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: 100 (1981)

Rubrik: Procèes-verbal de la 115e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

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: 13.12.2025

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

Procès-verbal de la 115e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

du 25 au 27 septembre 1981 à St-Gall

Séance du samedi 26 septembre 1981
à l'Aula de la Haute-Ecole de St-Gall

Président:
Maître JACQUES MATILE, Lausanne

I.

Le Président ouvre la séance à 08.30 heures en prononçant les paroles suivantes:

Mesdames, Messieurs,

En ouvrant cette première séance du 115e Congrès annuel de la Société suisse des juristes, je vous souhaite à toutes et à tous une cordiale bienvenue à St-Gall. Mais je me sens pressé, avant toute chose, de saluer, au début de cette assemblée, les personnalités qui nous font l'honneur non seulement d'assister, mais encore de participer à nos travaux.

A tout seigneur, tout honneur, M. le Conseiller fédéral KURT FURGLER, président de la Confédération, malgré ses lourdes charges, nous fait l'amitié de participer à nos travaux de ce jour et d'y prendre la parole. Il serait quelque peu paradoxal de souhaiter la bienvenue à M. FURGLER dans sa bonne ville de St-Gall. Mais ce que nous aimerions lui dire au nom des juristes suisses, c'est notre reconnaissance pour l'intérêt sans faille qu'il porte à nos travaux et pour l'aide qu'il nous apporte dans leur préparation.

La présence des présidents de nos tribunaux fédéraux, MM. ROLANDO FORNI et THÉO BRATSCHI, nous est aussi un encouragement. Elle est le signe de l'estime que nous portent les autorités judiciaires suprêmes de la Confédération, mais aussi pour notre

société, un encouragement à continuer, par ses travaux scientifiques, à collaborer, dans la mesure de ses moyens, à l'élaboration de la jurisprudence de nos cours suprêmes.

Je me tourne ensuite vers nos hôtes, les autorités du canton et de la ville de St-Gall pour remercier M. le Landammann GEMPERLI, MM. KURT REBER, président du Kassationsgericht, WERNER GRAF, président du Tribunal cantonal, HEINZ WEIDMANN, vice-président du Tribunal administratif et HEINZ CHRISTEN, Stadtammann de la ville de St-Gall, d'honorer nos travaux de leur présence. Nous leur devons une gratitude particulière, car nous savons que c'est grâce à eux et grâce à l'appui des autorités cantonales et communales qu'ils représentent que, non seulement l'organisation matérielle de notre manifestation a pu s'élaborer, mais encore que chaque congressiste a pu recevoir le remarquable recueil des travaux qu'il a trouvé ce matin dans les documents qui lui ont été remis.

J'aimerais saluer ensuite nos quatre rapporteurs, MM. les Professeurs GEORG MÜLLER et PAUL-HENRI STEINAUER, MM. WERNER DE CAPITANI et PIERRE SCHMID et les remercier pour la contribution décisive qu'ils apportent à nos travaux par leurs excellents rapports. Nous avons déjà apprécié le fruit de leurs réflexions dans leurs rapports écrits et nous nous réjouissons de les entendre dans la discussion d'aujourd'hui et de demain.

Je n'aurais garde d'oublier le comité d'organisation du 115e Juristentag sous l'experte direction de M. le Dr URS FLÜCKIGER, conseiller municipal, qui ne s'est pas borné à mettre sur pied une organisation parfaite, j'allais dire «generalstabsmässig», mais a su encore nous réserver un accueil amical par des gestes et par des innovations dont tous les congressistes lui sont reconnaissants.

Enfin, je me tourne vers notre hôte de ce jour, M. le Recteur MEIER. C'est avec joie que nous acceptons l'hospitalité de la Haute-Ecole de St-Gall: d'abord, parce qu'elle offre à nos travaux un cadre exceptionnel dû à l'harmonie entre une nature exceptionnelle et une architecture audacieuse; ensuite, parce que c'est une satisfaction particulière pour les juristes suisses d'être reçus par la dernière-née des facultés de droit de notre pays, celle de St-Gall. Ce passage restera marqué pour chacun de nous par le recueil des travaux dont je viens de parler, «Beiträge zur Methode des Recht» qui est le signe de la vitalité et de la richesse de votre toute jeune faculté de droit.

Je déclare ouverte la 115e assemblée générale de la Société suisse des juristes, à St-Gall, 1981.

Professor A. MEIER, Rektor der Hochschule St. Gallen:

Herr Bundespräsident, Herren Bundesrichter, Herr Landammann, Herr Regierungsrat, Herr Stadtammann, Herren Präsidenten, meine Damen und Herren!

«Glück und Huld, ihr Damen und Herren, zum Gruße!» Mit diesen leicht abgewandelten Worten aus dem tollbewegten ersten Finale des Barbiers von Sevilla (der für heute abend auf dem Programm steht), heiße ich Sie herzlich willkommen an der Hochschule St. Gallen. Es ist für uns eine große Ehre, daß der hoch angesehene Schweizerische Juristenverein seinen traditionsreichen Juristentag dieses Jahr bei uns durchführt. Wir freuen uns darüber sehr. So sehr, daß ich (wie der Graf im «Barbier») mein «Glück und Huld» am liebsten viermal wiederholen würde. Da ich es Ihnen leider nicht singen kann, begnüge ich mich mit einer Wiederholung: «Glück und Huld, ihr Damen und Herren».

Bei dieser Gelegenheit danke ich dem Präsidenten des Organisationskomitees, Herrn Stadtrat Dr. URS FLÜCKIGER, der sein aktives Interesse an der Wissenschaft nicht nur durch die Übernahme des Präsidiums dieses Anlasses bekundet, sondern sich auch als Hochschulrat zur Verfügung gestellt hat und sich dort engagiert mit den Problemen unserer Hochschule befaßt.

Danken möchte ich aber auch allen meinen Kollegen von der Juristischen Abteilung, die in Lehre und Forschung besondere Anstrengungen im Hinblick auf diesen Juristentag gemacht haben.

Meine Damen und Herren, selbst im «Barbier von Sevilla», den man kaum zur juristischen Literatur zählen kann, begegnen wir mehrfach juristisch relevanten Begriffen bzw. Sachverhalten, z.B.: Betrug, Verleumdung, Schelm, Räuber, Dieb, Notar und Ehevertrag. Weil juristische Probleme in allen Lebensbereichen auftreten, ist auch an unserer Hochschule schon von jeher Recht im Rahmen der wirtschaftlichen Ausbildung gelehrt worden. Seit Ende der sechziger Jahre gab es sogar eine Studienrichtung Wirtschaftsrecht, die aber noch nicht mit einem volljuristischen Studium vergleichbar war und mit einem lic. oec. abschloß.

Immer mehr setzte sich jedoch die Erkenntnis durch, daß wir eine volljuristische Ausbildung anstreben sollten, die derjenigen an den Universitäten gleichwertig ist und die mit dem Doktorat der Rechtswissenschaften abschließt. In dieser Absicht hätte uns auch die Arie des Bartolo im «Barbier» bestärken können, singt er doch:

«Einen Doktor meinesgleichen
Fängt man nicht mit solchen Lügen;
Will Rosine mich betrügen,
Muß sie schlau zu Werke gehn.»

Die Ausbildung zum Doktor, so denkt er offensichtlich, hat ihn besonders lebenstüchtig gemacht. Nachdenklich stimmt uns dann allerdings, daß am Schlusse doch Doktor Bartolo der Geprellte ist. Ich widerstehe aber der Versuchung, nun etwas über den oft beschworenen Gegensatz von Theorie und Praxis zu sagen.

Die Hochschule St. Gallen hat also mit der Studienordnung 1978 einen volljuristischen Studiengang geschaffen, der Gleichwertigkeit mit der bestehenden juristischen Ausbildung an den Universitäten anstrebt. Die ersten Studenten neuer Ordnung kommen nun im Winter ins 7. Semester, werden 1982 das Lizentiat machen und einige Jahre später den Doktortitel erhalten. Ich stelle fest, daß bei den ersten Studenten, aber auch bei den Dozenten der juristischen Abteilung etwas vom Geist der Pioniere lebt, was eine hohe Qualität der Ausbildung bewirkt. Ich zweifle deshalb nicht daran, daß diese ersten Absolventen gute Leute sind und sich in der Praxis bewähren werden.

Wir stellen aber immer wieder fest, daß außerhalb der Hochschule Existenz und Charakteristika unseres neuen Studienganges noch wenig bekannt sind. Außerdem wissen wir als Ökonomen, daß neue Produkte in der Regel vom Markt weniger enthusiastisch aufgenommen werden, als sich das die Produzenten vorstellen. Es kommt zu Mißverständnissen. Entsprechende Gerüchte oder gar Verleumdungen sind aber gefährlich, wie uns das die Arie des Basilio im «Barbier» dramatisch darstellt:

«Die Verleumdung, sie ist ein Lüftchen,
kaum vernehmbar in dem Entstehen ...»

heißt es zunächst. Doch dann schwillt das Lüftchen an, und am Schluß hören wir:

«Durch der Lüfte Regionen
Tobt's wie Brüllen der Kanonen ...
Und der Arme muß verzagen,
Den Verleumdung hat geschlagen.»

Um das in unserm Falle zu verhindern, möchte ich ganz kurz auf 4 Charakteristika unseres juristischen Studienganges hinweisen:

1. Stärker gewichtet sind die methodischen und rechtstheoretischen Fächer – Rüstzeug, das auch bei raschem Wandel des positiven Rechtes wertvoll bleibt.

2. Stark gewichtet sind Rechtsfächer, die sich auf Wirtschaft und öffentliche Verwaltung beziehen, wie: Gesellschaftsrecht, Konzernrecht, Kartellrecht, Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht, Verwaltungsrecht und Steuerrecht.

3. Geringere Dotierung von Strafrecht und historischen Disziplinen, wobei letzteres teilweise kompensiert wird durch den obligatorischen Unterricht in Rechtsvergleichung.

4. Gemeinsamer Unterricht auf der Grundstufe zusammen mit den künftigen Absolventen der übrigen Studiengänge, insbesondere in Volkswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftslehre.

Mit diesem – hier nur ganz grob skizzierten – Konzept wollen wir eine volljuristische, moderne Ausbildung vermitteln, wobei Gleichwertigkeit mit den bestehenden Ausbildungskonzepten angestrebt ist, nicht Gleichartigkeit.

Unserm neuen juristischen Studiengang wünsche ich, was Rosine im «Barbier» im Finaletto singt: «Nun strahle, liebe Sonne, aus wolkenlosem Blau!»

Ihnen, meine Damen und Herren, wünsche ich eine fachlich interessante und anregende Tagung und einen angenehmen Aufenthalt an der Hochschule und in der Stadt St. Gallen. Möge niemand von Ihnen Anlaß haben, in das Sextett aus dem «Barbier» einzustimmen, wo es heißt: «Ist mir doch als wär' im Kopfe eine große Feuerschmiede».

II.

Sur proposition du Président, l'assemblée désigne les secrétaires suivants:

- Monsieur Peter Kreis, Kantonsgerichtsschreiber, St-Gall,
- Monsieur Pierre Mathyer, avocat-stagiaire, Lausanne.

III.

Rapport du Président:

1. Lors de notre assemblée générale de Fribourg en 1980, le comité vous a fait part de son souci de voir notre société garder

un contact étroit avec les jeunes juristes de notre pays et d'assurer leur accueil dans le cadre de notre organisation. Vous aviez bien voulu suivre les propositions qui vous avaient été faites à l'époque. Aussi le comité estime-t-il de son devoir de vous renseigner sur le résultat de ces actions:

a) Nous avons édité à fin 1981 un dépliant qui explique brièvement les buts de notre société et qui en dépeint l'activité sous une forme que nous avons souhaitée aussi attractive que possible. Cette formule a été distribuée à nos membres avec nos circulaires habituelles; elle a en outre été mise à disposition des étudiants en droit dans toutes les universités de notre pays. Elle a rencontré un accueil favorable puisque nous avons eu le plaisir de recevoir entre le 15 juillet 1980 et le 15 août 1981 267 nouveaux membres (soit près du double du nombre atteint l'année précédente) et qu'au 15 août 1981 notre société comptait 3382 membres, soit près de deux cents de plus que l'année précédente compte tenu de 38 démissions et de 35 décès. Mais notre joie d'accueillir ces nouveaux membres est d'autant plus grande qu'il s'agit pour beaucoup d'entre eux de jeunes juristes, très souvent encore étudiants, qui sont venus assurer la relève et qu'au surplus on compte parmi eux de nombreuses femmes, ce qui nous permettra, à terme, de donner à notre société un caractère plus conforme aux principes d'égalité entre hommes et femmes que garantit aujourd'hui notre Constitution fédérale.

b) Le comité vous avait également proposé, dans le même esprit, d'organiser à l'occasion de nos congrès des séminaires portant sur les sujets traités par nos rapporteurs et permettant aux étudiants en droit de nos diverses facultés de s'initier très tôt aux problèmes qui préoccupent leurs aînés. Cette idée a reçu auprès des professeurs de nos facultés un accueil enthousiaste. Ce ne sont en effet pas moins de quatre facultés, celles de Zurich, Berne, Bâle et St-Gall qui se sont mises à disposition pour tenter cette expérience. Nous tenons à les remercier ici et à exprimer notamment notre reconnaissance aux professeurs MEIER-HAYOZ, WIEGANDT, WILDHABER et DRUEY de s'être mis à disposition pour organiser, diriger et animer des séminaires qui, s'ils n'ont pas attiré les grandes foules, ont permis à plusieurs dizaines d'étudiants de s'initier, durant le semestre d'été, aux problèmes de la propriété aujourd'hui. Cet effort a été couronné hier après-midi à St-Gall par une réunion, d'ailleurs ouverte à tous, où les participants à ces différents séminaires ont pu confronter leurs points de vue et dont vous aurez sans doute les échos dans les débats d'aujourd'hui.

Il est encore trop tôt pour porter un jugement définitif sur cette expérience. Le comité l'appréciera, en étroit contact avec les professeurs de droit qui ont bien voulu y participer, et en tirera toutes les conclusions qu'il jugera utile. Pour l'heure, on peut se borner à constater que l'accueil reçu par notre initiative, les échos qu'elle a rencontré tant dans le corps professoral que chez les étudiants permettent d'ores et déjà de dire qu'elle a été positive.

2. Comme je l'ai dit plus haut, nous avons eu la peine de perdre au cours de l'année écoulée trente-cinq de nos membres que la mort nous a repris. Nous savons que, illustres ou obscurs, chacun de ces juristes a servi à sa place la cause de notre droit et qu'il a mérité l'estime et la reconnaissance de ses collègues. Je vous prie donc de bien vouloir vous lever pour honorer leur mémoire.

3. Pour marquer l'entrée du canton du Jura dans la Confédération, la Société suisse des juristes a offert au gouvernement jurassien une collection complète des sources du droit suisse éditée par notre commission des sources du droit. Le gouvernement jurassien a accueilli ce don avec gratitude et a déposé les ouvrages qui le constituent à la bibliothèque cantonale jurassienne.

4. Après vingt années de bons et loyaux services, notre archiviste, M. Ernest Signer, nous a demandé à être relevé de ses fonctions. Le comité a fait droit à cette demande à la fin de l'année 1980 et a exprimé à M. Signer, à l'occasion d'une de ses séances, la reconnaissance que lui doit notre société pour le travail considérable, et souvent ingrat, qu'il a accompli pendant vingt années au service de notre société.

Le comité a désigné comme nouvel archiviste le fils de M. Ernest Signer, M. Jean-Werner Signer, qui a repris le flambeau dès le 1er janvier 1981.

5. La préparation de notre congrès de St-Gall s'est déroulée sans difficultés majeures. Le mérite en revient tout d'abord au comité d'organisation saint-gallois, présidé par le Dr Urs Flückiger, qui a œuvré avec discrétion et efficacité pour que la manifestation de ce week-end connaisse un plein succès. Aux membres du comité d'organisation, à son président, mais aussi aux autorités de la ville et du canton de St-Gall qui ont grande-

ment facilité la mise sur pied de notre congrès, vont la reconnaissance de tous les juristes suisses et spécialement de ceux qui ont le privilège de participer au Juristentag 1981 à St-Gall.

Nous n'aurions garde d'oublier dans ce témoignage de gratitude la Haute-Ecole de St-Gall, et plus particulièrement sa faculté de droit qui, sacrifiant à la tradition, a édité un recueil de travaux dont elle fait hommage aux juristes suisses. Ce présent, mis à part sa valeur scientifique, nous va d'autant plus droit au cœur qu'il émane de la plus jeune des facultés de droit de notre pays qui entre ainsi de plein pied dans le monde juridique suisse. Que M. le doyen de la faculté de droit, MM. les professeurs et tous ceux qui ont participé à l'élaboration de ce recueil soient ici sincèrement remerciés.

Enfin, je dois un témoignage de particulière gratitude à nos quatre rapporteurs, MM. les professeurs GEORG MÜLLER et PAUL-HENRI STEINAUER, M. le Dr WERNER DE CAPITANI et MM. PIERRE SCHMID, LIONEL FREI, RUDOLF WYSS et JEAN-DOMINIQUE SCHUWEY. Cette année en effet, les manuscrits de tous les rapports ont été déposés dans les délais fixés; ils n'ont pas outrepassé le nombre de pages fixé par le comité. Le résultat a été, si l'on fait abstraction de la diminution substantielle des soucis du président, que nos rapports ont pu tous être mis à disposition de nos membres au début de l'été, ce qui a sans doute valu un taux de lecture plus appréciable que cela n'a été le cas, dans le passé, des rapports parus trop tardivement. Je voudrais donc exprimer ici à tous nos rapporteurs la reconnaissance de notre société pour leurs contributions si riches à l'étude des sujets qu'ils nous ont exposés et pour la disponibilité que, malgré leurs lourdes charges professionnelles, ils ont manifestée à l'égard de notre société. Puissent-ils trouver dans l'intérêt que leurs travaux ont suscité et susciteront encore auprès des juristes suisses la récompense de l'effort important et désintéressé qu'ils ont accompli.

6. Le rapport annuel de notre société est l'occasion pour votre président d'exprimer ses préoccupations personnelles sur tel sujet d'actualité qui lui paraît mériter l'attention de nos membres.

Il me paraît utile d'examiner ici brièvement la menace que fait peser, d'une manière toute générale, la lutte contre les abus sur le caractère libéral de notre droit et, en définitive, sur nos libertés. La mode est en effet aujourd'hui à la lutte contre les abus: rien de plus naturel d'ailleurs que le législateur se sente pressé de légiférer contre les abus des concentrations économiques, contre ceux que la pénurie de logements permet à certains de commettre

ou contre ceux que permet l'octroi de petits crédits. Lorsque les mécanismes du marché ne sont plus en mesure, parce que ne fonctionnant pas normalement, d'empêcher de telles situations, il appartient à la législation d'intervenir et de mettre un terme à des situations inéquitables. Malheureusement, une fois la machine mise en route, elle ne s'arrête pas en si bon chemin. Une fois apportées les premières restrictions qui mettent fin aux abus proprement dits, une commission est chargée, quelque temps après, d'apprécier la situation et de faire des propositions de réforme de la législation en vigueur. Le résultat de ces travaux est toujours le même, tant il est vrai qu'on n'a jamais vu une commission d'experts proposer un allègement de la législation: au nom, en général, de l'Etat social et de l'efficacité, les experts proposent une extension de la législation qui doit réglementer non plus seulement les abus, mais tout le domaine visé, à coup de dispositions impératives naturellement. Ainsi se restreint, petit à petit, comme une peau de chagrin, le domaine de la liberté d'entreprendre et celui de la liberté contractuelle. Partant d'une réaction justifiée contre certains abus, on en vient peu à peu à limiter le champ où s'exerce la liberté individuelle du citoyen sans que des motifs vraiment sérieux l'exigent. Cela mène tout droit à la stagnation de l'économie et à la sclérose, tant il est vrai que l'individu finit par renoncer à entreprendre lorsqu'il est pris dans le réseau inextricable d'une réglementation tracassière.

Cette mise en garde ne vise pas un projet particulier. C'est bien plutôt la méthode que nous mettons en cause. Personne ne met en doute la nécessité de lutter contre les abus lorsque les seules lois du marché ne permettent pas de les empêcher; mais cette lutte doit s'arrêter dès que son but est atteint et ne pas être le prétexte d'un développement de la législation qui restreint sans motif valable le régime de liberté contractuelle auquel nous sommes attachés. Il faut veiller à ce que l'Etat social n'en vienne pas à étouffer l'Etat libéral: à quoi servirait en effet d'être protégé par une législation surcomplète si le prix à payer était celui de notre liberté? Puissent donc les études que mène, année après année, notre société contribuer à marquer les limites d'un interventionnisme juridique qui doit aussi se soumettre aux exigences du principe de la proportionnalité.

IV.

M. le Président donne la parole à M. HANS-PETER MOSER, membre du Comité et directeur des débats relatifs à la propriété privée aujourd'hui.

Herr Dr. HANS-PETER MOSER erteilt das Wort dem französischsprachigen Berichterstatter zum Themenkreis «Privateigentum heute».

Professeur PAUL-HENRI STEINAUER, Fribourg, rapporteur de langue française:

Le rapport écrit que je vous ai présenté est divisé en deux parties. La première partie est consacrée à la propriété privée en tant que système général de maîtrise des ressources dont dispose une communauté humaine. De ce point de vue et très schématiquement, la propriété privée se caractérise comme un système qui organise l'utilisation des biens de façon à laisser en principe aux membres du groupe social une maîtrise individuelle et libre de toutes les ressources disponibles. La clé de voûte de ce système est la propriété, mais il existe d'autres moyens juridiques d'exercer, directement ou non, une maîtrise privée sur des biens, par exemple les droits réels limités, les créances ou les droits de sociétariat. C'est pourquoi j'ai désigné par l'expression «régime de maîtrise privée» et non par celle de «régime de propriété privée» le système général d'utilisation des biens qui est le nôtre aujourd'hui. La propriété est en quelque sorte le symbole de l'institution plus large qui est la maîtrise privée; elle en est aussi la composante la plus importante et la plus répandue, celle dont la conception détermine tout le reste. C'est la raison pour laquelle j'ai consacré la seconde partie de mon rapport à la propriété au sens technique du terme.

Le principe de la maîtrise privée individuelle des biens est, depuis 1969, ancré à l'art. 22ter de la Constitution fédérale. Considérée dans sa fonction positive, cette disposition impose au législateur d'aménager la maîtrise des ressources en laissant celle-ci, pour l'essentiel, aux particuliers. Notre système juridique de maîtrise des biens repose ainsi sur deux composantes fondamentales: d'une part, un réseau de droits subjectifs privés, qui aménage la maîtrise des biens entre les membres du groupe social et permet, souvent d'ailleurs avec des restrictions, la maîtrise individuelle des biens; d'autre part, un ensemble de règles

de droit public que l'Etat a été amené à édicter pour accomplir les diverses tâches qui lui sont confiées.

L'intervention de l'Etat dans le domaine de la maîtrise des biens, qu'elle se fasse par la voie du droit public ou par celle du droit privé, est régie par l'art. 22ter de la Constitution. La jurisprudence et la doctrine ont déduit de cette norme, qui est alors considérée dans sa fonction défensive, deux types de garanties. La norme garantit d'abord l'existence des droits subjectifs patrimoniaux en tant qu'institutions de notre ordre juridique. La portée de cette garantie est absolue, en ce sens que la protection ne peut être supprimée que par une modification de la Constitution. La nationalisation du sol ou la mission confiée à une administration d'acheter de gré à gré le plus de terre possible et de ne point la revendre irait ainsi aujourd'hui à l'encontre de la garantie de l'institution de la maîtrise privée. Ensuite, et c'est le second type de garantie déduit de l'art. 22ter, cette norme protège les droits patrimoniaux en tant que droits concrets d'un titulaire déterminé. A cet égard, la garantie n'est toutefois que relative. Dans un premier temps, le droit patrimonial est garanti en tant que tel, en ce sens que l'Etat ne peut y porter atteinte que par voie législative et pour des motifs d'intérêt public. Ensuite, dans l'hypothèse où le droit n'est plus protégé en tant que tel, c'est-à-dire lorsque l'existence d'une base légale et d'un intérêt public permettent d'y porter atteinte, la garantie intervient à un second niveau. En effet, en cas d'expropriation et de restrictions à la propriété équivalant à une expropriation, le titulaire du droit doit recevoir une juste, c'est-à-dire pleine, indemnité.

En tant que norme fondamentale régissant la maîtrise des biens, l'art. 22ter de la Constitution se limite ainsi à indiquer à quelles conditions l'Etat peut déroger au principe de la maîtrise privée individuelle et libre. Cette disposition, en revanche, ne détermine pas quand il est souhaitable, voire obligatoire, que l'Etat intervienne dans ce domaine.

Il en découle une conception du système juridique de la maîtrise des biens fondée sur l'opposition «liberté–restriction», la maîtrise privée et libre, considérée comme élément premier, étant opposée aux restrictions ultérieures imposées par l'Etat.

Cette vision est aujourd'hui contestée par plusieurs auteurs, et M. le Professeur MÜLLER a d'ailleurs souscrit à ces critiques dans son rapport. Je crois pourtant que c'est de cette vision du système qu'il faut partir si l'on veut dresser un constat de la situation actuelle en matière de maîtrise des biens.

En effet, et sans entrer dans les détails, on peut dire que notre

régime de maîtrise des biens doit tendre à réaliser l'équilibre le plus juste possible entre deux séries d'objectifs opposés: d'une part garantir à l'individu la liberté la plus grande possible et permettre une bonne rentabilité économique globale; d'autre part, assurer une répartition équitable des ressources entre les membres de la communauté et veiller à ce que les exigences du bien commun qui ne relèvent pas de la rentabilité économique soient elles aussi respectées. Or, dans sa configuration actuelle, notre régime juridique présume la liberté de maîtrise et favorise ainsi les deux premiers buts (liberté individuelle et rentabilité) au détriment des deux seconds (justice sociale et respect des autres exigences du bien commun). Cette attitude s'explique par l'origine historique du système actuel, qui est lié aux mouvements d'idées du XVIIIe siècle et aux efforts de la bourgeoisie en vue de conquérir des libertés face au pouvoir de l'époque. Elle correspond aussi à une approche philosophique et psychologique du problème qui se fonde sur l'importance de la liberté et sur le caractère principalement égoïste de l'être humain.

Cela étant, il m'a paru intéressant de tenter d'analyser le régime actuel de maîtrise des biens en relation avec les objectifs rappelés plus haut, avec ceux que le système actuel favorise comme avec ceux que le système actuel rend plus difficiles à atteindre. J'ai ainsi essayé, d'une façon évidemment très sommaire et en partie subjective, d'évaluer les résultats obtenus, mais j'ai surtout cherché à établir quels étaient les mécanismes juridiques intérieurs, mais aussi extérieurs au régime de maîtrise des biens, qui permettaient, ou empêchaient, les résultats souhaités.

En résumé, je suis parvenu aux conclusions suivantes:

- A l'actif du régime actuel, il faut d'abord mettre une bonne rentabilité économique globale (qui n'est d'ailleurs pas due exclusivement au régime des biens) et le fait que, dans l'ensemble, l'autonomie économique individuelle et la répartition des ressources (là encore en tenant compte d'autres éléments que le régime de maîtrise des biens) peuvent être considérés comme satisfaisants.
- A l'actif également doit figurer le fait que le système s'est révélé suffisamment souple pour que s'amorcent des solutions aux problèmes de la protection de l'environnement et de l'aménagement du territoire, ainsi que dans de nombreux autres cas si l'intérêt général exigeait une limitation de la maîtrise privée.
- Enfin, et ce n'est pas l'élément qui a le moins de poids, ce système a atteint ces résultats en laissant à chacun le maximum de liberté.

- Au passif du bilan figurent d'abord la lenteur avec laquelle le système évolue, ainsi que le risque d'un manque de cohérence interne. L'intervention étatique nécessaire au respect du bien commun se produit parfois très tard, au moment où des dommages durables et graves ont déjà été commis, l'exemple des atteintes à l'environnement étant à cet égard révélateur. Le régime actuel doit en outre être amélioré en ce qui concerne l'accès de chacun à la maîtrise privée. Il est également nécessaire de trouver une définition plus fine de l'obligation d'indemniser en cas d'expropriation, définition qui, tout en maintenant la prévisibilité du système dans certains cas, évite des abus et la rigidité actuelle. Enfin, il faut résoudre le problème de l'intervention des tiers dans la maîtrise des biens qui affectent directement et d'une manière importante leur mode d'existence; je pense en particulier au problème de la participation dans les entreprises.

Il est à mon sens possible de remédier à la plupart des défauts mentionnés sans modifier la structure juridique fondamentale de notre régime de maîtrise des biens. En particulier, l'amélioration de l'accès à la maîtrise privée (c'est-à-dire une meilleure gestion sociale) et la prise en considération équitable des intérêts des tiers concernés par la maîtrise d'un bien devraient pouvoir être réalisées dans le cadre du système juridique actuel. Ces problèmes me paraissent, de ce point de vue, plus politiques que juridiques. Un aspect du système juridique, en revanche, devrait être amélioré: celui de la définition de l'obligation d'indemniser en cas d'expropriation que j'ai mentionné plus haut.

Le point le plus délicat est en définitive celui de la stratégie à suivre afin d'atteindre le but global assigné au système, à savoir maintenir cet équilibre le plus juste possible entre la liberté et la rentabilité économique, d'une part, et les autres exigences du bien commun et une meilleure répartition des ressources, d'autre part. A cet égard, l'évolution de notre pays au cours des dernières décennies, notamment l'utilisation qui a été faite du sol et les atteintes qui ont été portées à l'environnement, doit à mon sens servir de signal d'alarme.

Le risque de dérèglement et d'atteintes aux éléments du bien commun qui ne relèvent pas de l'efficacité économique est inhérent au régime de maîtrise privée; c'est même, dans une certaine mesure, ce qui fait la force et la dynamique de ce régime. Un tel risque peut être pris, mais il faut être sûr de pouvoir remédier aux effets néfastes à temps et sans que le dommage causé soit trop important. L'évolution de ces dernières décennies me paraît dé-

montrer que tel n'est plus nécessairement le cas aujourd'hui et que, dans des délais très brefs, des dommages considérables, et peut-être irréparables, peuvent être causés par l'excès de liberté. Cela n'appelle pas encore une condamnation globale du système, car il présente des avantages incontestables en relation avec l'efficacité dans l'utilisation des ressources et le développement des libertés individuelles. Mais il convient certainement aujourd'hui de «surveiller» d'une manière ou d'une autre, l'exercice de la maîtrise privée avec plus d'attention. En d'autres termes, dans la recherche permanente de l'équilibre entre les objectifs contradictoires du système, il est souhaitable que l'Etat joue un rôle actif. La structure fédéraliste de notre Etat lui permet d'ailleurs de jouer ce rôle dans des conditions favorables. Mais il est essentiel que l'Etat exerce ce rôle avec prudence et en respectant au maximum la structure d'essence libérale du système. Compte tenu de l'extrême complexité des mécanismes qui assurent le bon fonctionnement du système, mécanismes influencés autant par le développement de l'économie que par le contexte international dans lequel ils s'exercent et par l'évolution des mentalités, seule a des chances de succès une modification du régime des biens effectuée progressivement et laissant au système le plus de souplesse possible.

Telles sont en résumé, Mesdames et Messieurs, les conclusions auxquelles je suis parvenu au terme de la première partie de mon rapport. A propos de la seconde partie du rapport, consacrée à la propriété au sens technique, je me limiterai à relever ici brièvement deux points.

Le premier concerne la notion de propriété. Dans sa définition classique, la propriété est caractérisée comme un «droit de maîtrise en principe illimité sur une chose». Cette définition a été et est encore contestée par une partie de la doctrine. Cela s'explique parce que cette notion de la propriété donne de la réalité juridique une impression de plus en plus fausse, parce qu'elle crée une opposition entre le droit privé et le droit public alors que l'ordre juridique forme un tout, enfin et surtout parce qu'elle cache au propriétaire que son droit est en étroite relation avec la collectivité à laquelle ce propriétaire appartient.

Malgré ses défauts, la définition abstraite et classique de la propriété me paraît être la seule qui soit acceptable *de lege lata*. En effet, la garantie d'un droit ou d'une liberté, quels qu'ils soient, n'a de sens que si ce droit ou cette liberté sont définis de façon abstraite, c'est-à-dire sans faire appel à des éléments déterminés par celui contre qui la garantie peut être exercée. La défi-

nition classique et abstraite de la propriété me paraît ainsi imposée par des motifs de logique des définitions et de technique juridique, non par des motifs philosophiques ou sociaux. Cette définition ne préjuge naturellement en rien du contenu effectif du droit.

Pour terminer ce bref rapport introductif, je voudrais faire une seconde remarque en relation avec la propriété au sens technique. Cette remarque concerne la réglementation actuelle existant dans ce domaine. Il apparaît en effet que la réglementation actuelle de la propriété est encore empreinte d'un certain schématisme. Sans doute, la vision d'un droit de propriété dont le contenu effectif serait la liberté illimitée d'une personne d'utiliser une chose et d'en disposer n'est plus guère de mise aujourd'hui, même en matière mobilière. De nombreuses restrictions et nuances sont apportées à l'exercice de cette maîtrise, qu'elle soit le fait d'un ou de plusieurs titulaires.

Il apparaît pourtant que l'on n'a pas encore utilisé toutes les possibilités qu'offre le droit de propriété actuel et que, par ailleurs, certains critères de distinction nouveaux pourraient être employés pour définir l'étendue et le contenu de ce droit. L'opportunité d'un recours à ces moyens juridiques nouveaux dépend des objectifs qu'entend réaliser le régime général de maîtrise des biens. Toutefois, dans la mesure où l'analyse de ce régime montre à mon sens que des améliorations sont encore nécessaires, il n'est pas sans intérêt de constater que, en ce qui touche la réglementation du droit de propriété, les idées et les instruments juridiques ne manquent pas pour tenter de réaliser ces améliorations.

