne foi humanise le droit public, qu'il montre que les citoyens et l'Etat sont des partenaires et qu'il encourage autorités et individus à développer la confiance réciproque. Mais là ne s'arrête pas la fécondité de ce principe. Il devra donc être encore étudié et appliqué davantage. D'ores et déjà nous devons être reconnaissants au comité de notre société d'avoir choisi ce sujet comme thème de nos délibérations et à nos rapporteurs de l'avoir si bien développé. Ils ont contribué par là à donner à notre vie politique et juridique une orientation riche de promesses.

Dr. ALFRED KÖLZ, Rechtsanwalt, Zürich:

Vor allem die deutschsprachige Berichterstatteerin zeigt deutlich auf, wie zögernd und wie spät sich der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht durchzusetzen vermocht hat – im Gegensatz zum Zivilrecht. Auch heute noch wird die Subsidiarität des Prinzips von Treu und Glauben im öffentlichen Recht stärker betont als die Nützlichkeit desselben im Dienste der Gerechtigkeit.

Die Gründe für diese späte Anerkennung des fundamentalen Rechtsgrundsatzes sind mannigfaltig und die Berichterstatter haben

sie weitgehend genannt. Ich möchte deshalb nur noch zwei meines Erachtens wichtige Elemente beifügen. Dazu ist ein kurzer Blick in die Geschichte des schweizerischen Verwaltungsrechts notwendig: Wie Prof. SCHINDLER kürzlich in seiner Abhandlung über schweizerische Eigenheiten in der Staatslehre dargelegt hat, sind wesentliche Teile des schweizerischen Verwaltungsrechts rezipiertes deutsches Gelehrtenrecht. Schweizer Juristen haben vor dem Ersten Weltkrieg die von den ersten deutschen Verwaltungsrechtsdogmatikern entwickelten Grundsätze sozusagen systematisch in die Schweiz «importiert». Das hatte natürlich seine Gründe. Einer davon ist sicher das wissenschaftliche Vakuum, welches hierzulande im Bereich des Verwaltungsrechts damals herrschte. Man befand sich noch weitgehend auf der Stufe der bloßen Deskription und begrüßte deshalb mit Freude diese Lehren, welche in den meisten Fällen eine präzise Lösung der anfallenden Probleme ermöglichten. Zum Gesetz – so wiederum SCHINDLER – wurde dieses Gelehrtenrecht nur selten. Es erhielt aber in der Praxis fast normative Kraft, wie sich das bei den Institutionen von FLEINER gezeigt hat. Die erwähnte Rezeption hat in der Schweiz eine wissenschaftliche Durchdringung des Verwaltungsrechts überhaupt erst ermöglicht und ist daher auch heute noch als positiv zu bewerten. Trotzdem hatte man wohl bei der Anwendung dieses Rechts zuweilen ein etwas ungutes Gefühl.

Und hier stoßen wir auf das Entscheidende: Das deutsche Verwaltungsrecht aus jener Zeit war natürlich ebenso wie die damalige Pandektistik streng begrifflich-formal, ja fast mechanistisch. Bei der Lösung von Rechtsfällen gab es stets beinahe automatisch eine eindeutige Entscheidung, ohne daß es notwendig wurde, das ethische Verhalten der an einem Rechtsverhältnis Beteiligten zu bewerten. Das faszinierte natürlich jene Zeit vor dem Ersten Weltkrieg, welche durch eine ähnlich starke Wissenschaftsgläubigkeit gekennzeichnet war, wie es die letzten zwanzig Jahre – vor allem im Bereich der quantitativen Wissenschaften – waren. Andererseits hatte man bei der Anwendung des rezipierten Rechts wohl das erwähnte ungute Gefühl, weil man merkte, daß in gewissen Fällen infolge der begrifflich-formalen Methode die Gerechtigkeit verlorengegangen war. Das abstrakte wissenschaftliche Gebilde jener Zeit hat das nicht voraussehbare und deshalb nicht normierte Verhalten der am Rechtsverkehr Beteiligten offensichtlich zu wenig berücksichtigt.

