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: 102 (1983)

Rubrik: Protokoll der 117. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

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

Protokoll der 117. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

vom 23. bis 25. September 1983 in Baden/Wettingen

Sitzung vom Samstag, den 24. September 1983
im Kurtheater Baden

Präsident:
Dr. P. MENGIARDI, Basel

I.

Eröffnungsrede des Präsidenten

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 08.30 Uhr mit folgenden Ausführungen:

1. Heute vormittag dürfen wir das 100jährige Bestehen des Schweizerischen Obligationenrechtes würdigen.

Die lebhafte und engagierte Auseinandersetzung über die Grundsatzfrage und über die Methode der Vereinheitlichung des schweizerischen Privat-, Straf- und Prozeßrechts hat unser Vereinsleben in den beiden ersten Jahrzehnten seines Bestehens maßgebend geprägt.

Einer der Zwecke der 1861 in Luzern gegründeten «Juristischen Gesellschaft» war «das Anstreben möglichster Übereinstimmung civilrechtlicher, strafrechtlicher und prozessualischer Gesetzgebung». Der erste Schritt in dieser Richtung wurde bereits am 6. Juristentag 1866 in Aarau, unter dem Vorsitz von Landammann EMIL WELTI, dem späteren Bundesrat, getan. Zwar wurde dannzumal die Frage, ob die Zentralisation des schweizerischen Privatrechts möglich und wünschenswert sei, grundsätzlich noch verneint. Die liberalen Kräfte gaben sich mit diesem Entscheid jedoch nicht zufrieden. Bereits zwei Jahre später, am Juristentag 1868 in Solothurn, stand das Thema wiederum zur Diskussion. Der Referent war, für unse-

ren Verein eine Besonderheit, ein Bankdirektor, SIMON KAISER aus Solothurn. Er votierte mit großem Engagement für die Vereinheitlichung des Obligationenrechtes und obsiegte.

Innerhalb von zwei Jahren hat also der Schweizerische Juristenverein seine Meinung in dieser wichtigen Frage grundsätzlich geändert; ein Zeichen der Dynamik jener Zeit. Die konservativen Kräfte waren sehr verstimmt. Das führte zu einer Krise des Vereins und der «Zeitschrift für Schweizerisches Recht». Deren Redaktor und einer der ersten Präsidenten unseres Vereins, Prof. JOHANNES SCHNELL, trat in der Folge aus dem Verein aus. Soweit zur Geschichte.

2. Es freut mich ganz besonders, daß wir im Kanton, in welchem die Frage nach der Vereinheitlichung des Privatrechtes zum ersten Mal in unserem Verein erörtert wurde, nach der Bewährung des ersten großen schweizerischen Gesetzgebungswerkes fragen dürfen.

Unsere Aargauer Kollegen haben keine Mühe gescheut, um uns den Aufenthalt angenehm zu gestalten. Ich darf auch in Ihrem Namen dem Organisationskomitee unter der Leitung von Herrn Oberrichter Dr. RUDOLF TSCHUMPER, insbesondere auch Herrn Dr. EDOUARD CAMPICHE, der den Kontakt mit dem Vorstand pflegte, sowie den Vertretern der kantonalen und kommunalen Behörden für die ausgezeichnete Vorbereitung und den freundlichen Empfang herzlich danken.

Verschiedene Ehrengäste haben unserer Einladung Folge geleistet:

Herr Bundesrat Dr. RUDOLF FRIEDRICH, Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes,

Herr Prof. Dr. OTTO KONSTANTIN KAUFMANN, Präsident des Schweiz. Bundesgerichts,

Herr Dr. EDUARD AMSTAD, Präsident des Eidg. Versicherungsgerichts,

Herr Regierungsrat Dr. LOUIS LANG, Justizdirektor des Kantons Aargau,

Herr Dr. HEINRICH HEUBERGER, Präsident des aargauischen Obergerichts,

Herr Dr. VICTOR RICKENBACH, Stadtammann von Baden,

Herr Dr. LOTHAR HESS, Gemeindeammann von Wettingen,

Herr Dr. ERIC HOMBURGER, Präsident des Schweiz. Anwaltsverbandes.

Ich heiße Sie alle herzlich willkommen.

Herr Bundesrat FRIEDRICH wird etwas später eintreffen und heute morgen zu unserem Tagungsgegenstand sprechen. Wir haben es sehr geschätzt, daß Herr FRIEDRICH bereits in seinem ersten Amtsjahr die Zeit fand, trotz der außerordentlichen Beanspruchung während der Sessionswochen zu uns zu kommen, und danken ihm dafür.

Verschiedene Delegationen der obern kantonalen Gerichte ehren uns mit ihrer Anwesenheit.

Einen besondern Gruß richte ich an unsere Referenten. Sie sind es, welche jeweils die größte Arbeit für den Juristentag leisten. Ihnen sei deshalb schon zum voraus für ihr großes Engagement herzlich gedankt. Einen speziellen Dank möchte ich Herrn Prof. BORGHI abstatten, der eine unerwartete Lücke ausfüllte und sich kurzfristig bereit erklärte, ein Referat vorzubereiten. Es ist seit mehr als 20 Jahren wiederum ein Referat in italienischer Sprache. Obwohl das da oder dort ein vertieftes Studium erschwert haben mag, ist es aus schweizerischer Sicht doch eine Bereicherung.

Unsere Aargauer Kollegen beherbergen keine Universität. Um so mehr haben sie uns mit ihren juristischen Beiträgen in der Schweizerischen Juristenzeitung und im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, deren Sondernummern zum Schweizerischen Juristentag Ihnen heute morgen überreicht worden sind, überrascht. Herzlichen Dank an die Autoren und an die Redaktoren der beiden Fachzeitschriften.

Eine weitere Überraschung ist die Festgabe des Regierungsrates des Kantons Aargau mit einer Würdigung der mittelalterlichen Burganlagen und Wehrbauten der Stadt Baden vom Rechtshistoriker WALTHER MERZ. Den Aargauer Behörden, den privaten Donatoren und dem Verlag Sauerländer, die diese Gabe ermöglicht haben, danken wir dafür herzlich.

Verschiedene Zeitungen haben unserer Einladung Folge geleistet. Wir sind ihnen für das Interesse, das sie unserer Tagung und unserem Verein entgegenbringen, sehr dankbar und heißen ihre Vertreter herzlich willkommen.

Mein Gruß gilt selbstverständlich auch unseren Mitgliedern, die sich hier in Baden/Wettingen eingefunden haben, vor allem Ihnen, meine sehr verehrten Damen und Herren, die schon zu so früher Stunde anwesend sind.

Der Juristentag 1983 ist eröffnet.

II

Tagesordnung der Verwaltungsgeschäfte

1. Bezeichnung der Sekretäre und Stimmenzähler

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung als Sekretäre:

IRENE BUCHSCHACHER-TSCHUMPER, lic. iur., juristische Sekretärin der Baudirektion des Kantons Zürich

DOMINIQUE CREUX, Dr. iur., Bundesgerichtssekretär

Der Präsident verzichtet vorläufig auf eine Wahl der Stimmenzähler, wird jedoch, wenn erforderlich, darauf zurückkommen.

2. Abnahme der Jahresrechnung 1982/83; Revisionsbericht

Der Kassier, Herr Prof. HAUSHEER, legt die Jahresrechnung vor:

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1983

Aktiven		Fr.
Kassa		3221.60
Postcheck		2586.99
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent Ord.		45150.30
Waadtländer Kantonalbank «Nationalfonds»		4284.10
Wertschriften		189651.45
Verrechnungssteuer		5493.62
Mobiliar		1680.–
		252068.06

Passiven		
Transitorische Passiven		1647.70
Rückstellung für Publikationen		160000.–
Kapital per 1.7.1982	106503.82	
./. Ausgabenüberschuß pro 1982/83	16083.46	90420.36
		252068.06

Erfolgsrechnung 1982/83

Einnahmen	
Mitgliederbeiträge	106140.–
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	35000.–
Verkauf von Publikationen	5055.60
Wertschriftenertrag	9882.50
Bankzinsen	55.29
Entnahme aus Rückstellung für Publikationen	10000.–
	166133.39

Ausgaben	
Druckkosten Referate und Protokolle	102882.70
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht	12775.–
Schweizerischer Juristentag	16402.60
Vergütungen an Referenten	6000.–
Spesen des Vorstandes	860.–
Zirkulare und Drucksachen	11391.75
Archivar	7000.–
Post- und Bürospesen	1490.65
Beiträge	1000.–
Bankspesen	372.80
Abschreibungen	420.–
Steuern	633.35
Beitrag an Festgabe «100 Jahre Schweiz. Obligationenrecht»	10000.–
Spesen der Rechtsquellenkommission	456.–
Außerordentlicher Beitrag für ein Referat	10532.–
	182216.85
Ausgabenüberschuß	16083.46

II. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1983

Aktiven		Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent		6539.80
Verrechnungssteuer		1089.66
Wertschriften		49983.30
		57612.76

Passiven		
Kapital per 1.7.1982	54934.81	
+ Einnahmenüberschuß pro 1982/83	2677.95	57612.76

Erfolgsrechnung 1982/83

Einnahmen	
Wertschriftenertrag	2805.–
Bankzinsen	14.26
	2819.26

Ausgaben	
Bankspesen	141.31
Einnahmenüberschuß	2677.95

Dr. JOHN OCHSÉ, Basel, verliest den von ihm und Herrn PHILIBERT LACROIX, Genf, verfaßten Revisionsbericht.

Die Versammlung genehmigt die Jahresrechnung und erteilt Decharge.

3. Beschlußfassung über den Voranschlag 1983/84 und Festsetzung des Mitgliederbeitrages

Der Kassier, Prof. HAUSHEER, legt das Budget 1983/84 vor.

Budget 1983/84

Allgemeine Rechnung

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	140 000.–
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	25 000.–
Verkauf von Publikationen	p. m.
Wertschriftenertrag	9 800.–
Bankzinsen	300.–
	175 100.–

Ausgaben	
Druckkosten, Referate und Protokolle	103 500.–
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht	24 200.–
Schweizerischer Juristentag	20 000.–
Vergütungen an Referenten	6 000.–
Spesen des Vorstandes	1 000.–
Zirkulare und Drucksachen	9 000.–
Archivar	7 000.–
Post- und Bürospesen	2 000.–
Beiträge	2 000.–
Bankspesen	400.–
Abschreibungen	400.–
Steuern	600.–
	176 100.–
Ausgabenüberschuß	1 000.–

Im Namen des Vereinsvorstandes beantragt der Kassier, den Mitgliederbeitrag neu auf Fr. 40.– festzusetzen.

Der Voranschlag und der Mitgliederbeitrag werden durch die Versammlung genehmigt.

4. Bericht des Präsidenten

1. Lassen Sie mich meinen Präsidialbericht mit einem weiteren historischen Hinweis beginnen: Wir können heute noch ein zweites Zentenarium feiern. Seit 100 Jahren, nämlich seit 1883, erscheinen unsere Referate und Mitteilungen in ungebrochener Reihenfolge in der «Zeitschrift für Schweizerisches Recht». Nach der in meinen Begrüßungsworten erwähnten Krise des Jahres 1868 mußte vorübergehend auch für unsere Publikationen eine neue Lösung gefunden werden. 1882 begann dann die neue Folge der ZSR und ab 1883 die erneute Zusammenarbeit mit unserem Verein.

Nicht alles, was lange währt, ist auch immer gut. Die Vermutung spricht aber doch dafür. Im Laufe der Zeit haben unsere Organe den Vertrag mit dem Verlag Helbing & Lichtenhahn in einzelnen Punkten zwar immer wieder geändert, an der Grundkonzeption, wonach die Referate und Mitteilungen unseres Vereins in der ZSR erscheinen, heute als deren Band II, wurde jedoch festgehalten; so auch dieses Jahr anläßlich der erneuten Revision der Vereinbarung mit dem Verlag. Offen ist noch die Frage, ob bei der Herausgabe der Bibliographie eine stärkere Zusammenarbeit mit den Universitäten möglich ist. Zu entscheiden ist auch, ob es aus praktischer und finanzieller Sicht richtig ist, die Doppelzustellungen an unsere Mitglieder, die gleichzeitig auch Abonnenten der ZSR sind, abzuschaffen. Der Vorstand wird dieses Problem im nächsten Vereinsjahr lösen.

2. Die Pflege der Rechtswissenschaft ist einer der Hauptzwecke unseres Vereins. Dazu gehört auch die Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Ihr Vorstand mußte feststellen, daß sich die Verhältnisse in dieser Beziehung durch die Wirksamkeit des Schweizerischen Nationalfonds und unseren Beitritt zur Schweizerischen Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft in organisatorischer und finanzieller Hinsicht wesentlich geändert haben. Wir haben es uns deshalb zur Pflicht gemacht, die Situation zu überdenken und zu fragen, wie die Zusammenarbeit unter den verschiedenen Institutionen zu gestalten sei, damit die Rechtswissenschaft gesamtschweizerisch am effizientesten gefördert werden kann. Eine Aussprache einer Delegation Ihres Vorstandes mit Vertretern des Schweizerischen Nationalfonds und der Schweizerischen Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft im Juni dieses Jahres hat eine Klärung gebracht.

Es wurde festgestellt, daß seit 1970 die Forschungskommission der Schweiz. Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft, in der der Schweiz. Juristenverein mit Herrn Prof. ALFRED DUFOUR vertreten ist, die Funktionen der früheren Forschungskommission unseres Vereins übernommen hat. Von dieser Forschungskommission werden alle Gesuche um Nachwuchsbeiträge für angehende Forscher behandelt und die entsprechenden Stellungnahmen zu den an den Forschungsrat gerichteten Forschungs- und Publikationsgesuchen abgegeben. Unser Verein ist ferner mit Herrn Prof. CHRISTIAN DOMINICÉ im Stiftungsrat des Nationalfonds und dessen beiden wichtigen Ausschüssen, der Geschäftsprüfungskommission und der Wahlkommission, vertreten. Weitere Juristen sind Mitglieder des Stiftungsrates und des nationalen Forschungsrates, jedoch nicht als Vertreter unseres Vereins.

Ihr Vorstand sieht keinen Grund, Änderungen dieser Organisationsstruktur anzustreben. Er möchte aber den Kontakt mit unseren Vertretern in den verschiedenen Gremien intensivieren und auf diese Weise Einfluß auf die Förderung der wissenschaftlichen Forschung auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft nehmen. Er hat deshalb ein Vorstandsmitglied als Beauftragten für die wissenschaftliche Forschung ernannt. Gegenwärtig ist es Herr Prof. Dr. JÖRG PAUL MÜLLER.

Der Schweiz. Nationalfonds wird unsere eigenen Vereinstätigkeiten, insbesondere die Herausgabe der Referate und Mitteilungen, auch in Zukunft unterstützen. Wir erhalten jährlich einen Beitrag von Fr. 25000.–. Den Rest finanzieren wir aus unseren Beiträgen. Ich möchte dem Nationalfonds für diese Hilfe auch an dieser Stelle herzlich danken.

Bei der jährlichen Rechnungslegung können Sie jedes Jahr davon Kenntnis nehmen, daß unser Verein einen Fonds Dr. ARNOLD JANGGEN verwaltet. Die Mittel stammen aus einem Legat aus dem Jahre 1946 im Betrage von Fr. 20000.–. Es war zur Förderung von juristischen Preisarbeiten bestimmt. Da die Preisausschreiben des Vereins in den letzten 10 bis 20 Jahren auf kein großes Interesse gestoßen sind, prüft der Vorstand gegenwärtig, wie diese Mittel am zweckmäßigsten für die wissenschaftliche Forschung eingesetzt werden können.

3. Wie die meisten unserer Vorgänger haben auch wir uns Gedanken darüber gemacht, ob die bisher geübte Form unserer Juristentage noch zeitgemäß sei. Unbeeinflußt von früheren Diskussionen sind wir nach gründlicher Beratung zum Schluß

gelangt, grundsätzlich am bisherigen System festzuhalten. Das bedeutet, daß die Vereinszwecke Pflege der Rechtswissenschaft und der freundschaftlichen Beziehungen unter den schweizerischen Juristen auch in Zukunft als gleichwertig beurteilt werden. Ihr Vorstand ist der Meinung, daß eine Ausdehnung der wissenschaftlichen Arbeit zu Lasten des gesellschaftlichen Teils nicht angezeigt wäre, weil doch eine große Mehrheit unserer Mitglieder die einzigartige Gelegenheit, einmal im Jahr die freundschaftlichen Beziehungen mit Kollegen aus dem ganzen Lande zu pflegen, nicht missen möchte. Eine Ausdehnung des Juristentags zu einer längerdauernden Arbeitstagung wäre im übrigen ohne Änderung der bisherigen Struktur nicht durchführbar.

Der Vorstand ist der Meinung, daß dieses Ziel auch nicht anzustreben sei.

Fundierte wissenschaftliche Arbeiten zu Grundfragen der Rechtswissenschaft mit aktuellem Bezug sind seit je die Basis unserer eigenen wissenschaftlichen Tätigkeit gewesen. Der unbestreitbare große Einfluß, den unser Verein mit diesen Beiträgen auf die Fortentwicklung unseres Rechtes hatte, läßt den Schluß zu, daß wir damit auf dem richtigen Weg sind.

Wir alle sind uns bewußt, daß die Referate in den 1 ½ bis 2 Stunden, die uns jeweils zur Verfügung stehen, nicht ausdiskutiert werden können. Das erscheint aber auch nicht nötig. Die Referate müssen durch das Gewicht ihrer Argumentation wirken und Impulse in die Öffentlichkeit hinaustragen. Wenn ein konkreter Anlaß dazu besteht, wird unser Verein auch in Zukunft in der Lage sein, am Juristentag Resolutionen zu beschließen oder konkrete Maßnahmen einzuleiten.

Die Aufteilung der Diskussion in Arbeitsgruppen ist schon oft erwogen und immer wieder verworfen worden, weil dadurch die Kräfte zu sehr zersplittert würden.

Seit 1981 versuchen wir, die Studenten an den Arbeiten des Juristentages zu interessieren, indem geeignete Referate in Seminarien an den Rechtsfakultäten behandelt und deren Ergebnisse in ein Seminar des Juristentages eingebracht und dort ausgewertet werden. Diesen Weg haben wir dieses Jahr zum zweiten Mal beschritten. Es dürfte noch zu früh sein, um zu beurteilen, ob sich diese Neuerung bewährt. Ihr Erfolg wird weitgehend davon abhängen, ob das Thema für die Behandlung mit Studenten geeignet ist. Wir möchten noch einige Erfahrungen sammeln.

Bisher war es üblich – Ausnahmen vorbehalten –, jedes Jahr

ein Thema aus dem Privatrecht und eines aus dem öffentlichen Recht durch je einen deutschsprachigen und französischsprachigen Referenten bearbeiten zu lassen. In den beiden folgenden Jahren werden wir von diesem Schema etwas abweichen. Für den Juristentag 1984 werden zwar auch zwei verschiedene Themata von vier Referenten bearbeitet. Die beiden Referate stehen jedoch miteinander in einem engen Zusammenhang und beziehen sich beide auf Grundfragen des Bundesstaatsrechts. Die Professoren BLAISE KNAPP und PETER SALADIN befassen sich mit der Frage nach den Beziehungen zwischen den Kantonen und der Eidgenossenschaft, und die Professoren ANDREAS AUER und RENÉ RHINOW behandeln aktuelle Probleme der demokratischen Willensbildung im Bundesstaat.

Für den Juristentag 1985 haben wir nur ein Thema gewählt, nämlich die Wirtschaftskriminalität. Berichterstatter werden Herr Prof. CHRISTIAN ROBERT, Genf, und Herr Oberrichter Dr. NIKLAUS SCHMID, Zürich, sein. Die Verhandlungen am Samstag werden in der bisherigen Form geführt werden. Am Sonntag sollen einige noch zu bezeichnende Spezialisten aus der Praxis aufgrund von schriftlichen Kurzreferaten die Diskussion des Vortages fortsetzen und durch Einbezug von Beiträgen aus dem Plenum vertiefen.

Wir hoffen, Ende 1985 über zusätzliche Erfahrungen zu verfügen, die unseren Nachfolgern für die zukünftige Gestaltung der Juristentage dienen können.

4. Unabhängig vom Problem der wissenschaftlichen Forschung veranlaßten zwei weitere Ereignisse den Vorstand, über die Struktur unseres Vereins nachzudenken. Das sind

- die Einladungen des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes, zu Gesetzesvorlagen Stellung zu nehmen und
- die Gründung der Vereinigung schweizerischer Unternehmensjuristen.

Es stellte sich die Frage, inwieweit sich unser Verein politisch engagieren soll und ob es anzustreben sei, die Organisationen der verschiedenen juristischen Berufsgattungen in einer Dachorganisation zu vereinigen. Der Vorstand hat beide Fragen eindeutig verneint. Er sieht sich damit in Übereinstimmung mit der Auffassung des Vorstandes 1973, der dieses Problem unter der Leitung von Herrn Prof. EICHENBERGER schon dannzumal prüfte. Die Formulierung von Prof. EICHENBERGER anläßlich

des Juristentages 1973 scheint uns so prägnant und zutreffend, daß ich sie zitieren möchte:

«Der Juristenverein muß seine wissenschaftliche, damit gruppenunabhängige, offene und objektive Grundverpflichtung bewahren, und das veranlaßt ihn auch da, wo er in die Rechtspolitik eingreift, zu einer überparteilichen Stellungnahme, in der er allein rechtliche Fundamentalwerte verficht. Darin liegt kein Hochmut gegenüber den legitimen Interessenvertretungen anderer Organisationen, sondern einfach die Abgrenzung unter Besinnung auf das Wesen des Rechts und der Möglichkeiten, die eine ausschließlich auf das Recht und seine wissenschaftliche Basis gerichtete Vereinigung hat: Sie braucht einen Schutz vor der Abnutzung im politischen Interessenkampf, womit sie sich auch die Chance erhält, da und dann wirklich gehört zu werden, wo und wann für die Wahrung rechtlicher Hauptanliegen eingetreten werden muß.» (ZSR 1973 II 992)

Daraus ergeben sich klare Konsequenzen für die beiden erwähnten Fälle.

- Der Schweiz. Juristenverein will weder Verband noch Dachverband sein. Er hat gar nichts dagegen einzuwenden, wenn die Angehörigen juristischer Berufsgattungen sich zusammenschließen, um gemeinsame Interessen zu vertreten, hat aber den Wunsch, daß sich die Vertreter aller juristischen Berufsrichtungen auch im Schweiz. Juristenverein zusammenfinden, um dort unsere eigenständigen Zwecke zu verfolgen, die Pflege der Rechtswissenschaft in der Schweiz und der freundschaftlichen Beziehungen unter den schweizerischen Juristen. Dieses Anliegen ist zu einem schönen Teil verwirklicht und darf nicht aus den Augen gelassen werden.
- Die Beibehaltung unserer bisherigen Vereinsstruktur bedeutet aber auch, daß wir es als nicht zweckmäßig erachten, zu jeder Gesetzgebungsvorlage Stellung zu nehmen. Hier ist nach unserer Meinung eine differenzierte Betrachtung nötig.

Unser Milizsystem und das Fehlen eines Sekretariates gebieten bereits aus personellen und finanziellen Gründen eine Beschränkung.

Zu Vorlagen, zu denen der Schweiz. Juristenverein bereits Vorarbeiten geleistet hat oder die durch Resolutionen des Juristentages ausgelöst worden sind oder zu denen infolge spezifischer Verumständungen eine Beteiligung unabhängiger Juristen unerläßlich erscheint, wird sich der Vorstand verneh-

men lassen. Er wird nicht darum herumkommen, zu diesem Zweck jeweils eine Spezialkommission einzusetzen, welche die Stellungnahme ausarbeitet.

Wir sind uns allerdings bewußt, daß sich auch in diesen Fällen die Frage stellen kann, ob der Vorstand oder die Expertenkommission wirklich repräsentativ für die Meinung des Schweiz. Juristenvereins ist. Andrerseits wissen wir auch, daß wir diese Problematik mit vielen anderen schweizerischen wissenschaftlichen und politischen Institutionen teilen und glauben nicht, daß dies ein zureichender Grund wäre, um zu Gesetzgebungsvorlagen aus unserer Sicht überhaupt zu schweigen.

5. Ein weiteres Problem, das Ihren Vorstand beschäftigte, ist die Anregung des Schweiz. Anwaltsverbandes, mit ihm zusammen die Initiative zur Erarbeitung einer schweizerischen juristischen Datenbank zu ergreifen. Auf gemeinsame schriftliche Einladung des Schweiz. Juristenvereins und des Schweiz. Anwaltsverbandes soll sich eine «Realisierungsexpertengruppe» bilden, welche möglichst rasch das Problem an die Hand zu nehmen hätte.

Wir sind uns bewußt, daß es sich dabei um eine sehr anspruchsvolle und schwierige Aufgabe handelt, welche im nächsten Jahrzehnt den Einsatz großer finanzieller Mittel und das Engagement vieler Spezialisten der Rechtswissenschaft und der Informatik erfordern wird. Ohne Mitwirkung des Bundes, insbesondere des Bundesamtes für Justiz und der eidgenössischen Gerichte, der Kantone, mit Einschluß ihrer Gerichte und Universitäten, sowie der juristischen Berufsorganisationen wird sich das Projekt nicht realisieren lassen. Wir sind jedoch der Meinung, daß die Schaffung einer juristischen Datenbank eine große Aufgabe unserer Zeit ist, der wir uns stellen müssen. Sie ist vielleicht weniger spektakulär als ein großes Forschungsprojekt, aber nicht minder anspruchsvoll und bedeutsam für die tägliche Arbeit der Juristen aller Berufsgattungen. Eine zweckmäßig strukturierte juristische Datenbank würde unsere tägliche Arbeit enorm erleichtern und uns erlauben, unsere Kräfte auf die Fragen zu konzentrieren, deren Beantwortung uns kein Computer abnehmen kann. Es sind deren noch genug.

Ihr Vorstand ist der Meinung, daß sich der Schweiz. Juristenverein dieser Herausforderung stellen muß und ist bereit, wenn Sie nicht widersprechen, diesem Projekt seine Unterstützung zu gewähren, vorerst durch eine gemeinsame Einladung mit dem

Schweiz. Anwaltsverband zur Bildung einer Realisierungsexpertengruppe und durch Entsendung eines Vertreters in diese Gruppe. Als solcher ist Frau Dr. KATHARINA SAMELI, Mitglied unseres Vorstandes, vorgesehen.

6. Es ist üblich, daß der Präsident an der Jahresversammlung auch über die Entwicklung des Mitgliederbestandes berichtet. Die Einzelheiten sind in den schriftlichen Verhandlungsunterlagen enthalten und werden in das Protokoll aufgenommen. Per 15. August 1983 zählten wir 3685 Mitglieder. Das sind 159 mehr als im Vorjahr. 251 Eintritten stehen 53 Austritte gegenüber. 39 Mitglieder sind im vergangenen Jahr verschieden. Unter ihnen befinden sich alt Bundesrichter THEODOR ABRECHT, der während rund 20 Jahren an unserem höchsten Gericht als hochgeachtete Richterpersönlichkeit gewirkt hat, sowie die Professoren WILHELM OSWALD, HANS HINDERLING und PETER NOLL; der erste nach erfolgreichem Wirken als Staatsrechtslehrer an der Universität Freiburg in hohem Alter heimgegangen, der zweite – uns allen bekannt als praxisverbundener Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel – ebenfalls nach reich erfülltem Leben im Dienste der Rechtswissenschaft verstorben, der dritte – ebenso anerkannter wie eigenwilliger Strafrechtslehrer an der Universität Zürich – im Zenit seines Schaffens von einer heimtückischen Krankheit dahingerafft. Auch der Anwaltsstand hat im Berichtsjahr prominente Vertreter verloren. Stellvertretend für alle sei Dr. ARTHUR JOST, Fürsprecher aus Luzern, genannt, dessen forensisches und wissenschaftliches Wirken vorab auf dem Gebiete des Bodenrechts vorbildlich war. Wir haben in den Verstorbenen treue Vereinsmitglieder und liebenswürdige Kollegen verloren, deren wir ehrend gedenken wollen. Ich bitte Sie, dies zu bekunden, indem Sie sich von Ihren Sitzen erheben.

7. Ich schließe meinen Jahresbericht mit dem herzlichen Dank an alle, die zur Vorbereitung und zum Gelingen des diesjährigen Juristentages beigetragen haben, insbesondere an die Herren Referenten, an das Organisationskomitee, an die Sekretäre unserer heutigen Generalversammlung, die eine nicht einfache Aufgabe zu bewältigen haben, an die Behördemitglieder und die Pressevertreter, die Interesse für unsere Verhandlungen zeigen, und nicht zuletzt an meine Vorstandskollegen und unseren Archivar, die mir jederzeit mit Rat und Tat zur Seite gestanden sind.