Professor Georg Müller, Untererlinsbach/Zürich, Berichterstatter deutscher Sprache:

Einige Vorarbeiten zu meinem Referat habe ich während der Sommerferien an einem unserer schönen Tessinerseen geleistet. Neben die literarische trat dabei jeweils die sehr praktische Auseinandersetzung mit dem Privateigentum, das in dieser Landesgegend dem Nicht-Eigentümer vor allem in Form von Schildern mit der Aufschrift «privato» begegnet, die ihm den Zugang zum – im öffentlichen Eigentum stehenden – See verwehren. Wenn ich dann doch irgendwo ein Plätzchen öffentlichen Strandes gefunden hatte und dem hier herrschenden Gedränge der Nicht-Eigentümer durch einen Sprung ins kühle Naß ausweichen wollte, geriet ich wieder in Konflikt mit Privateigentümern, näm-

lich mit den Kapitänen von privaten Motorbooten, die ihre Sportlichkeit durch rasantes Fahren in Ufernähe unter Beweis stellen wollten. So neigte ich tagsüber dazu, ein Plädoyer gegen die Auswüchse des Privateigentums zu verfassen. Abends aber genoß ich die relative Ruhe, das Geborgensein und die Bewegungsfreiheit, die mir ein privates Ferienhaus samt Garten boten, und war deshalb kaum mehr in kämpferischer Stimmung. Schließlich habe ich versucht, in meinem Referat die Frage nach dem Sinn des Eigentums und nach der «richtigen» Ausgestaltung der Eigentumsordnung auf dem Boden des geltenden Rechts zu beantworten und möglichst wenig ins eigentliche Politisieren zu geraten. Ich möchte Ihnen, meine Damen und Herren, vorschlagen, daß wir in der heutigen Diskussion ebenfalls von der geltenden Verfassung ausgehen. Ich bin mir aber bewußt, daß eine klare Trennung von Recht und Politik – gerade bei Problemen der Verfassung und ihrer Konkretisierung durch den Gesetzgeber, um die es hier geht – weder möglich noch sinnvoll ist.

Wie soll nach unserer Verfassung die Eigentumsordnung ausgestaltet sein? Was bedeutet die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums für diese Konkretisierungsaufgabe, die primär dem Gesetzgeber obliegt? Lassen sich der Verfassung weitere Richtpunkte und Maßstäbe entnehmen, welche für die «eigentumsrelevante» Gesetzgebung, also für privatrechtliche wie öffentlichrechtliche, z.B. raumplanerische, wirtschaftspolitische, umweltschützende Normierungen von Bedeutung sind?

Diese Fragen stehen im Zentrum meines Ihnen vorliegenden schriftlichen Referates. Ich möchte hier vor allem zwei Probleme noch einmal aufgreifen, die mich dabei besonders beschäftigt haben: zuerst das Verhältnis von Verfassung und Gesetzgeber im Bereich der Grundrechte, sodann das öffentliche Interesse als Kriterium für die Konkretisierung der Eigentumsgarantie.

1. Verhältnis von Verfassung und Gesetzgeber im Bereich der Grundrechte

Die Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte, die den Staat zum Dulden privater oder zum Unterlassen eigener Handlungen verpflichten, sondern auch objektive Leitprinzipien für das staatliche Handeln, Gestaltungsaufträge für die Staatsorgane, insbesondere den Gesetzgeber, die dafür sorgen müssen, daß der Einzelne die Grundrechte wirklich ausüben kann. Der Staat hat vielfach zuerst die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen zu schaffen, um dem Einzelnen zu ermöglichen, von seinen Grundrechten Gebrauch zu machen. Diese sog. konstitutive Wirkung

entfalten nicht alle Grundrechte in gleichem Maße und in gleicher Weise. Sie ist bei der Eigentumsgarantie besonders ausgeprägt: Was wäre Privateigentum ohne staatliche Ordnung der Nutzung und des Verkehrs, ohne polizeilichen Schutz vor Übergriffen Dritter, ohne Erschließungsmaßnahmen des Gemeinwesens? Aber auch andere Grundrechte sind – mehr als gemeinhin angenommen wird – zu ihrer Verwirklichung auf die Hilfe des Staates angewiesen. Für die Meinungsäußerungsfreiheit z.B. hat der Bundesrat dies jüngst in seiner Botschaft über den Radio- und Fernsehartikel ausdrücklich und m.E. zu Recht festgestellt (BBl 1981 II, S.885ff., S.925).

Bei einem solchen Verständnis der Grundrechte muß die gängige Betrachtungsweise, wonach der Gesetzgeber den Grundrechten «Schranken» setze, als verfehlt erscheinen. Die Gesetzgebung, welche die Grundrechte oft erst zum Tragen bringt, die Chancen verbessert, daß sie tatsächlich ausgeübt werden können, diese Gesetzgebung ist nicht der «Feind» der Grundrechte, der sie zurückdrängt, in sie eingreift, sondern ihr Förderer und Beschützer. Die Vorstellung, daß die Verfassung die Grundrechte primär einmal unbegrenzt garantiere und der Gesetzgeber sie nachträglich einschränke, also abändere, läßt sich m.E. nicht vereinbaren mit dem Vorrang der Verfassung gegenüber dem Gesetz und ihrer Funktion als rechtliche Grundordnung des Staates. Die Grundrechte sind vielmehr schon durch die Verfassung beschränkt, indem sie anderen Werten gegenübergestellt und dadurch relativiert werden. Der Gesetzgeber ist nur befugt, diese in den Grundzügen bereits in der Verfassung enthaltenen Grenzen genauer zu bestimmen. Er konkretisiert die Grundrechte, soweit dies notwendig ist, in prinzipiell gleicher Weise wie andere Verfassungsnormen. Durch die Gesetzgebung oder die Rechtsanwendung beschränkt, verkürzt, werden allenfalls konkrete bestehende Rechte Einzelner, nicht aber die Grundrechte als solche.

2. Zum Begriff des öffentlichen Interesses als Maßstab für die Konkretisierung der Eigentumsgarantie

Das Bild von der Eigentumsfreiheit, die von der Verfassung absolut, umfassend gewährleistet, vom Gesetzgeber jedoch wie ein Laib Käse von Mäusen an den Rändern abgenagt und von innen ausgehöhlt wird, ist, wie wir gesehen haben, falsch. Das will nicht heißen, daß der Gesetzgeber nicht trotzdem einmal die Eigentumsfreiheit zu stark einengt, nämlich dann, wenn er die Verfassung unrichtig konkretisiert. Die Eigentumsgarantie entfaltet also – wie alle Grundrechte – Abwehrwirkungen auch ge-

genüber dem Gesetzgeber, indem sie ihm gewisse Anordnungen untersagt. Wann trifft das zu? Nach welchen Maßstäben muß sich der Gesetzgeber richten? Art. 22ter Abs. 2 der Bundesverfassung nennt als Voraussetzung von Enteignung und – in der herkömmlichen Terminologie – Eigentumsbeschränkungen das öffentliche Interesse. Was bedeutet das? Lehre und Rechtsprechung bereitet dieser Begriff große Mühe. Das öffentliche Interesse ist nach meiner Auffassung jedenfalls nicht gleichzusetzen mit der öffentlichen Meinung oder der Meinung der «tonangebenden» Politiker über die Dringlichkeit eines sozialen Bedürfnisses. Vielmehr verweist der Begriff auf die verschiedenen Wertungen der Verfassung, die mit der Eigentumsgarantie zusammenhängen und die der Gesetzgeber alle möglichst optimal verwirklichen muß, wenn seine Regelung im öffentlichen Interesse liegen soll. Aus der Verfassung, nicht aus irgendwelchen momentanen politischen Strömungen ist demnach abzuleiten, was das öffentliche Interesse ist, das der Gesetzgeber bei der Konkretisierung der Eigentumsgarantie zu wahren hat.

Diese Forderung hat weder eine übermäßige Bindung des Gesetzgebers noch eine Aufblähung der Verfassung zur Folge. Die Verfassung enthält heute schon zahlreiche Wertungen, die für die Ausgestaltung der Eigentumsordnung maßgebend sind. Sie ergeben sich z.B. aus den Beziehungen zwischen der Eigentumsgarantie und der persönlichen Freiheit, d.h. der persönlichkeitsentfaltenden Wirkung des Eigentums für den Eigentümer und der persönlichkeitsbeeinträchtigenden Wirkung für den Nicht-Eigentümer. Relevant ist ferner die Option unserer Verfassung für eine marktorientierte, sozial verpflichtete Wirtschaft, in der das Privateigentum einerseits als «Motor», als Leistungsanreiz wirkt und die Dezentralisierung wirtschaftlicher Entscheidungsmacht fördert, auf der andern Seite aber der staatlichen Wirtschaftslenkung, die zum Schutz der wirtschaftlich Schwachen notwendig ist, hemmend entgegensteht. Weitere Richtpunkte für die Konkretisierung finden sich in Aufgabennormen, etwa im Raumplanungs- oder im Umweltschutzartikel. Diese Wertungen verstärken sich zum Teil gegenseitig, stehen teilweise aber auch im Gegensatz zueinander und weisen jeweils unterschiedliches Gewicht auf. Sache des Gesetzgebers ist es nun, sie gegeneinander abzuwägen oder – um mit Konrad Hesse zu sprechen – praktische Konkordanz zwischen ihnen herzustellen. Das ist eine eminent politische Aufgabe, bei welcher der Gesetzgeber über eine große Gestaltungsfreiheit verfügt.

Das eben Gesagte tönt reichlich abstrakt und kompliziert und

ist es auch. Vielleicht werden Ihnen meine Überlegungen klarer, wenn ich sie an einem Beispiel zu erläutern versuche. Bei der geplanten Revision des Mietrechts, die zur Zeit in der Vernehmlassung steht, soll der Kündigungsschutz des Mieters verstärkt werden, vor allem dadurch, daß der Vermieter von Wohnungen und Geschäftsräumen das Mietverhältnis nur kündigen kann, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Auflösung, z. B. Eigenbedarf oder Unmöglichkeit einer wirtschaftlichen Nutzung des Mietobjektes, nachweist. Dabei geht es zweifellos um eine tiefgreifende Änderung der bestehenden Eigentumsordnung durch den Gesetzgeber. An Verfassungswerten, die er zu harmonisieren hat, stehen sich hier gegenüber: einerseits die persönlichkeitsentfaltende Wirkung des Eigentums der Vermieter, die regelmäßig gering sein dürfte, weil der Persönlichkeitsbezug der Vermieter zu dem nicht von ihnen selbst genutzten Eigentum im allgemeinen schwach ist (für den Fall, daß dies nicht zutrifft, weil Vermieter und Mieter im gleichen Haus wohnen, soll nach dem Entwurf keine Aufhebung der Kündigung, sondern nur eine Erstreckung des Mietverhältnisses möglich sein); anderseits die persönlichkeitsbeeinträchtigende Wirkung der Herrschaftsbefugnisse der Vermieter gegenüber den Mietern, die besonders dort ins Gewicht fällt, wo Wohnungsknappheit herrscht, der Mieter bei einer Kündigung also nicht ohne weiteres ein anderes für ihn geeignetes Mietobjekt findet; ferner die sich aus dem Zusammenhang von Eigentumsgarantie und Wirtschaftsverfassung ergebende Ansporn- und Dezentralisierungsfunktion des Eigentums, die durch die vorgesehenen Kündigungsbeschränkungen stark reduziert wird, was sich auf die Bereitschaft der Eigentümer zum Wohnungsbau nachteilig auswirken und damit das Angebot an Mietwohnungen weiter verknappen dürfte; nicht zu vergessen schließlich die Aufgabennorm des Art. 34^{septies} der Bundesverfassung, der die Grundlage für die Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen und für den Erlaß von Bestimmungen zum Schutze der Mieter vor mißbräuchlichen Mietzinsen und anderen Forderungen der Vermieter bildet, den Sozialbezug des vermieteten Wohnungseigentums also deutlich hervorhebt. Nach dem Vorschlag der Experten soll Art. 34^{septies} BV so geändert werden, daß die Mißbrauchsbestimmungen in der ganzen Schweiz, nicht nur – wie bisher – in Gemeinden mit Wohnungsnot anwendbar sind. Der Gesetzgeber hat nun diese verschiedenen Wertungen gegeneinander abzuwägen. Er muß versuchen, eine Lösung zu finden, bei der nicht ein Verfassungswert auf Kosten des anderen realisiert, sondern alle möglichst optimal

erfüllt werden können. Es ist klar, daß der Gesetzgeber dabei viel Spielraum für politische Entscheidungen hat.

3. Schlußbemerkungen

In unserer Bundesverfassung ist – anders als etwa in der italienischen, portugiesischen und spanischen Verfassung sowie im Bonner Grundgesetz – nicht ausdrücklich von der Sozialbindung oder der sozialen Funktion des Eigentums die Rede. Ohne dies im einzelnen nachgeprüft zu haben, wage ich zu behaupten, daß unsere Eigentumsordnung trotzdem nicht wesentlich unsozialer ist, d.h. die Interessen des Eigentümers gegenüber denjenigen der Nicht-Eigentümer und der Öffentlichkeit deutlich stärker schützt als andere westeuropäische Länder. Woran liegt das? Unsere geltende Verfassung bringt im Zusammenhang mit der Gewährleistung von Grundrechten, in der Wirtschafts- und Sozialverfassung sowie vor allem in den Aufgabenbestimmungen zum Ausdruck, daß bei der Konkretisierung der Eigentumsgarantie auch soziale Anliegen, öffentliche Interessen zu berücksichtigen sind. Ich halte dies für eine gute, unseren demokratischen Gepflogenheiten entsprechende Art der Verfassungsgebung. Sie erlaubt dem Stimmbürger, sich relativ konkret im Verfahren der Verfassungsrevision, d.h. mit obligatorischem Referendum, zur Ausgestaltung der Eigentumsordnung zu äußern. Der einfache Gesetzgeber, dessen demokratische Legitimation nach unserem politischen System deutlich weniger hoch ist als diejenige des Verfassungsgebers, wird eingebunden, angeleitet durch Grundsatzentscheide, derer er auf diesem politisch brisanten Gebiet in besonderem Maße bedarf. Ich würde deshalb dafür eintreten, daß eine totalrevidierte Verfassung wiederum – nebst der Garantie des Eigentums als Grundrecht – einen relativ dicht normierten Aufgabenkatalog und nicht bloß eine stichwortartige, nicht abschließende Aufzählung von Zielen der Eigentumspolitik und der Staatsaufgaben aufweisen sollte.

Damit ist nicht gesagt, die geltende Verfassung sei im Bereich der Eigentumsordnung nicht revisionsbedürftig. Mit meinen Ausführungen hoffe ich aber gezeigt zu haben, daß unsere Verfassung in diesem Bereich mehr aussagt, Ziele und Wertungen setzt, als im allgemeinen angenommen wird. Nicht ausgeschöpft, in den Worten von PETER SALADIN «unerfüllt» ist die Bundesverfassung m.E. vor allem insoweit, als der Gesetzgeber dem Auftrag zu wenig nachkommt, der sich aus den Beziehungen zwischen der Eigentumsgarantie und der persönlichen Freiheit und aus Art. 34^{sexies} der Bundesverfassung ergibt, nämlich die Bildung

und breite Streuung von Eigentum mit persönlichkeitsentfaltender Wirkung zu unterstützen und übermäßige Eigentumskonzentrationen zu verringern. Die entsprechenden Maßnahmen des Staates dürfen allerdings wiederum nicht die Ansporn- und Dezentralisierungsfunktion des Eigentums zu sehr beeinträchtigen. Wenn Eigentumsfreiheit aber ein Grundrecht für alle oder doch für viele sein und beiben, nicht zu einem Privileg weniger werden soll, so muß der Staat nicht nur gewisse Maßnahmen unterlassen, sondern auch schützende und fördernde Regelungen und Vorkehrungen treffen.

Der Verhandlungsleiter eröffnet die Diskussion und erteilt das Wort Dr. WALTER HILDEBRANDT, Fürsprecher, Bülach:

Es geht um die Festlegung des *Privateigentums als ein Grundrecht* des Menschen und um dessen Einzäunung im öffentlichen Interesse zwecks Wahrung der gegenseitigen Beziehungen unter den Bürgern sowie gegenüber dem Staate. Liegt aber – so ist zu fragen – die Sorge einzig auf der Ebene der Verfassungsgebung, wo die richtigen Worte für den Bestand des Privateigentums, dessen Schutz und dessen Abgrenzung gefunden werden müssen? Oder gilt es, das Grundrecht des Privateigentums inhaltlich noch zu untermauern? Der Auffassungen des Privateigentums gibt es viele in dem weiten Bereiche von der extremliberalen Behauptung «Der Einzige und sein Eigentum» bis zu der religiösen Überzeugung «Es gibt nur einen einzigen Eigentümer, das ist Gott».

Der Staat hat einen Zweck, in welchen er die Menschen einordnet. Das Eigentum gehört zur menschlichen Persönlichkeit. Es muß vernünftigerweise so gesichert werden, daß jeder Bürger Eigentum haben und erwerben kann. Dazu dient die Eigentumspolitik. Als Ergebnis solcher Überlegungen zeichnen sich folgerichtig ausgedachte Sätze ab. Indessen ist der Begriff des Privateigentums, mag er auch heute der Ausdruck einer allgemeinen Überzeugung sein, doch vor Wandlungen von Grundsatz, Zweck und Weg nicht gefeit. Dieser Begriff trägt also auch überzeugungsmäßig nicht unbedingt. Möglicherweise verschiebt er sich gegen ein Staatseigentum oder ein Gesellschaftseigentum, welches ihn der einzelnen Persönlichkeit entfremdet. Das wäre einmal auf der *Ebene des rechtlichen Geschehens* zu sagen.

Es gibt aber auch noch eine andere Ebene des Privateigentums. Die Bundesverfassung hat sie nicht bloß angedeutet, son-

dern sie sogar oben über den Bestimmungen zum Privateigentum herausgestellt. Ich meine die Präambel der Bundesverfassung «Im Namen Gottes des Allmächtigen!». Das Privateigentum stützt sich damit auf die Allmacht Gottes, und Gott ist darnach der Schöpfer, der Gestalter und der Erhalter der Welt. Das zieht noch eine ganz andere Begründung des Privateigentums nach sich. Eindeutig wird damit die *religiöse Ebene* dargetan und anerkannt, auf welcher das Eigentum beruht. Als Schöpfer ist Gott auch der Eigentümer der Sachen, und diese sind dem Menschen von Gott zum gerechten Besitze und Gebrauche anvertraut. So gilt hier nicht eine willkürliche Auffassung vom Zwecke des Eigentums, sondern die Macht des souveränen Gottes, welche als obersten Grundsatz denjenigen des Anvertrauens und der Gerechtigkeit vertritt. Allerdings wird diese religiöse Linie der Präambel in der Verfassung nicht weiterverfolgt.

Von der Präambel und von der Gerechtigkeit ist nun just in den beiden Referaten nicht die Rede, also davon, daß das Privateigentum auch auf einer sittlichen, ethischen Grundlage beruhe. Viel eher scheint es, daß eine allgemeine vernünftige Ordnung der Zweckmäßigkeit maßgebend sein solle, von welcher aus Rechtssätze über das Eigentum gefolgert und konstruiert werden. So fällt denn auf: Während sich die *Theologie* von jeher mit dem Problem des Eigentums beschäftigt hat, kommt ihr in den vorliegenden Betrachtungen keine Bedeutung zu. Es ist wie wenn der soeben anerkannte «allmächtige Gott» hier gar nichts zu versehen hätte. Dafür treten dann allerlei Philosophen auf, deren persönliche Meinungen offenbar mehr Nachachtung gebieten. Angesichts dieser einseitigen Haltung gilt es darauf aufmerksam zu machen, daß die Glaubenslehre, und zwar die katholische wie die evangelische, zum Thema «Privateigentum» auch etwas zu sagen hat. Leider hat aber *die Jurisprudenz ihren Zusammenhang mit der Theologie weitgehend verloren,* und von einem «studium generale» kann nicht mehr die Rede sein.

Es rechtfertigt sich somit, die *religiös-ethische Grundlage des Eigentums zu erörtern.* Falsch wäre es zwar, einen biblischen Eigentumsbegriff zu behaupten, aber die Zugehörigkeit von Sachen zum Menschen, um dessen Leben zu sichern, läßt sich nicht in Abrede stellen, sondern biblisch allenthalben verfolgen. Vom achten Gebote, nicht zu stehlen, und vom zehnten Gebote, des Nächsten Gut nicht zu begehren, weiter über das Naturrecht bis zur Gerechtigkeitslehre begegnen wir überall dem Eigentum, zwar nicht in der Form von Rechtssätzen, aber doch als Attribut des menschlichen Wesens, gewissermaßen als stoffliche Hülle,

die Achtung und Rücksicht heischt. Aus diesem ethischen Bestande heraus wächst die Rechtsüberzeugung, welche sich dann als Grundrecht in der Verfassung kristallisiert.

Eigentlich fragt es sich nun, ob in der Verfassung infolgedessen nicht auch noch *eine etwas andere Sprache* gesprochen werden sollte, etwa vom Anvertrautsein, von der Gerechtigkeit, vom Dienst, vom Helfen und Teilen und Schützen, dies im Gegensatze zu den «eigentumspolitischen» Zielen. Von Eigentumspolitik allein zu reden, riecht vielleicht nach menschlicher Willkür, welche einfach opportune Maßnahmen trifft, um ein gerade gewünschtes, wenn auch allenfalls abwegiges Ziel in der Behandlung zu erreichen.

Ich möchte beileibe nicht behaupten, daß die Begründung des Eigentums mit dem Willen Gottes, der Ethik, eine klare und endgültige und gerechte Ordnung herbeiführe. Von dem her, was wir Sünde nennen, bleibt immer noch ein Stück falsche Zielsetzung, ungerechtes Handeln, anfechtbare Ordnung, krummes Recht. Aber das kann man doch fortan sagen, daß damit wenigstens die Richtlinie gefunden ist, welche das Eigentum der Gerechtigkeit unterstellt und daß so der Sinn dafür belebt wird, ob man mit dem Eigentum gerecht handle. Neben der verfassungsrechtlichen Tätigkeit besteht daher noch ein unabdingbarer *Bedarf an Pflege der Sittlichkeit, der Ethik, mit Bezug auf das Privateigentum.*

Der Verhandlungsleiter dankt Herrn Fürsprecher Dr. HILDEBRANDT für sein Votum. Er hat Ansätze zu einer Dynamisierung des Eigentumsbegriffs und der Eigentumspraxis aufgezeigt, die auch gestern im Seminar der Studenten zutage getreten sind. Das Wort wird nun einem Vertreter der Studenten erteilt:

Dr. ROLF H. WEBER, Rechtsanwalt, Zürich:

Basierend auf Arbeitspapieren, die anläßlich dreier studentischer Seminarien in Zürich, Bern und Basel formuliert worden sind, hat gestern nachmittag in kleinerem Rahmen eine Diskussionsrunde stattgefunden, an der zwischen den Generationen einzelne Problemkreise des «Privateigentum heute» erörtert worden sind. Darüber soll nun – von nicht direkt beteiligter Seite, nur referierend und leicht improvisiert – berichtet werden. Von den drei Diskussionsbereichen, nämlich dem grundrechtlichen Eigentumsschutz und seinen Schranken, dem Eigentumsbegriff sowie

möglichen neuen Eigentumskonzeptionen, liegt hierbei das Schwergewicht auf dem ersten, weil zwei studentische Voten die anderen noch beleuchten werden.

Professor MÜLLER schlägt in seinem Referat ein grundrechtliches Konkordanz- oder Harmonisierungsmodell vor; er sieht die Eigentumsgarantie im Kraftfeld verschiedenster Verfassungsnormen, die vom Gesetzgeber und Verfassungsrichter im Einzelfall gegeneinander abzuwägen sind. Diese Einheitskonzeption hat unter einzelnen Gesichtspunkten zu Einwänden und zu Vorschlägen für Schwerpunktsverlagerungen geführt. Die Ausrichtung zielte dabei vornehmlich auf das Problem der Konkretisierungsfähigkeit und der Konkretisierungsmöglichkeit dieses Modells ab. Vorerst muß selbstverständlich die Frage beantwortet werden, ob eine genaue Konkretisierung auf Verfassungsstufe überhaupt gewollt ist, was gestern durchaus angezweifelt wurde. Inwieweit soll das Ergebnis des Abwägungsprozesses schon vorbestimmt sein? Angesprochen ist damit die sog. «Offenheit der Verfassung». Inwieweit darf dem Gesetzgeber freie Hand gelassen werden, die Eigentumsordnung zu konkretisieren? Inwieweit soll nicht in jeder Problemsituation, so ist angetönt worden, ein neuer sozialer Konsens gefunden werden? Praktisches Anschauungsmaterial kann diesbezüglich der sicher noch zur Sprache kommende Verfassungsentwurf 1977 bilden.

Zu den einzelnen Konkretisierungsproblembereichen ist folgendes zu bemerken:

1. Als sehr gewichtig hat sich die Frage herauskristallisiert, ob mit der Aufgabe der Institutsgarantie im Hinblick auf die Praktikabilität verfassungsrechtlicher Standards nicht ein Pyrrhussieg erfochten werde. Professor MÜLLER hat die Meinung vertreten, ein Verlust von Konkretisierungsmerkmalen sei nicht zu befürchten, weil die für die Institutsgarantie verwendeten herkömmlichen Begriffe wie Wesensgehalt und Kerngehalt höchstens mehr Bildhaftigkeit, nicht aber eine praktikablere Grundlage für gesetzgeberische Entscheide abgeben würden. Immerhin scheint die Frage nicht ausdiskutiert zu sein, weil sich der sog. schutzwürdige Kerngehalt, wie auch aus dem Referat von Professor STEINAUER hervorgeht, klassifikatorisch, z.B. durch die Nutzungsnähe oder Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung, erfassen läßt. Die Frage, ob der Differenzierungsprozeß nicht zu komplex ist, bleibt also im Raum. Quantifizierungsansätze lassen sich, wie ein kurzer Exkurs in den Problemkreis «Eigentum und Besteuerung» gezeigt hat, kaum statuieren (jedenfalls für Vermögenssteuern, vielleicht weniger für Erbschaftssteuern).

Rechtssicherheitsgesichtspunkte scheinen damit zwangsweise im Hintergrund verhaftet zu bleiben.

2. In die gleiche Richtung geht die Kontroverse um die Entmystifizierung des Begriffes «öffentliches Interesse» als selbständig anzuerkennender Anknüpfungspunkt im Referat von Professor MÜLLER. Die Einwände sollen hier in Frageform offenbleiben:

– Welches sind die Maßstäbe für eine Rangordnung der Verfassungsnormen, wenn Zielkonflikte vorliegen?

– Vermag das Verhältnismäßigkeitsprinzip in diesem Zusammenhang etwas zu leisten?

– Würde angesichts der Tatsache, daß nach der heutigen Bundesgerichtspraxis wenigstens rein fiskalische Interessen nicht als öffentliche Interessen gelten, die Gefahr bestehen, daß auch diese z.B. über die Staatszielbestimmung von Art. 2 BV oder eine Spezialnorm (z.B. Wohnbauförderung, Umweltschutz) wieder in den Abwägungsprozeß eingebracht würden? Oder wäre dies erfreulich?

3. Als ein möglicher Konkretisierungsstandard ist der in Art. 22ter BV enthaltene Satzteil «im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Befugnisse» erwähnt worden. Professor MÜLLER will dieser Wendung eher pro memoria-Charakter zumessen als eine selbständige «Kraft». Immerhin wird dadurch verdeutlicht, daß auch für die Kantone (unter dem Blickwinkel der Bundes- und der Kantonsverfassung) ein Harmonisierungsmodell zu verwirklichen ist.

4. Es stellt sich weiter die Frage, ob eine Konkretisierung dadurch erreicht werden könnte, daß der Eigentumsbegriff in der Verfassung in Unterbegriffe aufgespalten würde. Anstelle eines generellen Eigentumsbegriffes ließe sich das Eigentum kennzeichnen z.B. je nach seiner Persönlichkeitsnähe und seinem Sozialbezug. Zweifellos würde dadurch das Vokabular erweitert und die Zuordnung primär erschwert. Deshalb will wohl Professor MÜLLER die verschiedenen Funktionen des Eigentums in seinem globalen Abwägungsprozeß berücksichtigt wissen. Wenn die unterschiedlichen Ausgestaltungsformen des Eigentums im gesetzgeberischen Verfahren tatsächlich in jedem Fall gewertet werden, scheint der Entscheid in dieser Frage vornehmlich statutarisch-kosmetischer Natur zu sein; immerhin darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, daß eine Konkretisierung psychologische Wirkungen haben könnte.

5. Akzeptiert man ein grundrechtliches Konkordanzmodell, obliegt auch dem Verfassungsrichter die Pflicht zur Vornahme eines Abwägungsprozesses, und zwar bei der Prüfung der Ge-

setze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin (de lege lata zwar nur gegenüber kantonalen Gesetzen, nicht gegenüber Bundesgesetzen). Dagegen ist eingewendet worden, man gleite unversehens in die Problematik der Abgrenzung von Recht und Politik. Es scheint dabei einer weitgehenden Übereinstimmung des gestrigen Teilnehmerkreises zu entsprechen, vom Bundesgericht (auch nach einer allfälligen Einführung einer beschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit) vornehme Zurückhaltung in überwiegend politischen Fragestellungen zu erwarten. Der Richter müßte also aus seiner Funktion heraus sich selber Grenzen ziehen.

6. Das Konkordanzmodell würde wohl unweigerlich – und damit leite ich abschließend zu den Diskussionsweiterungen über – zu einer Neuumschreibung der Eigentumsbegriffe führen. Das zivilrechtliche Denken geht nämlich vom Grundsatz der freien Rechtsausübung und der Schrankenziehung im Einzelfall aus. Dieses Denken entspricht aber weder der Verfassungswirklichkeit im Modell von Professor MÜLLER noch gar der sozialen Wirklichkeit. Was nämlich für ein einzelnes Grundrecht eine Schrankenziehung bedeuten kann, ist möglicherweise eine Ausprägung von konkretisierten anderen Grundrechten und weiteren Verfassungsnormen. Die Eigentumsgarantie ist also bereits von der Verfassung als inhaltlich auszugestaltendes und begrenztes Institut zu verstehen. Hier tut sich dem interdisziplinären Denken (gerade auch hinsichtlich der Überwindung der Klassifizierung in privates und öffentliches Recht) weiter Raum auf.

Herr PETER KARLEN, Student, Dübendorf:

Gestatten Sie, daß ich den Versuch wage, ein paar Akzente aus dem Seminar der Zürcher Studenten zum Privateigentum, welches im Juni dieses Jahres stattgefunden hat, zu skizzieren. Vorweg möchte ich jedoch betonen, daß die Darstellung aus meiner eigenen Optik erfolgt.

Der junge Student, welcher sich mit dem Privateigentum zu beschäftigen beginnt, steht zunächst einer überwältigenden Anzahl und Vielfalt der zu diesem Thema bereits vorhandenen Meinungen gegenüber. Nicht nur unsere Seminararbeiten, sondern auch die Beiträge der Referenten haben das deutlich gezeigt: Es kamen die verschiedenartigsten Apekte des Privateigentums zur Sprache, von der christlichen Eigentumslehre eines THOMAS VON AQUIN bis zur Frage des Verhältnisses von Eigentum und Raumplanung, Steuererhebung und geplanter Mietrechtsrevision. Auf-

grund dieser weitverzweigten Beziehungen des Privateigentums zu allen möglichen Lebensbereichen wird man an der Bedeutung des Privateigentums in unserer Gesellschaft keinen Zweifel mehr haben. Zweifel hingegen ergeben sich gelegentlich, wenn man die oft blendend formulierten Meinungen über das Eigentum auf ihre Tragfähigkeit hin näher überprüft. Es entstand deshalb das Bedürfnis, mehr Klarheit in die verwirrende Komplexität der Eigentumsdiskussion zu bringen. Daher wurde es als notwendig erachtet, zu Beginn unseres Seminars einige Überlegungen rechtstheoretischer Art zum Privateigentum anzustellen.

Anknüpfungspunkt der theoretischen Erfassung des Privateigentums ist der Begriff des subjektiven Rechts. Die Konzeption des Privateigentums muß der Struktur des subjektiven Rechts entsprechen, denn das Eigentum gilt unbestrittenermaßen als subjektives Recht. Wenn daher die theoretische Erfassung des Privateigentums durch das subjektive Recht bestimmt wird, so stellt sich die Frage nach dem Begriff des subjektiven Rechts. Die Lehre zu diesem Zentralbegriff des Privatrechts, wie ANDREAS VON TUHR das subjektive Recht bezeichnete, ist sehr uneinheitlich. Von grundlegender Bedeutung sind die Ausführungen in der Habilitationsschrift EUGEN BUCHERS zur Struktur der subjektiven Rechte. Vielleicht noch interessanter als die Begriffsbildung selbst sind in dieser Arbeit die Erörterungen zur Fragestellung und zur Methode. Danach ist jegliche Begriffsbildung logisch weitgehend frei; von größter Wichtigkeit ist hingegen, daß ein Begriff im Hinblick auf seinen Regelungsgegenstand adäquat gebildet ist. Was man dabei als adäquat betrachtet, ist eine Frage der Betrachtungsweise des Regelungsgegenstandes. Bis heute werden etwa die folgenden Betrachtungsweisen verwendet: eine formale, die an der Norm, eine materiale, die am Inhalt und eine teleologisch-funktionale, die an Zweck und Funktion des Regelungsgegenstandes orientiert ist. Von der Wahl der Betrachtungsweise hängt nun vieles ab: in unserem Fall der Begriff des subjektiven Rechts und damit auch das Verständnis des Eigentums. Geht man beispielsweise von einer formalen Betrachtungsweise aus, so ist das Eigentum im Sinne der Erga omnes-Theorie ein absolutes, sich gegen jedermann richtendes Recht; Schranken sind dem Eigentum nicht immanent. Wählt man aber eine funktionale Betrachtungsweise, gelangt man zum entgegengesetzten Resultat: Das Eigentum erscheint als unmittelbare Sachherrschaft, Eigentumsbeschränkungen sind dem Eigentum immanent. Von der gewählten Betrachtungsweise hängt es also ab, zu welchem Eigentumsbegriff man gelangt.

