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: 104 (1985)

Rubrik: Protokoll der 119. 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: 22.08.2025

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

Protokoll der 119. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

vom 7. bis 8. September 1985 in Basel

Sitzung vom Samstag, den 7. September 1985
im Zentrum für Lehre und Forschung, Basel

Präsident:
Dr. P. MENGIARDI, Basel

I.

Eröffnungsrede des Präsidenten

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

Es sind genau 12 Jahre her, seit wir uns das letzte Mal zu unserem Kongreß in Basel versammelt haben. Damals, 1973, behandelten wir unter der Leitung von Herrn Professor EICHENBERGER «Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation» und «Soziale Grundrechte in der Verfassung».

Die Tradition will es, daß der Juristentag jeweils am Arbeitsort des scheidenden Präsidenten durchgeführt wird. Ich freue mich, daß dies wiederum in der traditionsreichen Universitätsstadt Basel geschieht und danke schon jetzt den Vertretern der hiesigen Juristischen Fakultät sowie der Gerichte und Anwälte beider Basel für die Festgabe, die sie uns zum Anlaß unseres heutigen Kongresses verfaßt haben. Ich werde noch darauf zurückkommen.

Der Präsident des Organisationskomitees, Herr Dr. EBERHARD WEISS, hat Sie gestern Abend in der gediegenen Atmosphäre des Historischen Museums willkommen geheißen.

Heute morgen darf ich Sie zu Beginn unserer ersten Arbeitssitzung im Namen des Vorstandes begrüssen. Wir hoffen, Ihnen eine anregende Tagung bieten zu können.

Es freut uns ganz besonders, daß Frau Bundesrätin ELISABETH KOPP, Vorsteherin des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes, es sich trotz der enormen Beanspruchung nicht nehmen ließ, uns schon in ihrem ersten Amtsjahr zu besuchen. Wir fühlen uns geehrt und danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, daß Sie zu uns sprechen werden.

Ich freue mich, daß die Präsidenten des Bundesgerichtes und des Eidg. Versicherungsgerichtes, der Vorsteher des Justizdepartementes des Kantons Basel-Stadt, die Präsidenten der kantonalen Gerichte Basel-Stadt und Basel-Landschaft, die Vertreter der Universität Basel und der Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbandes unserer Einladung Folge geleistet haben und begrüsse sie herzlich als unsere Ehrengäste. Der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft konnte sich leider wegen einer Verpflichtung am Comptoir Suisse in Lausanne nicht vertreten lassen.

Ich heiße auch unsere Referenten herzlich willkommen. Sie haben bereits große Vorarbeit geleistet und verdienen dafür schon jetzt unseren Dank.

Vertreter der Presse und des Radios verfolgen unseren Kongreß. Wir danken ihnen für das Interesse, das sie unserer Arbeit entgegenbringen.

Der Juristentag 1985 ist eröffnet.

II.

Verwaltungsgeschäfte 1. Teil

1. Bezeichnung der Sekretäre und Stimmenzähler

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung als Sekretäre:

PHILIPPE REYMOND, Dr. iur., avocat-stagiaire, Lausanne
MARIE-LOUISE STAMM, Dr. iur., Appellationsgerichtsschreiberin, Basel

Auf die Bezeichnung von Stimmenzählern wird angesichts der zur Diskussion stehenden Traktanden vorläufig verzichtet.

2. *Bericht des Präsidenten*

1. Wie ich Ihnen bereits vor zwei Jahren mitteilte, beschloß der Vorstand in einer früheren Amtsperiode, die Gestaltung unserer Arbeitssitzungen versuchsweise etwas zu modifizieren, um Erfahrungen zu sammeln. Die Regel war, daß wir – auf der Grundlage schriftlicher Referate und mündlicher Einführungsvoten – an einem Tag ein zivilrechtliches und am andern Tag ein öffentlichrechtliches Thema behandelten. Letztes Jahr sind wir davon abgewichen, indem wir zwei Grundfragen unseres Bundesverfassungsrechtes diskutierten, die miteinander in Zusammenhang stehen, nämlich «Grundprobleme der schweizerischen Demokratie» und «das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen». Dieses Jahr behandeln wir – gestützt auf zwei schriftliche Referate – ein einziges Thema, nämlich «die Wirtschaftskriminalität». Dieses wird am zweiten Tag durch Spezialreferate, die nach dem Juristentag im Druck erscheinen werden, vertieft. 1986 stehen wiederum je ein zivilrechtliches und ein öffentlichrechtliches Thema zur Diskussion, nämlich «der Reisevertrag» (Referenten: Dr. ANDREAS GIRSBERGER, Rechtsanwalt, Zürich, und Prof. BERND STAUDER, Universität Genf) und «Verfassungsgrundsätze der schweizerischen Außenpolitik» (Referenten: Dr. WALTER KÄLIN, z. Zt. Cambridge, und Botschafter JEAN MONNIER, Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten). Nach der gleichen Formel wird auch der Juristentag 1987 durchgeführt werden. Wir werden «die Dienstleistungsverträge» (Referenten: Prof. FRANÇOIS DESSEMONTET, Universität Lausanne, und Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, Kantonsrichter, St. Gallen) und «das Willkürverbot nach Art. 4 BV» (Referenten: Bundesrichter CLAUDE ROUILLER und Prof. Dr. DANIEL THÜRER, Universität Zürich) diskutieren. Die Erfahrungen, welche wir mit der modifizierten Form von 1984 und 1985 gesammelt haben, werden für spätere Juristentage ausgewertet werden.

Das Thema «Wirtschaftskriminalität», das wir heute behandeln, ist jedenfalls umfassend genug, daß es ausreichenden Diskussionsstoff für zwei Arbeitstage liefert. Es ist nicht einseitig kriminologisch und strafrechtlich ausgerichtet, sondern berührt auch wichtige Gebiete des Handels-, Zivil- und Verwaltungsrechts sowie der Strafverfolgung. Daß die zu bewältigende Hauptaufgabe nicht eine rechtsdogmatische ist, darf uns nicht stören. Der Schweizerische Juristenverein hat sich immer wieder mit Vorliebe aktueller Probleme der Gesetzgebung

angenommen. Dazu gehören neben der Rechtstatsachenforschung auch innovative Gedanken über Mittel und Wege zur juristischen Bewältigung uns bedrängender Fragen. Wir sind dem deutschsprachigen Berichterstatter dankbar, daß er uns einen Überblick über aktuelle Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität in der Schweiz, insbesondere im Kanton Zürich, gegeben und zu pendenten Gesetzgebungsvorlagen, die unter anderem auch der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität dienen, Stellung genommen hat.

Wenn die Kongreßarbeiten zeigen sollten, daß der Beitrag der Juristen zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität nicht so umfassend sein kann, wie mancherorts erwartet wird, darf uns das weder beschämen noch entmutigen. Vielleicht ist es ganz gut, wenn wir uns wieder einmal vergegenwärtigen, was uns bereits in den ersten Semestern an der Universität gelehrt wurde und die Praxis immer wieder bestätigt, nämlich, daß die Möglichkeiten des Rechts als Ordnungsmacht begrenzt sind, und daß es auch nicht immer klug ist, diese Möglichkeiten voll auszuschöpfen.

Wo sich Recht und Ethik berühren, gilt es immer wieder, die Normierungsrenzen und den Freiraum für sittliche Entscheidungen zu bestimmen. Das ist eine heikle Aufgabe nicht nur im Bereich der Wirtschaftskriminalität. Die Diskussionen über das Sexualstrafrecht und über den Schwangerschaftsabbruch haben uns das in letzter Zeit deutlich vor Augen geführt.

Nicht minder heikel ist die Abgrenzung zwischen legaler und illegaler Wirtschaftstätigkeit. Wer in der Wirtschaftspraxis lebt, kennt die fließenden Übergänge und das Bemühen der Juristen aller Berufsgattungen, die Route auf der gefährlichen Gratwanderung präzis abzustecken.