Mutationen

Dem Verein sind beigetreten:
(Stand 15. 8. 1983)

Zürich

Esther Bauer, Rechtsanwältin, Zürich
Dr. Werner Beilstein, Uster
Stephen Berti, stud. iur., Räterschen
Thomas C. Bolliger, lic. iur., Zürich
Dr. Daniel Bonorand, Rechtsanwalt, Horgen
Beate Bronder, lic. iur., Zürich
Daniela Campagnoni, stud. iur., Zürich
Claudia Curti, stud. iur., Zürich
Julian Elrod, lic. iur., Zürich
Dr. Alberto Ferrari, Rechtskonsulent, Zürich
Stefan Gabi, Gerichtssekretär, Zürich
Dr. Urs Götte, Rechtsanwalt, Zürich
Bernard J. Greminger, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Walter Hagger, Bülach
Marianne Hepp, lic. iur., Uetikon a. S.
Dr. Peter Herzog, Rechtsanwalt, Zürich
Margrit Huber-Berninger, Rechtsanwältin, Wettswil
Ueli Huber, lic. iur., Tagelswangen
Leana Maria Isler, stud. iur., Zürich
Sabine Kilgus, lic. iur., Küsnacht
Dr. Felix Klaus, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Jürgen Korth, Rechtsanwalt, Zürich
Ingrid Kron, lic. iur., Schwerzenbach
Dr. Peter Kurer, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Marco G. F. Lanzi, Rechtsanwalt, Zürich
Alexander R. Lecki, lic. iur., Winterthur
Dr. Madeline-Claire Levis, Rechtsanwältin, Zollikon
Eleonora Lichti, stud. iur., Zürich
Willi Lüchinger, lic. iur., Zürich
Dr. Felix Matter, Rechtsanwalt, Zürich
Eveline Matthey, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Reinhard W. von Meiss, Rechtskonsulent, Zürich
Dr. Ferdinand Meyer, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Susy Moser, Rechtsanwalt, Herrliberg
Dr. Christoph M. Müller, Rechtsanwalt, Zürich
Raphael Mullis, Rechtsanwalt, Rüschlikon
Hans Nigg, lic. iur., Zürich
Wolfgang Niggli, lic. iur., Zürich
Juno A. Nuber-Carstens, lic. iur., Zürich
Reinhard Oertli, stud. iur., Zürich
Patrick Kurt Oesch, lic. iur., Horgen
Annette Ringli, lic. iur., Zürich
Oskar Rüetschi, lic. iur., Zürich
Urs Saxer, lic. iur., Dübendorf
Dr. Georg von Segesser, Rechtsanwalt, Zürich

Christian Sigg, lic. iur., Winterthur
Dr. Dieter Sigrist, Hüntwangen
Werner Schweiger, lic. iur., Zürich
Dr. Alex Staub, Affoltern
Dr. Marco Stoffel, Zürich
Hans-Rudolf Stoll, Rechtsanwalt, Horgen
Daniel Trümpy, lic. iur., Forch
Dr. Beatrice Weber-Dürler, Rechtsanwältin, Zürich
Dr. Hans Peter Weber, Bezirksrichter, Zürich
Walter J. Weber, Rechtsanwalt, Zürich
Hugo Wüest, Rechtskonsulent, Zürich
Emilio Zanetti, Bankdirektor, Küsnacht
Dr. Christophe Zumstein, Rechtsanwalt, Küsnacht

Bern

Francesco Bertossa, Fürsprecher, Wabern
François-Julien Grélat-Steuri, stud. iur., Ins
Claire Huguenin, lic. iur., Bern
Boris Hunsperger, stud. iur., Evilard
Hans-Ulrich Hunziker, Fürsprecher, Bern
Dr. Walter Knüsli, Fürsprecher, Langenthal
Dr. Thomas Koller, Bern
Ursula Lempen-Wegelin, Fürsprecher, Bolligen
Danièle Meyer, Fürsprecherin, Ittigen
Peter Obrecht, Fürsprecher, Bern
Jean-Maurice Paroz, notaire, St-Imier
Roland Pfäffli, Notar, Thun
François Schlup, stud. iur., Bévilard
Dr. Benno Schneider, Rechtsanwalt, Gümligen
Theres Stämpfli, Fürsprecherin, Bern
Ralph Steppacher, lic. iur., Spiegel
Bettina Trechsel, Fürsprecherin, Bern
Wolfgang Wendrich, lic. iur., Direktionsadjunkt, Münchenbuchsee
Ursula Widmer, Fürsprecherin, Bern

Luzern

Othmar Martin Betschart, lic. iur., Baldegg
Karl Hofstetter, lic. iur., Luzern
Joseph Koch, lic. iur., Hitzkirch

Nidwalden

Jürg Ruf, stud. iur., Stans

Glarus

Dr. Peter Balmer, Rechtsanwalt, Glarus

Zug

Roland U. Straub, lic. iur., Zug

Fribourg

Werner Altwegg, Fürsprecher, Freiburg
Jacqueline Angeloz, lic. en droit, Fribourg
Jean-Jacques Collaud, lic. en droit, Fribourg
Philippe Currat, avocat, Villars-sur-Glâne
Jean-François Ducrest, lic. en droit, Fribourg
Dr. Markus Escher, Corminbœuf
Béatrice Fischer, stud. iur., Fribourg
Pierre Gauye, lic. iur., Fribourg
André Gremaud, juriste, Fribourg
Philippe Vallet, lic. en droit, Corminbœuf
Joseph Vedlich, lic. en droit, Fribourg

Solothurn

Thomas G. Borer, lic. iur., Hofstetten
Konrad Luder, Fürsprech und Notar, Solothurn
Herbert B. Reize, Fürsprech und Notar, Olten
Conrad Stampfli, Fürsprech und Notar, Solothurn
Yolanda Studer, lic. iur., Wolfwil

Basel-Stadt

Dr. Andreas Burckhardt, Advokat, Basel
Fulvio Haefeli, lic. iur., Basel
Liselotte Henz, stud. iur., Basel
Jürgen Iberl, stud. iur., Basel
Thomas Jäger, lic. iur., Basel
David Lukas Jenny, stud. iur., Basel
Christoph Noelpp, Advokat, Basel
Susanne Rey, lic. iur., Basel
Marco Sassòli, lic. iur., Basel
Andrea Strahm, Juristin, Basel
Corina Walther, Advokatin, Basel
Alex Weil, Jurist, Basel
Peter-Andreas Zahn, Jurist, Basel
Alois J. Zimmermann, Jurist, Basel

Basel-Landschaft

Dr. Felicitas Einsele-Wili, Rechtsanwältin, Liestal
Beat Guldimann, lic. iur., Reinach
Renato de Pretto-von der Muehll, lic. iur., Oberwil
Beat Rudin, lic. iur., Therwil
Dr. Jolanta Samochowiec, Bottmingen
Dr. Peter Tobler, Advokat, Ettingen
Dieter Troxler, Rechtsanwalt, Gelterkinden

Schaffhausen

Dr. Martin Frey, Schaffhausen
Meinrad Gnädinger, lic. iur., Schaffhausen

Appenzell-IR

Christian Herzig, Gerichtsschreiber, Appenzell

St. Gallen

Domenico Acocella, stud. iur., St. Gallen
Markus Berni, stud. iur., St. Gallen
Urban Friedrich, lic. iur., Zuzwil
Erich Halter, Rechtsagent, Diepoldsau
Evelyne Mamie, stud. iur., St. Gallen
Giovanni Maghini, stud. iur., St. Gallen
Fritz Mommendey, lic. iur., Rapperswil
Christian Schöbi, lic. iur., St. Gallen

Graubünden

Willi Berger, lic. iur., Klosters
Dr. Andrea Brüesch, jurist. Mitarbeiter, Churwalden
Mario Ghidoni, avvocato, Roveredo

Aargau

Dr. Alfred Bühler, Oberrichter, Lenzburg
Dr. Edouard Campiche, Fürsprecher, Rombach
Dr. Harro Fehr, Auditor, Widen
Dr. Armin Frei, Wettingen
Heinz Herrmann, Stadtschreiber, Baden
Georg Humbel, lic. iur., Stabschef aarg. Kantonspolizei, Rombach
Regula B. Lützelschwab, stud. iur., Rheinfelden
Guido Marbet, lic. iur., Stein
Pierre Alain Patry, lic. iur., Rheinfelden
Dr. Hans A. Schibli, Fürsprecher, Baden
Christoph Schwarz, stud. iur., Arni

Thurgau

Andreas Frei, lic. iur., Frauenfeld
Rudolf Fuchs, lic. iur., Frauenfeld

Ticino

Eros Bergonzoli, avvocato e notaio, Ascona
Alfredo Berta, lic. iur., Brissago
Marco Boni, lic. iur., Lugano
Dr. Paul K. Carter, avvocato, Ascona
Ugo Donati, lic. iur., Tenero
Mattia Ferrari, avvocato e notaio, Bellinzona
Cesare Forni, avvocato, Bellinzona
Nicola Tschudi, giurista, Vacallo

Vaud

Claudine Amstein, lic. en droit, Romainmôtier
Paul Bonard, lic. en droit, Lutry
Olivier Burnet, lic. en droit, Lausanne

Daniel Dumusc, Dr en droit, avocat, St-Légier
Andreas Feller, avocat, Lausanne
Jean Fonjallaz, juriste, Lausanne
Peter Galli, Dr en droit, Lausanne
Béatrice Gaunand, lic. en droit, Lausanne
André Ghelew, juge au trib. cant. d. ass., Lausanne
Francis Gleyre, notaire, Morges
Gustave Guhl, lic. en droit, Lausanne
Paul-Henri Guinand, étud. en droit, Bex
Olivier Jeanneret, lic. en droit, Pully
Pierre Journot, lic. en droit, Lausanne
François Kaiser, Dr en droit, Lausanne
Carmela Lagonico, lic. en droit, Cully
M.-Thérèse de Leonardis, lic. en droit, Lausanne
Michelle Livet, lic. en droit, Grandson
Doris Lorétan-Siehr, avocate, Lutry
Lucien Masmejan, étud. en droit, Lausanne
Jean-Claude Mathey, lic. en droit, La Sarraz
Andrée Mathys, lic. en droit, Nyon
Michel Monod, étud. en droit, Lutry
Laurent Moreillon, lic. en droit, Lutry
André Moser, avocat, Lausanne
Claude Nicati, étud. en droit, Ecublens
Catherine Noir-Masnata, lic. en droit, Lausanne
Félix Paschoud, Dr en droit, avocat, Lausanne
Félix Paschoud, lic. en droit, Lausanne
Vincent Pelet, lic. en droit, Lausanne
André Perrin, Dr en droit, notaire, Lausanne
Stéphane Perrin, notaire, Montreux
Denis Piotet, Dr en droit, Pully
Philippe Prod'hom, lic. en droit, Lausanne
Jean-Marc Rapp, lic. en droit, Lausanne
Christine Remondeulaz, juriste, Pully
Jean-Marc Reymond, lic. en droit, Pully
Jean-Jacques Rognon, Dr en droit, Morges
Philippe Rossy, lic. en droit, Lausanne
Hugues de Siebenthal, lic. en droit, Lausanne
Bruno Sommer, fonct. adm., Lausanne
Corinne Suter, lic. en droit, Lausanne
Olivier Steiner, lic. en droit, Epalinges
François Tabin, avocat, Vevey
Olivier Thomas, étud. en droit, Lausanne
Yolande Turrian-Zünd, lic. en droit, Yverdon
Claudine Voyame, lic. en droit, Lausanne
Rémy Wyler, lic. en droit, Lausanne
Claude Zwahlen, lic. en droit, Yverdon
Mary Zwahlen, Dr en droit, avocate, Yverdon

Valais

Daniel Cipolla, avocat et notaire, Martigny
Pascal Couchepin, avocat, Martigny
Michel Delacrétaz, juriste, Grimisuat

Michel Ducrot, avocat et notaire, Martigny
Jean-Louis Favre, avocat et notaire, Sierre
Pierre Ferrari, juge-instructeur, Martigny
Otto G. Loretan, avocat et notaire, Sierre
Jean Pitteloud, juriste, St-Léonard
Philippe Pont, avocat et notaire, Sierre
Guy Praplan, avocat et notaire, Sion
Dominique Sierro, lic. en droit, Hérémence
Pascal Sierro, étud. en droit, Hérémence
Pierre A. Veuthey, lic. en droit, Martigny-Croix
Jean-Pierre Zufferey, lic. en droit, avocat, Sierre

Neuchâtel

Béatrice Brügger, lic. en droit, Neuchâtel
Stephane Forestier, lic. en droit, Hauterive
Pierre-Alain Léger, étud. en droit, St-Blaise
Claudia Schalch, étud. en droit, Le Landeron
François Thorens, étud. en droit, Neuchâtel
Alain Virchaux, avocat, St-Blaise
Rolf Zahner, lic. en droit, Auvernier

Genève

Lucio Amoruso, lic. en droit, Genève
Olivier Brunisholz, lic. en droit, Genève
Olivier Carrard, lic. en droit, Genève
Richard Derivaz, lic. en droit, Genève
Francisca Dubs, lic. en droit, Genève
Catherine Fabesch, étud. en droit, Grand-Lancy
Christine Gay, lic. en droit, Carouge
Natacha Gregorc, lic. en droit, Chêne-Bougeries
Véronique Häring, étud. en droit, Genève
Gabrielle Kaufmann-Kohler, Dr en droit, avocate, Genève
Raphaël Mahler, greffier-juriste, Genève
Chantal Manfrini, avocate, Genève
Gérald Page, avocat, Genève
Reynald Prod'hom, lic. en droit, Genève
Marc-André Renold, lic. en droit, Genève
Gérald Roduit, lic. en droit, Genève
Michel Rossinelli, lic. en droit, Genève
Jean Ruffieux, avocat, Genève
Philippe Schmidt, avocat, Genève
Luc Thévenoz, lic. en droit, Genève
Janine Uzan-Spira, juriste, Thônex
Stanley Walter, avocat, Collonge-Bellerive

Jura

Yves Maitre, avocat, Delémont
Pierre Seidler, avocat; Porrentruy

Ausland

Daniel Przedborski, avocat, Bruxelles

Gestorben sind folgende Mitglieder:

Eintritts-jahr	
1939	Theodor Abrecht, a. juge fédéral, Pully
1929	Albert Brauen, Dr en droit, notaire, Neuchâtel
1969	Paul-Henri Burki, Dr en droit, Nyon
1946	Dr. Adalbert Camenzind, Landschreiber, Gersau
1948	Albert Cuénod, avocat, Coppet
1980	Martial Depierraz, notaire, Lausanne
1939	Dr. Walter Döbeli, Fürsprech, Schönenwerd
1965	Dr. Leo Duft, Rechtsanwalt, St. Gallen
1924	Louis Dupraz, Dr h. c., avocat et notaire, Fribourg
1979	Dieter Eichenberger, lic. iur., Reinach
1964	Dr. Peter Grabherr, Nussbaumen
1966	Walter Grossenbacher, Fürsprecher, Langenthal
1968	Prof. Dr. Hans Hinderling, Basel
1957	Dr. Fritz Hürlimann, Oberrichter, Zürich
1941	Jean-S. Jeanneret, Dr en droit, avocat, La Chaux-de-Fonds
1939	Dr. Paul Jörimann, a. Kantonsger.-Präsident, Kunkels
1946	Dr. Arthur Jost, Fürsprech, Luzern
1937	Dr. Otto Irminger, Rechtsanwalt, Zollikon
1966	Franz Müller, Fürsprecher und Notar, Münchenbuchsee
1952	Prof. Dr. Peter Noll, Zürich
1936	Prof. Dr. Wilhelm Oswald, Villars-sur-Glâne
1945	Dr. Alice Pestalozzi, Rechtsanwalt, Küsnacht
1931	Dr. Heinrich Räber, Rechtsanwalt, Schaffhausen
1956	Albert Rüedi, notaire, Renens
1956	Dr. Thomas M. Speiser, Basel
1961	Dr. Kurt Spitz, Rechtsanwalt, Zürich
1944	Dr. Albert Scherrer, Regierungsrat, St. Gallen
1944	Dr. Irma Stifel, Rechtsanwalt, Zürich
1945	Dr. Walter Storck, Rechtsanwalt, Zürich
1933	Dr. Walter Strebi, Fürsprech, Luzern
1913	Dr. Rudolf Stüssi, Rechtsanwalt, Glarus
1980	Charles-Henri Tolck, avocat, Neuchâtel
1964	Albert Ulrich, Oberrichter, Unterentfelden
1941	Plinio Verda, dottore in legge, Bellinzona
1924	B. de Vevey, Dr en droit, Berne
1947	Dr. Félix Weber, Bundesvizekanzler, Bern
1961	Bernhard Willemin, avocat, Jussy
1934	Fritz Willenegger, Dr en droit, Morat
1933	Dr. Albert Zgraggen, Obergerichtspräsident, Luzern

Demissionen liegen vor von:

Eintritts-jahr	
1961	Dr. Karl Appert, Rechtsanwalt, Zürich
1961	Dr. Louis Benz, Fürsprecher, Wabern
1981	Dr. Hans Berweger, Vizedirektor FIDES, Binningen
1955	Dr. Peter Binswanger, Winterthur

1974 Simone Bonjour-Grand, avocate, Dotzigen
1961 Achille Borella, avvocato e notaio, Mendrisio
1981 Christoph Born, Rechtsanwalt, Zumikon
1944 Prof. Dr. Wolfhart F. Bürgi, Bern
1960 Marcel Caprez, Dr. en droit, Lausanne
1939 Pierre Cavin, a. juge fédéral, Pully
1981 Jean-Christophe Devaux, avocat-conseil, Genève
1961 Hubert Donner, avocat, Auvernier
1958 Dr. Hans Farner, Rechtsanwalt, Horgen
1945 John Favre, Dr en droit, Berne
1967 Franco Fischer, avvocato e notaio, Lugano-Cassarate
1966 Fred Frautschi, Dr en droit, Lausanne
1960 Dr. Emil Freiburghaus, Fürsprecher und Notar, Laupen
1978 Patrick Gassmann, Fürsprech und Notar, Breitenbach
1961 Christian Gilliéron, lic. en droit, Lausanne
1975 François Gillioz, lic. en droit, Martigny
1977 Serge Gobbi, avocat, Genthod
1959 Dr. Peter Hafter, Rechtsanwalt, Zürich
1942 Dr. Fritz-Hch. Hool, Luzern
1966 Gotthard Jakob, Fürsprecher, Bern
1979 Andreas Kolb, Rechtsanwalt, Bern
1979 Othmar Kost, lic. iur., Emmen
1980 Pius Kreiliger, Rechtsanwalt, Luzern
1981 Maria-Theresa Kümin, lic. iur., St. Gallen
1944 Prof. Dr. Max Kummer, Münchenbuchsee
1944 Philibert Lacroix, Anières
1981 Armin Linder, Rechtsanwalt, St. Gallen
1960 Dr. Alexander Lüthy, Direktor, Schaffhausen
1979 Frédéric Marti, juriste, Genève
1981 Guy Menoud, lic. en droit, Genève
1981 Verena M. Notter, stud. iur., Huttwil
1961 Dr. Max Oetterli, Fürsprech, Basel
1971 Marcel Perrin, Romanel s/Lausanne
1979 Dr. Alfons Peter, Jurist, Zürich
1946 Edouard Petitpierre, avocat, Lausanne
1980 Dr. Hanspeter Rentsch, Rechtskonsulent, Biel
1973 Kurt Ritschard, lic. iur., Basel
1980 Claude-Janik Sollberger, avocate, Genève
1967 Pierre Schmid, Genève
1967 Jörg Schuh, lic. iur., Freiburg
1974 Dr. Charlotte Schultz, Bern
1958 Dr. Félix Schwank, Stadtrat, Schaffhausen
1969 Werner Stocker, Gerichtsschreiber, Rheinfelden
1926 Ernest Strittmatter, Dr en droit, Neuchâtel
1965 Claude Turian, lic. en droit, Genève
1951 Jacques Vernet, Conseiller d'Etat, Genève
1962 Dr. Hans Voney, Luzern
1934 Max Welti, Dr en droit, Lausanne
1971 Lucy Willemetz, lic. en droit, Lausanne

III.

Einführende Berichte der Referenten zum Thema: Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?

M. le Juge fédéral JEAN-FRANÇOIS EGLI, Lausanne, Présentateur, coordinateur de la discussion:

Votre Comité a décidé de célébrer cette année le centenaire du code des obligations dans sa première version. Il nous a paru utile de faire de l'événement un thème de travail, pour faire le point sur notre droit des obligations après cent ans d'existence. Vu l'ampleur du sujet, nous avons décidé, d'entente avec nos rapporteurs d'aujourd'hui, de limiter notre étude aux questions fondamentales en relation avec le droit des contrats.

Tel Janus, au regard de la liberté le contrat a deux visages: d'une part expression de la liberté des contractants, d'autre part cause de l'aliénation de leur liberté. D'un côté autonomie de la volonté, de l'autre vinculum juris résultant de la règle «pacta sunt servanda». Si l'Etat est appelé à imposer le respect des contrats, il ne peut être indifférent à leur contenu, auquel il doit tracer un cadre en fonction des besoins selon les conceptions politiques et sociales de la société.

Or notre question aujourd'hui est de savoir si le cadre de notre droit positif est adapté à nos besoins, à l'aune de la fin du 20e siècle, presque à l'aube du 21e siècle. Nos deux rapporteurs, personnalités éminentes, auteurs l'un et l'autre d'un remarquable traité sur la partie générale du code des obligations, y ont répondu chacun à leur manière dans des rapports d'un niveau pour lesquels nous tenons à les remercier d'une façon toute particulière. Aussi est-ce avec plaisir et reconnaissance que je vais maintenant leur donner la parole.

Prof. EUGEN BUCHER, Bern, Berichterstatter deutscher Sprache:

In den folgenden einleitenden Bemerkungen möchte ich einige im schriftlichen Referat entwickelte Gedanken stichwortartig skizzieren, vorweg aber eine Bemerkung zum Verhandlungsgegenstand machen. Dieser ist dadurch gekennzeichnet, nicht ein klar umrissenes Sachproblem zu betreffen. Vielmehr steht voran die Frage, welche Überlegungen dem Zentenarium

überhaupt angemessen sind. Hier glaube ich nun, daß der Anlaß es rechtfertigt, gewissermaßen eine Satelliten-Perspektive einzunehmen, d. h. zu versuchen, die Dinge aus möglichst großer Distanz und dafür in den großen Zusammenhängen zu betrachten und für einmal die aktuellen Tagesthemen zu vergessen.

Von einem Lob auf das Geburtstagskind wird im Referat angesichts unserer kritisch gestimmten Zeit Abstand genommen. Als glückliche Fügung darf man es indessen werten, daß man vom Code unique ausgegangen ist, d. h. das Handelsrecht nicht ausgeklammert hat. Ebenfalls hat man, was keineswegs selbstverständlich ist, auf Anhieb den richtigen legislatorischen Stil gefunden, insbesondere ein gutes Gleichgewicht zwischen gesetzgeberischer Aussage und Schweigen getroffen. Zudem hat man dem Richter bereits das nötige Vertrauen eingeräumt, was ausländische Gesetzgebungen in jener Zeit keineswegs taten. Dieser Umstand bewahrt heute der Kodifikation ihre Lebensfähigkeit. Die Revision von 1911 wurde von mir als ein Unglücksfall dargestellt. Wenn z. B. das Schenkungsrecht als schlampig revidiert bezeichnet wird, so geschieht dies, um dadurch die nötige Distanz zu schaffen, welche erst dessen richtige Anwendung ermöglicht. Zu nennen ist ferner Art. 107 OR, der für jeden Praktiker eine wenig überzeugende Lösung darstellt. Hier möchte ich die Wissenschaft auffordern, sich zu einem einfachen Modell durchzuringen, evtl. sogar unter Beibehaltung des heutigen Gesetzestextes.

Eine Kritik sowohl an dem Gesetzgeber als auch an denjenigen, die mit der Rechtsanwendung betraut sind, habe ich unter dem Stichwort *Rigorismus* zusammengefaßt. Die allzu harten Rüge- und Prüfungsbestimmungen beim Kauf- und beim Werkvertrag stellen für den Betroffenen eine sachlich in keiner Weise zu rechtfertigende Belastung dar. Diese Bestimmungen passen nicht in unsere Jahrzehnte, in diese Landschaft des Konsumentenschutzes, in eine Zeit, in der alles Ungemach einen Ausgleich finden soll. Rechtsvergleichung ergibt zudem, daß sich hier die Schweiz in dieser Hinsicht in einer absolut isolierten Position befindet.

Im schriftlichen Referat habe ich zur Bewährung des OR in der Anwendung einige kritische Bemerkungen gemacht. Es sind jedoch nur bescheidene Kritiken. An dieser Stelle möchte ich ein pauschales Lob an die Gerichte, deren Gerichtsbarkeit ein sehr hohes Niveau gefunden hat, richten. Immerhin darf ich zwei Punkte kritisch herausgreifen:

Die *Vertragstypenfreiheit* ist in ihrer Bedeutung noch nicht richtig erkannt. Bei der Prüfung eines Vertrages versucht man stets, diesen in eine bestimmte Schublade zu zwängen, anstatt bei der Anwendung einzelner Bestimmungen zu fragen, ob z. B. die kaufrechtliche Sondervorschrift oder die entsprechende werkvertragliche Norm angebracht ist.

Ferner habe ich auf die Anhäufung von Pannen bei der Anwendung des *Kondiktionsrechts* hingewiesen. Diese rührt wahrscheinlich daher, daß man den Gesetzestext zu ernst nimmt. Die fünf Artikel können im Grunde genommen diese komplexe Materie gar nicht abschließend regeln und wollen dies auch gar nicht tun.

Als zentrales Anliegen möchte ich die Funktion und die Verantwortung, welche die Wissenschaft in unserem Rechtssystem hat, betonen. Von der Rechtswissenschaft stammt die Idee der Kodifikation und diese wäre auch verpflichtet, die Anwendung der Kodifikation zu begleiten. Das Wissenschaftliche, Argumentative ist in den Vordergrund zu stellen, denn mit dem Erlaß der Kodifikation wurde die Rechtswissenschaft eigentlich abgeschafft. Zudem besteht die Gefahr, daß sich im Laufe der Jahrzehnte die Gerichtspraxis installiert. Hier befinden wir uns auf einer gefährlichen Ebene, die der kontinentaleuropäischen Rechtstradition zuwiderläuft. Gerichtsentscheide sind viel kritischer zu überprüfen. Die Gerichte sollten sich an ihre eigenen Entscheide weniger gebunden fühlen als sie dies gemeinhin tun, weil die Tatsache der Entscheidung als solcher nicht bindet und auch nicht rechtfertigt, sondern nur die Art, wie der Entscheid begründet worden ist. Dann möchte ich auch auf die Gefahr der Isolierung, die in jedem Akt der Kodifizierung besteht, hinweisen. Jede Kodifikation bewirkt eine Phase der unhistorischen Betrachtung; je älter aber das Gesetz wird, desto eher muß es wieder in den historischen Rahmen eingeordnet werden.

Wichtig ist auch das von meinem Kollegen ENGEL aufgeworfene Postulat der übernationalen Rechtsannäherung. Bis zum Erlaß der Kodifikation war die Schweiz Bestandteil einer sehr großen Rechtskultur und erst mit dem Akt der Kodifikation zog sie sich auf eine reduzierte Stellung zurück. Hier muß man nach Korrektiven suchen.

Eine abschließende Würdigung zeigt, daß die Verträge auch heute die gleiche Bedeutung einnehmen wie früher, trotz gewisser Einschränkungen des öffentlichen Rechts oder vorformulierter Vertragsbedingungen.

Im zweiten Jahrhundert der Kodifikation sollten wir ein freieres Verhältnis zur Kodifikation finden, die in der Entwicklung des vergangenen Jahrhunderts eingetretene Entfernung des Rechts von der Kodifikation sollten wir uns offen eingestehen. Auch in Zukunft muß man sich fragen, wo man vom Gesetz abweichen soll, weil wichtiger als die Kodifikation das Recht ist.

M. le Professeur PIERRE ENGEL, Genève, rapporteur de langue française:

Permettez-moi tout d'abord de remercier le Comité de la Société Suisse des Juristes de m'avoir désigné pour présenter le rapport de langue française sur le sujet qui nous retient ce matin.

C'est la seconde fois qu'un tel honneur m'est dévolu. En 1949, à Frauenfeld, j'ai eu à introduire le thème «Comment organiser les études de droit?» N'était la présomption irréfragable et pleinement justifiée de l'excellence des choix de nos guides, je me risquerais à dire qu'à l'instar de certains jeux de hasard, le zéro sort deux fois ou, si vous préférez une explication plutôt juridique, que les actes accomplis il y a plus de trente ans sont prescrits, sinon complètement oubliés.

Le sujet choisi en relation avec le centenaire du Code fédéral des obligations offre d'ailleurs des analogies avec celui de 1949. L'œuvre de législation dans une démocratie comme la nôtre présente maintes ressemblances avec la tâche pédagogique. Dans les deux cas, il sied de doter les justiciables qui sont de permanents écoliers du droit, de modèles de conduite personnelle et sociale. L'adhésion et la contrainte sont les deux pôles de l'ordre juridique et de la pédagogie active. Les tribunaux et les facultés collaborent étroitement avec le législateur pour le bonheur des justiciables, comme la famille et les corps constitués coopèrent avec l'école pour le succès de l'instruction de nos enfants. Et nous savons bien que souvent les justiciables sont de grands enfants et que nos descendants sont souvent des justiciables en voie de développement. Dans les deux cas, nous avons affaire à des citoyens ou à des citoyens en devenir auxquels il convient d'apprendre ou de réapprendre les conditions minimum de la vie en société, dans un Etat régi par le droit.

En vérité, c'est un grand événement que nous célébrons dans ce congrès. Le Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, entré en vigueur le 1er janvier 1883, est le premier monument

législatif d'importance issu du régime fédéral de 1874. Il est bon de se rappeler les vues et les conceptions qui prédominaient alors. Je ne résiste pas au plaisir de vous lire quelques extraits du discours prononcé par NUMA DROZ, Conseiller fédéral, à l'occasion de l'ouverture de la première exposition nationale suisse, celle de Zurich en 1883:

«Des nombreux enseignements que renferme notre ‹Exposition nationale›, il n'en est pas de plus grand, à mes yeux, que celui qui proclame la puissance de la liberté, sous le régime de laquelle seulement les facultés créatrices de l'homme peuvent atteindre leur entier développement. C'est, à ce point de vue, une intéressante histoire que celle de nos diverses industries: nées librement sur notre libre sol, elles n'ont pu avoir recours aux moyens artificiels de protection et de favoritisme qu'on croit nécessaire d'employer dans d'autres pays: elles ont dû accepter en plein, dès leur début, les nécessités de la concurrence – de la concurrence, Messieurs, si redoutable pour la paresse et la routine, mais si vivifiante pour l'intelligence, le travail et la persévérance.

C'est ainsi qu'elles ont grandi et qu'elles se sont fortifiées, suivant les grandes et sages lois de la nature qui a voulu que la vie fût une lutte incessante et qui réserve ses précieuses faveurs aux plus vaillants. Aux prises avec les difficultés de notre situation géographique, privés des ressources que présentent de plus grands Etats, obligés de nous ouvrir des débouchés au travers des obstacles et des barrières de toute sorte que rencontre à l'étranger l'écoulement de nos produits, nous avons fait aux yeux du monde entier la démonstration éclatante de cette vérité économique, que la liberté du travail et des échanges est l'agent le plus efficace du progrès et de la prospérité d'un peuple.

Si d'autres Etats, après avoir incliné quelque temps à reconnaître la justesse de ces principes, ont cru devoir, ces dernières années, rétrograder vers le protectionnisme, nous aurions grandement tort de nous laisser influencer par un tel exemple. Cette période de réaction ne saurait durer longtemps. Est-ce qu'il serait possible, en effet, de résister au courant des destinées humaines? Est-ce que les peuples ne tendent pas tous les jours davantage à appliquer en commun les grands principes dont la vérité éclate à leurs yeux? Est-ce que, dans notre époque d'union postale et télégraphique, d'établissement des chemins de fer, de percement des Alpes et des isthmes de Suez et de Panama, est-ce que tous ces instruments de progrès, destinés à faciliter l'échange des idées et des produits seraient condamnés à demeurer en grande partie inutiles à cause d'intérêts égoïstes de quelques classes de privilégiés spéculant sur les besoins financiers des Etats? (...)

Une autre leçon qui se dégage de notre Exposition, c'est la constatation des résultats superbes qu'il est possible d'obtenir par la

solidarité des intérêts. L'intérêt personnel est certainement un facteur essentiel du progrès, mais il n'est pas le seul, et lorsqu'il dégénère en égoïsme étroit, il peut devenir des plus nuisibles à la prospérité commune.

Notre Exposition nationale est la négation même de l'égoïsme industriel. La première qui ait pu être organisée sur notre sol dans des proportions aussi considérables, elle prouve que nous sommes entrés dans une nouvelle phase de notre développement économique, dans une phase où nous sentons le besoin de faire disparaître à l'intérieur de notre petit pays les rivalités mesquines qui nous affaiblissent; où nous voulons placer de plus en plus notre industrie et notre commerce sur le terrain fécond d'institutions uniformes; où les efforts individuels cherchent à s'unir plus étroitement dans une action collective pour la réalisation du but élevé que nous poursuivons tous: *le bien-être social de tous et de chacun.*»

(NUMA DROZ, Discours prononcé à l'occasion de l'ouverture de l'Exposition, in: Supplément de La Semaine illustrée, Souvenir de l'Exposition de Zurich 1883, Lausanne, 1883.)