In unserem Seminar hat sich gezeigt, daß die Wahl der Betrachtungsweise auch dann von Bedeutung ist, wenn man das Eigentum nicht nur aus modernem privatrechtlichem Blickwinkel mit dem subjektiven Recht als Ausgangspunkt, sondern zum Beispiel eher rechtshistorisch oder verfassungsrechtlich betrachten will. Ein eindrückliches verfassungsrechtliches Verständnis des Eigentums hat Professor MÜLLER in seinem Referat dargelegt. In seinen Darlegungen sind zwar funktionale und materiale Ansätze erkennbar, ohne daß allerdings die gewählte Betrachtungsweise mit letzter Klarheit hervortreten würde.

Nur ein eindeutiges Bekenntnis zur gewählten Betrachtungsweise macht die Eigentumsdiskussion für den jungen Juristen nachvollziehbar. Andernfalls ist der Anreiz groß, politische Meinungen unter dem Deckmantel der Wissenschaftlichkeit zu vertreten. Genau das ist aber unbedingt zu vermeiden, wenn man der Praxis verläßliche rechtliche Richtlinien, die nicht dem politischen Wandel unterliegen, geben will und wenn die junge Juristengeneration den teils doch etwas verschleierten Eigentumsdiskussionen der Eingeweihten nicht ausgeliefert werden soll!

Herr PETER WULLSCHLEGER, Student, Münchenstein:

Obwohl von Herkunft Nicht-Basler ist mir der ehrenvolle Auftrag zuteil geworden, Ihnen einige Gedanken von Studenten der Regio am Rheinknie zum Thema «Privateigentum» vorzubringen. Es sind dies einige prägnante Überlegungen, welche im Rahmen eines Seminars vor allem im Hinblick auf eine Entwicklung des Eigentumsverständnisses erarbeitet wurden. Wenn der technische Fortschritt so entwickelte Ausmaße annimmt, wie dies in den letzten Jahrzehnten der Fall war, so sind sicher auch gesellschaftliche Veränderungen unvermeidlich. Sie zu erkennen ist ein Gebot. Von dieser Diskussion soll richtigerweise auch das Eigentumssystem nicht ausgeschlossen sein. Daß die traditionelle Betrachtungsweise der Eigentumsordnung als ein System absolut privater Sachherrschaft mit der Wirklichkeit nicht mehr übereinstimmt, scheint unbestritten.

Der Staat und nicht-staatliche Funktionskonzentrationen haben durch eigentumsrelevante Regelungen und bloßes wirtschaftliches Tätigwerden die Privatheit teilweise beseitigt. Stellte man dabei weiterhin auf eine absolut verstandene Eigentumsfreiheit ab, so müßten solche Werte, die oft unter Zwang angehäuft und der Verfügungsbefugnis des Privaten weitgehend entzogen

wurden, einer rigoros demokratisch ausgestalteten Verwaltung unterstellt werden, damit diese Werte die Bezeichnung «Eigentum» noch verdienten.

Eine Eröffnung der Mitsprache in angesprochenen Teilgebieten des Eigentums (wie z.B. das Pensionskassenwesen) erscheint jedoch nur realistisch, wenn die egoistische Beziehung Person–Materie mit einer rechtlichen Neuordnung überwunden werden könnte. Solche grundlegende Änderungen müssen jedoch von der ganzen Gesellschaft getragen werden, und es ist fraglich, ob die Zeit gekommen ist, damit aus der Schweiz ein von sozialen Motiven angetriebener Staat werden kann.

Unbestritten für uns ist auch die Idee des Eigentums als eine der Grundlagen zur freien, persönlichen Entfaltung. Daran anknüpfend die Forderung, daß diese Grundlage jedem Individuum zugänglich bleiben sollte. Dies kann erreicht werden mit einer Dynamik in der Verteilung resp. Umverteilung von Eigentum. Die gerechte Verteilung von Grund und Boden steht dabei im Vordergrund. Konstruktionen aber wie die einer «multipropriété» scheinen wenig zweckmäßig. Eher denkbar wären Grundeigentumskontingente, innerhalb derer Eigentümer frei entscheiden könnten.

Zur Lösung des heutigen Widerspruchs zwischen dem individuell-freiheitlichen und dem sozial-freiheitlichen Staatsstrukturprinzip sollten jetzt geeignete Mechanismen gesucht werden. Dann könnte das zeitgemäße Eigentumsverständnis in die Verfassung integriert werden. Dabei ist dem Wortlaut gehörige Beachtung zu schenken. Ist die Grenze zwischen einer Eigentumsordnung mit privater Sachherrschaft und einer solchen, die keine derartige mehr ist, schon nicht klar bestimmbar, so sollte doch wenigstens der Verfassungsgeber darauf achten, das neue populäre Eigentumsverständnis in möglichst vertraute Wendungen einzukleiden, um nicht einen Abwehrschock auszulösen nur der Formulierung wegen. Trotz der Vielzahl der Schwierigkeiten, die hier nur knapp beschrieben wurden, wäre es gänzlich unbefriedigend zu versuchen, verändertes Rechtsverständnis in den angestammten Eigentumsbegriff zwängen zu wollen, um einem Überdenken der heutigen Eigentumssituation auszuweichen.

Dr. Rudolf Rohr, Würenlos:

Gestatten Sie mir einige Bemerkungen zum Grundrechtskonzept des deutschsprachigen Referenten. Im gestrigen Seminar wurde

ihm von studentischer Seite im Sinne einer Kritik entgegengehalten, daß damit die Bindung des Gesetzgebers gegenüber dem status quo verschärft würde. Ich erlaube mir, die These zu begründen, daß die gegenteilige Wirkung einträte, wobei ich meinem Parteifreund und Landsmann gerne in aller Form attestiere, daß er diese gegenteilige Wirkung, nämlich einen erweiterten Manövrierraum für den Gesetzgeber, nicht anstrebt.

De lege ferenda postuliert HANS CHRISTOPH BINSWANGER in seiner Studie «Eigentum und Eigentumspolitik» einen Abbau der Schrankenlehre. Er erhofft sich von der Beseitigung der heutigen Prämissen zugunsten des Eigentümers eine Erweiterung der gesetzgeberischen Gestaltungsmöglichkeiten.

Was HANS CHRISTOPH BINSWANGER de lege ferenda postuliert, offeriert nun der deutschsprachige Referent de lege lata. Auch er spricht davon, daß die Vermutung pro libertate entfalle; auch er vollzieht eine Absage an die herkömmliche Schrankenlehre, wenn er die These vertritt, daß der Gesetzgeber ein Grundrecht nicht einzuschränken, sondern auszugestalten habe.

Mit der einem Staatsrechtslehrer gegenüber gebotenen Demut bestreite ich kategorisch, daß der Respekt vor der Verfassung eine solche neue Terminologie erheische. Es trifft eben gerade nicht zu, daß der Gesetzgeber verstohlen und unter Verletzung der Verfassung die Grundrechte wie einen Laib Käse anknabbert; er hat vielmehr zur Einschränkung der Grundrechte, und ganz besonders der Eigentumsgarantie und der Handels- und Gewerbefreiheit, konkreten Auftrag und konkrete Ermächtigung durch die Verfassung selbst. Im übrigen bestreite ich mit ebensolcher Entschiedenheit, daß das Konkordanzmodell eine Absage an die Schrankenlehre erheische. Es ist ja ohne weiteres möglich, aus dem Gesamtsystem der Verfassung Bindungen des Gesetzgebers herauszulesen, ohne daß man gleichzeitig die Freiheitsvermutung abschafft.

Der Referent glaubt, daß aus der Abschaffung der Freiheitsvermutung in der Praxis nicht wesentlich andere Ergebnisse resultieren, und er selber gelangt denn auch in seiner Analyse der geltenden Rechtslage nicht zu umfassenderen Eingriffskompetenzen, als Lehre und Praxis dem Staat heute zugestehen. Letzteres ist aber nur dem Umstand zu verdanken, daß er als Liberaler in unserer geltenden Verfassung liberale Eckwerte dominant verankert sieht. Diese Schau der Dinge ist aber keineswegs unbestritten; innerhalb und außerhalb der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesverfassung sind derer nicht wenige, die den Wandel vom liberalen Rechtsstaat zum Sozialstaat als

vom Souverän sanktioniert erachten. Ein neuestes Beispiel ist im Begleitbericht zum Vorentwurf für die Revision des Miet- und Pachtrechts nachzulesen.

Damit ist die Brüchigkeit des neuen Grundrechtsverständnisses evident. Wenn das, was bisher als Staatseingriff zulasten des Eigentümers betrachtet worden ist, künftig als Befreiung des Nichteigentümers etikettiert wird, dann sind die Dämme gebrochen. Dann verlieren die Grundrechte zwangsläufig ihre Steuerungskraft, und noch so harte Anforderungen an den Nachweis des öffentlichen Interesses und an die Übereinstimmung mit anderen Verfassungsnormen vermögen diesen Verlust nicht zu kompensieren.

Die Abschaffung der Freiheitsvermutung hat somit größere Auswirkungen, als der Referent glaubt. Sie dürften vergleichbar sein mit denen einer umfassenden Anerkennung der Drittwirkung der Grundrechte, die sich zu einer schweren Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit entwickeln könnte. Ich halte es daher mit dem französischsprachigen Referenten, der für die Beibehaltung der traditionellen Schrankenlehre eintritt. Ich halte es weiter mit meinem verehrten früheren Lehrer ARTHUR MEIER-HAYOZ, der sich 1978 im ZSR-Sonderheft zur Totalrevision der Bundesverfassung entschieden gegen eine Abschaffung der Freiheitsvermutung gewandt hat, und ich halte es schließlich mit LEO SCHÜRMANN, der in seinem eben erschienenen Werk zum Bau- und Planungsrecht die Vermutung für die Freiheit des Eigentums sogar in bezug auf die Baufreiheit in Anspruch nimmt, was nach den Referaten zum Genfer Juristentag besonders bemerkenswert erscheint. Mit der Abschaffung der Freiheitsvermutung nehmen Sie dem Gesetzgeber das schlechte Gewissen, wenn er das Grundrecht nicht mehr beschränken muß, sondern ausgestalten darf. Sie ersparen ihm aber nicht nur das schlechte Gewissen, sondern Sie leisten einer unerwünschten Ideologisierung der Verfassungsauslegung Vorschub.

Ich halte abschließend fest:

Sowohl die Handels- und Gewerbefreiheit als auch die Eigentumsgarantie sind in unserer Verfassung eindeutig als Abwehrrechte gegenüber dem Staat formuliert. Soweit der Bund Wirtschaftspolitik und Eigentumspolitik zu betreiben hat, findet er hinreichend Spezialbestimmungen vor, die ihm die entsprechenden Zuständigkeiten verleihen. Diese Zuständigkeit in das Grundrecht selbst hineinzuinterpretieren, ist weder notwendig noch korrekt, sondern für die Sache der Freiheit verhängnisvoll.

Professor THOMAS FLEINER-GERSTER, Marly:

Im Entwurf für eine neue Bundesverfassung steht der umstrittene Satz: «Das Eigentum ist im Rahmen der Gesetzgebung gewährleistet.» Ich möchte darlegen, weshalb es aus historischen, verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Gründen gerechtfertigt ist, in einer neuen Verfassung diesen Satz zu schreiben.

Zur Geschichte des Eigentumsbegriffs: Unsere Eigentumsordnung, wie wir sie heute verstehen, hat sich aus der historisch entwickelten Polarität dominium/imperium entwickelt. Zur Zeit der Entstehung der liberalen Staatstheorien war das imperium vom dominium getrennt und durfte nicht in das dominium eingreifen. Es war die Zeit, in der das Privatrecht vom Staatsrecht vollkommen getrennt war. Diese Zeit hat sich aber nicht erhalten können. Denn die Gesellschaft hat sich inzwischen stark gewandelt. PUFENDORF hat diese Wandlung ideengeschichtlich eingeleitet, wonach der Staat, d.h. das imperium, dann in das dominium eingreifen kann, wenn ein ius eminens vorliegt und deshalb privates Eigentum enteignet werden kann. Die alte Fiskustheorie ist ja nur aus dem Dualismus dominium/imperium zu verstehen. Weil der Staat immer mehr in das dominium eingreifen mußte, wurde es notwendig, die Schranken solcher Eingriffe im Verfassungsrecht zu umschreiben, da das seinerzeit gleichwertige Privatrecht das Eigentum vor staatlichen Eingriffen nicht schützen konnte. Somit ist es gerechtfertigt, sich auf Verfassungsebene mit der Frage der Eigentumsgarantie auseinanderzusetzen.

Der Inhalt des Eigentums hat sich ganz wesentlich gewandelt. LOCKE erwähnte noch gleichzeitig: «Eigentum, nämlich Leben, Freiheit und Besitz.» Er verstand die Eigentumsgarantie also als Auffangrecht für alle mit der Menschenwürde in Zusammenhang stehenden Grundrechte. Dies hat sich nun ganz entscheidend gewandelt. Der Staat gewährleistet nicht nur die Eigentumsgarantie, sondern alle Individualrechte. Damit wurde das Eigentumsrecht von den anderen Grundrechten getrennt, die früher mit ihm in Verbindung standen. Deshalb rechtfertigt es sich, daß wir das Eigentum getrennt von der Frage der Freiheitsrechte betrachten.

Herr MÜLLER hat schon darauf hingewiesen, daß die Eigentumsgarantie nicht als reine Abwehrfunktion verstanden werden kann. Wenn wir die alten liberalen Staatstheorien, etwa bei LOCKE, HOBBES, ROUSSEAU, PUFENDORF u.a. nachschlagen, dann

stellen wir folgendes fest: Sie alle rechtfertigen den Staat, weil dieser die Aufgabe hat, das Eigentum und die Freiheit zu schützen. Der Schutzauftrag des Staates hat erste Priorität. Wenn wir nun von diesem Schutzauftrag ausgehen und uns vergegenwärtigen, wie sich die Geschichte seit dieser Zeit des 16. und 17. Jahrhunderts entwickelt hat, kommen wir zu folgenden Feststellungen: Das Eigentum wurde in die arbeitsteilige Gesellschaft eingebunden. Herr MÜLLER hat darauf hingewiesen: Der Wert unseres Eigentums ist abhängig von der staatlichen Kaufkraft des Geldes, von der Infrastruktur, von der Sozialversicherung, von staatlichen Leistungen (Post, Eisenbahn usw.) und nicht zuletzt auch von der Arbeit aller in einem Staat lebenden Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die alle dazu beitragen, daß sich unser Eigentum erhält. In diesem Sinne ist das Eigentum eingebunden in die arbeitsteilige Gesellschaftsordnung. Des weiteren hat die Arbeitsteilung zur «Vergesellschaftung» des Eigentums in den Kapitalgesellschaften geführt. Auch dieser Tatsache müssen wir Rechnung tragen. Deshalb, so meine ich, rechtfertigt es sich, das Eigentum an den Willen des Gesetzgebers zu binden, weil sich der Schutzauftrag des Staates wesentlich gewandelt hat.

Zum verfassungsrechtlichen Eigentumsverständnis: Die Kommission für die Totalrevision der Bundesverfassung schlägt eine beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen vor. Wenn wir das Eigentumsrecht und die Eigentumsgarantie den Freiheitsrechten gleichstellen, würde dies zur Folge haben, daß alle eigentumsrelevanten Gesetze vom Bundesgericht als Verfassungsgericht auf ihre Übereinstimmung mit der Eigentumsgarantie zu beurteilen wären.

Die Studenten haben darauf hingewiesen, daß dies das Bundesgericht möglicherweise in ein politisches Gericht umfunktionieren könnte. Ich will Ihnen zwei Beispiele aus der heutigen Rechtsordnung geben: Eine sehr heikle Frage ist die Abgrenzung Gemeineigentum (also öffentliches Eigentum, öffentliche Sache)/Privateigentum. Die Gewässer stehen im öffentlichen Eigentum (Art. 664 Abs. 2 ZGB), die Wälder stehen zum großen Teil im öffentlichen Eigentum, die Privaten haben nach Art. 699 ZGB das Recht, die Wälder zu betreten; ist dies eine zulässige oder unzulässige Beschränkung des Eigentums? Zweites Beispiel: die Nutzungsregelung im Landwirtschafts- und Forstrecht: Der Bauer ist verpflichtet, seinen landwirtschaftlichen Boden landwirtschaftlich zu nutzen; diese Pflicht ist in Art. 87 des Landwirtschaftsgesetzes ausdrücklich verankert. Ist dies im Rahmen

der Eigentumsgarantie zulässig? Würden solche Fragestellungen das Bundesgericht als Verfassungsgericht nicht überfordern?

Ein verfassungspolitisches Argument: Im Gegensatz zu den Freiheitsrechten, die zum Ziel haben, die Freiheit zu erhalten und zu schützen, steht bei der Frage der Eigentumsgarantie neben dem Schutz, der Abwehr auch die Frage im Vordergrund: Wie erwirbt man Eigentum? Der Gesetzgeber muß nicht darüber entscheiden, wie man Freiheit erwirbt – wir haben sie, insbesondere die Meinungsäußerungsfreiheit. Die heikle und eigentlich umstrittene Frage beim Eigentum betrifft aber dessen Erwerb. Es gibt drei Theorien, die darüber Auskunft geben, wie man Eigentum erwerben kann; und im Grunde genommen hat unsere Gesetzgebung alle diese drei Theorien verwirklicht. Die einen sagen, der erworbene Besitz soll erhalten bleiben. Das Erbschaftsrecht und das Sachenrecht schützen diesen Besitz. Wir erwerben aber auch Eigentum durch Leistung; das System der freien Marktwirtschaft, insbesondere konkretisiert durch das Privatrecht, das Obligationenrecht sowie das Arbeitsrecht, das bestimmt, unter welchen Voraussetzungen wir durch Arbeit zu Einkommen und damit eben auch zu Eigentum kommen, alle diese Gesetze regeln, wie man durch Leistung Eigentum erwirbt. Drittens: Der Schutz elementarer Bedürfnisse. Diese werden durch staatliche Umverteilung insbesondere im Rahmen der Sozialversicherung, durch das betreibungsrechtliche Existenzminimum und verschiedene gesetzliche Härteklauseln gedeckt. Also: Erbschaft, freier Markt, staatliche Umverteilung, über diese Kanäle können wir Eigentum erwerben. Alle diese Erwerbsarten sind aber auf der Stufe der Gesetzgebung konkretisiert. Deshalb meine ich, es würde den Verfassungsrichter politisch überfordern und zu einer Ideologisierung der Grundrechtsdogmatik führen, wenn man fordern wollte, der Verfassungsrichter müsse auch Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit der Eigentumsgarantie überprüfen können.

Lassen Sie mich abschließen mit einem Wort von JEAN-JACQUES ROUSSEAU, der schließlich einer der geistigen Väter unseres Bundesstaates ist und der zum Verhältnis Staat und Eigentum folgendes gesagt hat:

«Eine der wichtigsten Aufgaben der Regierung besteht also darin, einer übermäßigen Ungleichverteilung der Güter vorzubeugen, nicht indem sie den Reichen ihren Besitz entzieht, sondern allen die Mittel nimmt, Reichtum anzuhäufen, nicht indem sie Armenhäuser baut, sondern die Bürger vor Verarmung bewahrt» (vgl. ROUSSEAU, Politische Ökonomie, II. Kapitel).

Dr. THEODOR BÜHLER, Rechtskonsulent, Winterthur:

Herr STEINAUER hatte die Freundlichkeit, mir die Vaterschaft für die funktionelle Betrachtungsweise des Eigentums zuzusprechen. Dies ist zuviel Ehre. Lassen Sie mich jedoch einige Hinweise auf diese Betrachtungsweise als mögliche Methode einer Bestimmung aller Aspekte des Eigentums geben, mit dem Ziel, dabei Privatrecht und öffentliches Recht in Konkordanz zu bringen.

Seit den Römern wird das Eigentum als absolute Sachherrschaft definiert. Absolute Sachherrschaft heißt, daß der Eigentümer über die Sache frei und unter Ausschluß eines jeden anderen verfügen kann (P. LIVER, Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung: Privatrechtliche Abhandlungen, Bern 1972, S. 149 i. V. mit A. MEIER-HAYOZ, Komm. zu Art. 641 ZGB, Bern 1981, N. 1 S. 316). Art. 544 Code civil definiert das Eigentum entsprechend als «le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue», fügt nun aber neu hinzu, «pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements» (vgl. auch die Definition bei MEIER-HAYOZ, Syst. Teil und Allg. Best. Art. 641–654 ZGB, N. 306 S. 128). Ihm ist das schweizerische Zivilgesetzbuch in Art. 641 gefolgt. Beide Gesetzbücher haben also das Eigentumsrecht zu den Schranken der staatlichen Rechtsordnung in Gegensatz gesetzt. Diese Polarität ist dann durch den Grundrechtscharakter des Eigentums verstärkt worden.

Als Grundrecht wird das Eigentum gegen Eingriffe des Staates und seiner Behörden geschützt. Eigentum bildet mit staatlichen Eingriffen eine dialektische Einheit. Diese umfaßt jedoch die sog. Drittwirkung des Eigentums oder dessen Schutz gegenüber Eingriffen seitens Dritter nicht. Sie erfaßt ebensowenig die Eigentumsüberschreitung und den -mißbrauch. Die Vorstellung von Eigentumsüberschreitung und -mißbrauch widerspricht anderseits jener von absoluter Sachherrschaft. Dabei ist Eigentumsüberschreitung und -mißbrauch nichts anderes als die negative Seite der Eigentumsausübung, die wiederum das Wesen der Sachherrschaft ausmacht. Schließlich hängt die Art und Weise der Eigentumsausübung ganz von der Natur der Sache und ihrer Umwelt ab. Diese macht eine absolute Sachherrschaft weitgehend illusorisch.

Es ist daher wohl besser, statt dessen das Eigentum nach seinen Funktionen zu betrachten. Um dies zu können, bedarf es eines möglichst vollständigen Inventars dieser Funktionen. Diese können in der Tat in folgende Gruppen zusammengefaßt wer-

den: Erwerb, Erhaltung, Umgestaltung, Erneuerung, Nutzung, Verbrauch und Veräußerung einer Sache. Erwerb steht im Gegensatz zu Verlust, Erhaltung zu Beschädigung und Zerstörung, Umgestaltung zu Denaturierung (im Sinne von E. LANGEN, Transnationales Recht: Schriftenreihe Recht der Intern. Wirtschaft, Heidelberg 1981, S. 121 ff.), Erneuerung zum Verwahrlosen-lassen, Nutzung zu Übernutzung oder Überbeanspruchung, Verbrauch zu Entwertung und Veräußerung zur Aufgabe bzw. Dereliktion. Im Kontrast zu den Funktionen des Eigentums stehen damit Handlungen, die sich negativ auf die Substanz der Eigentumssache auswirken. Diese sind aber zumeist auch für die Allgemeinheit schädlich, namentlich wenn es sich um lebende Sachen oder um solche der Natur handelt: Ein entlaufenes Haustier verendet leicht, ein beschädigtes, zerstörtes oder verwahrlostes Gebäude ist unästethisch, ein ausgetrockneter Teich hat biologische Folgen für die Flora und die Fauna und kann Klimaänderungen bewirken, eine Veränderung der Kernsubstanz löst Strahlungen aus, die Übernutzung von Feldern stört den biologischen Haushalt, die Überanstrengung eines Tiers gefährdet dieses an Leib und Leben, Wasser, das verbraucht, ist ungenießbar, Müll und Abfälle müssen evakuiert werden usw.

Auch das schweizerische Bundesgericht anerkennt zumindest einzelne solcher «Antifunktionen» des Eigentums als gefährlich an. Zur Gefahrenabwehr läßt es sog. polizeiliche Maßnahmen (BGE 96 I 128) bzw. Eigentumsbeschränkungen, die entschädigungslos hingenommen werden müssen (BGE 96 I 357 ff., insbes. 361) zu.

Diese Antifunktionen fallen auch vielfach mit der Eigentumsüberschreitung und dem Mißbrauch des Eigentums zusammen. Wohl fallen diese beiden Tatbestände auch unter den Vorbehalt der staatlichen Rechtsordnung, wie er in Art. 544 Code civil und Art. 641 ZGB ausgedrückt ist, aber der Unterschied zwischen den Antifunktionen des Eigentums einerseits und den durch die Rechtsordnung bestimmten Schranken bzw. Eingriffen in das Eigentum anderseits ist nicht mehr ersichtlich. Dieser Unterschied ist aber für die Behandlung des Eigentümers entscheidend: Während derjenige, in dessen Eigentum der Staat oder dessen Behörden eingreifen, grundsätzlich zu entschädigen ist, verdient derjenige, der sein Eigentum überschreitet oder mißbraucht, keinerlei Rechtsschutz.

Die funktionelle Betrachtungsweise des Eigentums ist – und dies ist wahrscheinlich ihr größter Nutzen – ein erfolgversprechender, wenn nicht sogar der einzige Weg, den Kern bzw. We-

sensgehalt des Eigentums bestimmen zu können. Das hat offenbar auch das Bundesgericht gemerkt, und es weist seit einigen Jahren auf diese Betrachtungsweise hin (BGE 91 I 339; 96 I 357ff.; 97 I 635f.; 98 I 384; 99 Ia 37; 101 Ia 226 und 103 Ia 418). Es liegt nun nahe, statt generell von «wesentlichen sich aus dem Eigentum ergebenden Verfügungs- und Nutzungsrechten» (wie in BGE 103 Ia 148) zu sprechen, als Kern des Eigentums das Recht zu bezeichnen, die Summe aller oder einzelner der genannten Funktionen autonom ausüben zu können, was zur Folge hätte, daß mit der Aufhebung der Autonomie auch nur einer dieser Funktionen der Kern des Eigentums als angetastet gilt.

Die Zerlegung des Eigentums in seine Funktionen fördert eine differenzierte Betrachtung seiner Folgen und ermöglicht es, die Einwirkungen auf das Eigentum besser zu qualifizieren. Anhand der betroffenen Funktionen läßt sich das Ausmaß eines Eingriffes viel besser abmessen. Schließlich kann dadurch vielfach auf das Hilfsmittel «öffentliches Interesse» verzichtet werden.

Professor JEAN NICOLAS DRUEY, St. Gallen:

Das Eigentum soll ein Begriff des Zivilrechts sein. Diese Behauptung wird nicht etwa von Zivilisten aufgestellt, welche eine aufkommende Beunruhigung in diesem Punkt verdrängen wollen, sondern ist immer wieder die Versicherung der Öffentlichrechtler. Darum sollte bei den Brüdern der Nachbardisziplin das Gefühl bestehen können, daß wider allen Anschein die Kirche im Dorf bleibt, d.h. das Eigentum in den Bestimmungen des ZGB. Der Friede, in welchem diese Kirche steht, könnte aber derjenige des Friedhofs sein. Es stimmt, in den ganzen über die juristischen Disziplingrenzen hinausgehenden Auseinandersetzungen über das Eigentum ist keine Rede davon, daß dem Zivilrecht diese Institution geraubt würde. Aber ist es nicht das Traurige, daß man sie ihm eben *nicht* rauben will? Es besteht gar kein Interesse für das Begriffsarsenal, das der Zivilist feilbietet. Ob Eigentum oder anderes dingliches Recht, ob dinglich oder obligatorisch, das interessiert das öffentliche Recht offensichtlich wenig. Da aber anderseits auf der Verfassungsebene über Sein und Nichtsein aller dieser Werte diskutiert wird, hat Herr STEINAUER, obwohl Vertreter des Zivilrechts im Team der Berichterstatter, recht getan, daß er sich über Disziplingrenzen und zugehörige Prestigegedanken hinweggesetzt hat und an die Stätte des wesentlichen Geschehens, d.h. zu den Entwicklungen im Verfas-

sungsrecht und den dahinterstehenden ökonomischen und philosophischen Anschauungen, geeilt ist und uns darüber berichtet hat. Edel hat er akzeptiert, daß die andern uns zwar nicht den Eigentumsbegriff, wohl aber größtenteils die Show gestohlen haben.

Und doch meine ich, daß diese heutige Situation nicht restlos befriedigt. Ich glaube, daß eine grundsätzliche Divergenz der Anschauungen hinsichtlich des Eigentumsinstituts auch durch die beiden Referate nicht ausdiskutiert, ja eigentlich nicht angeschnitten worden ist. Ich möchte versuchen das Grundsätzliche an dieser Divergenz so zu formulieren: Ich meine, daß der Geltungsanspruch des Privatrechts weiter reicht, als es den Anschein haben kann. Das Privatrecht stellt nicht nur Formen zur Verfügung, und so ist auch das Institut des Eigentums nicht einfach die Form des Eigentums, über welche das öffentliche Recht nach seinen Verteilungsgrundsätzen disponieren kann. Vielmehr enthält das Privatrecht selbst eine Zuordnung; es beansprucht durchaus, die Distribution vorgenommen zu haben. Freilich nach völlig anderen Gesichtspunkten, nämlich grundsätzlich nach der normativen Kraft des Faktischen. Nichts wäre gefährlicher, als diese scheinbare Plumpheit der hier wirksamen Gerechtigkeitsidee zum Anlaß ihrer Verwerfung zu nehmen. Sache und Person gehen im zivilrechtlichen Eigentum eine Verbindung ein, welche die Hinterfragung ihres Ursprungs verbietet, weil die Sache Element der persönlichen Sphäre des Eigentümers wird. Darum auch anderseits der Satz «casum sentit dominus», den ich in den bisherigen Auseinandersetzungen vermißt habe. Es gibt keine höhere Instanz, die die Härte dieses Satzes abtempiert. Mensch und Sache sind auf Gedeih und Verderb miteinander verbunden, funktionell verbunden, sie haben *gegenseitig* eine Funktion, auch die Person gegenüber der Sache, eben zum Beispiel als Risikoträger. Eigentum also als dezentralisierte Zuordnung; und zwar Zuordnung und nicht einfach Wert, was sich eben in dem Risikoelement ausdrückt.

Aus dieser Sicht ist es auf der einen Seite durchaus nicht ausgeschlossen, auch den Eingriff des Staates, und zwar sogar im Sinne des Totalverlustes, als einen casus, als Schicksalsschlag, anzusehen. Anderseits ist der Eingriff aber immer ein Opfer, das auch durch vollen Ersatz nicht ausgeglichen ist. Es scheint mir, daß wir uns schon so an den Gedanken gewöhnt haben, daß Bestandesgarantie einfach Wertgarantie sei, daß dieser Aspekt zu sehr in den Hintergrund geraten ist. Zu begrüßen ist deshalb, daß die Berichte den persönlichkeitsrechtlichen Bezug gewisser

Eigentumsgüter betonen; ich glaube freilich, daß das Problem dem Eigentum schlechthin innewohnt, wenn auch gewiß bei der spekulierenden Immobilien-AG weniger als beim eingesessenen Kleinbauern. Gefordert ist deshalb, daß Gerechtigkeit in der Verteilung solcher Opfer, nämlich Eingriffen in die persönliche Sphäre, besteht.

Vor allem aber ist ein Gesichtspunkt hervorzuheben, unter welchem dieser Gegensatz der Betrachtungsweise zwischen öffentlichem und zivilem Recht sich m.E. auswirkt: Ich glaube, daß der Eigentumsgedanke des Zivilrechts das Abwägen des Eigentumsrechts gegen andere Rechte, und innerhalb des Eigentumsrechts die Aufgliederung in einzelne Eigentumszwecke, die das Referat von Herrn MÜLLER fordert, seinem Wesen nach nicht toleriert. Die faktische, historische Legitimation, die im privatrechtlichen Eigentum liegt, hat eine zu grundsätzlich andere, dem Teleologischen abholde, Dimension. Das will nicht besagen, daß es keine Eigentumspolitik des Staates geben soll, daß alles von vorneherein fixiert sei; nur muß grundsätzlich das Gewachsene als gewachsen anerkannt bleiben. Es kann ja dieser Konflikt der Anschauungsweisen nicht einfach dadurch gelöst werden, daß die Höherrangigkeit des Verfassungsrechts gegenüber dem Eigentum als einem Institut auf bloßer Gesetzesstufe hervorgehoben wird, weil das Verfassungsrecht sich durch die Institutsgarantie die Auseinandersetzung mit dem zivilrechtlichen Institut selber zur Pflicht macht.

Es ist hier also noch einiges an interdisziplinärem Gespräch zu wünschen. Dabei soll keineswegs einseitig ein Schutzbedürfnis, eine Märtyrerrolle des Zivilrechts der ausschließliche Ausgangspunkt sein. Es hat durchaus auf seiten des Zivilrechts selbst eine Bereitschaft zu bestehen, seine eigenen Grundlagen bewußt zu machen und auch die Gültigkeit seiner Konzepte zu überprüfen. Einige Hinweise in dieser Richtung gibt das Referat von Professor STEINAUER in seinem zweiten Teil. Ich möchte eigentlich noch radikaler fragen als er. Besteht bei der Entwicklung, die tatsächlich und rechtlich in den letzten Jahrzehnten erfolgt ist, überhaupt noch die innere Berechtigung der «heiligen» Unterscheidung von dinglich und obligatorisch? Wir betrachten die Mittel auf unserem Konto ohne weiteres als eigenes Geld, obwohl es lediglich eine Forderung ist. Anderseits sollen die Wertschriftenbestände, die irgendwo, nicht einmal bei der eigenen Bank, in einem Sammeldepot liegen, rechtlich unserer «unmittelbaren Herrschaftsmacht» unterstehen, nämlich uns als Mit-*Eigentümern* anteilsweise zugehören. Und was ist mit der ganzen tro-

pisch wuchernden Halbwelt zwischen dinglichem und obligatorischem Recht, die in der Form von Vormerkungen im Grundbuch entsteht? Ohne diese Bereitschaft, aus einer Gesamtsicht das eigene Gebiet konsequent zu ordnen, kann auch das Gespräch mit dem öffentlichen Recht keine Aussichten haben.

