

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: 97 (1978)

Rubrik: Protokoll der 112. 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: 30.01.2026

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

Protokoll der
112.Jahresversammlung des
Schweizerischen Juristenvereins

vom 29. und 30.September und 1.Oktober 1978 in Zürich

Sitzung vom Samstag, den 30. September 1978
in der Aula der Universität Zürich

Präsident:
Prof. Dr. FRITZ GYGI, Bern

I.

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

Die Schweizerischen Juristen waren vor 17 Jahren zum letzten Mal in Zürich zu Gast. Das war anlässlich der glanzvollen Jahrhundertfeier des Schweizerischen Juristenvereins. Es ist also ein verhältnismäßig langer Zeitraum verflossen, bis wir uns wieder in Zürich eingefunden haben. Noch dazu belohnt die Besucherzahl des diesjährigen Juristentages die untadeligen Anstrengungen der Organisatoren nicht voll. Die Vorbereitungen haben unter der kundigen Leitung von Frau Rechtsanwältin JEANNETTE THURNHERR gestanden. Darf ich einleitend die Anerkennung für eine wenig dankbare, unauffällige aber ungeahnt aufwendige Arbeit an Frau JEANNETTE THURNHERR und ihre Kollegen vorwegnehmen.

Zürich, das mit seinen heimeligen Gassen der Altstadt und den Zunfthäusern den Geist Gottfried Kellers erhalten und sich zugleich der weiten Welt geöffnet hat, empfängt uns mit seiner spürbar herzlichen Gastlichkeit. Wir werden uns in dieser einnehmenden Stadt für unsere Begegnungen und Verhandlungen wohlfühlen. Regierungsrat des Kantons Zürich und Stadtrat von Zürich, die uns gestern im prächtigen Muraltengut aufgenommen, folgen den Verhandlungen, und wir heißen ihre Vertreter besonders willkommen.

Der Stand Zürich führt in der Bundesverfassung die Aufzählung der in der Schweizerischen Eidgenossenschaft vereinigten

Gliedstaaten an. Dem Kanton Zürich stand für seine Verdienste um eine geeinigte Eidgenossenschaft diese symbolische Vorrangstellung zu. Nach 130 Jahren Bundesstaat ist das Schweizer Volk am vergangenen Wochenende aufgerufen worden, einem neuen Kanton, entstanden aus einer Abspaltung eines Teiles des Kantons Bern, seine Anerkennung zu geben. Eine staatspolitische Grundsatzentscheidung von Volk und Ständen ergab mit eindrücklicher Eindeutigkeit eine Zustimmung. Erstmals seit der Gründung des Bundesstaates wird damit das als unverrückbar gehaltene gliedstaatliche Gebietsgefüge der Eidgenossenschaft umgebrochen. Allseitig betonterweise soll diese Veränderung gewissermaßen als historisch indizierte Spätbereinigung der innerstaatlichen Gebietseinteilung aufgefaßt und verstanden werden, und jedenfalls nicht als Preisgabe der Gebietsintegrität der Kantone. Die Gebietsgarantie ist geschichtlich gesehen um des innerstaatlichen Friedens willen ausdrücklich Bestandteil der Bundesverfassung geworden. Fürs erste gebietet sich indessen, dem freudig aufgenommenen, jungen und hoffnungserfüllten Stand eine segensreiche Zukunft und einen erspriesslichen Anfang zu wünschen. Dem jurassischen Volk steht das Tor weit offen, all das mit Schwung und Begeisterung zu verwirklichen, was es sich in einer vielversprechenden, erneuerungswilligen Verfassung zum Ziel gesetzt hat. Dem landesweiten Beifall darf nun der ebenso nachhaltige freundeidgenössische Beistand folgen.

Eine ganze Reihe von Magistraten ehrt den Schweizerischen Juristentag durch ihre Anwesenheit. Es sind besonders anzuführen:

Herr Bundesrat KURT FUGLER, Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes. Ihm kommt das in dieser Stunde dankenswerte Verdienst zu, sich mit seiner ganzen Überzeugungskraft, Geduld und Entschlossenheit dafür einzusetzen, daß der Bundesstaat diese unabgeschlossene Bewährungsprobe ohne unheilbaren Schaden übersteht. Zugleich hat er entscheidenden Anteil daran, daß der grenzüberschreitenden terroristischen Bedrohung unserer rechtsstaatlichen Ordnung mit den Mitteln des Rechtsstaates und dem Willen, im Recht stark zu sein, begegnet wird.

Der Präsident des Schweizerischen Bundesgerichtes ANDRÉ GRISEL. Er hat Entscheidendes zum Ansehen der höchstrichterlichen Rechtsprechung beigetragen. Was uns mit seinem Ausscheiden aus dem Bundesgericht versöhnt, ist seine Absicht, das hervorragende Werk über das rechtsstaatliche Verwaltungsrecht neu aufzulegen.

Der Präsident des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes, ARTHUR WINZELER, der Vizepräsident des Zürcherischen Obergerichtes, RICHARD FRANK, der Präsident des Kantonalen Verwaltungsgerichtes Zürich, EMIL DIETSCH, und die Delegationen der kantonalen Obergerichte, Verwaltungsgerichte und Versicherungsgerichte.

Es ist das ungeschriebene Vorrecht des Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins, von dem ich nur einmal Gebrauch machen möchte, einen Gast einzuladen. Dieser Einladung ist Professor KLAUS STERN aus Köln gefolgt. Er steht gegenwärtig der Vereinigung der Deutschen, genauer der deutschsprachigen, Staatsrechtslehrer vor. Ein junger Zürcher Jurist, der bereits durch mehrere ausgezeichnete Publikationen die Aufmerksamkeit auf sich gelenkt hat, hat uns in Luzern davor gewarnt, in zu starke Abhängigkeit von der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtslehre zu geraten. Fassen Sie die Einladung von Professor STERN nicht als Demonstration gegen diese Empfehlung auf. Den heutigen Referaten über das Verhältnismäßigkeitsprinzip im öffentlichen Recht können Sie entnehmen, daß es deutsche Rechtswissenschaftler gibt, die uns in den Gedanken nahe stehen und zugleich eine Sprache sprechen, welche die Begegnung zur gegenseitigen Bereicherung werden läßt. Das ist nicht das einzige Verdienst von Professor KLAUS STERN. Ich werde auf ihn nochmals im Präsidialbericht zurückkommen.

Ihnen, liebe Kolleginnen und Kollegen, weiß ich schließlich und dennoch nicht zuletzt besonderen Dank dafür, daß Sie sich zu dieser Tagung eingefunden haben. Die Fach- und die Tagespresse berichten darüber; wir wissen ihr Interesse zu schätzen.

Der Schweizerische Juristentag 1978 in Zürich ist eröffnet.

II.

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung als Protokollführer:

Lic. iur. MATTHIAS NÄGELI, Sekretär am Zürcherischen Obergericht, Zürich,

Dr. FRANÇOIS RUCKSTUHL, Sekretär am Zürcherischen Verwaltungsgericht, Zürich.

Als Stimmenzähler werden gewählt:

ARTHUR AESCHLIMANN, Fürsprecher, Bern,

Dr. ALFRED KÖLZ, Zürich.

III.

Bericht des Präsidenten:

1. Nimmt man die eigentlichen Vereinstatsachen voran, so ist mit Genugtuung zu berichten, daß der Mitgliederbestand nun deutlich über die Zahl von 3000 gestiegen ist. Das ist einmal einer Sonderanstrengung des rührigen Luzerner Juristenvereins unter Leitung von Dr. H. ZEMP anlässlich des letztjährigen Juristentages und ferner einer nicht minder erfolgreichen Mitgliederwerbung der Organisatoren des diesjährigen Juristentages, also des Zürcher Juristenvereins und des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte gutzuschreiben.

Wir haben andererseits neben Austritten Verluste zu beklagen, indem 29 Mitglieder durch Tod abberufen worden sind. Die Mitgliederbewegungen, soweit sie uns freuen und soweit sie uns schmerzen, sind aus den Tagungsunterlagen ersichtlich. So ist der weit über die Landesgrenzen hinaus bekannte Professor PAUL GUGGENHEIM in vorgerücktem Alter gestorben. Ebenso schmerzlich sind wir durch den Verlust von Oberrichter Dr. WALTER BÜHLER berührt. Er hat in vielen Jahren kaum einen Juristentag versäumt. Ihm hätte es unzweifelhaft große Freude bereitet, in seinem Kanton Zürich an einem Juristentag teilnehmen zu können. Diese Genugtuung ist ihm vorenthalten worden. Oberrichter Dr. WALTER BÜHLER hat aus überragender Sachkenntnis im Jahre 1955 über das Ehescheidungsverfahren referiert und in der Folge dem Vorstand angehört. Er soll hier stellvertretend für die Toten des abgelaufenen Jahres genannt werden.

2. Für die schweizerische Rechtswissenschaft verdient ein nicht alltägliches Ereignis besondere Erwähnung. Die *Hochschule St. Gallen* – ursprünglich Handelshochschule – hat einen *volljuristischen Lehrgang eingerichtet*. Der wirtschafts- und verwaltungsrechtlich orientierte Ausbildungsgang soll zu den hergebrachten klassischen juristischen Fakultäten der andern Hochschulen hinzukommen. Die Initiative ist umso freudiger und anerkennender zu begrüßen, als sie einem wahren und klaren Bedürfnis entspricht. Es besteht Grund zur Annahme, dass bekannte Dozenten der Zürcher Fakultät dem Unterfangen der rührigen Kollegen der St. Galler Hochschule Beistand geleistet haben, also ein bemerkenswerter Ansatz zu kooperativem Föderalismus. Wenn das Unternehmen, wie man hoffen will, sich erfolgreich durchsetzt, so ist diese Bereicherung im wesentlichen der beharrlichen

Eigeninitiative der St. Galler Universität zuzuschreiben, die lange Zeit auf eher kühle Zurückhaltung denn auf aufgeschlossene Unterstützung gestoßen ist. Der Schweizerische Juristenverein hat allen Anlaß, dem vielversprechenden Vorhaben in der gegenwärtigen Zeit eine gute Zukunft zu wünschen.

Nachdem Professor Dr. h. c. W. HUG in seinem fruchtbaren Gelehrtenleben Wesentliches zur schweizerischen Rechtswissenschaft und Rechtsetzung beigesteuert hat, hat er auf seinen 80. Geburtstag hin eine Stiftung mit mehr als nur namhaften Eigenmitteln ausgestattet. Die *Stiftung* setzt sich im Geist des Lebenswerkes des Spenders zum Ziel, die schweizerische rechtswissenschaftliche Forschung zu fördern und zu unterstützen. Das geschieht durch:

- periodische Ausrichtung des «Walther Hug-Preises» an schweizerische Forscher für hervorragende rechtswissenschaftliche Leistungen,
- die Ausrichtung von «Prof. Walther Hug-Preis» für die besten, an schweizerischen Hochschulen abgenommenen Dissertationen,
- die Gewährung von Beiträgen an die Veröffentlichung hervorragender Arbeiten, die sonst nicht finanziert werden könnten,
- die Gewährung von Beiträgen zur Durchführung von Forschungsarbeiten, die sonst nicht finanziert werden könnten.

Der Schweizerische Juristenverein ist im Stiftungsrat vertreten, derzeit durch Verwaltungsrichter Dr. H. P. MOSER. Mit der sinnvollen Vergabung hat sich Professor W. HUG einmal mehr um das schweizerische Rechtsleben verdient gemacht.

Im zweiten Anlauf haben die eidgenössischen Räte der Schaffung eines schweizerischen Institutes für Rechtsvergleichung in Lausanne zugestimmt. Der Schweizerische Juristenverein hat sich intensiv dafür eingesetzt, so die früheren Präsidenten Professor H. MERZ und Me R. HELG.

Wir tagen in einem Universitätskanton. Die angesehene Zürcher Fakultät hat unter Leitung von Professor U. HÄFELIN die Tradition gewahrt, dem Schweizerischen Juristenverein einen Geschenkband zum Juristentag zu widmen. Die Fakultät hat die Gelegenheit wahrgenommen, einer sich bewährenden Übung folgend, verstreute Abhandlungen von Professor Dr. K. OFTINGER zu sammeln. Damit wird das Ansehen dieses hervorragenden Gelehrten auf ebenso treffliche wie nützliche Weise geehrt. So haben der Schweizerische Juristenverein und der Verein Zürcherischer Rechtsanwälte als Organisationen und die Zürcher Fakul-

tät mit ihrer Festgabe zum Gelingen des Juristentages 1978 gemeinsam beigetragen. Ich schließe in diesen Dank den Verleger «Schulthess Polygraphischer Verlag» ein.

3. Neben Erfreulichem hat sich im vergangenen Jahr auch Bedenkenswertes ereignet. Ich denke vorab an die Ablehnung des Hochschulförderungsgesetzes des Bundes, die Verwerfung der Universität Luzern und die Ablehnung eines Solidaritätsbeitrages eines Nichthochschulkantons an die Hochschuleaufwendungen eines Nachbarkantons. Geraume Zeit gehörten Hochschulvorlagen zu den unbestrittenen und stets mit respektablem Mehr angenommenen Abstimmungsgeschäften. Es muß sich in den letzten Jahren ein Einstellungswandel vollzogen haben. Es macht den Anschein, daß das lange Zeit ungetrübte Vertrauensverhältnis zwischen Volk und Universitäten gelitten hat. Die Freigebigkeit, welche unsere Stimmbürger gegenüber Hochschulkrediten immer bekundet haben, ist einer kritischeren Einstellung gewichen. Wo sind die Ursachen zu suchen? Wer hat sie zu verantworten? Welche Lehren sind zu ziehen?

Professor K. STERN hat als damals sehr junger Rektor der Universität Köln im hochschulpolitisch äußerst kritischen Jahr 1971 unter turbulenten Verumständen den Mut und die Weitsicht gehabt, folgende Worte in einer Rektoratsrede zu äußern:

«Der Verweis auf Gesetz und Recht, auf Rechtsstaatlichkeit, begegnet – namentlich in den Hochschulen – oft genug der Verständnislosigkeit. Es geht darum, die Vielen, die um Orientierung ringen, zu gewinnen, ihnen den Weg zu zeigen und ihnen die Notwendigkeit kompromißloser Verteidigung des Rechtsstaates gegen zerstörerische Kräfte klarzumachen. Jedes Einzelnen Engagement für die freiheitlich demokratische Grundordnung ist wichtig. In ihr haben die Universitäten einen hohen Stellenwert, freilich weder als akademische Gralsburgen noch als ideologische Kaderschmieden, sondern als Stätten freier Forschung, ungehinderten Lehrens und Lernens zum Wohle des Einzelnen wie der Allgemeinheit. Neues ist im Werden, wenngleich seine Ufer noch nicht zu erkennen sind. Daß Reformen in konstruktive Bahnen gelenkt werden, verlangt, daß jeder von uns weniger an sich, sondern mehr an das Ganze zu denken bereit ist. Wer die Werte des Rechtsstaates verloren wußte, kennt ihre wahre Bedeutung.»

Gewiß sind unsere Hochschulen nicht so stark in Mitleidenschaft gezogen worden, wie das zum Teil in unsern Nachbarländern zutraf. Aber nachgeahmt wurde das schlechte Vorbild doch da und dort, und es fand nicht nur bei einigen Studenten Gefallen. Genau besehen handelte es sich stets um bloße Randerscheinungen, die seither weitgehend abgeklungen sind. Weitaus überwiegend hat die gewissenhafte Arbeit in Lehre und Forschung unbeirrt ihren Fortgang genommen. Das dem Ansehen des

Hochschulbetriebes abträgliche Getue und Getöse ist jedoch von unverhältnismäßiger Publizität begleitet worden. Etwas davon, und nicht wenig, ist in der Volksmeinung hängen geblieben. Der verlorene Boden muß zurückgewonnen werden.

Einen Anknüpfungspunkt könnte das bei der Rechtswissenschaft aus verschiedenen Umständen spürbare Bedürfnis bilden, von Zeit zu Zeit das Lehrangebot im systematischen Gespräch mit praktizierenden Juristen daraufhin zu prüfen, ob einigermaßen Einklang mit dem beruflichen Bedarf besteht.

4. Nach bewährter Gepflogenheit bleibt noch über die *wissenschaftliche Arbeit des Schweizerischen Juristenvereins* zu berichten. Rechtswissenschaft ist innerhalb des Schweizerischen Juristenvereins stets im Sinne einer gegenseitigen Befruchtung von Lehre und Praxis aufgefaßt worden. Es ist immer wieder gelungen, ausgesprochene Praktiker mit wissenschaftlichem Interesse als Referenten zu gewinnen. Das trifft für den diesjährigen Juristentag sogar auf alle vier Berichterstatter zu. Sie äußern sich zu zwei Grundsatzproblemen voller Aktualität. Damit haben sie die besten Voraussetzungen für ein fruchtbares Gespräch in den heutigen und morgigen Verhandlungen geschaffen.

Leider hat sich allerdings erneut nicht voll verwirklichen lassen, was vom Präsidialtisch aus im letzten Jahr versprochen worden ist, nämlich daß alle Referate etwelche Zeit vor dem Juristentag vorliegen und 100 Druckseiten nicht übersteigen. Wenn beide Unzukömmlichkeiten noch sogar zusammentreffen – wobei die Verspätung auf eine Häufung unglücklicher Umstände zurückzuführen ist –, sind die Verhandlungen zusätzlich erschwert. Das verspätet erscheinende Referat kommt nicht zur Geltung, die es nach seinem ausgezeichneten Gehalt verdienen würde.

Mehr als daß der Vorstand sich auch künftighin dafür verwenden wird, daß Sie frühzeitig die schriftlichen Referate erhalten, können wir Ihnen nicht versprechen.

Für die kommenden Jahre sind als Verhandlungsgegenstände vorgesehen:

1979: *Die ersten Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention. – Bäuerliches Grundeigentum.*

1980: *Das Konzernrecht. – Der Schutz der öffentlichen Ordnung.*

1981: *Privateigentum heute. – Internationale Rechtshilfe* (nicht endgültiger Vorschlag).

Der Vorstand erhält leider selten oder nie Anregungen von Seiten der Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins über Themen, die aufgegriffen, untersucht und in unserem Kreis erörtert werden sollten. Es läge wiederum ganz und gar auf der Linie eines dem Rechtsleben nahestehenden Wirkens des Juristenvereins, wenn dem Vorstand Vorschläge dieser Art zugetragen würden.

5. Wir haben im Vereinsjahr den Tod von 29 Kollegen zu beklagen. 238 Eintritten stehen 32 Austritte gegenüber. Am 31. August 1978 zählte der Verein 3118 Mitglieder.

Dem Verein sind beigetreten*:

Zürich

Dr. Walo Bauer, Jurist, Zürich
Dr. Arthur Baumann, Rechtsanwalt, Zürich
Martin Baumann, Gerichtsssekretär, Meilen
Dr. Felix Becker, Direktor, Kilchberg
Dr. Hans Berger, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Marion Bertschi-Riemer, Verwaltungsrichterin, Zürich
Heidi Billfinger, Assistentin, Zürich
Dr. Peter Bischofberger, Steuerkonsulent, Zollikerberg
Dr. Hans Bollmann, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Hans Borschberg, Obergerichter, Zürich
Dr. Peter Bösch, Rechtsanwalt, Pfäffikon
Dr. Jürg Bosshart, Präsident der Steuer-Rekurskommission des Kantons Zürich, Winterthur
Dr. Eugen Brunner, Gerichtsschreiber, Hombrechtikon
Ursula Brunner, lic. iur., Zürich
Dr. C. Mark Bruppacher, Rechtsanwalt, Zollikon
Dr. Michael Cohen, Rechtskonsulent, Zürich
Jörg Dolder, lic. iur., Küsnacht
Dr. Louis-Charles Eberle, Rechtsanwalt, Zürich
Olivia Egli-Delafontaine, Rechtsanwalt, Zürich
Claudia Forster, lic. iur., Winterthur
Dr. Jörg Frey, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Paul H. Geiger, Rechtsanwalt, Zürich
Peter Gerber, Bezirksanwalt, Stallikon
Carlo Gick, Rechtsanwalt, Winterthur
Ulrich E. Gut, lic. iur., Stäfa
Ursula Gut-Winterberger, lic. iur., Stäfa
Franz Haecki, Gerichtsssekretär, Zürich
Hans Ulrich Hardmeier, Rechtsanwalt, Zürich
Elisabeth Haug, Rechtsanwalt, Zürich

*Stand 31. August 1978

Dr. Edwin Hauser, Bezirksrichter, Zürich
 Dr. Robert Heberlein, Rechtsanwalt, Zürich
 Stefanie Heimgartner-Burgener, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Peter Herzer, Gerichtsssekretär, Kilchberg
 Dr. Christoph Hoffmann, Rechtsanwalt, Zürich
 Rudolf von Hospenthal, Rechtsanwalt, Zürich
 Rolf Huber, Gerichtsauditor, Zürich
 Dr. Gustav Karl Hug-Beeli, Gerichtsssekretär, Zürich
 Dr. Markus Hünig, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Bruno Huwiler, Rechtsanwalt, Affoltern a. A.
 Dr. Robert Karrer, Rechtsanwalt, Zürich
 Stefan Knecht, Rechtsanwalt, Weisslingen
 Joseph Kreienbühl, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Mario Kronauer, Rechtsanwalt, Zürich
 Rolf Alfred Künzle, Zentralsekretär, Zürich
 Dr. Hans-Jürg Lenhard, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Paul Lenherr, Rechtsanwalt, Zürich
 Urs Lenzi, Rechtsberater, Zürich
 Dr. Arnold Locher, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Bruno Mathé, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Hans Mathys, Gerichtspräsident, Dielsdorf
 Dr. Isaak Meier, Gerichtsssekretär, Zürich
 Dr. Robert Munz, Rechtsanwalt, Zürich
 Matthias Nägeli, Obergerichtsssekretär, Birmensdorf
 Dr. Wolfgang von Nayhauss Cormons, Bankjurist, Oetwil a. d. L.
 Dr. Dieter W. Neupert, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Guido Olgiati, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Paul Oswald, Rechtsanwalt, Glattbrugg
 Dr. Charles Ott, Verkehrspilot, Zürich
 Dr. Walter Ott, Obergerichts- und Handelsgerichtsssekretär, Zürich
 Sandro Piraccini, Adjunkt, Winterthur
 Dr. Tis Prager, Rechtsanwalt, Zürich
 Christoph R. Ramstein, lic. iur. et lic. oec. HSG, Küsnacht
 Prof. Dr. Hans Michael Riemer, Zürich
 Rolf Sandberg, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Beat Walter Sauter, Auditor, Zürich
 Elisabeth Scheibler-Roos, lic. iur., Zürich
 Dr. Kurt Scheibler, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Bruno Scherrer, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. Robert Schindler, Rechtsanwalt, Zürich
 Rita Schneidinger, Rechtsanwalt, Adliswil
 Heinz Schweizer, Rechtsanwalt, Zürich
 Karl Sonderegger, Rechtsanwalt, Zürich
 Dr. René Stauber, Rechtsanwalt, Zollikerberg
 Urs Trepp, Rechtsanwalt, Thalwil
 Emil Trinkler, Rechtsanwalt, Zürich
 Kaspar Vogel, Rechtskonsulent, Zürich
 Dr. Oscar Vogel, Oberrichter, Thalwil
 Nedim Peter Vogt, Assistent, Zürich
 Dr. Jacques Vontobel, Ombudsmann der Stadt Zürich, Zürich
 Barbara Weber, lic. iur., Zürich
 Rolf Weber, Rechtsanwalt, Zürich

Prof. Dr. Peter Weimar, Oberrieden
Dr. Peter Widmer, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Niklaus Wiget, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Rudolf Zipkes, a. Obergerichtsschreiber, Zürich
Dr. Dieter Zobl, Rechtsanwalt, Rüschlikon
Dr. Manfred Zobl, Rechtskonsulent, Rüschlikon
Hans-Ulrich Zumbühl, lic. iur., Thalwil
Urs Zündel, Verwaltungsjurist, Zürich

Bern

Erna Aeberhard, Notar, Bern
Arthur Aeschlimann, Kammerschreiber, Bern
Dr. Alex Barrot, Rechtskonsulent, Moosseedorf
Daniel Brand, Fürsprecher, Bern
Annelise Burger, Fürsprecherin, Bern
Rosemarie Lea Bütschli, Assistentin, Bern
Dr. Christian Cäflisch, Rechtsanwalt, Bern
Dr. Michael Csizmas, kant. Beamter, Bern
Dr. Annemarie Geissbühler, Juristin, Ittigen
Dr. Hermann Geissbühler, Jurist und Theologe, Ittigen
Ulrich Haug, Fürsprecher, Zollikofen
Dr. Peter Locher, Fürsprecher, Gümligen
Hans Urs Merz, Fürsprecher, Rechtsdienst des ACS, Bern
Markus Redli, Gerichtspräsident, Ittigen
Danielle Richard, lic. iur., Bern
Dr. Jürg Rieben, Fürsprecher, Bern
Samuel Schmid, Fürsprecher und Notar, Ins
André Schrade, Fürsprecher, Bern
Dr. Peter Spinnler, Rechtsanwalt, Bern
Stephan Stadler, Jurist (Stadtverwaltung Bern), Bern
Gerold Steinmann, juristischer Beamter, Bern
Claude Thomann, Fürsprecher, Bern
Thomas Trafelet, Fürsprecher, Interlaken
Christoph Zäch, Fürsprecher, Oberlindach

Luzern

Hans Aepli, Rechtsanwalt, Kriens
Dr. Alphons Beck, Rechtsanwalt, Meggen
Dr. Tito Ceppi, Rechtsanwalt, Luzern
Dr. Felix Condrau, Bundesgerichtssekretär, Luzern
Franz Dörig, Rechtsanwalt, Luzern
Dr. Anton Egli, Rechtsanwalt, Luzern
Kurt W. Fehlmann, Polizeikommissär, Luzern
Jost Fischer, Amtsgerichtspräsident, Meggen
Dr. Othmar Glanzmann, Verwaltungsrichter, Kriens
Erwin Grüter, Rechtsanwalt und Notar, Luzern
Dr. Andreas Kuhn, Jurist, Luzern
Dr. Stefan Lanfranconi, Rechtsanwalt, Luzern
Thomas Lustenberger, lic. iur., Ebikon
Dr. Kurt Meyer, Rechtsanwalt, Hitzkirch
Helen Pfister-Maguin, Verwaltungsrichterin, Kriens