Ebenso bedeutsam wie die Frage nach dem «richtigen» Recht ist auch jene nach dessen Durchsetzung, etwas unjuristisch ausgedrückt, die Frage nach der Effizienz unserer Rechtsordnung, die Frage nach den wirksamsten und praktikabelsten Mitteln zur Erreichung der Ziele. Unser Tagungsthema zwingt uns, auch darüber nachzudenken. Angesichts der immer wieder beklagten Normenflut und der beschränkten Mittel ist es unerläßlich, das Wesentliche herauszuschälen und sich darauf zu beschränken oder mindestens Prioritäten zu setzen.

Man kann über Wirtschaftskriminalität nicht nachdenken, ohne auch von der wachsenden Internationalisierung der menschlichen und wirtschaftlichen Beziehungen Kenntnis zu nehmen und damit auf das dornenvolle und schwierige Problem

der internationalen Rechtshilfe zu stoßen. Wir sind unserem französischsprachigen Berichterstatter dankbar, daß er diese Dimension in so eindrücklicher Weise aufgezeigt hat, auch wenn ausländische Verhältnisse nicht unbesehen auf unser Land übertragen werden dürfen.

Unser heutiges Thema ist – die Berichterstatter haben es bereits geschrieben – sehr komplex. Die Komplexität der Materie ist indessen kein Grund, das nicht zu tun, was getan werden muß und getan werden kann. Einiges ist bereits geschehen. Vor wenigen Wochen hat das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement den Vorentwurf für die Revision des Strafgesetzbuches auf dem Gebiet der Vermögensdelikte und der Urkundenfälschung in die Vernehmlassung versandt. Dieser Vorentwurf wird auch Gegenstand unserer Beratungen sein. Ich bin überzeugt, daß der Juristentag 1985 uns auf dem Weg zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität einen weiteren Schritt vorwärts führen wird.

2. Abgesehen von der Durchführung der Juristentage beschränkt sich unsere Tätigkeit auf dem Gebiet der wissenschaftlichen Forschung in der Zusammenarbeit mit dem Schweizerischen Nationalfonds und mit der Schweizerischen Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft. Unser Verein ist in beiden Organisationen vertreten. Erwähnenswert ist, daß der Beitrag von Fr. 25 000.– an die Druckkosten unserer Referate, den wir auch an dieser Stelle herzlich verdanken, ab Geschäftsjahr 1985/86 nicht mehr vom Nationalfonds, sondern von der SGG geleistet wird.

Wie Sie wissen, steht uns der Fonds Dr. Arnold Janggen zur Auszeichnung von Dissertationen zur Verfügung. Es freut mich, daß ich auch dieses Jahr im Namen unseres Vereins zwei junge Wissenschaftler mit dem Preis des Fonds Dr. Arnold Janggen auszeichnen darf, nämlich die Herren Dr. LUZIUS MADER, Schliern bei Köniz, für seine Dissertation «L'évaluation législative» und Herrn IVAN CHERPILLOD, Renens, für seine Dissertation «L'objet du droit d'auteur».

Preisverleihung mit Laudatio:

LUZIUS MADER hat in seiner Dissertation «L'évaluation législative» einen zukunftsweisenden Beitrag zur Theorie der Gesetzgebung geleistet. Die Rechtswissenschaft hat sich bis heute vorwiegend mit Fragen der Rechtsanwendung beschäftigt; Herr Mader will die Aufmerksamkeit der Jurisprudenz vermehrt auch auf die Rechtsschöpfung im Prozeß der Gesetzgebung lenken.

Er legt eine sowohl theoretisch fundierte als auch auf die Anliegen und Möglichkeiten der Praxis bezogene Arbeit vor, die Anstoß zu weiterer juristischer und interdisziplinärer Forschung und Impuls zu institutioneller Verbesserung unserer Gesetzgebungsverfahren sein dürfte.

L'étude de M. IVAN CHERPILLOD est intitulée «L'objet du droit d'auteur. Etude critique de la distinction entre forme et idée». C'est une thèse de la Faculté de droit de Lausanne. Mais elle dépasse largement le niveau habituel des thèses. Par son sujet d'abord: M. Cherpillod s'est attaqué au problème fondamental du droit d'auteur, un problème qu'il serait vain d'aborder sans jouir d'une vaste culture juridique, philosophique et artistique. Par son contenu ensuite: L'auteur soumet à une analyse sagace les nombreuses et savantes théories développées dans le domaine étudié; puis il expose ses propres idées, proposant du même coup des solutions ingénieuses pour d'importants problèmes pratiques, telle la protection des programmes d'ordinateurs. L'ouvrage de M. Cherpillod se distingue enfin par son style, qui unit la sobriété à la clarté et à l'élégance.

3. Das Projekt «Juristische Datenbank» ist am 23. Januar 1984 mit der Gründung des Vereins «Schweizerische Juristische Datenbank» in eine entscheidende Phase getreten. Es ist sehr erfreulich, daß sich praktisch alle interessierten Kreise unseres Landes dieser Initiative angeschlossen haben. Der Schweizerische Juristenverein als einer der Initianten und Gründungsmitglieder hofft und erwartet, daß es dem Vorstand gelingen werde, die zahlreichen Kräfte, die in unserem Land an diesem Problem arbeiten, rasch zusammenzufassen und zu koordinieren, damit wir auch in unserem Berufsstand in naher Zukunft von den Vorzügen der elektronischen Datenverarbeitung profitieren können. Wir hoffen, daß der Vorstand nach bester schweizerischer Manier pragmatisch vorgeht und vorerst kleine Projekte, die wenig Aufwand erfordern, realisiert und diese mit der Zeit zu einem abgestimmten Ganzen zusammenfügt. Es bestehen gute Aussichten, daß die Mittel für die wissenschaftliche Vorarbeit von der öffentlichen Hand bereitgestellt werden und daß die an der Verwirklichung interessierte Privatwirtschaft ihren Beitrag ebenfalls leistet.

4. Der Mitgliederbestand unseres Vereins hat sich auch dieses Jahr erhöht. Wir zählten per 15. Juli 1985 3842 Mitglieder. 176 Neueintritten stehen 67 Demissionen gegenüber. 30 Mitglieder sind verstorben. Die namentliche Liste mit den Mutationen folgt nachstehend.

Ich bitte um Ihr Verständnis, daß ich wegen der beschränkten Zeit an dieser Jahresversammlung einen einzigen Namen besonders erwähne. Damit sollen die Verdienste anderer verstor-

bener Mitglieder für die Rechtswissenschaft und unseren Verein keinesfalls gering geschätzt werden.

Herr alt Bundesrichter Dr. WILHELM SCHÖNENBERGER ist im Alter von 87 Jahren verstorben. Herr Schönenberger, geboren am 21. September 1898, habilitierte 1927 als Professor der Rechte an der Universität Freiburg. 1936 wurde er Mitglied des Bundesgerichtes, dem er 28 Jahre angehörte und das er 1961/62 präsidierte. Aus seiner wissenschaftlichen Tätigkeit verdienen vor allem sein dreibändiger Kommentar zum Obligationenrecht sowie seine Textausgaben des Zivilgesetzbuches und Obligationenrechts mit Anmerkungen Erwähnung. Seine Verdienste um den Ausbau der Universität Freiburg wurden 1958 mit der Verleihung des Ehrendoktorates anerkannt. Herr Dr. Schönenberger war auch ein aktives Mitglied unseres Vereins, den er von 1943 bis 1946, also vor 40 Jahren, präsidierte. Wir werden Herrn Schönenberger ein ehrendes Andenken bewahren.