Professor MARTIN USTERI, Rechtsanwalt, Zürich:

Darf ich hoffen, daß mein Diskussionsbeitrag nicht nur embarras, sondern auch etwas richesse biete: Nachdem wir im Schweizerischen Juristenverein das Eigentumsproblem 1964 und 1976 mehr bezüglich des zentralen Grundeigentums behandelt haben, steht es heute ganz allgemein zur Debatte. Ich darf kurz zwei Aspekte beleuchten:

1. Der französischsprachige Referent STEINAUER bietet sehr verdienstlich einen Überblick über die *rechtspsychologischen* und *rechtssoziologischen* Grundlagen und Parallelerscheinungen zur rechtlichen Güterordnung. Diesbezüglich muß eine Ergänzung beigefügt werden, die leider auch von WERDER übergangen worden war. Es ist nicht nur die psychologische Kategorie des Habens zu betrachten. Es gibt vielmehr eine zwar schmale, aber hochinteressante natur- und geisteswissenschaftliche psychologische Forschung, deren bisherige Ergebnisse für die Rechtswissenschaft von größter Tragweite sind. Hier nur zwei wichtige, jedoch gesicherte Theoreme:

a) In der vielfach gefährdeten Existenz findet der Mensch lebensspendenden Schutz im Eigentum an Raum (vgl. die Arbeitspapiere für das Symposium «Die psychologischen Grundlagen des Eigentums an Raum» vom 29./30. Oktober 1976 der Stiftung für humanwissenschaftliche Grundlagenforschung).

b) Die günstigsten Aussichten der Konfliktminimierung bestehen dann, wenn jeder Einzelne Eigentümer jener Mobilien und Immobilien ist, die für seine Selbstbehauptung notwendig sind (vgl. WALTER BODMER: Die biopsychologischen Grundlagen des Eigentums an Boden und Wohnung, in: Wirtschaftspolitische Mitteilungen, September 1981).

2. Und nun noch ein *staatstheoretischer Aspekt:* GEORG MÜLLER und parallel mit ihm RENÉ RHINOW in der Festschrift Huber glauben, die Freiheit, also auch die Eigentumsfreiheit, bedürfe nicht nur der rechtlichen Ausgestaltung und Begrenzung, sondern auch (ich zitiere) «der Hege und Pflege durch den Staat». Ich weiß, daß beide Kollegen diese Formel im konkreten staats-

rechtlichen Falle zutreffend auslegen würden. Die heutigen Ausführungen über den Verfassungsrang des öffentlichen Interesses beweisen es. Aber: Die Formel ist bis zur Unrichtigkeit mißverständlich. Man kann daraus nämlich auch ablesen, die Freiheit sei ganz allgemein, also auch die Eigentumsfreiheit, gleich wie das privatwirtschaftliche Handeln eine «staatliche Veranstaltung». Diese Auffassung ist strikte als betreuungs- und verwaltungsstaatliches Staatsdenken abzulehnen. Das führt beispielsweise zu der nordrhein-westfälischen Schulverordnung, welche kürzlich der Staatsphilosoph LÜBBE in Wien so herrlich kritisiert hat: Die Schüler sollen dem Lehrer ihre Ansprüche auf Sinnerfüllung und Glück an den Staat mitteilen! Die Freiheit, auch die Eigentumsfreiheit, muß also nicht vom *Staat,* sondern von jedem einzelnen Menschen, den privaten Gruppen und Organisationen und der Gesellschaft gehegt und gepflegt werden. Der Staat soll für die notwendigen Rechtsinstrumente zur Ausübung der Freiheit sorgen. So müßte beispielsweise statt des verfehlten Instituts der «ewigen» Miete (gleich begründete Kündigung im Mietwesen) ein neues *sachenrechtliches* Institut des «Wohnrechtes» entwikkelt werden. Darin wären die Interessen der Investoren und Unternehmer in der Wohnwirtschaft mit den Interessen der Wohnberechtigten an einem Dauerverhältnis, das gleichwohl eine leichte Handelbarkeit der Wohnung ermöglicht, in echt privatrechtlichem Sinne auszugleichen. Der Staat soll ferner für die uns allen bekannten Begrenzungen der Eigentumsfreiheit, insbesondere im Raumplanungsrecht, sorgen. Der Staat soll ferner nicht nur Rechtsmißbräuchen den rechtlichen Schutz versagen, sondern darüber hinaus (in Fortbildung der Theorie von THEODOR BÜHLER) volkswirtschaftliche und soziale Mißbräuche abstellen. Mehr aber soll der Staat nicht! Damit haben wir Öffentlichrechtler eben den Zivilrechtlern die Show schon gestohlen.

Professor PETER SALADIN, Bern:

Zum Votum von Herrn Professor USTERI: Wir sollten doch davon ausgehen, daß unsere soziale Realität nicht allein durch eine Bipolarität von Individuum und Staat bestimmt ist. Dazwischen hat sich eine große Fülle von überaus wirksamen, mächtigen pouvoirs intermédiaires angesiedelt. Wenn es gerade uns Staatsrechtlern (aber auch den Privatrechtlern!) nicht gelingt, diese soziale Realität *auch* in den Griff zu bekommen, dann nützt letztlich alle Grundrechtstheorie nichts.

Nun möchte ich anknüpfen an eine Feststellung im Referat von Herrn MÜLLER. Herr MÜLLER zeigt uns sehr eindrücklich die Gleichordnung der Verfassungsnormen im Bereich der Eigentumsverfassung, also die Gleichrangigkeit von Eigentumsgarantie einerseits, von eigentumsrelevanten Zielnormen, Aufgabennormen und auch von anderen Grundrechten anderseits. (Hier stellt sich allerdings das sehr schwierige Problem einer irgendwie gedachten «preferred position» ideeller Grundrechte oder der persönlichen Freiheit; darauf kann ich jetzt nicht eintreten.) Das Bundesgericht hat in seinem leading case Zizers in sehr deutlicher und prägnanter Weise die gleiche Konzeption vertreten, also Gleichrangigkeit der eigentumsrelevanten Normen. Damit zieht die Eigentumsverfassung gleich mit der Wirtschaftsverfassung. Auch hier herrscht, wie FRITZ GYGI und HEINZ-PETER CHRISTEN überzeugend dargetan haben, Gleichordnung, und zwar nach *geltendem* Verfassungsrecht. Das bedeutet: keine Überordnung der Handels- und Gewerbefreiheit über die anderen wirtschaftsrelevanten Normen, auch keine Unterordnung – keine Überordnung der Eigentumsgarantie, auch keine Unterordnung. Das ist keine «kalte» Verfassungsrevision, ausgelöst von irgendwelchen subversiven Staatsrechtlern, sondern das ist Interpretation der geltenden Verfassung, die sich eben «heiß» verändert hat. Eine ganze Fülle von eigentums- und wirtschaftsrelevanten Verfassungsbestimmungen ist neu dazugekommen. (Dabei muss ja immer wieder beachtet werden, daß auch Art. 22ter nicht «alt», sondern eigentlich erst im Schlepptau von Art. 22^{quater}, also dem Artikel über die Landesplanung, in die Verfassung gelangt ist. Es muß hier im übrigen angemerkt werden, daß es nach unbestrittener methodologischer Lehre nicht zulässig ist, eine einzelne Verfassungsbestimmung, z.B. Art. 22ter Abs. 2, isoliert zu interpretieren; das geht nicht an, das widerspricht dem Grundsatz systematischer Auslegung – einem Grundsatz, der im Verfassungsrecht ebenso gilt wie in allem übrigen Recht.) Alle jene Ergänzungen der Eigentumsverfassung und der Wirtschaftsverfassung haben gleiche verfahrensmäßige Legitimation und gleiche «Würde» wie die Eigentumsgarantie und die Handels- und Gewerbefreiheit; und dies zwingt uns dazu, Gleichrangigkeit anzunehmen, wie sie Herr MÜLLER für die Eigentumsverfassung dargetan hat. – Diese Gleichrangigkeit steht im übrigen auch im Kern der Eigentumsverfassung des Verfassungsentwurfs von 1977; Herr FLEINER hat darauf hingewiesen. Das ganze Streben der Kommission ging darauf hin, solche Gleichordnung herauszuarbeiten und möglichst klar zu formulieren. Ob ihr das gelun-

gen ist, bleibe dahingestellt; im einzelnen wird da noch viel nachzudenken und zu überdenken sein, aber das war jedenfalls die Grundintention: eine Gleich-Ordnung, und damit auch eine Verkettung von Rechten und Pflichten im Bereich der Eigentumsverfassung und im Bereich der Wirtschaftsverfassung.

Professor FRITZ GYGI, Bern:

Lange bevor die Eigentumsgarantie in die Verfassung aufgenommen wurde, hat im ZGB von EUGEN HUBER gestanden, daß der Eigentümer nur «in den Schranken der Rechtsordnung» frei verfügen kann. Immerhin hat das Bundesgericht dem Gesetzgeber in der Folge mit der *Wesensgehaltschranke* im Jahre 1962 (BGE 88 I 255) eine Grenze gesetzt.

Die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie (1969) ist auf diesem Boden geblieben (Art. 22ter Abs. 2 BV): Beschränkungen aus öffentlichem Interesse, jedoch im Rahmen der verfassungsmäßigen Befugnisse. Sie hat selbst die Wesensgehaltgarantie der Rechtsprechung nicht übernommen.

Der Vorentwurf der Bundesverfassung (E 23) läßt Beschränkungen der Grundrechte nur zu, wenn ein *überwiegendes* öffentliches Interesse es rechtfertigt, und erklärt ihren Kern als *unantastbar*. Das ist somit jedenfalls kein Rückschritt. Dagegen greift die Eigentumspolitik (E 30) teilweise zu weit.

A. MEIER-HAYOZ hat in den sechziger Jahren zum Bodenproblem geschrieben (ZGBR 1964, S. 22):

> «Man wird hier also nicht ohne Eingriffe in die Freiheit auskommen. Aber diese Freiheitsbeschränkungen wachsen nicht aus einer interventionsfreudigen Haltung heraus, sondern entspringen gerade der Sorge um die Erhaltung einer echt freiheitlichen Ordnung. Es geht um die Beschränkung der Freiheit weniger, damit die Freiheit vieler sich wieder entfalten kann.»

Darauf ist zurückzukommen.

GEORG MÜLLER und PETER SALADIN bestätigen, was vor ihnen ein ausgewiesener Liberaler, WALTHER BURCKHARDT (Kommentar BV, S. 14) ausdrücklich festgestellt hat: Was die BV bestimmt, ist nach allgemeinen Auslegungsregeln zu entscheiden. Man kann nicht sagen, daß «im Zweifel» dieser oder jener Rechtssatz gelte, also die Freiheitsgarantie oder die Beschränkungszuständigkeit.

Präsumptionen gibt es – immer nach W. BURCKHARDT – nur über Tatsachen (Beweis von Tatsachen). Ein exklusives oder auch nur vorrangiges Auslegungsrezept «in dubio pro libertate»

könnte einer neuen Verfassung deswegen nicht zum Opfer fallen, weil es nicht vorbesteht.

Der Faustregel «in dubio pro libertate» ist zu entgegnen, daß die Verfassung die Freiheit nicht nur im Zweifel, sondern überhaupt schützt (Art. 2 BV), aber eben so, wie es A. MEIER-HAYOZ dargelegt hat, nämlich nicht nur die Freiheit des Eigentümers, sondern aller Beteiligten.

Die Frage der Freiheit – gestehen wir es zu – bereitet uns Juristen ja immer noch immense Verständnisschwierigkeiten. Das Problem ist nicht die Freiheit an sich, sondern des Verhältnisses der Freiheiten der Einzelnen untereinander. HANS F. ZACHER (Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft. Festschrift Wannagat, S. 734) hat kürzlich treffend gesagt: Insgesamt ist in einer Gesellschaft die Summe der Realfaktoren der Freiheit immer begrenzt.

Die Freiheiten der Einzelnen sind also in der Wirklichkeit des gesellschaftlichen Zusammenlebens eigentlich *kontingentiert*. Es kommt nicht jedem die volle und keinem zum vorneherein mehr als dem anderen an Freiheit zu.

Schlußwort von Professor GEORG MÜLLER:

Daß wegen der vielen Voten keine Zeit für ein mündliches Schlußwort der Referenten blieb, deutet darauf hin, daß die Referate ihren Zweck erfüllt haben, nämlich zur Diskussion über den aktuellen Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung anzuregen. Die Stellungnahmen zu meinen schriftlichen Ausführungen im Seminar der Studenten und in der Diskussion am Samstagvormittag waren für mich eine große Bereicherung; ich bedanke mich dafür – auch und gerade für die kritischen Äußerungen.

Obwohl alle Voten eine eingehende Antwort verdienen würden, kann ich nur auf einige wenige eingehen. Ich möchte zuerst Herrn USTERI voll und ganz darin zustimmen, daß Freiheit keine «Staatsveranstaltung» sein darf. Es ist aber auch nicht so, daß Freiheit sich immer von selbst einstellt, wenn nur der Staat sich aller Eingriffe in Wirtschaft und Gesellschaft enthält. Vielmehr muß der Staat zur Gewährleistung der Freiheit beides tun: Maßnahmen unterlassen und gewisse andere – fördernde, schützende – treffen. Die Grundrechte, welche die Freiheit des Einzelnen verfassungsrechtlich sichern, sind deshalb sowohl Abwehrrechte gegenüber dem Staat als auch Aufträge an diesen, dafür zu sor-

gen, daß der Einzelne von seinen Freiheiten wirklich Gebrauch machen kann. Die Abwehrfunktion der Grundrechte, auch der Eigentumsgarantie, wird m.E. – entgegen der Auffassung von Herrn ROHR – nicht geschwächt, wenn man die Aufgabe des Gesetzgebers nicht darin sieht, die von der Verfassung gewährleisteten Rechte einzuschränken, sondern darin, sie zu konkretisieren, auszugestalten. Voraussetzung ist allerdings, daß der Gesetzgeber dabei an die Verfassung gebunden ist, und zwar nicht bloß dadurch, daß er irgend ein diffuses «öffentliches Interesse» zu wahren hat. Maßstab für die grundrechtskonkretisierende Gesetzgebung müssen vielmehr alle Wertungen der Verfassung sein, die mit dem in Frage stehenden Grundrecht zusammenhängen. Dazu gehören auch liberale Werte, denen nach dem freiheitlichen Strukturprinzip, das in unserer geltenden Verfassung stark hervorgehoben wird, ein großes Gewicht zukommt. Soll die ein Grundrecht ausgestaltende Gesetzgebung vermehrt bestimmte öffentliche Interessen berücksichtigen, so muß dies durch eine entsprechende Wertung der Verfassung gerechtfertigt sein, über die allenfalls zuerst auf dem Wege der Verfassungsrevision zu entscheiden ist. Ich glaube (und das scheinen die Kritiker meines Grundrechtsverständnisses zu übersehen), daß eine solche verstärkte Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung die Abwehrfunktion der Grundrechte besser zu gewährleisten vermag als die Schrankentheorie und die Freiheitsvermutung, die dem Gesetzgeber ein «schlechtes Gewissen» bei seiner «Eingriffstätigkeit» vermitteln sollen. Beides aber – verstärkte Bindung an die Verfassung *und* Schrankentheorie – ist logisch nicht möglich: Wenn der die Grundrechte konkretisierende Gesetzgeber sich an der Verfassung orientieren, die hier zum Ausdruck kommenden Werte ins richtige Verhältnis setzen muß, gestaltet er die Grundrechte nach den Grundsatzentscheidungen des Verfassungsgebers aus, schränkt sie also nicht nachträglich «im öffentlichen Interesse» ein.

Ich hätte eigentlich eher den Vorwurf aus der «anderen Ecke» erwartet, meine Betrachtungsweise schränke die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu sehr ein, binde ihn zu stark an die Verfassung, gehe zu weit hinsichtlich des Erfordernisses der verfassungsmäßigen Umschreibung des öffentlichen Interesses.

Ein Wort noch zu den Ausführungen von Herrn DRUEY zum Verhältnis von privatem und öffentlichem Recht. Ich freue mich vorab sehr über die bekundete Bereitschaft zum Gespräch, zum Überdenken der gegenseitigen hergebrachten Positionen und zum Abbau des die beiden Rechtsgebiete mehr als nötig Tren-

nenden. Nach meiner Auffassung besteht kein Gegensatz hinsichtlich der *Funktion* des Privat- und des öffentlichen Rechts bei der Konkretisierung der Eigentumsgarantie. Beide dienen der Ausgestaltung der Eigentumsordnung, bestimmen Grundentscheidungen der Verfassung näher, wirken ordnend und steuernd auf Staat und Gesellschaft ein. Nach dem Gesagten liegt der Unterschied auch nicht darin, daß privates Recht den Inhalt, öffentliches Recht die «Schranken» des Eigentums umschreibt. Das öffentliche Recht ist ferner nicht grundsätzlich «freiheitsfeindlicher» als das private. Ich halte die Betrachtungsweise, wonach das Privatrecht die bestehende Eigentumsordnung aufrechterhalte, während das öffentliche Recht sie dynamisiere und dadurch die Eigentumsfreiheit abbaue, für verfehlt. In welchem Rechtsgebiet die Änderungen der Eigentumsordnung erfolgen, ist im Prinzip gleichgültig und oft mehr zufällig. Das zeigen verschiedene Revisionsvorhaben im Bereich des Privatrechts (z.B. Mietrecht, Pachtrecht, bäuerliches Bodenrecht, Aktienrecht), die teilweise ausgesprochen soziale Zielsetzungen verfolgen. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht bleibt aber in anderen Zusammenhängen relevant, ja unerläßlich, so etwa für die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen oder für die Zuständigkeit der Organe der Rechtspflege. Sie kann also nicht aufgegeben, sollte aber im Blick auf ihre gewandelte Funktion und Bedeutung gründlich überprüft werden.

Bundespräsident Dr. KURT FURGLER:

Herr Präsident,
Herr Landammann,
verehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen:

Vorerst möchte ich herzlich danken, daß ich diesen Tag mit Ihnen verbringen darf.

Für unsere Arbeit im Bundesrat, im Parlament, im Justizdepartement sind die hier vorgetragenen Gedanken von großer Bedeutung. Wenn es auch nicht möglich ist, auf alle gefallenen Voten einzugehen, so darf ich doch jedem, der hier gesprochen oder geschrieben hat, versichern: Wir werden auf die gestellten Fragen und die geäußerten Meinungen sehr sorgfältig eingehen. Ich danke den verehrten Referenten, den hier anwesenden und denjenigen, die morgen sprechen. Beide Bereiche, auch jener, der

morgen zur Debatte steht, haben mich und meine Partner im Departement in den letzten zehn Jahren stark beschäftigt.

Gestatten Sie mir, bevor ich – wie ich es hier immer tun darf – laut mitdenke, noch ein Wort zu den Sorgen unseres Herrn Präsidenten: Ich begreife, daß Sie bei allen Normen, die neu auf uns zukommen, immer wieder fragen: Ist das nötig oder gehört das zur Normenflut? Wer mit mir im Bundeshaus arbeitet, weiß, daß vor jeder Reform, die uns aufgetragen wird, diese Frage im Vordergrund steht. Wenn Ihnen in diesem Zusammenhang gute Ideen auftauchen, bitte schreiben Sie mir, ungeachtet des Rechtsgebietes. Ihr Anliegen – es ist auch das unsrige – läßt sich nicht so leicht verwirklichen bei 50 hängigen parlamentarischen Initiativen, bei Hunderten von Motionen und Postulaten, die in jeder Session nur zu einem kleinen Teil abgetragen werden, und bei der Ihnen bekannten großen Zahl von Volksinitiativen, die wir in tiefem Respekt vor unseren Volksrechten zu bearbeiten haben.

Doch nun zum Privateigentum heute. Mit den Damen und Herren, die hier sind, empfinde ich es und empfindet es die Regierung als Grundpfeiler der schweizerischen Rechtsordnung. Auch die Experten, von denen Sie Herrn FLEINER und Herrn SALADIN hörten und die für die Totalrevision der Bundesverfassung Jahre investiert haben, teilen diese Auffassung. Ein Pfeiler, auf dem ein Gebäude ruht, darf nicht einstürzen; er soll vielmehr dadurch verstärkt werden, daß künftig viel mehr Menschen ihn mittragen helfen. Ich habe Ihr Tagungsthema, Privateigentum heute, so interpretiert, daß wir das private Eigentum nicht einfach als etwas Gegebenes verstehen, sondern als etwas Gewordenes – Herr HILDEBRANDT hat in der ihm eigenen Art darauf hingewiesen – und als etwas Werdendes. Die Wurzeln dieses Privateigentums reichen, wie aus dem fundierten Referat von Professor STEINAUER hervorgeht, tief in die Geschichte zurück, aber auch in die Philosophie, in die Anthropologie, in die Psychologie und sogar in die Psychoanalyse. Im vielfältigen Gedankengut, welches das Privateigentum von heute geprägt hat, zeichnen sich bereits die Umrisse des Privateigentums von morgen ab. Sie spüren, worauf ich ziele: auf das Privateigentum als Gegenstand einer langen und stets fortdauernden Entwicklung. Viele von Ihnen bemühen sich in täglicher Arbeit, die gewordene Privateigentumsordnung immer feiner abzugrenzen, um die ewige Frage nach dem «suum cuique tribuere» hier und jetzt möglichst angemessen beantworten zu können. Gleichzeitig ringen andere um eine neue, wie sie hoffen, gerechtere Privateigentumsord-

nung. Beide Bestrebungen – verschiedene Betrachtungsweisen des einen, dynamischen Rechtsinstituts – neigen dazu, sich zu verselbständigen. Unsere Verhandlungen auf der Grundlage vorzüglicher Referate, für die ich ganz herzlich danke, eignen sich bestens, die rechtsdogmatische und die rechtspolitische Diskussion füreinander fruchtbar zu machen. Einmal mehr folgt der Schweizerische Juristenverein bewährtem Brauch. Indem er den Standort eines aktuellen Rechtsproblems bestimmt, gewinnt er Anhaltspunkte de lege ferenda.

Die lex ferenda ist die Privateigentumsordnung als ganze, die es im Hinblick auf eine künftige Verfassung zu überdenken gilt. Angeregt durch den Verfassungsentwurf 1977, hat sich eine überaus beeindruckende Zahl von Bürgern dieser Denkaufgabe angenommen. Ich bedanke mich bei den hier nicht anwesenden Hunderten von Mitbürgern, die nach dem Erscheinen des Entwurfes bereitwillig ihre eigenen Gedanken einbrachten in einem sehr breit angelegten Vernehmlassungsverfahren. Diese Stimmen, wie immer sie tönen, bedeuten für mich ein echtes Teilnehmen an unserem demokratischen Rechtsstaat, und das ist an und für sich schon eine Voraussetzung für eine gesunde Weiterentwicklung der Eidgenossenschaft. Sie wissen, daß die Vernehmlassungsergebnisse veröffentlicht wurden; ich möchte all dem jetzt nicht vorgreifen, weil der Bundesrat gewisse Zwischenentscheide fällen muß. Gestatten Sie mir jedoch, ohne Anspruch auf Systematik zu erheben, ein paar Betrachtungen zu vier Punkten einzubringen: zum Einordnen, zum Öffnen, zum Differenzieren und zum Verantworten im Bereich des privaten Eigentums.

Erster Gedanke, zum *Einordnen:* Die Vorstellung vom Privateigentum als ein dem Recht vorgegebenes freies Tun und Lassen ist uns fremd. Zwar haben sich Volk und Stände am 14. September 1969 für die Eigentumsgarantie ausgesprochen (Art. 22ter BV); aber am gleichen Tag haben sie den Bundesgesetzgeber beauftragt, Grundsätze für eine Raumplanung aufzustellen (Art. 22^{quater} BV). Zwar erlaubt das Zivilgesetzbuch dem Eigentümer, über seine Sachen nach Belieben zu verfügen (Art. 641 Abs. 1 ZGB); aber in der gleichen Bestimmung verweist es ihn auf die Schranken der Rechtsordnung. Ich war überrascht, daß diese Schranken der Rechtsordnung, obwohl wir seit fast einem Jahrhundert so praktizieren, beim etwas anders eingebrachten Verfassungsartikel, der auch auf die Schranken der Rechtsordnung verweist, derart viel Staub aufwirbeln konnten. Wenn wir vom äußerst interessanten Grundrechtsverständnis ausgehen, wie Sie, Herr Professor MÜLLER, es in Ihrem Referat entwickelt

haben, dann bezeichnen die Schranken der Rechtsordnung die durch die Verfassung verkörperte, in der Gesetzgebung konkretisierte Wertordnung. Wie immer man das umschreiben will, irgendwie verspüren wir ähnlich. Privateigentum verabsolutiert, ist kein brauchbares Instrument in unserem Staat; richtig eingeordnet aber hochbedeutsam für unseren freien – ich füge bei: sozialen – Rechtsstaat, um klar zu machen, daß ich den sozialen Rechtsstaat nicht als eine unfruchtbare Antinomie empfinde, sondern als eine Synthese. Wir sind nicht im Begriff, den freien Rechtsstaat zu verleugnen, wenn wir den sozialen Rechtsstaat in ihn einzubringen versuchen; beides gehört heute zusammen. Im Lichte dieser Wertordnung, zu der sich die Mehrheit der Schweizerinnen und Schweizer bekennt und von der sich schon darum der demokratische Gesetzgeber kaum entfernen wird, mildern sich die bisweilen überbetonten Gegensätze zwischen dem geltenden und einem zumindest denkbaren neuen Recht des Privateigentums. Darf ich eine Klammer öffnen? Ich habe mit Interesse Ihre Beispiele von heute morgen aus der Mietrechtsdiskussion zur Kenntnis genommen. Seien Sie versichert, daß die verschiedenen Varianten, die wir ins Vernehmlassungsverfahren gaben, gerade Anreize bilden sollen zum Mitdenken. Sie verkörpern nicht vorgefaßte Meinungen, weder des Bundesrates noch des Departements. Klammer geschlossen.

Zweiter Gedanke, zum *Öffnen:* Die Eigentumsgarantie ist ein *Grund*recht. Das wurde heute viele Male gesagt. Meine Damen und Herren, ich erkenne darin einen Unterschied zu einem *Vor*recht. Noch ist ein Teil der Schweizer willens und in der Lage, Vermögen zu sparen, Privateigentum auch an Grund und Boden sowie an wirtschaftlichen Unternehmen zu erwerben. Doch mehren sich die Anzeichen gegenläufiger Tendenzen. Seine ihm zugedachte Funktion als Grundpfeiler der Rechtsordnung vermag das Privateigentum nur so lange zu erfüllen, als eine Mehrheit wenigstens die Chance erblickt und hat, daran teilzuhaben. Deshalb kann sich eine künftige Privatrechtsordnung nicht damit begnügen, Bestand und Wert des Privateigentums zu gewährleisten; sie muß überdies den Zugang dazu öffnen, d. h.: eine angemessene und breitgestreute Vermögensbildung fördern. Wenn ich heute selbst in dieser kleineren Stadt feststelle, daß mittlere Einkommensbezüger kaum mehr in der Lage sind, Sachwerte zu kaufen – ein Haus oder eine Eigentumswohnung –, ohne sich zu übernehmen, dann mache ich mir Sorgen darüber, wie wir eine solche Entwicklung wieder in den Griff bekommen können. Von großen Städten nicht zu sprechen!

Dritter Gedanke, zum *Differenzieren:* Abstrakte Begriffe, zu denen auch jener des Privateigentums gehört, haben ermöglicht, eine leistungsfähige wissenschaftliche Rechtsdogmatik aufzubauen. Die praktische Rechtspolitik nötigt indes dazu, Unterschiede, die bei der Abstraktion gewollt vernachlässigt wurden, ins Bewußtsein zu rücken: zu fragen, ob das Privateigentum gemeinnützigen Zielen oder der persönlichen Entfaltung diene; ob es sich offenbare als volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Konzentration von Grundeigentum oder als volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Gewinn; ob es auf Leistung beruhe oder auf Vorkehren, die der Einzelne auf Kosten der Gemeinschaft getroffen hat. Je nachdem gilt es zu fördern, zu verhüten, zu erschweren oder auszugleichen. Eine künftige Privateigentumsordnung wird sich – soll sie gerecht sein – in eine differenzierende Eigentumspolitik einfügen müssen. Gerade in diesem Bereich ist noch manches nicht ausgelotet. Ich habe das selten so verspürt wie damals, als wir das Raumplanungsgesetz geschaffen haben. Wenn ich davon ausgehe, daß Privateigentum dann, wenn es der Staat mir wegnimmt, dazu führt, daß ich gegen den Staat einen Rechtsanspruch auf Entschädigung habe, dann darf wohl dieser gleiche Staat, der ohne mein Dazutun – denken Sie an Einreihung in die Bauzone – mir ein Mehrfaches dessen gibt, was ich gestern hatte, mir zumindest das Gespräch anbieten: Furgler, wie wäre es, wenn Du etwas zurückgäbest? Das alles hat mit Differenzieren zu tun.

Zum Schluß ein vierter Gedanke, zum *Verantworten.* Eigentum verpflichtet. Dieser Satz, in einzelnen Verfassungen ausländischer Staaten (so in Art. 14 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes) enthalten, findet sich weder in der Bundesverfassung noch im Verfassungsentwurf 1977: nicht, weil wir ihn ablehnen, sondern weil wir glauben, er stehe als ethischer Grundgedanke gleichsam hinter der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung. Allmählich haben wir gelernt, wie stark der Gebrauch des Privateigentums, namentlich an Grund und Boden, in allgemeine Güter eingreift, die wir, zum Teil als Folge schmerzlicher Erfahrungen, je länger desto höher veranschlagen. Raum und Umwelt, Rohstoffe und Energie sind uns anvertraut, damit wir sie haushälterisch nutzen; ein Raubbau gefährdet uns alle. Ob hier das Privateigentum seinen Platz soll behaupten können? Die Antwort bestimmt sich danach, wie weit der Privateigentümer bereit ist, die hohe Verantwortung zu tragen, die ihm eine künftige Privateigentumsordnung – wie immer sie im einzelnen aussehen mag – in zunehmendem Maße wird auferlegen müssen.

Herr Präsident, Herr Landammann, verehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen, mit dem nochmaligen Dank bitte ich Sie um das Mitdenken. Auch wenn Sie ganz kritische Berichte zu allem schreiben, was wir im Bundesrat tun, vermitteln Sie uns Denkanstöße; deren kann es gar nie genug geben, wenn wir miteinander diesen doch schönen, freien, sozialen Rechtsstaat weiterentwickeln wollen. Ich danke Ihnen!

* * *

Der Verhandlungsleiter dankt Herrn Bundespräsident FURGLER für sein Votum, in welchem er der Diskussion eine neue Dimension geöffnet hat. Der I. Teil der Generalversammlung ist um 12.00 Uhr beendet.

Séance du dimanche 27 septembre 1981
à l'Aula de la Haute-Ecole de St-Gall

Président:
JACQUES MATILE, avocat, Lausanne

Le Président ouvre la séance à 09.00 heures.
Elle commence par la partie administrative figurant à l'ordre du jour.

V.

Le Président donne la parole au Juge fédéral JEAN-JACQUES EGLI, trésorier, pour présenter les comptes 1980/81, dont voici la teneur:

Jahresrechnung 1980/81

Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1981

Aktiven		Fr.
Kassa		3 509.85
Postcheck		7 520.54
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent Ord.		98 929.60
Waadtländer Kantonalbank, «Nationalfonds»		5 121.10
Wertschriften		186 799.95
Verrechnungssteuer		4 102.25
Transitorische Aktiven		2 631.60
Mobiliar		220.—
		308 834.89

Passiven		
Transitorische Passiven		34 807.45
Rückstellung für Publikationen		170 000.—
Kapital per 30.6.1980	94 408.39	
+ Einnahmenüberschuß pro 1980/81	9 619.05	104 027.44
		308 834.89

Erfolgsrechnung 1980/81

Einnahmen	
Mitgliederbeiträge	96 030.—
Beitrag Schweiz. Nationalfonds	25 000.—
Verkauf von Publikationen	2 631.60
Wertschriftenertrag	7 842.50
Bankzinsen	821.06
	132 325.16

Ausgaben	
Druckkosten Referate und Protokolle	67 938.35
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht	11 550.—
Schweizerischer Juristentag	15 326.—
Vergütungen an Referenten	5 000.—
Spesen des Vorstandes	1 258.—
Zirkulare und Drucksachen	8 131.85
Archivar	6 000.—
Post- und Bürospesen	1 899.30
Beiträge	1 000.—
Bankspesen	328.26
Abschreibungen	60.—
Steuern	1 044.35
Außerordentlicher Aufwand	3 170.—
	122 706.11

Einnahmenüberschuß	9 619.05

Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1981

Aktiven		Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent		1 915.60
Verrechnungssteuer		760.24
Wertschriften		49 983.30
		52 659.14

Passiven		
Kapital per 30.6.1980	50 629.62	
+ Einnahmenüberschuß pro 1980/81	2 029.52	52 659.14

Erfolgsrechnung 1980/81

Einnahmen	
Wertschriftenertrag	2 150.—
Bankzinsen	15.46
	2 165.46

Ausgaben	
Bankspesen	135.94

Einnahmenüberschuß	2 029.52

Le trésorier présente ensuite le budget 1981/82, dont voici la teneur:

Allgemeine Rechnung

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	96 000.—
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	25 000.—
Verkauf von Publikationen	p.m.
Wertschriftenertrag	9 600.—
Bankzinsen	400.—
	131 000.—

Ausgaben	
Druckkosten Referate und Protokolle	80 000.—
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht	12 500.—
Schweizerischer Juristentag	20 000.—
Vergütungen an Referenten	6 000.—
Spesen des Vorstandes	1 800.—
Reserve für diverse administrative Spesen	1 000.—
Zirkulare und Drucksachen	6 000.—
Archivar	6 000.—
Post- und Bürospesen	3 200.—
Beiträge	1 000.—
Bankspesen	400.—
Abschreibungen	100.—
Steuern	600.—
Anschaffungen	2 400.—
	141 000.—

Ausgabenüberschuß	10 000.—

Malgré l'excédent de dépenses de *fr. 10 000.–* figurant au budget 1981/82, le Comité propose néanmoins de maintenir le montant de la cotisation annuelle à *fr. 30.–*.

Il est ensuite donné lecture du rapport des vérificateurs, MM. PHILIBERT LACROIX, Genève, et JOHN OCHSÉ, Bâle. Ils proposent d'approuver les comptes et de donner décharge au trésorier.

L'assemblée approuve les comptes à l'unanimité et donne décharge au trésorier, M. le Juge fédéral EGLI.

L'assemblée approuve à l'unanimité le budget et le maintien du montant de la cotisation annuelle à *fr. 30.–*.

Le Comité demande enfin à l'assemblée de l'autoriser à prélever un montant de *fr. 10 000.–* sur le fonds des publications de la Société à titre de contribution de la SSJ à l'édition d'une Festgabe pour le 100e anniversaire du Code des obligations.

L'assemblée approuve cette dépense à l'unanimité.