Au delà des talents oratoires de NUMA DROZ, les idées exprimées méritent d'être retenues, ne serait-ce qu'à titre de comparaison avec celles de notre temps et de nos lois, spécialement le code jubilaire. Le trinôme liberté, responsabilité, solidarité affleure à la conscience de nos devanciers; l'évolution subséquente est bien dans le droit fil des normes fondatrices.

Cependant, il sied de relever que les hommes et les femmes de notre fin de siècle sont très sensibles aux exigences de la justice concrète. Je veux dire, pour le propos de ce matin, qu'ils attendent du rapport contractuel un contenu objectivement équilibré, sous le signe d'une orientation éthique inspirée par le concept de solidarité. Nous en avons eu hier encore une démonstration vivante grâce aux interventions d'étudiants entendus au cours du séminaire organisé par notre Comité sur le thème d'aujourd'hui, singulièrement au sujet des contrats préformés ou des conditions générales. Depuis le dépôt de mon rapport, le Conseil fédéral a publié un message daté du 18 mai 1983 à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale. L'article 8 du projet est consacré à l'«utilisation de conditions commerciales abusives». Il statue ce qui suit:

«Agit de façon déloyale, celui qui, notamment utilise, au détriment d'une partie contractante, des conditions générales commerciales préalablement formulées,

a) Qui dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou

b) Qui prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat.»

(Feuille Fédérale, 1983, volume II, p. 1037 s.)

Dans l'économie du projet, il appartiendra au juge de concrétiser ces nouveaux repères, étant entendu que l'action sera ouverte aussi aux associations économiques et professionnelles et aux organisations de consommateurs.

Je me bornerai ici à deux observations:

Premièrement, j'ai constaté et relaté que la jurisprudence cantonale n'était pas aussi timorée qu'on pourrait le croire. Il n'est certes pas facile de recenser exactement les jugements de nos 26 Etats. Les coups de sonde que j'ai effectués ici et là m'incitent à penser que la prise en compte des intérêts de justiciables malmenés par des capitaines d'industrie sans scrupule est beaucoup plus développée qu'on ne l'imagine: je suis conscient toutefois que certains citoyens peuvent rencontrer des difficultés d'accès aux tribunaux ou aux autorités compétentes. Mais c'est là davantage une question d'organisation et d'administration judiciaires, voire d'assistance juridique, qu'une question d'équilibre contractuel. Ce qui doit toujours être préservé et développé, c'est la facilité d'accès du citoyen aux lois et aux juges.

Deuxièmement, le doigté législatif doit s'entendre de plusieurs manières. Il s'agit tout d'abord de décider si oui ou non l'intervention du législateur est requise. Dans l'affirmative, ensuite, jusqu'où cette intervention doit s'étendre et en dernier lieu, quels moyens doivent être mis en œuvre.

Et c'est notamment un point qui pourrait être utilement débattu: est-il opportun de charger encore le magistère judiciaire d'une tâche supplémentaire avec des moyens accrus, pour renforcer la sauvegarde de l'autonomie privée en face des conditions générales dites abusives? Je vois bien que c'est l'une des caractéristiques du système suisse en droit privé: recourir le plus possible au juge comme arbitre social, si j'ose dire, dans l'application des règles comportant des clauses générales, et encourager son pouvoir appréciateur. Mais là encore c'est une question de mesure qui est ouverte à la discussion. Surtout – et je crois y avoir insisté dans mon rapport – il est important de déterminer si les moyens légaux actuels, si l'arsenal législatif, ne sont pas suffisants au regard des fins recherchées.

Cette réflexion introductive sur le rôle du juge dans notre

système juridique à propos du mécanisme contractuel notamment me conduit à une remarque distincte mais connexe: de tout temps, la Suisse et les Suisses se sont trouvés confrontés à un problème d'identité nationale quant aux sources et aux influences. L'œuvre de codification n'y échappe pas. A cet égard, je crois que nous devons nous garder de fausser les termes de la question: il ne s'agit pas pour nous de choisir par exemple entre l'influence française et l'influence allemande pour le développement de nos lois. Il s'agit d'approfondir et de prolonger la voie suisse qui est faite de simplicité, d'ouverture et de compromis.

C'est dans ce sens que notre collaboration à une construction européenne dans le domaine des dispositions générales me paraîtrait de bonne méthode pour aviver la conscience de ce que nous sommes et offrir ce que nous possédons de meilleur. Le contrat est une alliance, la législation européenne du contrat pourrait être un moyen de renforcer des alliances ressourcées au fonds commun d'un patrimoine héréditaire, d'origine romaine. En effet, la partie générale du droit des obligations paraît offrir un terrain propice à ce genre de concertation, spécialement le droit du contrat, soit les matières principales que j'ai citées à titre d'exemples à la page 97 du rapport.

Oserais-je rappeler que la partie générale est le lieu privilégié de l'esprit de géométrie, de l'esprit de finesse et de l'esprit de justice? Oserais-je avancer aussi que ces traits sont assez typiques de la vieille Europe, de l'esprit européen?

En conclusion, la géométrie des art. 1 à 183 est restée relativement stable de 1881 à ce jour; la partie spéciale s'avère plutôt variable. Certains bons esprits se demandent si les contrats spéciaux n'effacent pas les principes et les règles de la partie générale, en ce qui concerne par exemple la liberté de la forme, la fidélité contractuelle, la demeure, les modalités de l'exécution. Il faut répondre par l'affirmative mais c'est là la contrepartie des exigences d'une démocratie pluraliste et de l'esprit moderne, sensible, je l'ai déjà dit, à la justice contractuelle, à la poursuite de l'équilibre des prestations. Savoir si cette évolution s'inscrit dans l'optique des pères fondateurs est une question qui est à discuter, en ayant conscience de la présupposition sous-jacente: l'esprit de géométrie cède le pas à l'esprit de justice.

Sous l'angle de l'esprit de finesse, les travaux de la doctrine et le dialogue constant que la jurisprudence entretient avec elle montre que les juristes de ce pays n'ont pas à redouter un tarissement quantitatif des gloses et des critiques.

Il faut saluer comme elle le mérite la floraison des commentaires et des traités dans le domaine des obligations. J'aimerais présenter ici une dernière observation: la comparaison avec les systèmes juridiques voisins doit s'accentuer et s'approfondir, quitte à prendre plus de distance avec l'esprit positif et descriptif des solutions trop nationalistes.

IV.

Diskussion

M. le Juge fédéral JEAN-FRANÇOIS EGLI:

Je tiens à m'associer au salut qu'a déjà adressé tout à l'heure notre président à M. le Conseiller fédéral FRIEDRICH, Chef du Département fédéral de justice et police, qui nous honore de sa présence aujourd'hui. Je le remercie de l'intérêt qu'il porte, comme ses prédécesseurs au DFJP, à notre société et à ses travaux. Cela nous confirme dans le fait que nos travaux ne sont pas totalement inutiles à la compréhension et au développement du droit dans notre pays. Aussi est-ce pour moi, M. le Conseiller fédéral, un grand plaisir de vous donner à présent la parole.

Bundesrat Dr. RUDOLF FRIEDRICH, Vorsteher des EJPD:

Das Jubiläum eines Gesetzes, das sich über ein Jahrhundert hinweg bewährt hat, ist selbstverständlich ein legitimer Anlaß zu Genugtuung. Diese Bewährung ist ja umso eindrücklicher, als diese 100 Jahre Entwicklungen gebracht haben, wie sie zuvor in einer derartigen Vielfalt und wahrscheinlich auch in einer derartigen Rasanz kaum eine andere Rechtsordnung auszuhalten hatte. Es besteht somit berechtigter Grund zur Dankbarkeit gegenüber den Schöpfern dieses Gesetzes, und zu ihnen möchte ich, trotz gewisser Vorbehalte, wie sie Herr Prof. BUCHER angebracht hat, auch diejenigen der Revision von 1911 rechnen, welche immerhin das alte Obligationenrecht mit den vier neuen Teilen des ZGB zu einer einheitlichen Privatrechtskodifikation verbunden hat. Dank schulden wir aber auch allen jenen, die sich seither um die Anwendung und die Auslegung und um die

wissenschaftliche Durchdringung dieses Gesetzes verdient gemacht haben. Ich nenne bewußt Praxis und Doktrin im selben Atemzug, um eben die gemeinsame Aufgabe und Verantwortung hier herauszustreichen. Das Jubiläum bietet eine willkommene Gelegenheit, uns mit Grundgedanken und Grundproblemen des Privat- und Vertragsrechts zu befassen und damit auch jene Distanz zu gewinnen, die es erst erlaubt, Einzelprobleme in Rechtsanwendung und Gesetzgebung wieder in den größeren Zusammenhang hineinzustellen, um so gewissermaßen den Überblick zu haben. Sehr schön hat Herr Prof. ENGEL die tragenden Grundsätze des Schweizerischen Privatrechts in seinem Bericht herausgearbeitet: Freiheit, Verantwortung und Solidarität. Diese unbestrittenen Maximen indessen sind in einer gewissen Gefahr, rechtlich und politisch zu verblassen. Dem welschen Referenten kommt das Verdienst zu, vor allem den Gedanken der Solidarität als Schnittpunkt von Freiheit und Verantwortung in seiner keineswegs nur theoretischen, sondern ungemein praktischen Bedeutung hervorgehoben und seine unmittelbar positivrechtliche Ausstrahlung im Grundsatz von Treu und Glauben deutlich gemacht zu haben. Die Mahnung, die in diesem Dreigestirn von Freiheit, Verantwortung und Solidarität wie auch im Gebot des Handelns nach Treu und Glauben enthalten ist, ist nicht immer genügend beachtet und beherzigt worden. Zahlreiche anstehende Gesetzesrevisionen im Bereiche des Privatrechts bestätigen diesen Befund. Ich nenne einige aktuelle Beispiele: Miet- und Pachtrecht. Im Arbeitsrecht, wo uns vor allem die Forderung nach einem verstärkten Kündigungsschutz dauernd beschäftigt, konzentriert sich das Bemühen mehr und mehr darauf, jene Rechtsausübung besser in den Griff zu bekommen, die als Verstoß gegen Treu und Glauben unakzeptierbar erscheint. Von Erfahrung ist auch der Versuch beeinflußt, beim Konsumkredit und bei anderen Problemgebieten des Verbraucherschutzes die Voraussetzungen echt privatautonomen Handelns wieder herzustellen. Am deutlichsten aber zeigt sich diese Ausrichtung an einer Vorlage, die, formell nicht dem Obligationenrecht zugehörig, ins Zentrum gerade des Themas hineinführt. Der kürzlich veröffentlichte Entwurf zur Revision des UWG will die allgemeinen Geschäftsbedingungen lauterkeitsrechtlich erfassen, was aber nichts anderes heißen kann, daß auch sie am Prinzip von Treu und Glauben gemessen werden sollen, welches natürlich von jeher dieses Gesetz in besonderem Maße geprägt hat. So betrachtet läßt sich vielleicht auch der uns gleichfalls dauernd

beschäftigende scheinbare Gegensatz zwischen Privatrecht und Sozialschutz entschärfen, der bei der täglichen Gesetzgebungsarbeit immer wieder auftritt. Wenn wir begreifen, daß unser tägliches Verhalten und Gebahren im Rechtsverkehr die Rechtsentwicklung im positiven wie im negativen Sinne wohl ebenso stark beeinflußt wie das oft überbewertete und regelmäßig nur auf Reaktion hin verständliche Machtwort des Gesetzgebers, daß wir es weitgehend in der Hand haben, durch eine loyale Rechtsausübung gesetzgeberischen Einschränkungen unseres Freiheitsraumes zuvorzukommen, dann sollte eigentlich die Aufteilung der Rechtsgenossen in eindimensionale Kategorien wie Produzenten und Verbraucher, Mieter und Vermieter, Starke und Schwache, zurücktreten.

Der eigenverantwortliche Partner, dessen Freiheit und Persönlichkeit wir mit derselben Achtung begegnen, wie wir dies von ihm uns gegenüber eben nach Treu und Glauben erwarten dürfen, könnte dann an ihre Stelle treten. Solche Partnerschaft ist auf der Grundlage unseres Vertragsrechts durchaus möglich. So interpretiere ich auch die Feststellung von Herrn Prof. BUCHER, daß weite Teile des Vertragsrechts keine im eigentlichen Sinne soziale Dimension haben. Es gilt, sich darüber Rechenschaft zu geben, daß ein freiheitliches Privatrecht, genauso wie auch ein liberales Gemeinwesen, an seine Träger ganz beachtliche ethische Anforderungen stellt. Ein Staat und eine Rechtsordnung, in der jeder zur Rechtssetzung im gemeinschaftlichen und im privaten Bereich befugt ist und dafür eben auch seine Verantwortung trägt, können nur in dem Maße existieren und sich bewähren, wie wir uns als Mitträger und auch als Mitgestalter in ihnen bewähren. Wer sich auf diese Art für die Erhaltung eines liberalen Privatrechts mitverantwortlich fühlt, wird auch den Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht und innerhalb desselben zwischen zwingendem und dispositivem Recht nicht einfach mehr als starren Antagonismus zwischen Zwang und uneingeschränkter Freiheit empfinden.

Sehr richtig ist das Privatrecht schon als ein Recht der Kommunikation bezeichnet worden. Echte Kommunikation ist aber nur zwischen freien Individuen möglich, welche eben auch die immanenten Schranken ihrer Freiheit spüren und anerkennen. Es wird für die weitere Entwicklung unseres Privatrechts und der Vertragsfreiheit für die Frage, wie weit der Gesetzgeber gezwungen wird, weitere Schranken expressis verbis aufzustellen und dann auch für deren Durchsetzung zu sorgen, entschei-

dend darauf ankommen, ob genügend von diesem Gespür und die Bereitschaft zu freiwilliger Selbstbeschränkung vorhanden sind, um den sicher nie ausrottbaren Mißbrauch als bloß marginales Phänomen mit den vorhandenen privatrechtlichen Mitteln verkraftbar erscheinen zu lassen.

Das alles bedeutet selbstverständlich auch im günstigen Falle nicht, daß wir Juristen uns der Daueraufgabe entziehen könnten, Recht und Gesetzgebung stetig zu entwickeln und zu verbessern. Eine Aufgabe, die sich gerade im Vertragsrecht Ihnen und uns mit besonderem Nachdruck stellt. Der bereits angekündigte Tod des Vertrages hat in der Rechtswirklichkeit nicht stattgefunden. Seine Bedeutung als Instrument autonomer Rechtssetzung und autonomer Planung wird weiter ansteigen. Die Gefahr besteht allenfalls darin, daß dieses Mittel rechtlicher Kommunikation im Gewinde seiner eigenen Wucherungen ersticken könnte. Da scheint unsere Vertragstypenordnung zu Zeiten überfordert. Andererseits bestehen mindestens bisher in Doktrin und Praxis noch erhebliche Hemmungen, sich den Herausforderungen einer stärker am Prinzip der Typenfreiheit orientierenden Methode zu stellen. Sie würde entsprechend mehr Mut zu freier Wertung und zum Rückgriff auf fundamentale, aber zwangsläufig schwächer konturierte Prinzipien erfordern, um die bereits erwähnten immanenten Schranken der Vertragsfreiheit zu aktualisieren und wirksam werden zu lassen. Das Gegenstück dazu bildet die von Herrn Prof. BUCHER ebenfalls kritisierte Zurückhaltung gegenüber einem zum Teil im Gesetz angelegten Rigorismus und Formalismus, deren Überwindung ebenfalls dazu beitragen könnte, ein gewisses Malaise abzubauen und das Auseinanderfallen der Rechtsgemeinschaft in verschiedene mehr oder weniger schützenswerte Kategorien zu vermeiden. Dabei muß man sich auch bewußt sein, daß das Privat- und auch das Vertragsrecht dem Nichtjuristen nicht einfach etwas Vertrautes ist. Dieser hat aber das Vertrauen in dieses ihm unvertraute Recht und rechnet damit, daß im Konfliktsfall eine plausible Lösung gefunden werden könne. Unsere Aufgabe ist es, dieses Vertrauen nicht zu enttäuschen und die Plausibilität des Rechts in einer immer komplexer werdenden Welt zu gewährleisten.

Unser Land beteiligt sich aktiv an Bemühungen um eine Harmonisierung des Rechts auch über die Landesgrenzen hinaus. Der Entwurf für eine Kodifikation des Schweizerischen Internationalen Privatrechts, wie er gegenwärtig vor einer ständerätlichen Kommission liegt, ist Ausdruck unseres Wil-

lens zur Öffnung im kollisionsrechtlichen Bereich. Daneben fördern wir, gestützt auf unsere eigenen nationalen Vereinheitlichungserfahrungen, die Bestrebungen internationaler Organisationen. So hat die Schweiz im Februar dieses Jahres in Genf einer vom internationalen Institut für Vereinheitlichung des Privatrechts einberufenen diplomatischen Konferenz Gastrecht gewährt, die, unter Beteiligung von über 50 Staaten, eine Konvention zum Stellvertretungsrecht verabschieden konnte. Die Lösungen, die dort gefunden worden sind, könnten eines Tages vielleicht auch für unser internes Recht fruchtbar gemacht werden. Dieses Abkommen schließt sich eng an die 1980 in Wien zustande gekommene UNO-Kaufrechtskonvention an, die bei den interessierten Kreisen auch in der Schweiz ebenfalls positive Aufnahme zu finden scheint. Begrüßt wurde insbesondere die gegenüber dem rigorosen nationalen Kaufrecht bedeutend flexiblere Gestaltung des Gewährleistungsrechtes. Auf dieser internationalen Ebene begegnen uns ähnliche, im weiteren Sinn eben auch soziale Probleme, und ich schließe nicht aus, daß uns auf diese Weise weitere Reformimpulse zugetragen werden, aus denen wir Nutzen ziehen können. Ich betrachte es aber auch nicht als Zufall, daß beide Konventionen in ihren allgemeinen Bestimmungen dem Grundsatz von Treu und Glauben einen Ehrenplatz einräumen.

M. le Juge fédéral JEAN-FRANÇOIS EGLI:

Un séminaire a été organisé hier après-midi, au cours duquel les étudiants des diverses facultés de droit de nos universités ont eu l'occasion de s'exprimer sur plusieurs sujets abordés par les rapporteurs d'aujourd'hui. Il a été convenu que deux étudiants, qui participaient à ce séminaire, feraient un petit rapport de synthèse ce matin. C'est pourquoi je donne la parole à M. PIERRE AUBERT, de l'Université de Neuchâtel, pour la première partie de ce rapport, auquel succédera ensuite Mme HEITZ, de l'Université de Zurich, pour la seconde partie.

M. PIERRE AUBERT, étudiant de l'Université de Neuchâtel:

Des sujets traités lors du séminaire qui s'est déroulé hier après-midi, nous avons choisi celui de la liberté contractuelle, que nous avons subdivisé en deux parties. Je vous entretiendrai brièvement de la première partie consacrée aux relations des

contractants entre eux, soit de la liberté entre cocontractants, tandis que ma collègue alémanique abordera ensuite la question du libre choix du contrat, soit de la liberté face à l'Etat. Je limiterai mon propos aux petits contrats de tous les jours, la vente en supermarché par ex., soit à ceux qui concernent tout le monde et que la plupart de nos concitoyens concluent à l'exclusion de tout autre. A cet égard, on peut se demander comment notre code des obligations, qui depuis cent ans a rendu de si grands services aux juristes, aux commerçants et aux industriels, est compris et ressenti dans la population. Et tout d'abord, les gens le connaissent-ils? Savent-ils comment le mécanisme mis en place fonctionne lorsqu'ils vont par ex. faire des achats dans un magasin? A vrai dire, c'est plutôt rare. L'esprit de contrat s'est perdu, à tel point qu'on ne s'étonne plus de voir tel locataire habitant depuis vingt ans dans le même appartement se passer de bail lorsque ses relations avec son bailleur ne présentent pas de difficultés. Mais que se passe-t-il lorsque des difficultés surgissent? Les gens ne connaissent généralement pas les règles du code et ne savent pas trop comment se défendre. Le recours au juge est entouré d'un certain mystère et la procédure coûte cher. Il y a là un certain malaise, specialement dans le cas de petits contrats portant sur des sommes modiques qui sont monnaie courante. Pour que le code soit appliqué par tous, il faudrait que tout le monde, lorsqu'il acquiert quelque chose ou qu'il requiert les services de quelqu'un, ait l'impression de contracter, ait connaissance des règles qui s'appliquent. Comment acquérir cette connaissance? Par l'éducation, l'instruction? Depuis le temps qu'on en parle sans que rien ne se fasse, je crains qu'il faille déchanter. Par l'insertion de normes impératives dans le code? Les gens les ignoreront tout autant, voyez par ex. les dispositions sur la vente à tempérament. Par une simplification du code? C'est utopique de vouloir faire simple de quelque chose de compliqué, et l'on n'évitera pas l'écueil soit d'un code mauvais, soit d'un code partiel. Par un recours au juge simplifié? Peut-être, mais cela n'empêchera pas les affaires mal emmanchées de ne pas se résoudre facilement. La seule solution me paraît être un effort d'information, sous forme de vulgarisation du code comme elle se pratique en matière d'institutions politiques. Une petite brochure de cent à deux cents pages sur le contrat destinée au public ne serait, peut-être, à cet égard pas inutile. Même s'il s'agit là d'un vœu pieux, une telle solution aurait au moins une chance de réduire le nombre de ceux – et ils sont nombreux – que de mauvais contrats mécontentent.

MARGARETH HEITZ-EGLI, stud. iur., Universität Zürich:

Als zweiter Themenkreis wählte gestern Herr Prof. TERCIER die Problematik der Innominatverträge. In meinem Statement vertrat ich eines der Ergebnisse unserer Diskussion im Zürcher Seminar zum Thema 100 Jahre Obligationenrecht. Wir waren u.a. zum Schluß gekommen, daß sich die zurückhaltende Einführung neuer Vertragstypen bewährt hat und daß eine lückenlose Regelung von Vertragstypen auch nicht möglich ist. Wir waren der Ansicht, daß es sinnvoller sei, im Gesetz nur die grundsätzlichen Vertragstypen zu regeln und die allgemeinen Regelungen zu verstärken, z.B. im Bereich des Schutzes der schwächeren Vertragspartei. Zur Frage der Wünschbarkeit neuer Vertragstypen wurden verschiedene Meinungen aufgeworfen. Man dachte dabei vor allem an den Leasingvertrag. Gegen die liberale Haltung, daß die Vertragstypen nicht eingeschränkt werden sollten, sprachen sich mehrere Teilnehmer aus u.a. mit der Auffassung, daß eine gesetzliche Regelung Unsicherheiten vermeiden würde, da man ohne Gesetz abwarten müßte, bis eine richterliche Entscheidung fällt, bevor man sicher sein kann, daß eine vertragliche Vereinbarung rechtmäßig ist. Ein Votant vertrat den interessanten Gedanken, daß neue Vertragstypen versuchsweise gesetzlich geregelt werden sollten, sobald sie eine gewisse Häufigkeit aufweisen. Nach einigen Jahren Praxis müßten dann die Mängel durch eine Gesetzesrevision behoben werden. Dagegen wurde eingewendet, daß diese schwer durchführbar sei, wegen der Schwerfälligkeit unserer Gesetzgebung. Zuletzt wurde auch noch kurz auf das Problem der Beziehungen zwischen Doktrin und Rechtsprechung eingegangen und die Ansicht des Referenten, Herrn Prof. BUCHERS, daß die Rechtsprechung das Gesetz weiterentwickeln sollte, wurde kritisch beurteilt.

Prof. MARTIN SCHUBARTH, Bundesrichter, Lausanne:

1. Gestatten Sie mir einige Bemerkungen zum Problem der einseitig vorformulierten Verträge, die der Kunde in der Regel mehr oder weniger unbesehen und unverstanden unterschreibt, sei es direkt oder durch Globalverweisung. Bekanntlich ist dieses Problem in der schweiz. Literatur der letzten Jahre, vor allem unter dem vereinfachenden Stichwort AGB, mit großer Intensität diskutiert worden, im Parlament verschiedentlich zur

Sprache gekommen und soll jetzt auch im Rahmen der UWG-Revision einen begrüßenswerten gesetzgeberischen Akzent erhalten.

2. Demgegenüber fällt auf, daß sich die höchstrichterliche Rechtsprechung bisher mit dem Problem kaum befaßt hat. Frühere vereinzelte Entscheidungen, die heute unter den Stichworten Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel aufgeführt werden, befassen sich nicht prinzipiell mit dem Problem vorformulierter Verträge. Weshalb der Ertrag der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu dieser Frage bisher so dürftig ausgefallen ist, ist eine Frage, die vielleicht der Herr Vorsitzende, mein Kollege JEAN-FRANÇOIS EGLI, besser beantworten kann; ist er doch schon länger Mitglied der I. Zivilabteilung als ich. Ich sehe zwei Möglichkeiten: Entweder finden Fälle, wo es um die Problematik von AGB geht, nicht den Weg zu uns, ja vielleicht, weil sich die schwächere Vertragspartei mangels Rechtskenntnis oder aus Angst vor dem Prozeßrisiko gar nicht zu wehren wagt, nicht einmal zu den Gerichten unterer Instanz. Dies wäre ein Argument dafür, daß sich mit dem herkömmlichen Instrumentarium des richterlichen Rechtsschutzes allein das Problem der AGB nicht lösen läßt. Oder das Bundesgericht hat bisher gar nicht gemerkt, daß sich bei AGB besondere Probleme stellen. Immerhin zeigt die jüngst publizierte Entscheidung im BGE 108 II 416ff., daß das Problem der AGB als Problem erkannt wird, auch wenn die Entscheidung im Ergebnis nicht viel bringt, da es in jenem Fall wohl weniger um «Kunden AGB» als um «Unternehmer-AGB» gegangen ist.

3. Die eigentliche Schwierigkeit, das Problem der AGB in Griff zu bekommen, sehe ich darin, daß sich mit Hilfe der Vertrauenstheorie eine Fiktion über das Zustandekommen von Verträgen aufgebaut hat, von der man nur mit Mühe wieder herunterkommt, und zwar auch dann, wenn die Fiktion des Konsenses zu schwer erträglichen Konsequenzen führt, was gerade bei gewissen AGB-Klauseln der Fall ist. Die Literatur hat zwar eine ganze Palette von Argumentationsschemen entwickelt, wie man ansatzweise überzogene AGB-Klauseln entschärfen könnte. Allein deren Konkretisierung stößt auf Schwierigkeiten, weil man die Fiktion, auch die ungelesen unterzeichnete Urkunde sei vom Konsens erfaßt, nicht über Bord werfen will.

4. Nehmen wir etwa die kürzlich erschienene Schrift von GIGER, so wird uns zwar gezeigt, wie man methodisch für eine Inhaltskontrolle auf Art. 2 Abs. 2 ZGB zurückgreifen und

damit theoretisch einen fingierten Konsens im Ergebnis seiner Wirkungen berauben kann. Allein die Konkretisierung seiner Überlegungen, die praktischen Beispiele, die er nennt, zeigen, daß der Ertrag dieses Vorgehens doch eher gering sein dürfte. Denn wenn man als Maßstab zugrunde legt, daß nur kraß unbillige AGB ungültig sein sollen, dann bleiben eben die meisten unbilligen, den ahnungslosen Kunden benachteiligenden Klauseln gültig. Die Konsensfiktion wird nur in wenigen extremen Fällen entschärft. Wenn man ernst machen will mit einer Inhaltskontrolle, wird man deshalb weitergehen müssen: Entweder indem man die Unterlegenheit dessen, dem AGB mehr oder weniger untergejubelt werden, bereits genügen läßt, um ihm mittels Art. 2 ZGB zu helfen, oder aber indem man Art. 19 ff. OR und Art. 27 ZGB weniger restriktiv anwendet als bisher. Zu Recht ist im Parlament vom Bundesrat schon vor vier Jahren darauf hingewiesen worden, daß die Rechtsprechung gestützt auf grundlegende Prinzipien des Vertragsrechtes mehr tun könnte, um unbilligen Vertragsbestimmungen die Spitze zu brechen (vgl. Amtl. Bull. N 1979, 598). Und Bundesrat FURGLER hat letztes Jahr in der Jubiläumsschrift 100 Jahre OR zu Recht die Frage der AGB als «Musterbeispiel für die Problematik des herkömmlichen Privatrechtsverständnisses angesichts der faktischen Ungleichheit der Vertragspartner» bezeichnet.

Beachtenswert erscheint mir deswegen auch der Ansatz von FRANK VISCHER und einigen seiner Schüler zu sein, wonach ein Verstoß gegen Art. 19 OR schon dann zu erwägen ist, wenn hinter einer dispositiven Gesetzesbestimmung ein allgemeiner Schutz- oder Fürsorgegedanke steht (vgl. Schweizerisches Privatrecht VII/1, S. IX ff.). Aus diesem Grunde sollte auch der Wegbedingung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit durch extensive Anwendung von Art. 100 Abs. 2 OR ein Riegel geschoben werden.

5. Auch wenn man zwischen Geltungskontrolle und Inhaltskontrolle unterscheiden kann, scheint mir, man sollte den Gegensatz nicht überbetonen. Ich meine, je gravierender die Rechtsstellung des Kunden durch eine Klausel beeinträchtigt wird, desto qualifizierter muß der Nachweis des Konsenses sein. Mit anderen Worten: Man muß endlich ernst machen mit der an sich schon lange anerkannten Auffassung, daß die Fiktion eines Vertragsschlusses aufgrund des Vertrauensprinzips ihre Grenzen dort findet, wo man nach Treu und Glauben einen Rechtsverzicht nicht erwarten durfte, ohne daß dem Verzichtenden die Tragweite seines Verzichtes wirklich klar wurde.

Deshalb wird man zu erwägen haben, ob etwa eine Klausel, mit welcher dem Bankkunden das Risiko der Unterschriftenfälschung auch für Fälle, wo ihn kein Verschulden trifft, überbürdet wird, nur gültig sein kann, wenn der Kunde die Tragweite einer solchen Klausel wirklich in vollem Ausmaß erfaßt. In der Regel dürfte dies nicht der Fall sein.

6. Um in der Diskussion um die AGB weiterzukommen, ist es notwendig, daß wir uns mit konkreten Fallkonstellationen befassen. Ich will deshalb ein paar wenige Beispiele geben:

In den AGB einer Bank wird fingiert, daß Post die dem Kunden auf seinen Wunsch banklagernd zugestellt wird, auch dann von ihm als zur Kenntnis genommen gilt, wenn er sie wegen ausländischen Wohnsitzes u. U. erst Monate später zu Gesichte bekommt. Es gilt ferner die Regel, daß der Kunde gegen die Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen sofort zu reagieren hat, wenn er damit nicht einverstanden ist. Die Bank kann nun, wenn sie kummulativ auf die Zustellungsfiktion und auf die Genehmigungsfiktion dieser Bestimmungen zurückgreift, mit dem Vermögen des Kunden machen, was sie will. Denn nach dem Wortlaut wäre sogar eine Veruntreuung, wenn man sie nur dem abwesenden Kunden ordnungsgemäß banklagernd mitteilt, genehmigt! Nun werden Sie mir antworten: Das wäre ein eindeutiger Rechtsmißbrauch. Aber schwächen wir das Beispiel nur etwas ab: Die Bank nimmt angeblich auf Weisung des Kunden eine riskante, höchst spekulative Anlage vor. Daß der Kunde eine entsprechende Weisung gegeben hat, läßt sich im nachhinein nicht nachweisen. Die Transaktion führt zu einem Verlust. Kann sich die Bank nun wirklich auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen?