Mutationen

Dem Verein sind beigetreten

(Stand: 15. Juli 1985)

Zürich

Lucas Anderes, Rechtsanwalt, Zürich
Rainer Benz, lic. iur., Zürich
Dr. Angelika Bernhard, Rechtsanwältin, Kilchberg
Stefan Breitenstein, Jurist, Zürich
Theobald Brun, stud. iur., Zürich
Roberto Brusa, lic. iur., Zürich
Roland Egli, Bezirksanwalt, Bülach
Dr. Bettina Girsberger, Rechtsanwältin, Zürich
Peter Guidon, stud. iur., Zürich
Dr. Bernhard Hediger, Rechtsanwalt, Meilen
Peter Hofer, lic. iur., Küsnacht
Michael Huber, lic. iur., Zürich
Rudolf Hugentobler, Rechtsanwalt, Zürich
Yvette Kovács, lic. iur., Zürich
Dorothea Künzli-Schneebeli, Juristin, Zürich
Dr. Martin Künzli, Anwaltssubstitut, Zürich
Urs Liechti, Jurist, Zumikon
Theo Loretan, lic. iur., Zürich
Dr. Markus Luther, Rechtsanwalt, Hombrechtikon
Dr. Andreas Maag, Rechtsanwalt, Zürich
Christian Mäder, lic. iur., Zürich

Christian S. Meier, stud. iur., Zürich
Daniel Schmid, stud. iur., Winterthur
Prof. Dr. Niklaus Schmid, Rechtswissenschaftl. Seminar, Zürich
Dr. Roman Truog, Rechtsanwalt, Zürich
Reto Walaulta, lic. iur., Zürich
Dr. Markus J. Waldis, Rechtsanwalt, Erlenbach
Dr. Eugen Wettstein, Rechtsanwalt, Zürich
Georg Zondler, stud. iur., Zürich

Bern

Philippe Berberat, stud. iur., Bern
Yves Philippe Bloch, stud. iur., Bern
Hans Georg Brunner, Fürsprecher und Notar, Bern
Sibilla Cretti, avocate, Berne
Bruno Hofer, stud. rer. pol., Thun
Marianne Hofer, Notar, Bern
Daniel Kurt, Fürsprecher, Boll
Willy Franco Lanz, stud. iur., Bienne
Frédéric Riehl, avocat, Berne
Anne Seydoux-Christe, lic. en droit, Bienne
Marianne Sonder, Dr. iur., Rechtsanwältin, Belp
Ferenc Szabó, lic. iur., Bern
Alfred Stirnemann, Notar, Grünen
Hans Peter Walter, Fürsprecher, Bern
Dr. Christoph-Andreas Zenger, Dieterswil

Luzern

Bruno Gabriel, lic. iur., Ebikon
Jules Greber, Amtsrichter, Kriens
Gabrielle Isenschmid, lic. iur., Luzern
Susanne Leber, stud. iur., Luzern
Gustavo Scartazzini, avvocato, Luzern
Dr. Jörg Schwarz, Rechtsanwalt, Luzern
Bernhard Weber, Rechtsanwalt, Luzern

Schwyz

Heribert Trachsel, stud. iur., Wangen

Obwalden

Dr. Josef Nigg, Rechtsanwalt, Sarnen

Nidwalden

Anselm Filliger, Obergerichtspräsident, Ennetmoos

Glarus

Gilg Störi, lic. iur., Glarus

Zug

Jost Frigo, Rechtsanwalt, Zug

Fribourg

Karim Sanogo Abdoul, stud. iur., Fribourg
Alain Andrey, avocat, Fribourg
Fouad Bitar, étudiant en droit, Fribourg
Tiziano Crameri, lic. en droit, Fribourg
Erwin Dahinden, lic. iur., Fribourg
Catherine Poulopoulos, étudiante en droit, Fribourg
Paolo Tamagni, étudiant en droit, Fribourg
Alain Touron, juriste, Fribourg
Jean-Baptiste Zufferey, lic. en droit, Fribourg

Solothurn

Kurt Fluri, Fürsprech und Notar, Solothurn
Peter Korbacher, stud. iur., Schönenwerd
Matthias Miescher, Fürsprecher, Solothurn
Dr. H. P. Rentsch, Rechtskonsulent, Grenchen

Basel-Stadt

Markus Clausen, lic. iur., Basel
Dr. Markus Grolimund, Verwaltungsjurist, Basel
Dr. Felix Hafner, Basel
Dr. Felix Iselin, Advokat und Notar, Basel
Dr. Gottlieb Keller, Advokat, Riehen
Christoph Lanz, lic. iur., Basel
Urs Lischer, Jurist, Basel
Eveline Müller-Häner, Patentanwältin, Basel
Hans-Martin Müller, lic. iur., Basel
Thomas Rhim, stud. iur., Riehen
Dr. Niklaus E. Schiess, Advokat und Notar, Basel
Monica Schiesser, Juristin, Basel
Dr. Stephan Schmiedlin, Advokat, Basel
Sibylle von Heydebrand, stud. iur., Basel
Alexandre Weber, stud. iur., Basel

Basel-Land

Giovanni Biaggini, lic. iur., Liestal
Juerg Boller, stud. iur., Binningen

Dr. Benno Bucher, Advokat, Biel-Benken
Beat Krähenmann, lic. iur., Binningen
Gabrielle Kremo, Advokat, Allschwil
Dr. Erich Maeder, Advokat, Reinach
Francesco Mainardi, Advokat, Münchenstein
Dieter Pfirter, lic. iur., Pratteln

Schaffhausen

Adam Allemann, lic. iur., Schaffhausen
Dr. Otto Burkhart, Oberrichter, Neuhausen am Rheinfall

Appenzell-Innerrhoden

H. Eggenberger, lic. iur., Appenzell

St. Gallen

Martin Ammann, lic. oec. et iur., St. Gallen
Dr. Ivo G. Caytas, Wirtschaftsjurist, St. Gallen
Felice Gaetano De Grandi, stud. iur., Gossau
Vera Holenstein, lic. iur., Wil
Alfred Jung, Jurist, St. Gallen
Miro Porlezza, stud. iur., St. Gallen
Stephan Staub, lic. iur., Heerbrug

Aargau

Dr. Konrad Bünzli, Jurist, Lenzburg
Ruedi Bürgi, Rechtsanwalt, Niederlenz
Thomas Burkard, Jurist, Waltenschwil
Beat Gabathuler, Jurist, Turgi
Hans Hagmann, Fürsprecher, Aarau
Dr. Beda Hauser, Rechtsanwalt und Notar, Baden
Bruno Anton Hossli, stud. iur., Rheinfelden
Peter Hübner-Zwyssig, Fürsprech und Notar, Merenschwand
Dr. Christian Notter, Rechtsanwalt, Baden
Marc Pfirter, stud. iur., Baden
Maja Resch-Berner, Fürsprecher, Wildegg
Peter Rüegg, Gerichtsschreiber, Baden

Thurgau

Markus Knellwolf, lic. iur., Islikon
Christian A. Meyer, stud. iur., Kreuzlingen

Ticino

Giovanni Antonini, lic. iur., Lugano
Francesco Bertini, lic. iur., Losone

Sergio Bianchi, avvocato, Bellinzona
Stefano Bolla, avvocato e notaio, Lugano
Felice Dafond, stud. in legge, Minusio
Filippo Gianoni, lic. iur., Gnosca
Verena Lardi, giurista, Lugano
Claudio Lepori, lic. iur., Bellinzona
Carlo Marazza, lic. iur., Locarno-Monti
Antonio Monti, lic. iur., Lugano
Fabio Pedrazzini, lic. iur., Locarno
Sergio Sciuchetti, lic. iur., Lugano
Fabio Soldati, lic. iur., Neggio

Vaud

Paul F. Ballenegger, juriste, Etoy
Astrid von Bentivegni, lic. en droit, Yens
Yvonne Bercher, lic. en droit, Mont s. Rolle
Pierette Blanc, lic. en droit, Pully
Pierre Bruttin, lic. en droit, Lausanne
Jean-Luc Chenaux, lic. en droit, Pully
Michel Citherlet, juriste, Lausanne
Dana Corvin, juriste, Lausanne
Jean-Claude Eggimann, lic. en droit, Lausanne
Dominique Fasel, lic. en droit, Lausanne
Jean de Gautard, avocat, Vevey
Jacques Giroud, avocat, Yverdon
Nathalie Kohler, lic. en droit, Lausanne
Magnus Konow, juriste, Crans
Philippe de Korodi, étudiant en droit, Pully
Françoise Marcel, juriste, Lausanne
Anne Neuenschwander, lic. en droit, Morges
Philippe Reymond, lic. en droit, Echandens
Jacques H. Schoepfer, avocat, Crissier