VI.

Le Président donne la parole au Professeur HANS HEROLD pour le rapport de la Commission des Sources du droit, fondation qui avait pris vie en 1980, sur son activité du printemps 1980 au printemps 1981:

Professor HANS HEROLD, Zürich, Président de la Fondation:

Bern: Herr Dr. JOSEF BRÜLISAUER hat sein Manuskript Haslital der Kommission abgeliefert, die es durch einzelne Mitglieder überprüfen läßt.

Luzern: Herr Dr. AUGUST BICKEL widmet seit 1. März 1981 die Hälfte seiner Arbeitszeit der Erschließung der Rechtsquellen des Amtes Willisau. Dem Kanton Luzern, in dessen Diensten er bleibt, wird von der F. E. Welti-Stiftung die Hälfte seines Salärs vergütet.

Glarus: Herr alt Ständerat Dr. FRITZ STUCKI hat das Manuskript für den ersten Band fertigerstellt und der Rechtsquellenkommission zur Prüfung übergeben. Er hat indessen auch noch einen zweiten Band Altes Landbuch mit Einzelbeschlüssen dazu und einen dritten Band mit Einzelbeschlüssen und Mandaten vorbereitet. Sollen auch noch die Gemeinden und Genossenschaften ins Gesamtwerk einbezogen werden, so ist noch ein vierter Band vorzusehen. Dies stellt Verfasser und Rechtsquellenkommission in nächster Zeit vor zusätzliche Aufgaben. Parallel zur Textgestaltung ist auch die Finanzierung vorzubereiten. 1987 kann das freie Land Glarus seiner ersten Verfassung von 1387 gedenken. So lassen sich möglicherweise die Rechtsquellenbände in das ganze Jubiläumswerk eingliedern.

Basel-Stadt: Nachdem der Forschungsrat den von der Rechtsquellenkommission angegebenen Beitrag für die Zeit 1. Okt. 1981–30. Sept. 1982 genehmigt hat, kann Frau Dr. iur. SUZANNE SCHWARZ ihre Arbeit beginnen.

Schaffhausen: Sofern auf Jahresende 1981 das Register fertiggestellt ist, kann der noch von Dr. phil. KARL MOMMSEN bearbeitete Quellenband 1982 erscheinen.

Graubünden: Der zweite Band der Engadiner Rechtsquellen erscheint noch 1981 im Druck.

Thurgau: Die weiter unten näher zu würdigenden Arbeiten im Generallandesarchiv Karlsruhe fördern u.a. Rechtsquellen zutage, welche den Thurgau betreffen. Sein Archiv bezieht immer noch und gegen Bezahlung Ablichtungen, die extra für es erstellt worden sind.

Neuenburg: Der Text des Bandes ist ausgedruckt, so daß nur noch das Register zu bearbeiten ist.

Genf: Obwohl eine aus den lokalen Interessenten und Sachverständigen zusammengestellte Kommission sich bemüht hatte, einen Verfasser und auch Geldmittel zu finden, mußte die Weiterbehandlung des Projekts einstweilen vertagt werden. Es war noch nicht genau genug gediehen, als daß es Erfolg gehabt hätte, unter den verschlechterten finanziellen Verhältnissen des Nationalfonds jetzt schon berücksichtigt zu werden. Die Ausgangslage ist dieselbe wie vor drei Jahren in Basel.

Die Arbeiten in den Kantonen *Appenzell-Innerrhoden, St. Gallen, Tessin* und in der Stadt *Biel* schreiten wie erwartet vorwärts, sind aber, um Wiederholungen zu vermeiden, in diesem Bericht nicht ausführlicher gewürdigt worden.

Erschließung schweizergeschichtlicher Quellen in Karlsruhe:

Nach mehrjähriger Forschungs- und Erschließungstätigkeit durch Rechtsquellen-Mitarbeiter im Generallandesarchiv Karlsruhe ist im Frühling 1981 im Verlag Hans Rohr in Zürich der erste Repertorienband zur Schweizergeschichte erschienen. Er wurde von Dr. MARTIN SALZMANN bearbeitet und bezieht sich auf Helvetica der Bücherbestände (Kopialbücher, Urbare) des Generallandesarchivs zum Themenkreis Konstanz-Reichenau. Der Inhalt des Repertoriums setzt sich aus über 3300 chronologisch geordneten Urkundenregesten, aus Bandbeschreibungen sowie Listen mit den in den Lehenbüchern erwähnten schweizerischen Orten zusammen. Obwohl eben erst erschienen, hat der Band allgemein bereits eine gute Aufnahme erfahren.

Das Manuskript eines weiteren Bandes mit Regesten von Originalurkunden des gleichen Themenbereichs steht kurz vor der Vollendung. Mit den Satzarbeiten kann in den nächsten Wochen begonnen werden. Weit gediehen sind auch schon die Zusammenfassungen der Akten Konstanz-Reichenau. Die Vorarbeiten zu einem anschließend geplanten Registerband, der alle Repertorienbände der Abteilung Konstanz-Reichenau erschließen soll, sind ebenfalls bereits angelaufen.

Parallel zu diesen Tätigkeiten schreiten auch die Vorbereitun-

gen zur Herausgabe einer Regestenfolge von Urkunden, Büchern und Akten des Stiftes Säckingen voran.

Es mag Sie interessieren, einmal etwas über die *finanzielle Seite* des Rechtsquellenwerkes zu vernehmen. Herausgeber ist seit 100 Jahren der Schweizerische Juristenverein. Er ernennt die Rechtsquellenkommission, die über das Stiftungsvermögen befindet. Es wird jeweilen beansprucht, um Rechnungen der Drucker und Mitarbeiter zu zahlen, bis aus andern Quellen Deckung eintrifft. Mit den Stiftungszinsen käme man nicht weit.

Wir haben gegenwärtig 3 vollamtliche Mitarbeiter, einen zu 4/5, 4 zur halben Arbeitszeit und 9 im Stundenlohn. Die Ansätze werden vom Nationalfonds in Anlehnung an eidg. Normen festgesetzt. Sein Aufwand für die Rechtsquellen liegt zwischen Fr. 300 000.– und Fr. 400 000.– im Jahr. Es läuft ein Dreijahreskredit; für einzelne Bände werden Verbilligungsbeiträge (Druckkostenzuschüsse) gewährt. Im Rahmen der Sparmaßnahmen des Bundes sind die Kommissionsanträge gekürzt worden. Wenn auch nur wenige neue Aufgaben übernommen werden können, so dürfte auch der neue Kredit 1981/84 die Fortsetzung der bisherigen erlauben. Aufstieg in den Gehaltsklassen, Sozialabgaben, Teuerungszulagen stellen bei Krediten, die im voraus für längere Zeit festgelegt werden, ganz besondere Probleme.

Ganz im Einklang mit den Richtlinien des Nationalfonds sucht die Rechtsquellenkommission aus den Kantonen, denen Bände gelten, aus wissenschaftlichen und kulturellen Stiftungen und von Privaten Unterstützung zu erhalten. Sie stößt im allgemeinen auf viel Verständnis.

Ein Rechtsquellenband kommt schon in den Honoraren auf Fr. 100 000.– bis Fr. 150 000.– zu stehen, dazu ist mit Druckkosten von Fr. 80 000.– bis Fr. 100 000.– je Band zu rechnen. Von den ohnehin schon bescheidenen Auflagen von 400–500 Bänden werden gut 100 in Subskription verkauft. Die letzte Aktion unter den Mitgliedern des SJV hatte einen zusätzlichen Absatz von 50 Bänden zur Folge; bei einem Stückpreis von Fr. 160.– bis Fr. 180.–.

Die jüngsten Bände sind numeriert worden, um bibliophile Adern zu rühren. Auch mit dem erwähnten Preis deckt der Käufer indessen nur einen kleinen Teil der Kosten, etwa wie der Besucher regulärer oder gar von Volksvorstellungen eines Stadttheaters.

VII.

Me ALAIN WÜRZBURGER, membre de l'Ordre des avocats vaudois, prend la parole pour proposer le lieu de l'assemblée générale ordinaire de 1982:

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, les juristes vaudois vous invitent à tenir le prochain congrès de notre société à Lausanne, du 1er au 3 octobre 1982. Un comité d'organisation est déjà au travail depuis un certain temps et fera tout son possible pour que nos travaux puissent se dérouler dans le meilleur climat, si vous voulez bien accepter cette proposition.

Le Président remercie Me WÜRZBURGER et donne rendez-vous aux membres de la Société à Lausanne, pour les travaux de 1982.

VIII.

Mutationen:

Nouveaux sociétaires:
(Liste établie le 15 août 1981)

Zürich

Reto Agustoni, Jurist, Zürich
Dr. Peter M. Belser, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Theo Bertheau, Rechtskonsulent, Zürich
Jan Bielinski, Jurist, Oberwil
Andreas Binkert, Rechtsanwalt, Zürich
Christoph Born, Rechtsanwalt, Zumikon
Eduard E. Borsari, Rechtsanwalt, Zollikon
Hanspeter Buchschacher, Rechtsanwalt, Widen
Cesar Dubler, lic. iur., Zürich
Kurt Egger, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Walter Egger, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Bruno Eggimann, Rechtsanwalt, Thalwil
Dr. Allen Fuchs, Rechtsanwalt, Fällanden
Heinz Gertsch, Rechtsanwalt, Küsnacht
Hannes Glaus, lic. iur., Zürich
Dr. Peter C. Gutzwiller, Rechtsanwalt, Zürich
Christian R. Hagmann, Rechtsberater, Winterthur
Beat A. Hauri, lic. iur., Zürich
Dr. Heinz Hauri, Rechtsanwalt, Zürich
Jürg F. Hess, lic. oec. publ. et lic. iur., Feldmeilen
Peter Knobel, Rechtsanwalt, Oerlingen
Štefan Kučera-Schock, lic. iur., Meilen

Yves Meili, Rechtsanwalt, Greifensee
Dr. Christian P. Meister, Rechtsanwalt, Zollikon
Ludwig A. Minelli, lic. iur., Journalist, Forch
Dr. Niklaus Müller, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Emil Neff, Rechtsanwalt, Ebmatingen
Dr. Herbert Neher, Rechtsanwalt, Zürich
Thomas Nievergelt, stud. iur., Winterthur
Dr. Hugo Renz, Vizedirektor, Zürich
Dr. François Ruckstuhl, Verwaltungsgerichtsschreiber, Winterthur
Dr. Peter von Salis, Gerichtssekretär, Erlenbach
Ivo B. Sieber, stud. iur., Winterthur
Dr. Robert Simmen, Rechtsanwalt, Zürich
Thomas Spahni, lic. iur., Winterthur
Dr. Walter Spillmann-Erni, Rechtsanwalt, Zürich
Claudia Schoch, lic. iur., Zürich
Dr. Hans Schraner, Rechtsanwalt, Rüschlikon
Barbara Staehli, Fürsprecher, Zürich
Dominique Stoffel-Nouveau, lic. iur., Kilchberg
Rodolfo Straub, lic. iur., Thalwil
Pierre Tschopp, lic. iur., Zürich
Patricia Veglio, lic. iur., Zürich
Caroline Walser, lic. iur., Zürich
Dr. Urs Wehninger, Rechtsanwalt, Zürich
Salome Zimmermann, lic. iur., Zürich

Bern

Dr. Claudia Bolla-Vincenz, Fürsprecher, Ittigen
Anne-Marie Brand, lic. en droit, Tavannes
Marie-José Cattin, juriste, Berne
Jean-Jacques Elmiger, juriste, Bramberg
Jean-Paul Gehler, juriste, Reconvilier
Benedikt Helfenberger, Fürsprecher, Bern
Françoise Krill, avocate, Bienne
Maria-Theresia Kümin, wissenschaftliche Beamtin, Bern
Jean-Pierre Monnet, lic. en droit, Berne
Dr. Werner Nussbaum, Jurist, Steffisburg
Beatrice Pfister, Fürsprecherin, Muri
Dr. Hanspeter Rentsch, Jurist, Biel
Yves Richon, avocat, Moutier
Dr. Roland Schaer, Fürsprecher, Hinterkappelen
Fritz Schwegler, Fürsprecher und Notar, Laupen
Barbara Stauffacher, Fürsprecherin, Bern
Peter Stebler, Fürsprecher, Wabern
Hannes Tanner, Fürsprecher und Notar, Langnau
Dr. Alex Vollmar, Fürsprecher, Worb
Bernhard Zwahlen, lic. iur., Rüfenacht

Luzern

Hans Ambühl, Rechtsanwalt, Luzern
Stephan Greber, lic. iur., Kriens
Marcus Leyrer, Jurist, Luzern

Beat Müller, lic. iur., Kriens
Dr. Franz Schön, Bundesgerichtssekretär EVG, Luzern

Schwyz

Urs Rudolph Beeler, lic. iur., Küssnacht

Nidwalden

Andreas von Speyr, lic. iur., Hergiswil

Obwalden

Werner Wild, Rechtsanwalt, Kerns

Glarus

Rudolf Hertach, lic. iur., Redaktor, Niederurnen
Erich Albert Leuzinger, lic. iur., Linthal

Fribourg

Pierre Aeby, lic. en droit, Fétigny
Jacques Bardy, avocat, Villars-sur-Glâne
Raphaël Barras, auditeur en chef de l'armée, Fribourg
Bernard Bonin, avocat, Fribourg
Hubert Bugnon, lic. en droit, Fribourg
Noëlle Chatagny de Weck, lic. en droit, Fribourg
Paul-Xavier Cornu, greffier au Tribunal cantonal, Fribourg
Roger Dunand, notaire, Fribourg
Mary-Ange Faessler, juriste, Fribourg
Werner Fux-Lingg, lic. iur., Wünnewil
Philippe Gauderon, lic. en droit, Villars-sur-Glâne
Louis Gauthier, avocat et notaire, Fribourg
Armin Haymoz, lic. en droit, Düdingen
Beat Jung, Rechtsanwalt, Villars-sur-Glâne
Alexandre Papaux, étudiant en droit, Fribourg
Elmar Perler, Rechtsanwalt, Wünnewil
Jacques Piller, juriste, Fribourg
René Schneuwly, avocat, Granges-Paccot
Pascal Terrapon, lic. en droit, Fribourg
Patrice Zurich-Progin, lic. en droit, Fribourg

Solothurn

Hans-Peter Vogt, lic. oec. HSG, Balsthal

Basel-Stadt

Michel Arni, Advokat, Riehen
Brigitte Baumgartner, stud. iur., Basel
Jürg Greuter, stud. iur., Basel
Daniel Gutmann, lic. iur., Basel
Hans-Jakob Hug, Advokat, Basel
Martin Hug, Advokat, Basel
Alberto Nanni, Advokat, Basel
Markus Stadlin, stud. iur., Basel

Max Tschudi, stud. iur., Basel
Rudolf Vogt, stud. iur., Basel
Fred Wagner, Jurist, Basel
Doris Waltenspül, Juristin, Basel

Baselland

Dr. Hans Berweger, Vizedirektor, Binningen
Ulrich von Grüningen, lic. iur., Muttenz
Peter Rüsch, lic. iur., Reinach

Schaffhausen

Werner Buchter, stud. iur., Thayngen
Henriette Pflügl, lic. iur., Schaffhausen
Raphael Rohner, stud. iur., Schaffhausen
Eric Stauber, lic. iur., Schaffhausen
Rosmarie Willenegger, lic. iur., Schaffhausen

Appenzell A.-Rh.

Felix Bänziger, Dr. iur., Verhörrichter, Trogen
Hans-Rainer Künzle, lic. oec., Herisau

Appenzell I.-Rh.

Rudolf Keller, lic. rer. publ. HSG, Appenzell

St. Gallen

P. Daniel Bischof, stud. iur., Wattwil
Thomas Bischof, stud. iur., Lichtensteig
Dr. Ingeborg Burri, Rechtsanwalt, Kronbühl
Christoph Albert Egli, Rechtsanwalt, Heerbrugg
Georges Enderle, alt Stadtrat, St. Gallen
Adrian Fiechter, lic. iur., Heerbrugg
Dr. Urs Flückiger, Stadtrat, St. Gallen
Silvia Gerlach, Rechtsanwältin, St. Gallen
Dr. Werner E. Hagmann, Rechtsanwalt, St. Gallen
Ida Hardegger, stud. iur., St. Gallen
Paul Horath, Gerichtsschreiber, Flawil
Jakob Huber, Rechtsanwalt, Kaltbrunn
Dr. Joseph Keller, Departementssekretär, St. Gallen
Prof. Dr. E. A. Kramer, St. Gallen
Rolf Kuhn, lic. oec. HSG, Uzwil
Markus Möhr, lic. rer. publ. HSG, St. Gallen
Robert Nef, lic. iur., St. Gallen
Verena M. Notter, stud. iur., St. Gallen
Niklaus Oberholzer, lic. iur., St. Gallen
Flurin von Planta, stud. iur., St. Gallen
Peter Riegg, lic. iur., St. Gallen
Prof. Dr. Alois Riklin, Hochschulprofessor, St. Gallen
Peter Saile, lic. iur., St. Gallen
Eveline M. Saupper, stud. iur., St. Gallen
Dr. René Schaffhauser, Dozent, Wittenbach

Walter Schäppi-Carić, lic. iur. et lic. rer. publ., St. Gallen
Dr. Hubertus Schmid, Rechtsanwalt, St. Gallen
Heinz Schwind, lic. iur., St. Gallen
Karlheinz Vaishar, Gerichtsschreiber, St. Gallen
Alfred Widmer, Jurist, Wittenbach
Peter Wieser, lic. rer. publ. HSG, Degersheim
Walter Würzer, lic. oec. HSG, Staad
Antje Ziegler, stud. iur., St. Gallen

Graubünden

Dr. Mathias Adank, Chur
Max Bundi, stud. iur., Curaglia
Andreas Donatsch, lic. iur., Polizeioffizier, Chur
Urs Hartmann, stud. iur., Chur
Dr. Georg S. Mattli, Rechtsanwalt, Davos-Platz
Marco Toller, lic. iur. et lic. oec. HSG, Chur

Aargau

Dr. Jürg Baur, Rechtsanwalt, Oberrohrdorf
Jürg Burger, stud. iur., Zofingen
Andreas Höchli, Fürsprecher, Oberrohrdorf
Nils Undritz, Rechtsanwalt, Aarau
Elisabeth Weber-Häusermann, lic. iur., Brugg

Thurgau

Marion Brunetti, lic. iur., Frauenfeld
Brigita Hänzi, Dr. iur., Rechtsanwältin, Frauenfeld

Tessin

Fiamma Bindella, lic. iur., Bellinzona
Enrico Bonfanti, lic. iur., Ascona
Marco Borradori, stud. in diritto, Lugano
Elio Brunetti, stud. in diritto, Arbedo
Gabriele Gendotti, giurista, Faido
Ferruccio Nessi, avvocato, Locarno
Marco Peverelli, lic. iur., Camignolo
Fernando Rizzoli, lic. iur., Camedo
Mariagrazia Rossini, giurista, Monte Carasso
Stefano Zanetti, lic. iur., Bellinzona

Vaud

Rémy Balli, avocat, Lausanne
Isabelle Barman, lic. en droit, Lausanne
Henri Baudraz, D^r^ en droit, avocat, Lausanne
Denis Berdoz, avocat, Lausanne
Olivier Berthoud, juriste, Lausanne
Danièle Bolli, étudiante en droit, Pully
Benoît Bovay, étudiant en droit, Lausanne
Michel Carrard, juge d'instruction, Goumoens
Pierre Charpie, avocat, Lausanne
Philippe Colelough, étudiant en droit, Préverenges

Danièle Contomanolis-Baertschi, président tribunal de district, Ecublens
Dian Cuendet-Lewis, lic. en droit, Pully
Jean-Pierre Ding, lic. en droit, Lausanne
Olivier Fassbind, lic. en droit, Lausanne
Olivier Flattet, lic. en droit, Lausanne
Christian Gilliéron, lic. en droit, Lausanne
Denys Gilliéron, avocat, Nyon
Jacques Haldy, étudiant en droit, Pully
Christian Hay, étudiant en droit, Coppet
Jean-Michel Henny, Dr en droit, Lausanne
Roland Hofmann, étudiant en droit, Lausanne
Catherine Hosner, juriste, Cheseaux-Noréaz
Françoise Kaeslin, lic. en droit, Pully
Pierre-Henry Knebel, étudiant en droit, La Conversion
Michel Liniger, étudiant en droit, Lausanne
André Martin, notaire, Renens
Paul Marville, étudiant en droit, Lausanne
Georges Muller, Dr en droit, avocat, Lausanne
Richard Muller, Dr en droit, avocat, Prangins
Daniel Pache, lic. en droit, Lausanne
Amadeo Perez-Yanez, lic. en droit, Payerne
Franco Pero, secrétaire au Tribunal fédéral, Morges
Wolfgang Peter, Dr en droit, avocat, Grandvaux
Patrick de Preux, Dr en droit, Lausanne
Antoinette Rapp, substitut au Ministère public, Lausanne
I.-C. Rateanu, juriste, Pully
Luc Recordon, lic. en droit, Jouxtens-Mézery
Georges Reymond, juriste, Lausanne
Catherine Rochat, secrétaire au Tribunal fédéral, Lausanne
Pierre-François Stoercklé, juriste, Payerne
Fritz Sturm, Dr en droit, professeur, Echandens

Valais

Michel Cergneux, juriste, Salvan
Patricia Clavien, lic. en droit, Sion
Pierre Felley, juge administratif, Martigny
Pierre-Alain Lugon, étudiant en droit, Sion
German Mathier, Dr en droit, avocat et notaire, Visp
Christian Praplan, juge-instructeur, Sierre
Olivier Vocat, notaire, Martigny

Neuchâtel

Isabelle Bucheli, lic. en droit, Neuchâtel
Joselyn Dubois, étudiant en droit, Fleurier
Violaine Lavanchy, lic. en droit, Neuchâtel
Marianne Neier, lic. en droit, Neuchâtel
Gérard Perrin, lic. en droit, Neuchâtel
Ulderico Provini, étudiant en droit, Valangin
Eric Ruedin, avocat, Boudry
Michèle Silbermann-Bach, lic. en droit, Neuchâtel
Charles-Henri Tolck, avocat, Neuchâtel

Genève

Thierry Ador, lic. en droit, Genève
Catherine Aeschbacher, lic. en droit, Genève
Dominique de Balthasar, lic. en droit, Genève
Roland Beaud, juriste de banque, Versoix
Marco Bruschweiler, lic. en droit, Chêne-Bourg
Ariane Deluz, avocate, Genève
Jean-Christophe Devaux, avocat-conseil, Genève
Anne-Christine Dölling, étudiante en droit, Chêne-Bourg
Nicole Dournow, étudiante en droit, Genève
Denis Dufey, avocat, Genève
Serge Ganichot, avocat, Genève
Janine Gremaud, lic. en droit, Genève
Luc-François Magnenat, lic. en droit, Genève
Guy Menoud, lic. en droit, Genève
Daniel Meyer, lic. en droit, Le Ligneron
Didier Péclard, avocat, Genève
Henry Peter, lic. en droit, Genève
Léonard Possa, lic. en droit, Genève
Philippe Prost, étudiant en droit, Genève
Laura Rossari, lic. en droit, Genève
Elisabeth Siegrist, lic. en droit, Perly
Pierre Skrebers, avocat, Genève
Sandra Sorg, étudiante en droit, Genève
Verena Schmid, lic. en droit, Genève
Pierre Vuille, lic. en droit, Carouge
Thierry Wuarin, avocat, Genève

Jura

Vincent Cattin, lic. en droit, Delémont
Jean-Jacques Droz, notaire, Delémont
Jean-Marc Gigon, lic. en droit, Courtedoux
Sigismond Jacquod, avocat, Delémont
Pierre Maeder, notaire, Bassecourt
Hubert Piquerez, avocat et notaire, Porrentruy
Alain Schweingruber, avocat, Delémont

Ausland

Eric-Frédéric Wilson, D^r^ en droit, avocat, City of London

38 sociétaires ont démissionné:

Date
d'entrée
1948 Charles Aubert, D^r^ en droit, Petit-Lancy
1940 Philippe Baudraz, D^r^ en droit, avocat, Lausanne
1978 Dr. André Becht, Basel
1966 Ernst Bernhard, Fürsprecher und Notar, Laupen
1961 Francesco Bignasca, avvocato e notaio, Biasca

1961 Dr. Albert Bosshard, Oberrichter, Zürich
1960 Dr. Paul Bürgin-Kreis, Basel
1945 Dr. Heinz Cattani, Rechtsanwalt, Zürich
1948 Paul Dübi, Fürsprecher, Bern
1972 Michel Ducret, avocat, Genève
1946 Annie Dutoit, avocate, Lausanne
1961 Dr. Rudolf Egger, Notar, Langnau i.E.
1960 Enrico Franzoni, avvocato e notaio, Locarno
1968 Jean-Yves Fumeaux, avocat, Hermance
1939 Jacques E. Gonvers, Dr en droit, avocat, Lausanne
1930 Jean Graven, Dr en droit, Professeur, Genève
1968 Virgilio Grignoli, lic. en droit, Lausanne
1949 Dr. Otto E.A. Heller, Rechtsanwalt, Zollikerberg
1967 Pierre Immer, Dr en droit, Lausanne
1965 Max Kubler, avocat, Neuchâtel
1961 Dr. Werner Kundert, Hohentannen
1966 Uli Kunz, Fürsprecher und Notar, Biel
1957 Dr. Hélène Leder, Küsnacht
1963 Dr. Arrigo Lucchini, avvocato, Lugano-Besso
1968 Dr. Isabell Mahrer, Gerichtsschreiber, Rheinfelden
1939 Karl Maurer, Fürsprecher, Thun
1976 Daniel Niklaus, Notar, Bern
1969 Dr. Beat Oehler, Gerichtspräsident, Aarau
1962 Hans Otz, Fürsprecher, Rüschlikon
1966 Dr. V. Preiswerk, Direktor, Basel
1942 Roger Ramseyer, avocat, La Chaux-de-Fonds
1963 Dr. Rüegg-Staehelin, Advokat, Basel
1967 Ruth Schaer-Robert, avocate, Neuchâtel
1973 Erwin Schillinger, Advokat, Basel
1972 Walter Schnewlin, Fürsprecher, Zürich
1942 René-F. Vaucher, Dr en droit, Lucerne
1979 Jean-Daniel Vigny, lic. en droit, Muri
1961 Dr. Werner Zehntner, Sekretär, Zürich

La mort nous a privés de 35 membres:

Date d'entrée
1921 Roberto van Aken, avvocato e notaio, Viganello
1951 Jean Belet, lic. en droit, Lausanne
1961 Dr. Othmar Bloetzer, Instruktionsoffizier, Hilterfingen
1920 Dr. Walter Bohny, Advokat und Notar, Basel
1980 André Cattin, Dr en droit, avocat, Saignelégier
1939 Dr. Andreas Christ, Advokat, Basel
1933 André Cordey, Dr en droit, avocat, Lausanne
1944 Dr. Karl Dannegger, a. Bundesrichter, Gstaad
1937 Gustave Deferr, avocat et notaire, Monthey
1953 Otto Deggeller, juge fédéral, Pully
1942 Dr. Ernst Etter, Rechtsanwalt, Zürich
1945 Hans Frölich, Fürsprecher, Bern
1934 Dr. Wilhelm Fürst, Fürsprech und Notar, Solothurn

1931 Silvio A. Giovanoli, juge fédéral, Lausanne
1956 Antoine Glardon, notaire, Renens
1936 Dr. Anton Gmür, Solothurn
1940 Dr. Hans Haller, Zollikon
1912 Dr. Bernhard Hammer, Fürsprech und Notar, Solothurn
1957 Dr. E. Heiniger-Wydler, Sekretär, Zürich
1933 Prof. Dr. Walther Hug, Zürich
1956 Henri Jordan, notaire, Lausanne
1928 Florian Imer, juge à la Cour d'appel, Berne
1961 Louis Klingler, greffier au Tribunal fédéral, Corsy
1925 Dr. Hans Kuhn, Bern
1948 Marius Lachat, avocat, Genève
1950 Jean-Claude Landry, Chancellier d'Etat, Couvet
1941 Dr. Bernhard Mayr von Baldegg, Rechtsanwalt, Luzern
1955 Raoul de Perrot, avocat et notaire, Neuchâtel
1934 Pierre Pétermann, Dr en droit, avocat, Lausanne
1953 Etienne Piaget, Dr en droit, Haldenstein
1961 Henri-Stanton Sandoz, Dr en droit, avocat, Pully
1918 Dr. Gottfried Stiefel, Rechtsanwalt, Winterthur
1968 Georges Wagen, Dr en droit, Lausanne
1939 René Weith, avocat, président des tribunaux de La Côte, Morges
1939 Dr. Wilhelm Werder, Advokat und Notar, Riehen

IX.

La partie administrative étant terminée, Maître MATILE donne la parole à M. le Juge fédéral EGLI, chargé de présider les débats relatifs à l'entraide judiciaire internationale.

M. le Juge fédéral EGLI donne la parole à M. PIERRE SCHMID, rapporteur de langue française, après avoir rappelé que l'étude de ce sujet arrive à un moment particulièrement propice puisque la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale vient d'être adoptée par les Chambres, sans être toutefois encore en vigueur.

M. PIERRE SCHMID, Office fédéral de la police, Berne, rapporteur de langue française:

Comme nous l'avons relevé dans notre rapport, ce sont les règles développées en matière d'extradition qui ont trouvé leur application dans le domaine de l'entraide accessoire. Il y a un peu plus de vingt ans encore, lorsque j'ai fait mes débuts à la Division fédérale de police, baptisée depuis lors Office fédéral de la po-

lice, c'était en effet l'extradition qui était l'institution centrale et sans doute la plus importante du domaine de l'entraide judiciaire. Certes, de nombreuses demandes de notification et commissions rogatoires transitaient par notre Office. Toutefois, rares étaient les requêtes de ce genre qui soulevaient des problèmes épineux. La plupart d'entre elles étaient exécutées, sans difficulté aucune, en application des dispositions rudimentaires contenues dans les traités bilatéraux d'extradition. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant qu'il ait fallu attendre jusqu'en 1957 pour voir le Conseil fédéral se pencher sur les problèmes soulevés par la petite entraide ou entraide accessoire. Dans sa très importante décision du 23 septembre en la cause Ciurleo et consorts, le Conseil fédéral a confirmé certains principes fondamentaux consacrés par la pratique. Ce n'est pas par hasard que ces principes ont été empruntés à une institution voisine, c'est-à-dire à l'extradition, domaine dans lequel, à l'instar d'autres pays, la Confédération n'avait pas manqué de légiférer. L'arrêt Ciurleo est à considérer comme un premier pas. Soit dit en passant, c'est dans cette décision qu'est mentionné pour la première fois le principe de la spécialité en relation avec l'entraide accessoire. En vertu de ce principe, l'Etat requérant n'est pas autorisé à utiliser les résultats des investigations entreprises dans l'Etat requis, en vue de poursuivre et de réprimer des infractions pour lesquelles l'entraide judiciaire n'a pas été accordée. Il s'agissait dès lors de la confirmation d'une «spécialité» bien suisse. Ce premier pas a été suivi d'autres, c'est-à-dire de la ratification de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, entrée en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967, de la conclusion du traité d'entraide judiciaire avec les Etats-Unis et de l'adoption par l'Assemblée fédérale, le 20 mars de cette année, de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, l'EIMP.

Qu'il ait été nécessaire de légiférer dans tous les domaines de l'entraide judiciaire en matière pénale s'explique par l'évolution à laquelle nous avons assisté, notamment depuis la seconde guerre mondiale. Comme nous l'avons relevé dans notre rapport, cette évolution est caractérisée par une très grande mobilité des populations et par des échanges commerciaux internationaux très intenses. S'il est vrai qu'actuellement les voyages sont à la portée de tout le monde, il est vrai également que le criminel ne se soustrait pas à cette tendance. Au contraire, il a très vite compris que les frontières, qui représentent un sérieux obstacle pour les autorités chargées de la poursuite pénale, pouvaient très aisément être franchies.

Aujourd'hui et sans aucune commune mesure avec le passé, nous nous trouvons confrontés à la criminalité des affaires, aux «criminels à col blanc». Dans ce domaine, le crime franchit les frontières. L'activité délictueuse très souvent se cache derrière un réseau de sociétés domiciliées, de préférence, dans différents pays. On utilise pour camoufler une telle activité des hommes de paille, voire même des hommes de loi.

On comprendra dès lors qu'en présence d'une telle situation, les autorités chargées de l'exécution de demandes d'entraide judiciaire soient en butte à de réelles difficultés, qu'elles aient parfois le sentiment de se trouver devant un écheveau inextricable.

Requis de donner des renseignements, des administrateurs de sociétés, des hommes de paille ayant agi de bonne foi déclarent ne pas être mêlés à l'activité délictueuse en question. Il se pose alors la question de savoir si la personne visée par la demande d'entraide peut être considérée comme un «tiers non impliqué» et, dans l'affirmative, si les renseignements qui relèvent de son domaine secret privé peuvent être fournis à l'autorité requérante.

Nous avons consacré un chapitre de notre rapport à la «tierce personne dans la procédure d'entraide judiciaire». Si j'ai porté aujourd'hui mon choix sur ce problème, c'est qu'il revêt une actualité incontestable. En effet, il est fréquent que les investigations effectuées à la demande d'une autorité étrangère auprès d'une société en révèlent une deuxième et que les recherches entreprises auprès de cette dernière en fassent apparaître une troisième et ainsi de suite. On peut imaginer combien de temps on peut perdre, si à chaque étape l'opposition du prétendu tiers non impliqué est suivie d'une décision de l'Office fédéral de la police et d'un recours au Tribunal fédéral. On ne saurait reprocher à l'Etat requérant de se demander, après avoir attendu près de trois ans les moyens de preuve demandés – et le délai mentionné n'est pas un produit de ma fantaisie –, si la Suisse fait de l'entraide judiciaire ou de l'entrave judiciaire.