Beat Rogger, Rechtspraktikant, Luzern
Hans Scherer, Rechtsanwalt und Notar, Hochdorf
Sepp Steiner, Rechtspraktikant, Ettiswil
Rudolf Christian Thalmann, Rechtsanwalt und Notar, Luzern
Hugo M. Weibel, Amtsrichter, Luzern

Nidwalden

Marcel Amstutz, Rechtsanwalt und Urkundsperson, Beckenried
Josef Baumgartner, Gerichtsschreiber, Oberdorf
Marco Bazzani, Rechtsanwalt, Hergiswil
Urs Peter Zelger, Rechtsanwalt, Stans

Zug

Walter Weber, Rechtskonsulent, Zug

Fribourg

Dominique Dreyer, lic. iur., Fribourg
Jacques Ducarroz, lic. en droit, Fribourg
André Favarger, vice-préfet de la Sarine, Fribourg
Thomas Jäggi, lic. iur., Fribourg
Jacques Noël, lic. en droit, Fribourg
Michel Passaplan, juriste, Fribourg
André Schoenenweid, lic. iur., Düdingen

Solothurn

Christian Blaser, Wirtschaftsjurist, Bellach
Dr. Jürg Brühwiler, Fürsprecher und Notar, Olten
Dr. Herbert Brunner, Fürsprecher und Notar, Luterbach
Patrick Gassmann, Amtsschreiber, Breitenbach
Peter Pfister, Fürsprecher und Notar, Olten
Urs Studer, Oberrichter, Hägendorf

Basel-Stadt

Dr. André Becht, Advokat, Basel
Dr. Hans-Rudolf Uebersax, Advokat und Notar, Basel
Dr. Werner Zumbrunn, Advokat und Notar, Basel

Basel-Land

Dr. Peter Heer, Jurist, Therwil
Eddy Walpen, juristischer Beamter, Reinach

Appenzell Innerrhoden

Emil J. Nisple, Rechtsanwalt, Weissbad
Walter Regli, Rechtsanwalt, Appenzell

St. Gallen

Bernard Beiner, Untersuchungsrichter, St. Gallen
Dr. Peter Borer, Wirtschaftsjurist, St. Gallen
Hubert Bühlmann, wissenschaftlicher Assistent, St. Gallen

Dr. Rolf Germann, Kantonsrichter, St. Gallen
Anton Grüniger, Rechtsanwalt, Widnau
Dr. Bruno Hug, Untersuchungsrichter, St. Gallen
Dr. Valentin N.J. Landmann, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Arthur Loepfe, Unternehmensberater, St. Gallen
Stefan Thurnherr, Rechtspraktikant, St. Gallen

Graubünden

Dr. Otmar Bänziger, Rechtsanwalt und Notar, Chur
Sergio Bossi, Rechtsanwalt, Chur
Jürg W. Leutenegger, Rechtsanwalt, St. Moritz
Marcel Mark, Rechtsanwalt, Chur
Agostino Priuli, lic. iur., Chur
Claudio Riesen, Gerichtsschreiber, Chur

Aargau

Gottlieb Iberg, Oberrichter, Würenlos
Dr. Ladislau Mirocha, juristischer Adjunkt, Oberentfelden
Oskar Mörikofer, Rechtsanwalt, Kaiseraugst
Hans Christof Sauerländer, Jurist und Verleger, Küttigen
Alfred L. Schwartz, Auditor, Wettingen
Dr. Benno Studer, Rechtsanwalt, Baden
Dr. Gualf Töndury, Jurist, Baden

Thurgau

Dr. Christoph Kradolfer, Rechtsanwalt, Weinfelden
Dr. Bruno Nater, Rechtsanwalt, Schlattingen

Tessin

Eugenia Bianchi, lic. iur., Massagno
Marco Cereda, lic. iur., Bellinzona
Valeria Galli, avvocato, Lugano
Carlo Maccanetti, lic. iur., Biasca
Piero Mazzoleni, lic. iur., Minusio
Dott. Clementina Sganzi, giudice d'appello, Lugano
Francesca Snider, lic. iur., Verscio

Vaud

Vincent Baechler, lic. en droit, Tolochenaz
Jacques Ballenegger, D^r en droit, Lausanne
Jean-Marie Brandt, lic. en droit, Pully
Dominique (M^{lle}) Cleusix, juriste, Lausanne
Beatrice de Courten-Halpern, lic. en droit, Lausanne
Dominique Creux, D^r en droit, Nyon
Jean-Marc Emery, notaire, Morges
Jost Gross, D^r en droit, secrétaire au Tribunal fédéral,
Belmont-sur-Lausanne
François Jotterand, lic. en droit, La Tour-de-Peilz
Christoph Leuenberger, D^r en droit, secrétaire au Tribunal fédéral, Lausanne
Christian Marti, lic. en droit, Lausanne

Lorenz Meyer, secrétaire au Tribunal fédéral, Lausanne
Heinrich Andreas Müller, D^r en droit, secrétaire au Tribunal fédéral, Pully
Gilbert S'madja, juriste, Lausanne
Michel Schwob, greffier des Commissions fédérales de recours, Lausanne
Beat Stiefel, D^r en droit, avocat, Echandens
Reto Venanzoni, D^r en droit, secrétaire au Tribunal fédéral, Lausanne
André Vuillet, lic. en droit, Pully
Bernard Zahnd, lic. en droit, Lausanne

Valais

Paul-Albert Clivaz, notaire, Montana
Raphael Dallèves, avocat et notaire, Sion
J.-Bernard Fournier, greffier, Sion
Paul Imboden, Verwaltungsrichter, Gampel/Steg
Uli Kalbermatter, Notar, Raron
Jean Vogt, avocat et notaire, Sion
Henri von Roten, Vizekanzler Staat Wallis, Sierre
Claude Vuadens, lic. en droit, Sion
André Zehnder, lic. en droit, St-Maurice

Neuchâtel

Rolf Alder, juriste, Neuchâtel
Cyrille de Montmollin, avocat et notaire, Neuchâtel
Etienne Robert-Grandpierre, juriste, Fontainemelon
Niels Soerensen, lic. en droit, Neuchâtel
Patrick André Wavre, lic. en droit, Neuchâtel

Genève

Bernard R. Berger, lic. en droit, Genève
Claude Bocquet, D^r en droit, juriste à la Division fédérale de justice, Genève
Robin Buffle, conseiller juridique, Genthod
Beatrix De Cupis, lic. en droit, Onex
Kristina Delessert, avocate, Onex
Robert Fiechter, avocat, Croix-de-Rozon
Jean-Gabriel Florio, D^r en droit, juriste aux Services industriels, Grand-Lancy
Guy Fontanet, chef du Département de justice et police, Genève
Catherine Freymond, juriste, Genève
Urs-Peter Häberlin, D^r en droit, avocat, Genève
Luc Hafner, avocat, Genève
Tatiana Magnenat, lic. en droit, Genève
Pascal Maurer, avocat, Genève
Martina Mignot, juriste, Genève
Marina Pelli, lic. en droit, Genève
Philippe Sarasin, lic. en droit, Genève

Gestorben sind folgende Mitglieder:

Eintritts-
jahr

- 1948 Dr. H. Armin Arbenz, Rechtsanwalt, Zürich
- 1968 Diego Balmelli, Dott. in legge, Berna
- 1957 Werner Baumann, Fürsprecher, Ittigen
- 1961 Dr. Fritz Blocher, Appellationsgerichtspräsident, Basel
- 1960 Dr. Alfred Bohrer, Rechtsanwalt, Zürich
- 1940 Dr. Walter Bühler, Obergerichter, Zürich
- 1933 Roger Corbaz, D^r en droit, avocat, Lausanne
- 1961 Max Crittin, avocat et notaire, Sion
- 1924 Dr. Hans Ebrard, Baden
- 1924 Dr. Conrad Gelzer, Advokat und Notar, Basel
- 1970 Dr. Jörg Gentinetta, Bezirksanwalt, Bülach
- 1934 Prof. Paul Guggenheim, Genève
- 1962 Minister Robert Kohli, Bern
- 1927 Charles Kuntschen, Rechtsanwalt, Zürich
- 1945 Dr. René La Roche, Basel
- 1935 Dr. Albert Lotz, Appellationsgerichtspräsident, Basel
- 1973 Dr. Balthasar Mätzener, Uitikon
- 1935 Prof. Dr. Karl Oftinger, Zürich
- 1943 Jean Payot, avocat et notaire, Echandens
- 1939 Robert Piccard, D^r en droit, avocat, Lausanne
- 1920 Cuno Pozzi-Zuan, Dott. in legge, Lugano
- 1939 Louis Prod'hom, D^r en droit, Lausanne
- 1939 Paul Renggli, Fürsprecher, Biel
- 1939 Dr. Peter Ronus, Advokat, Basel
- 1929 Prof. P. R. Rosset, D^r en droit, Neuchâtel
- 1956 Claude Sandoz, D^r en droit, avocat, Lausanne
- 1939 Dr. Hans Sollberger, Gerlafingen
- 1923 Dr. Richard Stäger, Rechtsanwalt, Zürich
- 1924 Dr. Georg Steinmarder, Rechtsanwalt, Zürich

Demissionen liegen vor von:

Eintritts-
jahr:

- 1959 Dick-C. Aeschlimann, avocat, Genève
- 1965 Pierre Aubert, conseiller fédéral, La Chaux-de-Fonds
- 1966 Dr. A. Breitenbach, Fürsprecher und Notar, Bern
- 1963 Dr. Alessandro Crespi, Giubiasco
- 1952 Emile Duperrex, D^r en droit, Genève
- 1949 Rodolph Faessler, D^r en droit, Moillesulaz
- 1976 Dr. Georg Andreas Forrer, Versicherungsjurist, Zollikon
- 1966 Gerhard Frey, lic. iur., Allschwil
- 1957 Dr. Georg Gähwiler, Rechtsanwalt, Glarus
- 1961 Curt Häberlin, Fürsprecher, Bern

- 1939 Heinrich Joss-Kehrli, Oberrichter, Bern
- 1942 Dr. Rolf Lütshg, Advokat, Basel
- 1958 Albert Masnata-Krafft, Pully
- 1961 Charles-André Mudry, Montana-Vermala
- 1947 Dr. Kurt Müller, Notar, Frauenfeld
- 1920 Dr. Georges Ott, Advokat, Basel
- 1946 François du Pasquier, directeur, Marin
- 1969 Otto Pernet, Fürsprecher, Reinach
- 1939 Salomon Persitz, Fürsprecher, Bern
- 1943 Heinrich Pfister, D^r en droit, Lausanne
- 1976 Jean-Louis von Planta, avocat, Genève
- 1950 Dr. Hans Rüegger, Bankdirektor, Aarau
- 1942 Hektor von Salis, Rechtsanwalt, Zürich
- 1971 Anna-Marie Schaller (-Wunschheim), avocate, Neuchâtel
- 1958 H. Siegenthaler, Fürsprecher, Bern
- 1954 Dr. Peter Stierlin, Rechtsanwalt, Winterthur
- 1939 Dr. Theodor Stursberg, Riehen
- 1950 Prof. Marc-Henri Thélín, D^r en droit, Lausanne
- 1972 Andreas Tschudi, D^r en droit, Genève
- 1955 Dr. Felix Walz, Rechtskonsulent, St. Gallen
- 1922 Dr. Hans Weyermann, Fürsprecher, Bern
- 1972 Michael Wyler, lic. en droit, Genève

6. Darf ich Sie am Schluß meiner kurzen Übersicht darum ersuchen, meinen Kollegen im Vorstand für ihre gegen aussen nicht in Erscheinung tretenden wertvollen Dienste zu danken. Es trägt jeder seinen Anteil bei, der Quästor Dr. P. MENGIARDI aber bedeutend mehr als nur seinen Teil. In diesen Dank möchte ich den nimmermüden Archivar, ERNEST SIGNER, einschließen. Ihm bereiten nicht geringe Mühe und Schwierigkeiten, daß Mitglieder ihre Beiträge durch Banken zahlen lassen ohne anzugeben, von wem sie stammen. Dadurch entstehen unnötige Nachnahmen und Ärger. Wir werden im nächsten Jahr den Namen des Mitgliedes auf den Einzahlungsschein aufdrucken lassen und hoffen, daß dieser Einzahlungsschein dann auch für die Zahlung verwendet wird.

Ich schalte einen Initiativantrag im Sinne von Art. 7 Abs. 6 der Statuten ein.

Dr. WALTER HILDEBRANDT, Bülach, stellt den folgenden Antrag zuhanden der Generalversammlung:

«Die Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins ersucht den Vorstand, die bisherige Gepflogenheit, in der Jahresversammlung <die Liste der verstorbenen Mitglieder zu verlesen und damit eine kurze Totenehrung zu verbinden> sowie <im Protokoll die Nekrologe folgen zu lassen>, weiter zu führen.».

Da ein Zusammenhang mit der Berichterstattung des Vorstandes (Art. 7 lit. g der Statuten) besteht, glaube ich, den Antrag am zweckmässigsten gleich an die Präsidialausführungen anschließen zu dürfen. Herr Dr. HILDEBRANDT möchte die Versammlung beschließen lassen, den Vorstand *zu ersuchen*, die Totenehrung und Nekrologe weiterzuführen, also keine verpflichtende Weisung und kein bindender Vereinsbeschluß, sondern gleichsam eine Petition. Sonst müßte das Geschäft zurückgestellt werden, da unsere Statuten keine Ausnahme von der Ankündigungspflicht der eigentlichen Beschlußtraktanden vorsehen (Art. 67 Abs. 2 ZGB). Es wäre auch nicht möglich gewesen, den bei mir am Freitag vor 14 Tagen eingetroffenen Antrag drucken und versenden zu lassen. Erhebt der Antragsteller Widerspruch?

Dr. WALTER HILDEBRANDT erklärt, daß er seinen Antrag nicht im Sinne einer Petition verstanden haben möchte, sondern einen Beschluß der Jahresversammlung wünscht. Im übrigen sei der Antrag statutengemäß erfolgt, und es liege kein Grund vor, das Geschäft zu verschieben.

In der anschließenden Abstimmung wird der Antrag, das Geschäft an der heutigen Jahresversammlung behandeln zu lassen, mit 37 zu 47 Stimmen abgelehnt. Der Antrag von Dr. WALTER HILDEBRANDT wird somit nächstes Jahr behandelt werden.

IV.

Dr. PEIDER MENGIARDI, Quästor des Vereins, legt die Jahresrechnung 1977/78 vor:

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1978

Aktiven	Fr.	Fr.
Kassa		2 481.—
Postcheck		7 306.34
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent Ord.		59 477.90
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent Nationalfonds		26 115.20
Wertschriften		156 228.95
Verrechnungssteuer		2 742.84
Transitorische Aktiven		1 000.—
Mobilier		<u>440.—</u>
		<u>255 792.23</u>
Passiven		
Rückstellung für Publikationen		170 000.—
Kapital per 30.6.1977	85 680.15	
+ Einnahmenüberschuß pro 1977/78	<u>112.08</u>	85 792.23
		<u>255 792.23</u>

Erfolgsrechnung

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	87 415.—
Beitrag Schweiz. Nationalfonds	25 000.—
Beitrag Zeitschrift für Schweiz. Recht	1 600.—
Beitrag Schweiz. Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	9 500.—
Verkauf von Publikationen	4 804.—
Wertschriftenertrag	7 752.50
Bankzinsen	<u>209.81</u>
	<u>136 281.31</u>
Ausgaben	
Druckkosten Referate und Protokolle	67 532.40
Rückstellung für Publikationen	25 000.—
Bibliographie des schweizerischen Rechts	7 948.—
Schweiz. Juristentag	18 168.50
Vergütungen an Referenten	3 600.—
Spesen des Vorstandes	1 416.80
Spesen der Rechtsquellenkommission	147.—
Zirkulare und Drucksachen	2 400.—
Archivar und Buchhaltung	5 650.—
Post- und Bürospesen	2 355.15
Beiträge	1 300.—
Bankspesen	261.08
Abschreibungen	110.—
Steuern	<u>280.30</u>
	<u>136 169.23</u>
Einnahmenüberschuß	112.08

II. Rechtsquellenfonds

Bilanz per 30. Juni 1978

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent	31 357.20
Verrechnungssteuer	3 955.28
Wertschriften	<u>120 308.60</u>
	<u>155 621.08</u>

Passiven

Kapital per 30. 6. 1977	163 812.62	
./. Ausgabenüberschuß pro 1977/78	<u>8 191.54</u>	155 621.08
		<u>155 621.08</u>

Erfolgsrechnung 1977/78

Einnahmen	Fr.
Druckkosten	1 500.—
Verkauf von Publikationen	12 681.30
Wertschriftenertrag	7 741.—
Bankzinsen	<u>40.03</u>
	<u>21 962.33</u>

Ausgaben

Druckkosten	29 881.85
Bankspesen	<u>272.02</u>
	<u>30 153.87</u>

Ausgabenüberschuß	8 191.54
-------------------------	----------

III. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1978

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent	11 137.50
Verrechnungssteuer	691.55
Wertschriften	<u>34 983.30</u>
	<u>46 812.35</u>

Passiven

Kapital per 30. 6. 1977	44 964.95	
+ Einnahmenüberschuß pro 1977/78	<u>1 847.40</u>	46 812.35
		<u>46 812.35</u>

Erfolgsrechnung 1977/78

Einnahmen

Wertschriftenertrag	1 900.—
Bankzinsen	<u>52.44</u>
	<u>1 952.44</u>

Ausgaben

Bankspesen	<u>105.04</u>
Einnahmenüberschuß	1 847.40

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 Decharge.

VI.

Der Quästor legt das *Budget 1978/79* des Vereins vor:

I. Allgemeine Rechnung

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	87 000.—
Beitrag Schweiz. Nationalfonds	25 000.—
Beitrag Schweiz. Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	8 000.—
Verkauf von Publikationen	p. m.
Wertschriftenertrag	7 800.—
Bankzinsen	200.—
	<u>128 000.—</u>
 Ausgaben	
Druckkosten Referate und Protokolle	75 000.—
Bibliographie des schweizerischen Rechts	10 500.—
Schweiz. Juristentag	18 000.—
Vergütungen an Referenten	6 000.—
Spesen des Vorstandes	1 800.—
Spesen der Rechtsquellenkommission	2 000.—
Zirkulare und Drucksachen	2 500.—
Archivar	5 000.—
Post- und Bürospesen	2 500.—
Beiträge	1 000.—
Bankspesen	300.—
Abschreibungen	100.—
Steuern	300.—
	<u>125 000.—</u>
 Einnahmenüberschuß	3 000.—

II. Rechtsquellenfonds

Einnahmen	Fr.
Druckkostenbeiträge	40 000.—
Verkauf von Publikationen	8 000.—
Wertschriftenertrag	7 000.—
Bankzinsen	<u>100.—</u>
	<u>55 100.—</u>
 Ausgaben	
Druckkosten	60 000.—
Bankspesen	<u>300.—</u>
	<u>60 300.—</u>
 Ausgabenüberschuß	5 200.—

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

VII.

Die Herren LACROIX und Dr. OCHSÉ 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 Dr. H. P. MOSER, Zürich, die Leitung der Verhandlung über das Thema «*Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im öffentlichen Recht*». Er erteilt das Wort Herrn Dr. ULRICH ZIMMERLI, Verwaltungsgerichtspräsident, Bern, Berichterstatter deutscher Sprache:

«...und verstößt nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit». Dieser verhältnismäßig lapidare Schlußsatz bildet nicht selten das Ende höchstrichterlicher Verdikte, deren anspruchsvolle Problematik in der Abwägung von sich gegenüberstehenden, sich gegenseitig ausschließenden Interessen besteht. Dieser Schlußsatz wirkt verhältnismäßig beruhigend, weil er den Anschein erweckt, das Prinzip sei verhältnismäßig einfach zu handhaben – denn anders ist ja wohl nicht zu erklären, daß in den Urteilmotiven (nicht nur in den höchstrichterlichen) oft kaum im einzelnen gesagt wird, *weshalb* keine Verletzung des hier zu erörternden Grundsatzes vorliegen soll. Bei näherer Prüfung der Judikatur erheben sich jedoch verhältnismäßig rasch Zweifel, ob dem Prinzip tatsächlich die Funktion eines Allerweltskriteriums eignet, d.h. ob es dem Gesetzgeber und dem Richter erlaubt, jedwede Bedenken unter mehr oder weniger nachdrücklicher Betonung der angeblich axiomatischen Ausstrahlung des Prinzips verhältnismäßig elegant zu zerstreuen... Dieser – für die heutige Diskussion provokativ formulierten – Frage bin ich in meinem schriftlichen Referat nachgegangen, wohl wissend, daß ich mich damit – nicht zuletzt wegen des vom Vereinsvorstand beschränkten Umfangs der Studie – meinerseits dem Vorwurf der fahrlässigen Kürze aussetze. Mehr als eine skizzenhafte Darstellung des vielzitierten verfassungsmäßigen Gebots der Verhältnismäßigkeit – im Sinne einer nach meinem Dafürhalten dringend gebotenen Konturierung – war nicht beabsichtigt. Dabei war es notwendig, den umfangreichen Prüfungsgegenstand unter die Referenten aufzuteilen. Wie Sie festgestellt haben, behandelt mein Referat vorab die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Polizeirecht und im Schutzbereich der verfassungsmäßig gewährleisteten Freiheitsrechte – unter weitgehender Ausklammerung der Handels- und Gewerbebefreiheit.

Daß ich mich dieser Aufgabe nicht ohne vorgängige begriffliche und dogmatische Flurbereinigung zuwenden konnte, zeigen die Ausführungen im ersten Kapitel, das ich mit «Grundlagen»

überschrieben habe. Unter Berufung auf bewährte Lehre und Rechtsprechung habe ich versucht, die drei traditionellen Teilinhalte des Grundsatzes zu unterscheiden:

1. *Das Gebot der Geeignetheit*: Hier geht es um die Frage, ob die Maßnahme zielkonform und zwecktauglich, d.h. im weitesten Sinne zweckmäßig sei;

2. *Das Gebot der Erforderlichkeit*: Die Frage ist hier die, ob das zu untersuchende staatliche Handeln in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehe;

3. *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn*: Dieses Gebot ist verletzt, wenn ein Mißverhältnis zwischen der Schwere des (objektiv erforderlichen) Eingriffs und dem Wert des realisierbaren Erfolgs besteht, d.h. wenn für den Betroffenen die Grenze des Zumutbaren überschritten ist.

Ich bin dabei zum Ergebnis gelangt, daß das Hauptgewicht auf den beiden zuletzt genannten Teilinhalten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liegt, zumal sich das Gebot der Geeignetheit meines Erachtens weitgehend mit den in Art. 4 BV verankerten Verboten der Willkür und der Schikane deckt. Damit soll auch an dieser Stelle nochmals betont werden, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeiner *Rechtsgrundsatz mit Verfassungsrang* bei der Konkretisierung *jedes* verfassungsmäßigen Rechts Geltung beansprucht und naturgemäß nicht ohne zusätzliche Wertung auskommen kann, da seine Konturen nicht so gefügt sein können, daß sein Anwendungsbereich und seine Tragweite von vornherein mit hinreichender Sicherheit deutlich wären. Hinter dem Prinzip stehen die Postulate der Gerechtigkeit, der Güterabwägung, der Ausgewogenheit oder schlicht des individualisiert Vernünftigen, d.h. das zu konkretisierende Spannungsfeld zwischen wohlverstandener Freiheit und rechtsstaatlichem Eingriff. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erheischt meines Erachtens eine bewußte, pragmatische Handhabung auf der Suche nach einer vernünftigen Relation zwischen der Eingriffsintensität (in qualitativer und quantitativer Hinsicht) und dem Gewicht des verfolgten öffentlichen Interesses. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein verfassungsmäßiger Leitgrundsatz, aber *kein Grundrecht*. Seine *Mißachtung* kann mit anderen Worten im Grundrechtsbereich nur im Zusammenhang mit der Verletzung eines bestimmten verfassungsmäßigen Freiheitsrechts oder der in Art. 4 BV verankerten Garantien gerügt werden. So

verstanden ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch kein verfassungsmäßiges Gebot zu staatlichem Maßhalten schlechthin. Er ist daher vom Subsidiaritätsprinzip, aber auch vom Opportunitätsprinzip zu unterscheiden. Wie das Bundesgericht vor kurzem mit Recht festgestellt hat, gewährleistet er vorab den Schutz des Bürgers vor übermäßigen hoheitlichen Eingriffen. Er ist nicht in dem Sinn umkehrbar, daß ihm auch das Gebot der rationellen Verwaltung und des sparsamen Einsatzes öffentlicher Mittel zugerechnet werden könnte.

Das bedeutet aber selbstverständlich nicht, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf dem Gebiete der sog. *Leistungsverwaltung* unbeachtlich ist, zumal die Begriffe «Eingriffsverwaltung» und «Leistungsverwaltung» nicht mehr gegensätzlich verwendet werden dürfen. Ich möchte in diesem Zusammenhang beispielsweise auf die Beziehungen zwischen Anstalt und Benutzer verweisen. Gerade hier zeigt sich, wie vielschichtig und anspruchsvoll eine sachgerechte Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sein kann: Wenn Verhältnismäßigkeit hier unter anderem bedeutet, dass der Benutzer ein Recht darauf hat, die Einrichtungen der Anstalt so beanspruchen zu können, wie ihr Zweck es vorsieht (so drückt sich das Bundesgericht aus), so eignet der Verhältnismäßigkeit eine merkwürdige Doppelfunktion: Konkretisierung des Anspruches auf Anstaltsnutzung im Einzelfall auf der einen Seite und Maßstab für die aus der Anstaltsnutzung, d.h. aus dem besonderen Rechtsverhältnis sich ergebenden Freiheitsbeschränkungen auf der anderen Seite. Ich nenne die Stichworte *Zulassung zur Hochschule* und *numerus clausus* und verweise auf die beiden auch im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hochinteressanten neuesten Bundesgerichtsentscheide in BGE 103 I a 369 ff. (Zulassung zur Universität Basel) und 394 ff. (Zulassung zum Lehrerseminar). Kompliziert wird die Sache namentlich dadurch, daß auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung eine eigenartige Beziehung zwischen Verhältnismäßigkeitsprinzip und Gleichheitssatz besteht: Der vorab dem Gemeinwohl verpflichtete Anstaltszweck erheischt Zulassungs- und Benutzungsbeschränkungen, die nicht in erster Linie an den (privaten) Interessen des einzelnen Benutzers, d.h. an den Individualinteressen, sondern vielmehr an jenen der mutmaßlichen Benutzer *insgesamt* zu messen sind. Damit wird deutlich, daß staatliches Handeln zur Daseinsvorsorge im weitesten Sinn nicht durchwegs nach den gleichen Kriterien auf seine Verhältnismäßigkeit hin überprüft werden kann wie die hoheitliche Tätigkeit im Bereich der klassischen Eingriffsverwaltung. Es hätte

den Rahmen meines schriftlichen Berichts bei weitem gesprengt, dieser hochinteressanten Problematik weiter nachzugehen. Es ist zu hoffen, daß sich die Wissenschaft eingehend damit beschäftigen wird, damit das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch hier als praktikabler und hinreichend konturierter Rechtsgrundsatz zum Tragen kommen kann.