Und hier stoßen wir auf eine zweite Erscheinung: Die deutschsprachige Berichterstatterin sagt mit Recht, die damals herrschende Lehre vom öffentlichen Recht sei von der Lückenlosigkeit des Systems überzeugt gewesen. Das ist natürlich nichts anderes als der Positivismus, der ja auch das damalige Zivilrecht geprägt hat. Im

Gegensatz zum Zivilrecht hat aber das rezipierte deutsche Gelehrtenrecht in der Schweiz weder die Phase der Freirechtslehre noch die der Interessenjurisprudenz, beides Reaktionen auf den Positivismus, durchgemacht. Das wiederum hängt vorwiegend mit der Natur und dem Umfang des damaligen Verwaltungsrechts zusammen: Dieses war mehrheitlich Eingriffsrecht. Zudem war es rein umfangmäßig nicht sehr bedeutend. Das sind wohl die hauptsächlichen Gründe, weshalb sich die positivistische Fiktion vom geschlossenen System im Bereich des Verwaltungsrechts relativ lange ohne methodische Krise aufrechterhalten ließ. Nur in wenigen Einzelfällen ist das Ergebnis der systematisch-formalen Auslegung so stoßend geworden, daß man zum Korrektiv von Treu und Glauben greifen mußte. Es ist aber bezeichnend, daß die ersten Fälle der Anerkennung des Grundsatzes von Treu und Glauben durch das Bundesgericht im Bereich des Steuerrechts aufgetreten sind; Herr PICOT hat das deutlich gesagt. Hier traten rein zahlenmäßig so viele Fälle auf, daß sich zuerst Extremsituationen zeigten, die den gesetzlichen oder dogmatischen Rahmen gesprengt haben und den Beizug des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben notwendig machten. Zusammenfassend ergibt sich, daß sich im Bereich des Verwaltungsrechts ein normlogischer Positivismus viel länger als im Privatrecht hat halten können.

Die Situation hat sich in den letzten Jahrzehnten wesentlich geändert. Der Umfang des Leistungs-, Gestaltungs- und Lenkungsrechts ist im Verhältnis zum Eingriffsrecht stark angewachsen. Die durch das Recht einzufangenden Lebensverhältnisse und damit die verwaltungsrechtliche Dogmatik werden dadurch wesentlich komplizierter und vielschichtiger als früher. Immer mehr Bereiche können nicht mehr vollständig durchnormiert werden. Die Schaffung «offener Systeme» drängt sich daher auf. Offene Systeme bedürfen aber tragfähiger allgemeiner Rechtsprinzipien, damit sich bei ihrer Anwendung nicht die Willkür breitmacht. Dem Prinzip von Treu und Glauben kommt dabei neben der Rechtsgleichheit zur Schließung der offenen Systeme eine wesentliche Funktion zu. Es ist deshalb zu erwarten, daß es in Zukunft immer stärker angewendet werden wird. Dazu kommt ein Weiteres und Letztes: Der zunehmende Umfang des Leistungs- und Lenkungsrechts hat zur Folge, daß der Private nicht mehr nur als Befehlsempfänger mit der Verwaltung in Kontakt tritt. Er wird vielmehr stärker ein handelndes Subjekt in einer Art Rechtsverhältnis. Damit wird auch von ihm zunehmend gefordert, sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu verhalten. Bis heute betrafen die meisten Anwendungsfälle des Grundsatzes von Treu und Glauben den Staat, welcher durch sein Verhalten auf

irgendeine Weise behaftet bzw. verpflichtet wurde. Das wiederum hängt teilweise damit zusammen, daß man vor allem an den Rechtsschutz des Privaten vor dem überstarken, eingreifenden Staat, selten aber an unloyales Verhalten Privater dachte. Es ist nicht einzusehen, weshalb nur der Staat, nicht aber der Private zur loyalen Rechtsausübung verpflichtet ist, also nach Treu und Glauben handeln muß.