C'est pourquoi je tiens à souligner que ne peuvent en aucune manière être considérées comme des «tiers non impliqués» ou, pour reprendre les termes du traité conclu avec les Etats-Unis, comme des «personnes n'ayant apparemment aucun rapport avec l'infraction mentionnée dans la demande», celles qui sont impliquées de quelque façon que ce soit dans les faits sur lesquels porte l'enquête ouverte à l'étranger. Point n'est besoin qu'elles aient agi de façon illicite ou coupable. Ainsi que l'a relevé le Tribunal fédéral, la présence d'un lien quelconque entre la personne et l'infraction est suffisante. Ce lien existe lorsqu'il y a un

rapport direct et réel entre une personne et l'un des faits que décrit la demande. Ces dernières semaines, le Tribunal fédéral a, à plusieurs reprises, confirmé ce point de vue. Dans un arrêt rendu le 26 août 1981, il a précisé à ce sujet:

«Il n'est point non plus nécessaire que l'auteur ait collaboré à la réalisation d'un des éléments constitutifs de l'infraction, selon la définition légale de celle-ci. L'art. 10, ch. 2 du traité conclu avec les Etats-Unis est le résultat d'une pesée des intérêts en présence. Les Parties contractantes ont considéré que l'intérêt du particulier (tiers) à la discrétion ne devait céder devant l'intérêt général à faciliter la poursuite que si le tiers se trouve dans un certain rapport avec l'infraction ou si les conditions supplémentaires de protection prévues dans cette disposition sont remplies. Dans le premier cas, en effet, il serait hautement contraire à l'intérêt de la répression de la criminalité que le tiers puisse paralyser l'administration des preuves sur un fait central, essentiel à la compréhension du délit».

En mentionnant «les conditions supplémentaires de protection» prévues dans la disposition mentionnée, le Tribunal fédéral fait allusion aux conditions auxquelles est subordonnée la transmission d'informations concernant un tiers réellement non impliqué, pour autant qu'il s'agisse d'informations qu'une banque est tenue de ne pas révéler ou qui constituent un secret de fabrication ou d'affaires. Le traité prévoit que les trois conditions suivantes doivent être remplies:

a) La demande doit concerner une enquête ou une poursuite à raison d'une infraction grave;

b) La révélation du secret est importante dans la recherche ou la preuve d'un fait essentiel pour l'enquête ou la procédure;

c) Des efforts, appropriés, mais vains, doivent avoir été entrepris aux Etats-Unis en vue d'obtenir les preuves ou les renseignements d'une autre manière.

En vertu des articles 10 et 82 EIMP, et là il convient de remarquer que la numérotation des articles EIMP n'est pas la même que celle indiquée dans le rapport écrit puisque la loi a été adoptée entre-temps avec un certain décalage dans ce domaine, des renseignements ressortissant au domaine secret de tiers non impliqués ne peuvent être fournis que si «l'importance de l'infraction le justifie et que cela paraisse indispensable pour établir les faits».

Au vu de ce qui précède, vous comprendrez que nous ne pouvons pas nous rallier au point de vue exprimé par notre corapporteur de langue allemande, aux pages 459 et suivantes de son excellent rapport. On ne saurait en effet prétendre, à la lumière des récents arrêts du Tribunal fédéral, que notre Office a adopté, dans ce domaine, une attitude extrême. Il s'est efforcé de fournir

à l'autorité requérant les renseignements absolument indispensables pour sa procédure.

Pour terminer cet exposé, permettez-moi d'évoquer brièvement l'entraide judiciaire en matière fiscale. Comme nous l'avions prévu dans notre rapport, les Chambres fédérales ont entretemps adopté une disposition, l'article 3, 3e alinéa EIMP, selon laquelle «il peut être donné suite à une demande d'entraide au sens de la troisième partie de la loi – il s'agit de celle consacrée à l'entraide accessoire – si la procédure vise une escroquerie en matière fiscale».

Il ne fait aucun doute que c'est en application du droit suisse que devront être appréciés les faits décrits dans la demande d'entraide judiciaire. Mais quelles sont les dispositions applicables du droit suisse? Durant les débats des commissions parlementaires chargées d'examiner le projet de loi, il a certes, et à diverses reprises, été question des dispositions existant dans les lois fiscales cantonales en la matière. Toutefois, force est de constater que la notion d'escroquerie en matière fiscale diffère d'un canton à l'autre. Avoir recours au droit cantonal signifierait que les faits seraient appréciés d'une manière différente en fonction du canton auquel aurait été adressé la demande et pourrait violer les principes de la sécurité et de l'égalité du droit. Une telle situation serait notamment intolérable si – comme c'est fréquemment le cas – une commission rogatoire devait être exécutée dans plusieurs cantons. Si l'on tient compte par analogie d'une décision prise par le Tribunal fédéral (ATF 101 Ia 423) et selon laquelle il y avait lieu de refuser à l'Italie une extradition pour le port d'arme punissable seulement dans certains cantons, il est évident qu'une référence au droit fédéral s'impose. C'est du reste, en fin de compte, l'idée que les Chambres fédérales ont retenue. Cela explique pourquoi l'article 24 du projet d'ordonnance d'exécution de l'EIMP considère comme escroquerie en matière fiscale celle que prévoit l'article 14, 2e alinéa, de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974. Cette disposition a la teneur suivante:

> «Lorsque l'attitude astucieuse de l'auteur aura pour effet de soustraire aux pouvoirs publics un montant important représentant une contribution, un subside ou une autre prestation, ou de porter atteinte d'une autre manière à leurs intérêts pécuniaires ...»

Cette «attitude astucieuse» se réfère au premier alinéa de cette disposition qui fait état de «celui qui aura astucieusement induit en erreur ... par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits» ou de «celui qui aura astucieusement ex-

ploité l'erreur en question». On constate donc qu'il y a concordance avec l'escroquerie au sens de l'art. 148 du Code pénal. La jurisprudence concernant cette infraction devrait donc également s'appliquer aux faits décrits dans la disposition que je viens de citer.

Dr. WERNER DE CAPITANI, Rechtsanwalt, Herrliberg, Berichterstatter deutscher Sprache:

Im Gegensatz zur Auslieferung hat die kleine Rechtshilfe erst nach dem 2. Weltkrieg Bedeutung erlangt. Sie ist in unmittelbarem Zusammenhang zu sehen mit den Möglichkeiten, welche ein internationales Verkehrsnetz zu Lande und in der Luft plötzlich vermittelte. «Il n'y a plus de Pyrénées», sagt das französischsprachige Referat; aber die Grenzen fielen nicht nur für Handel und Tourismus, sondern leider auch für das Verbrechen. Dieser kurze Abriß über den Werdegang der internationalen Rechtshilfe läßt ohne weiteres erkennen, daß sie heute etwas schlechtweg Unentbehrliches geworden ist.

Die erste ernsthafte Auseinandersetzung mit der kleinen Rechtshilfe erfolgte m. E. im Jahre 1957. Damals erging der Entscheid des Bundesrates i. S. Ciurleo. Es lohnt sich auch heute noch, diesen Entscheid zu lesen; er beschäftigt sich eigentlich mit allen wesentlichen Fragen der kleinen Rechtshilfe und ist sehr sorgfältig begründet. Weitere Klärungen erfolgten im Zusammenhang mit dem Beitritt der Schweiz zum EÜR Mitte der sechziger Jahre, mit dem Abschluß des Rechtshilfevertrages mit den USA und nun zuletzt mit der Vorbereitung des IRSG. Diese gesetzgeberischen Schritte führten zur Produktion einer (vorläufig) noch überblickbaren Literatur (ich denke vor allem auch an die Botschaften) und bereits auch einer stattlichen Anzahl von Gerichtsentscheiden.

Wir dürfen feststellen, daß über die Prinzipien der kleinen Rechtshilfe heute Einigkeit besteht. Diese Prinzipien ließen sich denn auch problemlos im IRSG verankern, das nichts anderes ist als eine Kodifizierung der bisherigen Praxis.

So ist heute nicht mehr umstritten, daß das Rechtshilfeverfahren ein *Verwaltungsverfahren* ist und nicht ein Strafverfahren. Das tönt zunächst überraschend, weil der Sinn der kleinen Rechtshilfe doch darin besteht, für einen ausländischen Staat strafprozessuale Handlungen vorzunehmen, und das nach Maßgabe des Strafprozeßrechts und durch den Untersuchungsrichter.

Um ein Strafverfahren kann es sich aber deshalb nicht handeln, weil es nicht darum geht, einen Straftäter *in der Schweiz* zur Rechenschaft zu ziehen. Und das Strafprozeßrecht kommt nur ersatzweise zum Zuge, nämlich in Ermangelung eines eigenen Rechtshilfeverfahrensrechtes.

Wenn Sie die beiden Referate vergleichen, so bemerken Sie, daß sie in den Grundlinien durchaus übereinstimmen. Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der beiderseitigen Strafbarkeit und der Spezialitätsvorbehalt werden in beiden Arbeiten als wesentliche Probleme in den Mittelpunkt gerückt.

In mehr als einer Hinsicht ist aber die Übereinstimmung nur in den großen Linien festzustellen. In der Interpretation und in der praktischen Anwendung trennen sich die Auffassungen. Lassen Sie mich das erläutern am Prinzip der *Verhältnismäßigkeit.* Rechtshilfemaßnahmen müssen verhältnismäßig, d. h. notwendig und unumgänglich sein. Staatliche Zwangsmittel dürfen nur soweit eingesetzt werden, als das ausländische Verfahren das erfordert.

Nun kann man natürlich verschiedener Auffassung sein, was «erfordern» bedeutet. Am eindrücklichsten zeigt sich der Unterschied dort, wo man instinktiv Zurückhaltung erwarten würde, nämlich wenn es um die Preisgabe von Tatsachen aus dem Geheimbereich von Personen geht, die am ausländischen Strafverfahren nicht beteiligt sind. Auch Herr SCHMID ist in seinem heutigen Referat auf diesen Problemkreis eingetreten; es dürfte das Thema im Bereich der kleinen Rechtshilfe sein, das uns am meisten beschäftigt. Wir haben die Meinung vertreten, eine Geheimnisoffenbarung sei nur dann verhältnismäßig,

- wenn die Preisgabe des Geheimnisses unerläßlich ist für die Wahrheitsfindung,
- wenn die Auskunft auf keinem anderen Weg erhältlich gemacht werden kann, und
- wenn sie durch die Bedeutung der Tat gerechtfertigt ist.

Das welsche Referat nimmt grundsätzlich den gleichen Standpunkt ein. Auf Seite 269 lesen wir:

> Il résulte de ce principe que l'autorité requise doit être à même ... d'établir si le recours à des mesures de contrainte est nécessaire et indispensable. Pour l'autorité requise, il doit être évident qu'il y a une relation étroite entre les renseignements demandés et l'objet de la procédure suivie dans l'Etat requérant.

Wie sieht das aber in der Praxis aus? Die Vorzeichen sind genau umgekehrt. Eine Auskunft aus dem Geheimbereich eines nicht beteiligten Dritten gilt schon dann als unerläßliches Element der Wahrheitsfindung, wenn ein Zusammenhang mit dem

Gegenstand der Strafuntersuchung nicht ganz und gar ausgeschlossen werden kann, «où il n'est pas possible d'exclure d'emblée un rapport réel avec les faits» wie es auf S. 334 heißt. Das ist die heutige Praxis des BAP, die die Zustimmung des Bundesgerichtes gefunden hat. Damit ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit völlig ausgehöhlt worden. Er steht nur noch auf dem Papier.

Nehmen wir ein Beispiel. Im Rechtshilfebegehren werden Auskünfte über den Angeklagten verlangt, darunter Bankauszüge. Die Bank liefert Belege, in denen die Namen von Dritten erscheinen, von Dritten, die im ausländischen Verfahren bisher überhaupt nicht erschienen sind. Flugs wird nun auch Auskunft über diese Dritten verlangt, die gegeben werden muß; denn es kann ja nie völlig ausgeschlossen werden, daß ein Zusammenhang mit der Straftat bestehen könnte. Aus den neuen Auskünften sind dann neue Namen ersichtlich; das Spiel, wenn ich diesen Ausdruck gebrauchen darf, kann unendlich weitergetrieben werden.

Es ist nur leicht überspitzt zu sagen, daß es «Personen, die nach dem Ersuchen in keiner Weise mit der ihm zugrunde liegenden Straftat verbunden zu sein scheinen» (so der Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 USV), gar nicht gibt.

Nehmen Sie dazu noch das Erfordernis der schweren Straftat. Nur eine schwere Straftat erlaubt einen Einbruch in die doch schließlich geschützte Privatsphäre. Eine schwere Straftat liegt nach unseren Abmachungen mit den USA dann vor, wenn der Deliktsbetrag $ 1000 übersteigt, das sind heute knapp Fr. 2000.–. Auch das eine völlige Verkennung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Weniger Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten gibt der *Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit.* Leider ist festzustellen, daß der USV und das IRSG abweichende Lösungen vorsehen, wie das im Referat meiner welschen Kollegen sehr schön zum Ausdruck gebracht wird.

Wesentlich scheint hier die Feststellung, daß nach wie vor keine Rechtshilfe geleistet wird für die Verfolgung politischer, militärischer und fiskalischer Delikte.

Politische Delikte sind heute häufig gepaart mit gemeinrechtlichen Delikten. Jeder Terrorist beruft sich auf politische Motive, wenn er die Bombe legt. Aber nur wenn der politische Charakter überwiegt, wenn die kriminellen Taten in direkter Verbindung mit dem angestrebten politischen Zweck stehen und wenn das angerichtete Unheil in einem vertretbaren Maß dazu steht, nur

dann kann von der Rechtshilfe Abstand genommen werden. Das sind heikle und brisante Unterscheidungskriterien; doch hat das Bundesgericht hier m. E. eine überzeugende Linie gefunden.

Auch bei den *Fiskaldelikten* werden sich wohl Abgrenzungsprobleme stellen. Das IRSG schließt die Rechtshilfe aus, «wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat ist, die auf die Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheint». Ausnahme: Wenn es um Abgabebetrug geht, wird dem Gesuch entsprochen. Was Abgabebetrug im einzelnen bedeutet, steht noch nicht fest; wir haben heute gehört, daß das in der Verordnung zum IRSG geregelt werden soll. Aber man wird annehmen dürfen, daß in erster Linie der Steuerbetrug in Frage kommt. Es ist zu begrüßen, daß nun für das ganze Gebiet der Schweiz einheitlich festgestellt ist, daß bei Steuerbetrug Rechtshilfe geleistet wird.

Diese Klarstellung führt möglicherweise auch dazu, daß zukünftig weniger oft als bisher geltend gemacht wird, das Rechtshilfeverfahren diene in Wirklichkeit der Verfolgung eines Fiskaldeliktes, daß mit anderen Worten weniger häufig eine Verletzung des *Grundsatzes der Spezialität* behauptet wird. Dieser Grundsatz bedeutet eigentlich, daß von der Schweiz gelieferte Auskünfte nur für die Verfolgung jener Delikte verwendet werden dürfen, für welche die Rechtshilfe geleistet wurde. Neuerdings, so auch im USV und im IRSG, wird elastischer formuliert. Die Auskünfte dürfen auch für die Ahndung gemeinrechtlicher Straftaten herangezogen werden, die im Gesuch nicht erwähnt waren; ausgeschlossen ist eine Verwendung lediglich zur Verfolgung von Taten, «derentwegen Rechtshilfe nicht zulässig ist».

Am Beispiel des am Verfahren nicht beteiligten Dritten haben wir gesehen, daß die Interpretation von Grundsätzen der Rechtshilfe Anlaß zu Kontroversen bieten kann.

Daneben gibt es aber auch zahlreiche Fragen des Verfahrens, bei denen die Auffassungen zum Teil erheblich auseinandergehen.

Greifen wir die Frage heraus, wie weit man der ersuchenden Behörde die Abwicklung des Verfahrens in der Schweiz überlassen darf. Das ist eine schwierige Frage, bei der praktische Überlegungen eine große Rolle spielen müssen. Selbstverständlich hat der ausländische Untersuchungsrichter eine viel bessere Kenntnis aller wesentlichen Einzelheiten, er sieht die entscheidenden Punkte und Fragen rascher. Aber das soll nicht dazu führen, daß die Rolle des Rechtshilfebeamten sich auf die bloße völlig passive Präsenz beschränkt, daß er sich damit begnügt zu sagen: «Nicht wahr, Herr Kollege, ich darf Sie bitten, die Fragen gleich selbst

zu stellen, Sie können das ja viel besser». Wenn diese Haltung richtig wäre, hätten wir uns das IRSG ersparen und statt dessen Art. 271 aufheben können.

Das führt uns zum Kernproblem der heutigen Diskussion. Mir scheint, daß die Rechtshilfebehörden und auch das Bundesgericht zu weit gehen in ihrem Bestreben, ausländische Strafverfahren zu unterstützen. Gewiß, das immer wieder beschworene Interesse an der internationalen Verbrechensbekämpfung *hat* seine Berechtigung, da gibt es nichts zu deuteln. Aber diesem Interesse dürfen wir nicht einfach alle Rechte der Betroffenen opfern, seien das nun die Rechte auf Schutz der persönlichen Integrität oder prozessuale Rechte. Hier müßte, so meine ich, die Haltung der Schweiz nochmals überdacht werden. Und hier sehe ich für das BAP auch noch eine vornehme Schulungsaufgabe den kantonalen Stellen gegenüber.

Das größte Ärgernis im Leben eines Bankjuristen ist der Ausländerarrest nach Art. 271 ff. SchKG. Nach dem Gesetz würde der Arrest dort bewilligt, «wo das Vermögensstück sich befindet», (Art. 272 SchKG), und der Arrestbefehl hätte «die Angabe der mit Arrest zu belegenden Gegenstände» zu enthalten (Art. 274 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG). Daraus sind in der Praxis der Sucharrest und der Gattungsarrest geworden: Nicht dort wird der Arrest bewilligt, wo sich Vermögen des Schuldners befindet, sondern einfach irgendwo, wo es sich nach der durch nichts belegten Mutmaßung des Gläubigers befinden könnte; der Spezifikation des Arrestobjektes ist Genüge getan mit irgendwelchen vagen, möglichst umfassenden und neutralen Sammelbezeichnungen, wobei die Arrestbehörde auch unter diesen Umständen nicht vor der Sperrung von Drittvermögen zurückschreckt – der Gläubiger muß nur genügend forsch auftreten. Die wirtschaftlichen Schäden sind beträchtlich, aber nicht direkt quantifizierbar und daher für die befaßten Amtsstellen von keinem Interesse. Diese Mißstände müßten nicht sein; denn das Gesetz ist an sich klar; es ist allein eine allzu liberale Praxis, die sie ermöglicht hat.

Meine Damen und Herren, auch der Wortlaut des IRSG ist klar. Es ist zu hoffen, daß die Praxis die Rechtshilfe nicht auch zu einem Ärgernis werden läßt.

M. le Juge fédéral EGLI:

Les matières traitées dans les deux rapports occupent fréquemment le T.F. Ainsi peut-il intéresser nos sociétaires de connaître

quelques questions qui ont particulièrement retenu son attention ces derniers temps, dans le domaine de l'extradition et de la «petite entraide». Je me propose d'aborder 8 questions à ce sujet:

1. Il peut être utile, tout d'abord, de signaler que certains arrêts récents, que les rapports mentionnent comme non publiés, l'ont été depuis lors au recueil officiel (ATF 105 Ib 416, 418, 106 Ib 260).

2. Comme bien d'autres institutions, l'entraide judiciaire en matière pénale est confrontée à des intérêts contradictoires: d'une part, l'intérêt des collectivités publiques à se prêter mutuellement assistance de manière étendue en vue d'une répression efficace de la criminalité – ce qui leur permet aussi d'attendre la réciprocité de la part des autres Etats et ce qui finalement est dans l'intérêt de tous à être protégés de la criminalité – d'autre part, l'intérêt des particuliers soumis à la juridiction de l'Etat requis à ne pas devoir collaborer à l'entraide dans une mesure qui leur soit préjudiciable. Il appartient à la loi et à la pratique de trouver un équilibre satisfaisant entre ces intérêts opposés. A cet égard, le principe de la proportionnalité joue un rôle très important, comme le soulignent la jurisprudence et – à juste titre – les deux rapports.

L'efficacité suppose également un minimum de célérité. Si, souvent, le particulier qui s'oppose à l'entraide pense avoir ses raisons de faire tarder l'entraide entre Etats, il est aussi des cas où ses intérêts exigent une solution rapide, ce qui est généralement le cas lorsque l'opposant est un détenu extraditionnel.

Pour satisfaire ces exigences, il faut que les voies de droit soient aménagées de manière à permettre de statuer rapidement au fond sur la demande d'entraide, tout en permettant aux intéressés de faire valoir tous leurs moyens. Les expériences faites dans l'application du Traité avec les Etats-Unis permettront sans doute une amélioration utile sur ce point.

Par ailleurs, il faut que les services de l'Etat soient effectivement en mesure d'agir avec diligence. Malheureusement, nous avons eu le sentiment que ce ne fut pas toujours le cas ces dernières années, vraisemblablement par manque de personnel, et que certaines procédures d'extradition ont connu de ce fait une durée excessive. A plusieurs reprises, notamment à l'occasion de demandes de mise en liberté de détenus extraditionnels, le Tribunal fédéral a dû insister sur cette nécessité.

Inversement, il a eu l'occasion de relever à propos d'une demande de «petite entraide» que la complexité d'une affaire

pénale instruite à l'étranger n'autorise pas l'autorité suisse à diminuer son attention dans l'examen des conditions auxquelles l'entraide est subordonnée en s'en remettant à ce sujet à l'appréciation de fonctionnaires étrangers (ATF 106 Ib 260, spécialement 263 et 268). En se référant à cet arrêt, le rapport français, page 285, estime que le Tribunal fédéral admet que les fonctionnaires étrangers assistant en Suisse à l'exécution d'une saisie «donnent des instructions aux autorités cantonales»; l'arrêt cité parle plus exactement d'«informations» que l'autorité cantonale peut demander à l'autorité requérante, aux fonctionnaires étrangers ou aux parties, afin de faciliter son travail.

3. La double incrimination, principe incontesté du droit extraditionnel, a été reprise, en tant que possibilité dont la Suisse a fait usage, par l'art. V ch. 1 de la Convention européenne sur l'entraide judiciaire en matière pénale.

L'application de ce principe conduit l'autorité requise à examiner si les faits signalés dans la demande sont une infraction non seulement dans l'Etat requis mais également dans l'Etat requérant; or, l'étude du droit étranger est une tâche souvent difficile pour l'autorité indigène.

Sur ce point, l'article 4, ch. 2 et ch. 4, 1re phrase du Traité avec les Etats-Unis, tel qu'il est interprété par le Tribunal fédéral (ATF 105 Ib 418), a apporté une innovation: il prévoit en effet que l'autorité requise n'a pas à réexaminer si les faits incriminés constituent effectivement une infraction selon le droit de l'Etat requérant. L'art. 64 de la nouvelle loi paraît aller dans le même sens ce qui serait un allègement salutaire.

4. La protection en procédure de la personne dont l'extradition est demandée a occupé à différentes reprises le Tribunal fédéral, spécialement en raison du peu de dispositions légales existant en la matière.

Comme tout autre citoyen, le détenu extraditionnel peut revendiquer la protection de sa personnalité, telle qu'elle est garantie par la Constitution, notamment en relation avec la Convention européenne des droits de l'homme. Sa situation est comparable à celle d'une personne en détention préventive (arrêt Senni du 31 octobre 1980).

La jurisprudence admet ainsi que la personne à extrader, même si elle a consenti à l'extradition, puisse encore déclarer s'y opposer jusqu'à la fin de la procédure relative à la décision d'extrader (arrêts Soarès du 22 avril 1980 et Senni du 31 octobre 1980). L'article 54, al. 2 de la nouvelle loi va à peu près dans le même sens:

La jurisprudence accorde aussi à la personne à extrader le droit à l'assistance judiciaire dans les affaires graves, indépendamment des chances de succès d'une opposition à la demande d'extradition (arrêt Chatelain du 25 juin 1981); en cela, pour une procédure soumise au T. F., la jurisprudence s'est montrée plus libérale que la pratique de l'Office fédéral de la police. En droit nouveau, l'étendue du droit à l'assistance judiciaire devra être définie en application de l'article 52, al. 1 de la loi.

5. Dans les relations avec la France, à plusieurs reprises, des opposants à l'extradition ont invoqué le risque d'une exécution capitale en France. Vu la teneur du Traité d'extradition liant la Suisse à la France, il n'a jamais été possible de retenir un tel motif d'opposition, car l'ordre public interne ne permet pas de s'opposer à l'exécution d'un traité international. Cela n'a pas empêché l'Office fédéral de la police d'émettre à ce sujet un vœu lors de l'exécution de l'extradition.Vu l'évolution que connaît actuellement la France, ce problème perdra vraisemblablement son actualité; à défaut, la Suisse devrait se demander s'il ne se justifierait pas d'intervenir auprès de la France afin que l'extradition puisse être assortie à la condition qu'une peine capitale ne soit point exécutée, conformément à la pratique générale de notre pays en matière d'extradition.

6. L'extradition à l'égard de pays tiers avec lesquels la Suisse n'a point conclu de traité d'extradition pose le problème de savoir dans quelle mesure la Suisse doit s'assurer de la manière dont l'intéressé sera traité par l'Etat requérant.

Dans un arrêt non publié Khetty concernant les Emirats arabes Unis, le Tribunal fédéral a autorisé l'extradition à un tel pays, moyennant le respect d'une série de charges correspondant aux dispositions de la loi sur l'extradition et aux dispositions protectrices contenues dans la Convention européenne d'extradition et la Convention européenne des droits de l'homme, avec possibilité pour les représentants du service diplomatique ou consulaire suisse de rendre visite à l'extradé et de recevoir des communications de lui.

Cela représente une tâche absorbante pour le département des affaires étrangères qui a accepté d'y collaborer.

Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt Darmarajah concernant le Sri Lanka. Cet arrêt montre que l'extradition ne peut être accordée pour l'exécution d'un jugement par défaut que si le droit d'être entendu à été ou pourra être sauvegardé.

Que faire lorsque les charges ne sont pas acceptées par l'Etat étranger? Jusqu'à présent, faute de base légale, la seule solution

était de remettre l'intéressé en liberté, même s'il y avait des raisons de penser qu'il était un criminel de droit commun important. Sous l'empire de la nouvelle loi, il sera possible de juger ces personnes en Suisse, ce qui est aussi un progrès important.

7. Un moyen d'opposition souvent invoqué consiste à soutenir que l'Etat requérant n'aurait pas respecté ses obligations internationales dans le passé et qu'il serait à craindre qu'il ne les respecte pas dans le cas présent.

Le particulier a-t-il qualité pour se prévaloir d'une violation du droit des gens? Si, anciennement, l'on se montrait restrictif à cet égard, certains arrêts récents donnent à penser que le Tribunal fédéral pourrait éventuellement entrer en matière sur un tel moyen.

Si le moyen est recevable, les sanctions d'une violation du droit des gens par l'Etat requérant seraient celles prévues par ce droit. Le refus de l'entraide judiciaire, à titre de moyen de rétortion, n'est en soi pas inconcevable. Pareille sanction ne pourrait toutefois se justifier que si elle était nécessaire, notamment si une demande auprès de l'autorité étrangère se révélait vaine.

Or, l'on ne saurait inférer d'une inobservation d'une règle conventionnelle dans le passé qu'à l'avenir aussi l'Etat requérant n'exécuterait pas ses obligations. En effet, de telles inobservations ne procèdent pas nécessairement d'une volonté délibérée de ne pas respecter un engagement conventionnel; elles peuvent être le fait de magistrats ou fonctionnaires ne connaissant pas l'existence de ces obligations. Par ailleurs, on ne saurait présumer que l'Etat requérant refuse de réparer les conséquences d'une erreur passée. En outre, la bonne foi de l'Etat requérant se présume, spécialement dans les relations avec les pays avec lesquels la Suisse est liée par traité (ATF 106 Ib 269).

Un exemple récent, à ce sujet, nous paraît intéressant. Dans une cause R., jugée le 11 juillet 1980, R. dont l'extradition était demandée invoquait que précédemment, l'Etat requérant avait violé le principe de la spécialité en utilisant à des fins fiscales contre lui-même des moyens de preuves obtenues de la part de la Suisse, pour une affaire pénale. Nonobstant, l'extradition fut accordée mais comme le grief de l'opposant apparaissait vraisemblable en fait, le Département fédéral des affaires étrangères fut nanti du cas; or, une intervention de sa part auprès des départements compétents étrangers a permis d'obtenir l'annulation de la décision fiscale concernant R., des regrets du gouvernement étranger et sa promesse de s'efforcer de faire respecter les modalités de l'entraide accordée (communication du DFAE, du 3 juillet 1981).

8. L'un des rapporteurs (p. 388 ss.) postule qu'en présence d'un traité sur l'entraide, l'Etat requis ne pourrait pas accorder une entraide plus étendue en vertu de son droit interne, ceci en vertu de la primauté du droit international sur le droit national.

Toutefois, l'application de ce principe exige que l'on détermine quelle est la portée des traités; son analyse permettra de savoir s'il est d'application exclusive ou au contraire s'il ne prévoit qu'un minimum d'entraide.

A cet égard, la jurisprudence du Tribunal fédéral dans un arrêt Métayer du 3.7.1980 (ATF 106 Ib 341) considère que la CEEJ n'est pas d'application exclusive; cela résulte en particulier de l'article 1 CEEJ qui prévoit que les Etats accordent l'entraide dans toute la mesure du possible; aussi le Tribunal fédéral a-t-il jugé dans cette affaire que – même si l'article 3 CEEJ n'accordait pas de séquestre conservatoire (ce qui était une question discutée) – le droit cantonal pouvait accorder l'entraide sous forme d'un tel séquestre sans pour autant violer le traité ou le droit fédéral.

Professor GERARDO BROGGINI, Rechtsanwalt, Sagno/Mailand:

Als Schweizer Jurist, der in Italien seine Tätigkeit als Lehrer und Anwalt ausübt und der ständig mit Problemen der Rechtshilfe in Strafsachen konfrontiert ist, erlaube ich mir, einige Bemerkungen und Überlegungen beizusteuern. Es handelt sich um Überlegungen und Bemerkungen kursorischer Art, da ich noch keineswegs zu einem Gesamtbild der Problematik und der geeigneten Lösungen gelangt bin. Vielleicht ist ein solches Gesamtbild sogar eine Utopie, da das Recht dem stetigen Wandel der Gesellschaftsstrukturen und den harten politischen Realitäten folgen muß. Ich muß auch gestehen, daß meine Überlegungen nicht nur kursorisch, sondern auch eher zwiespältig erscheinen werden, da verschiedene Realitäten auf verschiedenen Stufen zusammenprallen.

1. Erstens beschränke ich mich auf Bemerkungen im Zusammenhang mit der *kleinen Rechtshilfe* im Sinne der traditionellen Definition (Beweiserhebungsverfahren *in der Schweiz* aufgrund von Gesuchen ausländischer Behörden). Und zweitens beschränke ich mich auf Erfahrungen im Rahmen des *Europäischen Abkommens* über Rechtshilfe in Strafsachen und insbesondere auf *schweizerisch-italienische* Tatbestände.

Seit vierzehn Jahren findet das Abkommen zwischen der Schweiz und Italien Anwendung, und die Anwendungsfälle vermehren sich von Jahr zu Jahr. Tatsachenforschung sollte man in erster Linie betreiben, denn rechtliche Beurteilung setzt Kenntnis der Realien voraus. Die statistische Erfassung der Gesuche und deren Behandlung ist möglicherweise im Bundesamt für Polizeiwesen vorhanden; die Informationslücke ist jedoch groß. Wir haben heute mit Befriedigung erfahren, daß vom Bundesgericht eine Reihe von Urteilen, die wir immer wieder zitiert finden, die wir nicht lesen dürfen und auch nur in seltenen Fällen bekommen können, veröffentlicht wird. Nach meinem Dafürhalten und meinen Erfahrungen befassen sich die italienischen Gesuche um kleine Rechtshilfe in der Schweiz seit dem Jahre 1970, vor allem aber seit 1977 (seit dem neuen italienischen Devisengesetz), immer mehr mit devisenrechtlichen Vergehen als mit gemeinrechtlichen Delikten, wobei bei diesen letzteren Bankrott und Kunstraub, und vielleicht auch illegale Ausfuhr von Kunstgütern wiederum eine große Rolle spielen. Man kann sich wiederum fragen, ob die Verletzung von zollrechtlichen Vorschriften wie die illegale Ausführung von Kunstgegenständen vom Kernbereich der gemeinrechtlichen Delikte erfaßt wird.

Ich beschränke mich daher auf die Fragen devisenrechtlicher Delikte und deren Behandlung in der Schweiz im Rahmen der kleinen Rechtshilfe. Die in der Schweiz geltenden Grundsätze sind von den Herren Referenten klar hervorgehoben worden. Das Straßburger Abkommen in Verbindung mit den schweizerischen Vorbehalten liefert die Grundlage; Art. 2 lit. a und b des Abkommens, Art. 5 lit. a und vor allem die Vorbehalte dazu.

2. Grundlage ist dabei das Prinzip der *beiderseitigen Strafbarkeit,* welches durch den Vorbehalt zu Art. 5 Abs. 1 lit. a des Abkommens verankert wird. Zwangsmaßnahmen wie Beschlagnahme von Urkunden, Zeugenbeweisaufnahme, Erzwingung von Auskünften sind verboten, wenn die verfolgte Handlung in der Schweiz nicht strafbar ist. Dabei handelt es sich um einen Fixpunkt der schweizerischen internationalen Rechtshilfe, um eine Konkretisierung des normativen Systems, welches deswegen keineswegs den Hinweis auf den schweizerischen ordre public braucht. Versucht man diesen Hinweis auf Delikte währungs-, handels- und wirtschaftspolitischer Natur anzuwenden, so darf man sich nicht mit der oberflächlichen Behauptung begnügen, daß Strafbestimmungen in bezug auf solche Vergehen auch in der Schweiz bekannt sind. Vielmehr muß man das schweizerische Modell des Währungsrechts, des Devisenrechts mit dem auslän-

dischen vergleichen, unter Einbeziehung der einzelnen Tatbestände, der Funktion und des Umfangs der Strafe. Erst dann nach diesen Vergleichen wird man feststellen müssen, daß die äußerst strenge und für die individuelle Freiheit folgenschwere italienische Systematik, was immer zu Freiheitsstrafen und gleichzeitig zu ungeheuren Geldstrafen führt, unvergleichbar mit dem entsprechenden schweizerischen Devisenrecht ist und daher dem Gebot der beiderseitigen Strafbarkeit nicht Genüge leistet.