Doch zurück zu Handfesterem: Sie haben festgestellt, daß ich der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Polizeirecht verhältnismäßig breiten Raum eingeräumt habe. Dies vor allem deshalb, weil meines Erachtens gerade am Polizeirecht gezeigt werden kann, wie ein sachgerecht und folgerichtig konzipierter Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wirken soll und welches seine Grenzen sind. Auch hier sind die Probleme vielschichtig. Ich nenne als Stichworte die Generalklausel, die Normenkontrolle auf dem Gebiete der Spezialpolizei und die Anwendung spezialpolizeilicher Normen im Einzelfall, ohne auf Einzelheiten eingehen zu können. Hier nur soviel: Bei der *Generalklausel* steht das Gebot der Erforderlichkeit im Sinne der Unerläßlichkeit staatlicher Eingriffe im Vordergrund. Dabei ist das verfassungsmäßig gebotene Mindestmaß in sachlicher, zeitlicher und räumlicher Beziehung zu konkretisieren, was umso größere Schwierigkeiten bereitet, je kurzfristiger die Behörde zum Eingreifen gezwungen ist, zumal Wesentliches auf die einfache Durchführung und die rasche Wirksamkeit ankommt und im Rahmen der Güterabwägung regelmäßig auch innert kürzester Frist dem inneren Gehalt der jeweils betroffenen Freiheitsrechte differenziert Rechnung getragen werden muß. Hier das unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismäßigkeit *Richtige* zu tun, erweist sich als äußerst schwierig und zwingt den Verfassungsrichter zu einer gewissen Zurückhaltung. – Auch auf dem Gebiete der *Normenkontrolle* – ich meine hier die Kontrolle spezialpolizeilicher Vorschriften – liegt die Problematik in erster Linie bei der Umschreibung einer sachgerechten richterlichen Überprüfungsbefugnis. In dieser Frage erweist sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Ergebnis als durchaus sachgerecht: Dem Gesetzgeber muß grundsätzlich ein bestimmtes Maß an Gestaltungsfreiheit zuerkannt werden, wenn einer unerträglichen Gewichtsverschiebung vom Gesetzgeber auf den Richter entgegengewirkt werden soll. Der Gesetzgeber ist andererseits verpflichtet, diese Gestaltungsfreiheit in eigener Verantwortung wahrzunehmen; der Richter hat sie zu respektieren, ist jedoch gehalten, ihre Grenzen jeweils aufgrund einer sorgfältigen und im Grundrechtsbereich umfassenden Güterabwägung festzulegen. Die Tragweite dieser Fest-

stellung reicht weit über das Polizeirecht hinaus. In diesem Zusammenhang noch ein Wort zur Einführung der polizeilichen Bewilligungspflicht für nicht gemeinverträgliche Betätigungen auf öffentlichem Grund: Zwischen dem unter Zuhilfenahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu konkretisierenden Schutzbereich namentlich der ideellen Freiheitsrechte und dem ebenfalls – zumindest teilweise – aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleiteten Grundsatz, wonach der sog. gesteigerte Gemeingebrauch der Bewilligungspflicht unterstellt werden kann, besteht anscheinend (oder nur scheinbar? – die Frage sei jedenfalls gestellt) ein schier unlösbarer Widerspruch, der als umso unbefriedigender und ärgerlicher erscheint, als er meines Erachtens untrennbar mit dem immer noch weitgehend unbewältigten Problem der Grundrechtskonkurrenz verknüpft ist. Wahrlich auch hier Stoff genug für eine weitere intensive wissenschaftliche Diskussion! – Bei der *Anwendung spezialpolizeilicher Normen* im Einzelfall hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei den Betroffenen gelegentlich Anlass zu Mißverständnissen gegeben: Ist die angewendete Norm selber verhältnismäßig, d.h. verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, so fordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bloß, daß sie im konkreten Fall *richtig*, d.h. ihrem Sinn und Zweck entsprechend angewendet wird, was wiederum bedeutet, daß die mit dem verbindlichen Sinn übereinstimmende Auslegung und Rechtsanwendung nicht im Einzelfall mit Rücksicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterbleiben darf, wenn der Gesetzgeber zum Zwecke der abstrakten Gefahrenabwehr eine Regelung getroffen hat, die auch den fraglichen konkreten Sachverhalt erfaßt und den verfügenden Behörden keinerlei Spielraum für ein Auswahlmessen zuerkennt.

Meinem schriftlichen Bericht haben Sie entnehmen können, dass es mir nicht zuletzt darum gegangen ist, vor einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu warnen, wo dafür kein rechtstheoretisches Bedürfnis besteht. Dies vor allem, um dem Prinzip die für eine sachgerechte Handhabung dringend benötigten Konturen zu erhalten, damit es nicht zum eingangs erwähnten Pseudokriterium für jedes nicht ohne weiteres überblickbare Wertungsproblem wird. Ich verweise in diesem Zusammenhang beispielsweise auf meine Ausführungen zum Recht der formellen Enteignung (Stichwort Ausdehnung), zum Abgaberecht und zum Prozeßrecht. Ich gebe freilich gerne zu, daß sich dieses Anliegen weitgehend zum Problem einer sachgerechten Terminologie reduzieren läßt und eine vermehrte Anrufung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nichts scha-

det, sofern dabei nur Schutzbereich und Schutzfunktion des Prinzips richtig erkannt werden. Damit ist meines Erachtens aber noch nicht gesagt, daß das Postulat nach einer klaren und präzisen Terminologie seines Sinnes beraubt wäre.

Dies, meine Damen und Herren, ein paar verhältnismäßig willkürliche Streiflichter auf die Ausführungen in meinem schriftlichen Bericht, die – so hoffe ich – nicht nur hier im Saal eine konstruktive Diskussion anzuregen vermögen.

Zum Schluß habe ich zu danken: Ihnen, meine sehr verehrten Herren des Vorstandes, und namentlich Ihnen, Herr Professor GYGI, danke ich dafür, daß Sie mir – einem an der Front tätigen Praktiker – das deutschsprachige Referat anvertraut haben. Ihnen, meine sehr verehrten Damen und Herren, danke ich für Ihre Aufmerksamkeit.

M. PIERRE MULLER, Greffier-Directeur de la Chancellerie du Tribunal fédéral et Suppléant à la Faculté de droit de l'Université de Genève, rapporteur de langue française, fait l'exposé introductif suivant:

I. Le principe de la proportionnalité – c'est-à-dire la règle fondamentale à laquelle doivent obéir les relations entre ceux qui exercent et ceux qui subissent le pouvoir, est – comme j'ai essayé de le démontrer dans l'introduction de mon rapport écrit – un ancien précepte issu de la volonté de l'Etat de respecter à la fois la liberté de l'individu et les besoins de la collectivité: L'Etat n'est autorisé à restreindre la liberté des individus que dans la mesure nécessaire pour assurer la liberté et la sécurité de tous et pour promouvoir le bien-être de chacun. Si ce principe est reconnu d'une manière toute générale dans le cadre de l'activité étatique, sa portée et son application varient sensiblement selon la place qui lui est réservée dans les différents domaines du droit et dans les structures de l'Etat. Comme l'a très bien démontré le rapporteur général qui a traité du principe de la proportionnalité lors du Congrès de l'académie internationale de droit comparé, les 23 à 28 août de cette année, à Budapest – la comparaison de la notion, de la portée et de la place du principe de la proportionnalité dans les différents ordres juridiques nationaux présente des difficultés quasiment insurmontables.

Si dans certains pays, notamment aux Etats-Unis, ce principe paraît inconnu en tant que règle du droit constitutionnel ou administratif, dans d'autres, spécialement dans ceux du Nord de l'Eu-

rope, le principe est inhérent à certaines règles du droit administratif et pénal et représente alors une notion d'équité interdisant l'arbitraire.

En Italie la notion de la proportionnalité apparaît surtout dans les principes de l'«adeguatezza» ou de la «ragionevolezza», deux principes qui régissent le droit administratif.

La comparaison de la notion de proportionnalité dans les différents ordres juridiques nationaux démontre néanmoins que le principe comme tel a été avant tout élaboré et développé par les jurisprudences constitutionnelles et administratives de l'Allemagne et de la Suisse. En effet, l'évolution du droit administratif à partir du droit de police a conduit dans les deux pays au respect accru de la proportionnalité dans tous les domaines de l'activité de l'Etat. Cette activité – législative et exécutive – a d'ailleurs connu un tel développement que l'individu dépend de plus en plus de l'Etat.

En contrepartie, le principe de la proportionnalité s'est imposé, en Suisse aussi bien qu'en Allemagne, comme un principe général du droit, liant non seulement l'autorité exécutive, mais encore le législateur. Si en Allemagne, la théorie de la proportionnalité a été développée, surtout au début, dans le domaine de la juridiction administrative, elle est apparue en Suisse au moment où l'on a commencé à attribuer à l'Etat des compétences législatives en matière économique lui permettant de restreindre la liberté du commerce et de l'industrie.

Sur le plan international, un veilleur de nuit a contribué, en dormant, au progrès de la notion de la proportionnalité en droit administratif. Le fait de céder au sommeil constitue sans doute une faute grave pour un agent dont la mission consiste avant tout à veiller; c'est pourquoi les autorités du BIT avaient cru pouvoir révoquer le dormeur. Mais le tribunal administratif de cette organisation a prononcé le 14 mai 1973 l'annulation de cette décision; ayant examiné l'ensemble des circonstances de l'affaire, et considéré notamment que l'intéressé était, comme on le dirait en droit pénal, un délinquant primaire, il a estimé qu'une exclusion définitive constituait in casu une sanction trop lourde, «hors de toute proportion» au regard des conditions objectives et subjectives dans lesquelles l'acte reproché avait été commis. Le même jour, il a annulé pour le même motif de principe la mise à pied d'un agent de l'OMS. Il a en revanche rejeté le recours d'un employé de l'UNESCO, refusant d'admettre l'existence d'une «disproportion manifeste entre la gravité de la faute commise et la gravité de la sanction infligée». Il peut paraître étonnant que

cette cour – présidée par le Conseiller d'Etat français LETOURNEUR – ait fait application du principe de la proportionnalité, car elle a, ce faisant, pris le contrepied de la jurisprudence du Conseil d'Etat français, lequel s'était toujours refusé, jusque là, à exercer le moindre contrôle sur la proportionnalité de la sanction et de la faute. Le mystère se dissipe toutefois aussitôt que l'on apprend que le viceprésident de cette cour s'appelle ANDRÉ GRISEL.

Depuis lors, l'extension de l'application des principes généraux du droit, et notamment la reconnaissance de leur nature constitutionnelle et de leur relation hiérarchique, ont finalement conduit le juge administratif français à étendre lui aussi le contrôle de la proportionnalité au domaine même du pouvoir discrétionnaire.

II. Permettez-moi quelques réflexions quant à la notion et la portée du principe.

La proportionnalité dépend – par définition même – de plusieurs facteurs. Il s'agit, en effet, de maintenir une proportion correcte ou adéquate entre des éléments de nature différente dont les valeurs respectives sont en balance. Pensons par exemple au problème qui préoccupe en ce moment bien des hommes politiques, à celui de l'accès aux études et plus précisément à celui de l'introduction du «*numerus clausus*», en vertu duquel les admissions à certains établissements scolaires du degré moyen ou supérieur seraient limitées en fonction de la capacité d'accueil de l'établissement, de manière à sauvegarder l'efficacité et le bon fonctionnement de l'enseignement et – le cas échéant – à diriger même les candidats vers les diverses professions selon les besoins prévisibles.

Il est ainsi clair – et là je partage entièrement les vues exprimées par mon collègue ZIMMERLI – que le principe de la proportionnalité ne peut être assimilé à la notion de modération générale sans égard aux circonstances de fait concrètes. Si, en effet, le principe de la proportionnalité présente certaines composantes de l'équité, le contrôle de son respect consiste avant tout à porter un jugement de valeur, d'une part sur la relation existant entre le but poursuivi et les moyens nécessaires pour l'atteindre et, d'autre part, sur les conséquences qui en résultent. Il est de surcroît vain de rechercher la proportionnalité si la légitimité du but à atteindre et celle des moyens mis en oeuvre ne sont pas admises.

Réduit à sa plus simple formule, le principe de la proportionnalité impose à la fois une obligation et une interdiction: celui qui est tenu de le respecter devra faire appel à des mesures aptes et

nécessaires pour atteindre un but légitime et rejeter, parmi elles, celles qui paraîtraient disproportionnées au regard des intérêts en jeu.

C'est en fonction de ce double caractère d'obligation et d'interdiction que le principe de la proportionnalité a trouvé sa place dans le droit suisse. Il régit tous les domaines du droit et oblige les organes de l'Etat à adapter dans toutes leurs activités les moyens dont ils disposent à la fois aux fins qu'ils visent et aux effets de leur action. La proportion adéquate devient ainsi condition de la légalité.

Dans cet ordre d'idée, le Tribunal fédéral situe le principe de la proportionnalité sur le plan constitutionnel: Le principe découle directement de la Constitution et vaut tant pour l'application du droit par l'autorité administrative que pour l'activité du législateur. L'obligation incombant à tous les organes de l'Etat de respecter le principe de la proportionnalité est d'ailleurs étroitement liée à la liberté de l'individu; celui-ci en effet, dans un Etat de droit, est nécessairement protégé par la Constitution même contre les mesures prises dans l'intérêt public, lorsqu'elles restreignent sa sphère de liberté d'une manière disproportionnée. De ce point de vue donc, le principe de la proportionnalité a la même nature que les droits constitutionnels, dont il limite les restrictions. Dans un sens plus large cependant, le principe, qui à mon avis a une portée toute générale, s'étend aussi à l'activité distributive de l'Etat et exige que celui-ci respecte la relation adéquate qui doit exister entre l'intérêt à la prestation, les moyens engagés et les avantages qui en résultent pour le bénéficiaire aussi bien que pour la collectivité. Je serais dès lors moins restrictif que mon collègue ZIMMERLI (p. 97 ss. de son rapport) en ce sens que pour moi, le principe de la proportionnalité est bien l'un des critères à prendre en considération lors de la distribution des prestations accordées par l'Etat. En effet, le principe me paraît un critère judicieux pour appliquer les mesures qui tendent à favoriser les administrés, individuellement ou dans leur ensemble, soit que l'intéressé doive, pour obtenir une prestation, remplir des conditions – qui parfois le chargent lourdement – soit que l'autorité décide de suspendre ou de retirer des prestations qu'elle avait promises ou accordées. Dans cette hypothèse, le principe de la proportionnalité exige du législateur, qui détermine lui-même le droit à une prestation et les conditions pour l'obtenir, de ne fixer que des conditions qui soient en relation directe et raisonnable avec la prestation et les bénéficiaires, et cela dans une mesure d'autant plus grande que le législateur laisse à l'administration

une plus grande liberté de fixer elle-même les conditions permettant d'obtenir la prestation.

Le Tribunal fédéral s'est laissé guider par cette idée dans un arrêt récent du 19 mai 1978 (qui sera publié au volume 104 Ib), lorsqu'il s'est prononcé sur la légalité de l'ordonnance du Conseil fédéral sur le prélèvement d'un droit de douane supplémentaire sur les importations de vins rouges en bouteilles du 4 octobre 1976: il s'agissait de la détermination de la réserve globale pour cas de rigueur et de l'attribution particulière du contingent personnel qui, dans les cas d'espèce – aux yeux du Tribunal fédéral – conduisait à désavantager le nouvel importateur de façon disproportionnée.

En revanche je tombe d'accord avec M. ZIMMERLI pour admettre qu'il est douteux que l'autorité puisse faire appel au principe de la proportionnalité pour refuser d'accorder des prestations parce qu'elles apparaissent comme démesurées au regard de l'intérêt public. L'autorité ne devrait pas non plus pouvoir refuser – en se fondant sur le principe de la proportionnalité – une prestation due en elle-même, pour le seul motif qu'elle ne la considère plus comme justifiée au regard du critère de la relation «prestation – profit». En effet, je pense que le point de savoir si une prestation est justifiée ne relève pas de la proportionnalité au sens que lui donne la jurisprudence. Il n'appartient en tout cas pas à l'autorité appelée à accorder les prestations prévues par le législateur de comparer le profit qu'en tirerait le bénéficiaire aux coûts qui en résulteraient pour la collectivité, à moins que le législateur ne l'ait lui-même chargée de procéder à une telle évaluation. Dans ce cas cependant, la prestation se justifie – ou ne se justifie pas – au regard de critères relevant de l'économie et de l'efficacité de l'activité de l'Etat. Certes, il va de soi que dans ce domaine il interviendra aussi une règle de proportionnalité – celle du *bilan coûts-avantages*. Mais cette règle a une tout autre portée que dans le cadre de l'activité de police, notamment lors du contrôle judiciaire. En effet, si le juge est sans autre à même de mesurer les conséquences pour le requérant de l'octroi ou du refus d'une prestation de l'Etat, il lui sera en revanche beaucoup plus difficile, voire impossible, de déterminer si la prestation en cause s'intègre dans le système général des prestations, si l'intérêt du requérant est suffisant pour modifier l'aménagement du système et s'il n'y a pas un intérêt public prépondérant à refuser un tel changement, qui ne manquera pas, selon l'expérience, d'en susciter d'autres.

C'est dans cet esprit que j'ai examiné dans mon rapport écrit

l'application du principe de la proportionnalité dans différents domaines du droit public, notamment dans celui de l'instruction, de l'économie, des transports et communications, des contributions et du service public. Je me suis également attaché aux problèmes qui surgissent dans des domaines tels que le rétablissement de l'ordre légal, l'usage des moyens de contrainte, ainsi que, d'une manière générale, en droit pénal et en procédure. Je ne reviendrai pas ici sur l'exposé de ces cas pratiques. Mais permettez-moi d'aborder quelques questions relatives au contrôle du respect du principe de la proportionnalité.

III. L'obligation et l'interdiction contenues dans le principe de la proportionnalité concernent, le plus souvent, l'application des lois. Il va de soi que le contrôle judiciaire de la proportionnalité des actes administratifs dépend essentiellement de l'étendue du pouvoir de contrôle du juge.

Un pouvoir de contrôle complet, c'est-à-dire permettant au juge de substituer son propre choix à celui de l'administration, est exceptionnel. Généralement, en effet, le juge ne revoit que l'application du droit. Cela suffit à lui permettre d'examiner si la condition de nécessité d'une mesure est réalisée, car il s'agit en principe d'une question de droit qu'il peut revoir librement. Néanmoins, le pouvoir de contrôle du juge sera limité là où l'administration dispose d'une certaine liberté d'appréciation des circonstances de fait, qu'elle connaît mieux, notamment lorsqu'elles sont d'ordre local ou technique.

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit de contrôler si un acte de l'administration est adéquat par rapport à ses effets sur la situation de l'administré, car ce problème relève presque toujours de l'appréciation, voire de l'opportunité. Si l'autorité administrative s'est arrêtée à une solution qui, pour des raisons objectives, s'avère manifestement inopérante ou onéreuse à l'excès pour l'administré, elle tombe dans l'arbitraire. Si, par contre, elle a choisi une solution apte en soi mais qui, comparée à d'autres, paraît moins appropriée et ménage moins les intérêts de l'administré, le juge devra décider si le choix de l'administration constitue un abus de pouvoir d'appréciation. Dans cette éventualité, si le pouvoir du juge est limité au contrôle de l'arbitraire, il ne pourra intervenir que si l'abus est manifeste. Si, en revanche, le juge est habilité à revoir l'appréciation de l'autorité administrative, pour excès ou abus du pouvoir, son contrôle ne devra s'arrêter que là où, dans une situation concrète, le choix portait sur

différentes solutions toutes aptes, nécessaires et appropriées aux circonstances de fait et aux intérêts en jeu.

Le contrôle judiciaire est particulièrement difficile lorsqu'il concerne non pas une mesure individuelle, mais une mesure touchant un grand nombre d'intéressés ou poursuivant des intérêts publics divergents, si ce n'est opposés. Ce contrôle sera nécessairement limité à l'examen de la question de savoir si la solution dans son ensemble est propre à atteindre les buts fixés par la loi et si le choix opéré n'est pas manifestement disproportionné. Je pense en outre que le juge n'est guère en état de déterminer si la solution adoptée constitue bien le moyen le plus approprié, ce qui justifie de sa part une certaine retenue. Il est en effet douteux que les intérêts publics et ceux des administrés puissent – dans ces cas – être mieux sauvegardés par le juge que par l'autorité administrative. Cette situation n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle du contrôle des actes législatifs cantonaux par la juridiction fédérale.

En effet, l'obligation et l'interdiction contenues dans le principe de la proportionnalité ont, lorsqu'elles s'adressent au législateur, une portée différente en quelque sorte. C'est bien le législateur lui-même qui fixe – le plus souvent – le but des mesures qu'il adoptera en appliquant et en concrétisant la constitution. Son activité est – à cet égard – à la fois plus abstraite et plus créatrice que celle de l'administration: le choix des mesures exige nécessairement du législateur un tri qui, lui-même, s'effectue dans un contexte politique, économique et social. Bien plus que l'administration, le législateur jouit d'une liberté d'appréciation étendue: celle-ci ne couvre pas seulement la définition légale des mesures qui paraissent aptes et nécessaires à la réalisation de la constitution, mais encore les mesures qu'il doit fixer lui-même dans le cadres des ses attributions constitutionnelles. De ce fait, le contrôle d'un acte législatif au regard du principe de la proportionnalité sera limité. Il s'exercera d'une manière plus étendue, mais néanmoins nuancée, dans le cas de mesures portant atteinte aux libertés fondamentales. Il sera notamment limité à l'examen de la question de savoir si la solution adoptée par le législateur est propre à atteindre le but poursuivi. La multiplicité des objectifs poursuivis, le plus souvent par la même loi, voire la même disposition légale, réduit d'ailleurs considérablement le pouvoir de contrôle du juge. La pesée de plusieurs intérêts parallèles ou opposés implique une liberté de choix qui n'appartient qu'au législateur et que le juge ne peut ni ne doit s'arroger.

Le contrôle judiciaire n'est cependant pas dépourvu de sens. Si le juge ne peut in abstracto indiquer quelle serait la solution

constitutionnelle, il est à même d'annuler celles qui ne le seraient manifestement pas. De plus il a la possibilité, s'agissant d'une solution douteuse, de préciser jusqu'où son application reste dans le cadre de la constitution.

Ainsi l'application du principe de la proportionnalité par le juge est d'un maniement délicat. BRAIBANT, Commissaire du gouvernement, dans ses remarquables conclusions par devant le Conseil d'Etat français dans l'affaire du projet dénommé « Ville nouvelle EST » (il s'agissait de la prise en considération par le juge de l'excès du pouvoir, des atteintes à la propriété privée, du coût financier de l'opération projetée et éventuellement de ses inconvénients d'ordre social dans l'appréciation de l'utilité publique d'une expropriation) demandait que le juge exerçât son contrôle « avec tact et mesure », sa censure ne devant intervenir qu'au-delà d'un certain seuil, et se limiter aux projets arbitraires, déraisonnables, mal étudiés, c'est-à-dire aux mesures évoquant un détournement de pouvoir ou une erreur manifeste.

En effet, le principe de la proportionnalité, s'il dote le juge d'une arme efficace pour assurer la constitutionnalité de l'activité étatique et pour garantir l'administré contre les abus possibles du législateur ou de l'administration, exige de ceux qui l'appliquent, non seulement beaucoup de circonspection, mais autant de doigté, faute de quoi il risque de transformer le juge en législateur et en administrateur. Le sens et la logique d'un contrôle judiciaire de la proportionnalité s'arrête ainsi là, où à la question de savoir s'il vaut mieux devenir aveugle ou paralysé, le juge, de par sa fonction de Salomon et choisissant entre deux maux le moindre, répondra: « devenir borgne et boiteux ».

IV. Lord REID a dit, dans une formule célèbre: « Nous n'avons pas un système développé de droit administratif – peut-être parce que jusqu'à une date relativement récente nous n'en avons pas besoin ». Si l'on songe à tous les arrêts rendus par le Tribunal fédéral ces derniers dix ans en application du principe de la proportionnalité, on pourrait être tenté de dire: « Le Tribunal fédéral n'avait pas une théorie développée du principe de la proportionnalité – peut-être parce que jusqu'à une date relativement récente il n'en avait pas besoin ». Cependant, en toute impartialité, on doit admettre, que le bilan est positif: Le Tribunal fédéral en appliquant ce principe a transformé des notions politiques, économiques et sociales en notions juridiques.

En définissant ces notions – spécialement au regard du principe de la proportionnalité – le Tribunal fédéral aboutit nécessai-

rement à une extension de son pouvoir de contrôle, puisqu'il fait apparaître, dans les domaines politique, économique et social, un plus grand nombre de conditions constitutionnelles et légales. Cette évolution du pouvoir du juge va et doit aller de pair avec le développement de l'activité législative et exécutive de l'Etat: elle n'est, à mes yeux, que la contrepartie du fait que l'individu dépend de plus en plus, et de façon toujours plus décisive, de la collectivité dans laquelle il vit.

IX.

Der Verhandlungsleiter eröffnet die Diskussion und erteilt das Wort Herrn BERNHARD MÜLLER, Fürsprecher, Direktor des Sekretariates der Eidgenössischen Bankenkommision, Bern:

Meine Stellungnahme bezieht sich auf die Ausführungen Herrn ZIMMERLIS auf S. 102 ff. seines vorzüglichen Referates und speziell auf Anmerkung 466 auf S. 103.