Neuchâtel

Geneviève Calpini, lic. en droit, Neuchâtel
Pierre-Yves Gunter, étudiant en droit, Peseux
Olivier Merkt, étudiant en droit, Neuchâtel
Gilda Zoppi, étudiante en droit, Neuchâtel

Genève

Jacques Bercher, avocat, Genève
Ursula Cassani, lic. en droit, Genève
Danielle Cochard, lic. en droit, Onex
Gabriel Frossard, lic. en droit, Carouge
Nicolas Gagnebin, avocat, Genève
Constance Gillioz, avocate, Genève
C. Elena Jenny-Williams, lic. en droit, Bernex

Philippe Le Grandroy, avocat, Genève
Véronique Nanchen, avocate, Genève
Pierre-Alain Reimann, avocat, Genève
Gabrielle Rippstein, lic. en droit, Genève
Anne-Lise Schweizer, avocate, Genève
Denise Wagner-Mesciaca, lic. en droit, Genève
Laurent Walpen, lic. en droit, Petit-Lancy
Susanne Werner, lic. en droit, Chêne-Bougeries
Brigitte Zundel, lic. en droit, Vernier

Jura

Jean-Marc Allimann, avocat, Delémont
Jean-Baptiste Beuret, avocat, Delémont
Carmen Bossart, avocate, Delémont
Pierre Christe, avocat et notaire, Delémont
Andreas Dahlgren, étudiant en droit, Porrentruy
Jean-Christophe Girard, avocat, Porrentruy
Jean-François Kohler, notaire, Courgenay

Ausland

Bettina Geisseler, Rechtsreferendarin, Freiburg-Waltershofen

Gestorben sind folgende Mitglieder

(Stand: 15. Juli 1985)

Eintrittsjahr:	
1964	Dr. Remigius Bärlocher, Rechtsanwalt, St. Gallen
1936	Ferruccio Bolla, dottore in legge, avvocato e notaio, Lugano
1956	Dr. Marcel A. E. Desbiolles, Statthalter des Bezirks Zürich, Zürich
1946	Dr. Karl Fleischlin, Rechtsanwalt, Küssnacht am Rigi
1943	Dr. Georg Gautschi, Rechtsanwalt, Zürich
1961	Rudolf Gnägi, a. Bundesrat, Spiegel b. Bern
1972	Anne-Marie Grau-Biétry, avocate, Cormondrèche
1977	Urs-Peter Häberlin, Advokat, Zürich
1938	Gaston de Haller, lic. en droit, Genève
1944	Dr. Max Herforth, Zürich
1946	Jean Hirsch, avocat et notaire, La Chaux-de-Fonds
1960	Dr. G. Hochstrasser, Fürsprecher, Bern
1968	Dorette Lador, lic. en droit, La Neuveville
1927	Giuseppe Lampart, avvocato, Lugano
1948	Dr. Paul Lanz, Advokat und Notar, Basel
1958	Henri-François L'Hardy, avocat, Benglen
1976	Giovanna Modiano, Dr en droit, avocate, Genève
1961	Dr. Otto Niederhauser, Basel
1927	Fernando Pedrini, già Giudice federale, Muralto
1935	Dr. Emilio Peduzzi, Rechtsanwalt, Basel

1946 Charles Pictet, avocat, Troinex
1974 Dr. Karl Röthlisberger, Gerichtspräsident, Frenkendorf
1931 Prof. Dr. Wilhelm Schönenberger, a. Bundesrichter, Lausanne
1949 Dr. Hans Sigg, a. Direktor der NOK, Uitikon
1951 Dr. Gret Spillmann-Schweizer, Zug
1949 Dr. Walter Spillman-Erni, Rechtsanwalt, Zürich
1961 Dr. Kurt Staub, Rechtsanwalt, Zürich
1961 Dr. Eugen Weber, Rechtsanwalt, Zürich
1934 Dr. Ernst Wolfer, Rechtsanwalt, Zürich
1921 Dr. Adolf Ziegler, a. Bundesrichter, Pully
1923 Dr. Charles Zoelly, Zürich

Demissionen liegen vor von

Eintritts-
jahr

1933 Henri Barbezat, Agent d'affaires breveté, Renens
1974 Dr. Peter Biedert, Jurist, Basel
1928 Dr. Alfred Billeter, Rechtsanwalt, Zollikon
1967 Dr. Christoph Blanc, Rechtsanwalt, Oberrieden
1958 Margrit Bohren-Hoerni, Dr. iur., Rechtsanwältin, Zürich
1950 Dominique Bonhôte, lic. en droit, Riehen
1982 Anne Bory, étudiante en droit, Coppet
1961 Dr. Ignaz Britschgi, Rechtsanwalt, Sarnen
1969 Vera Brunner, iur. Mitarbeiterin, Zürich
1981 Marie-José Cattin, Juristin, Bern
1966 Jean-Pierre Châtelain, Juge fédéral, Lausanne
1961 Dr. Ulrich Christinger, Fürsprecher, Spiegel-Bern
1937 Blaise Clerc, notaire, Neuchâtel
1980 Pierre Comment, notaire, Porrentruy
1967 Armando Dadó, Dott. in legge, avvocato, Muralto
1979 Jean-Daniel Dubey, juriste, Fribourg
1959 Dr. Adolf Engeli, Rechtsanwalt, Zürich
1965 Dr. Alfred Ernst, Bezirksrichter, Pfaffhausen
1981 MaryAnge Faessler, juriste, Fribourg
1963 Dr. René Fankhauser, Advokat, Füllinsdorf
1950 Dr. Peter Fink, a. Oberrichter, Zürich
1981 Dr. Urs Flückiger, Stadtrat, St. Gallen
1967 Claude Frieden, avocat, Genève
1935 Lucien Fulpius, Dr en droit, Moillesulaz
1946 René Gampert, Dr en droit, notaire, Genève
1962 Oscar Gauye, Dr en droit, Villars-sur-Glâne
1963 Dr. Kurt Gempp, Advokat, Basel
1961 Dr. Ernst Götz, Riehen
1933 Theodor Gullotti, Fürsprecher, Bern
1984 Erich Halter, Rechtsagent, Diepoldsau
1981 Ida Hardegger, stud. iur., St. Gallen
1946 Dr. Fridolin Hauser, Regierungsrat, Näfels
1960 Dr. Ernst Stefan Herbster, Advokat, Oberwil
1984 Bernhard Herren, Rechtsanwalt, Zürich
1985 Sibylle von Heydebrand, stud. iur., Basel