Oder: In der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977) heißt es, der Architekt sei befugt, den Bauherrn gegenüber dem Unternehmer zu vertreten. Kann sich der Unternehmer auf diese Klausel berufen, wenn der Bauherr sie nicht gekannt hat – etwa weil die SIA-Norm durch Globalverweisung in den Vertrag aufgenommen wurde, oder weil der Bauherr bei der Lektüre der insgesamt 190 Artikel der SIA-Norm übersehen hat, daß dem Architekten darin die erwähnte Vertretungsbefugnis eingeräumt wird, oder aber weil er die SIA-Norm 118, immerhin ein Schriftstück von 51 Druckseiten, von vornherein nicht gelesen hat? Was geschieht, wenn der Architekt ohne Ermächtigung des Bauherrn die Endabrechnung genehmigt?

7. Ich kann diese und ähnliche Fragen – sie werden unsere Kammer wohl noch einige Male beschäftigen – hier nicht weiter

verfolgen. Erlauben sie mir jedoch noch einen Hinweis: Das Problem der AGB könnte auch dadurch entschärft werden, daß die Verbände und Firmen, die solche Klauseln erlassen, von sich aus auf bedenkliche Klauseln verzichten. Mir scheint, die Juristen, die solche Klauseln, wie sie selbst wohl meinen, im Interesse ihrer Firma formulieren, sollten sich fragen, ob es nicht Alternativen dazu gibt, und wenn diese auch nur im besseren Image einer Firma liegen würden, die es nicht nötig hat, einseitig dem Kunden mehr Risiken zu überbürden, als dieser erwartet. Angesprochen sei noch einmal die bereits erwähnte Klausel der Bank-AGB, mit welcher das Fälschungsrisiko, ausgenommen bei grobem Verschulden der Bank, dem Kunden überbunden wird. Wäre es nicht sinnvoller und anständiger, das Fälschungsrisiko durch eine Versicherung für alle Beteiligten wirtschaftlich auf null zu reduzieren? Und wäre es nicht im Interesse der Imagepflege, daß die Banken die Initiative für eine solche Regelung ergreifen? Oder wäre es, um noch einmal auf die erwähnte SIA-Norm zurückzukommen, nicht sinnvoller und anständiger zu sagen, daß die Endabrechnung vom Bauherrn stets persönlich zu genehmigen ist, insbesondere wenn diese, aus welchen Gründen immer, vom Kostenvoranschlag erheblich abweicht?

Prof. ERNST KRAMER, St. Gallen:

Bei aller Zustimmung und Bewunderung, die ich den Referenten für ihren Bericht entgegenbringe, habe ich doch auch einige Vorbehalte anzubringen. Dies betrifft die Ansicht von Herrn ENGEL, daß dem Problem der Allgemeinen Geschäftsbedingungen schon auf der Basis des geltenden Rechts befriedigend entgegnet werden kann. Dies betrifft aber vor allem auch eine Tendenz, die sich wie ein roter Faden durch das Referat von Herrn Kollege BUCHER zieht, nämlich sein sehr distanziertes Verhältnis zur privatrechtlichen, speziell obligationenrechtlichen Gesetzgebung. Herr Kollege BUCHER propagiert neben der Rechtsvergleichung den Blick zurück vom Obligationenrecht des Jahres 1911 zum alten Obligationenrecht des Jahres 1881 und schließlich zu WINDSCHEID und PUCHTA, also der deutschen Pandektistik des letzten Jahrhunderts. Was der Gesetzgeber in den Kerngebieten dieser Tradition später legiferierte, hatte nur deklarative Bedeutung. Ich möchte Zweifel anmelden, ob es richtig ist, die Rechtspraxis, den Richter heute

auf diese Tradition zurückzuverweisen oder ob dort, wo das Gesetz zu wenig Aufschluß gibt, wie etwa im Bereicherungsrecht, mit allem Nachdruck Gesetzesrevisionen befürwortet werden sollten. Noch in einem anderen Bereich äußert sich Kollege BUCHERs distanziertes Verhältnis zum Gesetz, nämlich bei der Beurteilung der Vertragspraxis. Auch hier plädiert er für eine weitgehende Autonomie und gegen eine objektive, vom dispositiven Gesetzesrecht gesteuerte Vertragsqualifikation. Dabei teile ich seine Meinung, daß eine allzu starre Subsumtion konkreter Verträge unter den Katalog gesetzlich geregelter Vertragstypen zu wertungsmäßig oft wenig überzeugenden Ergebnissen führt. Meiner Ansicht nach kann dieser Gefahr aber auch ohne weiteres auf Basis objektiver Vertragsqualifikation begegnet werden. Mit der Methode der Vertragsergänzung, die keineswegs nur am dispositiven Recht anknüpfen muß, teleologischer Reduktion unpassender Normen und Analogien läßt sich flexibel genug arbeiten, können interessewidrige Ergebnisse vermieden werden. Ansonsten aber sollte, wenn der Vertrag unter die gesetzliche Schablone paßt, das vertraglich nicht abbedungene, dispositive oder gar zwingende Vertragsrecht möglichst beachtet werden. Nur so wird dessen Ordnungsfunktion und den Gerechtigkeitsintentionen des Gesetzgebers Genüge getan. Liegt aber wirklich ein Vertrag sui generis vor, der eine gewisse Verkehrstypik erlangt hat und wirtschaftlich bedeutsam ist, so müßte auch hier geprüft werden, ob nicht der Gesetzgeber mit ausdrücklichen Regelungen helfend eingreifen sollte, um Rechtssicherheit zu schaffen und nicht zuletzt auch Maßstäbe zu geben, an denen die standardisierte Vertragspraxis gemessen werden könnte.

Prof. EMIL W. STARK, Zürich:

Einleitend möchte ich beiden Referenten danken für ihre außerordentlich anregenden, leicht lesbaren Referate und sie dazu beglückwünschen. Die Ausführungen von Herrn Kollege BUCHER habe ich während der Ferien gelesen, und bei meinen Spaziergängen im Oberengadin haben sie mich immer wieder mit Beschlag belegt, weil sie so faszinierend sind.

Herr BUCHER will mit seinem Lasso die Rechtsprechung einfangen und an die Kandare der Wissenschaft nehmen. Von meinem Standpunkt aus kann ich das nur gutheißen. Es setzt aber voraus, daß die Wissenschaft etwas Gutes zu bieten hat, und vielleicht fehlte die Qualität in der Vergangenheit hie und da.

Speziell gefesselt hat mich im Referat BUCHER seine sehr geglückte Darstellung über den inneren Widerspruch zwischen der Vertragsfreiheit im Allgemeinen Teil des OR und den Vertragstypen im Besonderen Teil.

Herr BUCHER will zwar das OR nicht oder kaum ändern. Er will sich aber in der Gesetzesanwendung weitgehend von den Vertragstypen lösen. Wenn die Anwendbarkeit einer konkreten Norm sich nicht mehr aus der Subsumtion des Vertrages unter einen Vertragstyp ergibt, müssen für jede Norm durch die Wissenschaft oder die Rechtsprechung oder durch den Gesetzgeber die Voraussetzungen der Anwendung formuliert werden. Es müssen also andere Kriterien für diese Anwendung herausgearbeitet werden.

Dies alles leuchtet ein und erscheint als klare Schlußfolgerung aus der Tatsache, daß immer wieder gemischte Verträge abgeschlossen werden.

Ich habe mich dann gefragt, wie diese Überlegungen sich in der Praxis auswirken und versucht, mir dies vorzustellen. Ich möchte als Beispiel den Widerruf des Auftrages benützen, der im Referat BUCHER eine große Rolle spielt und auch im gestrigen Seminar mit den Studenten mehrmals beigezogen wurde. Wenn wir von der These von Herrn Kollege BUCHER ausgehen, müssen wir bei den Arbeitsverträgen ein jederzeitiges Widerrufsrecht gelten lassen, sofern bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Wenn sie nicht gegeben sind, gelten die gesetzlichen Kündigungsfristen des Arbeitsrechts. Herr BUCHER nennt als Voraussetzung in seinem Referat das besondere Vertrauensverhältnis, auf das er auch am gestrigen Seminar hingewiesen hat.

Diese Formulierung scheint mir jedoch zu vage zu sein, und ich möchte Herrn BUCHER bitten, uns in seinem Schlußwort zu zeigen, wie die Voraussetzungen des Widerrufsrechts präziser umschrieben werden könnten.

Diese Notwendigkeit zusätzlicher Präzisierung möchte ich mit folgenden Beispielen darlegen:

Ein besonderes Vertrauensverhältnis liegt häufig auch bei Arbeitsverträgen vor, bei denen niemand an ein jederzeitiges Widerrufsrecht denkt. Ich erwähne ein Familienunternehmen, dessen Patron gestorben ist. Wenn die Hinterlassenen einen Direktor zur Führung der Firma suchen, werden sie zweifellos nur jemanden anstellen, der ihr volles Vertrauen genießt. Sie werden aber kaum einen qualifizierten Bewerber finden, wenn sie ein jederzeitiges Widerrufsrecht in Erwägung ziehen.

Wenn ich demgegenüber eine Nachbarin bitte, mir täglich ein halbes Pfund Brot zu kaufen und zu bringen, so ist es ganz eindeutig, daß zwar kein besonderes Vertrauensverhältnis vorliegt, daß jedoch der jederzeitige Widerruf möglich sein soll.

Ich bin der Meinung, daß die Methode von Herrn BUCHER gegenüber der traditionellen Methode, wenn es gelingt, die Voraussetzung der Anwendung der einzelnen Normen präzis zu formulieren, zu sachgerechteren Resultaten führt. Sie dürfte aber eine erhebliche Einbuße an Rechtssicherheit und Praktikabilität des Rechts mit sich bringen, und es würde mich interessieren, was Herr Kollege BUCHER zu diesem Argument sagt.

M. le Professeur JEAN GUINAND, Neuchâtel:

J'éprouve un certain sentiment de frustration après avoir lu les deux rapports qui nous ont été soumis et après avoir participé hier après-midi au séminaire organisé à l'intention des étudiants. Nos deux rapporteurs arrivent, certes, tous deux à des conclusions similaires, à savoir qu'une révision du code des obligations ne s'impose pas. Sans doute aussi, comme il a été relevé ce matin, le contrat n'est-il pas mort. Cependant, j'ai l'impression qu'on assiste aujourd'hui à une division des relations contractuelles en trois catégories de contrats, auxquelles je donnerai les dénominations suivantes:

a) les *contrats négociés,* nommés ou innommés, qui, comme leur nom l'indique, sont le fruit de négociations entre partenaires;

b) les *contrats de consommation* (vente, voyage, leasing automobile, etc.), qui comportent des conditions générales imposées à l'une des parties et échappent dès lors à toute négociation, seul l'objet même du contrat pouvant être librement consenti;

c) les *contrats sociaux ou vitaux* (principalement les contrats de travail et de bail), dont l'équilibre, nous le savons, dépend de la conjoncture.

Je vois dans une telle division une donnée nouvelle, d'où nous devrions être incités à tirer réflexion. Si je pense, comme les deux rapporteurs, que l'option du code unique doit être maintenue, et si, comme eux, je ne suis pas partisan d'une partie générale du code civil, je suis d'avis que la partie générale du CO devrait fixer des règles qui seraient propres à chacune des différentes catégories de contrats que je viens de mentionner. Sans qu'il soit question de légiférer pour légiférer, nous devons, arrivés au seuil du deuxième siècle du code des obligations, mettre tout en œuvre pour éviter d'une part que nous soyons amenés un jour,

comme nous l'avons déjà été par le passé et comme il nous arrive encore de l'être aujourd'hui, à légiférer sous la pression des événements, d'autre part que n'apparaisse et ne se développe un droit souterrain ou parallèle.

M. le Professeur PIERRE TERCIER, Fribourg:

Les deux rapporteurs ont relevé le rôle particulier qu'est appelée à jouer la *doctrine* dans l'étude et la description de la partie générale du droit des obligations. Permettez-moi d'aborder brièvement ce thème sous deux aspects:

1. On a invité les auteurs à faire un effort accru pour développer une approche et une méthode originales; les questions importent au moins autant que les réponses. Sans contester nullement la nécessité d'une réflexion fondamentale, il faut rappeler que la doctrine doit aussi favoriser une meilleure compréhension de la loi. Faite pour être appliquée, celle-ci doit pouvoir être explicitée de manière simple et complète à l'intention de ceux qui sont quotidiennement confrontés à elle. Cette préoccupation pragmatique est conforme à l'esprit du juriste suisse qui paraît avoir plus de propension pour les commentaires que pour les traités. Ce besoin est plus nécessaire encore lorsque la loi est aussi générale que notre Code des obligations. S'il est vrai que ce n'est sans doute pas le moment de lancer une réforme de cette matière, il faut que ceux qui se donnent mission de l'étudier jusque dans les compléments que lui donne la jurisprudence, sachent (et osent) en faire une présentation à la portée de chacun. Il n'y a en cela aucune contradiction: la recherche fondamentale d'une méthode n'est justifiée que par son objectif final qui est de mieux comprendre et faire comprendre le droit.

2. Gestatten Sie mir, einem Welschen, den zweiten Punkt, der sich auf das Sprachproblem bezieht, auf deutsch zu behandeln. Herr Kollege BUCHER hat in seinem Referat das Mißtrauen der Westschweizer gegenüber der deutschen Doktrin erwähnt; gleichzeitig hat er seine welschen Kollegen aufgefordert, mehr vom französischen Recht zu bringen, um «eine gewisse Arbeitsteilung nach Sprachkreisen» zu erzielen (siehe S. 353). Ich möchte dazu zwei Bemerkungen machen:

– Es stimmt, daß sich gegen den wachsenden Einfluß des deutschen Rechts ein zunehmender Widerstand bemerkbar

macht (dies aber nicht nur in der Westschweiz). Der Widerstand richtet sich nicht gegen den Einfluß als solchen und noch weniger gegen das deutsche Recht an sich, das ich sehr bewundere (auch wenn ich es nicht mehr immer verstehe!). Vielmehr geht es um ein Problem des Gleichgewichtes. Das Unbehagen hat seinen Grund in der einseitigen Ausrichtung unserer Doktrin nach Norden. Das geht so weit, daß einheimische, aber eben welsche Veröffentlichungen bisweilen überhaupt nicht berücksichtigt werden. Zwar trifft es zu, daß in der Welschschweiz (notgedrungen) viel weniger publiziert wird. Doch dürfte man zumindest erwarten, daß das «Wenige» Beachtung fände. So kann man zum Beispiel bedauern, daß in einem jüngst veröffentlichten Lehrbuch das grundlegende Werk von Herrn ENGEL (Traité des obligations en droit suisse) nicht einmal im Literaturverzeichnis erscheint. Vor allem aber werden Dissertationen oft souverän ignoriert, während deutsche Dissertationen Literaturverzeichnisse und Apparate füllen. In diesem Zusammenhang wird den Welschen oft «Überempfindlichkeit» vorgeworfen. Darum geht es aber nicht; es geht schlicht um die Frage der Wissenschaftlichkeit. Diese ernstzunehmende Kritik möchte ich etwas entschärfen mit einem Scherz: Beide Referenten haben die Rechtsvergleichung angesprochen; möge diese doch auch das Welschland einbeziehen!

– Herr BUCHER erwartet von seinen welschen Kollegen, daß sie mehr Gedanken aus dem französischen Recht in die Schweiz bringen. Die darin enthaltene Kritik ist sicher berechtigt; ebenso sicher ist aber auch, daß der tatsächliche Einfluß des französischen Rechts oft unterschätzt wird, insbesondere im Haftpflichtrecht. Jedenfalls könnte unsere Rechtswissenschaft kaum etwas gewinnen, wenn wir uns in einer juristischen Arbeitsteilung nach Sprachregionen auseinanderleben würden. Unser dogmatisches System wurde maßgebend durch die Arbeit VON TUHRS geprägt und es war ein Glück, daß sein Werk sofort auf französisch übersetzt wurde. So wurde schon früh die Einheit unserer Doktrin gewahrt und der Einfluß des deutschen Rechts in die schweizerische Tradition eingebaut. Um diese eigenständige Tradition geht es mir eben. Sie hat verschiedene Sprachregionen mit ihren Eigenarten zu einer einzigen Rechtsgemeinschaft zu verbinden. Unsere Gesetze wären nie so einfach (und klar), müßten sie nicht auch in französisch und italienisch verfaßt werden. Was ein Vorteil für die Gesetze ist, wäre vorteilhaft auch für die Doktrin.

Meine Intervention ist nicht als Kampfansage, als Polemik, zu verstehen. Für jemanden, der in seiner Fakultät jeden Tag die Vorteile der Zweisprachigkeit erlebt, ist die Mehrsprachigkeit unseres Landes eine Herausforderung und eine Chance.

Dr. KONSTANTIN KRAUS, Altenrhein:

In den sehr interessanten und verdankenswerten Referaten der Professoren Dr. BUCHER und Dr. ENGEL ist dargelegt worden, daß die damalige Schöpfung des Obligationenrechts in hervorragender Weise stattgefunden hat.

Aus Zeitgründen kann ich mich nur auf das Referat von Professor BUCHER beziehen. In dessen Referat ist die Frage aufgeworfen worden, ob das Obligationenrecht einer Revision bedürfe oder nicht.

In den Schlußbetrachtungen ist dargelegt worden, daß vor einer Generalrevision gewarnt wird, weil die Grundanlage des Gesetzes auf Prinzipien beruht, welche sich während Jahrzehnten und Jahrhunderten bewährt haben. Ich schließe mich dieser Auffassung an.

Aus juristisch-intrasystematischen Gründen wird eine Revision grundsätzlich abgelehnt. Auch wird von Professor BUCHER gefragt, ob der Gesetzestext noch den heutigen Auffassungen gesellschaftlicher Verantwortung entspricht.

Aus Stellungnahmen in der Doktrin und Gerichtspraxis der letzten Jahrzehnte hat sich ergeben, daß die Grundsätze und Voraussetzungen des vertraglichen und außervertraglichen Schadenersatzes, einschließlich der Haftpflichtnormen, mit Bezug auf die Entwicklung der Wirtschaft und Technik zu überprüfen und auszurichten sind.

Folgendes Beispiel führe ich an:

Der Werkeigentümer haftet gemäß Art. 58 des OR kausal und unbegrenzt. Die Idee der Haftbarkeit ohne Verschulden stützt sich auf verschiedenartige Überlegungen, einerseits auf Erwägungen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit und andererseits auf historische und soziale Momente. Wenn auch die Gefährdung in Gerichtsurteilen eine Rolle gespielt hat, so wird doch der Billigkeitsgedanke des Interessenausgleiches als Rechtfertigungsgrund für Art. 58 OR bezeichnet.

Weil der Eigentümer als solcher die Vorteile seines Gebäudes oder Werkes hat, soll er auch für die Nachteile, welche Drittpersonen durch das Gebäude oder das Werk zugefügt werden, schlechthin verantwortlich sein.

Hiegegen wird eingewendet, daß der Gesetzgeber von 1911 zweifellos nicht an immense Risiken, wie solche heute von vielen Werkeigentümern zu tragen sind, gedacht hat. Die Vorteile, welche der Eigentümer hat, vermögen unbegrenzte und mit Ausnahme von der Automobilhaftpflicht unversicherbare Risiken nicht aufzuwiegen. Hohe Schadensummen zu versichern, ist mit sehr teuern Versicherungsprämien verbunden. Von einem Interessenausgleich kann also nicht mehr die Rede sein.

Die Einführung der gesetzlichen Haftungsbegrenzung für Werkeigentümer, wie sie für andere Haftungen schon besteht, drängt sich auf.

Zum Beispiel sind das Aktienrecht, das Arbeitsvertragsrecht, das Mietrecht und teilweise das Kaufrecht den Erfahrungen und zeitgemäßen wirtschaftlichen Gegebenheiten durch Revisionen angepaßt worden. Zum Aktienrecht liegt bereits ein neuer Entwurf vor.

Es ist bezüglich des besonderen Teiles des Obligationenrechts geboten, ebenfalls nachzuprüfen, ob auch Bestimmungen des Kauf- und Werkvertrages, besonders im Hinblick auf die Gewährleistungen und Haftungen den derzeitigen Erfordernissen angeglichen werden müssen.

Die tiefere Bedeutung der Referate und der heutigen Diskussion kann wohl nicht darin erblickt werden, daß diese sich in der retrospektiven Betrachtung und Würdigung des geltenden Rechtes erschöpfen. Vielmehr ist zu überlegen, ob es nicht die besondere Aufgabe des Schweizerischen Juristenvereines ist, sich mit den aufgeworfenen und gewichtigen Problemen weiter zu befassen, Themen der Grundlagendiskussion zu behandeln und bestimmte Vorschläge von Detailänderungen aufzustellen.

Der Schweizerische Juristenverein ist berufen und legitimiert, die Impulse für die Aufnahme von Revisionsstudien zu geben.

Das Eidg. Justizdepartement wird eine Anregung des Schweiz. Juristenvereins begrüßen und dieser volle Beachtung und Aufmerksamkeit schenken.

Meine Damen und Herren, es ist wohl auch Ihre Auffassung, daß eine Studienkommission, oder sagen wir Expertenkommission, die Frage der Notwendigkeit einer Teilrevision des geltenden Obligationenrechtes sachkundig nach allen Aspekten überprüfen kann und in der Lage ist, einen allfälligen Vorentwurf auszuarbeiten.

Damit eine allseitige Interessenabwägung gewährleistet ist, sollten in dieser Kommission Vertreter der Rechtswissenschaft, der Rechtsanwendung, der Gerichtspraxis sowie solche aus Handel, Gewerbe und Industrie mitwirken.

Dr. G. F. BALASTÈR, St. Moritz:

1. Das 100-jährige Jubiläum des Schweizerischen Obligationenrechts erhält Sinn und Inhalt vor allem dadurch, daß es uns Gelegenheit gibt, bei grundsätzlichen Fragen zu verweilen.

2. Viel zu reden gab und gibt im Zusammenhang mit den Art. 62 ff. OR die Frage der Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs. Es handelt sich dabei vor allem um eine im Schweizerischen Recht aufgetretene und eingehend behandelte Frage. In dem dem Schweizerischen weitgehend entsprechenden Deutschen Recht, vgl. BGB § 812–822, ist das Problem weit weniger aktuell. Anders als bei uns ging man in Deutschland von Anfang an davon aus, Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung könnten ohne weiteres in Konkurrenz zu anderen stehen, und in diesem Sinne stehe dem Kläger das Wahlrecht zu. Bei uns herrscht die Auffassung vor, so lange dem Kläger andere Möglichkeiten zur Verfügung stünden, müsse er diese einsetzen, auf die Bereicherungsklage könne er erst zurückgreifen, wenn alle Stricke reißen (vgl. MARTIN A. WENNER, Die Voraussetzungen des Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Subsidiarität, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Nr. 518, Zürich 1977, S. 135 ff.; KELLER/SCHAUFELBERGER, Das schweizerische Schuldrecht, Band III, ungerechtfertigte Bereicherung, Basel und Frankfurt am Main 1982, S. 5/6; BGE 74 II 24; 102 II 338). Neben anderen Wandlungen zeichnet sich in der neuesten Literatur eine Abkehr von dem über Jahrzehnte hochgehaltenen Subsidiaritätsprinzip ab, und auch das Bundesgericht scheint in BGE 107 II 220 sich davon trennen zu wollen, wenn auch auf diskutable Weise. Bei aller Betonung des Subsidiaritätsprinzips war man sich in der Lehre zum Bereicherungsrecht längstens bewußt, daß Bereicherung und Vindikation einander ausschlossen, daß sich in diesem Falle die Frage der Subsidiarität gar nicht stellte. So lange der Eigentümer weiß, wo die ihm abhanden gekommene Sache sich befindet, kann er sie vindizieren, weil der andere an ihr nicht mehr als unselbständigen Besitz erworben hat und mithin nicht als ungerechtfertigt bereichert

im Sinne von Art. 62 ff. OR gelten kann. Nicht weniger einmütig war und ist man sich darüber, daß gegenüber Ansprüchen aus Vertrag der Bereicherungsanspruch zurückzutreten hat. Trotz Vorbehalten gegenüber der herkömmlichen Meinung, der Anspruch auf Erfüllung einer Vertragspflicht sei der Erfüllung selbst gleichzusetzen, gelangt WENNER am angeführten Ort, Seiten 144/45, zum Schluß, Konkurrenz der Bereicherungsansprüche gegenüber Vertragsansprüchen sei unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität im eigentlichen Sinne abzulehnen. Was aus Vertrag geleistet werde, beruhe auf einem gültigen Rechtsgrund und könne gar nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung nach Art. 62 ff. OR führen. Es stellt sich mit anderen Worten die Frage der Subsidiarität abermals nicht. Bereicherung im wirtschaftlichen Sinn des Wortes beinhaltet noch keine kondizierbare ungerechtfertigte Bereicherung. Gerade das hat das Bundesgericht in dem vom Referenten kritisch gewürdigten Entscheid 107 II 220 verkannt und, das Prinzip der Subsidiarität verlassend, eine Konkurrenz zwischen Bereicherungs- und Vertragsanspruch hergestellt, die es gar nicht geben kann. Mehr noch: Es ersetzt nachgerade den Vertragsanspruch durch die Kondiktion. Gleichzeitig führt das Bundesgericht damit das Bereicherungsrecht in das Vertragsrecht ein, und es braucht wenig Phantasie, um sich die praktischen Auswirkungen vorzustellen, die das haben könnte, vor allem in Verbindung mit der bloß einjährigen Verjährungsfrist des Art. 67 OR.

4. Am Beispiel des zuviel bezahlten Werklohnes, welcher laut Kantonsgerichtsausschuß Graubünden und Bundesgericht trotz umstrittener Abrechnung nur noch kondizierbar sein soll, stellt sich die Frage, wie es sich damit verhalten würde, wenn in diesem oder irgend einem anderen Vertrag der Saldo unbestritten geblieben wäre, der Bereicherte sich aber gleichwohl weigern würde, den geschuldeten Mehrbetrag herauszugeben; es stellt sich die Frage, ob nicht *Novation* der erloschenen Vertragsobligation in eine Bereicherungsobligation angenommen werden könnte aufgrund der Tatsache, daß der Bereicherte durch Vermischung Eigentum am Geld des Entreicherten erlangte. Diese Frage stellen KELLER/SCHAUFELBERGER (a. a. O., S. 11), wenn der Vertrag ex tunc dahinfällt. Auf das ganze gesehen scheint mir das Problem um Vertrags- oder Bereicherungsanspruch zufolge originären Eigentumserwerbs ungelöst und darum prüfenswert. Ausgehend von der herrschenden Meinung möchte man annehmen, daß unter dieser Voraussetzung der die Vermögensverschiebung dominierende

vertragliche Rechtsgrund maßgeblich für die Rückforderung des zuviel Bezahlten bleiben sollte, daß keine Novation der Vertragsobligation in einen Bereicherungsanspruch eintritt.

5. Wie bereits angedeutet, bringt der erst mit der Revision des Jahres 1911 in das Gesetz eingeführte Art. 67 OR mit seiner kurzen, relativen *Verjährungsfrist* von einem Jahr gegenüber der Regelung von 1883 eine erhebliche Verschärfung. Dies zeigte sich auch am konkreten Fall des zuviel bezahlten Werklohnes, bei dem der Besteller mit seiner Klage deswegen nicht durchdrang, weil sich der Unternehmer erfolgreich auf Art. 67 OR berufen konnte. Es kann kaum der Sinn des Bereicherungsrechts sein, das ihm innewohnende höchste Ziel, ungerechtfertigte Vermögensvermehrungen wieder auszugleichen, auf diese Weise illusorisch zu machen. Man ist beinahe versucht, Art. 67 OR als sittenwidrig zu bezeichnen, was sich umso ironischer ausnimmt, als der vorangehende Art. 66 OR rechts- oder sittenwidrige Vermögensverschiebungen für nicht kondizierbar erklärt. Ohne den Art. 67 OR hätte auch die in BGE 107 II 220 behandelte Streitsache viel von ihrer punktierten Schärfe verloren, weil es dann zum Sachentscheid gekommen wäre, bei dem es praktisch keine so große Rolle mehr spielte, ob der zuviel bezahlte Werklohn nach Bereicherungsrecht oder aufgrund des Werkvertrages hätte zurückbezahlt werden müssen, freilich unter dem Vorbehalt von Art. 64 OR. Indessen ändert diese Überlegung nichts an der grundsätzlichen Feststellung, daß im Schweizerischen Recht zur Zeit Bereicherungsansprüche absolut nach 10 und relativ nach einem Jahr verjähren. Gerade darum ist der Wunsch am Platz, daß die Verjährungsfreudigkeit nicht so auffällig in den Vordergrund gerückt wird, wie im mehrfach erwähnten Fall aus Scuol, als auf kantonaler Ebene dem Anwalt der Klägerin mit dem Hinweis auf Verjährung sogar mutwillige Prozeßführung vorgeworfen wurde.

Dr. François Picot, Genf:

Comme les orateurs précédents, je tiens à exprimer notre reconnaissance aux deux rapporteurs pour les travaux remarquables qu'ils nous ont présentés. Un siècle de jurisprudence et toute la partie générale du Code des obligations, ils avaient un travail difficile devant eux et ils l'ont mené à bien avec beaucoup de sagacité et de profondeur.

Ils ont touché de multiples problèmes auxquels il n'est pas

possible, dans le temps limité réservé à cette discussion, de s'attacher.

Je désire cependant relever un de leurs mérites. Ils nous obligent à réfléchir sur le sens de la justice, du juste et de leurs rapports avec la loi, dans le cas présent le Code des obligations.

Je m'explique:

En page 20 à 34 de son rapport, le professeur PIERRE ENGEL fait un exposé du plus haut intérêt sur ce qu'il appelle: «la portée sociale ou socialisante de l'article 2 CCS». Il insiste à juste titre sur l'influence de cet article et son rôle dans l'interprétation du Code des obligations puisqu'il est applicable dans le Code des obligations comme dans tous les autres domaines du droit. Monsieur le conseiller fédéral FRIEDRICH vient de rappeler cela dans son discours.

En page 24 et 25 de son rapport, Me ENGEL cite l'arrêt Bieri c/ Schneuwli (RO 72/1946 II, p. 39 considérant 2, JdT 1946 I, p. 386, 388 considérant 2):

> «La jurisprudence reconnaît depuis longtemps que l'art. 2 CC est la limite de l'exercice de tout droit (RO 47 II 453, JdT 1922 p. 533); cet article a son fondement dans la constatation que le droit positif ne peut pas prévoir dans leurs moindres détails et régler d'avance tous les conflits qui naissent de la vie en société. Malgré les efforts du législateur pour établir un ordre juridique sans lacunes, il y aura toujours des cas particuliers où l'application rigide des principes légaux provoquerait des injustices inadmissibles. Ainsi notamment, lorsque des droits individuels sont exercés contrairement à la bonne foi. L'al. 2 de l'art. 2 CC, en refusant la protection légale à l'abus manifeste d'un droit, forme le complément indispensable de l'al. 1, qui impose à chacun le devoir d'agir selon les règles de la bonne foi.»