Nach Auffassung des Referenten rechtfertigt sich der Entzug einer Bewilligung nur, wenn der Bewilligungsinhaber selbst sich rechtsfehlerhaft verhält, indem er der Erlaubnis zuwiderhandelt oder indem er es zu vertreten hat, daß die Bewilligungsvoraussetzungen nachträglich dahingefallen sind. Sodann gebiete es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass vor dem Entzug geprüft werde, ob nicht eine weniger einschneidende Maßnahme genüge, um den gesetzmäßigen Zustand wieder herzustellen. Dem Bewilligungsentzug habe eine förmliche Mahnung verbunden mit der Androhung der Maßnahme voranzugehen, wenn nicht besondere Gründe einen sofortigen Entzug rechtfertigten.

Der Referent findet die Praxis der Bankenaufsicht schwankend und gibt der Hoffnung Ausdruck, das Bundesgericht möge sachgerechte Kriterien für eine verfassungskonforme Auslegung der gesetzlichen Bestimmung über den Bewilligungsentzug aufstellen. In einzelnen Fällen sei einem Bewilligungsentzug die Mahnung zur Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes vorangegangen, so in BGE 98 I b 269 ff., in anderen aber nicht. Der Referent verweist dazu auf den vom Bundesgericht am 11. Februar 1978 bestätigten Entscheid der Eidg. Bankenkommision, womit der Overseas Development Bank SA, Genève, – ODB – die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit entzogen wurde. Daß eine so einschneidende Sofortmaßnahme durch ein hinreichendes öffentliches Interesse gedeckt sei, leuchte dem Außenstehenden nicht ohne weiteres ein.

Ich möchte versuchen, dem Außenstehenden zu zeigen, daß es sich beim kritisierten Entscheid nicht um eine Sofortmaßnahme handelte und daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht unbeachtet blieb.

1. Nach Art. 23^{ter} des BankG hat die Bankenkommission die zur Herstellung des ordnungsgemäßen Zustandes und zur Beseitigung von Mißständen notwendigen Verfügungen zu treffen, wenn sie von Gesetzesverletzungen oder Mißständen Kenntnis erhält. Nach Art. 23^{quinquies} entzieht sie der Bank, welche die Voraussetzungen der Bewilligung nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt, die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit.

Die Botschaft des Bundesrates vom 13. Mai 1970 zur Bankengesetz-Novelle führt dazu aus, der Bewilligungsentzug sei in diesen Fällen zwingend.

Die Frage stellt sich, wo Maßnahmen zur Herstellung des ordnungsgemäßen Zustandes ausreichen und wo im Sinne des Gesetzes der Entzug der Bewilligung zwingend ist. Wie der französischsprachige Referent auf S. 244 darlegt, stellt sich die Frage der Proportionalität eines Bewilligungsentzuges nicht, wenn der Gesetzgeber diese Maßnahme zwingend anordnet. Verschiedene Bundesgerichtsentscheide bestätigen, bei Wegfall der Bewilligungsvoraussetzungen oder grober Verletzung der gesetzlichen Pflichten sei der Bewilligungsentzug zwingend und es stehe der Bankenkommission nicht frei, stattdessen mildere Anordnungen zu treffen. Wohl aber stehe ihr ein gewisser Spielraum bei der Beurteilung der Frage offen, ob die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt oder eine Pflichtverletzung grob sei.

2. Die Bankenkommission entzieht einer Bank die Geschäftsführungsbewilligung nur, wenn Maßnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemäßen Zustandes erfolglos blieben oder der Gläubigerschutz ein sofortiges Handeln erheischt. So auch im kritisierten Fall.

2.1 Die ODB gehörte zum IOS-Konzern. Dieser war ausländisch beherrscht. Die ODB benötigte deshalb nach Gesetz eine entsprechende Zusatzbewilligung, die nur für einen bestimmten ausländischen Aktionär erteilt wird. Bei Wechsel des Aktionärs ist eine neue Zusatzbewilligung nötig.

2.2 Die ODB wurde während Jahren von einem ausländischen Aktionär zum anderen weitergereicht, ohne daß je eine Zusatz-

bewilligung hätte erteilt werden können. Als Aktionäre traten auf

- 1971 die Bahamas Commonwealth Bank, die vermutlich dem IOS-Boß Vesco gehörte,
- 1974 die Western Bank auf der Isle of Man, die Geschäftsdomizil in einer geschlossenen Wirtschaft verzeigte und einem ostasiatischen Nachtlokalbesitzer in London gehörte,
- als die Bankenkommission die ODB zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes aufforderte und den Entzug der Bewilligung androhte, eine deutsche Bank, die ebenfalls mit dem IOS-Konzern in Verbindung gestanden hatte und die Aktien offenbar bloß treuhänderisch erwerben wollte,
- 1976, nachdem die Bankenkommission nochmals unter Androhung des Entzuges der Bewilligung Frist zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes gesetzt hatte, die Syndikats AG Zürich, die von Herrn Rey beherrscht wurde. Dieser erklärte, von 1974 bis anfangs 1977 im Ausland ein Vermögen von mehr als 20 Mio. Franken erworben zu haben, lehnte indessen jeden Nachweis der ihm zustehenden Mittel ab. Die Bankenkommission entzog daher der ODB die Geschäftsbewilligung.

3. Ich halte also fest:

- Für die ausländische Beherrschung benötigte die ODB eine Zusatzbewilligung; von 1971 bis zum Bewilligungsentzug 1977 besaß die ODB keine Zusatzbewilligung und erfüllte die Voraussetzungen zu ihrer Erteilung nicht.
- Die Bankenkommission hat der Bank erstmals am 29. März 1974 den Entzug der Bewilligung angedroht, sofern der gesetzliche Zustand nicht wieder hergestellt werde.
- Sie hat der Bank erneut am 29. Januar 1976 Frist zur Herstellung des gesetzlichen Zustandes gesetzt unter Androhung des Entzuges der Bewilligung.
- Es wäre nicht zu verantworten gewesen und würde die Glaubwürdigkeit einer Bankenaufsicht erschüttern, hätte die Bankenkommission trotz des wenig vertrauenerweckenden Verhaltens der neuen Organe der Bank und der ganzen Vorgeschichte ein drittes Mal lediglich gemahnt und Frist angesetzt, als sich herausstellte, daß die nun als schweizerisch deklarierten Eigentümer nicht willens oder nicht in der Lage waren, über die Herkunft ihrer Mittel Auskunft zu geben und die wirklichen Beherrschungsverhältnisse offenzulegen.
- Die Bankenkommission hat den Entzug der Geschäftsbewil-

ligung also erst nach sechsjährigen Bemühungen um Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes getroffen.

4. Die Bankenaufsicht bezweckt den Gläubigerschutz. Diesem Ziel dienen auch Erteilung und Entzug der erforderlichen Bewilligungen. Mir scheint, dem trage der Referent zu wenig Rechnung, wenn er den Bewilligungsentzug bloß zulassen will, wenn der Bewilligungsinhaber *selber* sich rechtsfehlerhaft verhält, was immer das heißen mag, wenn wie im BankG eine juristische Person Bewilligungsinhaber ist. Diese Betrachtungsweise stellt den Bewilligungsentzug zu sehr als pönale Sanktion dar. Auch unverschuldete Ereignisse können Gläubigerinteressen so gefährden, daß keine Gewähr für eine ordnungsgemäße Banktätigkeit mehr besteht und die Bewilligung entzogen werden muß.

Dr. PETER LUDWIG, Fürsprecher, Direktionssekretär der Baudirektion des Kantons Bern:

Ich möchte aus der Sicht des Baurechtlers einige Gedanken äußern zur Frage der Verhältnismäßigkeit bei Schleifungsverfügungen (Abbruchverfügungen, Wiederherstellungsverfügungen).

Der Referent ZIMMERLI kritisiert auf Seite 106 seines Referats in Übereinstimmung mit der letztjährigen Referentin, Frau KATHARINA SAMELI, die Formel des Bundesgerichts, wonach sich der bösgläubig Bauende gegen eine Wiederherstellungsverfügung nicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berufen könne. ZIMMERLI bezeichnet diese Formel als unhaltbar. Ich wage zu behaupten, daß die beiden Standpunkte, derjenige des Referenten und derjenige des Bundesgerichtes, gar nicht so weit auseinanderliegen, wie das Wort «unhaltbar» vermuten ließe.

Herr ZIMMERLI gliedert den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in die drei Gebote der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Wenn ich nun das Bundesgericht richtig verstehe, war es nie seine Meinung, die ersten beiden Gebote, das Gebot der Geeignetheit und das Gebot der Erforderlichkeit, gälten nur gegenüber dem gutgläubigen Bauherrn. Das heißt, es war wohl nie der Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, daß gegen den bösgläubig Bauenden Maßnahmen ergriffen werden dürften, die zur Erzielung des gewünschten Erfolgs gar nicht geeignet sind oder die über das hinaus gehen, was zur Erreichung des Zwecks notwendig ist. Die kritisierte Rechtsprechung hätte denn auch zweifellos nicht zu

dem von KATHARINA SAMELI (ZSR 1977 II, S. 383) angenommenen Ergebnis führen können, daß sich ein bösgläubiger Bauherr nicht gegen den Abbruch des ganzen Hauses wehren könnte, wenn nur die Dachluke materiell baurechtswidrig ist.

Was das Bundesgericht mit seiner Formel in Wirklichkeit meinte, war, daß sich der bösgläubig Bauende nicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im *engern* Sinne berufen könne. Das heißt, es wollte dem Bösgläubigen gegenüber einem zielkonformen und zweckangemessenen Abbruchbefehl lediglich die Einrede der Unzumutbarkeit versagen. Hier nun, bei der Verhältnismäßigkeit im engern Sinne, stellt sich in der Tat die Frage, ob auch der Bösgläubige einen Anspruch auf die im Rahmen dieses dritten Gebots vorzunehmende Güterabwägung habe, indem er zum Beispiel geltend machen könnte, die von ihm widerrechtlich geschaffenen wirtschaftlichen Werte seien gegen das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes in die Waagschale zu werfen. Herr ZIMMERLI bejaht dies kategorisch. Er wird aber wohl zugeben müssen, daß diese Güterabwägung, wenn sie vorgenommen wird, in aller Regel doch zu Ungunsten des Betroffenen ausfallen wird – ja ausfallen *muss*, soll die Autorität des Gesetzes nicht untergraben und sollen andere nicht zum bewilligungslosen Bauen ermuntert werden. Vom Ergebnis her gesehen ist deshalb die kritisierte Formel des Bundesgerichts, wenn sie richtig verstanden wird, gar nicht so falsch, wie es scheinen könnte.

Dennoch möchte ich der Meinung ZIMMERLIS beitreten, da ich die These des Bundesgerichts doch als zu absolut betrachte. Die Problematik dieser These liegt nämlich weniger in der Frage der Verhältnismäßigkeit an sich als darin, daß es in der Praxis nicht nur eindeutig gutgläubige und eindeutig bösgläubige Bauherren gibt, sondern auch teilweise gutgläubige und teilweise bösgläubige, mit allen denkbaren Abstufungen und Schattierungen. So gibt es zum Beispiel nebst demjenigen, der sich bewußt und gewissenlos über klare Vorschriften und Weisungen der Behörden hinwegsetzt, auch denjenigen, der es bloß an der notwendigen Sorgfalt fehlen läßt, ohne daß er willentlich bereit wäre, einen möglichen Verstoß gegen Bestimmungen des Baurechts in Kauf zu nehmen. Dazu kommt, daß das Verschulden für die Verletzung der Bauvorschriften bald beim Bauherrn liegt, bald beim Architekten oder Unternehmer und bald bei allen zusammen. Solche Unterschiede im Verhalten der Betroffenen dürften im Schleifungsverfahren nicht einfach außer acht gelassen werden. Wie übrigens aus einem neueren, im jüngsten Heft des Schweize-

rischen Zentralblattes für Staats- und Gemeindeverwaltung veröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts vom 15. März 1978 hervorgeht, scheint nun auch das Bundesgericht von seiner früheren, starren Formel, wonach der Bösgläubige sich nicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berufen könne, abgerückt zu sein (Zbl 1978, S. 393f.).

Im Zusammenhang mit den Wiederherstellungsverfügungen kritisiert der Referent ZIMMERLI (S. 106) das Bundesgericht noch in einem andern Punkt, nämlich darin, daß das Gericht wiederholt erklärte, die Beseitigung oder Abänderung einer widerrechtlich erstellten Baute sei dann unzulässig, wenn die Abweichung gegenüber dem Gesetz minim oder ohne Bedeutung für das allgemeine Interesse sei. ZIMMERLI ist der Ansicht, hier werde das Verhältnismäßigkeitsprinzip in sachwidriger Weise ausgeweitet. Im Grunde genommen handle es sich um die Anwendung des sich aus Art. 4 BV ergebenden Schikaneverbots. Dieses sei bereits im nachträglichen Baubewilligungsverfahren zu berücksichtigen und nicht erst im Schleifungsverfahren. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit müsse gefordert werden, daß keine nichtbewilligte Baute oder Bauteile stehenblieben. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes lasse sich niemals mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern höchstens mit dem Grundsatz von Treu und Glauben rechtfertigen.

Ich vermag mich weder mit der Auffassung ZIMMERLIS noch mit jener des Bundesgerichts, die ich als zu wenig differenziert betrachte, zu befreunden. Mit dem Bundesgericht (vgl. BGE 101 Ib 315) und entgegen der Ansicht ZIMMERLIS ist davon auszugehen, daß im nachträglichen Baubewilligungsverfahren rechtswidrig geschaffene Tatsachen unberücksichtigt bleiben müssen. Das heißt, eine Baubewilligung oder Ausnahmbewilligung darf nicht mit der Begründung erteilt werden, ein Wiederabbruch der gesetzwidrigen Baute wäre unverhältnismäßig oder verstieße gegen das Schikaneverbot. Sonst wird das rechtswidrige Handeln belohnt, was es unter allen Umständen zu vermeiden gilt. Dagegen ist durchaus denkbar, daß trotz Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung auf eine Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes verzichtet wird, weil ein Abbruch als unverhältnismäßig, d. h. unzumutbar oder schikanös, empfunden würde. Es ist nicht einzusehen, weshalb nur der Grundsatz von Treu und Glauben, nicht auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, es rechtfertigen könnte, eine nicht bewilligte Baute stehen zu lassen. Wohl gebieten die Rechtssicherheit und die Rechtsgleichheit, dass nichtbewilligte Bauten grundsätzlich entfernt werden.

Das darf aber nicht heißen, daß objektiv rechtswidrige Bauwerke nachträglich bewilligt werden müßten, nur weil das Schikaneverbot oder der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Schleifung verbieten. Ein dem Gesetz widersprechender, nicht weggeräumter Bau wirkt unbewilligt in mancher Beziehung weniger präjudizierend, als einer, der nachträglich trotz Rechtswidrigkeit doch noch mit einer Bewilligung versehen wird (man denke zum Beispiel an den späteren Ersatz zonenwidriger Bauten im übrigen Gemeindegebiet).

Andererseits schließt die Geringfügigkeit der Abweichung vom Gesetz oder das Fehlen eines wesentlichen allgemeinen Interesses an der Beseitigung der Baute entgegen der Ansicht des Bundesgerichts eine Schleifung nicht in jedem Falle aus. Einmal ist zu beachten, daß bei einer geringfügigen Gesetzesverletzung unter Umständen auch das Interesse des Bauherrn am Bestehenlassen dieses rechtswidrigen Zustandes gering sein kann. Zum andern können durch den Bau beachtliche Interessen eines Dritten, zum Beispiel des Nachbarn, berührt sein, ohne daß zugleich bedeutende *allgemeine* Interessen verletzt sind. In einem solchen Fall wird sich die Behörde dann vornehmlich im Interesse des privaten Dritten zum Einschreiten gezwungen sehen, zumindest wenn dieser Dritte es verlangt.

Das Bundesgericht scheint nun aber neuerdings auch in dieser Beziehung von seiner früheren, starren Formulierung abgerückt zu sein. Wie dem schon erwähnten, im jüngsten Zentralblatt publizierten Entscheid zu entnehmen ist, schließt das Gericht heute offenbar die allgemeine Interessenabwägung bei geringfügigen oder die Allgemeinheit wenig berührenden Gesetzesverletzungen nicht mehr schlechthin aus. Diese Entwicklung der Rechtsprechung ist zu begrüßen. Zu hoffen bleibt, daß auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bzw. der Zumutbarkeit dem eminenten öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts und dem Interesse an der Wahrung der Rechtsgleichheit stets das gebührende Gewicht beigemessen wird.

M. ANDRÉ GRISEL, Président du Tribunal fédéral, Lausanne:

En remerciant beaucoup MM. les rapporteurs de nous avoir instruits par d'excellents exposés qui se complètent utilement, je me contenterai de mettre l'accent, en raison de leur portée générale, sur deux des nombreux problèmes qu'ils ont étudiés.

1. Il s'agit d'abord de la *nature* du principe de proportionnalité. A-t-on affaire à un principe de droit administratif ou de droit constitutionnel? Certes, en faveur de la première solution, on peut faire valoir que le principe de proportionnalité s'applique le plus souvent à l'activité des autorités administratives. Toutefois, d'autres arguments plaident en sens contraire. Tout d'abord, tel que l'entend la jurisprudence, le principe de proportionnalité doit être observé par le législateur aussi bien que par l'administration. En outre, il a pour but de limiter dans un cadre plus ou moins déterminé les restrictions que souffrent les libertés individuelles et le droit de propriété. Il sert donc indirectement à la protection de droits fondamentaux dont la nature constitutionnelle n'est pas contestée. Dès lors, ne participe-t-il pas également de cette nature?

Sans être une simple querelle de vocabulaire, la question soulevée a quelque intérêt pratique. Il résulte de l'article 269, alinéa 2, de la loi fédérale de procédure pénale que le pourvoi en nullité à la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral n'est pas recevable «pour violation de droits constitutionnels». Or, attribuant un caractère constitutionnel au principe de proportionnalité, cette Cour refuse d'en contrôler le respect. Vraisemblablement, elle renoncerait à limiter ainsi sa compétence si elle admettait la thèse du principe de droit administratif.

2. D'après la doctrine actuelle, voire la jurisprudence, le principe de proportionnalité se subdivise en *trois règles secondaires*, destinées à en préciser la signification. A vrai dire, leur valeur paraît problématique. La première règle est celle de *l'aptitude* (Geeignetheit). Elle oblige les autorités à n'utiliser que des moyens aptes à atteindre les buts qu'elles visent. Si le principe de proportionnalité se réduisait à cette seule règle, sa raison d'être serait douteuse. Ne ferait-il pas double emploi avec des règles que personne n'envisage sans doute de remplacer, soit celles sur l'abus ou le détournement de pouvoir? La deuxième règle, dite de *nécessité* (Erforderlichkeit), me semble la plus discutable. D'une part, si elle était appliquée strictement, elle rendrait superflue la première règle: un moyen nécessaire, qui doit être utilisé pour atteindre le but visé, est évidemment propre à cette fin; la nécessité implique donc l'aptitude. D'autre part, une raison logique s'oppose à la règle de nécessité: le principe de proportionnalité ne régit que les autorités qui disposent d'un pouvoir d'appréciation plus ou moins étendu; or l'exigence de nécessité sous-entend l'absence de pouvoir d'appréciation. Enfin, si le Tribunal fédéral assimilait proportionnalité à nécessité, il trancherait

mainte question dont il ne connaît qu'imparfaitement les données; c'est pourquoi, notamment en matière économique et dans le domaine des restrictions de la propriété, loin de juger l'activité étatique selon le critère de la nécessité, il fait preuve de retenue en se bornant à censurer les mesures manifestement inadéquates.

La troisième règle, appelée principe de *proportionnalité au sens étroit* (Verhältnismässigkeitsgrundsatz im engeren Sinne), enjoint aux organes de l'Etat de ménager autant que possible la liberté individuelle et la propriété privée. En réalité elle se confond avec le principe de l'intérêt public. Applicable à toute l'activité étatique, aux moyens à utiliser aussi bien qu'aux buts à atteindre, ce principe oblige l'autorité à comparer les intérêts généraux aux intérêts particuliers et lui interdit de faire prévaloir les premiers s'ils ne sont pas prépondérants par rapport aux seconds. Par conséquent, le principe de l'intérêt public recouvre celui de la proportionnalité au sens étroit.

A mon avis, la définition du principe de proportionnalité mérite un nouvel examen. J'incline à penser qu'au lieu de décomposer ce principe en trois règles, le juge doit simplement se demander si la nature, l'importance et les effets d'une mesure étatique sont dans un rapport raisonnable avec le but recherché. L'exercice du contrôle judiciaire dépendra des circonstances. En règle générale, il sera moins étendu quant aux problèmes économiques ou politiques que si des droits idéaux, par exemple la liberté personnelle ou la liberté d'opinion, sont en jeu.

M. JEAN GAUTHIER, Professeur à l'Université de Lausanne, Lausanne:

Les deux rapporteurs ont montré le rôle que joue le principe de la proportionnalité en droit public. Ils ont mentionné aussi le droit pénal et je leur en sais gré. Ils me permettront de présenter quelques remarques à ce sujet.

Je laisserai de côté la procédure pénale et le droit pénal administratif. Je limite mon propos au droit pénal ordinaire, en empruntant toutefois un exemple au droit pénal militaire et en faisant une allusion à l'extradition.

Les pénalistes parlent du principe de la proportionnalité à propos des faits justificatifs, d'une part, et des mesures à caractère personnel ou réel, d'autre part.

Selon le Professeur HANS SCHULTZ¹, le principe de la proportionnalité est le principe suprême (oberster Grundsatz) de la réglementation des faits justificatifs en droit suisse.

Au sujet du devoir de fonction, visé à l'art. 32 CP, notre auteur cite comme exemple un arrêt du Tribunal militaire de cassation du 16 décembre 1952 dans la cause D., ATMC vol. 6, n° 31, p. 75, résumé dans le BJP 1953, n° 105, p. 50, qui dénie à un officier le droit de frapper du poing au visage un soldat qui s'abstient de le saluer et refuse d'obéir à son ordre de le suivre à la caserne. Il se réfère aussi à la jurisprudence relative à l'usage des armes par la police en cas d'arrestation², citée par M. MULLER (p. 260, note 231). Notons que certaines lois cantonales précisent que le recours aux armes est l'ultime moyen de contrainte dont dispose la police et en déterminent les conditions (voir, par exemple, art. 25 de la loi vaudoise du 17 novembre 1975 sur la police cantonale et art. 23 du règlement d'exécution du 30 juin 1976). Rappelons simplement, toujours à propos de l'art. 32 CP, l'arrêt concernant l'appareil d'écoute installé à Epalinges en mai 1973, dans le local où devait se tenir le Congrès national de la Ligue marxiste révolutionnaire³, que M. ZIMMERLI a exposé et discuté dans son rapport (p. 29 ss., ch. 2.3.2).

En matière de légitime défense, le texte même de l'art. 33 CP fait allusion au principe de la proportionnalité en disant que la personne injustement attaquée ou menacée a le droit de repousser l'attaque « par des moyens proportionnés aux circonstances » ou, selon le texte allemand, « in einer den Umständen angemessenen Weise », ou encore, selon le texte italien, « in modo adeguato alle circostanze ». En bref, la riposte n'est justifiée que si elle est proportionnée à la gravité de l'agression ou de la menace faite sans droit. La jurisprudence a précisé que la loi exigeait la proportionnalité des moyens de défense, non de la défense comme telle, et qu'à la différence de l'état de nécessité, qui ne peut être invoqué que si le danger est impossible à détourner autrement (art. 34 CP), la légitime défense était un droit accordé à titre principal et non simplement à titre subsidiaire⁴.

En effet, l'art. 34 CP n'admet l'état de nécessité comme fait justificatif qu'à titre subsidiaire. Doctrine et jurisprudence ont

¹ Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 3^e éd., Berne 1977, tome I, § 12 II 1, p. 140.

² ATF 94 IV 5, JdT 1968 IV, p. 38 et ATF 99 IV 253, JdT 1975 IV, p. 52.

³ ATF 100 Ib 13.

⁴ ATF 79 IV 148, JdT 1954 IV, p. 34.

précisé que ce droit ne pouvait être exercé qu'en respectant le principe de la proportionnalité⁵.

Sans reprendre l'arrêt *Kroeger*⁶, que M. ZIMMERLI a mentionné à propos de la proportionnalité dans les représailles (rapport, p.28, ch.2.2), je rappelle que le Tribunal fédéral, saisi d'une opposition à l'extradition fondée sur le caractère politique prédominant de l'infraction de droit commun qui est imputée à la personne poursuivie ou condamnée, examine notamment si les actes incriminés sont en rapport étroit et direct avec le but politique visé, si le mal causé par l'infraction est proportionné au résultat recherché, si les intérêts en cause sont suffisamment importants, sinon pour justifier, du moins pour excuser légalement l'atteinte que l'auteur a portée à certains biens juridiques; il n'apprécie pas la valeur objective de ces intérêts, mais regarde comment le coupable voulait les réaliser, sans attacher une portée décisive aux chances réelles de succès⁷.

En cas de légitime défense ou d'état de nécessité, il s'agit plutôt d'arbitrer un conflit d'intérêts privés. En revanche, le devoir de fonction visé à l'art.32 CP est défini par le droit administratif et l'un des intérêts considérés par la jurisprudence sur le délit politique est un intérêt public. C'est pourquoi ces deux derniers cas me semblent plus proches du thème de notre discussion d'aujourd'hui.

En matière de sanctions pénales, le principe de la proportionnalité doit être observé, en premier lieu, par le législateur, qui détermine la peine applicable à chaque infraction selon la gravité qu'il lui attribue et qui définit les conditions d'application des peines accessoires et des mesures. Ce principe est-il de quelque utilité pour le juge qui doit appliquer la loi, lorsqu'il prononce une peine ou ordonne une mesure? C'est douteux, du moins pour les peines principales. En effet, le choix du genre de la peine et la fixation de la mesure de la peine (durée de la peine privative de liberté, montant de l'amende) ne dépendent pas, au premier chef, de la gravité objective de l'infraction, mais de la culpabilité de son auteur (art.48 et 63 CP). Il est significatif que l'auteur d'une

⁵ Cf. HANS SCHULTZ, op. cit., § 12 II 2c, bb, p.150; ATF 101 IV 4, JdT 1975 I, p.443, confirmant l'arrêt *Humberset*, ATF 75 IV 49, JdT 1949 IV, p.48.

⁶ ATF 92 I 108.