1982 Kathrin Huber-Schlatter, lic. iur., St. Gallen
1960 Theodor Max Jenzer, Staatsanwalt, Bern
1954 Dr. Franz Kälin, Rechtsanwalt, Zürich
1966 Hans Kellerhals, Fürsprecher, Bremgarten
1969 Marie-H. Kesselring-Zollikofer, Apples
1961 Dr. Hans Peter Knoepfel, Steuerkommissär, Küsnacht
1978 Dr. Arthur Loepfe, Unternehmensberater, Appenzell
1959 Dr. Hans Georg Lott, Rechtsanwalt, Zürich
1966 Dr. Rolf Lüthi, Fürsprecher, Bern
1968 Dr. Gerold Lüthy, Staatsanwalt, Zürich
1967 Maurice Marthaler, avocat-conseil, La Chaux-de-Fonds
1971 Dr. Hugo Mattmann, Fürsprecher und Notar, Kriens
1981 Ivano Minotti, avvocato, Bellinzona
1949 Dr. Willy Münch, Advokat, Basel
1981 Niklaus Oberholzer, Rechtsanwalt, St. Gallen
1978 Dr. Charles Ott, Verkehrspilot, Zürich
1945 René Perrin, a. Juge fédéral, Lausanne
1936 Dr. Fritz Reinhardt, Rechtsanwalt, Solothurn
1946 Francis Roulet, avocat et notaire, La Chaux-de-Fonds
1964 Dr. Karl Senn, a. Zivilgerichtspräsident, Riehen
1951 Dr. Erich Sievers, Fürsprech, Hergiswil
1954 Dr. Erwin Simon, Rechtsanwalt, Küssnacht am Rigi
1972 Robert Simon, lic. iur., Genève
1959 Dr. Emil Sutter, Rechtsanwalt, Winterthur
1956 Dr. Otto Scheidegger, Advokat, Basel
1945 Emil Schmid, a. Bundesrichter, Bern
1984 Monika Schmitt, stud. iur., Muttenz
1939 Dr. Hans Schümer, Rechtsanwalt, Zürich
1958 Dr. Curt Tuchschmid, Rechtsanwalt, Zürich
1968 Dr. W. D. Wackernagel-Thommen, Basel
1976 Jacques Werner, Dr en droit, avocat, Genève
1979 Dr. Max Zingg, Rechtsanwalt, St. Gallen

5. Mit dieser Jahresversammlung läuft meine Amtszeit ab. Obwohl meine berufliche Laufbahn nicht gerade typisch ist für einen Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins, habe ich – als Wirtschaftsjurist – meine Aufgabe in unserem zur Hauptsache auf wissenschaftliche Arbeit ausgerichteten Verein mit Freude wahrgenommen, nicht zuletzt deshalb, weil unser Verein die politischen Randbedingungen und die Erfordernisse der Praxis nie aus den Augen verloren hat. Ich hatte dabei das Glück, von kompetenten und kooperativen Vorstandsmitgliedern unterstützt zu werden. Dafür möchte ich hier in aller Form meinen Dank abstatten, dem Vizepräsidenten, Herrn Prof. Dr. ULRICH ZIMMERLI, der mir vor allem an der Vorbereitung der Juristentage half, den Herren Professoren JÖRG-PAUL MÜLLER, HEINZ HAUSHEER, ULRICH ZIMMERLI und LOUIS DALLÈVES für die Vorbereitung der Geschäfte auf dem Gebiet

der wissenschaftlichen Forschung, Frau Dr. KATHARINA SAMELI, für ihren großen Beitrag zur Realisierung der Schweizerischen Juristischen Datenbank, den Herren Bundesrichtern JEAN FRANÇOIS EGLI und HEINZ HAUSHEER, welche sich besonders unserer Finanzen angenommen haben, sowie unserem umsichtigen und speditiven Sekretär, Professor LOUIS DALLÈVES, für die Protokollführung. Unser Archivar, Herr JEAN-WERNER SIGNER, leistet in aller Stille große administrative Arbeit. Dafür sind wir ihm sehr dankbar.

Bei meinem Amtsantritt habe ich für die Ehre, die erstmals einem Rätoromanen zuteil wurde, gedankt. Im Jahre, in welchem die Rätoromanen ihrer 2000jährigen Geschichte gedenken, möchte ich diesen Dank wiederholen.

Die Versammlung nimmt den Geschäftsbericht diskussionslos zur Kenntnis.

Prof. Dr. RENÉ A. RHINOW, Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Basel:

Herr Präsident, hochgeachtete Frau Bundesrätin, Herren Bundesgerichtspräsidenten, Herr Regierungsrat, vir magnifice, meine sehr verehrten Damen und Herren

Führt der Schweizerische Juristenverein seine Jahrestagung in einem Universitätskanton durch, so will es Sitte und Brauch, daß die Juristische Fakultät dem Juristentag eine Festgabe überreichen darf. Diese gute Tradition auch in diesem Jahr fortzusetzen, war uns Verpflichtung und Ansporn, und wir unterzogen uns der anspruchsvollen Aufgabe ohne Zögern und Murren – eingedenk der Ehre, die auch der Juristischen Fakultät durch die Präsenz des Juristentages, durch Ihre Präsenz, widerfährt. So fühlen wir uns glücklich, wenn auch etwas erschöpft, daß wir dem Juristentag nach 1963 und 1973 wiederum eine Sammlung von Aufsätzen als Festgabe überreichen dürfen.

Die hier vereinigten Beiträge beschlagen alle ein Generalthema: das ebenso klassische wie unbewältigte gegenseitige Verhältnis von Privatrecht, öffentlichem Recht und Strafrecht. Jeder praktisch tätige Jurist fühlt und spürt auf Schritt und Tritt, wie verwoben und verzahnt sich diese Teilbereiche des Rechts präsentieren, wie schwierig ja unfruchtbar oft die Abgrenzungsbemühungen erscheinen, wie brüchig und grau meliert die Theorie geworden ist. Reißen wir mit unserem verhar-

renden Denken in getrennten Rechtsgebieten, in vermeintlich fundamentalen Theorien nicht zu sehr auseinander, was sachlich-thematisch zusammengehört und auch methodisch einheitlicherer Behandlung bedürfte? Droht angesichts unkritisch übernommener Lehrgebäude oder auch ideologischer Scheuklappen in Vergessenheit zu geraten, daß andere Rechtskulturen ohne diese Unterschiede gedeihen, ja daß auch bei uns dieser Parzellierung erst seit gut 100 Jahren ein so hoher Stellenwert beigemessen wird?

Privatrecht, öffentliches Recht und Strafrecht bilden zusammen eine Rechtsordnung. Sie stehen sich näher, als Gesetzgebung und Wissenschaft, Lehrbetrieb und Praxis oft den Anschein vermitteln. Die positiv rechtliche Fixierung der Unterscheidung darf nicht Anlaß sein zur resignierenden Hinnahme und Weiterführung des Trennungsdenkens.

Vom Berliner Staatsanwalt JULIUS VON KIRCHMANN stammt nicht nur der berühmte Satz, wonach drei berichtigende Worte des Gesetzgebers ganze Bibliotheken zu Makulatur werden lassen. In seinem 1848 publizierten Vortrag über die «Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft» finden sich auch folgende pessimistischen Sätze: Die «Wissenschaft kommt bei der fortschreitenden Entwicklung immer zu spät, niemals kann sie die Gegenwart erreichen. Sie gleicht dem Wanderer in der Wüste. Die blühenden Gärten, die wogenden Seen hat er vor sich, er wandert den ganzen Tag, und am Abend sind sie ihm noch so fern wie am Morgen.» Und an anderer Stelle heißt es, die Rechtswissenschaft werde durch die positiven Gesetze «aus einer Priesterin der Wahrheit zu einer Dienerin des Zufalls, des Irrtums, der Leidenschaft, des Unverstandes». Wäre KIRCHMANN die führende Rolle bekannt gewesen, welche dem Schweizerischen Juristenverein in der Ankurbelung und beharrlichen Weiterführung des wissenschaftlichen Gesprächs unter Juristen aller Gattungen und Schattierungen zukommt, hätte er jenen Vortrag zweifellos nie gehalten. Der Basler Fakultät bleibt die zaghafte Hoffnung, die vorliegende Festgabe vermöchte anzudeuten, daß das soeben gezeichnete Bild der Wissenschaft zumindest etwas übertrieben ist.

Dr. P. MENGIARDI:

Herr Dekan, meine sehr verehrten Damen und Herren

Im Verlaufe der Geschichte verschieben sich die Grenzen, nicht nur die geographischen! Es ist gut, wenn auch wir Juristen

davon Kenntnis nehmen. Es könnte sein, daß das, was einmal zu den Randgebieten gehörte, ins Zentrum rückt. Wir danken unseren Basler Kollegen für ihre geschätzten Beiträge und für die Impulse, die sie der Rechtswissenschaft mit ihrer Themenwahl gegeben haben. Ich habe nun die Freude und Ehre, die Ansprache von Frau Bundesrätin KOPP anzuzeigen.