3. Ein zweites Argument für den Ausschluß der Rechtshilfe bei Delikten währungs-, handels- und wirtschaftspolitischer Natur liegt nach dem Bundesgericht in der Tatsache, daß solche ausländische Verfahren gegen den schweizerischen *ordre public* verstoßen. So hat sich die Tessiner Camera dei Ricossi Penali des Tribunale di appello im bereits viel diskutierten Urteil vom 15. Juni 1981 i. S. Roberto Calvi lediglich auf diesen Grundsatz berufen und dabei eine m. E. ungenügende Begründung für den Ausschluß der Rechtshilfe gegeben. Sie hat sich lediglich auf das alte Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 1938 i. S. Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft Berlin gegen Journaliag AG berufen, als ob der schweizerische ordre public seit 1938 unverändert geblieben wäre (BGE 64 II 38).

Mit den Referenten, vor allem mit Herrn De Capitani, bin ich überzeugt, daß der allgemeine Hinweis auf den ordre public viel zu verschwommen ist. Vielmehr will das schweizerische Recht durch den Ausschluß der Rechtshilfe bei solchen Delikten die *wirtschaftspolitischen Maßnahmen* des Drittlandes nicht unterstützen, wenn der Preis dieser Unterstützung die Kriminalisierung des individuellen Verhaltens verlangt. Es handelt sich somit m. E. nochmals um den Ausfluß des Prinzips der beiderseitigen Strafbarkeit.

Solange das schweizerische Recht die Verletzung wirtschaftlicher Maßnahmen nicht mit gleich harten Freiheitsstrafen verfolgt, wie es etwa in Italien, in der Türkei oder meines Wissens im Iran der Fall ist, wird auch das Rechtshilfegesuch in einem ähnlich gelagerten Fall abgelehnt. Somit reduziere ich das gesamte System der Ablehnung im Bereiche der Fiskal- und Währungsdelikte auf den Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit.

4. Vom Prinzip der *Spezialität* in der kleinen Rechtshilfe halte ich wenig. Spezialität heißt, wie die Referenten genau formulieren, daß die in der Schweiz erhobenen Beweise nicht verwendet werden dürfen, um jemanden für strafbare Handlungen zu verfolgen, für die keine Rechtshilfe gewährleistet werden darf. Das Prinzip ist im Vorbehalt zu Art. 2 des Straßburger Abkommens

formuliert und wird in der Schweiz immer wieder groß geschrieben. Ich bezweifle jedoch, daß ein italienischer Staatsanwalt, wenn er die Sache ernst nimmt, diesem Prinzip Beachtung schenken darf, schon deswegen, weil er ja zur Anwendung des eigenen Strafrechts verpflichet ist; er kann sich also deswegen nicht von der Anwendung des eigenen Rechts und der Verfolgung von währungsrechtlichen Delikten in dieser Weise befreien, mit einem einfachen Schreiben, das eben hierher kommt. Deswegen dürfte er eine solche Verzichtserklärung auf Verwendung der Ermittlungen kaum abgeben. Wir haben einige schreiende Fälle gehabt, wo die Verzichterklärung abgegeben und dann elegant umgangen wurde. Das Bundesamt für Polizeiwesen kennt sie. Vielleicht sollte das Bundesamt diese Fälle dem Bundesgericht bekanntgeben, damit wir nicht mehr so lapidare wie naive Behauptungen lesen wie in BGE 104 Ia 58, wo es heißt:

«Im Verkehr zwischen den demokratischen Staaten des westeuropäischen Kulturkreises sind Verletzungen des Spezialitätsvorbehalts kaum je anzutreffen.»

5. Die schwerwiegendsten Probleme liegen im Bereich der Auslegung des *Konnexitätsprinzips* (oder Konkurrenzprinzips). Die Erfahrung mit Italien zeigt, daß die italienische Justizbehörde das Währungsdelikt mit einem gemeinrechtlichen Delikt sehr geschickt verkleiden kann. Diese Tarnungsübung hat im Falle von Roberto Calvi den (bisherigen) Höhepunkt erreicht. Das Rechtshilfegesuch vom 25. Juni 1980, welchem am 8. Oktober 1980 vom Luganer Untersuchungsrichter stattgegeben wurde, erwähnte als strafbare Handlung den Betrug den anderen Angehörigen des Verwaltungsrats der Centrale Spa gegenüber, weil Calvi den Verwaltungsratskollegen den echten Preis der Anschaffung der Aktien Toro Assicurazioni verschwiegen hätte. Dabei hat der italienische Untersuchungsrichter in seinem Gesuch sogar behauptet, die Anwendung des italienischen Währungsrechts und die Möglichkeit der Ahndung eines Währungsdeliktes sei ausgeschlossen, da die strafbare Handlung vor dem Devisengesetz von 1976 begangen worden sei, als ob dieses Gesetz nicht ein Dauerdelikt vorsähe. Calvi konnte mit Recht einwenden, daß im Haftbefehl des Mailänder Staatsanwalts ganz andere Dinge standen und nur von Devisenvergehen die Rede war, und daß der gleiche Haftbefehl auch die Kollegen im Verwaltungsrat der Centrale betraf, die er nach dem Rechtshilfegesuch hätte betrogen haben sollen! Man hat also zwei völlig verschiedene Tatbestände konstruiert: den einen für das Gesuch an die Schweizer Behörden und den zweiten für den Haftbefehl. Mit

Recht hat daher das Tessiner Kantonsgericht am 15. Juni 1981 dieses m. E. beleidigende Rechtshilfegesuch abgelehnt, was nicht verhindert hat, daß Calvi wegen Devisenvergehen und nur deswegen zu etlichen Jahren Gefängnis und zu hohen Milliardenstrafen verurteilt wurde.

Ist somit die strafbare Handlung nach ausländischem Recht sowohl als gemeinrechtliches Delikt als auch als Steuer- oder als Währungsdelikt zu qualifizieren, dann muß wohl immer das überwiegende Merkmal des Delikts entscheiden.

6. Immer wieder hören wir und vermehren sich die *Fälle von Amtshandlungen ausländischer Justizbehörden* aufgrund von Rechtshilfegesuchen in der Schweiz, bei denen ausländische Justiz- und Polizeibeamte nicht nur anwesend sind, sondern auch den Ton angeben und die Beweiserhebung selbst vornehmen. In Lugano (aber nicht nur dort) verkehren Mailänder Untersuchungsrichter nicht selten, ich möchte sogar sagen regelmäßig. Das Bundesamt für Polizeiwesen erfährt dies meistens nachträglich oder gar nicht, da der unmittelbare Geschäftsverkehr zwischen den Justizbehörden des Tessins und von Mailand eine bekannte Erscheinung ist. Diese Praxis hat keine gesetzliche Grundlage, da das Europäische Abkommen nur die Anwesenheit, nicht die aktive Teilnahme ausländischer Behördenvertreter vorsieht und regelt. Sie wird jedoch von den kantonalen Behörden mit dem Segen des Bundesgerichts fortgesetzt. Es ist wirklich schade, daß das Bundesgericht großzügige Entscheidungen in dieser Richtung wie etwa den BGE vom 7. 12. 1979 i. S. X gegen Kanton Tessin nicht veröffentlicht. Die Kritik könnte dann lauter und deutlicher werden.

7. Ich komme somit zur letzten kritischen Bemerkung: Das Fehlen der Information wird durch die *Unzulänglichkeiten der zuständigen kantonalen Behörden* und in erster Linie der Untersuchungsrichter begleitet. Die sachgerechte Behandlung einer solchen höchst delikaten Materie setzt geschulte Untersuchungsrichter voraus. Komplexe Fragen der Qualifikation und Anpassung der Begriffe wie Währungsdelikt, Steuerbetrug und ähnliches, kritische Analysen von ausländischen Rechtshilfegesuchen durch Heranziehung des ausländischen Denkmodells und der ausländischen Deliktsmerkmale, Abwägung von Interessen im Blick auf den überwiegenden Charakter des gemeinrechtlichen oder des Fiskaldeliktes, das alles sind Fragen, die man vor zehn Jahren für die Strafjustiz kaum als bedeutend betrachtet hat. Mehr Transparenz in den Entscheidungen, eine breitere Kenntnis der Judikatur, vielleicht Fortbildungskurse für Anwälte und

Richter sind selbstverständlich unentbehrliche Mittel für eine sachgerechtere Justiz in diesem Bereich. Es kommt nicht von ungefähr, daß das Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, das am 20. März 1981 verabschiedet wurde, möglicherweise nicht so schnell in Kraft gesetzt wird. Die Welt der Rechtsausübenden ist noch nicht bereit und in der Lage, das Gesetz praktisch und geistig aufzunehmen.

8. Und doch bleibt am Schluß ein Unbehagen, ein dunkles Gefühl, daß dieser sehr *strenge Ausschluß* der Rechtshilfe im Bereich der Fiskaldelikte und der Delikte währungs-, handels- und wirtschaftspolitischer Natur ein sehr hoher, vielleicht zu hoher Preis zugunsten der individuellen Freiheit und gegen die internationale comitas darstellt) das Gefühl, daß die internationale Kooperation im Bereich der Steuer- und Währungspolitik auf dem Altar des Individuums total zerstört wird. PETER KLAUSER hat im Jahre 1977 diese Bedenken in sehr deutlicher Weise geschildert. Die Bedenken vermehren sich mit der Zunahme der Rolle der Schweiz als Drehscheibe für ausländische Treuhandgelder und als Sitz von Briefkasten- und Holdinggesellschaften. Damit wird das Steuersystem und das Währungssystem von Nachbarstaaten ausgehöhlt. Vor kurzem hat ein Schweizer Politiker in einer Festrede in Vaduz Liechtenstein als Inbegriff eines freiheitlichen Staates und sogar als Vorbild für die Schweiz gepriesen, da die Tatsache, daß man dort so wenig Steuern zahle, keine Schande, sondern ein Ehrentitel für den Staat sei. Eine solche Behauptung müßte man aufs schärfste ablehnen: Die 70000 und mehr juristischen Personen in Liechtenstein neben den 26000 Einwohnern zeugen für einen Staat, der die Steuerumgehung im Ausland als Gewerbe betreibt. Die Begünstigung der Steuerumgehung und der Verletzung von Devisenvorschriften durch Ausländer soll nicht die Grundlage des Finanzplatzes Schweiz werden.

Me PHILIPPE NEYROUD, avocat, Genève:

L'entraide accessoire a été l'objet d'une codification importante, rapide et récente (plusieurs centaines de dispositions nouvelles ont été introduites dans le droit fédéral en une dizaine d'années). Les règles régissant l'extradition ont joué le rôle de modèle, de sœur aînée. Toutefois, on peut s'interroger sur la possibilité en fait d'appliquer les principes tirés de l'extradition à l'entraide accessoire.

Le problème du tiers non concerné illustre bien la différence des situations contemplées. La requête d'extradition vise toujours la personne qui fait l'objet de l'enquête pénale à l'étranger. Tandis que l'entraide accessoire mettra souvent en cause des personnes dont les noms ne sont pas même connus de l'Etat requérant. Or, l'Etat requis ne pourra pas facilement dire si ces personnes doivent ou non être considérées comme des tiers non concernés par l'enquête pénale étrangère. Ainsi, prenons le cas où X est titulaire d'un compte bancaire sur lequel a été versé le produit d'une infraction perpétrée à l'étranger. Si X affirme qu'il s'agit d'une erreur grossière de la banque qui a mal exécuté les ordres donnés par l'auteur du délit, il faudra bien considérer que X est un tiers non concerné. Mais il n'empêche que l'Etat requis n'a bien souvent pas les moyens de s'assurer que tel est bien le cas.

Lorsque l'entraide accessoire met en cause un tel tiers, le fait qu'une infraction a été commise ou non est, tout bien considéré, guère important, puisque par définition, ce tiers n'a pas participé à l'infraction. Si en matière d'extradition, il se justifie de faire dépendre le sort d'un individu de la seule existence d'une enquête pénale à l'étranger s'inscrivant dans les prévisions d'un traité, c'est que la personne recherchée est précisément soupçonnée d'avoir participé aux faits incriminés. En revanche, en matière d'entraide, la situation est fondamentalement différente: je suggère ici que l'application de la règle de la double qualification n'est pas de nature à résoudre le réel problème posé par l'entraide accessoire.

On peut en dire autant s'agissant de la règle de la spécialité: en matière d'extradition, le principe est généralement reconnu et appliqué par tous les Etats. En revanche, en matière d'entraide accessoire, l'application de la règle de la spécialité est propre à la Suisse, et, comme nous allons le voir, il en résulte un véritable problème.

Dans le cadre de la procédure d'extradition, la règle de spécialité vise à assurer le respect de la décision de l'Etat requis. Ainsi, pour les infractions couvertes par cette règle, l'individu se voit reconnaître une véritable immunité de poursuite puisque l'Etat requérant s'interdit de le détenir pour d'autres raisons que celles données dans sa requête.

En revanche, en matière d'entraide accessoire, une telle immunité n'existe pas puisque, comme l'expérience le prouve, l'Etat requérant n'est pas toujours en mesure d'assurer que les renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête ne seront

pas utilisés dans une autre. Lorsque les deux enquêtes (infraction de droit commun et délit fiscal) sont attribuées au même magistrat, la règle de la spécialité est tout simplement inapplicable qu'on le veuille ou non: le magistrat étranger ne peut pas être frappé de dichotomie lorsqu'il trouve dans son dossier des éléments qui sont de nature à révéler l'existence de deux délits et pas seulement d'un seul.

Quel remède?

Il faudra attendre de connaître le résultat d'un nombre plus important d'affaires pour juger, à l'usage, si et comment des tempéraments doivent être apportés. On peut penser que le rôle joué par la règle de la spécialité et de la double incrimination va s'estomper.

Il faut d'ailleurs relever que, jusqu'à présent, l'Etat requis s'est interdit d'apprécier la réalité des faits allégués dans la requête d'entraide. Ainsi, la question de savoir si ces faits seraient également réprimés au cas où ils auraient été commis en Suisse demeure une question malgré tout un peut académique puisque de toutes les manières l'Etat requis prend en compte la possibilité que, en définitive, aucune infraction n'ait été commise.

Plus important et d'un autre ordre est la protection de l'individu et de sa sphère privée. Il n'est pas inutile de rappeler que le secret bancaire comporte une finalité légitime. Le Juge DOUGLAS de la Court Suprême des Etats-Unis rappelait qu'au travers des relevés de compte il est possible de se faire d'une personne une idée précise portant aussi bien sur ses activités que sur ses opinions. Il y a là un accès particulièrement profond dans la sphère privée de l'individu.

S'agissant de personnes morales, en revanche, la protection nécessaire découlera d'avantage des règles régissant la lutte économique, le secret des affaires et la concurrence.

Enfin, l'on peut augurer que les dispositions de procédure, premières garantes des libertés individuelles, joueront un rôle accru pour assurer la protection de la sphère intime de l'individu et le secret des affaires. Aujourd'hui, il appartient aux cantons d'édicter ces règles de procédure en application de la nouvelle loi fédérale.

Dr. ANDRÉ ALOIS WICKI, Rechtsanwalt, Zürich:

Im Verlauf der Vorverhandlungen zum Abschluß des Rechtshilfeabkommens mit den Vereinigten Staaten wie auch bei den

Vorbereitungen zum Rechtshilfegesetz wurde den interessierten Kreisen immer wieder versichert, *wie sehr* sich unsere Behörden der Bedeutung des Schutzes der Geheimsphäre bewußt seien und *wie sehr* man sich bemühe, den in diesem Zusammenhang geäußerten Bedenken Rechnung zu tragen. Dasselbe bekam man auch noch im Parlament zu hören.

Ich möchte anhand einiger Hinweise zur *Spezialität* und zur Situation des *unbeteiligten Dritten* aufzeigen, daß seither bedauerlich viel Wasser in diesen Wein gegossen wurde.

Herr Dr. DE CAPITANI hat überzeugend dargelegt, daß der Spezialität aus schweizerischer Sicht ein hoher Stellenwert eingeräumt werden muß. Tatsächlich geht es nicht an, die Machtmittel unseres Staates zugunsten eines fremden Verfahrens einzusetzen, das Handlungen betrifft, die in der Schweiz *selbst* nicht strafbar wären oder die aus anderen Gründen nicht zur Rechtshilfe berechtigen.

Es ist nun aber hinreichend bekannt, daß gewisse Staaten diesem Grundsatz wenig Verständnis entgegenbringen. Zwar hat das Bundesgericht Italien, Deutschland und den USA Unbedenklichkeitserklärungen ausgestellt. Die Vertreter des Bundesamtes erwähnen in ihrem Referat aber *selbst,* daß Italien die Spezialität mehrfach verletzt hat. Auch an Beispielen aus *anderen* Ländern fehlt es nicht, obwohl solche Verstöße nur *selten* schlüssig nachgewiesen werden können und die Dunkelziffer groß sein dürfte.

Das Problem wird durch die befremdlich large Praxis bei der Zulassung der Anwesenheit von Vertretern des ersuchenden Staates noch *akzentuiert:* Entgegen der früher zugesicherten *restriktiven* Handhabung dieser Möglichkeit möchte das Bundesamt nun ausländische Vertreter bei komplizierteren Wirtschaftssachen – ich zitiere *wörtlich* – «*à tout prix*» zulassen, und dies obwohl *mehrere Fälle* bekannt sind, in denen Handprotokolle und Aktennotizen solcher ausländischer Behördenvertreter im ersuchenden Staat als Beweismittel und Grundlage weiterer Untersuchungshandlungen gedient haben.

Gegen solche Übergriffe steht den Betroffenen – seien sie nun Beschuldigte oder unbeteiligte Dritte – weder im ersuchenden Staat noch in der Schweiz ein tauglicher Rechtsschutz zur Verfügung, obwohl es sich um schwerwiegende Verletzungen staatsvertraglicher Verpflichtungen handelt. Es rechtfertigt sich deshalb sehr wohl, Staaten, die sich nicht strikte an die Spezialität halten, inskünftig keine Rechtshilfe mehr zu gewähren.

Ähnlich unbefriedigend verhält es sich in der Praxis mit dem

Schutz der *Geheimsphäre des unbeteiligten Dritten.* Dieser Begriff wurde in den letzten Jahren laufend seines Inhalts *entleert.* Heute geht das Bundesamt sogar davon aus, wer beispielsweise von einem Beschuldigten *nach* dem Datum der Straftat, die dem Ersuchen zugrundeliegt, irgendwelche Zahlungen erhalten habe, könne *schon deswegen* nicht mehr als unbeteiligt betrachtet werden. Glücklicherweise inspiriert sich die sog. kleine Rechtshilfe an den Grundsätzen des Auslieferungsrechts und nicht umgekehrt. Sonst müßten wir uns demnächst über die Auslieferung des unbeteiligten Dritten unterhalten.

Wo bleibt hier die sorgfältige Interessenabwägung, auf die nach Schultz sogar der *Beschuldigte* Anrecht hat, und wo bleibt die immer wieder betonte, aber selten ernstlich *vorgenommene* Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs?

Solchen Bedenken wird regelmäßig entgegengehalten, der Dritte habe ja im Strafverfahren selbst *nichts* zu befürchten, wenn sich ergebe, daß er *wirklich* unbeteiligt sei, und genieße im übrigen den Schutz des Spezialitätsprinzips.

Das *erste* mag zutreffen, stellt aber einen schwachen Trost dar, solange für das *zweite* keine bessere Gewähr geboten wird.

Man kann es nicht oft genug betonen: Bei der Rechtshilfe geht es *nicht* um die Wahrheitsfindung in einem inländischen Strafverfahren, sondern um Hilfe an einen fremden Staat, dessen Verfahrensrecht und Gerichte *nicht immer* jene Garantien bieten, die wir hier stillschweigend voraussetzen. Es ist somit *falsch* zu sagen, das Interesse eines Dritten an der Geheimhaltung müsse im Rechtshilfeverkehr immer *dann* zurücktreten, wenn es auch im Rahmen eines *schweizerischen* Strafverfahrens nicht geschützt werden könnte.

Der Anspruch des an der Begehung einer Straftat unbeteiligten Dritten auf Respektierung seiner gesetzlich geschützten Privat- und Geheimsphäre darf nicht *leichthin* beseitegeschoben werden, um der Rechtshilfe *«à tout prix»* zum Durchbruch zu verhelfen. Der *schweizerische Rechtsstaat* darf der *internationalen Rechtshilfe* nicht geopfert werden.

CARLO LUIGI CAIMI, lic. iur., Lugano:

Se il mio intervento sarà in lingua italiana, ciò avrà – oltre che il carattere di una più che giusta testimonianza della presenza della terza cultura del nostro Paese – anche un significato che potrei

definire *simbolico*. Devo dire che la lettura dei due rapporti in lingua tedesca e francese m'ha lasciato, nonostante la riaffermazione continua della identità di vedute fatta dai relatori allorché si riferivano ai principi fondamentali dell'assistenza giudiziaria in materia penale, l'impressione che le due sfere d'interessi che stanno alla base dell'esperienza dei relatori – da una parte quella dell'Autorità che viene chiamata a prestare il suo aiuto ad uno Stato estero, dall'altra quella delle Banche, che principalmente si trovano confrontate con l'esigenza di fornire informazioni e allo stesso tempo di salvaguardare gli interessi dei loro clienti (che sono poi in buona parte anche quelli di una grande maggioranza della popolazione svizzera) – possono ben difficilmente *conciliarsi* l'una con l'altra. D'altra parte, questa impressione già l'avevo avuta allorché alcuni anni fa ebbi ad occuparmi della genesi dell'Accordo d'assistenza giudiziaria tra la Svizzera e gli Stati Uniti. La durezza delle opinioni allora espresse, i dubbi a ogni pié sospinto, le espressioni di (più o meno velata) sfiducia nei confronti delle reali intenzioni del partner americano non facevano che confermare questa idea.

Ma le cose stanno veramente così? O non è forse possibile tentare di ricondurre a un comune denominatore gli *interessi* apparentemente divergenti delle parti in causa? Io sono convinto che ciò sia possibile. Una *sintesi* delle esigenze in gioco potrebbe avvenire sulla base di un concetto a noi tutti caro, quello di *Stato di diritto,* nella sua accezione più completa (tanto formale che sostanziale, quindi). D'altra parte, un altro aspetto non può essere dimenticato: quello della *fiducia,* tra Autorità e Cittadino, tra Cittadino e Stato estero che merita questa dimostrazione da parte di chi è chiamato a prestargli, direttamente o indirettamente, la propria collaborazione. Senza fiducia non è possibile realizzare un ordinamento internazionale che tenga nella giusta considerazione gli interessi legittimi di tutte le parti in causa; né tanto meno è possibile dare un contenuto sensato agli accordi presi, allorché si tratta di metterli in pratica.

Fiducia e *rispetto delle esigenze dello Stato fondato sul diritto* devono quindi andare di pari passo quando ci si addentra nel difficile campo dell'assistenza giudiziaria internazionale. Ciò significa – per scendere al concreto – che *tutte* le parti in causa devono sottomettersi di buon grado, senza tentare più o meno maldestri sotterfugi ben presto smascherabili, alle *norme procedurali* previste dagli accordi internazionali e dalla legislazione interna: la tentazione di saltare a piè pari ciò che non aggrada può essere, tanto per l'Autorità che per chi è chiamato a fornire

informazioni e prove, molto grande. Anche se questo, il più delle volte, non si esplicita in modo concreto, basta qualche colloquio amichevole con un rappresentante dell'una o dell'altra parte per rendersene conto.

È poi necessaria una *rinuncia a posizioni preconcette,* che vedono nell'intervento – previsto a livello di trattato – un continuo pericolo di ingerenze negli interessi capitali del nostro Stato. Siamo realisti: pur con tutte le cautele che la materia esige, il più delle volte le richieste di assistenza si rifersiscono a persone o problemi che ben poco hanno a che fare con gli interessi precipui della Confederazione (a meno che la salvaguardia degli stessi si limiti a quella degli interessi economici in astratto, a prescindere da ogni valutazione di carattere – ma sì, usiamo una parola che molto spesso si usa con troppa parsimonia – *etico* nell'accezione più vasta del termine: ma che non sia così, e non possa esserlo, mi sembra che siamo tutti unanimi). Non è possibile infatti vedere in ogni richiesta d'assistenza una potenziale messa in discussione dei pilastri del nostro ordinamento (neutralità, diritti umani, non-ingerenza negli affari interni di altri Paesi, protezione degli interessi precipui del Paese – non solo a livello economico): la collaborazione a livello internazionale deve anche essere accompagnata da fatti concreti, in primo luogo da una corretta lotta comune contro il crimine, organizzato o meno.

È d'altronde però anche necessaria una *continua verifica* della validità delle scelte fatte e degli impegni presi. Un esempio: se con grande fatica, nonostante le critiche accese fatte, si è previsto nell'Accordo con gli Stati Uniti che si rinunciasse, allorché si trattava di lottare contro *il crimine organizzato,* a principi fino ad allora sacri come quelli della punibilità in entrambi gli Stati, della specialità, del «ne bis in idem», bisogna domandarsi se questa scelta è stata necessaria ed opportuna, dato che su un'ottantina di richieste d'assistenza presentate dagli Stati Uniti praticamente nessuna si basava sulle norme appositamente previste per un'efficace lotta al crimine organizzato.

All'inizio del mio intervento ho detto che l'uso della lingua italiana da parte mia aveva un carattere simbolico. Come soprattutto per noi ticinesi è necessario tenere in considerazione le esigenze, le peculiarità, le differenze tra le culture tedesca, francese e italiana, cercando di farne una *sintesi* e di coglierne gli aspetti positivi (prima che quelli negativi), così penso si debba e si possa fare nell'ambito dell'assistenza giudiziaria in materia penale, in cui gli aspetti positivi – se visti nella giusta luce – sono senz'altro più numerosi di quelli negativi.

Gestatten Sie mir jetzt ein paar Worte, die nicht mehr unmittelbar auf das schriftlich vorbereitete Votum Bezug nehmen. Ich glaube, daß die Diskussion von heute morgen gerade das ein bißchen bestätigt hat: Es gibt zwei Gesichtspunkte, die sich gegenüberstehen und die kaum, auch wenn man hier große Mühe walten läßt, auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen sind. Wir sollten aber nie vergessen, was der Rechtshilfetätigkeit zugrunde liegt. Es geht prinzipiell um eine *Interessenabwägung*. Man muß hier Konflikte lösen zwischen den Interessen des ersuchenden Staates einerseits und den Interessen eines – oder mehrerer – Privaten (z.B. eines unbeteiligten Dritten, auf Schutz seiner Geheimsphäre) anderseits. Aber wie kann man diese Interessenabwägung am besten vornehmen, wie kann man das zugrunde liegende Vertrauensproblem sinnvoll lösen? Ich glaube, daß man doch ziemlich viel auf diese Stichworte zurückführen könnte: Vertrauen, mangelndes Vertrauen, Mißtrauen ... Ich bin überzeugt, daß man z.B. mit einem richtig verstandenen Begriff des Rechtsstaates etwas dazu beitragen könnte; daß von den materiellen Elementen des rechtsstaatlichen Begriffes hier einiges zu Hilfe kommen könnte.

Ich habe heute morgen wirklich mit großer Spannung gehört, daß seitens der Beteiligten – vor allem der Vertreter unserer Banken – die beiderseitige Strafbarkeit, Sinn, Zweck und Wert derselben, in Frage gestellt werden. Ich habe zur Kenntnis genommen, daß auch die Spezialität evtl. ein «Unwert» sein könnte. Was bleibt jetzt noch übrig? Wir müssen uns das ehrlich fragen! Wir haben noch die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und von «ne bis in idem», aber nicht viel mehr. Was für Elemente haben wir sonst noch zur Verfügung, damit wir überhaupt noch von einer sinnvollen, die Grundsätze des Rechtsstaates beachtenden Rechtshilfe sprechen können, wenn wir nicht mehr mit diesen beiden Grundpfeilern rechnen können?

M.E. könnte man – und sollte man – diese beiden Elemente (beiderseitige Strafbarkeit und Spezialität) aufwerten. Ich glaube, daß zum Teil zu Recht gesagt wurde, daß im Falle einer Verletzung dieser Prinzipien seitens des Auslandes von der Schweiz aus kaum oder kaum sichtbar etwas unternommen wird. Man hat vielleicht den Eindruck, daß hier die Eidgenossenschaft und ihre Behörden zum Teil auf eine wirksame Intervention bei den ausländischen Behörden, die diese Prinzipien nicht oder nicht genügend beachten, verzichten. Man bekommt zu spüren, daß man hier allzuoft mit einer Abdankung von unseren Grundprinzipien zu rechnen hat. Hier könnte vielleicht – wenn das

überhaupt das Problem ist – mehr unternommen werden, ohne daß man einer richtig verstandenen Rechtshilfe und den zwischenstaatlichen Beziehungen allzuviele Hindernisse schaffen wird.

Ich meine auf der anderen Seite, daß es auch möglich ist, mit den rechtsstaatlichen Prinzipien zu operieren, ohne daß man zur hier mehrmals erwähnten Naivität kommt. Ich glaube nicht, daß die Leistung von Rechtshilfe überhaupt oder – um ein Beispiel zu zitieren, das heute mehrmals erwähnt wurde – die Zulassung von Beamten fremder Staaten zu Rechtshilfehandlungen in der Schweiz in allzuvielen Fällen bei Behörden, Banken und anderen Beteiligten eine naive Einstellung voraussetze. Der Interessengegensatz, von dem schon am Anfang meiner Ausführungen die Rede war, könnte hier sinnvoll auf verschiedene Art und Weise gelöst werden. Ich denke – und das sind nur Beispiele für die Konkretisierung der von allen Seiten anerkannten Grundsätze – an zwei Möglichkeiten:

Zuerst sollten Staatsanwälte, Untersuchungsrichter und Behörden ganz allgemein das machen, was ich eben in meinem auf italienisch verfaßten Votum erwähnt habe, nämlich die Verfahrensregeln genau, sogar peinlich genau, beachten, auch wenn das natürlich Zeit und Kraft in Anspruch nimmt. Hier würde vielleicht eine Verstärkung der personellen Dotation der verschiedenen Ämter Abhilfe schaffen. Ich denke an die derzeitige Situation im Tessin: Diese ist an sich gar nicht unbefriedigend was die Resultate anbelangt (speditive Erledigung der Gesuche um Rechtshilfe unter gleichzeitiger Beachtung der rechtsstaatlichen Grundsätze), aber sie ist völlig ungenügend in bezug auf die Anzahl der Leute, die sich mit der Problematik befassen müssen. Die vorgeschlagene personelle Verstärkung wäre eine Möglichkeit, um eine zufriedenstellende Handhabung der rechtsstaatlichen Prinzipien zu fördern. Wie steht es aber mit den Kosten einer solchen personellen Verstärkung? Sie wird natürlich in dieser Hinsicht einiges verlangen: Der Rechtsstaat kostet eben auch etwas!

Auf der anderen Seite sollte es doch möglich sein, daß Anwälte, Bankjuristen, Rechtsvertreter ganz allgemein – auf der anderen Seite der «Barrikade» – die Notwendigkeit und Nützlichkeit der rechtsstaatlichen Prinzipien sehen, sie fördern, deren strikte Anwendung immer verlangen und sich nicht nur dann darauf berufen, wenn das umittelbar für die eigene Sache nützlich ist. Ich glaube, daß die Lösung des Gegensatzes zwischen den verschiedenen im Spiel stehenden Interessen möglich ist, aber daß es nötig ist, daß *alle* Beteiligten immer wieder ihren Beitrag dazu leisten.

Und ein Letztes: Ich meine, daß auf dem Wege zur Lösung des immer wieder zitierten Interessengegensatzes auch Platz für eine pädagogische Aufgabe vorhanden ist.

Wenn man sich konsequent für eine rechtsstaatliche Handhabung des Rechtshilfeverfahrens einsetzt, so wird doch immer wieder eine gewisse Verbesserung in den verschiedenen uns interessierenden Belangen zu verzeichnen sein. Dieser vielleicht langsame, aber doch ständige Fortschritt ist gerade das, was unser Rechtsstaat braucht.

Dr. PAUL-DIETER KLINGENBERG, Rechtsanwalt, Zumikon:

Als Bankjurist werde ich durch die internationale Rechtshilfe in Strafsachen häufig direkt betroffen. Gestatten Sie mir deshalb, von der Betrachtung materiell-rechtlicher Probleme auf die tagtäglichen Verfahrensprobleme zurückzukommen. Herr Dr. DE CAPITANI hat schon darauf hingewiesen, daß bis vor etwas mehr als 10 Jahren Abklärungen schweizerischer Behörden für ausländische Strafverfolgungsbehörden selten waren. Die Behörden und die Betroffenen kannten die Grundsätze, nach denen solche Abklärungen vorzunehmen waren, und die entsprechenden Verfahren nur beschränkt. Vielerorts war der grundlegende Entscheid des Bundesrates aus dem Jahre 1957 unbekannt (VEB 27, 1957, S. 13 ff.). So kam es vor, daß ein kantonaler Untersuchungsrichter, der bei einer Bank Abklärungen machen sollte, sich bei der Rechtsabteilung dieser Bank erkundigte, wie er vorzugehen habe, um in den Besitz der gewünschten Auskünfte zu gelangen.

Wie es schon Herr PIERRE SCHMID geschildert hat, nahm die Anzahl der Rechtshilfeverfahren nach Beitritt der Schweiz zum europäischen Rechtshilfeabkommen (EÜR vom 20.4.59, SR O. 351.1) zu. Da aber zum mindesten vorerst keine Entscheide zu den Fragen der Rechtshilfe publiziert wurden, blieb die Praxis uneinheitlich. Die Diskussionen im Zusammenhang mit den Verhandlungen mit den Vereinigten Staaten über den Abschluß des Rechtshilfevertrags (USV, SR O. 351.933.6) und mit dem Erlaß des Bundesgesetzes über die Anwendung dieses Staatsvertrags (USG, SR 351.93) sowie im Hinblick auf den Erlaß des allgemeinen Bundesgesetzes über die Rechtshilfe (IRSG, BBL 1981 I, S. 791 ff.) führten dazu, daß die Besonderheiten der internationalen Rechtshilfe allgemein erkannt wurden.