⁷ Cf. par exemple les arrêts *Watin*, ATF 90 I 298, JdT 1964 IV, p.121; *Della Savia*, ATF 95 I 462, JdT 1970 IV, p.54; *Castori*, ATF 101 Ia 60, JdT 1977 I, p.566.

thèse récente, MONIQUE GISEL-BUGNION⁸, ne fasse qu'une seule allusion à une proportion, dans le passage où elle conteste que des considérations de prévention générale justifient une peine plus lourde que celle qui correspond à la culpabilité du délinquant. Madame GISEL s'exprime en ces termes⁹: «En fixant la peine d'après les exigences de la prévention générale, on ne gagne même pas en certitude d'efficacité ce que l'on perd en humanité. Seule la peine fixée dans les limites de la culpabilité du délinquant répond au but de la peine; elle seule affirme de façon proportionnée l'autorité de la loi pénale et renforce la conscience juridique des citoyens, manifestant la hiérarchie des valeurs et biens essentiels pour la collectivité.»

M. MULLER a justement relevé (p.261) que le principe de la proportionnalité jouait un rôle dans la fixation des peines accessoires (art. 51 ss. CP).

Les règles de conduite que le juge peut imposer au condamné avec sursis (art. 41 ch. 2 CP) doivent être fixées selon le principe de la proportionnalité, ou, pour reprendre un terme utilisé par le Tribunal fédéral, elles ne doivent pas être inappropriées («*unangemessen*»)¹⁰.

Quant aux mesures de sûreté visant la personne, à savoir l'internement et le traitement, elles ne sont admissibles, lorsqu'elles entraînent une privation de liberté plus grande que ne le justifierait la faute commise, qu'en respectant le principe de la proportionnalité, car elles constituent alors, bien qu'elles soient ordonnées par le juge pénal, une mesure de police préventive¹¹.

Aussi l'art. 62 du Code pénal allemand affirme-t-il le principe de la proportionnalité (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) en ces termes: «Eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten so wie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht.» S'il n'a pas édicté une disposition générale de ce type, le législateur suisse a défini les conditions d'application des mesures des

⁸ L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant, Genève 1978.

⁹ op. cit., p. 156.

¹⁰ ATF 94 IV 11, JdT 1968 I, p. 480, concernant l'interdiction de conduire un véhicule à moteur pendant le délai d'épreuve.

¹¹ GÜNTHER STRATENWERTH, Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahmen im Strafrecht, RPS 82, 1966, p. 334 ss., 346, texte et note 31.

art. 42, 43, 44 et 100^{bis} CP en s'inspirant du principe de la proportionnalité¹².

Les dispositions légales citées laissent au juge un pouvoir d'appréciation, à exercer selon les critères posés par la loi et soumis au contrôle juridictionnel du Tribunal fédéral, qui n'a pas manqué de rappeler que le principe de la proportionnalité devait être respecté¹³.

Le problème de la définition des conditions de la privation de la liberté se pose aussi en droit administratif, à propos des mesures d'internement et de placement. Ici aussi, le principe de la proportionnalité doit être observé par le législateur et par les autorités qui appliquent la loi. C'est l'un des buts assignés au projet de loi fédérale modifiant le Code civil (privation de liberté à des fins d'assistance) du 17 août 1977¹⁴, que M. ZIMMERLI a cité dans son rapport¹⁵.

Les mesures à caractère réel, comme la confiscation (art. 58 CP) ou la destruction d'objets obscènes (art. 204 ch. 3 CP) ne peuvent être ordonnées qu'en observant le principe de la proportionnalité, qui régit aussi leurs modalités d'exécution. C'est la leçon d'un arrêt relatif à l'art. 204 ch. 3 CP¹⁶, cité par M. MULLER (p. 261) et repris même dans la doctrine allemande¹⁷. Le Professeur SCHULTZ estime qu'il faut s'en inspirer pour appliquer l'art. 58 CP révisé¹⁸. Il insiste sur l'obligation d'examiner spécialement le principe de la proportionnalité avant d'ordonner la confiscation à la suite d'une simple contravention¹⁹. L'idée mérite une approbation sans réserve. Mais comment la concilier avec un texte légal impératif qui, au contraire de l'art. 74 b du Code pénal allemand, ne fait aucune mention du principe de la proportionnalité et qui, à la différence des art. 42, 43, 44 et 100^{bis} CP, qui portent: «le juge pourra...», ne laisse aucun pouvoir d'appréciation au juge? Souhaitons que la jurisprudence assouplisse le texte

¹² HANS SCHULTZ, op. cit., tome II, § 34 II 2, p. 119 s.; sur la difficulté de cette définition, voir aussi HANS DUBS, Wandlungen des strafrechtlichen Sanktionensystems, BJM 1969, p. 261 ss., notamment p. 268, 272 et 275.

¹³ Cf., à propos de l'art. 42 CP, ATF 102 IV 12, JdT 1977 IV, p. 35, arrêt cité par M. MULLER, p. 261, note 234.

¹⁴ FF 1977 III, p. 1 ss.

¹⁵ P. 19, ch. 1.3, texte et note 72 et surtout p. 65 s., ch. 2.5.3.

¹⁶ ATF 89 IV 132, résumé au JdT 1963 IV, p. 125.

¹⁷ ALBIN ESER, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969, p. 269 et 272, texte et notes 84 et 98.

¹⁸ Op. cit., tome II, § 43 I 1 d, p. 185.

¹⁹ HANS SCHULTZ, Die Einziehung . . . , RJB 114, 1978, p. 305 ss., notamment p. 309 et 321.

légal, peut-être en interprétant les mots: «... s'il y a lieu de supprimer un avantage ou une situation illicite», de façon à atténuer la rigueur de sanctions patrimoniales excessives, comme ces créances compensatrices qui dépassent les gains effectifs réalisés par les auteurs d'infractions à la loi fédérale sur les stupéfiants²⁰ et qui sont souvent hors de toute proportion avec les ressources des condamnés. Ou bien ces jugements ne seront pas exécutés, ce qui énerve la sanction pénale, ou bien la pratique se généralisera qui consiste à conseiller aux condamnés obérés de faire prononcer leur faillite par le juge, en vertu de l'art. 191 LP²¹.

Le principe de la proportionnalité s'applique-t-il à la détermination des sanctions pénales infligées aux enfants et aux adolescents? La question est controversée à propos des mesures éducatives²². Sa discussion nous mènerait trop loin.

La situation juridique du détenu qui subit une peine ou une mesure privative de liberté a été examinée par M. ZIMMERLI (p. 63 ss., ch. 2.5.2 et p. 74 s., ch. 2.6.4). Ici, le droit pénal rejoint le droit administratif. En effet, si les règles essentielles figurent dans le Code pénal, complété par une ordonnance du Conseil fédéral fondée sur l'art. 397^{bis} CP, la situation juridique du détenu est régie surtout par des dispositions de droit administratif cantonal, voire de droit concordataire.

Faut-il admettre que le principe de la proportionnalité en droit pénal est en quelque sorte parallèle à celui du droit administratif, comme le suggère, après le Professeur HANS HUBER, M. ZIMMERLI (p. 112, ch. 2.13)? Ou faut-il considérer que la proportionnalité est un principe fondamental, de rang constitutionnel, qui doit inspirer le législateur et guider le juge ou l'autorité compétente dans l'application de la loi, en droit pénal comme en droit administratif? Mes réflexions ne sont pas achevées. Mais il est temps de conclure. Je ne voudrais le faire sans adresser mes félicitations aux deux rapporteurs pour l'importance de leur travail et la clarté de leur exposé.

Prof. Dr. KLAUS STERN, Köln:

Ich möchte Ihnen sehr herzlich für die lebenswürdige Einladung zu Ihrem Schweizerischen Juristentag 1978 danken. Ganz

²⁰ ATF 103 IV 142.

²¹ Cf. BEAT LANTER, Die Insolvenzerklärung als Mittel zur Abwehr von Pfändungen, thèse Zurich 1976.

²² Cf. HANS SCHULTZ, Einführung, tome II, § 44 II 2, p. 199; MARIE BOEHLEN, Kommentar zum schweizerischen Jugendstrafrecht, Berne 1975, remarque préliminaire IV, p. 19 ss.

besonders gilt mein Dank Ihnen, Herr Präsident, für die ehren-
den Worte, die Sie mir zuteil werden ließen.

Es ist mir eine große Freude, vor diesem Forum Schweizer Juristen als Deutscher einige Worte sprechen zu können, gehört doch das heutige Thema, wie die beiden vorzüglichen Referate bewiesen haben, zu den Problemkreisen, die in unseren beiden Rechtssystemen eines freiheitlichen demokratischen Rechtsstaates viele Gemeinsamkeiten aufweisen. Gemeinsamkeit im Bereich des öffentlichen Rechts verbindet uns aber nicht nur im Thema «Verhältnismäßigkeitsprinzip», sondern schon seit langem in der Arbeit der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, von der Sie, Herr Präsident, mit Recht gesagt haben, sie sei eine deutschsprachige Vereinigung, in der die Schweizer Kollegen von Anfang an aktiv tätig gewesen sind.

Wenn ich vor mir Herrn Bundesrat FURGLER sehe, so bin ich ferner an die gleichzeitige Arbeit zu Fragen der Verfassungsreform erinnert, bei der unsere Enquête-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages die Berichte der sog. WAHLEN-Kommission stets zu Rate gezogen hat. Wenngleich wir uns natürlich darüber im klaren gewesen sind, daß es einen Unterschied ausmacht, ob eine Verfassung, die 1949 entstanden ist, reformiert werden soll, oder eine solche, die über 100 Jahre in Geltung ist. Es war daher kaum verwunderlich, wenn unsere Kommission im wesentlichen zu dem Ergebnis gekommen ist, daß sich das Grundgesetz bewährt hat.

Doch lassen Sie mich nunmehr zu unserem heutigen Thema zurückkommen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, von den beiden Referenten in seiner breiten historischen Fundierung dargelegt, galt bei uns zunächst ursprünglich nur im Verwaltungsrecht, vor allem im Polizeirecht, woran ja Herr Präsident GRISEL schon erinnert hat. Er ist nunmehr sowohl in der Rechtsprechung Ihres Bundesgerichts als auch unseres Bundesverfassungsgerichts in mehr als 150 Urteilen als ein objektiver Verfassungsrechtsgrundsatz, eine verfassungsrechtliche Leitlinie, herausgearbeitet worden. Seine dogmatische Verankerung war anfänglich nicht einheitlich. Durchgesetzt hat sich die Interpretation, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ansieht, nicht jene, die an Art. 19 Abs. 2 GG ansetzt, wonach kein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf.

Mit der Anerkennung als Verfassungsprinzip hat der Grundsatz eine neue Dimension erhalten; er ist auch für den Gesetzgeber, nicht nur – wie bislang – für administrative Entscheidungen

verbindlich geworden. Das bedeutet eine beachtliche *Qualitätsveränderung* vor allen Dingen in solchen Staaten, in denen eine umfassende Normenkontrolle der Gesetze, und zwar aller Gesetze, am Maßstab des Verfassungsrechts stattfindet, wie es bei uns der Fall ist.

Ich stimme auch mit den beiden Referenten darin überein, daß in dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (in weiterem Sinne) die berühmte Trias «Geeignetheit», «Erforderlichkeit» und «Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne)» enthalten ist. Wenn ich in meinem Staatsrecht für diese Trias den Oberbegriff «Übermaßverbot» verwendet habe, so ist das nur ein terminologischer Unterschied. In der Sache geht es um das Maßvolle, das Maßstabgerechte, das Vernünftige – gewissermaßen schweizerische Ur tugenden.

Es ist nur die horizontale Ausbreitung des Grundsatzes, wie es in Ihrem Referat, Herr ZIMMERLI, so schön heißt klar; umso schwieriger aber ist es, seine vertikale Durchdringung zu erfassen, d.h. zu klären, inwieweit ist er im Einzelfall geeignet, eine gesetzliche oder eine administrative Maßnahme als mit ihm im Widerspruch stehend zu erachten. Wir stehen hier vor ganz besonderen Anforderungen an die Gerichte; denn es ist vorzugsweise der *Richter*, der dazu aufgerufen ist, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit letztverbindlich zu interpretieren, mehr noch zu konkretisieren. Diese Aufgabe der Rechtskonkretisierung ist, wenn wir uns, wie Sie, Herr MÜLLER, mit Recht hervor gehoben haben, erinnern, daß das Prinzip auch in anderen Rechtssystemen freiheitlich demokratischer Rechtsstaaten Platz findet, wie der Kongreß für Rechtsvergleichung und vor allen Dingen auch die Europäische Menschenrechtskonvention gezeigt haben, ein Stück einer gemeineuropäischen Rechtskultur.

Ich bin sehr froh, Herr ZIMMERLI, daß Sie in Ihrem Referat auch die Verhältnismäßigkeit im Bereich der *kommunalen Selbstverwaltungsgarantie*, der Gemeindeautonomie, wie Sie sagen, angesprochen haben. In diesem Bereich hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei uns in der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte eine ausgreifende Interpretation erfahren. Diese Gerichte haben nämlich die Maßnahmen zur territorialen Neugliederung der Gemeinden, namentlich deren Auflösung oder Zusammenlegung – ein Problem, das bei Ihnen wohl bislang keine Rolle spielt –, am Übermaßverbot gemessen und hierbei eine reichhaltige Rechtsprechung zur Deutung dieses Prinzips entfaltet.

Lassen Sie mich zum Abschluß noch auf ein grundsätzliches

Problem hinweisen. In meinem Staatsrecht hatte ich das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als «offenes Prinzip» gekennzeichnet. Ich meine damit: Es ist ein *Grundsatz*, der nicht starr und fest konturiert, sondern durchaus flexibel für die Anwendung im Einzelfall ist. Damit ist dem Richter bei der Subsumtion eine hohe Verantwortung und eine schwierige Aufgabe auferlegt. Und hier dürfen wir nicht vernachlässigen, daß auch den initiativ handelnden Staatsorganen, etwa im Bereich der polizeilichen Tätigkeit und der Strafverfolgung, von der Verfassung Aufgaben zur Erfüllung aufgetragen sind. Im Rahmen der Terroristenbekämpfung genügt es, die Sicherheit des Bürgers, seine Unversehrtheit und den Schutz staatlicher Einrichtungen zu erwähnen. Es ist evident, daß auf diesen Sektoren die Exekutive bei ihrer verantwortlichen und gefährlichen Aufgabe nicht gelähmt werden darf. Verhältnismäßigkeit muß also immer auch zu einer *Abwägung führen*, die namentlich die Exekutive nicht handlungsunfähig machen darf.

Meine Damen und Herren, lassen Sie mich am Ende meines Diskussionsbeitrags versichern, daß mich nicht nur die beiden heutigen Referate, sondern allgemein die Berichte und Mitteilungen des Schweizer Juristentages belehrt und auch rechtsvergleichend angeregt haben. Sie bieten unserer Arbeit in Wissenschaft und Rechtsprechung in Deutschland Erkenntnis und reichhaltiges Anschauungsmaterial. Seien Sie versichert: Sie werden bei uns gelesen. Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Bundesrat Dr. KURT FURGLER:

Die Suche nach maßvollen, den Verhältnissen gerecht werdenden Lösungen gehört zur täglichen Arbeit des Bundesrates und seiner Mitarbeiter. Verhältnismäßigkeit ist ja kein abstraktes Prinzip, sondern eine konkrete und höchst persönliche Verpflichtung für alle Staatsorgane. Die wissenschaftliche Vertiefung dieser Verpflichtung durch den Schweizerischen Juristenverein ist für mich deshalb außerordentlich wertvoll. Gestatten Sie, daß ich auf einige staatspolitische Aspekte des Problems eingehe.

1. Die Verankerung des Verhältnismäßigkeitsprinzips:

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist heute – zumindest in diesem Saal – als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannt; die beiden Referate und das Votum des Präsidenten des Bundesge-

richts haben es gezeigt. Moderne Verfassungen versuchen nun, *solche Grundprinzipien staatlichen Handelns ausdrücklich festzuhalten*. Einige kantonale Verfassungsrevisionen sind hier vorangegangen, zum Beispiel die Verfassung der Republik und des Kantons Jura (Art. 56 Abs. 2). Aber auch die Verfassungsentwürfe der Kantone Aargau (§ 2, zur Zeit vor dem Verfassungsrat) und Glarus (Art. 17, Kommissionsentwurf) enthalten das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Der Entwurf für eine Totalrevision der Bundesverfassung hat diese Idee übernommen (Art. 5 Abs. 1). Zweck der Kodifikation solcher Grundsätze staatlichen Handelns ist es, für alle sichtbar zu machen, nach welchen Kriterien sich staatliches Handeln abspielen soll.

Bundesverfassung und Bundesgesetze begnügen sich aber nicht damit; *sie konkretisieren laufend das Verhältnismäßigkeitsprinzip* in den verschiedensten Rechtsgebieten. Dieses Prinzip ist in unserer gesetzgeberischen Arbeit immer wieder Denkanstoß und Prüfstein auf der Suche nach sachgerechten Normierungen. Zwei aktuelle Beispiele aus meinem Departement:

- ZGB – Revision zum fürsorglichen Freiheitsentzug (zur Zeit in der parlamentarischen Differenzbereinigung): Sie bringt eine genaue Umschreibung der Güterabwägung im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit entsprechenden verfahrensrechtlichen Kontrollen.

- Neues Raumplanungsgesetz (diese Woche im Ständerat): Hier haben wir im Unterschied zum verworfenen Gesetz auf eine bloße Wiederholung des Grundsatzes verzichtet; aber wir haben ihn im Gesetz selbst näher konkretisiert, zum Beispiel bei den Ausnahmen für Baubewilligungen außerhalb der Bauzonen.

2. Der Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips:

Die beiden Referate zeigen die Fülle der Probleme, bei deren Lösung das Verhältnismäßigkeitsprinzip als eine Verpflichtung zu wertender Güterabwägung eine Rolle spielt. Es liegt ihm ein Problemlösungsdenken zugrunde, das man auch bei andern, verwandten Abwägungsprozessen findet, zum Beispiel

- beim Willkürverbot und bei den Schranken der Ermessensbetätigung,
- beim Vertrauensschutz und beim Grundsatz von Treu und Glauben,
- im Abgaberecht: beim Äquivalenzprinzip und bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit,
- bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme,

– bei der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme in der Kompetenzausübung im Bundesstaat; Bund, Kantone und Gemeinden haben aufeinander Rücksicht zu nehmen. Rücksichtnahme ist überhaupt ein Zauberwort von zentraler Bedeutung für das Verhältnis unter den Menschen und zwischen den Staaten. Allen Abwägungsprozessen dieser Art gemeinsam ist die Rücksichtnahme auf den betroffenen Menschen. Ihm, als im Zentrum unseres Staates stehend, will man gerecht werden. Freilich geht es dabei nicht mehr nur um Verhältnismäßigkeit, sondern um sorgfältige Staatsführung ganz allgemein.

Je mehr man alle diese Abwägungsfragen mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in Verbindung bringt, desto problematischer wird allerdings die Justiziabilität des Grundsatzes. Das führt uns zum nächsten Problemkreis:

3. Verhältnismäßigkeit und Gewaltenteilung:

Je weiter das Verhältnismäßigkeitsprinzip, desto größer der Raum für persönlichkeitsgebundene Wertungen und desto wichtiger demzufolge die Frage nach der Instanz, die bestimmt, was verhältnismäßig ist. Solange die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Rechtsfrage behandelt wird, werden alle diese Wertungen gerichtlich überprüft, mit der Folge,

– daß die Rechtskontrolle über die Prüfung der Verhältnismäßigkeit zur Ermessenskontrolle wird,

– daß die Gerichte ihre Zweckmäßigkeitsüberlegungen an die Stelle jener der politischen Behörden setzen könnten und damit zu einer «Aufsichtsbehörde» über Verwaltung und Gesetzgebung würden, die ihnen nach den Grundsätzen der Gewaltenteilung nicht zgedacht ist und für die sie zum Teil gar nicht ausgerüstet sind.

Solche Kompetenzen beanspruchen die schweizerischen Gerichte allerdings nicht. Der Präsident des bernischen Verwaltungsgerichts hat in seinem Referat sehr deutlich die Grenzen gezogen:

– Der Richter kann den politischen Behörden die Verantwortung nicht abnehmen; er muß ihnen eine Gestaltungsfreiheit belassen, denn nur wer Wahlmöglichkeiten hat, kann Verantwortung übernehmen. Die vom Verhältnismäßigkeitsprinzip geforderte Güterabwägung setzt eine solche Wahlmöglichkeit voraus.

– Im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip deshalb auf das zu beschränken, was justizabel ist. Im Vordergrund stehen jene Bereiche, bei denen es um den Schutz des Bürgers vor ungerechtfertigten Eingriffen geht. In

diesen Bereichen kann sogar ein Ausbau der richterlichen Kontrolle, zum Beispiel durch eine Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, angestrebt werden.

Das heißt nicht, daß nicht auch weitere Bereiche staatlichen Handelns vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht sein sollten, aber hier muß die *politische Kontrolle* (Parlament, Stimmbürger) die Einhaltung sicherstellen.

4. Verfahrensrechtliche Sicherungen für die Einhaltung der Verhältnismäßigkeit:

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird um so wichtiger je weniger die Lösung eines Problems rechtlich umschrieben werden kann. Eine enge Normierung kann die Güterabwägung weitgehend entscheiden. Die vom Gesetzgeber getroffene Güterabwägung soll in der Rechtsanwendung nicht mehr unter Berufung auf die Verhältnismäßigkeit neu aufgerollt werden. Generalklauseln und Delegationsnormen dagegen verschieben den Güterabwägungsprozeß auf die nächstfolgende Instanz. Hier ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine maßgebliche Entscheidungsanweisung. Mit verfahrensrechtlichen Bestimmungen kann die Respektierung der Verhältnismäßigkeit gesichert werden, zum Beispiel mit einer gerichtlichen Kontrolle, aber auch schon mit der Offenlegung der Entscheidungsgründe, dem Beizug von Sachverständigen, mit Mitteilungs- und Publikationspflichten sowie mit Formvorschriften zum Schutze der Betroffenen. Ein illustratives Beispiel zur Frage, wie weit der Staat zum Schutze des schwächeren Vertragspartners und zur verfahrensrechtlichen Sicherung dieses Schutzes gehen soll, ist der bundesrätliche Entwurf zu einem Konsumkreditgesetz.

5. Verhältnismäßigkeit als Begrenzung und Verpflichtung:

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist einmal ein Ausdruck der *Schranken staatlicher Macht*:

- Es geht um die Beschränkung auf die notwendigen Gemeinschaftsaufgaben;

- der Staat stellt keine Absolutheitsansprüche.

Verhältnismäßigkeit ist aber nicht nur Pflicht, Maß zu halten, nicht nur Übermaßverbot, sondern auch eine *positive Pflicht*, das *Angemessene zu tun*. Es ist – um den Gedanken des französischsprachigen Referenten aufzunehmen – «obligation et interdiction» in einem. Die «obligation» tritt dann in den Vordergrund, wenn es um den Schutz der schwächeren Partei und um den Ausgleich bestehender Ungleichheiten geht. Diese «obligation»

ist heute gelegentlich schwieriger zu erfüllen als die «interdiction». Man denke nur an die Steuervorlagen und die Finanzplanung als materielle Basis für solche positive Pflichten.

Der Doppelfunktion der Verhältnismäßigkeit als Pflicht und Schranke staatlichen Handelns entspricht ein Gedankengang, der auch im Ingreß zum Entwurf für eine totalrevidierte Bundesverfassung Eingang gefunden hat. Es heißt dort:

- sowohl: «eingedenk der Grenzen aller staatlichen Macht»,
- als auch: «daß die Stärke des Volkes sich mißt am Wohl der Schwachen».

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Dr. ULRICH ZIMMERLI, Berichterstatter deutscher Sprache (Schlußwort)¹:

Aus den abgegebenen Voten glaube ich schließen zu dürfen, daß man die außerordentlich vielfältige Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für die Rechtsetzung wie für die Rechtsanwendung zwar allseits anerkennt; mir will aber scheinen, daß die wissenschaftliche Diskussion noch wesentlich vertieft werden muß, wenn wir den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in den Griff bekommen wollen. Wenn mein schriftliches Referat dafür einige Anknüpfungspunkte abzugeben vermag, so hat es seinen Zweck erreicht.

Gestatten Sie mir, daß ich mich in meinen Schlußbemerkungen kurz zu drei kritischen Voten äußere:

Mit Recht hat Herr Dr. PETER LUDWIG darauf hingewiesen, daß das Bundesgericht offenbar bereit ist, von seiner allzu starren Betrachtungsweise zum Problem Bösgläubigkeit/Verhältnismäßigkeit abzurücken².

Daß das Gebot der Erforderlichkeit auch dem Bösgläubigen gegenüber gelten muß, dürfte im übrigen auch aus der Sicht des Bundesgerichts stets unbestritten gewesen sein. Heikler wird es indessen mit der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit). Hier bin ich der Meinung, daß bösgläubiges Verhalten die privaten Interessen des Betroffenen kompromittiert. Das heißt nichts anderes, als daß eben das öffentliche Interesse an der Schleifung bei der Abwägung der Interessen zunächst einmal schwerer wiegt als das private Interesse an einem Verzicht auf die Maßnahme. Eine Interessenabwägung hat aber allemal stattzu-

¹ Angesichts der fortgeschrittenen Zeit konnte dieses Schlußvotum nicht mehr mündlich abgegeben werden.

² ZBl 79, 1978, S. 393 f.

finden, und das ist offenbar auch die Meinung von Herrn Dr. LUDWIG. – Was die Frage der nachträglichen Ausnahmegewilligung angeht, so räume ich gerne ein, daß das letzte Wort noch nicht gesprochen sein dürfte. Ich will nicht ausschließen, daß Fälle denkbar sind, wo keine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann, aber auch eine Schleifung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit entfällt. Ich nenne in diesem Zusammenhang die Stichworte «Zeitablauf» und «geringfügige Abweichung vom baupolizeilich Zulässigen».

Herr Direktor BERNHARD MÜLLER hat uns verhältnismäßig freimütig über den rechtserheblichen Sachverhalt im Fall der Overseas Development Bank aufgeklärt, der mir nicht umfassend bekannt sein konnte. Ich bin ihm dafür dankbar. Am Problem selber ändert seine Intervention aber meines Erachtens wenig. Auch nach der nunmehr vorliegenden Urteilsbegründung bleibt offen, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Anwendung von Art. 23^{quinqies} des Bankengesetzes überhaupt gelte (Erw. 4), d.h. ob vor dem Entzug der Bewilligung für die Geschäftstätigkeit die Anordnung milderer, dem gleichen Zweck (Gläubigerschutz) dienender Maßnahmen erwogen werden sollte. Ich möchte dies nach wie vor bejahen, denn ich sehe keinen Grund, nicht auch hier zu prüfen, ob die gesetzliche Ordnung nicht auf andere Weise, als durch die schwerwiegende Anordnung des Bewilligungsentzugs wiederhergestellt werden kann. Es handelt sich dabei meines Erachtens um ein grundsätzliches Problem, das losgelöst vom zitierten Streitfall erneut diskutiert werden sollte.