III.

Ansprache von Frau Bundesrätin ELISABETH KOPP, Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes

Herr Präsident, meine Herren Gerichtspräsidenten,
Herr Regierungsrat, Herr Dekan, meine Damen und Herren

Lassen Sie mich Ihnen zunächst herzlich danken für den freundlichen Empfang und für die Gelegenheit, zum ersten Male als Justizminister zu Ihnen sprechen zu dürfen. Zugleich habe ich die Ehre, im Namen des Bundesrates den Schweizerischen Juristenverein zu grüßen und ihm zu danken für seine großartigen Leistungen, die er Jahr für Jahr erbringt. Das Thema der diesjährigen Jahresversammlung legt erneut Zeugnis davon ab. Die Wirtschaftskriminalität ist eine Herausforderung für den Bundesrat, insbesondere den Justizminister, für die Politiker, die Juristen und Nationalökonomen; sie ist ein Aufruf an alle, den Kampf gegen diese ganz besondere Spezies der Kriminalität mitzuführen.

Ich habe die Referate der Herren Professoren NIKLAUS SCHMID und CHRISTIAN-NILS ROBERT aufmerksam gelesen. Ich danke beiden Herren für ihre Abhandlungen, die auf reichhaltigen statistischen und soziologischen Fakten beruhen. Für mich als Justizminister wird es Aufgabe sein, ihre Ausführungen sorgfältig analysieren zu lassen und gegebenenfalls in den laufenden Gesetzgebungsprojekten zu berücksichtigen.

1. Wirtschaftskriminalität – Ein Stichwort, ein Modewort, ein Reizwort?

1.1 Selbstregulierung oder Normierung

Die Rechtswissenschaft und namentlich deren Praktiker an der Front verlangen seit geraumer Zeit den verstärkten Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität, insbesondere gegen vorsätz-

lich herbeigeführte Unternehmensinsolvenzen. Demgegenüber ist der Ruf nach weniger staatlichen Eingriffen, sprich Gesetzgebung, nicht zu überhören. Beide Konzeptionen entbehren – jede für sich alleine betrachtet – der Begründung nicht. Sie führen aber nur miteinander zu brauchbaren Lösungen.

Die in unserer Bundesverfassung verankerte Handels- und Gewerbefreiheit versteht sich nicht als ein vom Staat unabhängiger Zustand, sondern als eine Wirtschaftsordnung, in der auch der Staat eine wesentliche Rolle zu übernehmen hat. Jede staatliche Regelung, wird sie von der Wirtschaft selbst verlangt – ich denke z. B. an die Insidergesetzgebung – oder auf dem politischen Weg durchgesetzt – hier sei der Schutz von Arbeitnehmern und Mietern genannt – darf aber das gute Funktionieren der freien Marktwirtschaft nicht in Frage stellen.

Ich sprach von den unterschiedlichen Betrachtungsweisen, wenn es darum geht, Mißbräuche in der Wirtschaftsordnung zu bekämpfen. Die eine vertraut bei der Problembewältigung lieber auf die Selbstregulierung des Marktes, die andere eher auf die regulierende Rechtsnorm.

Der Gesetzgeber ist sicher dann aufgerufen, Rechtsnormen zu erlassen, wenn die Selbstregulierung nicht (mehr) funktioniert (Computerdelinquenz, Check- und Kreditkartenmißbrauch). Er muß um so mehr einschreiten, wenn die Wirtschaftsordnung in ihrer Gesamtheit mißbraucht wird. Dies ist der Fall, wenn gutgläubigen Vertragspartnern, wenn der Gesamtwirtschaft und der Öffentlichkeit Jahr für Jahr ein immenser Schaden zugefügt wird. Wir verfügen statistisch nur über die Verlustsumme infolge von Konkursen; sie erreicht jährlich neue Rekordhöhen und beträgt für das Jahr 1984 rund 1,2 Milliarden Franken!

Die Deliktssumme aus Wirtschaftskriminalität wird für die Schweiz zwischen 400 Millionen (Prof. SCHMID) und 1 Milliarde Franken (Prof. SCHULTZ) vermutet. Mein deutscher Kollege, Justizminister HANS ENGELHARD, hat kürzlich für 1983 eine Deliktssumme aus Wirtschaftskriminalität in der BRD von über 7 Milliarden DM bekannt gegeben.

1.2 Aufruf zur interdisziplinären Zusammenarbeit

Wirtschaftskriminalität ist ein Phänomen, das den unbekümmerten Zuschauer nur allzu leicht beeindruckt als Duft der großen weiten Welt, als clevere, weil gewaltlose und noch irgendwie legale, in Wahrheit jedoch schein-legale «Action».

Sicherlich ist Wirtschaftskriminalität nicht Primitivkriminalität (wie Mord, Raub, Diebstahl). Wirtschaftsverbrechen werden bekanntlich als «White Collar Crimes» bezeichnet, doch tragen diese weißen Kragen dicke schwarze Ränder. Hinter der sog. «Persönlichkeit des Täters im weißen Kragen» verbirgt sich in Wahrheit nur eine Person, welche die Lücken unserer freiheitlichen Ordnung ausnützt und mißbraucht. Dies betrifft viele Bereiche unseres Wirtschaftslebens, wie das Kartell-, Anzahlungs- und Kleinkreditwesen, den Banken- und Steuersektor sowie verschiedene Teile des Aktien-, Schuldbetreibungs- und des Strafrechts.

Die Wirtschaftskriminalität spielt sich auf allen Feldern des Großraumes unserer Wirtschaft ab. Sie entlarvt sich als knallharte, rechtswidrige und *vorsätzlich* herbeigeführte Bereicherung des Täters zulasten anderer Teilnehmer am Wirtschaftsleben. Wirtschaftskriminalität darf nicht länger nur als Mode-, Stich- oder Reizwort gelten, sondern muß als eine Deliktsform erkannt werden, die es in allen ihren Begehungsarten zu bekämpfen gilt. Die Abwehr ist auf den Kampfplätzen zu führen, die vom Täter gewählt werden, aber nicht durch punktuelle Maßnahmen. Ich glaube nach dem bisher Gesagten, daß *nur* eine interdisziplinäre Zusammenarbeit, eine koordinierte Intervention auf Gesetzgebungsstufe, effizient sein kann. Häufig haben wir es zudem mit einem Kreislauf zu tun, der gleichzeitig mehrere Bereiche unseres Rechts berührt, und der wie folgt aussieht:

- Gründung einer «hohlen», «substanzlosen» Aktiengesellschaft mit dem alleinigen Zweck, das Vertrauen Dritter gewinnbringend zu mißbrauchen;
- Konkurs mit dem Trost für die Gläubiger, die Verluste verbrieft bestätigt zu bekommen;
- strafrechtliche Ahndung, soweit die Beweise dazu reichen.

2. *Drei bedeutende Kampfplätze*

Ich zeigte soeben den typischen Verlauf von Machenschaften über drei verschiedene Rechtsgebiete auf. Ich postulierte eine Kooperation in diesen Gebieten und möchte nun darlegen, wie sich mein Departement, dem die Federführung für die Revision von Aktienrecht, SchKG und StGB anvertraut ist, einen wirksamen Schutz vor Wirtschaftskriminalität vorstellt. Natürlich kann ich hier nur die wesentlichsten Neuerungen andeuten.

2.1 Revision des Aktienrechts

Am 23. Februar 1983 hat der Bundesrat die Botschaft über die Revision des Aktienrechts verabschiedet. Ein wesentliches Anliegen dieser Revision gilt der Verhinderung von Mißbräuchen. Die entsprechenden Maßnahmen des Bundesrates sind:

- Erhöhung des Aktienkapitals auf 100 000.– Franken und des Mindestliberierungsbetrages auf 50 000 Franken; damit soll der Mißbrauch mit Kleinstaktiengesellschaften erschwert werden;
- Gründungs- und Kapitalerhöhungsprüfung durch besonders befähigte Revisoren; damit soll die fiktive oder nur teilweise Liberierung des Grundkapitals unterbunden werden;
- Offenlegung des Erwerbs eigener Aktien und der Begründung wechselseitiger Beteiligungen zur Vermeidung mißbräuchlicher Zwecke;
- Erweiterung der Pflicht zur Rückerstattung verdeckter Gewinnausschüttungen; erfaßt werden neu auch «nahestehende Personen».