Certes, cet arrêt a été critiqué par le professeur MERZ, il n'a pas été complètement suivi par la pratique ultérieure.

Cet arrêt a cependant une résonance profonde. Les idées qu'il exprime remontent haut dans l'histoire. On peut le rapprocher d'un texte d'ARISTOTE dans «l'Ethique de Nicomaque», livre 5 chapitre 6. ARISTOTE examine dans ce chapitre les rapports entre l'équité et la loi et il s'exprime de la manière suivante:

> «Ce qui cause notre embarras, c'est que ce qui est équitable, tout en étant juste, ne l'est pas conformément à la loi; c'est comme une amélioration de ce qui est juste selon la loi.
>
> La raison en est que toute loi est générale et que, sur des cas d'espèce, il n'est pas possible de s'exprimer avec suffisamment de

précision quand on parle en général; lors donc qu'il est indispensable de parler en général et qu'on ne peut le faire avec toute la précision souhaitable, la loi ne retient que les cas ordinaires, sans méconnaître d'ailleurs son insuffisance. La loi n'en est pas moins bien ordonnée. La faute ne lui est pas imputable, non plus qu'au législateur; elle découle de la nature de l'action, telle étant bien exactement la matière des actes.

Lorsque la loi s'exprime pour la généralité des cas, et que postérieurement il se produit quelque chose qui contrarie ces dispositions générales, il est normal de combler la lacune laissée par le législateur et de corriger l'omission imputable au fait même qu'il s'exprimait en général. Le législateur lui-même, s'il était présent, y consentirait et, s'il eût prévu la chose, eût introduit des précisions dans la loi.

Aussi ce qui est équitable est-il juste, supérieur même en général au juste, non pas au juste en soi, mais au juste qui, en raison de sa généralité, comporte de l'erreur. La nature propre de l'équité consiste à corriger la loi, dans la mesure où celle-ci se montre insuffisante, en raison de son caractère général.»

Ces réflexions sur le droit et la justice, elles figurent également, mais sous une autre forme, dans le rapport de M. le professeur BUCHER.

Si nous prenons les pages 344 et 347 sur ce qu'il appelle le «Rigorismus», pages dans lesquelles il critique l'application trop stricte de la prescription, notamment pendant la durée d'un procès et les conditions difficiles mises à l'acheteur pour faire valoir les défauts de la chose.

Et c'est surtout sa conclusion que je voudrais relever, aux pages 376 à 380, dans lesquelles il parle d'une «Forderung größerer Freiheit von Wissenschaft und Praxis gegenüber dem Gesetzestext».

Certes, lorsque l'on parle d'une plus grande liberté vis-à-vis de la loi, certains expriment des craintes et voient tout de suite une liberté beaucoup trop grande vis-à-vis du texte qui lui permettrait de faire dire n'importe quoi. Tel n'est pas le cas. Il faut remonter aux sources classiques du droit. J'ai cité un texte d'ARISTOTE, je pense que nous pouvons reprendre également l'adage classique que m'avait appris notre ancien président, le professeur SIMONIUS à l'Université de Bâle et qui se trouve au début du livre 17 du Digeste: «Jus non a regula sumatur sed a iure quod est regula fiat.»

Ce qui veut dire que l'on admet qu'il y a un juste sous-jacent à la loi, parfois même plus juste qu'elle comme nous venons de le lire.

Il faut que nous apprenions à méditer à nouveau sur la distinction d'ARISTOTE entre la *δικαιοσύνη*, la justice et *το δίκαιον*, ce qui est juste.

Il y a la justice qui est une vertu, mais il y a ce qui est juste, ce qui est juste dans la cité, ARISTOTE parle parfois du *δίκαιον πολιτικόν*, ce qui est juste dans la polis. La loi en est une expression qui n'est pas la seule. Elle doit être abordée du point de vue du droit, c'est-à-dire du juste. Il y a là une réflexion qui doit être approfondie sur la base des deux ouvrages que nous avons devant nous aujourd'hui et notamment des conclusions du professeur EUGEN BUCHER.

LUDWIG A. MINELLI, Zürich:

Herr Professor BUCHER hat auf den Seiten 293 ff. seines Referates, das ich mit großem Interesse gelesen habe, für eine vermehrte Kostenverlegung im Prozeß nach dem Veranlassungsprinzip plädiert. Ich teile seine Meinung durchaus in Bezug auf den Zivilprozeß. Sie hat dort ihre Richtigkeit, denn die bisher angewandten Kostenverlegungsprinzipien orientieren sich viel zu starr an äußerlichen Gesichtspunkten des Obsiegens oder Unterliegens.

Andererseits möchte ich davor warnen, die Kostenverlegung nach dem Verursacherprinzip, wie sie für das Zivilrecht geboten ist, unbesehen auf das Strafrecht zu übertragen. Wir haben es im Kampf um die Bedeutung der Unschuldsvermutung nach Artikel 6 Absatz 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention immer wieder erlebt, daß die Strafprozeßrechtler sich auf dieses zivilprozessuale Element berufen haben. Wer dies tut, muß sich vorwerfen lassen, nicht genügend unterscheiden zu können. Im Privatrecht stehen sich zwei Private gegenüber, die im Verhältnis zueinander gleichgeordnet sind. Ganz anders im Strafrecht. Hier steht das Individuum dem Staat und seinem Strafanspruch keineswegs gleichgeordnet gegenüber, und zwar auch dann nicht, wenn ein Privater, der Verletzte, die Anklägerrolle spielt.

Prof. EUGEN BUCHER (nachträglich zu Protokoll gegebenes Schlußvotum des Referenten):

Auf die Frage der Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wie auch auf haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte möchte ich auch in meinen Schlußbemerkungen nicht eingehen,

nachdem diese Gegenstände auftragsgemäß auch im schriftlichen Referat nicht behandelt wurden.

Falls der Eindruck bestünde, daß ich jede Änderung am Gesetz oder dessen Ergänzung ablehnen würde, wäre ich falsch verstanden worden. Wenn Herr Kollege GUINAND postuliert, es sei den «Verträgen mit sozialer Dimension» (Arbeitsvertrag, Miete) im Allgemeinen Teil Rechnung zu tragen, dann glaube ich allerdings, daß trotz aller bei diesen Verträgen bestehenden Besonderheiten kein praktischer Vorteil resultiert, wenn man allgemeine Prinzipien formuliert. Die sachlichen Anliegen können nur durch eine auf konkrete Sachverhalte bezugnehmende Sondergesetzgebung in dem Stil, wie er mindestens im Arbeitsrecht bereits gefunden ist, verwirklicht werden. Nur bei den «Konsumverträgen» (dem Problem der AGB) ließe sich, als Alternative zu dem sehr detaillierten Sondergesetz nach deutschem Muster, eine im Allgemeinen Teil ihren Platz findende Generalklausel denken. Im übrigen habe ich es nicht als meine Aufgabe verstanden, zu untersuchen, ob es hilfreich wäre, zu neu auftauchenden Vertragstypen eine Normierung im Gesetz zu erhalten. Die Frage, in dieser Allgemeinheit gestellt, scheint mir auch sinnlos. Die Problematik kann nur fallweise und bezogen auf ganz bestimmte Vertragssituationen in Angriff genommen werden. Dabei wird die Erfassung und Abgrenzung der Phänomene, die man normieren will, die erste und schwierigste der zu bewältigenden Aufgaben sein. Hier wird die wissenschaftliche Diskussion bei der praktischen Einzelproblematik (z. B. «Soll der ‹Reisevertrag› – was das auch immer sei – normiert werden?») einzusetzen haben, während eine Grundsatzdiskussion über die Wünschbarkeit der Normierung neu aufgetretener Vertragsarten im allgemeinen wenig bringen kann. Wenn auch der in der Diskussion gefallene Vorschlag, hier Gesetzgebung gewissermaßen nach dem «trial and error»-System zu betreiben, hierzulande wenig realistisch ist, möchte ich doch ganz dafür eintreten, schrittweise vorzugehen, d. h. wenn schon nur einen einzelnen der anvisierten Vertragstypen auf einmal zu normieren, um bei der Normierung weiterer Typen gemachte Erfahrungen zu verwerten. In jedem Fall aber gilt, daß privatrechtliche Gesetzgebung sich nicht dekretieren läßt, sondern nur basierend auf doktrineller Vorbereitung und gestützt auf einen gewissen Konsens der Theorie Erfolg verspricht.

Über das Votum von Herrn Dr. PICOT bin ich naturgemäß überaus glücklich. Es zeigt, daß Recht und Gesetz nicht identifi-

ziert werden dürfen. Aber es dürfen auch Gesetz und Gesetzes*text* nicht identifiziert werden. Wenn ich ein Zurückgehen auf die Überlieferung vorschlage, so nicht, um diese an die Stelle des Gesetzes treten zu lassen, sondern in der Meinung, daß die grammatikalische Auslegung des Gesetzes*textes* heute nichts mehr bringen kann und daß das, was das Gesetz selber will (oft auch im Negativen, durch bewußte Statuierung einer Neuerung) nur aus dem früheren Rechtszustand und der Gedankenwelt der Schöpfer des Gesetzes verstanden werden kann. Darüber hinaus möchte ich allerdings auch hier noch einmal betonen, daß unkritische Verallgemeinerungen in Methodenfragen verfehlt sind. Es gibt nicht nur keine «Auslegungslehre» schlechthin (S. 355, Anm. 109 des Referats), sondern auch kein allgemeines Postulat der «Treue zum Gesetz»: Diese Forderung muß etwas völlig anderes heißen im Verfassungsrecht, Straf- oder Steuerrecht als im Privatrecht und hier wieder etwas anderes je nach Sachbereich. Im Obligationenrecht (und besonders im Vertragsrecht), wo dem Gesetzgeber von der Sachlogik her ein eigenständiges Ordnen der Verhältnisse der Betroffenen verwehrt ist und er sich in gewissem Sinn zum Interpreten der Willensmeinung der Beteiligten machen muß, hat diese «Treue zum Gesetz» bloß eingeschränkte Funktion.

Herrn Kollegen STARK möchte ich antworten, daß meine Meinung natürlich nicht dahin geht, das auftragsrechtliche Widerrufsrecht von OR 404 in den Arbeitsvertrag einführen zu wollen (dessen Abgrenzung gegen den Auftrag ist übrigens auch meist unproblematisch). Es geht nicht um die Ausweitung der Anwendung von OR 404 auf Bereiche außerhalb des Auftragsrechts, vielmehr umgekehrt um dessen einengende Handhabung in Grenzbereichen des Auftrags, wo angesichts des aufgegebenen Unentgeltlichkeitserfordernisses das Widerrufsrecht nur noch durch den Vertrauensgedanken gestützt wird. Am Beispiel der Brot holenden Nachbarin ist das Widerrufsrecht durch die Unentgeltlichkeit gerechtfertigt; im Falle der Vereinbarung eines Entgelts könnte ich im gleichen Fall in der Tat einen Grund für die Widerruflichkeit nicht erkennen und würde diese vielleicht auch ausschalten wollen, den Vertrag wenigstens in diesem Punkt als Arbeitsvertrag qualifizierend.

Die Anklage von Herrn Kollegen TERCIER über die ungenügende Berücksichtigung des welschen Schrifttums in der deutschen Schweiz ist mehr als zutreffend, und ich möchte ihn voll unterstützen. Auch wenn ich mich selber nicht ganz von der Bank der berechtigterweise Angeklagten wegschleichen

möchte, will ich immerhin festhalten, daß der Vorwurf, den «mauvais goût» zu haben, das *magnum opus* von Herrn ENGEL im Literaturverzeichnis totzuschweigen, nicht meine eigenen Darstellungen des OR trifft. Nicht bloß zitiere ich Herrn ENGEL, sondern ich habe ihn auch mit Gewinn gelesen und von der bei ihm wie nirgends sonst hervortretenden «komparatistischen Dimension» besonderen Nutzen gezogen. Im übrigen darf noch bemerkt werden, daß die Forderung nach vermehrter Berücksichtigung des französischen Rechts und dessen Doktrin im Vertragsrecht, von dem hier gehandelt wurde, weniger Bedeutung haben kann als im Haftpflichtrecht, wo in der Tat ein schreiendes Defizit hinsichtlich der Verwertung der französischen Rechtstradition besteht.

M. le Professeur PIERRE ENGEL (intervention finale):

Je voudrais simplement dire à M. AUBERT que je partage entièrement son avis sur les nécessités de l'information. Ce serait le rôle des associations de défense des consommateurs, par exemple, de publier un «guide» à l'intention des jeunes gens et des jeunes filles sur tout ce que ceux-ci devraient savoir sur le contrat en général. Des séminaires organisés dans nos différentes facultés de droit pourraient d'ailleurs également être mis à profit pour ce genre de travail éminemment pratique. Pour ce qui est de la suggestion de M. le Prof. GUINAND concernant la division tripartite des contrats et l'inclusion, dans la partie générale du CO, d'un régime qui leur soit propre, elle mérite réflexion. La question est de savoir si les contrats qu'il a cités ne sont pas issus d'une situation contingente, ou si au contraire on se trouve en présence d'un phénomène durable. Quoi qu'il en soit, il conviendra d'étudier cette intéressante proposition.

M. le Juge fédéral JEAN-FRANÇOIS EGLI:

Je tiens pour clore cette séance à remercier vivement nos deux rapporteurs de leur travail, ainsi que tous les orateurs pour leur intervention de ce matin. Je vous remercie également, Mesdames et Messieurs, de l'intérêt que vous avez manifesté à nos travaux de ce jour.

Fin de la première partie de l'Assemblée (vers 12 h. 30).

Sitzung vom Sonntag, den 25. September 1983
im Kurtheater Baden

Präsident:
Dr. P. MENGIARDI, Basel

Der Präsident eröffnet um 09.30 die Sitzung.

Zur Behandlung gelangen die verbleibenden Verwaltungsgeschäfte gemäß der Traktandenliste.

V.

Fortsetzung der Beratung der Verwaltungsgeschäfte

5. Bericht der Stiftung «Rechtsquellenfonds des Schweizerischen Juristenvereins»

Der Präsident verliest folgenden von Prof. HANS HEROLD verfaßten *Bericht der Stiftung Rechtsquellenfonds:*

Seit dem letzten Juristentag wurde es möglich, zwei Bände herauszubringen, denjenigen von *Neuchâtel* und den dritten von Dr. SCHORTA, der dem *Münstertal* gilt. Im Druck befindet sich der Band *Langwies,* bearbeitet von Frau Dr. ELISABETH MEYER-MARTHALER.

Im Werden stehen *Bern.* Der Band *Oberhasli* wird gesetzt, sobald die Finanzierung einigermaßen gesichert ist. Nachdem die Weltistiftung alle Honorare jahrelang übernommen hatte, sollten für den Druck Mittel aus anderen Quellen erhältlich sein. Dieselbe Stiftung hat Frau Dr. HÄUSLER-DUBLER Zusicherungen gemacht, um die *Rechtsquellen des Emmentals* in Angriff zu nehmen. Vom Nationalfonds besoldet hat Herr Dr.

PAUL BLOESCH die *Regestensammlung Biel* praktisch abgeschlossen und dehnt sie auf den *Ergel* aus.

Luzern: Herr Dr. A. BICKEL hat eine Fülle Material zusammengestellt für *Willisau* und sein Amt. Der Stiftungsrat wird damit, wie auch anderswo, vor Kürzungsprobleme gestellt werden.

Glarus: Herrn Dr. STUCKIS vierbändiges *Urkundenwerk* macht große Fortschritte. Der erste Band liegt gedruckt vor, der zweite ist im Satz.

Basel: Frau Dr. SCHWARZ arbeitet, unterstützt vom Staatsarchiv, am *kleinen weißen Buch* halbtagsweise weiter.

Schaffhausen: Die Arbeit am *Register* erweist sich als sehr mühsam. Leider muß mit weiteren Verzögerungen gerechnet werden.

Flott voran bringt dagegen in *Appenzell* Dr. GISLER seine Arbeit an den *Landbüchern*. Nächstens kann über die Drucklegung befunden werden.

Dasselbe gilt auch für den Band *Wil St. Gallen,* der dadurch etwas verzögert wurde, daß Frau Dr. BLESS-GRABHER sehr mühsam Zutritt zum Pfarrarchiv erhielt.

Prof. Dr. FERDINAND ELSENER, der an Pfingsten 1982 plötzlich vom Tode ereilt wurde, hatte vor seiner Berufung nach Tübingen das *Urkundenwerk Rapperswil SG* weit erforscht und hoffte, es während seines Lebensabends abschließen zu können. Der Präsident der Rechtsquellenstiftung setzte sich mit den maßgebenden Persönlichkeiten der Ortsbürger und der Politischen Gemeinde Rapperswil in Verbindung, wo er auf bestes Verständnis stieß, zumal der Verstorbene in bestem Andenken steht. In Dr. A. STADLER wurde ein Bearbeiter gefunden, den die St. Gallische Kantonsbibliothek teilweise freistellt.

Der Stand *Graubünden* ist einleitend beleuchtet worden. Die Hauptarbeit von Dr. SCHORTA ist nun das *Glossar,* worin drei Sprachen vorkommen und aufeinander abzustimmen sind, jene des Stiftungsrates die Finanzierung. Gerne würde er auch die Rechtsquellen der Cadi weiter erschließen. Dr. TOMASCHETT hat bedeutende Vorarbeiten geleistet. Leider bleibt ihm ein wichtiges Privatarchiv noch immer verschlossen.

In der *Waadt* konnte Frau Dr. MATZINGER-PFISTER ihre Untersuchungen über die Zeit der *bernischen Herrschaft* derart fördern, daß sie den Stiftungsräten den Abschluß einigermaßen aufzeigen konnte.

Sehr große Fortschritte machte die *Regestensammlung* aus dem Generallandesarchiv in *Karlsruhe*. Ein dritter Band geht in

Druck. Die Zusammenarbeit zwischen Herrn Dr. SALZMANN und Frau Dr. GEIGES ist sehr fruchtbar, ebenso das Verhältnis zum Verleger HANS ROHR in Zürich. Nachdem Staatsarchiv und Universität Zürich schon namhaft gespendet haben, ist nun noch ein Gesuch beim Regierungsrat des Kantons *Thurgau* hängig, auf den sich die meisten Regesten beziehen. Das Privatarchiv der Zollikofer von Altemkiem wird in der Weise miteinbezogen, als nach und nach alle Urkunden zur Ablichtung nach Zürich gebracht werden und das Kantonsarchiv Frauenfeld Ablichtungen erhält.

Dr. P. MENGIARDI spricht Herrn Prof. HANS HEROLD, den übrigen Mitgliedern des Stiftungsrates sowie seinen Mitarbeitern seinen Dank für die enorme Arbeit aus. Ebenso dankt er den zahlreichen öffentlichen und privaten Institutionen sowie den Privatpersonen, die die Arbeit durch ihre finanziellen Beiträge erst ermöglicht haben.

6. Bestimmung des Ortes der ordentlichen Generalversammlung 1984

M. le Professeur LOUIS DALLÈVES (au nom du Comité d'organisation de la prochaine Assemblée générale de la SSJ):

Il y a dix-huit ans que la SSJ a tenu son dernier Congrès en Valais, plus précisément à Zermatt. Le tour de notre canton est donc revenu. Nous vous proposons donc de nous réunir l'année prochaine à Crans-Montana. Les juristes valaisans seront très honorés et très heureux de vous y accueillir.

Die Versammlung stimmt dem Vorschlag, den Schweizerischen Juristentag 1984 in Crans-Montana durchzuführen, zu.

Der Präsident stellt in Aussicht, mit dem Vorstand das Problem zu diskutieren, ob es noch zeitgemäß sei, den zweiten Verhandlungstag an einem Sonntag durchzuführen. Unter Umständen wird dieses Problem an der nächsten Jahresversammlung zur Sprache kommen.

7. Allfälliges

Ludwig A. MINELLI äußert sich über die zu laute Musik des gestrigen Abends und fordert den Vorstand auf, künftig für eine leisere Musik besorgt zu sein.

Der Präsident nimmt diese Anregung entgegen.

Die Herren Dr. JOHN OCHSÉ und Dr. PHILIBERT LACROIX teilten dem Präsidenten altershalber ihren Rücktritt als Rechnungsrevisoren mit.

Der Präsident spricht den beiden Herren Dank für ihre große Aufopferung und ihre langjährige uneigennützige Arbeit für den Juristenverein aus. Als Nachfolger für die noch verbleibenden zwei Jahre der laufenden Amtsperiode werden auf Vorschlag des Vorstandes
JEAN-MARC JOERIN, lic. iur., Advokat, Direktor der Fides Treuhand, Basel, und
Dr. FRANÇOIS MAGNIN, avocat, Lausanne,
gewählt.

Die Revisoren des Juristenvereins amten auch gleichzeitig als Revisoren der Stiftung Rechtsquellenfonds des Schweizerischen Juristenvereins.

Damit sind die Verwaltungsgeschäfte abgeschlossen.

VI.

Einführende Berichte der Referenten zum Thema:
Intertemporales Verwaltungsrecht

Der Präsident übergibt die Leitung der Diskussion Herrn Prof. ULRICH ZIMMERLI, Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Gümligen:

Die Ablösung von überholten Normen durch neue Bestimmungen, namentlich im dynamischen Verwaltungsrecht, stößt naturgemäß auf größere Schwierigkeiten als der Übergang von der Sommerzeit auf die Winterzeit. Insbesondere ist es nicht damit getan, für eine Stunde sozusagen den Rechtsstillstand anzurufen und dann mit der Inkraftsetzung des neuen Rechts zur Tagesordnung überzugehen. Ich nenne in diesem Zusammenhang die Stichworte Inkrafttreten, Geltung, Verbindlichkeit, Rück- und Vorwirkung, enttäuschtes Vertrauen des Bürgers in die Rechtsbeständigkeit. Der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins schätzt sich sehr glücklich, in den Herren Prof. BORGHI und KÖLZ zwei Referenten gefunden zu haben, die sich sehr sorgfältig mit der nicht immer geradlinig verlaufen-

den Rechtsprechung und mit der recht spärlichen Doktrin auseinandergesetzt und versucht haben, ein überzeugendes System des intertemporalen Verwaltungsrechts zu erarbeiten. Beide Referenten haben mit ihren Arbeiten dafür gesorgt, daß der Gesetzgeber keine glaubwürdigen Entschuldigungsgründe vorzubringen vermag, wenn er das Übergangsrecht weiterhin vernachlässigt. Die beiden Referate ergänzen sich vortrefflich und es ist nicht erstaunlich, daß die darin enthaltenen Feststellungen und Thesen, die wir heute diskutieren wollen, durchaus positive Vorwirkungen gezeitigt haben.

M. le Professeur MARCO BORGHI, Lugano, rapporteur de langue italienne:

Je suis parti de la double constatation que les critères permettant de résoudre les problèmes intertemporels sont principalement offerts, a postériori, par la jurisprudence, et que souvent la lacune législative constituant le cas d'espèce est due tout simplement au peu d'intérêt que le législateur, fédéral et cantonal, voue à ce sujet, peut-être à cause de son caractère apparemment éphémère.

Procédant de cette constatation empirique, j'ai essayé de dégager les deux concepts de «vigenza» et «efficacia», en soulignant cette distinction souvent oubliée; en français on parle de façon indifférenciée de «mise en vigueur», en allemand de «Inkraftsetzung», en englobant sous ces termes syncrétiquement l'aspect technique, formel, relatif à la fin de la procédure d'adoption d'une loi, et l'aspect lié à son efficacité (dans le sens de «Verbindlichkeit», d'effet ou force obligatoire, non de «Wirksamkeit», qui a un caractère plutôt sociologique). L'efficacité peut coïncider avec la mise en vigueur, mais peut en constituer une phase différente, précédente ou postérieure.

Les deux concepts constituent l'instrument le plus important dont dispose le législateur pour prévenir les injustices, souvent produites par les exigences de l'évolution normative. Pragmatique, la jurisprudence, nécessairement confrontée à des cas d'espèce, les a résolus soit en appliquant les principes généraux de l'activité administrative, soit en fixant et en spécifiant certains principes tels que la non-rétroactivité, soit en se référant à la protection des droits acquis, les deux principes ayant d'ailleurs historiquement une racine commune.

En réalité, ces principes ne constituent pas des critères décisifs

permettant de résoudre les problèmes intertemporels. Supposons l'existence d'un droit acquis dans un cas d'espèce: la nouvelle loi ne lui est tout simplement pas applicable; la situation de fait continue à être soumise à l'ancienne législation, indépendamment du caractère temporel de la nouvelle. Le principe de non-rétroactivité engendre plus de confusion qu'il n'est d'utilité en cas de rétroactivité improprement dite. En réalité, il s'agit là d'un cas d'application d'une norme ayant effet dans le futur à une situation de fait née dans le passé. En argumentant a fortiori, à la limite, même la rétroactivité proprement dite est une notion utile au niveau terminologique et conceptuel, mais n'a pas de valeur discriminatoire absolue.

En effet, cette interdiction, selon la jurisprudence, n'est que relative, elle dépend des circonstances et n'est soumise qu'aux principes généraux de l'activité administrative avec cette seule condition apparemment spécifique: la limitation dans le temps. Or en réalité, la limitation dans le temps découle du principe de proportionnalité et se confond avec l'intérêt public de la norme, selon le même Tribunal fédéral, dans l'arrêt tessinois «Comune di Lugano» (103 I a 483).

J'ai par exemple encore rappelé dans mon rapport la doctrine dominante qui s'est exprimée sur la mise en vigueur anticipée (avec effet obligatoire) (art. 69 LRC) et sur la rétroactivité, pour montrer qu'il n'y a pas de différence taxonomique entre ces deux problèmes très épineux. Dans les deux cas, il s'agit d'une modalité d'effet obligatoire précédant la publication; les critères cités par les auteurs pour en déterminer la légitimité se réfèrent aux principes généraux, surtout à la mise en balance de l'intérêt collectif et de l'intérêt privé.

La jurisprudence a cherché la solution des conflits intertemporels en privilégiant l'application des principes de l'activité administrative choisis de cas en cas et selon les particularités de l'espèce, considérant nécessairement les concepts de mise en vigueur et d'efficacité comme des éléments de fait, objets figés du jugement. Par contre, ces concepts acquièrent un rôle principal dans le cadre d'une approche théorique générale, tandis que les principes de proportionnalité et d'intérêt public trouvent leur utilité dans la solution des cas d'espèce.

Ainsi, pour tenir compte de situations particulières, l'efficacité d'une loi pourrait être «différée» par un régime transitoire pouvant prévoir, pour certaines catégories de destinataires lésés par la nouvelle loi, des moyens spéciaux, aptes à protéger à la fois l'intérêt public et les intérêts individuels.

Si, comme M. KÖLZ, je suis d'avis que ces principes de l'activité administrative, in primis celui de proportionnalité, n'ont aucun intérêt spécifique en matière intertemporelle, je crois toutefois que ce dernier moyen peut être utile si on insère, dans le contexte de l'intérêt public général d'une loi, un élément temporel en plus, représenté par les droits des particuliers spécialement touchés par une mise en vigueur «intempestive». Le même argument vaut pour le principe de l'égalité. Il n'est pas spécifique au domaine intertemporel, mais il est utile puisqu'il permet de traiter de façon inégale des sujets de droit touchés différemment par des dispositions temporelles. En ce qui concerne la protection de la bonne foi (la possibilité et l'opportunité d'affronter les problèmes intertemporels avec ce principe, plutôt qu'avec les autres qui ont été mentionnés, ou celui de sécurité du droit, encore relativement peu développé) il faut dire que cette perspective choisie, en totale connaissance de cause, par M. KÖLZ, a, entre autre, le grand mérite de souligner la magna quaestio du droit intertemporel: il s'agit de l'attente (de la confiance) du citoyen dans la continuité d'un système juridique, ce qui d'ailleurs n'exclut aucunement le changement de celui-ci.

J'ai essayé d'introduire, dans ce domaine particulier du droit, la notion de *«système»,* empruntée à d'autres sciences, en en soulignant le caractère métajuridique: un système peut être considéré comme un ensemble ayant sa propre identité, sa structure, son but, ordonné non seulement selon des règles de validité formelles et hiérarchiques, intrinsèques, mais aussi, par sa force dynamique, selon des mécanismes autorégulateurs.

Ce concept a un intérêt particulier dans le cadre de toute interaction qui n'est pas statique. L'insertion de la variable «temps» dans le système juridique confère à celui-ci un caractère évolutif, diachronique permettant l'analyse systémique des éléments en relation.

Il faut bien évidemment distinguer ce concept de celui d'interprétation systématique d'un texte, ou d'un ensemble de textes législatifs, qui ne met en relation que des parties de ce ou de ces textes soumis, figés, inchangeables à l'exégèse. L'intérêt pour notre sujet d'une approche selon le modèle systémique est double:

a) Tout d'abord puisqu'un élément nouveau, une nouvelle loi, doit s'intégrer dans le système normatif en y maintenant les caractères qui le définissent (identité, structure et but), cette approche doit permettre de déceler les règles de transformation

du système normatif et d'en préciser les limites. Je pense aux catégories proposées par M. KÖLZ qu'on retrouve tout au long de son texte, telles que «Innovationshöhe» ou «Systemwandel».

b) Deuxièmement, plus important encore, la détermination des éléments de la norme interagissante, les intérêts d'un côté des élaborateurs de la norme, de l'autre des destinataires, et la détermination des mécanismes, des lois de cette interaction, permet une application directement opérative du modèle systémique: ce rapport est exprimé par un lien causal qui ne devrait pas avoir un caractère vertical, linéaire, du législateur au destinataire (l'autorité fait la loi, le citoyen n'a qu'à s'y plier) mais un caractère circulaire: dans une démocratie, même si l'autorité législative ne consulte pas les milieux intéressés pendant la procédure préliminaire, elle ne peut faire abstraction de l'existence des destinataires: la préoccupation de l'autorité législative d'éviter le référendum, par exemple, est très connue.

Le modèle systémique souligne cet effet anticipateur: la prévision de la réponse influence le stimulus: l'action du législateur est préalablement influencée par la prévision de la réaction des destinataires (qui, d'ailleurs, à leur tour réagiront en insérant dans leur réponse la prévision de la réplique du législateur et ainsi de suite). Lorsque la communication est suffisante, les destinataires ayant pu s'exprimer et retrouver leurs desiderata, éventuellement sous une forme réélaborée, la loi sera vraisemblablement acceptable et acceptée. Selon les catégories proposées par M. KÖLZ, on pourrait parler d'un degré d'autonomie suffisant pour qu'il y ait «Akzeptierbereitschaft» et «Fähigkeit».

Les problèmes surgissent lorsqu'il n'y a pas de communication du tout ou lorsque celle-ci est insuffisante, troublée. Par exemple, quand s'instaure le secret, le doute, l'antagonisme entre autorité législative et destinataires. L'enchaînement action-rétroaction prend alors une connotation négative et la communication se fait perverse puisque l'objet de la prévision est vicié, caractérisé par la défiance. Dans un tel cas, le défaut initial du projet de réforme se renforce et se fige finalement dans une erreur de la loi.