Das Votum von Herrn Bundesgerichtspräsident ANDRÉ GRISEL, dem ich für seine Beteiligung an der Diskussion ganz besonders danken möchte, geht auf das dogmatische Fundament des Verhältnismäßigkeitsprinzips ein. Die Überlegungen zu den Grundsätzen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit decken sich – soweit ich sehe – im wesentlichen mit den Ausführungen in meinem Referat. Auch ich bin der Meinung, daß das Kriterium der Geeignetheit (als selbständiger Teilaspekt des Verhältnismäßigkeitsprinzips) entbehrlich ist und daß das Gebot der Erforderlichkeit nur dann zum Tragen kommen kann, wenn Gesetzgeber oder Verwaltungsbehörden über einen minimalen Spielraum (Gestaltungsfreiheit, Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum) verfügen. Das Gebot der richterlichen Zurückhaltung, das in diesem Zusammenhang zu beachten ist, würde ich indessen nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuordnen, sondern in einen größeren Rahmen stellen: Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers/

sachgerechte richterliche Kognition als umfassendes verfassungsrechtliches Problem, das ich für noch weitgehend ungelöst halte. – Mit dem Vorschlag, das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn dem «öffentlichen Interesse» gleichzusetzen, bin ich nicht ganz einverstanden. Mir scheint, daß sich diese beiden Begriffe nur teilweise decken. In meinem Referat³ bin ich davon ausgegangen, daß das öffentliche Interesse – als Voraussetzung jeder Freiheitsbeschränkung – mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisiert werden muß, und zwar einerseits im Sinne des Gebots der Erforderlichkeit (hier muß meines Erachtens abgeklärt werden, ob überhaupt ein *objektives Interesse der Allgemeinheit* an der fraglichen Freiheitsbeschränkung bestehe) und andererseits nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn: hier geht es meines Erachtens darum, die (*subjektive*) *Zumutbarkeit* des Eingriffs für den Betroffenen zu prüfen. Wohl ist denkbar, daß auf die erste Prüfung verzichtet werden kann, wenn der Eingriff von vorneherein als unzumutbar (d. h. subjektiv unverhältnismäßig) erscheint, so daß nichts darauf ankommen kann, ob ein an sich schutzwürdiges objektives Interesse der Allgemeinheit geltend gemacht werden kann. Ich denke hier an gewisse Beschränkungen der ideellen Grundrechte, die Herr Bundesgerichtspräsident GRISEL in diesem Zusammenhang mit Recht in den Vordergrund rückt. Andererseits halte ich dafür, daß subjektiv zumutbare Beschränkungen nicht notwendigerweise verhältnismäßig sein müssen. Sie sind es namentlich dann nicht, wenn sie dem objektiven Gebot der Erforderlichkeit widersprechen. So kann beispielsweise die Einführung einer polizeilichen Bewilligungspflicht durchaus verhältnismäßig im engeren Sinn sein, aber gegen das Gebot der Erforderlichkeit verstoßen, wenn eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt verbunden mit repressiven Maßnahmen von der Sache her betrachtet genügt. Mir ist es darum gegangen, das Verhältnismäßigkeitsprinzip möglichst zu entflechten, damit man sich der ihm innewohnenden vielfältigen Problematik etwas besser bewußt wird. Ich gebe aber gerne zu, daß auch die Betrachtungsweise von Herrn Bundesgerichtspräsident GRISEL zum richtigen Ergebnis führt, sofern man nur bei der Handhabung des Kriteriums des öffentlichen Interesses genügend differenziert. Gerade dies ist aber für den an der Front tätigen Praktiker sehr schwierig, weshalb ich an einer möglichst klaren Aufgliederung des Verhältnismäßigkeitsprinzips festhalten möchte.

³ Vgl. z. B. S. 85 ff.

Zum Schluß möchte ich sämtlichen Diskussionsvotanten, insbesondere den Herren Bundesrat Dr. KURT FUGLER und Professor Dr. KLAUS STERN, aber auch Ihnen allen, meine sehr verehrten Damen und Herren, nochmals sehr herzlich danken für das Interesse, das Sie meinem Referat entgegengebracht haben.

M. PIERRE MULLER, rapporteur de langue française (intervention finale)¹:

Mes conclusions tiennent en quelques mots. Toute discussion plus ou moins théorique sur un sujet lié aussi étroitement aux circonstances du cas concret pose nécessairement plus de questions, qu'elle ne permet d'en résoudre. Les points d'interrogation restent nombreux. Il est dès lors plus sage à mon avis, de laisser aux autorités législatives, exécutives et judiciaires le soin d'apporter les réponses nécessaires en fonction des situations concrètes qui leur sont soumises tous les jours. A ce propos je rejoins en tous points Monsieur le président GRISEL en disant que dans son contrôle de la proportionnalité le juge peut se limiter à vérifier que la nature, l'importance et les effets d'une mesure de l'autorité respectent un rapport raisonnable avec le but visé. En effet, la détermination des objectifs, celle de leur valeur, celle de l'intérêt qu'ils présentent ainsi que la mise en balance de cet intérêt avec d'autres – peut-être contradictoires – qui sont en jeu, ne sont pas au premier chef des questions de proportionnalité; il en va de même en ce qui concerne la légitimité des moyens: Je crois avoir démontré par des exemples pratiques dans mon rapport que le contrôle de la proportionnalité est avant tout un jugement de valeur porté sur la relation existant entre le but poursuivi et les moyens nécessaires pour l'atteindre d'une part et, d'autre part, les conséquences qui en résultent. Un tel jugement n'a aucune raison d'être évidemment si la légitimité du but recherché ou celle des moyens mis en oeuvre ne sont elles-mêmes admises.

* *
*

Der Verhandlungsleiter dankt den Diskussionsteilnehmern und besonders den Berichterstatlern und schließt die Sitzung vom Samstag um 12.00 Uhr.

¹ Vu les exigences de l'horaire, cette intervention n'a pas pu être présentée oralement.

Sitzung vom Sonntag, den 1. Oktober 1978
in der Aula der Universität Zürich

Präsident:
Prof. Dr. FRITZ GYGI, Bern

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

X.

Der Präsident verliest folgenden Bericht von Prof. Dr. HANS HEROLD, Präsident der *Rechtsquellenkommission*:

Das Register zum letzten Band «Fürsorge» der *Bernischen Rechtsquellen* dürfte noch dieses Jahr in Druck gehen, so daß die 12 Bände bis Jahresende abgeschlossen wären.

Die Druckfahnen *Schaffhausen* sind von Frau Dr. ELISABETH SCHUDEL durchkorrigiert worden. Gegenwärtig wird der Satz umbrochen und Frau lic. phil. SIBYLLE FREY-WETZEL in Berneck zur Bearbeitung des Registers zugestellt.

Nachdem Frau Dr. MAGDALEN BLESS-GRABHER in verschiedenen Archiven eine Übersicht über die vorhandenen Rechtsquellen der *Fürstabtei St. Gallen* gewonnen hat, liegt der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit gegenwärtig auf der Aufnahme der Rechtsquellen der *Stadt Wil* und der Vorbereitung eines entsprechenden Bandes.

In *Graubünden* geht die Aufnahme des sehr reichen Quellenmaterials aus dem früheren Zehngerichtebund ihrem Ende ent-

gegen. Die Bearbeiterin, Frau Dr. MEYER-MARTHALER, hat im Bündner Monatsblatt Dezember 1977 eine monographische Darstellung des Quellenmaterials aus Langwies erscheinen lassen. Ähnliche Arbeiten sind noch zu erwarten.

Der Band *Engadiner Rechtsquellen* ist druckfertig vorbereitet. Die Rechtsquellenkommission beschloß, wenigstens eine der römischen Quellen aus dem 17. Jahrhundert ins Deutsche zu übertragen.

Im Kanton *Waadt* hat Frau DANIELLE CABANIS-ANEX die Materialsammlung für einen weiteren Band im Rahmen eines Auftrages der Rechtsquellenkommission an die Hand genommen.

Das von Staatsarchivadjunkt J.J. TRIBOLET erstellte Manuskript für den Band *Neuenburg* hat der Rechtsquellenkommission vorgelegen, die einzelne ihrer Mitglieder mit der Überprüfung beauftragt hat.

Die Forschungsarbeit im *Generallandesarchiv Karlsruhe* geht weiter. Unter Leitung von Herrn Dr.phil. MARTIN SALZMANN sind hier Herr Dr.phil. PETER HOPPE und Frau lic.phil. CATHRINE BOSSHART-PFLUGER tätig. Dank zweckdienlichen Schritten von Herrn Staatsarchivar Dr.phil. BRUNO MEYER wird 1979 der erste, den *Thurgau* betreffende Band der Regesten aus dem Archivbestand «Kopialbücher Konstanz/Reichenau» gedruckt werden können.

Für die Zeit vom 1. Oktober 1978 bis 30. September 1981 hat die Rechtsquellenkommission beim Nationalfonds einen neuen Kredit nachgesucht. Angesichts der Lage der Bundesfinanzen hat sie sich auf diejenigen Summen beschränkt, die für die Entlohnung der Mitarbeiter und die Spesen im Rahmen des bisherigen Programms erforderlich sind.

XI.

Der Präsident teilt mit, daß die *Forschungskommission* nichts zu berichten hat.

XII.

Die Versammlung stimmt mit Applaus dem Vorschlag zu, den Schweizerischen Juristentag am 21. – 23. September 1979 in Interlaken durchzuführen.

XIII.

Die Leitung der Verhandlungen über das Thema «Der Einfluß des Steuerrechts auf das Handelsrecht» übernimmt Prof. Dr. ERIC HOMBURGER, Zürich, mit folgenden einleitenden Worten:

Im Jahre 1933 wurde am Schweizerischen Juristentag über die folgenden Themen diskutiert: «De l'influence du droit fiscal sur le droit privé» und «Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht».

Stellt man diesen Themen das heutige Thema gegenüber, könnte man eine Gewichtsverschiebung im Sinne der Anerkennung der Präponderanz des Steuerrechtes vermuten.

Indessen ist die Feststellung des Einflusses des Steuerrechts auf das Handelsrecht ja nicht Selbstzweck, sondern erste Stufe zu einer Neubesinnung auf die gegenseitigen Beziehungen zwischen den beiden Rechtsgebieten. Letzten Endes geht es darum, nach gründlicher Tatbestandsermittlung – wozu beide Referate wertvolle Beiträge liefern – denjenigen Grad von Einfluß des Steuerrechts auf das Handelsrecht zu bestimmen, bei dem von einer eigentlichen «Konfliktsituation» gesprochen werden muß. Konfliktsituation, erwachsend aus Verschiedenheit der verfolgten Zielsetzungen.

Dabei kann von einer «Konflikt»-Situation nicht schon gesprochen werden, wenn Entscheidungen der Rechtssubjekte im Bereich des Handelsrechtes durch das Steuerrecht beeinflusst werden. Solche Beeinflussung muß einen, zu bestimmenden, Intensitätsgrad erreichen.

Liegt eine eigentliche Konfliktsituation vor, wird unter sorgfältiger Abwägung aller in Frage stehenden, mannigfaltigen Interessen eine Lösung des Konfliktes gefunden werden müssen. Diese Lösung *kann* zu einer Änderung des Steuerrechts, kann aber auch zu einer Änderung des Handelsrechts führen. Es ist jedenfalls zu berücksichtigen, daß Steuerrecht und Handelsrecht Teile einer Rechtsordnung bilden, die der Verwirklichung bestimmter grundlegender Werte und Zielsetzungen dient. Als komplizierender Faktor tritt hinzu, daß das schweizerische Steuerrecht weitgehend kantonales Recht ist.

So betrachtet erscheint unsere heutige Diskussion als ein erster Schritt auf einem sehr langen und sicher recht beschwerlichen Wege.

Der Zeitpunkt dieser Diskussion dürfte insofern günstig sein,

als bei der im Gang befindlichen Harmonisierung unseres Steuerrechts die in den Referaten und in der Diskussion zur Geltung gebrachten Gesichtspunkte Berücksichtigung finden sollten.

Aber auch auf der Seite des Handelsrechts wird die Wissenschaft intensive Arbeit zu leisten haben, gilt es doch, altgewohnte Begriffe, wie denjenigen der juristischen Person, neu zu überdenken und sich über Stellung und Funktion handelsrechtlicher Institute im Rahmen der Rechts- und Wirtschaftsordnung erneut Klarheit zu verschaffen. Dadurch, daß handelsrechtliche Institute und Begriffe seitens des Steuerrechts in Frage gestellt werden, sollte es zu einem fruchtbaren Zwiegespräch kommen.

So hoffe ich, daß die Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins im Jahre 2023, d.h. nach weiteren 45 Jahren, feststellen möge, es sei mit den vorliegenden Referaten ein nicht unwesentlicher Beitrag zur Grenzbereinigung zwischen Handelsrecht und Steuerrecht geleistet worden. Indessen seien die Referate schon heute herzlich verdankt. Natürlich soll auch die nun folgende Diskussion die gleich gute Note verdienen, und ich möchte denjenigen Kolleginnen und Kollegen, die sich daran hoffentlich recht zahlreich und intensiv beteiligen, *prae numerando* (um einen Begriff des Steuerrechts zu verwenden!) ebenfalls herzlich danken.

Er erteilt das Wort Herrn Dr. WALTER RYSER, Honorarprofessor an der Universität Bern und Direktor der allgemeinen Treuhand AG, Bern, Berichterstatter deutscher Sprache:

I.

Vor der Aufgabe, etwas zur Einleitung einer Diskussion zu sagen, bin ich etwas ratlos. Sie haben nämlich einerseits einen deutschen Bericht, der vom Bestreben beseelt ist, sich doch möglichst mit dem vorgeschlagenen Thema des Einflusses des Steuerrechts auf das Handels*recht* auseinanderzusetzen, und Sie haben andererseits einen sehr interessanten französischen Bericht über ein weitgehend anderes Thema, und zwar über den Einfluß des Steuerrechts auf das Geschäftsleben. Man kann zwar wohl sagen, die beiden Berichte ergänzten sich irgendwie, da ja kein Einfluß auf das Handelsrecht denkbar wäre, wenn nicht zuerst ein Einfluß auf das Geschäftsleben, d. h. auf die Handhabung des Handelsrechts im täglichen Gebrauch zu verzeichnen wäre.

Ich weiß wohl, daß eine Diskussion über das eigentliche Thema anspruchsvoll sein muß. Die Diskussion über das vom

französischen Referenten gewählte Thema könnte sich dagegen wohl viel einfacher gestalten. Wird ihm gefolgt, so besteht allerdings die Gefahr, daß sie in eine steuerpolitische Auseinandersetzung ausmündet.

Bei dieser schwierigen Ausgangslage möchte ich mich darauf beschränken, über das Thema selbst einige Einführungsworte zu sprechen, und in knappen Sätzen die Merkpunkte meines Berichtes zusammenfassen.

II.

Mein Bericht gibt sich zur Aufgabe, die Problematik der Beeinflussung des Handelsrechts durch das Steuerrecht zu beleuchten. Er führt zu keinen peremptorischen Ergebnissen, hofft aber, die Dimensionen des Themas für eine Diskussion brauchbar abgesteckt zu haben.

Daß das Steuerrecht das Handelsrecht beeinflußt, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Die Schwierigkeit aber ist, die Beeinflussung zu isolieren und zu quantifizieren. Es spielen ja so viele Faktoren mit, daß es letzten Endes auf eine immer sehr persönliche Würdigung herauskommen wird, ob man annimmt, das Steuerrecht habe sich hier oder dort bereits eindeutig durch eine Umformung des Handelsrechts oder eine Hemmung seiner Verwirklichung oder ein Verrücken seiner Grundlagen manifestiert.

III.

In einem ersten Teil meines Berichtes habe ich versucht, auf periphere oder indirekte Beeinflussungen aufmerksam zu machen. Es ging hier allgemein um die Frage, ob das Steuerrecht nicht ein gewisses Verrücken der Grundlagen, auf welchen das Handelsrecht aufgebaut ist, bzw. innerhalb welchen es sich entfaltet, bewirkt.

Unter dem staatspolitischen Aspekt des Phänomens wurde die Frage gestellt, ob nicht schon von einer Beeinflussung des Handelsrechts gesprochen werden darf, wenn eine bestimmte Rechtsordnung schlechterdings aus steuerlichen Motiven abgelehnt wird, indem eine Handelsgesellschaft nicht hier, sondern dort errichtet wird, oder umgekehrt, wenn wegen steuerlichen Gründen eine bestimmte Rechtsform – ich spreche hier in erster Linie von Gesellschaftsformen – eine unerwartete Gunst im einen Staat genießt und sich unerklärlich multipliziert. Das muß doch den Gesetzgeber nicht gleichgültig lassen, ob die Handelsrechtsordnung, die er errichtet und schützt, überhaupt gebraucht oder abgelehnt wird.

Vom Standpunkt des Staatsrechts aus gesehen wurde die Frage aufgeworfen, ob wegen des Steuerrechts die Verwirklichung gewisser handelsrechtlicher Institute vereitelt oder gehemmt wird. Auch das muß dem Gesetzgeber nicht gleichgültig sein, und gerade in einem Bundesstaat muß damit die Kompetenzaufteilung zwischen dem Bundeszivilrechtsgesetzgeber und dem kantonalen Steuergesetzgeber unter Spannung geraten.

Unter dem Aspekt des IPR wurde dann die Frage beleuchtet, ob die im zwischenstaatlichen Steuerrecht entwickelten Anknüpfungskriterien nicht auf die Dauer auch bei uns zu einer Abkehr von der im Handelsrecht bejahten Inkorporationstheorie führen könnten und damit zu einer relativen Einschränkung des Entfaltungsfeldes für unter schweizerischem Recht gegründete Gesellschaften und daher des schweizerischen Handelsrechts schlechthin.

Unter dem Gesichtspunkt der Autonomie der juristischen Person, eben einer anderen Grundlage unseres Handelsrechts, wurde gezeigt, wie das Steuerrecht zur Zermürbung und Aufhebung der Trennungsmembrane zwischen Gesellschafter und Gesellschaft beiträgt.

Unter dem Gesichtspunkt einer weiteren Grundlage unseres Handelsrechts und zwar der Privatautonomie wurde schließlich darauf hingewiesen, daß faktisch das Steuerrecht dazu führt, daß den privatrechtlichen Beurteilungskriterien über Wert und Gegenwert von Leistungen fremde objektivierte vom Staat diktierte Kriterien aufgepfropft werden – dies bezieht sich auf Transaktionen zwischen Gesellschaft und beherrschenden Gesellschaftern –, was – sofern die Parteien zur sogenannten Steuerklausel Zugriff nehmen – in ein Aufrollen der Privatautonomie ausmünden kann.

IV.

Im zweiten Teil befaßt sich der Bericht mit 4 Fragen:

a) Zuerst, ob und inwiefern das Steuerrecht die Verwirklichung des Handelsrechts behindert oder vereitelt. Hier wurde von der These ausgegangen, daß das Handelsrecht sich allein auf Grund der seinen Instituten selbst innewohnenden Charakteristiken sollte entfalten können und daß deshalb jede Einschränkung in der Wahl unter den zur Verfügung stehenden Instituten aus anderen, und insbesondere aus steuerlichen Erwägungen als Hemmung seiner Verwirklichung und somit als inhaltliche Schrumpfung dieses Rechts selbst zu deuten ist. Exemplifiziert wurde hier mit der Unternehmensnachfolge beim Tod des Geschäftsinhabers einer Einzelfirma, wo nur zu oft die Erben zur

Abwendung prohibitiver Steuern gezwungen werden, ein Gesellschaftsverhältnis zu unterhalten, obwohl ihr Wunsch auf Zuweisung an den einen allein gegangen wäre.

Hingewiesen wurde auch auf die glatte Außerverkehrsetzung von Art. 749 OR über die Fusion durch Kombination. Dies dürfte wohl eines der greifbarsten Beispiele der praktischen Ausschaltung eines handelsrechtlichen Instituts durch das Steuerrecht sein.

Dies sind bloß zwei aus einer großen Anzahl von möglichen Beispielen.

b) Bei der Behandlung der anschließend gestellten Frage, ob Begriffe des Handelsrechts in ihrem materiellen Inhalt durch Einflüsse des Steuerrechts bereits umgeformt worden sind oder einem Umgestaltungsprozeß ausgesetzt werden könnten, vergrößern sich naturgemäß die Schwierigkeiten. Es muß viel anspruchsvoller und delikater sein, Inhaltsänderungen bei Begriffen des Handelsrechts durch Einflüsse des Steuerrechts eindeutig nachzuweisen. Es muß aber wohl festgestellt werden, daß sich die Begriffe des Steuerrechts mit der Zeit den entsprechenden handelsrechtlichen überlagern und im täglichen Verkehr eine solche Geltung erlangen können – eben wegen der einschneidenden fiskalischen Folgen, die ihnen anhaften –, daß sie mit der Zeit wohl die handelsrechtlichen zu verdrängen drohen.

Dazu bloß zwei Beispiele:

Untersucht man zum Beispiel die verschiedenen Deutungen des Sitzbegriffes, so wird recht bald erkannt, wie viel reicher der steuerliche Inhalt gegenüber dem handelsrechtlichen und wie wichtig dieser steuerliche Inhalt im täglichen Leben geworden ist, will man nicht böse Überraschungen in bezug auf die Anknüpfung zur Steuerpflicht in Kauf nehmen. Darf der Handelsrechtler bei seiner Tätigkeit mit der alleinigen handelsrechtlichen Inhaltsvorstellung noch operieren, oder ist es nicht so, daß die andere, d.h. die steuerliche Inhaltsvorstellung sich bei ihm schon symbiotisch mit der ersten so stark verbunden haben muß, daß faktisch der handelsrechtliche Begriff bereits entsprechend bereichert, wenn nicht umgeformt worden ist?

Nicht anders geht es mit dem Begriff der Liquidation mit seinem viel weiteren steuerlichen Inhalt. Die Deutungen im Handelsrecht und im Zivilrecht klaffen auseinander. Die Frage ist aber nun, ob jetzt schon die Wichtigkeit der steuerlichen Deutung die Wirkung erzeugt hat, daß kein Handelsrechtler mehr an

Liquidation denken kann, ohne eben implizite in seinen Beurteilungsbogen die steuerliche Deutung einspannen zu müssen.

c) Möglicherweise noch heikler mußte die Behandlung der Frage ausfallen, ob man von einer Einführung neuer Begriffe ins Handelsrecht sprechen kann, an welcher das Steuerrecht maßgeblich beteiligt wäre.

Hier wurde auf die vom ursprünglichen Holdingbegriff abgeleiteten neuen Formen der Domizil- und Basisgesellschaft hingewiesen, allerdings unter Offenlassung der Frage, ob diese Formen sich bereits in ihrer allgemeinen Verkehrsgeltung als neue Strukturen des Handelsrechts entpuppt haben.

Eine weitere Parallele wurde zwischen dem Begriff der Zweigniederlassung und der Betriebsstätte gezogen, um zu zeigen, wie im praktischen Leben der zweite Begriff an Bedeutung zugenommen hat, auch hier unter Offenlassung der Frage, ob dieses steuerliche Institut bereits Einzug ins Instrumentarium des Handelsrechts gehalten hat.

Eindeutig, dagegen, konnte darauf hingewiesen werden, daß an der Umschreibung und Regelung eines neuen privatrechtlichen Instituts durch den Gesetzgeber das Steuerrecht maßgebend beteiligt war, und zwar an der Umschreibung und Regelung des Kollektivanlagevertrages. Die Entwicklung der Anlagefonds wurde direkt durch das damalige Steuerrecht beeinflußt und gefördert. Sie erlangten eine solche wirtschaftliche Bedeutung, daß der Gesetzgeber selbst die bisher auf Grund eines Innominatsvertrags beruhenden Verhältnisse glauben wollte regeln zu müssen.

d) Endlich befaßt sich der Bericht mit der Frage, ob allenfalls das Steuerrecht bei der Weiterbildung gewisser Institute des Handelsrechts eine spürbare Rolle spielen könnte. Hier wurde eine solche Weiterbildung eindeutig beim Treuhandverhältnis festgestellt. Aus einem Institut, das hauptsächlich zur Sicherungsübereignung oder zu Schutzzwecken gegen Konfiskationsmaßnahmen benützt wurde, wurde ein höchstpopuläres Anlagevehikel in der Form der bankmäßigen fiduziarischen Anlage, und dies eindeutig wegen des Steuerrechts.

V.

Der Bericht setzte sich also zum Hauptziel, die Szene, auf welcher das Phänomen der Beeinflussung stattfindet, zu beleuchten. Es bleibt dabei, daß die Annahme eindeutiger Beeinflussungen in vielen Fällen das Ergebnis unterschiedlicher persönlicher Beurteilungen sein muß. Hauptproblem ist bei einem solchen

Unterfangen die Isolierung und Quantifizierung des möglichen Einflusses des Steuerrechts. Das könnte ein spannendes Untersuchungsfeld für weitere Arbeiten werden.

Man wird sich auch noch fragen müssen, ob gewisse Steuerarten die Beeinflussung besonders stark vorantreiben.

Klar ist, daß die direkten Steuern daran einen Hauptanteil haben, aber sie scheinen mir dabei keineswegs ein Monopol zu beanspruchen. Sehr wirksam dürfte auch die unbiegsame, als eigentliche Zedularsteuer konzipierte Verrechnungssteuer sein.

Und vor allem ist es nicht so sehr das Steuergesetz selbst, als die Art und Weise, wie dieses gehandhabt wird, das zu den fragwürdigsten Beeinflussungen führt: zum Beispiel zum Abbau der Autonomie der juristischen Person und zur Durchbrechung der zivilrechtlichen Zurechnungsregeln.

Müßte man die Beeinflussung in einem Worte zu kristallisieren versuchen, würde ich das Wort Korrosion wählen.

Damit kann ich das ganze Thema mit einem einzigen Satz zusammenfassen; er wurde von einem Freunde ausgesprochen, als ich mit ihm das Thema diskutierte, und zwar bevor ich richtig an die Arbeit herantrat. Er sagte mir: Es ist doch ganz einfach, Du brauchst nicht lange Bücher darüber zu schreiben. Daß eine Beeinflussung stattfindet, ist eindeutig, und wie sie eintritt, ist auch ganz klar. Du brauchst ja nur drei Worte zu gebrauchen, wenn Du vom Steuerrecht in diesem Zusammenhang sprichst: «It is disruptive.» Rückblickend muß ich sagen, daß er den Nagel gar nicht so schlecht auf den Kopf getroffen hatte.