Weitere erfolgsversprechende Korrekturen des geltenden Rechts ließen sich nennen, wie:

- Benachrichtigung des Konkursrichters durch die Revisionsstelle bei offensichtlicher Überschuldung;
- Sonderprüfung mit der Möglichkeit, das statuten- und gesetzeswidrige Verhalten der Organe überprüfen zu lassen, und damit
- Erleichterung der Verantwortlichkeitsklage.

All diese Maßnahmen beinhalten das «politisch Machbare»; sie sind präventiv und zweckgebunden. Sie dienen einzig dem Ziel, Wirtschaftskriminalität schon im frühesten Stadium ihrer Erscheinungsform zu bekämpfen und zu verhindern, jedenfalls zu erschweren. Was die Revision des Aktienrechts betrifft, kommt jetzt das Parlament zum Zuge.

2.2 Die Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts

Auch die laufende Revision des SchKG läßt sich vom Gedanken leiten, Verluste für die Gläubiger und Gewinne für den Schuldner so gering wie möglich zu halten. Ich gedenke, dem Bundesrat noch in dieser Legislatur Gesetzes- und Botschaftsentwurf zur Verabschiedung vorzulegen.

Schon seit Jahren liegt die Zahl der Betreibungen jährlich über einer Million! Nun wäre es jedoch verfehlt, daraus ableiten zu wollen, wir Schweizer seien ein Volk von Schuldnern. Nicht selten versuchen unredliche Gläubiger – auch solche gibt es – den Schuldner, der in Wahrheit gar nicht zu einer Zahlung verpflichtet wäre oder nicht in der geforderten Höhe, mit einem Zahlungsbefehl zu motivieren.

Im übrigen bleiben die eingangs genannten, ausgewiesenen Verluste von jährlich über 1,2 Milliarden Franken alarmierend, beängstigend. Außer von der Revision des Aktienrechts erhoffe ich mir einen Abbau dieser Verlustsumme durch die Revision des SchKG, die mit jener des Aktienrechts koordiniert verläuft.

Ich denken insbesondere an die Neuordnung der Actio Pauliana. Die Pauliana bezweckt, durch anfechtbare Handlungen des Schuldners entfremdete Vermögenswerte wieder ihrer ursprünglichen Bestimmung zuzuführen, d. h. sie wieder der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. Ihr kommt die ganz wesentliche Bedeutung zu, Gläubiger vor Vermögensverschiebungen unredlicher Schuldner zu schützen. Nach dem Vorentwurf sollen die Anfechtungsfristen bei der Schenkungs- und Überschuldungspauliana von 6 Monaten auf 12 Monate erhöht – und im Verhältnis zu nahestehenden Personen (Ehepartner, Verwandte, Freunde) – sogar auf 2 Jahre erweitert werden. Sie sehen, daß die Idee der aktienrechtlichen Verpflichtung zur Rückerstattung von ungerechtfertigten Gewinnausschüttungen an «nahestehende Personen» neu auch im Konkursfall des Schuldners weiterverfolgt wird.

Lassen Sie mich noch ein weiteres, wichtiges Mittel zur Vermeidung von Gläubigerverlusten nennen. Trotz Verlängerung der Anfechtungsfristen kann es gelingen, beizeiten Vermögen einer Drittperson zu übertragen. Nach erfolgtem Konkurs unternimmt der Schuldner dann auch noch alles, um die Bildung neuen Vermögens zu verhindern. Er bezieht als Angestellter im Geschäft des Dritten ein bescheidenes Salär und vermag gleichwohl ein erstaunlich komfortables Leben zu führen. Nach dem Vorentwurf soll deshalb als neues Vermögen auch die wirtschaftliche Besserstellung gelten. Steht fest, daß der ehemalige Konkursit faktisch, d. h. wirtschaftlich nicht aber rechtlich, nach wie vor über Vermögen verfügt, das nominell im Eigentum Dritter steht, soll ihm die Einrede verweigert werden, er verfüge nicht über neues Vermögen. Um diesen durchdachten Plan des Schuldners möglichst einfach – ohne großen Prozeß- und Kostenaufwand – durchkreuzen zu können, wird vorgesehen, daß

Handlungen des Schuldners zur Vermeidung neuen Vermögens angefochten werden können mit gleichzeitiger Klage auf Feststellung neuen Vermögens.

In 80 von 100 Fällen der Vermögensdelinquenz wird über den Täter oder das von ihm geführte Unternehmen der Konkurs eröffnet. Mit den erwähnten Maßnahmen dürfte die Flucht des unredlichen Schuldners in den Konkurs unattraktiv werden.

2.3 Die Revision der Bestimmungen über die Vermögensdelikte

Der Bundesrat hat mein Departement vor kurzem (am 14. August) ermächtigt, über den entsprechenden Vorentwurf der Expertenkommission das Vernehmlassungsverfahren durchzuführen.

Der Kommissionsbericht, den sich mein Departement im wesentlichen zu eigen macht, sagt sehr deutlich, daß nur wenige spezifische Neuerungen notwendig sind, um im Gebiet des Strafrechts die Normen gegen die Wirtschaftskriminalität zu vervollständigen. Das geltende materielle Vermögensstrafrecht genügt noch über weite Strecken. Die als Wirtschaftskriminalität bezeichneten Machenschaften entpuppen sich als Betrügereien, Veruntreuungen, ungetreue Geschäftsführung oder Schuldbetreibungsdelikte. Nicht in erster Linie Mängel des geltenden Rechts sind es, die eine wirksame Verfolgung der Vermögensdelinquenz hindern, sondern die Schwierigkeit, solche Verfehlungen nachzuweisen. Nicht primär neue Tatbestände sind notwendig, sondern qualifizierte Verfolgungs- und Gerichtsbehörden mit besonderen Fachkenntnissen auch im Buchführungs- und Bilanzwesen.

Diese generelle Aussage ist zu relativieren, soweit sich die Wirtschaftskriminalität des modernen, grenzüberschreitenden Börsenverkehrs und insbesondere neuer technischer Mittel bedient. In diesem Sinne sind für mich die folgenden Schwerpunkte von Bedeutung:

2.3.1 *Mißbräuchliche Insidergeschäfte*

Am 1. Mai dieses Jahres hat der Bundesrat Gesetzesentwurf und Botschaft über die Verwertung vertraulicher Insiderkenntnisse verabschiedet. Es geht im wesentlichen darum, mit einer einzigen Strafnorm jene Börsengeschäfte aufzufangen, die nur deshalb vorgenommen werden, weil sie in der meist sicheren

Annahme auf Gewinn oder Vermeidung von Verlust getätigt werden. Die Bereicherung ist deshalb sicher und zugleich verwerflich, weil sie ausschließlich auf dem Zugang zu vertraulichen Informationen basiert. Der Täter hat diesen Zugang dank seiner besonderen beruflichen Stellung als Mitglied des Verwaltungsrates, der Kontrollstelle oder in leitender Funktion in einer Aktiengesellschaft, deren Titel börslich kotiert oder vorbörslich gehandelt werden. Mit der Ausnützung seines Informationsvorsprunges, etwa über Fusionen, Zusammenschlüsse, Beteiligungen, Übernahmen oder aber auch über eine bevorstehende Insolvenz, verletzt der Insider seine Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber seinem Unternehmen. Er beeinträchtigt darüber hinaus die Chancengleichheit eines breiten Anlegerpublikums und schadet dem Ansehen der Börse, des Börsenmarktes und untergräbt – mit Blick auf den internationalen Wertpapierhandel – auch das Vertrauen in den Finanz- und Börsenplatz Schweiz.