Prof. Dr. HANS NEF, Rektor der Universität Zürich:

Wenn der Grundsatz von Treu und Glauben im Zivilrecht beheimatet ist und sich, was das geschriebene Recht betrifft, als allgemeiner Grundsatz im Zivilgesetzbuch findet und seine Entfaltung durch das richterliche Recht auf dieser Basis erfahren hat, ist zu befürchten, daß ein Jurist, der im Bereich des öffentlichen Rechtes tätig ist, seiner Anwendung auf Rechtssachen staats- und verwaltungsrechtlicher Natur skeptisch gegenübersteht. Bei mir besteht solche Gefahr nicht. Ich habe zwar während meines Studiums noch gelernt, es sei das öffentliche Recht, wenn es als lückenhaft erscheint, aus sich selbst heraus zu ergänzen, gemäß dem es durchwaltenden Geist, wobei man offenbar angenommen hat, daß es das gebe, einen «Geist» des öffentlichen Rechtes, und es dürfe keinesfalls Zivilrecht herangezogen werden. Je länger desto mehr aber habe ich mich davon überzeugen lassen, daß es ausgeschlossen ist, im Bereich des öffentlichen Rechtes auf analoge Anwendung von Zivilrecht zu verzichten. Und es wird ja dann auch in Rechtsprechung und Verwaltung bei Lücken im öffentlichen Recht oftmals und vielfach ganz instinktiv auf zivilrechtliche Normen zurückgegriffen. Das ist namentlich bei Haftungen, die als solche im öffentlichen Recht statuiert sind, der Fall. Soweit hiebei Einzelfragen sich stellen, die das öffentliche Recht selbst nicht löst, wird man, gewissermaßen unbewußt, die im Obligationenrecht sich findenden Normen und die im Anschluß daran vom Richter entwickelten Grundsätze anwenden. Dasselbe gilt für das Beamtenrecht, das man allenfalls durch die Normen über den Arbeitsvertrag im Obligationenrecht ergänzen wird. Es wäre nun aber geradezu paradox, wenn man sich im öffentlichen Recht in Fragen zweiten Ranges durch das Zivilrecht inspirieren ließe, die analoge Anwendung der tragenden Grundsätze des Zivilrechts aber ablehnen würde.

Fragen kann man sich hingegen, ob man nicht in höherem Maße, als es vorerst den Anschein machen mag, ohne Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben oder auf das Verbot des Rechtsmißbrauchs durch *Auslegung* öffentlichrechtlicher Bestimmungen

das Ziel erreichen könnte. Frau Dr. SAMELI hat überzeugend dargetan, wie es sich beispielsweise immer dann, wenn man, was heute häufig der Fall ist, von «Mißbrauch» der *politischen* Rechte spricht, im Grunde genommen um eine Frage der Auslegung der sie ordnenden Rechtssätze handelt. Das trifft auch in andern Zusammenhängen zu. Wenn gesagt wird, es könne nicht der Sinn des Beschwerderechts sein, eine Volksabstimmung anfechten zu können wegen Unregelmäßigkeiten, die man selbst bewirkt hat, wird damit das Ergebnis einer Auslegung der das in Frage stehende Beschwerderecht gestaltenden Rechtsnormen festgehalten. Denn Aufgabe aller Auslegung ist es ja, den *Sinn* einer Ordnung zu eruieren, so daß, umgekehrt, immer dann, wenn vom Sinn eines Rechts gesprochen wird, eine Auslegung zugrunde liegt.