Me JACQUES-ANDRÉ REYMOND, Chargé de cours à l'Université de Genève et Avocat au Barreau de Genève, rapporteur de langue française, fait l'exposé introductif suivant:

Dans la cale des galions espagnols qui, il y a trois ou quatre siècles, voguaient vers la Métropole, chargés du butin des conquistadors, se trouvaient de lourds colliers d'or, qu'aucune belle de Castille ou d'Aragon ne porterait jamais. La création de ces bijoux pesants et grossiers, façonnés en hâte sur territoire colonial et fondus dès leur arrivée en Europe, n'avait qu'un seul but: éluder l'impôt auquel était soumise, à l'époque, l'importation des lingots d'or, mais dont l'orfèvrerie était exonérée. L'histoire ne dit pas si le fisc espagnol eut l'idée de faire abstraction de la «forme artistique» de ces colliers insolites et inutiles, et de les soumettre à l'impôt conformément à leur réalité économique.

Mais cette anecdote nous rappelle que l'influence de la fiscalité dans la vie des affaires, loin de constituer un sujet nouveau, est un phénomène immémorial. PLATON ne notait-il d'ailleurs pas, déjà, dans *La République*, que «lorsqu'il faut payer des contributions, le juste en acquitte davantage qu'un homme injuste ayant le même revenu»?

Parmi les actes juridiques dont le choix répond à des motivations fiscales, certains impliquent la commission d'une soustraction ou d'une fraude; d'autres permettent à leurs auteurs de réaliser une économie d'impôt sans violer la loi et, par conséquent, sans s'exposer à aucune sanction, mais d'une manière qui paraît astucieuse et abusive; d'autres, enfin, demeurent sans contestation possible dans le cadre d'une légitime planification fiscale. Seule la seconde de ces trois catégories d'actes ressortit, ou, du moins, peut ressortir à l'«évasion fiscale», au vrai sens de mots auxquels le langage courant donne fréquemment, et il en résulte bien des confusions et des malentendus, une acception beaucoup plus large. Ceux, par exemple, qui, réclamant des mesures plus sévères contre l'évasion fiscale, critiquent la protection offerte aux contribuables malhonnêtes par le secret bancaire, ont en réalité à l'esprit des soustractions et des fraudes: ainsi, le dépôt dans un compte numéroté de fonds non déclarés, rendus, peut-être, plus anonymes, encore, grâce à l'écran d'un établissement du Liechtenstein, constitue une fraude caractérisée; ainsi, la société qui dissimule les dividendes qu'elle verse à ses actionnaires, l'entreprise qui omet de comptabiliser un rendement imposable, commettent une soustraction manifeste. Le traitement fiscal et pénal de ces actes et omissions ne soulève, bien entendu, aucune question de principe; la nécessité de combattre cette influence de la fiscalité est évidente, et personne ne met en doute le droit et le devoir de l'Etat de sanctionner des économies d'impôt obtenues par la dissimulation et la tromperie. En revanche, l'évasion fiscale proprement dite pose de difficiles problèmes. Les prêts qu'un actionnaire consent à sa société, par exemple, ne sont ni simulés ni illicites, même si le mode de financement choisi, plus avantageux que des apports en capital, est déterminé par des considérations fiscales; la société et son actionnaire ne déposent pas de fausse déclaration, ils ne commettent aucune fraude, mais ils mettent à profit la structure du système en vigueur, l'imperfection ou l'imprécision des lois, pour réduire la charge de l'impôt. Agissent-ils légitimement? Abusent-ils de leur droit à l'économie d'impôt? On perçoit assez vite, en considérant cette question sous ses différents aspects, combien elle est malaisée à résoudre.

Sur un plan général, toute économie d'impôt, qu'elle soit licite, abusive ou frauduleuse, est criticable et fâcheuse; le fait même qu'un contribuable ait la possibilité de payer moins d'impôts qu'un autre, placé dans une situation comparable, est en soi profondément insatisfaisant. Il est évident, aussi, que l'évasion fiscale au sens où nous l'avons définie, est moralement et juridiquement moins grave, plus facile à prouver et, par conséquent, plus facile à combattre, que la soustraction et la fraude. Mais cela ne signifie pas qu'elle soit moins pernicieuse. Précisément parce qu'elle ne se dissimule pas, et que les inégalités de traitement dont elle est la cause se révèlent au grand jour, elle apparaît comme une provocation, comme un défi lancé à l'Etat par des contribuables qui, utilisant leurs connaissances juridiques, ou celles de leurs conseils, évitent la charge d'un impôt que d'autres citoyens, moins avisés ou plus respectueux des lois, sont contraints d'acquitter. Contrairement à la fraude, qui se cache, et dont personne ne connaît l'étendue, l'évasion fiscale s'exhibe et paraît indécente. On s'explique ainsi qu'elle provoque des réactions souvent très vives, épidermiques, telles qu'en suscitait pendant la dernière guerre, vous vous en souviendrez, peut-être, une affiche apposée dans nos gares, montrant l'image d'un renard dans la neige, et qui portait cette légende équivoque: «Les gens malins vont aux sports d'hiver»!

Ces réactions ne doivent certainement pas être ignorées, même s'il est vrai que les possibilités d'épargne offertes par l'évasion fiscale au sens strict (c'est-à-dire, sans soustraction ni fraude) sont sensiblement plus restreintes et sectorielles que certains ne l'imaginent, et que si les «gens malins» ne paient pas toujours assez d'impôts, seuls les gens malhonnêtes n'en acquittent régulièrement aucun. Quoi qu'il en soit, non seulement la fin, en soi légitime, de limiter l'influence – *a priori* nocive – de la fiscalité ne justifie pas tous les moyens, mais encore suis-je convaincu (et c'est là la thèse essentielle de mon rapport) qu'il est faux de penser que toute économie d'impôt a sa source dans la mauvaise foi des contribuables, sans chercher les causes profondes de leurs actes, et sans admettre que nos lois, en plus des lacunes et de l'imprécision qui les caractérisent, portent en elles le germe de la plupart des évasions fiscales.

Sans doute, est-il nécessaire, *de lege lata*, de tracer, d'une part, la frontière entre l'économie licite d'impôt et l'évasion fiscale, et, d'autre part, les limites de l'interprétation extensive des lois d'impôt. J'ai tenté, dans la deuxième partie de mon étude, en analysant la jurisprudence des dernières décennies, de définir des cri-

tères utiles à la solution de ces innombrables conflits où les contribuables, invoquant le texte des lois en vigueur, accusent l'Etat d'arbitraire, et où l'Etat, invoquant l'esprit des mêmes lois, reproche aux contribuables d'être de mauvaise foi. L'effet corrosif potentiel de ces litiges ne doit pas être sous-estimé. S'il est dangereux que l'Etat soit impuissant devant l'évasion fiscale, il est dangereux que la sécurité du droit ne soit plus garantie, ou que les contribuables soient trop vite accusés d'éluder leurs obligations: la tolérance d'abus manifestes, comme la confusion des pouvoirs, persuadent les parties en présence, bénéficiaires ou victimes de solutions extrémistes, que la loi ne mérite plus aucun respect.

Je n'ai pas la prétention de croire que les tests auxquels je me suis arrêté, celui de la «prévisibilité» en matière d'interprétation, et celui de la «forme inutile» en matière de réalité économique, aient la rigueur et la précision qui les rendraient infaillibles. Je n'ai pas l'espoir, non plus, qu'ils fassent l'unanimité. D'aucuns ne partageront vraisemblablement pas les craintes que m'inspirent, dans le contexte que je viens de rappeler, certaines jurisprudences récentes et certaines pratiques de l'Administration fédérale; d'autres, au contraire, les critiqueront plus violemment. Il semble, en effet, malheureusement, qu'un fossé toujours plus profond se creuse entre qui accordent au texte des lois, particulièrement en droit public, un respect déférent et ceux qui, transcendant les normes en vigueur, leur font dire ce que le législateur a voulu, ou, du moins, aurait dû, leur faire dire.

S'il m'a paru indispensable d'examiner sous l'angle *de lege ferenda* le sujet de l'influence de la fiscalité, ce n'est cependant pas uniquement en raison du caractère nocif et choquant de l'économie d'impôt, qu'elle soit réputée licite ou qu'elle soit jugée abusive; et ce n'est pas seulement, non plus, en raison de l'impossibilité de donner une définition précise de l'évasion fiscale et de trouver des solutions jurisprudentielles qui préservent l'harmonie des relations entre les citoyens et l'Etat. «La loi est bonne», écrivait SAINT PAUL à Timothée, «si l'homme en use légalement.» C'est vrai, mais il est également vrai – ou est-ce une vue trop optimiste? – que l'homme abuse plus souvent d'une loi mauvaise que d'une bonne. Et c'est précisément parce que je me suis peu à peu convaincu, en dressant l'inventaire des évasions fiscales, que ces dernières étaient provoquées, pour la plupart, par le désir, je ne voudrais pas dire légitime, mais instinctif, des contribuables d'échapper aux conséquences de règles illogiques ou injustes, ou qu'ils jugent illogiques et injustes (la nuance n'est,

bien sûr, pas sans importance), qu'il m'a paru essentiel d'examiner nos lois d'impôt sous cet angle, en acceptant le risque d'être confronté à des problèmes qui ne ressortissent plus seulement à la technique fiscale, mais qui relèvent du domaine, plus mouvant, de l'éthique et de la politique. Je crois d'ailleurs que l'imperfection de nos lois est, à des degrés divers, unanimement reconnue. Sans aller nécessairement aussi loin que l'ancien secrétaire américain du Trésor, WILLIAM SIMON, qui, évoquant le code d'impôt de son pays, assurait que s'il n'existait pas, personne n'aurait l'idée saugrenue de l'inventer, qui pourrait nier l'existence, dans notre système fiscal, de multiples inégalités et de nombreuses sources de distorsion?

Les règles légales dont le caractère discriminatoire *motive* la recherche d'économies d'impôt doivent être clairement distinguées, cela va de soi, des dispositions dont l'imprécision *offre* la possibilité de réaliser de telles économies. Certes, la mauvaise rédaction des lois, leurs lacunes, en rendent l'interprétation malaisée et favorisent l'évasion fiscale. Mais si le législateur se bornait, en comblant ces lacunes, et en précisant le sens de règles obscures, à bloquer les principales voies d'évasion, il courrait le danger d'accentuer les défauts du système en vigueur et d'aboutir à une neutralité fiscale artificielle et, à long terme, illusoire. La précision et la clarté des lois protègent à la fois l'Etat, contre les abus des contribuables, et les contribuables, contre l'arbitraire de l'Etat. Mais ces qualités, aussi importantes soient-elles, ne sont pas suffisantes: aujourd'hui, plus que jamais, alors que les charges fiscales augmentent, il est indispensable que les citoyens soient convaincus d'être soumis à une imposition équitable, conforme à l'égalité de traitement, et proportionnée à leur capacité contributive.

Or, diverses règles contenues dans nos lois d'impôt, soit qu'elles soient jugées discriminatoires, soit qu'elles fixent un prix prohibitif à certaines opérations commerciales, ont l'effet d'inciter les contribuables à chercher des voies d'évasion. En soulignant, dans ce contexte, le rôle prépondérant joué par la double imposition économique et le traitement des gains en capital, je ne crains guère d'être contredit: la jurisprudence du Tribunal fédéral, en matière de fiscalité commerciale, est, à cet égard, éloquente. Mais là s'arrêtent nos constatations objectives; dès le moment où il s'agit d'en tirer des conclusions, de proposer des remèdes, de suggérer des réformes, chacun est confronté à ses préjugés, ses idées politiques, et ses conceptions morales. Ainsi, le fait que la double imposition, dont j'ai suggéré la suppression, soit la source

intarissable d'évasions et de litiges n'est pas la preuve qu'elle soit inéquitable; ainsi, les gains en capital, dont j'ai proposé l'imposition, ne sont-ils pas indignes, peut-être, du traitement de faveur dont ils bénéficient aujourd'hui. Il demeure que ces structures compromettent la neutralité de l'impôt et que leurs vertus compensatoires ne sont nullement évidentes. Notre système fiscal mérite en tout cas de donner lieu à un débat, à la fois technique et politique, que je crois urgent et important, et dont j'ai tenté, en rédigeant ce trop long rapport, et au risque d'abuser de votre patience, de dessiner le cadre.

Permettez-moi, pour conclure, de faire deux réflexions. Bien des gens, à l'heure actuelle, aspirent à une existence plus simple et plus naturelle, et, en particulier, à une législation moins prolixe, moins contraignante, et moins difficile à comprendre. Mais la réalisation de ce rêve de simplicité présuppose la renonciation, que si peu d'entre nous sont prêts à accepter, au confort et aux avantages économiques et sociaux du monde moderne. Pardonnez-moi ces banalités, mais je ne crois réellement pas qu'il soit bon d'entretenir l'espoir, qui n'est qu'un mythe, de lois – et notamment de lois fiscales – à la fois simples, limpides et équitables. Le droit d'aujourd'hui est à l'image de la vie d'aujourd'hui, et l'on ne saurait espérer que la fiscalité soit le reflet raisonnablement fidèle du droit civil, des formes multiples qu'il règlemente ou tolère, et, en même temps, qu'elle évite l'écueil de la complexité et de la technicité.

Ma seconde réflexion, liée à la première, concerne le rôle des juristes dans l'élaboration des lois d'impôt et l'évolution de la science fiscale. Manifestement, nous ne portons pas au droit fiscal l'attention qu'il mérite. Par crainte, sans doute, d'exprimer des opinions politiques, la doctrine va rarement au-delà d'exposés descriptifs, fondés sur une analyse purement technique, des règles en vigueur. Et de trop nombreux juristes se félicitent de tout ignorer d'une matière dont la complexité – que je viens d'évoquer – rebute et décourage. Me FRANÇOIS PICOT, dans le rapport qu'il a présenté lors de notre précédent Congrès, rappelait la boutade d'un professeur de droit civil qui, apprenant que l'un de ses collègues allait donner un cours de droit fiscal, remarquait, ironiquement: «Es gibt kein Steuerrecht, es gibt nur Steuerwillkür»! Ce point de vue négatif, malheureusement très répandu, révèle, au pire, une sotte ignorance, et, au mieux, une dangereuse résignation. Seules, en effet, l'alliance de la technique et du droit, la collaboration des fiscalistes et des juristes – le droit fiscal n'est-il pas trop important pour être abandonné aux uns ou aux autres?

– peuvent donner l'espoir de lois d'impôt précises et équitables, qui, respectant elles-mêmes la neutralité fiscale, permettraient aux autorités administratives et judiciaires d'en imposer le respect, en sauvegardant à la fois, ainsi que l'équilibre et l'harmonie d'un Etat démocratique l'exigent, l'égalité de traitement et la légalité.

XIV.

Nach einer kurzen Pause eröffnet der Verhandlungsleiter die Diskussion und erteilt Herrn Dr. FRITZ ZIMMERMANN, Rechtsanwalt, Küsnacht, das Wort:

Vorweg danke ich den Herren Referenten für die großen, umfassenden Arbeiten, welche für uns alle sehr wertvoll sind, auch wenn wir nicht in allen Teilen einverstanden sind. Ich kann mich im näheren nur zum gedruckten deutschsprachigen Referat äußern, da mir das französischsprachige erst vor ein paar Tagen zukam.

I. Ausgangslage zur Beurteilung des Verhältnisses beider Rechte:

1. Das Steuerrecht, ja allgemein das Staats- und Verwaltungsrecht regelt die Verhältnisse zwischen Staat (Obrigkeit) und Privaten (Untertan).

2. Das Privatrecht (inkl. Handelsrecht) regelt die Verhältnisse der Privaten resp. zwischen Privaten und Privaten.

3. Beide Rechtssysteme bestehen nebeneinander, haben aber gewisse Wechselwirkungen, wobei das Steuer- resp. öffentliche Recht dem Privatrecht übergeordnet ist in gewissen verfassungsmäßigen gesetzlichen Schranken, so wie umgekehrt auch das Privatrecht resp. die Privatinstitutionen und -vorgänge sich bestmöglich dem Steuerrecht anpassen, aber im steuergesetzlichen Rahmen ihre Ökonomie suchen. Steuerökonomie, zum Beispiel durch freie Wahl von Wohnsitz, Sitz und Betriebsstätte ist keine Steuerumgehung, kein Steuerdelikt.

4. Beide Teile, Fiskus und Privater, sind im übrigen an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden gemäß anerkannter Rechtsprechung und Lehre. Im weitern gilt im Rechtsstaat der in der BV ungeschriebene, zum Beispiel in der Zürcher KV Art. 19 I niedergelegte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Steuern, mit andern Worten der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen¹. Dazu kommt in Bund und Kantonen der

¹ Zürcher Steuerkommentar, Band I, S. 4.

Grundsatz des Verbots der Doppelbesteuerung des nämlichen Steuersubjekts und -objekts mit der nämlichen Steuerart gemäß Art. 46 IIBV und BGer-Judikatur und Anwendung in den Kantonen, unter anderem § 6 Zürcher StG.

II. Einige Folgerungen dieser Ausgangslage

1. Treuhandgeschäfte, Kommissionsgeschäfte, Depots: Die wirtschaftliche sowie rechtliche Betrachtung der Treuhandgeschäfte, Kommissionsgeschäfte und Depots ergibt, daß die Treuhand- resp. Kommissions- und Depot-Güter und -Erträge keine Güter (Vermögen) und keinen Erwerb (Einkommen) des Treuhänders resp. Kommissärs bzw. Depositars sind, sondern solche des Treugebers resp. Kommittenten bzw. Deponenten. Das resultiert aus der Sach- und Rechtslage gemäß dem Kommissions-Artikel 425 Abs. 2 OR, verweisend auf die Auftragsnormen Art. 394 ff. OR, wobei gemäß Art. 401 OR die vom Beauftragten auf seinen eigenen Namen, aber für Rechnung und Gefahr des Auftraggebers erworbenen Aktiven und Passiven, also auch deren Erträge und Lasten, dem Auftraggeber gehören, i. c. dem Treugeber resp. Kommittenten bzw. Deponenten und ihm gegen Kostenersatz herauszugeben sind. Dieser ist sachenrechtlich Eigentümer des Gutes gemäß Art. 641 ff. und 930 ff. ZGB und hat überdies einen selbständigen, obligatorischen Herausgabeanspruch gemäß Art. 401 OR und/oder beim Depot gemäß Art. 475 OR, welche Rechte auch im Konkurs des Treuhänders resp. Depositars wirksam sind als Aussonderungsansprüche gemäß Art. 242 SchKG, sowie zit. Art. 401 Abs. 2, 3 OR.

Diese privat- und steuerrechtliche Lage des Treugebers bzw. Kommittenten resp. Deponenten ist im schweizerischen Bankgewerbe von ausserordentlicher Bedeutung und Wirksamkeit, wenn man bedenkt, dass die Treuhand-Depots der Schweizerbanken auf ihre Namen für Rechnung und Risiko ihrer Kunden bei Auslandbanken, aber auch die gewöhnlichen Inland-Depots ihrer Kunden sehr hohe Milliarden-Werte umfassen, wofür also die Kunden einen starken Rechtsschutz genießen.

In diesem Zusammenhang noch eine weitere rechtsgrundsätzliche Bemerkung zum Ausland-Depot von Schweizerbanken als Treuhänder für ihre Kunden bei ihren Auslandbanken: Das Bundesgericht hat in seiner früheren Praxis die Arreste bei Schweizerbanken auf Auslanddepots ihren Kunden als unzulässig erklärt, weil sich die zu verarrestierenden Güter (Wertschriften) nicht in der Schweiz befinden und darum der Arrestort nicht im Inland sei. Jedoch wurde diese Praxis dann mit Urteil der

BGer-Konkurskammer vom 2. März 1976 dahin abgeändert, daß der Herausgabeanspruch des Kunden bei der Schweizerbank verarrestierbar ist: BGE 1976 III 94 ff. = Praxis 1976, Nr. 200, S. 493 ff. – Bereits drei Jahre zuvor hatte sich das BGer, II. Ziv. Kammer mit Urteil vom 13. Juli 1973 mit der Rechtsnatur des Herausgabeanspruchs Art. 401 OR im Zusammenhang mit dem Treuhand-Auslandkonto einer Schweizerbank für einen Kunden befaßt und diesen Anspruch geschützt: BGE 99 II, 1973, 393 ff., dazu SJZ 1976, S. 317 ff. = umfassende zustimmende Ausführungen von RA Dr. G. GAUTSCHI, der das Urteil einleitend als «Markstein in der Lehre des schweizerischen Treuhandrechts» bezeichnete, worin ihm strikte beizupflichten ist.

2. Stille Reserven von Handelsunternehmen, wie Banken, Industrie, etc. Die stillen Reserven, handelsrechtlich schon unterm alten und gemäß dem geltenden Aktienrecht (Art. 663 Abs. 3 und 674 Abs. 2 OR) zulässig zur dauernden Sicherung des Unternehmens und seiner Dividendenstabilisierung, haben sich schon vor, während und nach den beiden Weltkriegen sowohl privatwirtschaftlich, wie volkswirtschaftlich überaus bewährt (bei seriöser Handhabung und Buchführung). Sie sind daher auch steuerrechtlich in Bund und Kantonen anerkannt, soweit sie geschäftsmäßig begründet sind, wie unseres Erachtens insbesondere bei Konjunktur- und Währungsrisiken; dabei werden sie natürlich erst nach Versteuerung als Ertrag zum sog. Verhältnis-kapital bei der Einkommenssteuerberechnung zugerechnet werden².

III. Mein Facit in bezug auf das Referat von Prof. Ryser

1. Der Titel seiner Ausführungen über den «Einfluß des Steuerrechts auf das Handelsrecht» hätte ebenso gut erweitert werden können «und umgekehrt der Einfluß des Handels-, ja Zivilrechts auf das Steuerrecht». Beide Rechte stehen wie gesagt in einer Wechsel-Wirkung und bestehen aber grundsätzlich und in weiterem Bereich nebeneinander.

2. Der in der Schlussbetrachtung des Referenten (S. 195 ff.) zitierte Standpunkt eines vollständigen Überrollens des Handelsrechts durch das Steuerrecht geht unseres Erachtens doch zu weit.

3. Hiezu wäre noch zu sagen, daß das Zivil- und Handelsrecht sich in so vielen Formen und Varianten abspielt und dem Gestaltungswillen der Privatpersonen, physischen und juristischen,

² Vide Wehrsteuerkommentar KÄNZIG u.a., Art. 22 Nr. 71, Zürcher Steuerkommentar, 4. Bd, S. 452 ff.

einen breiten Spielraum läßt, wozu unter anderem auch die freie Sitzwahl und Organisation von Handelsunternehmen gehört, die wenn sie auf effektiver Tatsache beruht, auch vom Fiskus respektiert werden muß. Fügen wir zum Schluß noch bei, daß die ordnungsgemäß geführte handelsrechtliche Buchhaltung und Bilanz auch im Steuerrecht als Grundlage anerkannt ist.

Dr. ANTON PESTALOZZI, Rechtsanwalt, Zürich:

Zuerst möchte ich meiner Anerkennung und meiner Freude über die Rapporte der Herren Professor RYSER und Dr. REYMOND Ausdruck geben, die wirklich sehr tief gehen und sorgfältig den heutigen Stand des Einflusses des Steuerrechtes auf das Handelsrecht darlegen. Die Zusammenstellungen bilden auch für die Praxis wertvolle Nachschlagewerke. Ein Punkt, der aufgegriffen wurde, veranlaßt mich, um das Wort zu bitten.

Es handelt sich dabei um ein Beispiel für die Gesamtproblematik. Es ist dies die Überbetonung der einzelnen juristischen Person im Steuerrecht. Wir sind dabei konfrontiert mit dem Thema Konzernrecht und Steuerrecht. Wie Sie wissen, macht das Konzernrecht und dessen Kodifizierung langsam Fortschritte in der Schweiz auf dem Gebiete des Aktienrechtes, insbesondere hinsichtlich der konsolidierten Bilanz. Weiter werden auch de facto aktienrechtsähnliche Konzernbilanzen erstellt. Das Konzernrecht führt uns nun nicht nur auf dem Gebiete des Handelsrechtes, sondern auch auf den steuerlichen Gebieten zu einer besonderen Frage. Nach meinem Dafürhalten sollte auch im schweizerischen Steuerrecht der Konzern Anerkennung finden in dem Sinne, daß es erlaubt sein sollte, konsolidierte Steuerbilanzen für Konzerngesellschaften einzureichen, d.h. verschiedene Firmen, zum Beispiel zwei oder mehrere Aktiengesellschaften in einer einzigen Steuerbilanz und Steuererklärung zusammenzufassen. Herr Professor RYSER will nicht so weit gehen, da er glaubt, eine bedeutende Vereinfachung wäre durch die steuerliche Konsolidierung nicht zu erzielen (S.193). Herr Dr. REYMOND will eigentlich das gleiche erreichen, ja er geht sogar weiter, indem er die Steueranrechnung befürwortet.

Ich glaube, daß wir heute in eine Phase getreten sind, in welcher die Einführung der steuerlichen Konsolidierung an sich sehr genau geprüft werden sollte. Irgendwie liegt die steuerliche Konsolidierung in der Luft. Wie die Herren Referenten eingehend dargelegt haben, spielt die wirtschaftliche Betrachtungsweise im

schweizerischen Steuerrecht eine wesentliche Rolle, d.h. das Abgehen von der zivilrechtlichen Form. Dieses Abgehen spielt vorwiegend zugunsten des Fiskus. Es sind nur relativ wenige Fälle, in welchen die wirtschaftliche Betrachtungsweise zugunsten des Steuerpflichtigen angewendet wird. Beispielsweise bei der Einbringung von Aktiven und Passiven eines Kaufmannes zum Buchwert in eine neue Aktiengesellschaft; dann der neueste Entscheid über die Übertragung einer einzelnen Geschäftsliegenschaft einer Einzelfirma auf eine Aktiengesellschaft; der vielbesprochene und kritisierte Bundesgerichtsentscheid im Archiv 45, S. 254; dann bei der Warenumsatzsteuer, in welchem die Gebrauchsüberlassung von Maschinen zwischen Schwestergesellschaften nicht als Mietvertrag qualifiziert wurde, Archiv 46, S. 123, usw.