Ein Beispiel aus der Zürcher Praxis soll diese Entwicklung illustrieren. Lange Zeit lehnten es Staatsanwaltschaft und die Bezirksanwälte ab, bei Eingang eines ausländischen Ersuchens zunächst die Zulässigkeit der Rechtshilfe separat zu überprüfen. Die vom ausländischen Staat verlangten Handlungen wurden sofort an die Hand genommen. Erst bei Durchführung dieser Abklärungen konnten betroffene Personen ihre Einwendungen gegen die Gewährung der Rechtshilfe geltend machen. Wer als Zeuge vorgeladen wurde, die Aussage aber mit der Begründung, dem Rechtshilfeersuchen dürfe nicht entsprochen werden, verweigerte, lief, wie es Herr Dr. DE CAPITANI schon geschildert hat, Gefahr, sich die Androhung von Beugehaft (§ 134 ZH StPO) gefallen lassen zu müssen (österreichisches Rechtshilfegesuch i.S. X und Y, Req. Nr. 1601/1962 der Bezirksanwaltschaft Zürich). Erst 1977 bestimmte die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, bei Eingang eines Ersuchens aus dem Ausland sei zunächst in einer rekursfähigen Verfügung zu entscheiden, ob dem Ersuchen zu entsprechen sei oder nicht (Meinungsäußerung der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 11.3.77, VAR Nr. 424/77). Die letzten Jahre brachten zum mindesten für die Gegend von Zürich ein sprunghaftes Ansteigen der Rechtshilfeersuchen in Strafsachen. Ich verweise auf die von DE CAPITANI wiedergegebenen Zahlen betreffend allgemeine Rechtshilfe im Kanton Zürich (S. 376) und auf die Zahlen von FREI, dem Mitautor des französischen Referates, betreffend Zahlen über die Rechtshilfe zwischen den Vereinigten Staaten und der Schweiz (FREI, 3 Jahre Rechtshilfevertrag mit den USA, ZStrR 98, 1981, S. 98ff.). Angesichts dieser wachsenden Bedeutung der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen sind die Praktiker den Autoren der beiden Referate dankbar für die umfassende Orientierung über diese Spezialmaterie. In Rechtshilfeverfahren müssen häufig Juristen mitwirken, die sich sonst kaum mit Strafprozeßrecht oder gar mit Völkerrecht befassen. Aber auch nach dem Studium dieser beiden Hefte gibt es für den Nicht-Spezialisten noch «weiße Flecken» auf der Karte der Rechtshilfe. Nach Abschluß der beiden Referate ist bekanntlich die Referendumsfrist für das neue Bundesgesetz unbenutzt abgelaufen. Mit Inkrafttreten des Gesetzes wird der Umfang der Rechtshilfe erweitert werden. Die Schweiz wird unter bestimmten Voraussetzungen auch Ländern Rechtshilfe gewähren, mit denen keine vertragliche Abreden bestehen (Art. 64 IRSG; vgl. DE CAPITANI, S. 381). Welchen Umfang die Rechtshilfe, die der viel zitierte Art. 3 Abs. 3 IRSG zuläßt, erreichen wird, bleibt abzuwarten.

Damit werden die Rechtsmittel, die in Rechtshilfeverfahren ergriffen werden können, erhöhte praktische Bedeutung erlangen. In der ihm eigenen pointierten Form stellt DE CAPITANI fest, dass

> nur ausgesuchte Genießer am bundesrechtlichen Rechtsmittelwesen Befriedigung finden dürften (S. 464).

Auf die Behandlung der kantonalen Rechtsmittel und des Verhältnisses zwischen Rechtsmitteln des Bundes und der Kantone hat DE CAPITANI weitgehend verzichtet. Die welschen Berichterstatter haben sich zu diesen Fragen nur summarisch geäußert (S. 296 ff.). Sicher bringt das neue Gesetz mehr Klarheit über die Verfahrensgrundsätze und ermöglicht es eine Übersicht über die verschiedenen Rechtsmittel. Ihr Nacheinander und Nebeneinander bringt aber für Leute, die nicht zu den von DE CAPITANI zitierten «Genießern» gehören, Schwierigkeiten.

a) Als Normalfall betrachtet der Gesetzgeber das ausländische Ersuchen, das dem Bundesamt für Polizeiwesen zugestellt wird (Art. 27 und 29 Abs. 1 IRSG). Das Amt hat das Ersuchen zu prüfen. Erst dann leitet es das Ersuchen zum Vollzug weiter (Art. 78 IRSG). Verbindet das Amt die Weiterleitung mit Anordnungen, ist dagegen eine umfassende Einsprache möglich (Art. 24 IRSG). Der Einspracheentscheid des Amtes kann durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde dem Bundesgericht unterbreitet werden (Art. 25 IRSG; vgl. SCHMID, S. 297).

In der Regel werden die vom Ausland verlangten Abklärungen durch kantonale Untersuchungsrichter und Staatsanwälte vorgenommen. Auch diesen macht das neue Gesetz zur Pflicht, «über die Zulässigkeit der Rechtshilfe und über Fragen des zwischenstaatlichen Verfahrens» zu entscheiden (Art. 79 Abs. 1 IRSG).

Im übrigen bestimmt sich das Verfahren für die Rechtshilfehandlungen nach kantonalem Recht (Art. 16 Abs. 2 IRSG). Die Kantone sind verpflichtet, gegen Verfügungen der ausführenden kantonalen Behörden ein Rechtsmittel einzuräumen (Art. 23 IRSG). Diesem Erfordernis dürfte z. B. der Rekurs genügen, den die Zürcher Strafprozeßordnung mit weit umschriebener Legitimation (§ 395 Abs. 1 und 2 ZH StPO) gegen Untersuchungshandlungen zuläßt (§ 402 Ziff. 1 und 2 ZH StPO). Die letztinstanzlichen kantonalen Verfügungen unterstehen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht (Art. 25 Abs. 1; vgl. SCHMID, S. 297 ff.).

Das französische Referat weist mit Bezug auf die Rechtsmittel

in Siegelungsverfahren darauf hin, daß zwei Aspekte getrennt zu betrachten seien (SCHMID, S. 289ff.):

1. Mit den Rechtsmitteln kann die Gewährung der Rechtshilfe und die Durchführung der Rechtshilfehandlungen beanstandet werden.

2. Daneben kann die Verletzung der kantonalen Prozeßvorschriften geltend gemacht werden.

Diese Doppelspurigkeit werden aber alle Rechtsmittelverfahren aufweisen, die sich gegen kantonale Untersuchungshandlungen für ausländische Stellen richten. Die Praxis wird zeigen, wie diese zwei Arten von Rügen zu trennen sind.

Hat der beauftragte Kanton seine Untersuchung abgeschlossen, übermittelt er die Ergebnisse dem Bundesamt (Art. 83 Abs. 1 IRSG). Das Amt entscheidet, ob die Ergebnisse an die ersuchende ausländische Stelle weiterzuleiten sind. Eine beschwerdefähige Verfügung erläßt das Amt betreffend die Weiterleitung nur dann, wenn es an der Zulässigkeit der Weitergabe zweifelt (Art. 83 IRSG). Wenn das Amt die Weitergabe als zweifelsfrei betrachtet und daher keine anfechtbare Verfügung erläßt, dürfte es sich dabei um eine Anordnung des Amtes handeln, gegen die Einsprache erhoben werden kann (Art. 24 Abs. 1 IRSG).

b) Das Verfahren von der ersuchenden ausländischen Behörde zum Bundesamt, vom Bundesamt zur kantonalen Behörde und zurück über die gleichen Stellen, das – wie erwähnt – das neue Gesetz als Normalfall behandelt, kommt z. B. bei der Rechtshilfe zwischen den Vereinigten Staaten und der Schweiz zum Zuge – allerdings mit den Besonderheiten des Bundesgesetzes über die Anwendung dieses Vertrages. In der Praxis gibt es aber bedeutsame Fälle, die auf andere Weise behandelt werden.

ba) Das Bundesamt kann unter bestimmten Voraussetzungen die Erledigung eines Rechtshilfeersuchens einer Bundesstelle übertragen (Art. 17 Abs. 4 IRSG). In Betracht kommt vor allem die Bundesanwaltschaft (SCHMID, S. 281). Den Entscheid, wie in solchen Fällen Bundesstrafprozeß einerseits und Rechtshilfegesetz und Organisationsgesetz anderseits ineinander greifen, möchte ich Berufeneren überlassen. Vielleicht beruhigt hier die Anordnung des Rechtshilfegesetzes, daß alle entsprechenden Verfügungen und Entscheide mit Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind (Art. 22 IRSG).

bb) Praktisch bedeutsamer sind die Fälle, in denen ausländische Ersuchen direkt kantonalen Untersuchungsbehörden zugehen.

Der direkte Verkehr zwischen Justizstellen wurde mit der Bundesrepublik Deutschland (Art. VIII des Zusatzabkommens 1969, SR O. 351.913.61), mit Österreich (Art. IX des Zusatzabkommens mit Österreich 1971, SR O. 142.114.541.1) und anscheinend mit Italien (Art. III des Protokolls zum Vertrag von 1968, SR O. 142.114.541.1) vereinbart. Dabei sind die direkten Kontakte mit den Justizstellen in der Bundesrepublik und in Österreich auf gewisse Arten von Abklärungen beschränkt. Das europäische Rechtshilfeübereinkommen sieht sodann den direkten Kontakt zwischen den Justizbehörden allgemein vor für «dringende Fälle» (Art. 15 Abs. 2 EÜR).

In der Praxis fällt auf, daß diese direkten Kontakte zunehmen. Die Beschränkungen des direkten Verkehrs, die in den Abkommen mit der Bundesrepublik und mit Österreich vorgesehen werden, werden nicht mehr vollumfänglich beachtet. Unter dem europäischen Abkommen wird immer häufiger Dringlichkeit geltend gemacht (FIGGE, The European Conventions on Mutual Assistance ..., Intertax 1980, S. 86ff. und 130ff., 92/93).

Umso wichtiger wird es in solchen Fällen sein, daß die kantonalen Stellen die Zulässigkeit der Gewährung von Rechtshilfe gewissenhaft prüfen (Art. 79 Abs. 2 IRSG) und sich nicht auf die richtige Anwendung der kantonalen Verfahrensvorschriften beschränken. Die Ergebnisse deutscher, österreichischer und italienischer Ersuchen werden von den kantonalen Stellen direkt an die ausländischen Stellen weitergeleitet (vgl. DE CAPITANI, S. 426). Hier werden die kantonalen Stellen die Schlußprüfung im Sinne von Art. 83 IRSG vornehmen müssen. Direkte Ersuchen unter dem europäischen Abkommen sollten die kantonalen Stellen über das Bundesamt zurückleiten (Art. 15 Ziff. 2 EÜR). In diesen Fällen wird das Bundesamt die Schlußprüfung vornehmen.

Sie sehen, es wird zu einem variierenden Nebeneinander und Nacheinander von Bundesverfahren und kantonalen Verfahren kommen. Immer wieder werden Rechtsmittel vorgesehen. Welche Gründe in diesen nacheinander möglichen Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden können, ist für einen Außenstehenden zur Zeit nicht überblickbar.

Daher gebe ich der Erwartung Ausdruck, daß das Bundesgericht und vor allem das Bundesamt die bestehenden Unklarheiten bei der Abgrenzung der verschiedenen Rechtsmittel bald klarstellen werden. Die Mitwirkung von Herrn Bundesrichter EGLI an der heutigen Diskussion bietet Gewähr dafür, daß das Bundesgericht die Problematik kennen wird. An die hier anwe-

senden leitenden Mitarbeiter des Bundesamtes ergeht der Wunsch, daß sie ihr Arbeitspapier über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (SCHMID, S. 256) durch Hinweise auf die Rechtsmittel ergänzen. Die Bedenken der Autoren des französischen Referates gegenüber dem Ausbau der Rechtsmittel (SCHMID, S. 299) sollten sie abbauen. Ein hoher Beamter des deutschen Finanzministeriums, der für die internationalen Beziehungen in Steuersachen zuständig war – also sicher ein unverdächtiger Zeuge –, hat vor kurzem zu seiner offensichtlichen Überraschung festgestellt, daß die europäische Übereinkunft für Rechtshilfe keinen Schutz für die Betroffenen eingebaut hat. Dieser deutsche Autor hält demzufolge zu Recht fest, den entsprechenden Schutz der Betroffenen müsse das nationale Recht bringen (FIGGE, a.a.O., S. 91).

Lassen Sie mich zum Schluß Herrn Prof. ZUPPINGER, wiederum einen Spezialisten des Steuerrechts, zitieren, der in einem Bericht über das Symposium des Europarates über Steuerhinterziehung, Steuererhöhung und Steuerflucht bemerkt hat:

> Zuwenig wurde meines Erachtens das Problem der steuerlichen Selbsthilfemöglichkeiten untersucht. Das Hauptgewicht bei der Bekämpfung der Steuerhinterziehung und der Steuererhöhung sollte nicht auf die Hilfe von außen, sondern auf ein zweckdienliches Vernehmlassungsverfahren gelegt werden (ZSR 100, 1981, I, S. 93).

Diese Formulierung bringt mutatis mutandis in einfachen Worten zum Ausdruck, was wir unter dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit diskutiert haben, das bei allen Handlungen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen zu berücksichtigen ist.

Fürsprecher ISIDOR LIFSCHITZ, Bern:

Die Legitimation, heute an der Diskussion teilzunehmen, verdanke ich dem Umstand, daß ich seinerzeit die Ehre hatte, die Kommission des Schweiz. Anwaltsverbandes zu präsidieren, welche mit der Ausarbeitung der Vernehmlassung zum Entwurf zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen betraut war. Nachdem dieser Kommission so hervorragende Spezialisten wie Me DOMINIQUE PONCET und Professor MARTIN SCHUBARTH angehörten, ist es mir allerdings klar, daß ich diese Ehre nur meinem Alter zuzuschreiben habe.

Wir haben zunächst in einer Eingabe vom 27. September 1973 an den Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes eingehend Stellung zum Entwurf genommen und uns dabei bemüht,

die Gebote der Rechtsstaatlichkeit besser zu berücksichtigen, insbesondere auch die Mitwirkung von Anwälten im Auslieferungs- und Rechtshilfeverfahren zu sichern. Wenn ich heute den Gesetz gewordenen Text durchsehe, kann ich mit einiger Genugtuung feststellen, daß unsere Anliegen in etlichen Punkten berücksichtigt worden sind:

So wurden in Art. 1 Abs. 2 IRSG gemäß unserem Vorschlag «die öffentliche Ordnung» erwähnt, in Art. 2 lit. d auf «andere schwere Mängel» verwiesen, in Art. 21 Abs. 1 festgelegt, daß der Verfolgte einen Rechtsbeistand bestellen kann, Art. 52 Abs. 2 dahingehend ergänzt, daß der Rechtsbeistand des Verfolgten bei dessen Befragung mitwirken kann, die Beschwerdeankündigungsfrist in Art. 56 Abs. 1 lit. b von 2 auf 5 Tage erhöht, in Art. 65 lit. d ein Aussageverweigerungsrecht zur Vermeidung disziplinarischer Sanktionen aufgenommen und in Art. 105 die Anhörung des Rechtsbeistandes durch den Richter verankert.

Hingegen haben unsere übrigen Vorschläge leider wenig oder kein Gehör gefunden. Dies gilt unter anderem für Art. 70 Abs. 2 IRSG, der vorsieht, daß auch Schweizerbürger, die sich vielleicht aus ganz anderen Gründen in der Schweiz in Haft befinden, ohne ihre schriftliche Zustimmung einer ausländischen Behörde für Erhebungen zugeführt werden dürfen, «wenn die Behandlung eines schweizerischen Rechtshilfeersuchens oder eine Gegenüberstellung mit anderen Personen im Ausland die Zuführung erfordert». Obschon Art. 70 Abs. 1, sagt, daß eine solche Zuführung nur dann erfolgen kann, wenn der betreffenden Person «freies Geleit zugesichert und gewährleistet ist, daß sie in Haft behalten und auf Anforderung in die Schweiz zurückgeführt» wird, haben wir diese Bestimmung als stoßend erachtet und in unserer Vernehmlassung erklärt, es sei unseres Erachtens einem Schweizerbürger unter keinen Umständen zuzumuten, gegen seinen Willen ins Ausland zugeführt zu werden. Leider wurde unser Einwand übergangen und die von uns beanstandete Regelung ist heute Gesetz, welches auch nicht durch staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden könnte.

Unsere Kommission mußte im Frühjahr 1977 erneut zusammentreten, nachdem das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement sich nach dem Fall MENTEN veranlaßt sah, die Vorlage für ein internationales Rechtshilfegesetz durch einen Zusatz zu ergänzen und eine entsprechende Übergangsbestimmung vorzusehen. Der heutige Art. 75bis StGB erklärt Genozidverbrechen, schwere Widerhandlungen gegen von der Schweiz ratifizierte internationale Vereinbarungen über den Schutz der Kriegsopfer sowie

qualifizierte Fälle von Erpressung oder Nötigung, besonders in Verbindung mit Geiselnahmen, als unverjährbar. Unsere Kommission hat in ihrer Vernehmlassung vom 31. Mai 1977 aus rechtshistorischen und grundsätzlichen Erwägungen gegen einen solchen Einbruch in die allgemeinen Verjährungsvorschriften des Strafgesetzbuches Stellung genommen und darauf hingewiesen, daß dessen Verbindung mit dem Rechtshilfegesetz uns gar nicht erforderlich erschien, nachdem das Prinzip der doppelten Inkrimination keine absolute Regel ist und die Auslieferung für Verbrechen der genannten Art auch durch eine entsprechende Ausnahmebestimmung in Art. 5 Abs. 1 lit. c IRSG legalisiert werden könnte.

Besonders gestoßen haben wir uns an der Übergangsbestimmung von Art. 110 Abs. 3 IRSG, wonach der Bundesrat Auslieferungs- oder Rechtshilfeersuchen auch dann entsprechen kann, wenn im Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 75bis StGB die Strafverfolgung oder die Strafe bereits verjährt war. Wir haben hervorgehoben, daß eine solche Rückwirkung den Grundsätzen unseres materiellen Rechtes und dem Prinzip der lex mitior (Art. 2 und 336ff. StGB) widerspricht und rechtsstaatlich unhaltbar ist. Herr Professor SCHULTZ hat zwar in der Schweiz. Juristenzeitung dieses Jahres, S. 108, darauf hingewiesen, daß es sich um eine verfahrensrechtliche Vorschrift handelt, für welche das Verbot der Rückwirkung nicht gilt, jedoch eingeräumt, daß «es der Schweiz freisteht, von der beiderseitigen Strafbarkeit abzusehen, wenn sie es für angezeigt erachtet».

Ich bin deshalb der Meinung, daß es sich bei dieser Übergangsbestimmung nicht nur um einen Schönheitsfehler im neuen Gesetz handelt.

Es hat mich etwas überrascht, daß in den beiden Referaten zum heutigen Juristentag auf Art. 75bis StGB nicht eingegangen und auf S. 418 des Referates von Herrn Dr. DE CAPITANI lediglich gesagt wurde, daß die Botschaft im Hinblick auf die spezielle Problematik der Verjährung von Verbrechen gegen die Menschheit zum Schluß komme, «daß die Gründe, die gegen die Aufhebung der Verjährung sprechen, überwiegen». Gerade für Verbrechen gegen die Menschheit und die übrigen in Art. 75bis StGB genannten Verbrechen hat aber diese Gesetzesvorschrift die Verjährung aufgehoben und werden Zwangs-, Verfolgungs- und Vollstreckungsmaßnahmen durch Art. 5 Abs. 1 lit. c IRSG nicht ausgeschlossen. Ich hielt es deshalb für geboten, den Standpunkt des Schweizerischen Anwaltsverbandes zu diesen Fragen nochmals klarzulegen.

Dr. LIONEL FREI, Chef der Sektion Internationale Rechtshilfe im Bundesamt für Polizeiwesen, Bern:

Ich bin einer von denjenigen, die die vielleicht nicht immer so einfache Aufgabe haben, über die Rechtshilfe zu entscheiden und dieses neue Rechtshilfegesetz anzuwenden. Ich verletze das Amtsgeheimnis sicher nicht, wenn ich sage, daß uns das neue Rechtshilfegesetz,wie man es auch anschaut, noch einiges Kopfzerbrechen bereiten wird. Ich möchte darum nur gewisse Dinge noch kurz klären. Bevor ich das tue, möchte ich Sie bitten: Halten Sie sich vor Augen: Rechtshilfe hat immer zwei Seiten, nämlich die Rechtshilfe, die man gibt, und die Rechtshilfe, die man verlangt. Das Bundesamt für Polizeiwesen befindet sich gewissermaßen zwischen Hammer und Amboß. Denn einerseits sollte es dafür sorgen, daß Rechtshilfe gewährt wird entsprechend den Verträgen, und das ist manchmal, sicher auch mit Recht, bestritten. Aber anderseits sollte es dann auch schauen, daß Rechtshilfe verlangt wird und richtig Rechtshilfe verlangt wird. Sie sehen also, wir befinden uns in einem gewissen Interessenkonflikt, und glauben Sie mir, es ist nicht so einfach, hier zwischen diesen beiden Interessen zu entscheiden.

Ich möchte vorausschicken, daß es nicht nur ausländische Behörden sind, die ungenügende Ersuchen schicken oder gegen die Bedingungen der Staatsverträge auf dem Rechtshilfegebiet verstoßen. Die schweizerischen Behörden haben sich auch schon gewisse Dinge geleistet, und dann haben wir die angenehme Aufgabe, uns dem Ausland gegenüber zu entschuldigen.

Ich möchte diese Diskussion nicht zu einer kontradiktorischen Veranstaltung ausarten lassen, sondern nur noch gewisse Punkte sagen. *Zum unbeteiligten Dritten:* Ich teile durchaus die Meinung, wenn man in diesem Zusammenhang sagt, ein Delikt mit einer Deliktssumme von 1000 Dollar sei kein bedeutendes Delikt mehr, umsomehr als der Dollar-Kurs ja wieder sinkt (er ist nicht mehr bei 2.50, sondern bei 1.90). Aber in jenen Fällen, in denen es um den unbeteiligten Dritten ging und sich diese Frage ernsthaft stellte, handelte es sich um Millionen; ich glaube, da müssen wir nicht mehr diskutieren. Nun möchte ich Ihnen einen Fall erklären, der mir symptomatisch erscheint. Der Sachverhalt ist publiziert in BGE 105 Ib 418ff.: Wir hatten ein amerikanisches Rechtshilfeersuchen, mit dem Auskünfte von einer schweizerischen Bank verlangt wurden wegen einer Firma G., einer Holding-Gesellschaft. Was war geschehen? Eine amerikanische Firma hatte mit einem Staat einen Vertrag geschlossen, und sie

hatte für die Ausführung dieser Arbeiten Unterakkordanten angestellt. Es stellte sich heraus, daß diese Unterakkordanten zwei geschäftsleitende Personen dieser Firma G. bestochen hatten, damit sie die Verträge erhielten, und dann wurde ganz einfach der Preis erhöht; dazu wurden die Bestechungsgelder, die man diesen Herren bezahlt hatte, auch noch draufgeschlagen, sodaß am Schluß die Firma selber dafür bezahlen durfte, daß sie betrogen wurde. Das Geld ging über die schweizerische Bank. Es blieb nach Eingang der Zahlung höchstens ein bis zwei Tage bei dieser Firma G., und dann ging es weg zur nächsten Firma – also eindeutig eine Tarnung. Nun stellte sich natürlich das Problem, daß diese nächste Firma, diese Empfänger, geltend machten, sie seien unbeteiligte Dritte. Sie sind mit mir sicher einig: Wenn der Sinn des Rechtshilfeersuchens gerade darin besteht, herauszufinden, wer das Geld am Schluß erhalten hat, dann kann doch nicht der Geldempfänger (und es ging nur um diese Zahlungen, es gab keine anderen) sagen: Ich bin unbeteiligter Dritter. Die Schwierigkeit liegt somit darin: Was geschieht, wenn wir auf einen Namen stoßen, der nicht im Ersuchen genannt ist? Das ist das Problem. – Dann stellte sich in diesem Fall weiter heraus, daß das Geld von diesem sogenannten unbeteiligten Dritten zu weiteren Dritten ging und nachher zu den Beschuldigten. Sie können sich vorstellen, was geschieht, wenn man bei jedem neuen Namen, der auftaucht, gewissermaßen stufenweise bis an das Bundesgericht gehen muß. Der Fall, den ich Ihnen geschildert habe, dauert jetzt schon drei Jahre. Ein Ende ist leider nicht abzusehen.

Zum Devisendelikt in Italien: Auch das ein Problem, das uns beschäftigt, und ich werde Ihnen erklären, warum. Wenn Sie eine Entführung mit Erpressung haben, wobei das Geld über die Schweiz geht, dann ist eben automatisch im Verhältnis zu Italien auch das Devisendelikt verwirklicht. Nehmen Sie an, X entführe eine Person und lasse sich ein Lösegeld zahlen. Dann kann er dieses gar nicht legal aus Italien ausführen; denn wenn er es deklarieren würde, hätte er sofort die Guardia di Finanza am Hals. Angesichts eines so entsetzlichen Verbrechens wie einer Entführung mit Erpressung – vielleicht bringt man das Opfer sogar um –, geht wohl auch Herr Professor Broggini mit mir einig, daß man Rechtshilfe leisten *muß*. Dann muß man halt eben zum Spezialitätsvorbehalt greifen. Wenn man zu wenig Vertrauen in den Untersuchungsrichter hat, steht der Weg über das Bundesamt für Polizeiwesen offen, wobei wir dann das Ergebnis der Ermittlungen in der Schweiz mit förmlicher diplomatischer Note, worin wir einen ausdrücklichen Vorbehalt der Spezialität

angebracht haben, an die ersuchende italienische Behörde übergeben. Das hat sehr viel mehr Gewicht als eine kleine Erklärung des italienischen Untersuchungsrichters. Daß wir das natürlich nur in wichtigen und bedeutenden Fällen wünschen, werden Sie verstehen.

Zur Behauptung, die *Spezialität* könne man gar nicht durchsetzen. Auch hier ein Fall aus der Praxis: In Süddeutschland gibt es Zahnärzte, die Kunden aus der Schweiz haben, weil sie anscheinend billiger sind. Zwei findige Zahnärzte hatten die Idee, man könnte in Deutschland nur eine Zahnreinigung oder eine Kontrolle fakturieren; die Differenz wurde auf schweizerische Bankkonten in der Schweiz bezahlt. Eine deutsche Staatsanwaltschaft, die dies untersucht hat, griff zu folgendem Mittel: Sie nahm einfach die Kundenkartei und schickte direkt einen Fragebogen in die Schweiz, worauf viele Leute geantwortet haben – wunderbare Beweise! Auch wenn man das Vorgehen der Zahnärzte nicht billigen kann, haben wir energisch eingegriffen: Wir haben protestiert – das Vorgehen der deutschen Staatsanwaltschaft ist nämlich eine Verletzung der schweizerischen Souveränität –, daß wir das nicht dulden, und das hat dann dazu geführt, daß sich das Justizministerium entschuldigen mußte; die Beweise wurden aus den Verfahren genommen. Ich glaube also, daß wir hier schon gewisse Möglichkeiten haben.

Zu den Rechtsmitteln: Bei den Rechtsmitteln müssen Sie den jetzigen und den künftigen Zustand auseinanderhalten. Ich spreche hier nur vom neuen Zustand. Im direkten Verkehr, d.h. wenn das Ersuchen, ohne über unser Bundesamt zu gehen, direkt zum Kanton kommt, ist gegen den Entscheid der unteren kantonalen Behörde ein Rechtsmittel zulässig – also beispielsweise in Zürich die Beschwerde an die Staatsanwaltschaft – und nachher die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Kommt das Ersuchen über unsere Amtsstelle herein oder treffen wir im Fall des direkten Rechtshilfeverkehrs eine Anordnung, aber nur dann, besteht die Möglichkeit, beim Bundesamt für Polizeiwesen Einsprache zu erheben. Lehnen wir die Einsprache ab, so geschieht das mit Verfügung, und diese können Sie mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht anfechten. Das heißt aber nicht, daß wir in jedem Fall, wo ein Ersuchen bei uns eingeht, eine Anordnung treffen. Wenn wir es nur weiterschicken an den Kanton, damit er entscheide, müssen Sie nicht Einsprache machen, sondern dann besitzen Sie ja das kantonale Rechtsmittel.

Und schließlich noch ein letztes Wort. Herr Professor Brog-

GINI hat mir richtig aus dem Herzen gesprochen, als er sagte, man sollte *informieren.* Ich habe schon oft festgestellt, daß Informationslücken bestehen. Was haben wir gemacht? Wir haben beispielsweise eine Wegleitung über die internationale Rechtshilfe verfaßt. Diese beschreibt im Moment nur den Zustand vor Inkrafttreten des IRSG. Sie wird kostenlos abgegeben und ist auch abgedruckt in den Verwaltungsentscheiden der Bundesbehörden (44/III, Nr. 83). Wir beabsichtigen, diese Wegleitung anzupassen, wenn das IRSG in Kraft tritt. Dann begrüßen wir es immer, an Tagungen wie der heutigen unsere Stellungnahme abgeben zu können, und das führt mich zum Schluß: Ich möchte im Namen der Bundesbehörden dem Juristenverein danken, daß er dieses Thema aufgenommen hat, damit es einmal behandelt wird. Ich glaube, das ist das beste, was man für die Information tun kann. In diesem Sinn möchte ich den Referenten von heute und denjenigen, die (auch kritische) Interventionen gemacht haben, danken.

Dr. WERNER DE CAPITANI, Rechtsanwalt, Herrliberg:

Wenn Sie nach dem Wortlaut der Mehrzahl der Voten nun von mir erwarten, daß ich dem Bundesamt den Gnadenstoß versetzen werde, so muß ich Sie enttäuschen; das ist überhaupt nicht meine Absicht. Ich werde lediglich versuchen, kurz Bilanz zu ziehen. Dabei möchte ich anknüpfen ans Votum von Herrn NEYROUD. Er hat das Problem, das uns von der praktischen Seite wahrscheinlich am meisten beschäftigt, das Problem des Dritten, nochmals sehr deutlich umrissen. Er hat auch sehr gut gezeigt, wo da die praktischen Schwierigkeiten liegen. Es kann ja keineswegs darum gehen – wenn ich auf das Beispiel von Herrn FREI zurückkomme – daß man einfach sagt: Der Name des Dritten erscheint nicht, also Vorhang herunter. Das ist natürlich nicht die Lösung. Aber das Problem muß diskutiert werden, und wenn ich ein Wort von Herrn CAIMI aus seinem auf deutsch gehaltenen zweiten Teil aufnehmen darf:

Er hat das Wort Naivität der Behörden gebraucht. Das ist vielleicht ein bißchen ein harter Ausdruck. Ich möchte ihn relativieren und sagen, daß vielleicht eine gewisse allzu große Bereitschaft zur Hilfe besteht. Ich glaube, man muß sich einfach davor hüten, unbesehen schweizerische Verhältnisse auf das Ausland zu transplantieren und anzunehmen, daß man im Ausland ebenso ernsthaft und seriös handelt, wie wir in der Schweiz das gewohnt

sind. Zwei Beispiele: In der Schweiz ist das Strafverfahren geheim, in Amerika ist davon keine Rede; in Amerika gilt der Freedom of Information Act, wonach jede Information jedermann zugänglich ist; in Italien ist mir die Rechtslage unbekannt, dagegen ist mir die Praxis nur allzu gut bekannt. Ein anderer Hinweis auf den Stellenwert von Delikten. Wenn ich wieder auf das Beispiel der G.-Holding zurückkommen darf: Hier machen in einem, wie mir scheint, von allen Seiten ziemlich verfuhrwerkten Fall die Amerikaner wegen Bestechung ein sehr großes Aufheben; wir wissen aber, daß daneben der Foreign Corrupt Practices Act von 1977 besteht, der sagt, in welchem Umfang Bestechung zulässig ist – eine Vorstellung, die unseren schweizerischen Verhältnissen sehr fremd ist. Ich glaube, man muß einfach abwägen. Mein Aufruf an meine Nachbarn links und rechts geht dahin, keineswegs etwa die Rechtshilfe, die wirklich etwas Unentbehrliches ist, zu erschweren, sondern einfach die sich damit befassenden Behörden – und das sind ja in der Mehrzahl der Fälle die kantonalen Behörden, soviel ich weiß; rein quantitativ kommen bei unserer Bank viel mehr kantonale Anfragen herein als Anfragen aus Bern –, daß man diese kantonalen Behörden im Sinne einer zusätzlichen Information weckt, daß sie nicht einfach bereit sind, einer Selbsthilfe-Rechtshilfe das Wort zu reden, wie wir das leider heute doch in vielen Fällen haben. Aber lassen Sie mich schließen mit einem Bekenntnis zur Rechtshilfe – bei aller Kritik, die wir üben müssen: Wir kommen ohne die internationale Rechtshilfe heute nicht mehr aus.

Le Juge fédéral EGLI remercie toutes les personnes qui ont pris part aux débats de ce matin.

* * *

Maître MATILE remercie les rapporteurs et les participants aux débats. Il exprime sa reconnaissance au Comité d'organisation.

Il clôt le Congrès 1981 à 12 heures.

Liste des participants aux débats:
Verzeichnis der Diskussionsredner:

Broggini, G., Sagno/Mailand
Bühler, Th., Winterthur
Caimi, C.L., Lugano
de Capitani, W., Herrliberg
Druey, J.N., St.Gallen
Egli, J.J., Lausanne
Fleiner, Th., Marly
Frei, L., Bern
Furgler, K., Bern
Gygi, F., Bern
Herold, H., Zürich
Hildebrandt, W., Bülach
Karlen, P., Dübendorf
Klingenberg, P.D., Zumikon
Lifschitz, I., Bern
Matile, J., Lausanne
Meier, A., St.Gallen
Moser, H.P., Zürich
Müller, G., Untererlinsbach/Zürich
Neyroud, Ph., Genève
Rohr, R., Würenlos
Saladin, P., Bern
Schmid, P., Bern
Steinauer, P.H., Fribourg
Usteri, M., Zürich
Weber, R.H., Zürich
Wicki, A.A., Zürich
Wullschleger, P., Münchenstein
Würzburger, A., Lausanne