Nicht leicht zu lösende Probleme könnten in Zukunft noch die Rechtsmittelbelehrungen mit sich bringen. Allgemeine Zustimmung wird wohl das Urteil des Bundesgerichts gefunden haben, wonach einem Beschwerdeführer, der der angefochtenen Verfügung entnahm, er könne binnen zehn Tagen rekurrieren, nicht entgegengehalten werden kann, die Frist betrage nach dem Gesetz nur fünf Tage. Als ebenso plausibel wurde sicherlich empfunden, daß das Bundesgericht auf eine Beschwerde, auf die zwar in der Rechtsmittelbelehrung hingewiesen worden die aber im Gesetz für den betreffenden Fall überhaupt nicht vorgesehen ist, nicht eintrat. Das waren zwei extreme Fälle. Wo liegt die Grenze zwischen ihnen? Soeben hat das Zürcherische Verwaltungsgericht beschlossen, auf eine Beschwerde nicht einzutreten, weil die Legitimation des Beschwerdeführers fehlte; im angefochtenen Regierungsratsbeschluß war aber gesagt, daß hiegegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht geführt werden könne. Für uns Juristen ist klar, daß eine Rechtsmittelbelehrung nicht die Legitimation zur Beschwerde zu vermitteln vermag. Wird das aber auch der Laie verstehen? Welchen Eindruck muß es auf ihn machen, wenn eine Regierung ihm mit ihrem Beschluß zusammen mitteilt, er könne, wenn er damit nicht einverstanden sei, an ein Gericht gelangen, dieses dann aber auf die Beschwerde mit der erwähnten Begründung nicht eintritt? Die verfügende Instanz zu verpflichten, genau zu prüfen, ob alle Voraussetzungen für die Beschwerde erfüllt sind, bevor sie ihre Rechtsmittelbelehrung anbringt, wäre, von anderem abgesehen, schon deswegen kein Ausweg, weil ja selbstverständlich das Gericht gleichwohl frei wäre, in dieser Frage anders zu entscheiden. Es geht um eine heikle und nicht leicht zu nehmende Frage. Sie sei hier nur zur Illustration dafür aufgeworfen, wie die Rechtsmittelbelehrungen uns noch vor Probleme stellen könnten.

Zum Schluß noch eine Bemerkung persönlicher Natur: Es ist gestern bedauert worden, daß das gedruckte Referat von Frau Dr. SAMELI erst vor wenigen Tagen bei den Mitgliedern des Juristenvereins eingetroffen ist. Da ich Frau Dr. SAMELI seinerzeit bei der Ausarbeitung ihrer Dissertation beobachten konnte, kann ich mir vorstellen, wie sehr sie immer wieder gezögert hatte, das Manuskript einzureichen, weil sie es noch nicht in allen Teilen für druckreif hielt. Es sind ihr Fleiß und ihre Gewissenhaftigkeit, die – übrigens neben andern, nicht von ihr zu verantwortenden Umständen – die Verspätung verursacht haben. Wesentlich ist, daß wir ihr Referat für unsere künftige Arbeit besitzen. Hiefür werden wir ihr dankbar bleiben.

* *
* *

Der Präsident dankt allen Votanten und den Berichterstatlern, den Teilnehmern der Tagung für Ihr Erscheinen und den luzernischen Organisatoren für ihre vorzügliche Betreuung. Er erklärt um 12.00 Uhr den Schweizerischen Juristentag 1977 als geschlossen.

Verzeichnis der Diskussionsredner / Liste des participants aux débats

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

Braendli, P., Bern, S. 422
Brügger, P., Zürich, S. 429
Dubs, H., Lausanne, S. 447
Kölz, A., Zürich, S. 452
Nef, H., Zürich, S. 455
Pedrazzini, M., St. Gallen, S. 412, 432
Perret, F., Genf, S. 418, 431
Picot, F., Genf, S. 438
Sameli, K., Genf, S. 438
Spoendlin, K., Binningen, S. 425
Troller, A., Luzern, S. 428
Voyame, J., Bern, S. 449