Lorsqu'il n'y a pas consultation, la communication existe tout de même, mais elle est réduite dans la meilleure des hypothèses à un seul effet-retour, et pour qu'elle soit valable, il faudrait que réellement l'autorité législative se soit préoccupée de tous les destinataires intéressés et qu'elle ait pu prévoir leurs

besoins par anticipation. C'est un cas comme celui de communication troublée, d'hétéronomie évidente.

Ce qui est important, c'est donc l'existence d'une réelle communication et d'une effective transparence des intentions et de l'activité de l'autorité législative, qui n'est qu'un élément du système normatif, devant nécessairement interagir avec l'autre, à savoir le destinataire et ses intérêts.

Or, quelquefois, l'autorité législative essaie même de surprendre les destinataires d'une loi lorsqu'elle imagine que ceux-ci tâcheraient de l'éluder s'ils en connaissaient les détails. Ce problème, d'ailleurs, se pose le plus souvent au niveau de la révision d'ordonnances et il n'est pas réglé dans la loi formelle.

Souvent dans ces circonstances, les destinataires sont plus affectés par la rapidité de la mise en vigueur que par le contenu matériel des nouvelles dispositions.

Ce qui est plus grave encore, c'est que le législateur a alors conscience du fait que son œuvre porte atteinte au droit d'une certaine catégorie de citoyens. Dans un tel cas, l'application de la loi sera combattue et la communication court-circuitée alors qu'une relation ouverte entre les deux partenaires, les deux éléments du rapport, aurait peut-être permis de trouver des solutions transitoires qui, tout en sauvegardant l'intérêt public visé par la nouvelle loi, éviteraient ou limiteraient le sacrifice de quelques-uns.

On sait combien de fois le législateur a été aveuglé par le but collectif poursuivi et a oublié l'existence de situations particulières et transitoires qui deviennent insolubles.

Souvent, s'y ajoute la tentation de l'administration, du fonctionnaire qui participe à l'élaboration d'un projet de loi, d'en effectuer une application anticipée («Vorwirkung» dans la forme d'une douteuse interprétation du droit en vigueur «Vorberücksichtigung») ou encore de retarder l'examen d'un dossier par des méthodes difficilement contrôlables et quasi inattaquables. J'ai rappelé dans mon rapport que les seules dispositions existant en matière de garantie à l'information sur l'activité législative, concernent la publication formelle des lois. Après avoir mis à jour certains problèmes terminologiques et conceptuels, j'ai souligné que la publication ne vise pas tellement à assurer la connaissance réelle du destinataire mais uniquement sa possibilité théorique; j'ai montré l'insuffisance de ce système et la nécessité, pour l'autorité, de cumuler les deux systèmes de publication, formel et matériel, tout au moins partiellement et dans certains domaines.

L'information préliminaire n'est assurée que partiellement dans les cantons. Au niveau fédéral, elle n'est prévue que dans les directives du Conseil fédéral, révisées en 1976, concernant la consultation dans la phase préparlementaire. Seuls quelques cantons (3 à ma connaissance) ont adopté des dispositions analogues; ils sont encore moins à avoir prévu la faculté pour l'autorité d'annoncer publiquement l'ouverture d'une consultation, avec le droit s'y participer ou l'obligation de procéder à la consultation, au moins pour les réformes législatives importantes.

J'ai souligné qu'on ne doit pas considérer les phases législatives comme distinctes et séparées, à savoir la phase préparlementaire, parlementaire, référendaire, celle de publication, de mise en vigueur, car la première phase déjà est liée à la dernière par une relation juridique spéciale qui ne peut pas se résoudre dans la publication officielle de la loi.

Le TF, par exemple, a jugé que la simple connaissance de l'intention du législateur de procéder à une réforme législative peut empêcher le destinataire de se plaindre d'une mise en vigueur excessivement rapide.

Par conséquent, il n'existe pas, au niveau conceptuel, de solutions de continuité entre l'information se référant au projet de loi et la publication du texte formellement adopté par le législateur. L'objectif poursuivi doit être celui d'assurer non seulement la connaissance réelle du texte de loi, mais aussi d'assurer, dans la mesure du possible, une participation directe du destinataire à l'élaboration du projet. Ceci garantit une communication fondée sur la confiance et la prise en considération de situations particulières, qui sera explicitée soit dans la forme d'un droit transitoire matériel, soit par l'utilisation combinée des instruments de mise en vigueur et d'efficacité, par ex. en prévoyant une mise en vigueur articulée «stufenweise», ou en suspendant l'efficacité tout en mettant en vigueur la loi (Anpassungsfrist).

Le Conseil fédéral, dans son message du 29 juin publié il y a trois semaines, concernant la loi sur les publications officielles, renonce à proposer une règle générale pour l'entrée en vigueur des actes législatifs constitutifs de droit (page 11); il se limite à reprendre le délai de 5 jours entre la communication et l'entrée en vigueur et à prévoir la possibilité «pour en assurer l'efficacité» de renoncer à la publication dans le Recueil officiel (c'est l'art. 7 al. 1 lett. a) afin d'éviter (je cite) que les intéressés puissent prendre des «dispositions indésirables» (page 26). Il me paraît

utile de proposer, à l'occasion de la discussion d'aujourd'hui, et des débats parlementaires engagés à la suite de ce récent projet, les principes que je viens d'énoncer et que je résume en guise de conclusion:

– le particulier, destinataire d'une loi en vigueur, n'a pas un droit au maintien sine die de cette situation législative. Toutefois, il peut compter, pour utiliser une expression connue en France, sur un changement dans la continuité;

– d'une façon générale, la procédure de modification ou d'élaboration d'une loi doit intéresser activement les destinataires de cette loi, puisqu'ils en constituent un élément, au sens systémique;

– cette intervention ne devra pas se résumer à une information verticale et rigide de l'autorité au destinataire et ne devra surtout pas être limitée à la publication formelle du texte législatif adopté;

– par contre, elle devra s'exprimer par une communication transparente, ouverte, garantissant un maximum de circularité, d'adéquation progressive des intérêts en présence.

– Entre la première phase et la dernière, il ne doit pas y avoir de solution de continuité.

– En outre, la publication formelle du texte adopté doit, selon les circonstances, être complétée par une publication matérielle, par exemple, lorsque le texte définitif diverge de celui des travaux préliminaires ou qu'il prévoit une modification culturelle des habitudes ou des comportements de la population (ex: interdiction de fumer dans les lieux publics fermés).

– Ces principes seront appliqués avec retenue afin d'éviter l'effet paradoxal de paralysie de toute activité législative. Certaines consultations pourront se faire sous forme d'audition (hearing), de sondage ou d'enquête par ordinateurs;

– mais ils doivent être rigoureusement appliqués lorsque l'autorité législative prévoit une modification importante par rapport au système en vigueur et que cette modification est susceptible d'engendrer une grave restriction des droits des destinataires ou d'une catégorie de ceux-ci.

– Dans de tels cas, si l'administré n'a pas un droit à ce que la situation précédente se prolonge indéfiniment, il peut prétendre à ce que le législateur protège ses intérêts relativement aux dispositions

– qu'il a prises en se fondant de bonne foi sur la situation légale en vigueur

– ou qu'il est appelé inopinément à prendre à la suite d'une modification imprévue de la loi.

– Pour ce procédé, le législateur dispose d'instruments particuliers: il pourra, selon les circonstances, disjoindre mise en vigueur et efficacité ou prévoir un droit transitoire matériel; il n'est limité que par le mobile même qui l'anime: le respect du principe de l'égalité qui lui interdit de créer des situations privilégiées.

– Il peut arriver que le but d'intérêt public poursuivi par la loi empêche le législateur de faire usage de ces moyens. Peu importe, je le souligne encore, que l'efficacité de la loi précède (effet rétroactif) , coïncide (effet immédiat) ou même suive la mise en vigueur. Comme nous l'avons vu, ce caractère ne constitue pas un critère dirimant: ce qui est décisif, c'est que l'aspect temporel, l'urgence, porterait atteinte aux droits, aux attentes, ou aux dispositions prises par certains destinataires.

– Ces cas doivent demeurer exceptionnels et être soumis à des conditions strictes. Il ne suffit pas, lorsque l'atteinte est grave, que la nouvelle loi poursuive un intérêt public même important, il faut en outre que l'atteinte aux droits qu'elle porte, soit indispensable eu égard à l'intérêt collectif visé par la loi: donc que l'urgence constitue un intérêt public spécifique, prévalant sur l'intérêt individuel et le respect du principe de la sécurité du droit, ou de la confiance dans le sens général, proposé par M. KÖLZ.

– Ces mêmes conditions strictes doivent être remplies, a fortiori, lorsque l'autorité législative décide de surseoir à la consultation préventive et élabore discrètement ou secrètement un projet, gardant confidentielle la nouvelle loi jusqu'au moment de sa mise en vigueur. Dans un tel cas, il faut en outre que le risque que les destinataires l'éludent ne constitue pas uniquement une hypothèse possible, mais bien plutôt une probabilité confinant à la certitude et fondée sur des indices concrets.

– Dans les cas où ces conditions seraient réalisées et où l'administré subirait un préjudice important, il faut envisager des formes d'indemnisation, tout au moins dans les cas où les droits individuels risqueraient d'être privés de leur contenu.

Prof. ALFRED KÖLZ, Zürich, Berichterstatter deutscher Sprache:

Darf ich einleitend etwas zur *Methode* sagen, die ich für die Ausarbeitung meines Referates befolgt habe. Sie werden vielleicht bemerkt haben, daß ich nach der Einleitung zunächst sehr allgemein geworden bin und erst danach konkretere Aussagen gemacht habe. Ich bin mir schon bei der Niederschrift des allgemeinen Teils bewußt gewesen, daß damit das Durchhaltevermögen manchen Lesers auf eine harte Probe gestellt worden ist. Ich war mir auch bewußt, daß der gegenwärtige «Zeitgeist» eher zu konkreten Fragestellungen und Antworten als zu übergreifenden dogmatischen Konzepten neigt. Dies zeigt sich allein etwa darin, daß der recht konkrete, weil instrumentale Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sich beim Rechts*praktiker* viel größerer Beliebtheit erfreut als der in eine philosophische und psychologische Dimension hinaufreichende Vertrauensgrundsatz.

Infolge der pragmatischen Natur des Schweizers und der Anerkennung der Autorität unseres höchsten Gerichtes versuchte ich anfänglich, mich diesem Zeitgeist der frühen achtziger Jahre unterzuordnen und induktiv vorzugehen. Das geschah dergestalt, daß ich die vorliegenden Bundesgerichtsurteile zum intertemporalen Recht und zu Treu und Glauben sorgfältig sammelte, sichtete und in ein System einzuordnen versuchte. Beim letzteren geriet indessen meine vertrauensvoll gewählte Methode immer mehr ins Wanken. Nicht nur mußte ich gewisse Widersprüche zwischen einzelnen Entscheiden feststellen, namentlich was die Bindung des *Gesetzgebers* an den Vertrauensgrundsatz betrifft. Es erwies sich auch als unmöglich, aus der bestehenden Praxis ein System zu extrahieren.

So sah ich mich gezwungen, meine Methode zu ändern und statt induktiv *deduktiv* vorzugehen. Deduktives Vorgehen bedeutet in der Rechtswissenschaft die mit Hilfe der Logik und der praktischen Vernunft gewonnene Ableitung von Normen und Normsystemen aus bestimmten *Ausgangssätzen* (Axiomen). Als Ausgangssatz wählte ich den folgenden: Jedes staatliche Handeln ist an Vertrauen gebunden. Der Nichtjurist wird sogleich anerkennen, daß dieser Satz vernünftig tönt und – auch wenn man ihn gegenüber dem *Gesetzgeber* anwendet – gar nichts Revolutionäres enthält. Anders offenbar der Jurist, eingeschlossen das Bundesgericht. Die Inpflichtnahme des Gesetzgebers zugunsten des Vertrauens macht offensichtlich

erhebliche Mühe. Das muß erstaunen, wenn man einen Blick auf das Privatrecht wirft: Sind nicht weite Teile des geschriebenen und ungeschriebenen Obligationenrechts eigentliche Konkretisierungen des Vertrauensgrundsatzes? Allein die häufig auftretenden Begriffe wie «nach den Umständen zumutbar», «wie er die Erklärung verstehen mußte bzw. verstehen durfte» sowie die Art. 2 und 3 des ZGB sind doch nichts anderes als vom Gesetzgeber vorausblickend gestaltete Vertrauenskonkretisierungen.

Wo liegt nun der Grund für die ausgesprochene Zurückhaltung von Gesetzgeber und Gerichten, im Verwaltungsrecht den Vertrauensgrundsatz zur Anwendung zu bringen, was sich unmittelbar im Fehlen von tragfähigem Übergangsrecht äußert? Ein Grund kann sicher bei der Natur des Verwaltungsrechts gesehen werden: Das eingriffsorientierte Verwaltungsrecht ist anders als das Zivilrecht in erster Linie «Befehlsrecht» und weniger «Beziehungsrecht». Ihm ist die Aufgabe gestellt, dem öffentlichen Interesse in der Gesellschaft zum Durchbruch zu verhelfen, und dazu bedarf es der einseitigen Verfügung. Doch gerade weil die einseitige Verfügung das maßgebende verwaltungsrechtliche Gestaltungsmittel ist, muß auf die Vertrauenssituation der von der Verfügung Betroffenen in besonderem Maße Rücksicht genommen werden – sonst wird das Recht zum unmenschlichen Mechanismus. Weil nun aber die zum Erlaß von Verfügungen zuständige Verwaltung an das Gesetz gebunden ist, muß, wenn Vertrauen gewahrt werden soll, eben das *Gesetz* selber Vertrauensgesichtspunkte berücksichtigen. Weil die Rechtsänderung in besonderem Maße Vertrauen enttäuschen kann, muß das Übergangsrecht das Vertrauen der vom neuen Recht Betroffenen sichern.

Damit hatte ich den Ausgangssatz meiner Arbeit gewonnen; auf die von der deutschen Lehre entwickelte und von mir übernommene Unterscheidung zwischen Bestandes- und Kontinuitätsvertrauen gehe ich hier aus Zeitgründen nicht näher ein. Dieser Ausgangssatz verursachte indessen mir selber gewisse innere Probleme – dies aus zwei Gründen. Einmal hatte ich ihn nicht dem Zeitgeist gemäß auf induktivem, sondern eben auf theoretischem Weg gewonnen. Zudem steht er, wie sich bald zeigen sollte, mit einem Teil der Praxis nicht in Einklang. Ein wenig half mir in dieser Situation der Satz von FRITZ FLEINER [1], wonach es nichts Praktischeres gibt als die Theorie.

[1] FRITZ FLEINER, Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 420.

Die wichtigste Bestätigung für mein Vorgehen und für meine Resultate erhielt ich aber erst, nachdem das Referat schon gedruckt war, und zwar durch die vor kurzer Zeit erschienene Zürcher Habilitationsschrift von Frau Privatdozentin BEATRICE WEBER-DÜRLER. Die Verfasserin dieser hervorragenden Arbeit mit dem Titel «Vertrauensschutz im öffentlichen Recht»[2] hat sich völlig unabhängig von mir in allgemeiner Weise mit dem Phänomen «Vertrauen» befaßt. Frau WEBER kommt nun aufgrund ihrer breit angelegten Studie zu geradezu frappant ähnlichen Schlußfolgerungen wie ich in meinem Referat. Übereinstimmung besteht insbesondere bezüglich der Hauptforderung, nämlich der Bindung auch und insbesondere des *Gesetzgebers* an den Vertrauensgrundsatz, namentlich in der Rechtsänderungssituation (WEBER-DÜRLER, a. a. O., S. 163, 280 ff.). Übereinstimmung besteht ferner mit den meisten weiteren Thesen meines Referates: So steht sie insbesondere der Praxis des Bundesgerichtes zum Widerruf von Verwaltungsakten skeptisch gegenüber; weder das *Verfahren,* das zu einem Verwaltungsakt geführt hat (S. 174), noch das «subjektive Recht» könnten mit Erfolg zur Bewältigung der Vertrauensprobleme beitragen (S. 175 ff.). Zum «wohlerworbenen Recht» bemerkt sie, diese Kategorie wirke heute weitgehend «versteinert». Die Gerichte pflegten unablässig zu betonen, wann *kein* wohlerworbenes Recht gegeben sei (S. 64). Zudem mute die durch das «wohlerworbene Recht» bedingte Hilfskonstruktion über die Eigentumsgarantie *antiquiert* an; ob der Staat sein Versprechen halten müsse, habe nichts mit dem Eigentum zu tun (S. 65). In der genannten Habilitationsschrift wird ferner ausgeführt, die Vorzüge der *Entschädigung* als Korrelat zur Vertrauensverletzung seien «offensichtlich»; sie friste indessen in der schweizerischen Rechtsprechung ein Schattendasein neben dem Bestandesschutz (S. 140 f.). Art. 4 der Bundesverfassung sei bei Fehlen einer spezifischen Norm als Grundlage für die Entschädigung durchaus geeignet (S. 144 ff.; erfreulicherweise verfährt das Bundesgericht in der neuesten Praxis ebenso).

Dogmatisch für besonders aufschlußreich halte ich die Ausführungen von Frau WEBER zur in der Rechtsprechung verwendeten sogenannten «Sonderverbindung» als Voraussetzung der Anwendung des Vertrauensgrundsatzes (S. 44 f., 84 f.): Eine solche besteht, «wenn die Vertrauensgrundlage auf individuel-

[2] Basel 1983.

len Kontakten zwischen Bürger und Staat beruht» (S. 44). Daß diese «Sonderverbindung» aus dem Privatrecht stammt, ist offensichtlich. Daß sie aber den Weg zur Anerkennung von Vertrauen in *generelle* Äußerungen oder Nicht-Äußerungen des Staates verbaut, wurde erst in neuerer Zeit erkannt. Gerade weil das eingriffsorientierte Verwaltungsrecht «Befehlsrecht» und weniger «Beziehungsrecht» ist, ergibt sich aus dem Erfordernis der «Sonderverbindung» eine untragbare Einschränkung der Vertrauensgesichtspunkte. Zugleich entsteht bei denjenigen Verfügungsadressaten, welchen die Herstellung einer Sonderverbindung gelingt, die Gefahr der gesetzwidrigen Privilegierung anläßlich der Rechtsänderung, eben weil die Widerrufspraxis der Gerichte vom Element des Bestandesschutzes beherrscht ist. Die «Sonderverbindung» ist, soweit sie über den Bereich der verwaltungsrechtlichen Verträge, der Zusagen und der Auskünfte hinaus angewendet wird, dem Verwaltungsrecht nicht angemessen und sollte daher aufgegeben werden (in der Gerichtspraxis ist das zum Teil bereits geschehen).

Die Rechtsänderungsproblematik muß also *gesamthaft* vom Vertrauensgrundsatz her angegangen werden, sowohl im Bereiche des Kollisions- wie auch des Einführungsrechts. Dieser erhält natürlich einen gegenüber dem überkommenen Satz von «Treu und Glauben» viel weiteren Anwendungsbereich. Daß dies auch Probleme mit sich bringt, wurde im Referat nicht verschwiegen. Ich möchte aber nachdrücklich noch einmal darauf hinweisen, daß der vielbeschworene Gesetzmäßigkeitsgrundsatz desto besser gewahrt werden kann, je eher der Gesetzgeber bereit ist, das Übergangsrecht auf den Vertrauensgrundsatz hin auszurichten – und nicht umgekehrt.

Nun seien noch zwei spezielle Gesichtspunkte aus meinem Referat herausgegriffen: Sie werden vielleicht bemerkt haben, daß ich großes Gewicht auf den Typus des «zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhaltes» gelegt habe, wie er vor allem im Baurecht und bei den Ausbildungsordnungen und Rechtsmittelverfahren zutage tritt. Ich glaube, daß die *Praxis* gerade hier mit Hilfe der *Vertrauensanknüpfung* intertemporalrechtlich am meisten leisten kann. Nachdem sich die sog. «unechte» Rückwirkung als untaugliches Instrument zur Bewältigung der dort anfallenden Probleme erwiesen hat, kann die Rechtsprechung mit Hilfe der Vertrauensanknüpfung sehr viel leisten – namentlich dann, wenn der Gesetzgeber sich intertemporalrechtlich ausgeschwiegen hat. Gerade weil die Konstruktion der «unechten» Rückwirkung dem Bürger nur einen

scheinbaren Schutz gewährt, bin ich in meinem Referat mit Hilfe der Vertrauensanknüpfung in einen derart scharfen Gegensatz etwa zum Lehrerbildungs-Entscheid des Bundesgerichtes geraten (S. 218 ff. des Referates zu BGE 106 I a 254 ff.).

Nun noch etwas zum *öffentlichen Interesse:* Als ich gestern im Thermalwasser des Hotels Limmathof ein herrliches Bad nahm, gedachte ich mit Wehmut der mit dem Wasser weit mehr verbundenen *Enten,* die laut bundesrätlicher Tierschutzverordnung noch bis ins Jahr 1991 auf ihr Bad verzichten müssen. Eine solche Übergangsregelung, welche die Einführung einer Norm ohne zwingenden Grund um volle zehn Jahre vertagt, vernachlässigt natürlich das öffentliche Interesse. Selbstredend gibt es heute ungleich gewichtigere öffentliche Interessen als das Baderecht der Enten, namentlich im aktuellen Bereich des Umweltschutzrechtes. Diese öffentlichen Interessen dürfen nicht derart relativiert werden, wie dies in der erwähnten Tierschutzverordnung geschehen ist. Auch hat ein solches Vorgehen weniger mit dem Vertrauensschutz als mit der Durchsetzung wirtschaftlicher Interessen im Gesetzgebungsverfahren gemein.

Maßgebendes Bestimmungselement für alles Verwaltungsrecht bleibt das *öffentliche Interesse,* bei der Rechtsänderung harmonisiert mit dem Vertrauensgrundsatz unter Einbezug der Entschädigungsmöglichkeit.

Meine Damen und Herren: Ob der Satz von FRITZ FLEINER, wonach es nichts Praktischeres gibt als die Theorie – FLEINER meint hier natürlich die *gute* Theorie – auf mein Referat zutrifft, muß von Ihnen und der Rechtspraxis der kommenden zwanzig Jahre entschieden werden. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Korrekturen zum Referat:
Auf S. 178 Anm. 295 muß es heißen: siehe Art. 1 Abs. 2 Schlußtitel ZGB.
Auf S. 242 Anm. 576 am Ende muß es heißen: «korporativistischen».

VII.

Diskussion

Der Verhandlungsleiter eröffnet die Diskussion und erteilt das Wort Herrn Dr. iur. REINHOLD HOTZ, Privatdozent, St. Gallen:

Das Problem des intertemporalen Verwaltungsrechts stellt sich regelmäßig bei der Verwaltungsrechtsanwendung, obwohl es richtigerweise bei der Verwaltungsrechtssetzung hätte gelöst werden sollen. Aus der Sicht der dadurch angesprochenen Rechtssetzung gestatte ich mir, zwei Gedanken in die Diskussion einzuführen. Der eine betrifft die Bedeutung, der andere, ganz kurz, die Gestaltung des intertemporalen Verwaltungsrechts.

Herr BORGHI veranschaulicht das Problem des intertemporalen Rechts mit einem der Mathematik entlehnten Bild: Wie läßt sich die Variable «Zeit» in das durch die Rechtsordnung verkörperte System einfügen. Dieses Bild kennzeichnet die einander entgegengesetzten Pole, die zu überbrücken dem intertemporalen Recht obliegt. Der eine Pol ist die heute wohl als Gegebenheit hinzunehmende große Zahl rasch ändernder Rechtsnormen vorab des Verwaltungsrechts. Der andere Pol ist die Rechtsordnung, die ihre Funktion als System erfüllt, wobei der Ausdruck «System» zweierlei bedeutet: Zum einen die gesetzestechnisch und normenlogisch folgerichtige Ordnung der durch Rechtsnormen verkörperten staatlichen Hoheitsakte (äußeres System); zum andern den axiologisch und teleologisch folgerichtigen, nach Grundsätzen gebildeten Sinn- und Zweckzusammenhang der durch Rechtsnormen verkörperten Wertungen (inneres System). Kontroversen, die an dieses Systemverständnis anknüpfen, übergehe ich; sie sind für die weitern Ausführungen nicht wesentlich.

Das spezifisch intertemporalrechtliche Problem, wie der harmonische Übergang von bisherigen bestimmten Rechtsnormen zu neuen bestimmten Rechtsnormen sicherzustellen sei, erfaßt demnach nur einen, wenn auch besonders wichtigen Teil des umfassenderen Problems, wie sich neue Rechtsnormen systemgerecht in die Rechtsordnung einfügen. Mit neuen Rechtsnormen werden nicht nur bestimmte bisherige Rechtsnormen ersetzt, ergänzt oder aufgehoben. Vielmehr ändert sich das System als ganzes. Rechtssetzung ist in solch weit verstandenem Sinn Rechtsänderung: Systemänderung.

Das Problem der Systemgerechtheit und das darin enthaltene wichtige Teilproblem des intertemporalen Rechts stellen sich deshalb bei jedem Rechtssetzungsvorhaben. Seine Bedeutung wächst, je rascher Rechtsnormen einander ablösen und ist bei der hektischen Verwaltungsrechtsetzung schlechterdings zentral. Und doch scheint den rechtssetzenden Organen nach der Diagnose von Herrn KÖLZ, welche die Neue Zürcher Zeitung zur Schlagzeile erhoben hat, gerade in diesem Bereich der «Schnauf auszugehen». Um beim gewählten Bild zu bleiben: Welches Konditionstraining will man den rechtssetzenden Organen verschreiben?

Vorweg ein leichtes: daß sie die Verwaltungsrechtssetzung als nüchternen staatlichen Problemlösungsprozeß begreifen und hohe Gefühle unterdrücken, von denen sich frühere Gesetzgeber, namentlich die Schöpfer unserer Kodifikationen, leiten lassen durften. Obwohl die Verwaltungsrechtssetzung zum staatlichen Alltag gehört, schimmern noch heute, zumindest bei bedeutenderen Vorhaben, Vorstellungen WALTHER BURCKHARDTS durch, wonach Rechtssetzung für den hierzu Berufenen «Festtag der Arbeit» sei, «Tag des höchstpersönlichen Schaffens». Oft macht es Mühe, in die Niederungen des bestimmungsgemäß kurzlebigen Übergangsrechts abzusteigen, so gebieterisch sich dieser Abstieg im Verwaltungsrecht aufdrängen mag.

Neben dem geschilderten leichten Konditionstraining ist den rechtssetzenden Organen sodann ein schwieriges zu verschreiben: daß sie vom linearen Denken abrücken, welches die Verwaltungsrechtssetzung in hohem Maße prägt. Ein normatives Problem steht an. Mit Rechtsnormen soll es gelöst werden. Allein auf den hierzu geplanten Erlaß konzentriert sich das Bemühen der rechtssetzenden Organe. Ein einzelner Erlaß gleicht einem Stein, der ins Wasser fällt. Er zieht Wellenkreise, wirkt also weit über die Einschlagstelle hinaus. Gleichzeitig mit ihm fallen andere Steine ins gleiche Wasser, deren Ringe einander überschneiden, verstärken oder aufheben. Auf die Rechtssetzung übertragen: Gefragt sind nicht «an sich» gute Rechtsnormen, sondern solche, die zusammen mit der geltenden Rechtsordnung – eingefügt ins System – einen unerwünschten sozialen (die Gesellschaft betreffenden) Zustand in erwünschtem Sinn beeinflussen.

Daß die rechtssetzenden Organe das komplexe Problem der Systemgerechtheit bewältigt haben, ist namentlich dann zu bezweifeln, wenn sie bereits am Problem scheiterten, den har-

monischen Übergang vom bisherigen zum neuen Recht sicherzustellen. Dem intertemporalen Recht kommt demnach die Bedeutung eines Indikators für die Systemgerechtheit eines Erlasses zu.

Sorgfältig gestaltetes Übergangsrecht bezieht die Realität mit ein, auf welche neue Rechtsnormen auftreffen, berücksichtigt also die für die Wirksamkeit neuer Rechtsnormen erforderliche Akzeptierbereitschaft und Akzeptierfähigkeit der Betroffenen. Vernachlässigen die rechtssetzenden Organe die Frage, wie sich neue Rechtsnormen zu den «Realien» – den Erwartungen der Betroffenen, den maßgeblichen Tatsachen, den berührten Interessen und Normbereichen – verhalten, so verkennen sie die der Rechtsordnung systemeigenen Abwehrkräfte. Rechtsänderungen verlangen mitunter aufwendige Lernprozesse. Weder die rechtsanwendenden noch die vollziehenden Organe, noch die von der Rechtsänderung unmittelbar Betroffenen dürften begierig sein, sich solchen Lernprozessen zu fügen, solange die rechtssetzenden Organe durch mangelhaftes intertemporales Recht bekunden, wie wenig ihnen am Wirksamwerden der Rechtsänderung gelegen ist. Sorgfältig gestaltetes Übergangsrecht gewährleistet nicht nur, daß neues Verwaltungsrecht möglichst schonend, für den Bürger verkraftbar, wirksam wird, sondern, grundlegender, daß es überhaupt wirksam wird.

Als maßgebendes Verfassungsprinzip nennt Herr KÖLZ den Vertrauensgrundsatz, der sich bei der Rechtssetzung zum Kontinuitätsvertrauen konkretisiert. Dieser Ansatz verdient, weitergedacht zu werden. Das Kontinuitätsvertrauen ist das Vertrauen auf ein Mindestmaß an Stetigkeit in der Rechtsentwicklung. Insofern erscheint es als Resultante des Vertrauens sowohl auf die statischen als auch auf die dynamischen Kräfte der Rechtsordnung. Als Ordnung gegebener sozialer Zustände legitimiert sich diese durch ihre Stabilität; als Ordnung rasch wandelnder sozialer Zustände legitimiert sie sich durch die systemeigene Erneuerungskraft. Die dadurch angedeutete Spannung entsteht, sobald man – um erneut an das Bild von Herrn BORGHI anzuknüpfen – die Variable «Zeit» ins Rechtssystem einfügt. Nach Maßgabe des Kontinuitätsvertrauens läßt sich diese Spannung abbauen. Der Ort, es zu tun, ist das intertemporale Recht.

Lange fristete das intertemporale Verwaltungsrecht ein kümmerliches Dasein: soweit überhaupt vorhanden, verbannt in die Schlußbestimmungen aufgesplitterter Erlasse. Seine Bedeu-

tung für die Rechtsordnung als System, für die Wirksamkeit des Verwaltungsrechts und für die Konkretisierung des Kontinuitätsvertrauens rechtfertigt jenen besseren Platz, den ihm die Referate der Herren BORGHI und KÖLZ verschafft haben und zu dessen Festigung meine wenigen Bemerkungen beizutragen suchten.

Prof. GEORG MÜLLER, Zürich:

Gestatten Sie mir, daß ich mich zuerst beim Vorstand dafür bedanke, daß er das für die Wissenschaft und für die Praxis sehr bedeutsame, aber hier wir dort vernachlässigte Thema des intertemporalen Verwaltungsrechts aufgegriffen hat und den Referenten dafür, daß sie es in so grundlegender und einleuchtender Art behandelt haben.

Ich möchte mich zum Referat meines Kollegen ALFRED KÖLZ in zwei Punkten zustimmend und in zwei Punkten eher fragend bis kritisch äußern.