Auf der andern Seite wird der Grundsatz der verdeckten Gewinnausschüttung ständig angewendet. Jede Aktiengesellschaft und damit auch jede Tochter innerhalb eines Konzerns muß steuerlich bei ihrem Geschäftsverkehr mit anderen Konzerngesellschaften die Regeln beachten, die im Verhältnis zu fernstehenden Dritten gelten. Wenn dies nicht der Fall ist, wird eine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen, sei es gegenüber einer Schwestergesellschaft, sei es gegenüber der Mutter. Dies bedeutet, daß teilweise und vollumfängliche Tochtergesellschaften praktisch nicht ohne Gewinn und auch nicht ohne standardisierte Gewinne geführt werden dürfen. Es kommt aber vor, daß in Konzernen aus echten wirtschaftlichen Überlegungen die Verhältnisse so geregelt werden, daß eine Tochtergesellschaft nur mit kleinen Gewinnen, mit ausgeglichener Rechnung oder gar zeitweise mit Verlust geführt wird und geführt werden muß.

Aus betrieblichen, organisatorischen und auch personellen Gründen wird zum Beispiel die Tätigkeit einer Aktiengesellschaft auf mehrere Töchter aufgeteilt, die im einzelnen nur einen geringen Gewinn abwerfen. Ähnliches ergibt sich, wenn aufgrund von Veränderungen auf dem Markt die Unkosten des Endproduktes eines Konzerns auf dem Markt niedrig gehalten werden müssen, das Produkt bis zur Fertigstellung jedoch aufgrund der historisch geschaffenen Fabrikationsanlagen verschiedene Gesellschaften zu durchlaufen hat.

Weiter gibt es gelegentlich Situationen, wo die eine Schwester bestimmte Sachwerte an eine andere Schwester überträgt und bei diesem Anlaß dann trotz Beibehaltung des Buchwertes steuerlich die Realisierung stiller Reserven angenommen wird, die zur Besteuerung kommen.

Hier besteht die Problematik vor allem bei den sogenannten Transferleistungen, die zur Besteuerung Anlaß geben, obwohl in vielen Fällen der Fiskus auf lange Sicht durch solche Übertragungen nicht einmal benachteiligt wird.

In all den vorgenannten Fällen werden nun durch die Praxis des Fiskus die beteiligten Firmen de facto veranlaßt, teilweise gezwungen, ihre vertraglichen Beziehungen nach den Regeln des Fiskus zu ändern, was unter Umständen zu künstlichen Gewinnen und überhöhten Steuern führt. Es würde mir deshalb richtig erscheinen, wenn die konsolidierte Bilanz zugelassen würde, um den echten wirtschaftlichen Gegebenheiten im Konzern Rechnung zu tragen. Bekannt ist ja, daß in Deutschland unter der Organschaft eine Zusammenlegung der Rechnungen steuerlich möglich ist, wenn die eine Gesellschaft in die andere finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch eingegliedert ist und ein entsprechender fünfjähriger Vertrag besteht. In den USA besteht die Möglichkeit einer Konsolidierung bei einer Beteiligung von 80% an den Töchtern.

Nun stellt sich natürlich die Frage, welches die Voraussetzungen für die Einreichung einer konsolidierten Steuerbilanz wären.

Die steuerliche Konsolidierung sollte ein Recht sein und keine Pflicht. Denkbar wäre, daß die Steuergesetze entsprechende gesetzliche Bestimmungen aufnehmen würden.

Denkbar wäre es aber auch, die Steuerpraxis dahin zu ändern, daß nur schon aus der Gerichtspraxis und Verwaltungspraxis heraus zivilrechtliche Verträge steuerlich anerkannt würden, welche die vertragliche Zusammenlegung der Ergebnisse von zwei oder mehreren Gesellschaften vorsehen. Das Bundesgericht hat sich schon einmal in die Nähe dieses Gedankens begeben, im Entscheid Archiv 34, S. 109, ihn dann aber leider abgelehnt und die Couponsteuer bei der Weiterleitung der Gewinne erhoben. Jener Fall bildet aber meines Erachtens keine Präjudiz. Ein entsprechender formeller Vertrag lag damals nicht vor.

Man könnte also beispielsweise gestatten, daß zwei oder mehrere Gesellschaften ihre ganze Tätigkeit vertraglich als ein Joint-Venture führen. Man ginge damit in eine ähnliche Richtung wie die Gewinnabführungsverträge im deutschen Aktienrecht, § 291. Warum sollte dies zwischen nahestehenden Firmen nicht zulässig sein? Zwischen fernstehenden Firmen werden ja Joint-Ventures anerkannt.

Mir ist durchaus klar, daß mit diesen paar Worten die Problematik der steuerlichen Konsolidierung und ihre Auswirkung auf das Zivilrecht noch nicht gelöst ist. Wäre sie beispielsweise frei-

widerruflich zu gestalten oder ihre Wiederaufhebung einer Bewilligung zu unterstellen, wie dies in den USA der Fall ist? Ferner stellt sich die Frage, ob die steuerliche Konsolidierung über die territorialen Grenzen hinaus zu gestatten wäre. Dabei würde natürlich die Steueranrechnung, von Herrn Dr. REYMOND befürwortet, begreiflicherweise eine große Rolle spielen. Aber man könnte die steuerliche Konsolidierung sicher auch einführen, ohne daß von Anfang an die Steueranrechnung notwendigerweise vorhanden sein müßte.

Das Bestehen des Holdingprivilegs und des Beteiligungsprivilegs, das wir im schweizerischen Steuerrecht kennen, hilft eben in vielen Fällen nicht oder nicht genügend. Nämlich dann nicht, wenn im Konzern die Muttergesellschaft eine Betriebsgesellschaft ist und auch dann nicht, wenn sogenannte Transferleistungen zwischen Schwestergesellschaften vorgenommen werden.

Wenn die steuerliche Konsolidierung eingeführt würde, dann müßte sie naturgemäß gegenüber der verdeckten Gewinnausschüttung abgegrenzt werden.

Die steuerliche Konsolidierung hätte den großen Vorteil, daß sie helfen würde zu vermeiden, daß zusätzliche Steuerlasten innerhalb von Konzernen entstehen, wo keine echten Gewinne erzielt werden. Weiter würde sie als Wechselwirkung mithelfen, den Ausbau des aktienrechtlichen Konzernrechtes zu fördern.

M. CLAUDE BRÉLAZ, chef de l'Administration cantonale des impôts du canton de Vaud, Lausanne:

Il faut tout d'abord me permettre de me joindre aux félicitations qui ont été adressées aux deux rapporteurs. Ils les ont bien méritées – leur tâche était difficile. Les limites à donner au sujet pouvaient être fort différentes selon les points de vue.

Pour ma part de «spécialiste» chargé de l'application du droit fiscal, l'influence du droit fiscal sur le droit commercial est très faible. Je m'en expliquerai. Toutefois, il y aurait un exemple vécu de cette influence qu'il faut apporter dans le débat. Le voici.

Lorsqu'il s'est agi de modifier les règles du code des obligations concernant les pièces justificatives d'une opération commerciale permettant d'établir une comptabilité, pour tenir compte des moyens techniques modernes mis à disposition tels que microfilms, la question s'est posée de savoir si le délai de 10 ans prescrit pour la conservation de ces pièces devait également être modifié et ramené, je crois, à cinq ans. Les autorités fiscales

de tous les cantons ainsi que celles de la Confédération, consultées, ont alors unanimement réagi et présenté les inconvénients d'une réduction du délai sur les contrôles fiscaux. Le délai de dix ans a été maintenu sans changement.

Il convient maintenant d'examiner pourquoi l'influence du droit fiscal sur le droit commercial est minime.

Tout d'abord, on constate que le droit fiscal – je limite mon propos aux impôts directs sur le revenu des personnes physiques et sur le bénéfice net des personnes morales – a construit son système à partir des normes de droit commercial auquel il emprunte toutes ses notions essentielles que ce soit revenu ou bénéfice, sociétés de personnes ou personnes morales, règles de la comptabilité, etc. S'agissant par exemple des amortissements et des provisions, il se réfère expressément à l'usage commercial. On pourrait aussi prétendre que la double imposition de la personne morale et de ses actionnaires consacre l'autonomie de la première par rapport aux seconds créée par le code des obligations.

Au surplus, il est présumé en droit fiscal que ces institutions fonctionnent selon les lois économiques traditionnelles. A défaut, il faut «imaginer» des concepts puisque les règles du jeu sont faussées. A ce propos on peut constater que l'imagination du fisc est suscitée par celle des contribuables, ni plus, ni moins.

Le droit fiscal est donc constamment appelé à compléter son système par des institutions qu'il ne trouve pas dans le droit commercial. Par exemple, il doit définir les sociétés immobilières à actionnaire unique, il demande une comptabilité à ceux qui ne sont pas astreints à en établir une, il précise les notions d'amortissement, de provisions et de réserves, etc. Et comme il poursuit un but bien spécifique qui ne se recouvre pas nécessairement avec les fins du droit commercial, cette «création» influence peu l'évolution du droit commercial.

Il faut cependant admettre que sur de nombreux points les exigences de précision du fisc concorderaient notamment avec l'intérêt des créanciers ou des actionnaires d'une entreprise, voire avec celui des contrôleurs aux comptes. C'est pourquoi il faut souhaiter que l'influence du droit fiscal sur le droit commercial grandisse et qu'une activité commune des juristes pratiquant l'un et l'autre domaine se développe. Ce serait une solution positive pour éviter bien des distorsions et des conflits dans les deux domaines qui nous intéressent à un même titre.

GION CLOPATH, Rechtsanwalt, Genf, stellt den Referenten folgende Fragen im Zusammenhang mit der künftigen Gestaltung des Steuerrechts, insbesondere mit den von J.A. REYMOND auf S. 461 ff. geäußerten Vorschlägen *de lege ferenda*:

1. Wenn über den heutigen Stand des Steuerrechts gesprochen wird, ist dann eine eigentliche *steuerpolitische* Diskussion überhaupt zu vermeiden? Die Antwort der beiden Referenten lautet unterschiedlich: J.A. REYMOND hat versucht, über die Inventaraufnahme hinaus konkrete Vorschläge zu erarbeiten, wogegen W. RYSER auf eine Stellungnahme vorsichtigerweise verzichtet. Vielleicht wäre es interessant, von ihm zu vernehmen, was er von den Vorschlägen im einzelnen hält.

2. Wie können diese Vorschläge im Rahmen der laufenden Reformdiskussion berücksichtigt werden? Sind Sie nicht auch der Auffassung, daß diese Ideen zur grundsätzlichen Ausmar-
chung um die Gestaltung der direkten Steuern von Bund, Kantonen und Gemeinden gehören? Die Kommission unter dem Vorsitz von Regierungsrat MOSSDORF ist gegenwärtig daran, nach abgeschlossenem Vernehmlassungsverfahren ein neues Rahmengesetz und gleichzeitig ein Bundesgesetz über die direkten Bundessteuern zu entwerfen. Die ganzen Harmonisierungsbestrebungen haben, soweit ich das überblicken kann, in erster Linie Bestehendes konsolidiert. Neue oder gar revolutionäre Verbesserungsmaßnahmen sind ihr weitgehend fremd geblieben. Die Gesetzesentwürfe, so wie sie heute vorliegen, sind kaum auf enthusiastische Zustimmung gestoßen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob nicht jetzt mit Vorteil eine *Denkpause* eingeschaltet werden sollte, die es den Herren Referenten gestatten würde, ihre Anregungen an die Kommission MOSSDORF heranzutragen. Einzelne Mitglieder dieser Kommission und auch deren Sekretär sind heute unter uns. Vielleicht wäre es interessant, von diesen Herren zu erfahren, wie sie sich das weitere Vorgehen in dieser Sache vorstellen.

3. Zur Einführung des *Anrechnungssystems* bzw. des *gespaltenen Körperschaftssteuersatzes* stellt sich folgende Frage: Ist das in einem föderalistischen Steuersystem überhaupt durchführbar? Nehmen Sie einen ganz einfachen Fall: Gesellschaft mit Sitz in St. Gallen, Aktionär unbeschränkt steuerpflichtig im Kanton Zürich. Nehmen Sie weiter an, die Gesellschaft entrichte eine Körperschaftssteuer zum Satze von 50% und der steuerhehrliche Aktionär könne die Hälfte (wie in Frankreich oder Grossbritannien) oder die gesamte auf die ausgeschüttete Dividende entfallende

Steuer auf seine eigene Einkommenssteuer anrechnen. Muß jetzt der Sitzkanton Erstattung leisten, bejahendenfalls an wen? Wird vollständige Erstattung verlangt (Steuerergutschrift über die Kantonsgrenze), verbleibt dem Sitzkanton überhaupt kein Steuerertrag mehr, sofern alle Aktionäre auswärts wohnen. Verneint man diese Erstattungsmöglichkeit und verweist man den Dividendenempfänger an den Wohnsitzkanton (Anrechnung der bereits in einem anderen Kanton entrichteten Steuer), dann geht der Wohnsitzkanton leer aus. Ist das zulässig? Jedenfalls ist festzuhalten, daß das Anrechnungsverfahren im föderalistischen Steuersystem seine Tücken haben wird. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es ohne vollständige Vereinheitlichung des Steuerrechts der natürlichen und juristischen Personen überhaupt realisierbar ist.

4. Einige kurze Fragen zum *Konzernsteuerrecht*. Die Idee ist sicher großartig. Finden Sie es aber sinnvoll, daß wir ein Konzernsteuerrecht einführen, bevor wir über die entsprechenden handelsrechtlichen Grundlagen verfügen? Wie Herr Kollege PESTALOZZI richtig bemerkt, liegt das Konzernrecht irgendwie in der Luft, d.h. eben (noch) nicht auf dem harten Boden der rechtsverbindlichen Tatsachen. Ist es vernünftig, das Konzernrecht also gewissermaßen durch die Hintertür des Steuerrechts einzuführen, bevor die handelsrechtliche Ausgangsbasis hiezu geschaffen wird? Damit sind wir zum eigentlichen Thema der Tagung zurückgekehrt: welchen Einfluß soll das Steuerrecht auf das Handelsrecht ausüben dürfen? Gerade beim Konzernsteuerrecht könnte man gewissermaßen von einem Testfall sprechen, wo getestet wird, wer die erste Geige führen soll: der Handelsrechtler oder der Steuerrechtler. Ist es wirklich weltfremde Utopie, zu fordern, daß beide, gemeinsam, Handelsrechtler *und* Steuerrechtler, im harmonischen Duo, eine Lösung dieses schwierigen Problems erarbeiten?

BEAT JUNG, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Adjunkt bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung:

Herr CLOPATH hat vorher eine Denkpause bei der Steuerharmonisierung angeregt. Hiezu möchte ich als Mitarbeiter der Eidg. Steuerverwaltung und Mitglied der Koordinationskommission für die Steuerharmonisierung bemerken, daß der Bundesrat für die Weiterverfolgung der Harmonisierungsentwürfe (Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der

Kantone und Gemeinden, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer) einen ziemlich gedrängten Zeitplan aufgesetzt hat. Die Koordinationskommission für die Steuerharmonisierung hat die Ergebnisse des soeben abgeschlossenen Vernehmlassungsverfahrens zum Harmonisierungsgesetz bis Ende des laufenden Jahres auszuwerten. Dabei hat es nicht die Meinung, daß sie ihre Gesetzesentwürfe im einzelnen überarbeitet; ihre Aufgabe ist es lediglich, die sachlich oder politisch relevanten Einwände, die im Vernehmlassungsverfahren angemeldet worden sind, zusammenzustellen und sich zuhanden des Vorstehers des Eidg. Finanz- und Zolldepartementes sowie der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren gutachtlich dazu zu äußern. Nach dem Zeitplan des Bundesrates soll die Botschaft zu beiden Gesetzestexten im Verlauf des Jahres 1979, möglichst noch vor den Sommerferien, den Eidgenössischen Räten zugeleitet werden. Dieser Zeitplan ist deshalb verhältnismäßig gedrängt, weil der Bundesrat seinerseits unter dem Druck maßgeblicher politischer Kreise steht, die auf eine rasche Verwirklichung der Steuerharmonisierung drängen. Es besteht somit keine Zeit für eine Denkpause.

Me JACQUES-ANDRÉ REYMOND, rapporteur de langue française (intervention finale):

Je voudrais, en premier lieu, remercier tous ceux qui par leur intervention, ce matin, ont d'ores et déjà ouvert le débat que j'appelle de mes vœux, et que je crois indispensable à la bonne évolution de la fiscalité helvétique.

Permettez-moi de faire, en guise de conclusion, quelques brèves remarques.

L'idée d'une réforme fiscale, même partielle, j'en suis conscient, peut effrayer. Nos lois ne sont-elles pas le résultat de compromis politiques qui ont été difficiles à réaliser et qui, s'ils ne satisfont personne, offrent néanmoins des avantages, sur un point ou un autre, à toutes les catégories de contribuables? La politique des «petits pas» est d'ailleurs inhérente au génie helvétique. Au fond, nous sommes assez généralement convaincus que nos lois sont, quant à l'essentiel, justes et bonnes, et que seules sont nécessaires, au fil des ans, de légères retouches, jurisprudentielles ou législatives. Ainsi, nos révolutions, au lieu de se faire en un jour, prennent le temps d'une ou deux générations.

Je ne mésestime pas les vertus de cette conception. Je crois, pourtant, que nous sommes parvenus à un stade, en droit fiscal,

où, si nous voulons maintenir – et c'est très important – la bonne harmonie des relations entre les citoyens et l'Etat, certaines réformes de structure sont indispensables; ce qui ne signifie pas pour autant qu'il faut complètement bouleverser le système en vigueur.

Le bilan consolidé, tel que l'a décrit le Dr. PESTALOZZI, offre une solution très intéressante à certains des problèmes posés par la double imposition économique. Mais c'est une solution partielle, et je crains, personnellement, les solutions partielles, qui, trop souvent, créent de nouvelles distorsions et ouvrent de nouvelles voies d'évasion. Si j'ai proposé, dans ce contexte, la suppression de la double imposition, je suis bien conscient qu'il n'est pas facile de mettre au point des mécanismes adaptés à nos institutions, et Monsieur CLOPATH a eu raison de nous rappeler, à ce sujet, que toute réforme, qu'il s'agisse de sa nature ou de ses modalités, doit être compatible avec notre système fédéraliste.

Manifestement, la fiscalité, si elle influence peu le droit commercial (comme l'a relevé Monsieur BRÉLAZ) influence indûment la vie des affaires, et manifestement, aussi, les distorsions qui en résultent ne peuvent être éliminées, du moins d'une manière qui satisfasse chacun, par le seul moyen de l'interprétation des lois. Sans doute, les conflits auxquels donnent lieu l'évasion fiscale ne sont pas nouveaux, mais la récession économique en accroît le nombre et, surtout, l'intensité. Il serait dommage, tragique peut-être, de ne pas saisir l'occasion que nous offre l'harmonisation des législations cantonales de remettre en cause nos lois fiscales, de les examiner avec des yeux neufs et, autant que nous en sommes capables, sans préjugé.

Prof.Dr.WALTER RYSER, Berichterstatter deutscher Sprache (Schlußvotum):

Es will den Anschein machen, daß ich doch herausgefordert werde, zu gewissen Vorschlägen des welschen Berichterstatters Stellung zu nehmen. Dies kann leider nicht, ohne ins Feld der Steuerpolitik zu treten, geschehen.

Obwohl ich in sehr vielen Teilen mit den Ansichten meines Koreferenten einig gehen kann und auch viele seiner Kritiken an die Adresse der Rechtsprechung teile, muß ich gestehen, daß sein Bericht in anderen Teilen bei mir einiges Kopfschütteln bewirkt hat.

Die mangelnde Neutralität wird beklagt. Ich vermisste aber

eine klare Darlegung, was unter Neutralität gemeint wird, und speziell eine Demonstration, daß diese Neutralität auch als wünschbares Ziel für Reformen gelten kann. Wenn die Neutralität so verstanden wird, daß die Unternehmungen an und für sich gleich belastet werden sollten, ohne Rücksicht auf die Rechtsform, in der sie geführt werden, so läßt sich dies zwar hören. Allein müßte noch dargetan werden, daß in unserem Wirtschaftswalde die Tierart «Unternehmung» einheitlich ist, so daß sie auch eine gleichmäßige Behandlung erfordert. Es scheint mir, daß doch so klare Differenzen bestehen können, zum Beispiel zwischen dem Unternehmen, das in der Form einer Aktiengesellschaft geführt wird, und demjenigen, das in der Form einer Einzelfirma geführt wird, daß unterschiedliche Behandlungen gerechtfertigt, wenn nicht notwendig sind, will man dem verfassungsmäßigen Gebot, nur Gleiches gleich zu behandeln, auch folgen.

Beim unterbreiteten Postulat der Neutralität dürfte wohl auch noch der Gedanke unterstellt sein, daß meistens die Globalbelastung der Aktiengesellschaft und des Aktionärs höher sei als diejenige des Unternehmers, der als Einzelkaufmann oder als Teilnehmer einer Personengesellschaft tätig ist. Belastungsvergleiche haben zwar während den 60er und anfangs 70er Jahren fast immer gezeigt, daß es so sei. Die Szene hat sich jedoch geändert: Wegen der unerhörten Verschärfung der Besteuerung höherer Einkommen (Erhöhung um etwa 50% innerhalb 5 – 6 Jahren) und wegen der starken Erhöhung der Sozialbeiträge führen Belastungsvergleiche heute im Gegenteil sehr häufig dazu, daß die Führung von Unternehmen in der Form der Aktiengesellschaft steuergünstiger sein kann, was fast immer dann eintrifft, wenn das Unternehmen eine hohe Rentabilität aufweist.

Nun gipfeln die Vorschläge des welschen Referenten in die Befürwortung der Einführung des Anrechnungssystems. Damit soll die Doppelbelastung der Gesellschaft und des Aktionärs ausgeschaltet bzw. gemildert werden. Damit wird unterstellt, daß diese Doppelbelastung systembedingt sei und eben bloß durch Änderung des Systems ausgerottet werden könne. Die Globalbelastung bei Beibehaltung des klassischen Systems braucht aber keineswegs höher zu sein als bei der Benützung eines Anrechnungssystems. Das wurde auch eindeutig von den Arbeiten von Prof. VAN DEN TEMPEL, der von der EWG-Kommission beauftragt war, gerade zu diesem Thema eine erste Studie zu unterbreiten, nachgewiesen. Es braucht nämlich bloß der Belastungssatz der Körperschaften tief gehalten zu werden (etwa 30%), damit wie-

derum mit dem Anrechnungssystem Schritt gehalten werden kann (vorausgesetzt, dass wie bei den Empfehlungen der EWG bloß 45–50% der Körperschaftssteuer angerechnet werden sollen). Nicht zu vergessen ist auch, daß das Anrechnungssystem interstaatlich zu diskriminieren ist, was bei uns als Bundesstaat zu den größten Problemen führen müßte. Unser welscher Referent hatte die Eleganz, in seinem Bericht darauf hinzuweisen, daß bei der Einführung des Anrechnungssystems die Sätze auf etwa 50% gehoben werden müßten, wenn das Steueraufkommen beibehalten werden soll. Bedenkt man, daß unsere Wirtschaft vor allem aus kleinen und mittleren Unternehmungen besteht und daß allen diesen Unternehmungen und sogar den wenigen großen eine Charakteristik gemeinsam ist, und zwar, daß sie alle als wahre Bannerträger der Selbstfinanzierung erscheinen, so muss man sich wohl fragen, ob ein System mit einer Vorabbelastung von rund 50% (statt heute etwa 30–35%) überhaupt tragbar sein kann, will man nicht diese Stütze – eben die Selbstfinanzierung – unserer Wirtschaft bedenklich schwächen.

Was wir brauchen, ist nicht ein raffiniertes, perfektes System, was wir brauchen, ist vielmehr ein einfaches verständliches System. Aber ein einfaches und verständliches System kann man sich nur leisten, wenn die Sätze relativ tief bleiben. Dies braucht keine Illusion zu sein: Es geht bloß darum, daß die Verteilung der Lasten nicht immer in Richtung einer größeren Entlastung unten und größeren Belastung oben geht. Wenn Demokratie Hand in Hand mit Verantwortung geht, so muß wohl Verantwortung heißen, daß, wenn vom Staate mehr verlangt wird, man auch bereit ist, mehr zu zahlen. Deshalb muß es als äußerst bedenklich erscheinen, daß ein immer größeres Segment der potentiellen Steuerzahler mehr vom Staate fordern darf (und dazu sogar noch animiert wird), ohne auch mehr dafür zahlen zu müssen. Und es ist eine große Illusion, zu glauben, daß die Solidarität, welche eine gesunde Demokratie voraussetzt, bei den größeren Steuerzahlern nicht verblassen wird, wenn sie einseitig immer kräftiger am Kragen gefaßt werden. Etwas pointiert gesagt, glaube ich, daß, was wir brauchen, so etwas wie eine Verfassungsbestimmung sein könnte, die sagen würde, daß die Gesamtbelastung des Einzelnen mit allen Arten an direkten Steuern, also insbesondere inklusive Vermögenssteuer und unter Einschluß der Sozialbeiträge nicht, sagen wir, 45–50% überschreiten dürfe. Wäre das erreicht, so könnten wir uns ohne weiteres davon dispensieren, mit komplizierten Systemen zu liebäugeln.

Der Präsident dankt allen Votanten und den Berichterstatern, den Teilnehmern der Tagung für ihr Erscheinen und den zürcherischen Organisatoren für ihre vorzügliche Betreuung. Er erklärt um 12.00 Uhr den Schweizerischen Juristentag 1978 als geschlossen.

Verzeichnis der Diskussionsredner / Liste des participants aux débats.

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

Brélaz C., Lausanne, S. 584
 Clopath G., Genf, S. 585
 Furgler K., Bern, S. 555
 Gauthier J., Lausanne, S. 547
 Grisel A., Lausanne, S. 545
 Gygi F., Bern, S. 505, 563
 Homburger E., Zürich, S. 565
 Jung B., Bern, S. 587
 Ludwig P., Münsingen, S. 542
 Müller B., Bern, S. 539
 Muller P., Lausanne, S. 531, 562
 Pestalozzi A., Zürich, S. 580
 Reymond J. A., Genf, S. 571, 587
 Ryser W., Gümligen, S. 566, 589
 Stern K., Köln, S. 552
 Zimmerli U., Bern, S. 526, 559
 Zimmermann F., Küsnacht, S. 577