1. Ich finde es außerordentlich verdienstvoll, daß im Referat nicht nur die Funktion der verschiedenen Kategorien des intertemporalen Verwaltungsrechts – Kollisionsrecht als Schranken – und als Verweisungsrecht und Einführungsrecht – aufgezeigt, sondern vor allem auch die maßgebenden Grundprinzipien dargestellt werden, wobei m. E. zu Recht der Vertrauensgrundsatz in den Vordergrund gerückt wird. Das erlaubt uns nun, von der bisher üblichen punktuellen, unsystematischen Betrachtungsweise abzugehen, bei der je nach Fall und «Tagesform» des Richters einmal am Rückwirkungsverbot, ein anderes Mal am Begriff des wohlerworbenen Rechts oder des Widerrufs, dann wieder am Verhältnismäßigkeitsprinzip oder an der Eigentumsgarantie angeknüpft wurde. Wir sind jetzt in der Lage, die Probleme im Gesamtzusammenhang auf dogmatisch tragfähiger Grundlage zu beurteilen.

2. Ich möchte dem Gesagten allerdings gleich eine kritische Frage beifügen: Wird nicht der Vertrauensgrundsatz etwas zu apodiktisch als das praktisch einzige für die Lösung relevante Prinzip bezeichnet? Ist insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht weiterhin auch ein wichtiger und praktikabler Maßstab für die Ausgestaltung des intertemporalen Verwaltungsrechts? Mir scheint, man sollte das dogmatisch

ergründete und in der Rechtsprechung vielfach erprobte Prinzip der Verhältnismäßigkeit nicht zu schnell aufgeben zugunsten des Vertrauensgrundsatzes, bei welchem – wie ALFRED KÖLZ selber ausführt – es noch an einer umfassenden und konsolidierten Lehre und Praxis fehlt. Mir leuchtet auch nicht recht ein, warum das Prinzip der Verhältnismäßigkeit statischer und deshalb weniger geeignet sein soll als dasjenige des Vertrauensschutzes. Das mag vielleicht für die zwei ersten der drei Aspekte oder Elemente der Verhältnismäßigkeit zutreffen, die nach Lehre und Rechtsprechung unterschieden werden, nämlich für die Geeignetheit und die Notwendigkeit einer staatlichen Anordnung, nicht aber für den dritten, das Verhältnis von Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Verhältnismäßigkeit im e. S.). Ob Eingriffszweck und Eingriffswirkung in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen, beurteilt sich doch ebenso dynamisch wie beim Vertrauensschutz einerseits nach dem Ziel des neuen Rechts und andererseits nach der Intensität, mit der in die Rechtspositionen der Betroffenen eingegriffen wird. Die beiden Prinzipien hängen offenbar irgendwie zusammen, es wäre deshalb m. E. zu prüfen, ob sie nicht beide – allerdings nicht wie bisher zufällig, sondern methodisch auf die jeweilige Situation abgestimmt – für die Beurteilung von intertemporalen Problemen des Verwaltungsrechts herangezogen werden sollten.

3. Der Referent macht mehrfach eindringlich darauf aufmerksam, daß es Sache des Gesetzgebers sei, Kollisionen und Übergangsregeln aufzustellen, und daß er diese Aufgabe nicht einfach dem Rechtsanwender überlassen oder sich damit begnügen dürfe, «Leerformeln» zu produzieren wie etwa: Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes sind alle widersprechenden Vorschriften aufgehoben. In der Tat wird bei der Rechtssetzung oft viel zu wenig untersucht, welche bestehenden Erlasse durch die neue Regelung tangiert werden, und wie das neue Recht sinnvoll und angemessen in die geltende Ordnung eingefügt wird.

4. Wiederum muß ich meine Zustimmung zum Anliegen des Referenten, der Gesetzgeber solle sich vermehrt den Fragen des intertemporalen Rechts annehmen, mit einer kritischen Bemerkung zu einer einzelnen Schlußfolgerung verbinden: Ich glaube, daß der Referent eher zu hohe Anforderungen an die Übergangsregelung im formellen Gesetz stellt. Die Lösung der oft sehr komplexen Probleme der Einführung neuen Rechts sollte

nach meiner Auffassung, trotz der Wichtigkeit dieser Regelungen, in relativ weitem Umfange der sachkundigen Exekutive überlassen bleiben; der Gesetzgeber würde dadurch überlastet und überfordert. Blankettdelegationen halte ich natürlich auch für unzuläßig, würde aber z. B. bei der Ermächtigung der Exekutive zur Festlegung von Übergangsfristen – anders als ALFRED KÖLZ – nicht verlangen, daß der zeitliche Rahmen im formellen Gesetz geregelt werden müsse. Man kann m. E. froh sein, wenn der Gesetzgeber die übergangsrechtlichen Probleme überhaupt regelt und sollte sich darauf beschränken, im formellen Gesetz einige zentrale Grundsätze zu statuieren, zu denen ich zählen würde: den Zeitpunkt des Inkrafttretens und eine allfällige Rückwirkung, die Aufhebung und Weitergeltung bisherigen Rechts und das Instrumentarium zur Einführung des neuen Rechts (Anpassungsfristen, finanzielle Anpassungshilfen, Härtemilderungs- und Ausnahmeklauseln). Die einzelnen Überleitungsmaßnahmen wären vom Gesetzgeber nur zu bestimmen, nicht im Detail auszugestalten.

Prof. GERARDO BROGGINI, Mailand:

1. Als ich gestern die robusten Worte des Kollegen TERCIER für ein besseres gegenseitiges Verständnis der deutschsprachigen und der welschen Jurisprudenz hörte, war die Versuchung, als Tessiner einige ergänzende Bemerkungen hinzuzufügen, besonders stark. Die Gelegenheit, diese Bemerkungen auszusprechen, bietet sich heute an, denn ein italienisch verfaßtes Referat stellt die Grundlage der Diskussion dar. Selbstverständlich spreche ich nicht italienisch, da ich mich bemühen will, Ihnen meine Gedanken mitzuteilen. Als Kommunikationsmittel im juristischen Bereich ist heute in der Schweiz das Italienische unbrauchbar.

Damit möchte ich jedoch auch ein mahnendes Wort an die Tessiner Autoren, einschließlich BORGHI, verbinden. Ganz besonders, wenn man sich an einen mehrsprachigen Rechtskreis wendet, lautet unsere Pflicht nach Einfachheit und Strenge der Ausdrucksweise. Herr Kollege BORGHI hat nichts getan, um sich verständlich zu machen. Besonders in der Einführung und in den Schlußfolgerungen hat er sich sozusagen bemüht, den Leser mit komplizierten und unjuristischen Redewendungen zu überraschen. Die Sprache, die er benutzt, ist mit Vorliebe der Sozialpsychologie und der Rechtssoziologie ent-

lehnt: selbstverständlich plädiere ich hier nicht für eine kanonisierte erstarrte Rechtssprache. Sobald jedoch die Ausdrucksweise aufhört, Kommunikationsmittel zwischen den heutigen Juristen zu sein, kann sie höchstens als Bereicherung des Wissens und des Denkens des Autors, nicht als Bereicherung des Lesers gelten.

2. Ich komme zur Sache. «Beim Erlaß intertemporalrechtlicher Vorschriften fällt dem Gesetzgeber eine doppelte Aufgabe zu: es darf die natürliche Entwicklung des Rechts nicht gehemmt werden durch die Weitergeltung von Auffassungen, die einer vergangenen Zeit mit ihren von den heutigen abweichenden Lebensverhältnissen eigentümlich war, und es dürfen trotzdem diejenigen, die im Vertrauen auf eine früher geltende Rechtsordnung Rechte erworben haben, in diesem Vertrauen nicht getäuscht werden.» Mit diesem Satz leitet PAUL MUTZNER seine Untersuchung über den zeitlichen Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, die im Jahre 1937 in der Festgabe FRITZ FLEINER erschienen ist, ein [1].

Ich habe PAUL MUTZNER zitiert, nicht nur weil er für mich beim Studium des intertemporalen Privatrechts als Leitstern galt [2], sondern weil er die grundsätzliche Einheit der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Problematik des intertemporalen Rechts mit diesem Aufsatz sozusagen verkörpert.

Sicherlich sind, mindestens seit ULPIAN, die «positiones» des ius privatum und des ius publicum getrennt [3]; jedoch hat sich in unserer Rechtskultur das ius publicum, und ganz besonders die allgemeine Lehre des öffentlichen Rechts geschichtlich von der Privatrechtslehre her entwickelt.

Das weiß Herr Kollege KÖLZ genau, in dem er immer wieder betont, wie mühselig die Ausarbeitung einer eigenständigen Lehre des intertemporalen Verwaltungsrechts war und bleibt. Das Hauptergebnis seines Referats liegt m. E. in der Ausarbeitung eines tragfähigen und autonomen einheitlichen verfas-

[1] PAUL MUTZNER, Festgabe Fritz Fleiner, Zürich 1937, S. 115–130.

[2] Vgl. mein «Intertemporales Privatrecht», in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 1, Basel 1966; siehe auch die Aufsätze «Dauer und Wandel im Recht», ZSR 84 I 1965, S. 1 ff., und «La retroattività» in: Studia et Documenta historiae et juris, Rom 32, 1966, S. 1 ff. Beide Aufsätze sind im Sammelband «Coniectanea», Milano 1966, erschienen.

[3] ULPIANUS, Dig. 1.1.1.2. «Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum.»

sungsrechtlichen Grundsatzes des intertemporalen Kollisionsrechts, nämlich des Vertrauensgrundsatzes. Rechtssicherheit, Eigentumsgarantie, Verhältnismäßigkeitsprinzip, Gleichheitsprinzip werden sozusagen durch den Vertrauensgrundsatz absorbiert. Der Vertrauensgrundsatz als Schranke gegen die sofortige und generelle Anwendung des neuen Rechts ist, wie PAUL MUTZNER schon sagte, dem Rückwirkungsverbot und Schutz wohlerworbener Rechte untergeordnet. Auf der anderen Seite steht das öffentliche Interesse zur Durchsetzung des neuen Rechtes, d. h. zur Verwirklichung des neuen Gerechtigkeitsgedankens (im Privatrecht ausgedrückt: ordre-public-Normen). Die Antinomie kann nicht allgemein und schemenhaft gelöst werden, jedoch auch nicht von Fall zu Fall, sondern durch eine mühsame Typisierung des einen und des anderen Grundsatzes, durch Gesetzgebung, Lehre und Gerichtspraxis.

Beim näheren Hinsehen kann man den Vertrauensgrundsatz wie einen roten Faden durch die ganze Geschichte der Rückwirkungsproblematik, von CICERO bis SAVIGNY, verfolgen: «Quis unquam eius rei fraudem aut periculum proposuit edictio, quae neque post edicto reprehendi, neque ante edictum provideri potuit», erklärt CICERO in den Verrinen (2. 1. 41. 107)[4]. Die *fraus,* der Vertrauensbruch, liegt darin, daß das gesetzliche Verhalten nicht voraussehbar war (ante edictum providere). Vollkommen richtig sagt daher FRITZ SCHULZ[5], daß das Rückwirkungsverbot bei den Römern auf dem Gedanken der *fides,* des Vertrauens, beruht. Nichts anderes hat die anglo-amerikanische Lehre des Rückwirkungsverbots, des «ex post facto law», mit Hilfe der Papiniansmaxime begründet: «nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam», wobei mutare consilium mit mutare legem und die iniuria die Verletzung der «vested rights» gemeint war[6]. Fides heißt Bindung, Verpflichtung des Gesetzgebers ganz im Gegenteil zur gesetzgeberischen Freiheit. Die freiheitliche Rechtsordnung setzt Bindung,

[4] Vgl. die Textauslegung in meinem zitierten Aufsatz «La retroattività della legge ...» S. 39 f.

[5] F. SCHULZ, Prinzipien des römischen Rechts, München-Leipzig 1934, S. 156: «Aber auch der Ausschluß der Rückwirkung einer Rechtsnorm, mag sie auf Edikt, Lex, Senatsbeschluß oder Kaisererlaß beruhen, ist ein Postulat der Fidel. Auch der Normenschöpfer muß Wort halten; auf die Rechtsordnung, wie sie einmal ist, muß man sich verlassen können, die Rechtsfolge seiner Handlungen muß man voraussehen können.»

[6] PAPINIANUS, Dig. 50.17.75. Vgl. G. KISKER, Die Rückwirkung von Gesetzen, Tübingen 1963, S. 42 f.; 120 f.

Abgrenzung der Freiheit, sowohl beim Bürger als auch beim Gesetzgeber voraus.

Mit Recht schreibt KÖLZ: «Es ist nichts anderes als eine *vertragliche Rechtsposition,* welche die Konzessionärin aufgrund übereinstimmender gegenseitiger Willensäußerung erworben hat. Solche Positionen sind nach dem aus Treu und Glauben folgenden Satz ‹pacta sunt servanda› zu wahren ... Daher ist wohl auch der Konzedent (Kanton) nach Maßgabe von Treu und Glauben zu schützen, wenn infolge Geldentwertung ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entsteht, und die Konzessionsaufgabe ist, entgegen einer kürzlich vertretenen Auffassung, entsprechend anzupassen. Die Anpassung sollte im öffentlichen Recht etwas leichter möglich sein, als es der herrschenden zivilgerichtlichen Praxis zur clausula rebus sic stantibus entspricht.»[7] Hier spürt man noch einmal konkret, wie sich Privat- und Verwaltungsrecht gegenseitig bereichern können. Mag die herrschende zivilrechtliche Praxis die clausula rebus sic stantibus eng interpretieren[8]. In der internationalen Schiedsgerichtspraxis, besonders, wenn sie nicht nach Rechtsgrundsätzen, sondern nach Billigkeit entscheiden darf, ist die Anpassung langfristiger Verträge die Norm, die strenge Anwendung des «pacta sunt servanda» die Ausnahme[9].

Die allgemeine und objektivierte Vertrauenslehre, wie sie vom Kollegen KÖLZ entworfen wird, kann auch für das Privatrecht besonders fruchtbar werden und das intertemporale Privatrecht von der Verstrickung durch die allgemeinen Bestimmungen des Schlußtitels des ZGB befreien[10]. Ich sage bewußt «objektivierte» Vertrauenslehre, denn die Berücksichtigung des subjektiven, individuellen Vertrauens, der Erwartung des einzelnen Bürgers in die Geltung bestimmter Rechtsnormen muß ergänzt werden durch die Ausarbeitung generalisierender Voraussehbarkeitsmerkmale.

[7] KÖLZ, op. cit., S. 181.

[8] Siehe zuletzt J. BISCHOFF, Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich 1983, mit umfassender Analyse der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre.

[9] Vgl. im allgemeinen die Veröffentlichung der Pariser internationalen Handelskammer; «L'adaptation des contrats, Règlement, clauses Modèles, recours au Comité permanent, Paris 1978, oder das Werk von E. LOQUIN, L'amiable Composition en droit comparé et international, Paris 1980, bes. S. 271 ff.

[10] Überzeugend KÖLZ, op. cit., S. 200 ff.

3. Zum Schluß darf ich noch auf die Darstellung des intertemporalen Verwaltungsrechts des Herrn Kollegen BORGHI zurückkommen. Ich muß gestehen, daß ich einiges, vor allem in den Schlußfolgerungen, nicht nur sprachlich, sondern auch inhaltlich nicht verstanden habe. Vor allem bleibt mir die Redewendung «principi della attività amministrativa» (S. 468, 520, 527, 528) rätselhaft, oder besser gesagt, allumfassend und daher wenig aussagekräftig.

Nach dem Motto CATO des Älteren: «rem tene verba sequentur», setzt sprachliche Klarheit die Bewältigung der Sache selbst voraus. Herr Kollege BORGHI betont übrigens, daß er wenig Zeit für die Ausarbeitung des Referats hatte und daß er in seinem Vorhaben, Rechtstatsachenforschung zu üben, gehindert wurde[11].

Zunächst überrascht die ausführliche Behandlung des Problems des Inkrafttretens und des Außerkrafttretens des Gesetzes («Formalità preliminari e vigenza»: S. 404–456).

Seit ZITELMANNS grundlegender Ausarbeitung der Abgrenzung von Geltungsbereich und Anwendungsbereich des Gesetzes[12], weiß man, daß sich das intertemporale Privatrecht (genau wie das internationale Privatrecht) mit dem Problem der Anwendung des Gesetzes befaßt. Nichts anderes soll für das intertemporale Verwaltungsrecht gelten.

KÖLZ erledigt dieses Problem mit wenigen Sätzen[13]: warum also diese Behandlung, die im übrigen keineswegs spezifisch für das Verwaltungsrecht ist? Heute, dank des mündlichen Referats von Herrn BORGHI, habe ich sein Anliegen und daher diese ausführliche Behandlung besser verstanden. Er gibt dem Begriff «intertemporales Recht» eine neue und viel umfassen-

[11] BORGHI, op. cit., S. 399: «Stante la tardività dell'affidamento del mandato di elaborare il presente rapporto e l'esigenza di una consegna tempestiva».

Prof. BORGHI wollte seine «Rechtstatsachenforschung» untermauern mit Hilfe der Sammlung und Sichtung von Antworten auf einem Fragebogen, welcher an sämtliche Mitglieder des Juristenvereins übersendet werden sollte. Ich bezweifle aber, daß eine solche «Methode» juristische Relevanz haben kann. Diese Zweifel gelten überhaupt für die vom Autor propagierte Anwendung der «teoria sistemica» (S. 398) auf die Rechtswissenschaft.

[12] ZITELMANN, E. Geltungsgebiet und Anwendungsgebiet der Gesetze, Bonner Festgabe für Bergbohm, 1919; vgl. auch K. NEUMEYER, Internationales Verwaltungsrecht, 1936; M. GUTZWILLER, Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze, Festgabe U. Lampert, Freiburg 1925.

[13] KÖLZ, op. cit., S. 158f. Das alte Recht *gilt* nicht mehr, wird jedoch (ausnahmsweise) weiterhin *angewendet*. Umgekehrt *gilt* das neue Recht von Anfang an, wird aber ausnahmsweise nicht *angewendet*.

dere Dimension: nicht nur das reine Kollisionsrecht, nicht nur das materielle Übergangsrecht ist sein Anliegen, sondern die allgemeine Gesetzgebungspolitik des Parlaments und die allgemeine Verordnungspolitik der Behörden, in der sie sich mit der Kategorie «Zeit» befassen (BORGHI nennt sie die «Variante»). Da allerdings die Kategorie «Zeit» dem politischen Handeln (wie im menschlichen überhaupt) immanent ist, umfaßt dieser Begriff des intertemporalen Rechts die gesamte Rechtssetzungspolitik. Nun bestreite ich keineswegs, daß Rechtssetzungspolitik Aufgabe des Juristen (als Politiker oder als Berater des Politikers) sei. Es handelt sich jedoch um eine Problematik, die nicht mit Hilfe der Auslegungslehre, sondern mit den Mitteln der politischen Wissenschaft gelöst werden kann (Politik der Rechtssetzung, politische Steuerung der Rechtsentwicklung zwecks Bewahrung der Rechtskontinuität, Vermeidung der «Revolution», d. h. der Rechtsumwälzung usw.).

Somit konzentriert sich die Erörterung des traditionellen intertemporalen Verwaltungsrechts im Referat des Herrn Kollegen BORGHI auf den zweiten Teil. Die schweizerische Gerichtspraxis wird ausführlich und sorgfältig dargelegt. Die Klassifizierung erfolgt durch die Trichotomie: effetto immediato della legge (sofortige Anwendung), effetto retroattivo (rückwirkende Anwendung), effetto anticipato (vorwirkende Anwendung). Die Klassifizierung wirkt zunächst überzeugend, wie die alte Statutenlehre des internationalen Privatrechts. Die echte Problematik der «zeitgerechten» Rechtsanwendung wird jedoch keineswegs hervorgehoben. In einer freiheitlich orientierten Rechtsordnung, die sich bemüht, die individuelle Freiheit und deren Erwartungen (Rechtssicherheit) vor «Überraschungen» des Gesetzgebers in Schutz zu nehmen, müßte die Klassifizierung von den Sachverhalten ausgehen: ante facta (abgeschlossene Sachverhalte); facta pendentia (zeitlich offene Dauersachverhalte und mehrgliedrige zeitlich begrenzte Sachverhalte); post facta (nachträgliche Sachverhalte). Die Kernproblematik des modernen intertemporalen Kollisionsrechts (sei es Privatrecht, sei es Verwaltungsrecht) liegt bei den zeitlich begrenzten mehrgliedrigen Sachverhalten (langfristige Verträge, Konzessionen usw.). Dort greift das neue Gesetz ein, mit dessen «ratio», mit dessen Potential an öffentlichen (übergeordneten) Interessen, (mit dessen ordre-public-Gehalt, würden wir im IPR sagen). Auch im IPR sprechen wir heute von «lois d'application immédiate». Der Autor reiht das Arsenal der von Lehre und Praxis verwendeten Topoi für die Rechtfertigung der

Weiteranwendung alten Rechts auch nach Inkraftsetzung neuen Rechts aneinander, ohne sich eigentlich für das eine oder für das andere Argument zu entscheiden. Er faßt sie sogar zusammen in seinem bereits erwähnten Begriff der «principi dell'attività amministrativa», worunter er in erster Linie den Grundsatz der Rechtssicherheit versteht. Rechtssicherheit ist jedoch, wie KÖLZ gezeigt hat, ein für die «zeitgerechte» Rechtsanwendung viel zu starres Prinzip. Im übrigen erfahren wir nicht, welche Verankerung diese «principi dell'attività amministrativa» besitzen, weder in rechtsgeschichtlicher noch in rechtsideologischer oder in verfassungsrechtlicher Hinsicht. Damit will ich meine tiefe Überzeugung zum Ausdruck bringen, daß das Verständnis des intertemporalen Rechts ein rechtsgeschichtliches, ein rechtsideologisches und ein verfassungsrechtliches sein muß.

Diese vor allem methodologische Kritik soll selbstverständlich die Verdienste der breitangelegten und eigenwilligen Forschung des Herrn Kollegen BORGHI nicht schmälern. Vor allem ist das umfassende Ziel seiner Untersuchung, die die gesamte Rechtssetzungspolitik unter dem Gesichtspunkt der «zeitgerechten» Rechtsentwicklung erforschen will, eine vielversprechende Aufgabe. Die heutige mündliche Berichterstattung hat die eigenwillige Methode und die breitangelegte Zielsetzung der Untersuchung von Herrn Kollegen BORGHI eindrücklich bestätigt.

Dr. THOMAS JÄGGI, Bern:

Ich erlaube mir, Sie auf ein Problem aufmerksam zu machen, das nicht so sehr das intertemporale Verwaltungsrecht als vielmehr das Bundesstaatsrecht betrifft. Es betrifft die Einführung der Sommerzeit. Im Jahre 1978 ist ein Zeitgesetz vom Volk abgelehnt worden. Nachdem 1979 alle Nachbarstaaten der Schweiz die Einführung der Sommerzeit per 1980 beschlossen hatten, hat auch die Bundesversammlung im März 1980 ein neues Zeitgesetz verabschiedet, welches dem Bundesrat die Kompetenz einräumt, die Sommerzeit einzuführen. Dieses Gesetz unterlag dem Referendum. Das Referendum wurde aber von niemandem ergriffen. Folglich ist dieses Zeitgesetz in Kraft getreten. Gestützt darauf hat der Bundesrat durch Verordnung die Sommerzeit eingeführt. Das Verfahren war also rechtmäßig und demokratisch. Dennoch habe ich seither

wiederholt den Vorwurf gehört, der Bundesrat habe den Volkswillen umgangen. Dies hängt offenbar damit zusammen, daß nicht alle Bürgerinnen und Bürger wußten, daß im Frühling 1980 ein Referendum gegen das Zeitgesetz möglich gewesen wäre. Dieser Umstand ist um so auffallender, als die Probleme der Zeitinsel Schweiz der Einführung der Sommerzeit im Jahre 1980 in den Massenmedien hohe Wellen geworfen haben. Auch eine intensive Kommunikation kann also nicht verhindern, daß sich gewisse Bürger geprellt vorkommen. Diesem Umstand könnte etwa so abgeholfen werden, daß in einem solchen Fall die Bürger noch stärker auf die Möglichkeit des Referendums aufmerksam gemacht werden, nämlich, wenn gegen ein früheres Gesetz in der gleichen Sache erfolgreich das Referendum ergriffen worden ist. Eine noch schärfere Maßnahme bestünde darin, daß das obligatorische Referendum für Gesetze vorgesehen wird, die im ersten Anlauf gescheitert sind.

PD Dr. P. Richli, Chef der Abteilung II für Rechtssetzung im Bundesamt für Justiz:

Die wertvollen Referate des heutigen Morgens betreffen eine der zahlreichen wichtigen Aufgaben des Bundesamtes für Justiz in sehr direkter Weise. Das Amt hat laut Art. 7 Ziff. 2 Bst. d der Verordnung über die Aufgaben der Departemente, Gruppen und Ämter (SR 172.010.15) den Auftrag, bei allen Rechtssetzungsgeschäften im Staats- und Verwaltungsrecht mitzuwirken. Vornehmste Aufgabe ist dabei, der Beachtung der (geschriebenen und ungeschriebenen) Verfassung zum Durchbruch zu verhelfen, bei Verordnungen überdies der Beachtung der einschlägigen Gesetze. Sodann hat das Bundesamt für Justiz vor allem auch die Grundsätze guter Rechtssetzung zur Geltung zu bringen.

Im Rahmen dieses Auftrages prüfen wir regelmäßig auch, ob Vorlagen das erforderliche intertemporale Recht enthalten. Nun ist gewiß einzuräumen, daß die verwaltungsrechtlichen Erlasse des Bundes nicht in allen Teilen den Ansprüchen genügen, welche die beiden Referate formuliert haben. Dies ist indessen nicht vorab Ausdruck der Nachlässigkeit, sondern sehr oft Folge des Umstandes, daß die Phantasie der Verwaltungsstellen, welche die Erlasse vorbereiten, nicht ausreicht, um alle Probleme vorauszusehen, die sich unter intertemporalrechtlichen Aspekten stellen können. Ein solcher Fall ergab sich

z. B. im Zusammenhang mit der Aufhebung einer Subventionsbestimmung im Tierseuchengesetz im Jahre 1980. Es entstand eine Auseinandersetzung über die Frage, ob eine Baute nun eigentlich noch subventionsberechtigt sei oder nicht.

Hier von Interesse mag sein, daß im Subventionsrecht ganz allgemein zur Zeit eine erhebliche Rechtsunsicherheit herrscht. 1975, 1977, 1981 und 1983 sind subventionsrechtliche Normen verändert oder aufgehoben worden. Und die seit 1981 geltende lineare Subventionskürzung von 10 % soll durch ein Anschlußprogramm abgelöst werden. Es kommen Aufhebung und Abänderung von Subventionsnormen im Rahmen der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen hinzu, wobei man sich freilich um die bestmögliche Koordination bemüht. Diese zeitlich in rascher Folge durchgeführten Eingriffe in das Subventionsrecht im Interesse der Sanierung des Bundeshaushaltes haben zu einer erheblichen Verunsicherung der Leistungsempfänger, darunter vor allem auch der Kantone, geführt. Um hier wieder Vertrauen zu schaffen, soll im Subventionsgesetzentwurf, der u. a. Grundsätze für die Rechtssetzung im Subventionsbereich erhalten wird, auch ein Grundsatz aufgenommen werden, wonach bei Rechtsänderungen das Interesse der Leistungsempfänger an einer steten Rechtsentwicklung zu berücksichtigen ist.

Besonders problemträchtig unter den hier fraglichen Aspekten ist im weiteren das Landwirtschaftsrecht. Ich darf zwei Beispiele erwähnen:

Wo immer Kontingente beschränkt oder gar entzogen werden, erheben sich die Betroffenen wie ein Mann. Dabei werden verschiedene Rechtstitel bis hin zu den wohlerworbenen Rechten angerufen. Gleichwohl kann der Bund u. U. nicht umhin, in bestehende Kontingente einzugreifen. Die neue Schlachtviehverordnung von 1982 (SR 916.341) ist dafür Beleg. Sie ist aber auch zugleich Beleg für eine sehr differenzierte intertemporalrechtliche Regelung (Art. 84 bis 89). Kontingente werden nicht von einem Tag auf den andern, sondern mit angemessenen Übergangsfristen abgebaut bzw. entzogen, damit sich die Betroffenen auf die neue Situation einstellen können.

Ein besonders bemerkenswertes Beispiel einer intertemporalrechtlichen Regelung findet sich sodann in der Verordnung über die Höchstbestände in der Fleisch- und Eierproduktion (SR 916.344). Nach deren Art. 7 haben Landwirte, die am 1. Januar 1992 mehr als eine bestimmte Höchstzahl von Tieren halten, eine jährliche Abgabe zu entrichten. Diese ist so ange-

setzt, daß das Halten der überzähligen Tiere unattraktiv sein soll. Diese, auf dem Landwirtschaftsgesetz beruhende Regelung will den Landwirten die Möglichkeit geben, sich innert einer angemessenen Frist an die neue Rechtslage anzupassen.

Dieses Beispiel leitet über zu der von beiden Referenten erhobenen Forderung nach Vorankündigung von neuem Recht und von Rechtsänderungen. Die Forderung verdient im Grundsatz Unterstützung. Allerdings ist sogleich anzufügen, daß Ausnahmen unerläßlich sind. Gewisse Regelungen ertragen keine Vorankündigung, soll nicht ihr Zweck geradezu vereitelt werden. Zu erinnern ist an das Schulbeispiel, das zwar (in der Schweiz) nicht mehr aktuell ist, aber seine Ausstrahlung behält: an die Paritätsänderung. Wer eine Währung auf- oder abwerten will, kann dies nicht vorankündigen. Andernfalls würden unabsehbare spekulative Transaktionen ausgelöst. Eher aktuell könnten wieder einmal Maßnahmen gegen Gelder aus dem Ausland werden (vorgesehen im Nationalbankgesetz). Es widerspräche dem Zweck solcher Maßnahmen, Vorwarnungen auszusprechen. Aber auch etwa die Einführung einer Kontingentierung kann u. U. nicht vorangekündigt werden. Vor allem darf man nicht sagen, nach welchen Kriterien sie erfolgen werden. Andernfalls würden sich die Betroffenen noch rasch eine möglichst günstige Ausgangsposition zu verschaffen suchen.

Gestatten Sie mir, bevor ich zum Schluß komme, einige kritische Bemerkungen zur Hauptthese im deutschsprachigen Referat, zur These nämlich, daß der Vertrauensgrundsatz zu einer eigentlichen Vertrauensdogmatik ausgebaut werden sollte:

Diese These ist Ausdruck eines echten Problems und Anliegens. Allein, ich frage mich, ob der Vertrauensgrundsatz derweise nicht überladen und zu einem «Allerweltsgrundsatz» erhoben werde. Insofern schließe ich mich der Frage an, die bereits Herr Prof. GEORG MÜLLER gestellt hat, ob das Verhältnismäßigkeitsgebot nicht doch mehr zu leisten vermöchte. Und ich füge die Frage hinzu, ob Herr Prof. KÖLZ das Rechtssicherheitsgebot nicht allzu rasch und mit allzu summarischer Begründung verabschiedet bzw. auf eine Residualfunktion zurückgedrängt habe. Gewiß ist zuzugeben, daß die Konturen des Rechtssicherheitsgebotes bis heute verschwommen geblieben sind. Könnte dieser Grundsatz aber durch entsprechende Bemühungen nicht sachgerecht «aufgeladen» werden?

Mit einer gewissen Zurückhaltung nehme ich sodann das

Anliegen auf, aus dem Vertrauensgrundsatz ganz generell Entschädigungspflichten abzuleiten. Es gibt zwar Fälle, in denen eine Entschädigung als recht und billig erschiene. Die generelle Forderung könnte aber über das Ziel hinausschießen und zu schwer vorhersehbaren Konsequenzen führen. Es scheint mir jedenfalls, daß das Problem in den größeren Zusammenhang der Frage nach der Haftung des Staates für rechtmäßiges Handeln zu stellen wäre.

Im übrigen wäre auch zu bedenken, daß die Begründung bedeutender Entschädigungspflichten im Zeitalter der leeren Kassen die Rechtsentwicklung u. U. übermäßig hemmen könnte. Man hätte nämlich damit zu rechnen, daß auf rasche und damit entschädigungspflichtige Lösungen oft zugunsten von längerfristigen entschädigungslosen Regelungen verzichtet würde, die dem öffentlichen Interesse nicht mehr in hinreichendem Maße entsprächen. Nun können berechtigte Postulate gewiß nicht einfach unter Hinweis auf die leere Staatskasse erledigt werden. Es bleibt aber immerhin zu fragen, wie heute solche Postulate zu erfüllen seien: durch die Rechtsprechung – so Prof. KÖLZ – oder durch formelle Verfassungsänderung.

Zum Schluß darf ich den beiden Referenten namens des Bundesamtes für Justiz herzlich danken. Sie liefern uns für die Arbeit im Dienste der Rechtssetzung eine bisher schmerzlich vermißte umfassende argumentative Grundlage. Zuweilen sehen die federführenden Stellen die Notwendigkeit angemessenen intertemporalen Rechts nicht ohne weiteres ein. Es ist alsdann unsere Aufgabe, diese Notwendigkeit zu begründen. Das fällt uns jetzt leichter. Die Referate unterstützen uns nicht nur in unserer Aufgabe, sie spornen uns auch an, den intertemporal-rechtlichen Fragen in Zukunft noch vermehrte Aufmerksamkeit zu schenken. Wenn wir den Forderungen der Referenten nicht vorbehaltlos in allen Punkten folgen – ich habe sie zum Teil erwähnt –, so schmälert dies unsere Anerkennung für die beiden Studien in keiner Weise.

Bundesrichter Prof. A. KUTTLER:

Auch meinerseits möchte ich den beiden Referenten für ihre sorgfältigen Arbeiten, die sich in vorbildlicher Weise ergänzen, bestens danken. Sie lassen sowohl die intertemporalrechtlichen Probleme im engeren Sinne, zu denen ich die kollisionsrechtlichen Fragen zähle, als auch die weit umfassendere Problematik,

die sich aus dem Rechtswandel ergibt, klar erkennen und tragen dazu bei, gangbare Wege zum Ausgleich der Konflikte zu finden.

Aus der Fülle der umfassenden kritischen Analyse der Berichterstatter möchte ich aus persönlicher Sicht lediglich zwei Fragen herausgreifen, welche sich auf die Folgerungen beziehen, die sich aus dem Vertrauensgrundsatz für die Gesetzgebung und Rechtsanwendung ergeben.

Ich pflichte voll und ganz der Forderung bei, daß der Gesetzgeber dem Übergangs- und Einführungsrecht besonders sorgfältige Beachtung schenken sollte. Eine maßvolle Regelung, etwa durch die Gewährung von Anpassungsfristen, wo dies möglich ist, entspricht nicht nur dem Vertrauensgrundsatz, sondern auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dem ich ebenfalls für die Lösung intertemporalrechtlicher Fragen wesentliche Bedeutung beimesse. Eine solche maßvolle Regelung vermag Härten zu mildern und möglicherweise auch Entschädigungsfolgen, die sich aus der sofortigen Anwendung neuen Rechts ergeben können, auszuschließen. Ist jedoch neues Recht in Kraft getreten, so gebietet das Gesetzmäßigkeitsprinzip, dessen Tragweite beide Autoren unterstrichen haben, dessen einheitliche Anwendung auf die von ihm erfaßten Sachverhalte.

Wenn Herr KÖLZ aus dem Vertrauensgrundsatz für das Bau- und Planungsrecht die Forderung herleitet, an das Sachverhaltsglied der Einreichung eines Baubegehrens anzuknüpfen, um das anwendbare Recht zu bestimmen, so setzt diese Lösung meines Erachtens eine entsprechende gesetzliche Anordnung, wie sie etwa der Berner Gesetzgeber getroffen hat, voraus. Ohne eine solche Regel des Gesetzgebers treten die Behörden mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip in Widerspruch, wollten sie ein Baugesuch nicht nach dem zum Zeitpunkt ihres Entscheides geltenden Recht beurteilen.

Ob dem Gesetzgeber empfohlen werden soll, die Anknüpfung an die Einreichung eines Baugesuches anzuordnen, scheint mir im übrigen fragwürdig zu sein. Für den Gesuchsteller wird kaum viel gewonnen, wenn Planungssicherungsinstrumente wie Bausperren, die eine Zurückstellung des Baugesuches erlauben, sowie Planungszonen usw. eingesetzt werden.

Diese sowohl im Bundesrecht als auch im kantonalen Recht vorgesehenen Instrumente weisen auf die Grenzen des Vertrauens in die geltende Rechtslage hin. Sie bringen zum Ausdruck, daß bei einer Änderung der Verhältnisse mit einer Rechtsänderung gerechnet werden muß. Sie entsprechen somit

meiner Ansicht der Forderung, einer mit dem öffentlichen Interesse übereinstimmenden steten und damit humanen Rechtsentwicklung.

Schließlich kann man sich auch fragen, ob einem Baugesuchsteller wirklich gedient ist, wenn ihm die Erstellung eines gegen neues Recht verstoßenden Baues gestattet wird, hat dies doch zur Folge, daß ihm spätere Umbauten oder Zweckänderungen untersagt sind, da er sich einzig auf die Bestandesgarantie berufen kann.

Die auch von Herrn BORGHI dargestellten, sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergebenden Regeln, die an die Baubewilligung als das rechtlich entscheidende Sachverhaltsglied anknüpfen, treten meines Erachtens mit dem Vertrauensgrundsatz nicht in Widerspruch, wenn der Vorbehalt geachtet und ernst genommen wird, daß im Falle einer absichtlichen Verzögerung in der Behandlung des Gesuchs das Recht gilt, das in Kraft gestanden hätte, wenn keine Verzögerung eingetreten wäre, oder daß, falls dies mit überwiegenden öffentlichen Interessen nicht vereinbar wäre und ein schwerwiegender Kontinuitätsbruch vorläge, Entschädigung auszurichten ist. Zur letztgenannten Forderung verweisen beide Autoren auf BGE 102 I a 243 ff. Aus diesem Entscheid, auf den das Bundesgericht neuerdings Bezug genommen hat, BGE 108 I b 357 ff., ergibt sich, wann nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung eine Rechtsänderung zu einer schwerwiegenden Verletzung des Vertrauensgrundsatzes führen und daher eine Entschädigungspflicht auslösen kann. Es trifft dies nur unter qualifizierten Voraussetzungen zu, wie sie gegeben sind, wenn in wohlerworbene Rechte eingegriffen, von ausdrücklichen Zusicherungen des Gesetzgebers abgewichen oder zur gezielten Verhinderung eines bestimmten Vorhabens, das verwirklicht werden könnte, in nicht voraussehbarer Weise eine Rechtsänderung beschlossen wird.

Zur Kritik an den wohlerworbenen Rechten, die geäußert wurde, möchte ich in diesem Zusammenhang nur erwähnen, daß der Gesetzgeber selbst bestimmte Rechtspositionen ausdrücklich als wohlerworbene Rechte bezeichnet. Aus diesen, aus Art. 4 BV abgeleiteten Grundsätzen, ergeben sich Konsequenzen, die nicht nur die Rechtsprechung, sondern in befriedigender Weise alleine der Gesetzgeber lösen kann. Ich möchte beifügen, daß ein Verfahren zur Verfügung zu stellen ist, in welchem diese Forderungen geltend gemacht werden können. Es ist dies im Grunde genommen eine Selbstverständlichkeit.

Doch zeigt die Erfahrung, daß in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Rechtslage in manchem Kanton keineswegs klargestellt ist. Die Notwendigkeit eines klaren Verfahrens ist namentlich auch zu beachten, wenn gefordert wird, daß die sogenannte Sonderopferentschädigung, die eine stoßende Rechtsungleichheit ausgleichen soll, die sich aus einer Eigentumsbeschränkung ergibt, nicht mehr an die Eigentumsgarantie, sondern ausschließlich an Art. 4 BV gebunden werden soll. Zieht man die Konsequenz, daß die Sonderopferentschädigung keine Enteignungsentschädigung, sondern eine auf Art. 4 BV gestützte Entschädigung wegen Verletzung des Vertrauensgrundsatzes darstellt, so müßte wohl die Zuständigkeit der Enteignungsgerichte für die Beurteilung der entsprechenden Forderungen in Frage gestellt werden. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkennt, daß die Sonderopferentschädigung dem Ausgleich einer stoßenden Rechtsungleichheit dient. Wenn sie die Entschädigungspflicht auch an Art. 22 der BV, die Eigentumsgarantie, bindet, so erlaubt dies die Beurteilung der entsprechenden Forderung im Enteignungsverfahren. Ein Verzicht auf die Anknüpfung an die Eigentumsgarantie könnte daher für das Verfahren weitgehende Folgen haben, vielleicht aber auch dazu führen, zu einer umfassenderen Regelung der öffentlichrechtlichen Entschädigung für rechtmäßiges staatliches Handeln zu gelangen. Ich meine, diese Zusammenhänge sollten Anlaß zu weiteren Untersuchungen geben, sowie auch zur Präzisierung der qualifizierten Voraussetzungen führen, die gegeben sein müssen, um eine Entschädigungspflicht als Folge einer Rechtsänderung auszulösen.

Prof. ALFRED KÖLZ (Schlußvotum):

Zunächst teilte ich ebenfalls die Meinung, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spiele intertemporalrechtlich neben dem Vertrauensgrundsatz eine gleich große Rolle. Von dieser Ansicht bin ich immer mehr abgerückt. Die gewonnene Auffassung, an der ich festhalte, möchte ich kurz an einem Beispiel erläutern:

Der Gesetzgeber will den Schadstoffausstoß von Autos von 100 auf 40 Schadstoffeinheiten herabsetzen. Richtet sich die Erreichung dieses Ziels nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, so ist der Gesetzgeber gehalten, von mehreren allfällig vorhandenen wirksamen Mitteln das mildeste auszuwählen. Er kann natürlich auch davon absehen, das Mittel zu beschreiben,

und damit wird das Problem auf die Ebene der Verwaltung abgeschoben. Er wird dies sinnvollerweise dann tun, wenn es der rasche Gang der technischen Entwicklung nicht erlaubt, die verschiedenen Mittel bereits vorauszusehen und zu fixieren. Gesetzt den Fall, das öffentliche Interesse für die sofortige Herabsetzung des Schadstoffausstoßes für Automobile sei zwar ausgewiesen, die sofortige Einführung bringe aber für die Betroffenen untragbare Härten mit sich. In einer solchen typischen Übergangssituation hilft meiner Meinung nach der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht weiter. Nachdem wir festgestellt haben, daß es kein Mittel gibt, um die untragbaren Härten des sofortigen Übergangs vom alten zum neuen Recht zu mildern, muß der Gesetzgeber am vorgegebenen Ziel Abstriche vornehmen. Er wird vielleicht zu diesem Zweck eine Anpassungsfrist von einem Jahr festlegen. Dazu bedarf es aber meiner Meinung nach des ausdrücklichen Beschlusses des formellen Gesetzgebers, denn nur er selbst darf das Wirksamwerden seiner Gesetze hinausschieben. Damit ist der Konnex zu meinem Postulat hergestellt. Die Grundsätze der Übergangslösung müssen im formellen Gesetz enthalten sein (vgl. S. 247 meines Referates). Eine Delegation im verbleibenden Spielraum an die Verwaltung kann selbstverständlich vorgenommen werden. Die Verwaltung sollte sich über das Übergangsrecht Gedanken machen, bevor die Entscheidung im Parlament fällt. Dadurch kann verhindert werden, daß die Problematik erst nach der Behandlung im Parlament durch die Verwaltung erkannt wird, denn nur der Gesetzgeber ist befugt, das Wirksamwerden seiner Gesetze hinauszuschieben. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist meiner Meinung nach nur ein statischer und nur instrumentaler Grundsatz. Er steht vertikal zur horizontalen Zeitachse. Der Vertrauensgrundsatz hingegen spricht sich über das Verhältnis der Betroffenen zum gesetzgeberischen Ziel im zeitlichen Ablauf aus und spielt daher meines Erachtens intertemporalrechtlich die entscheidende Rolle. Bei der Gestaltung und Auswahl der Mittel zur Erreichung des Ziels kommt selbstverständlich auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine große Rolle zu. Er ist aber im Rahmen des intertemporalen Rechts nur von sekundärer, instrumentaler und technischer Bedeutung. Es wurde auch erwähnt, ich hätte den Rechtssicherheitsbegriff zu rasch verabschiedet. Ich habe dies deshalb getan, weil der Rechtssicherheitsbegriff eine vieldeutige Sache ist. Deshalb habe ich den Vertrauensgrundsatz absolut in den Vordergrund gerückt. Dies auch deshalb, weil in den letzten

Jahrzehnten im intertemporalen Recht zu viele Ersatzkorrektive verwendet worden sind, namentlich das Ersatzkorrektiv des wohlerworbenen Rechtes, des subjektiven Rechtes und der Rechtssicherheit.

Dem von Herrn RICHLI aufgeworfenen Einwand der Frage nach der Entschädigung muß ich entgegenhalten, daß ich mein Referat nicht auf die leeren Bundeskassen ausrichten konnte.

M. le Professeur M. BORGHI (intervention finale rédigée ultérieurement par le rapporteur):

La réaction univoque du public aux chicaneries de Mr. BROGGINI constitue la meilleure réponse à ses propos et me permet d'éviter d'insister sur une polémique stérile: en effet, pour répondre à son interprétation de la plupart des citations de mon rapport, il me suffit de renvoyer le lecteur soit au sous-chapitre, soit aux lignes qui suivent ou précèdent immédiatement les phrases qu'il a extrapolées du contexte, pour que leur sens soit restitué. En guise d'exemple: la phrase concernant la limitation, faute de temps, du développement du sujet, est insérée dans le paragraphe concernant le questionnaire qui a été élaboré trop tard pour pouvoir être distribué et ne se réfère qu'à la tentative que j'avais imaginée, de recueillir dans le cadre d'une sorte de «consultation» des membres de la SSJ, «consultation préalable» à la rédaction du rapport, une casuistique analytique dans toute la Suisse sur la pratique dans le domaine intertemporel, essayant de documenter différentes particularités de l'activité législative et de déterminer, au point de vue quantitatif, la diffusion du phénomène, mais aussi les motivations subjectives qui l'engendrent et qui produisent des effets juridiques, dont j'aurais voulu montrer le lien causal circulaire selon le modèle systémique. Autre exemple: les mots concernant la relativité nuancée des catégories et des principes traditionnels liée aux problèmes intertemporels sont expliqués et précisés dans les pages qui suivent immédiatement les mots cités.

Quant à certaines autres affirmations, qu'elles aient été exprimées de bonne ou mauvaise foi, elles doivent être explicitement, fermement contestées, vu leur intérêt général. Premièrement, la critique au sujet de la langue italienne du texte du rapport.

Faisant abstraction du fait que le (seul) auteur de cette critique appartient à la même origine culturelle, en partie négligée

en Suisse (ce qui constituerait une réponse personnelle suffisante) et du fait que la proposition de rédiger le rapport en langue italienne a été souhaitée par le Comité de la SSJ (ce qui constituerait une réponse formelle suffisante, et l'attestation de la sensibilité de la SSJ au problème des langues minoritaires), je désire souligner que j'aurais de toute façon revendiqué le droit de m'exprimer dans ma langue maternelle qui, sauf erreur, au moins dans ces dernières décennies, n'a été représentée qu'une seule fois dans les rapports de la SSJ.

La gravité de l'affirmation de Mr. BROGGINI ne consiste pas seulement dans le fait qu'elle contraste avec l'effort, hérissé de difficultés croissantes, que le Tessin, appuyé même financièrement par la Confédération, essaie d'accomplir pour sauvegarder et promouvoir son identité culturelle et linguistique, qui est en réalité un élément déterminant de celle de la Suisse entière mais, ce qui est plus grave encore, consiste dans le renforcement occulte d'un mécanisme social et, au fond, politique, qui, comme poussé par une force d'inertie, subtilement, résout négativement un problème que personne ne pose ouvertement: l'utilité de textes juridiques (ou d'autres) en une langue différente de l'allemand (et je cite, à ce propos, les préoccupations de M. TERCIER exprimées hier, référées aussi à la langue française). Cette utilité n'est pas niée officiellement, bien au contraire, mais la mystification réside dans la conscience diffuse de l'existence d'une pression psychologique qui pousse les auteurs de langue italienne à écrire en d'autres langues fédérales, ou à ne point écrire du tout, sinon sur des sujets d'intérêt régional et dans des revues qui voient leur rayonnement être l'objet d'une limitation territoriale s'affermissant dans le temps.

Il ne faut donc pas nier l'existence de ce problème de principe, mais s'il faut le résoudre au niveau des affirmations de principe, il faut veiller surtout à la cohérence de l'application concrète, ce qui n'exclut pas d'ailleurs l'utilisation de moyens destinés à faciliter la compréhension du lecteur connaissant insuffisamment la langue du texte, comme par ex. des résumés détaillés, écrits ou oraux dans une autre langue nationale. Deuxièmement, M. BROGGINI conteste, sic et simpliciter, la validité de toute argumentation qui n'ait pas caractère strictement juridique. Il suffirait, pour rejeter comme obscurantiste et gratuite cette opinion, de constater qu'elle n'est tautologiquement soutenue que par ce simple refus.

Or, depuis des décennies, toutes les sciences, dont le droit, cherchent des ouvertures, des enrichissements interdiscipli-

naires, des alternatives au danger de se replier sur leurs origines, (de se renfermer, par ex., dans notre cas, dans le droit romain, auquel d'ailleurs personne n'entend nier son importance). Comme je l'ai dit ce matin, la théorie systémique permet un métadiscours sur le droit, sur ses transformations, donc sur l'évolution législative, qui constitue l'élément caractéristique du sujet traité. M. HOTZ vient de formuler des remarques pertinentes à propos des aspects mathématiques du concept de système que j'ai proposé et qui permet de répondre à une autre critique d'intérêt général de M. BROGGINI, concernant certains paragraphes du rapport sur l'adoption de la loi et mon intention de proposer sur ces thèmes une «politique législative».

Or, comme je l'ai montré encore ce matin, l'analyse de ces thèmes est essentielle en tant que moyen susceptible de déceler sur la base d'un raisonnement juridique, au point de vue théorique, le dénominateur commun, le lien, l'élément de continuité entre les différentes phases d'élaboration d'une loi; au point de vue pratique, pragmatique, il permet ensuite de déterminer les «instruments» (vigenza e efficacia) dont dispose le législateur, instruments homogènes des catégories législatives, lui permettant (rectius: l'obligeant) de repérer la solution intertemporelle la plus adéquate aux intérêts publics et privés en relation dans le contexte spécifique.

J'ai montré que la théorie systémique permet, sur d'autres bases, d'expliciter ce lien, en particulier son aspect causal circulaire englobant l'élaboration d'une loi *et* ses aspects temporels, dans un concept dynamique totalisant et cohérent.

En dernier lieu, j'ai montré que par ces arguments l'on parvient à souligner l'importance du destinataire de la loi, considérée comme un système autorégulateur (ou sous-système par rapport au système-ordre juridique) dont le destinataire (et ses intérêts) est toujours un élément causal selon un mécanisme rétroactif, qui toutefois risque d'engendrer un effet pervers si l'autorité législative ne s'y intéresse qu'indirectement. Cet argument conduit au rejet de l'opinion de M. BROGGINI et à la constatation de la nécessité, si ce n'est de proposer une politique législative, au moins de souligner l'importance de ces aspects au moment où le Conseil Fédéral présente un projet de loi contenant, selon ses intentions «*tous* les principes régissant non seulement la publication elle-même, mais encore l'entrée en vigueur et les effets juridiques des prescriptions qui contiennent des règles de droit» (page 2 Message du 29 juin 1983). D'ailleurs, où trouver un contexte plus compétent et plus représentatif que

cette assemblée pour une pareille proposition? Je me permets d'insister sur l'exigence d'exprimer encore le vœu que les autorités législatives cantonales et fédérales reconnaissent davantage l'importance et le rang des problèmes discutés aujourd'hui. Le message du Conseil Fédéral est certes un projet de loi utile en ce qu'il prévoit de réunir dans un seul texte les dispositions sur les publications officielles de la loi, sur son entrée en vigueur; toutefois il ne consacre que deux articles à ce dernier problème, en outre il passe sous silence la phase préliminaire d'élaboration des normes qui est, comme nous l'avons vu, liée aux suivantes par un rapport (systémique) se situant au niveau conceptuel, structurel et juridique.

Le risque est de dévaloriser formellement, implicitement et psychologiquement ces aspects, qui sont pourtant d'une grande importance puisqu'ils règlent le problème de la participation du destinataire, du citoyen, à l'élaboration de la loi.

Je rejoins à cet égard, même si c'est d'un point de vue différent, les doléances émises hier par MM. ENGEL et AUBERT concernant les efforts à consentir en vue d'intéresser – au sens large du terme – les citoyens au droit, afin d'éviter que la règle juridique ne devienne un lieu privilégié réservé à des exercices de spécialistes.

Prof. ULRICH ZIMMERLI:

Die Diskussion konnte selbstverständlich nicht erschöpfend sein, sie hat aber die Problematik aufgezeigt. Selbst wenn sich die Referenten und Diskussionsteilnehmer nicht in allen Punkten einig waren, hat die Diskussion doch klar gemacht, daß wir in unseren Bemühungen mit den «wohlerworbenen» Schwierigkeiten des intertemporalen Rechts weiterfahren sollten. Wir setzen unser Vertrauen und unsere Hoffnung insbesondere in die Rechtsprechung unseres höchsten Gerichts. Ich möchte insbesondere den Herren Referenten und den Diskussionsteilnehmern danken. Meiner Meinung nach könnte eine Studiengruppe eingesetzt werden, die die Leitsätze über das intertemporale Recht auszuarbeiten hätte. Damit ließe sich die «Kondition» des Gesetzgebers wesentlich verbessern.

Dr. PEIDER MENGIARDI:

Mit dem Ende der Diskussion zum zweiten Tagungsthema neigt sich der Juristentag 1983 seinem Ende zu. Ich danke allen, die zu dessen Organisation und Durchführung beigetragen haben, ganz besonders nochmals den Herren Referenten, ferner den Mitgliedern des Organisationskomitees, die keine Mühe gescheut haben, uns den Aufenthalt hier in Baden/Wettingen so angenehm wie möglich zu gestalten. Der Dank richtet sich auch an alle unsere Damen und Herren Mitglieder, die mit ihrer Teilnahme ihr Interesse für unsere diesjährige Tagung bekundet haben.

Die Verhandlungen des Juristentages 1983 sind damit geschlossen.

Verzeichnis der Diskussionsredner:
Liste des participants aux débats:

Aubert, P., Neuchâtel
Balastèr, G. F., St. Moritz
Borghi, M., Lugano
Broggini, G., Mailand
Bucher, E., Bern
Egli, J.-F., Lausanne
Engel, P., Genève
Friedrich, R., Bern
Guinand, J., Neuchâtel
Heitz-Egli, M., Zürich
Hotz, R., St. Gallen
Jäggi, Th., Bern
Kölz, A., Zürich
Kramer, E., St. Gallen
Kraus, K., Altenrhein
Kuttler, A., Lausanne
Mengiardi, P., Basel
Minelli, L. A., Zürich
Müller, G., Zürich
Picot, F., Genève
Richli, P., Bern
Schubarth, M., Lausanne
Stark, E. W., Zürich
Tercier, P., Fribourg
Zimmerli, U., Gümligen

Anhang

Ansprache von Dr. Louis Lang, Regierungsrat, beim Bankett des Schweizerischen Juristenvereins vom 24. 9. 1983:

Mit der Wahl von Baden als Ihren diesjährigen Tagungsort haben Sie nicht nur dieser Stadt und ihrer Region und damit auch Wettingen eine Ehre erwiesen, sondern dem ganzen Kanton Aargau. Vor mehr als 25 Jahren, als Sie letztmals im Aargau tagten, war von unserem Kanton auf eidgenössischer Ebene und auch im schweizerischen Blätterwald nicht so viel die Rede wie heute. Und in diesen vergangenen 25 Jahren hat sich in unserem Kanton nicht nur einiges, sondern sehr viel geändert. Leider ist der Aargau für viele zum Durchgangskanton geworden, indem sie entweder mit der Autobahn bei Rothrist in den Aargau einfahren und ihn bei Spreitenbach wieder verlassen oder in gleicher Art geradezu parallel zur Autobahn mit der Bundesbahn durch den Heitersberg direkt von Bern nach Zürich gelangen. Und sollte die neue helvetische Transversale einmal kommen, so würde vom Aargau überhaupt nichts mehr bemerkt.

Daß der Aargau ein «elektrischer» Kanton ist, dürfte allgemein bekannt sein. Nicht nur die Wasservorkommnisse – das Wasser, das durch den Aargau fließt, kommt aus 24 Kantonen, und deren 26 haben wir bekanntlich – haben dazu beigetragen, daß wir sehr viele Wasserkraftwerke – deren 23 an der Zahl – besitzen, sondern wir sind auch dadurch berühmt geworden, daß wir bekanntlich zwei Kernkraftwerke in Betrieb haben, ein drittes vor der Betriebsaufnahme steht und das vierte nicht nur zu Streit und Diskussionen Anlaß gibt, sondern hin und wieder einen politischen Exponenten auch ins falsche Licht setzen kann.

Der Kanton Aargau ist gemessen an den Urkantonen sicherlich ein junger Kanton; er wurde 1803 durch das Machtwort Napoleons aus vier Regionen zusammengesetzt. Diese vier Regionen – Fricktal, Freiamt, Grafschaft Baden und Berner Aargau – haben nicht nur ihre eigene Geschichte, sondern sie vermochten auch ihre Eigenarten zu bewahren, und dennoch haben alle Regionen zu einer Einheitlichkeit und zu einer kantonalen Zusammengehörigkeit beigetragen.

In diesem schönen Land, im Kanton Aargau, heiße ich Sie namens des aargauischen Regierungsrates herzlich willkommen. Wir hoffen sehr, daß Sie Ihren Aufenthalt hier genießen werden und daß Ihnen in den Randzeiten der Tagung oder auch an andern Tagen Gelegenheit gegeben sei, die Schönheiten unseres Kantons zu besichtigen und diese zu genießen. Der Aargau hat viele Schönheiten, landschaftliche, kulturelle, ja auch lebende.

Einen besonderen Willkomm-Gruß entbiete ich Herrn Bundesrat Friedrich. Mit ihm als Zürcher fühlen wir uns nicht nur benachbart, sondern auch

verbunden. Herr Bundesrat, Sie haben wahrlich keine leichte Aufgabe, aber Sie dürfen mit Genugtuung und Befriedigung zur Kenntnis nehmen, daß nicht nur die aargauische Regierung, sondern auch das Aargauer Volk Ihre Arbeit schätzt und Ihnen Vertrauen entgegenbringt. Mögen Sie die vielen politischen Stillosigkeiten nicht beeindrucken!

Vom Aargau darf man sagen, daß er ein bundestreuer Stand ist. Die Rechtsstaatlichkeit ist ihm oberster Grundsatz. Und wenn uns Aargauern vorgehalten wird, wir würden uns immer an die Erlasse von Bern halten, so ist das wohl mehr als ein respektables Relikt aus der Zeit, da große Teile des Kantons Aargau durch die Berner besetzt und verwaltet waren. Wir Aargauer sind aber nicht bereit, nur unsererseits Rechtsstaatlichkeit zu üben und zu pflegen, sondern erwarten, daß dieser Grundsatz auch von unseren Nachbarn voll beachtet wird. Es ist die ethische Verantwortung, von der Herr Bundesrat Friedrich sprach.

Die Rechtsstaatlichkeit steht mit der Jurisprudenz und damit personifiziert mit dem Juristen in einem engen, ja sogar untrennbaren Zusammenhang. Der Politiker erarbeitet den Rechtssatz und der Stimmbürger setzt ihn in Kraft. In der Rechtsanwendung beginnen die Juristen aktiv zu werden, und wo sich diese selbst nicht mehr einig sind, wird der Richter zum Entscheid gerufen, von dem wir dann erwarten, daß er eine verbindliche Antwort gibt. Allzu oft kommt man indessen vom Eindruck nicht los, daß der Richter bis zuoberst hinauf nicht nur Recht spricht, sondern in seinem Richterspruch auch noch Politik macht. Die Erfahrung lehrt, daß diese doppelte Tätigkeit nicht von Gutem sein kann.

Die Rechtsstaatlichkeit, die seit jeher das Fundament unseres Staatswesens bildet, hat sich seit der Gründung der Eidgenossenschaft stetig entwickelt und verfeinert. Heute hat sie jedoch einen derart hohen Stand erreicht, daß sie – zumindest in Teilbereichen – unseren *Rechts*staat zum Rechts*mittel*staat gemacht hat. Sämtliche Gründe aufzulisten, die mich als Politiker, als Praktiker aber auch als Jurist zu dieser Feststellung veranlassen, würde zu weit führen. Meines Erachtens haben der zusehends abnehmende Respekt vor der Autorität der Rechtsordnung als solcher, die verpolitisierte Rechtsprechung sowie die von unseren Gerichten nicht durch notwendigen Formalismus, sondern oft in spitzfindiger Rechtsanwendung geförderte Rechtsmittelneurose zu dieser bedenklichen Entwicklung vom Rechtsstaat zum Rechtsmittelstaat geführt. Damit komplizieren wir nicht nur das tägliche Leben, sondern die Rechtsanwendung läuft sogar Gefahr, den staatlichen Apparat in seiner Funktion zu lähmen oder gar lahmzulegen.

Wir Aargauer bekennen uns nach wie vor zur Rechtsstaatlichkeit, und ich glaube behaupten zu dürfen, daß wir dies bis heute auch nach außen bewiesen haben. Die Rechtsstaatlichkeit ist *die* Ordnung, und nur mit *dieser* Ordnung können wir leben.

Mögen Sie, in welcher Stellung auch immer, als Jurist am Aufbau, an der Entwicklung und am Fortbestand der rechtsstaatlichen Ordnung mithelfen, wie Herr Bundesrat Friedrich hervorgehoben hat. Diese Tätigkeit wird nicht nur Ihnen selbst Befriedigung bringen, sondern Sie dürfen auch des Dankes aller rechtschaffener Bürger gewiß sein.