Mit der neuen Insiderregelung wird es möglich sein, Insidergeschäfte strafrechtlich zu verfolgen, ohne die Bestimmung über den Verrat von Geschäftsgeheimnissen anrufen zu müssen. Nicht immer ist die mißbräuchliche Verwendung von vertraulichen Informationen kongruent mit dem Verrat von Geschäftsgeheimnissen. Zudem begeht der Insider, der in eigenem Namen oder auf eigene Rechnung handelt, keinen Geschäftsgheimnisverrat; er bliebe also weiterhin straflos.

Die neue Insidernorm schließt mithin eine empfindliche Lücke in unserem geltenden nationalen Strafrecht wie in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen.

2.3.2 *Check- und Kreditkartenmißbrauch*

Der bargeldlose Zahlungsverkehr ist aus dem Wirtschafts- wie dem Alltagsleben nicht mehr wegzudenken. Er ist zu einer Gewohnheit geworden. Der Kartenaussteller wird entweder in bestimmter Höhe oder ohne Begrenzung zur Zahlung an Dritte verpflichtet.

Nach geltendem Recht bleibt aber straflos, wer – im Wissen um seine Zahlungsunfähigkeit – eine Check- oder Kreditkarte benützt und dadurch den Aussteller zur Zahlung verpflichtet. Betrug läge nur dann vor, wenn der Kreditnehmer schon im Zeitpunkt zahlungsunfähig war, als er sich eine solche Karte ausstellen ließ und sie dann verwendete. Mit einer neuen Strafnorm wird daher der Mißbrauch von Check- und Kreditkarten geahndet und damit eine Strafbarkeitslücke geschlossen. Der

Bezug von Geld mit Bancomat- oder ähnlichen Karten, ohne daß Deckung vorhanden ist, fällt jedoch nicht unter die neue Bestimmung. Zwei Gründe seien dafür genannt:
- Die technischen Möglichkeiten gestatten es, den Schaden niedrig zu halten;
- Die dem Kunden derart erleichterte Beanspruchung eines Kredits läßt den limitierten Bezug von Geld ohne Deckung nicht zum vornherein strafwürdig erscheinen.

2.3.3 *Computerkriminalität*

Nach den unzulässigen Insider-Geschäften sowie den Check- und Kreditkartenmißbräuchen ist eine dritte Lücke zu erwähnen, die das Strafrecht im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität inskünftig füllen muß: die Computerkriminalität

Computerkriminalität heißt: Benutzen der elektronischen Datenverarbeitung zur Vermögensschädigung. Es erstaunt nicht, daß die computerunterstützte Datenverarbeitung auch in krimineller Absicht genutzt wird. Wichtig ist, daß man sich Rechenschaft gibt über die Risiken und Gefahren, die diesen Technologien bei unberechtigtem Zugriff auf EDV-Anlagen und die darin verarbeiteten Daten schaffen, und zwar deshalb,
- weil die Speicherkapazitäten so enorm sind,
- weil die Nutzung und Auswertung der Information multifunktionell und ortsunabhängig erfolgen kann,
- und weil die Übermittlung (und Benutzung) der Informationen zeitverzugslos geschieht.

Denken Sie beispielsweise an die Folgen:
- der Manipulation von Programmen und Informationen;
- der Beschädigung oder gar Zerstörung von Hard- und Software;
- der unberechtigten Inanspruchnahme von Datenverarbeitungsanlagen.

Bei allen diesen Rechtsverletzungen bereitet es besondere Schwierigkeiten,
- daß der Einsatz und die Benutzung der Anlagen z. T. sehr hohe technische Kenntnise voraussetzen,
- daß die Verantwortung für die Informations- und Kommunikationsvorgänge häufig nicht klar zugewiesen werden kann,
- und daß Beweis- und Kontrollvorkehren diese Vorgänge nur beschränkt rekonstruieren lassen.

Diese technisch-praktischen Schwierigkeiten werden mit den Fortschritten der Technologie und mit den Ausbreitungen ihrer

Anwendung stark zunehmen. Der Ersatz von herkömmlichen Dienstleistungs-, Handels- und Rechtsvorgängen durch computerunterstützte Datenverarbeitung und die zunehmende Abhängigkeit vieler Entscheidungen davon machen Privatleben und Wirtschaft, Gesellschaft und Staat immer verletzbarer.

Unter diesen Aspekten ist es für den Bundesrat wichtig, daß mit der jetzigen Strafrechtsrevision die wesentlichen Computerdelikte erfaßt werden.

- Der erste neue Straftatbestand betrifft den *Computerbetrug*. Darunter fallen namentlich das Verändern der Eingabedaten sowie Mutationen von Datenbeständen und Programmen, wenn dies in Bereicherungsabsicht geschieht und eine Vermögensverschiebung zum Nachteil eines anderen bewirkt.
- Das zweite, neu erfaßte Delikt ist die unbefugte Datenbeschaffung, wofür häufig auch der Begriff der *Computerspionage* verwendet wird. Es geht dabei um das Kopieren von Datenbeständen und Programmen sowie um Datenabfrage und Programmspionage über Datenfernverarbeitung. Das unbefugte Beschaffen elektronisch gespeicherter Daten oder Programme wird unter Strafe gestellt.
- Mit dem dritten, neuen Tatbestand soll die sog. *Computersabotage* bekämpft werden. Es handelt sich um eine Art von Sachbeschädigung. Bestraft wird, wer fremde Hardware oder fremde elektronisch gespeicherte Daten oder Programme unbefugterweise verändert, beschädigt oder zerstört.
- Die letzte Form der Computerdelikte wird als *Zeitdiebstahl* bezeichnet. Gemeint ist die unberechtigte Nutzung von Programmen und EDV-Anlagen durch Außenstehende oder durch unbefugte Mitarbeiter für deren eigene Zwecke. Der heutige Straftatbestand der Erschleichung einer Leistung wird ausgeweitet auf die unbefugte Beanspruchung einer Datenverarbeitungsanlage.

3. Conclusio und Ausblick

Tatbeständlich dürften mit der Revision des Vermögensstrafrechts die wichtigsten Delikte mit schädigenden Folgen für das Vermögen erfaßt sein. Damit aber die erhebliche Dunkelzone, in der sich diese Delikte bisher abspielen, wirklich aufgehellt und die schuldigen «In- oder Outsider» angemessen verfolgt werden können, bedarf es der besonderen Fachkenntnisse der

Strafverfolgungsbehörden und der Mitwirkung der geschädigten Personen und Firmen.

Die Revision des Vermögensstrafrechts ist die vierte Etappe nach der Revision über

- den Schwangerschaftsabbruch, deren Schicksal ich als bekannt voraussetze;
- die Gewaltverbrechen (die entsprechenden Bestimmungen sind am 1. Oktober 1982 in Kraft getreten);
- die Delikte gegen Leib und Leben, Sittlichkeit und Familie (der Bundesrat hat die Botschaft dazu am vergangenen 26. Juni verabschiedet).

Die Revision des Vermögensstrafrechts bildet den Abschluss der Überprüfung des Besonderen Teils, nicht aber das Ende der Revision des Strafrechts. Eine weitere umfassende Revision ist im Gange. Sie ist dem Allgemeinen Teil gewidmet, einschließlich Jugendstrafrecht und drittes Buch des StGB (Einführung und Anwendung).

Herr Präsident, meine Damen und Herren, ich befürchte mithin, daß sich der diesjährige Juristentag nicht zum letzten Mal mit der Materie des Strafrechts befaßt haben wird!

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Dr. P. MENGIARDI:

Meine Damen und Herren, mit Ihrem Applaus haben sie Frau Bundesrätin KOPP für ihre Ausführungen bereits gedankt.

IV.

Behandlung des Tagungsthemas: Wirtschaftskriminalität

Der Vizepräsident, Prof. Dr. ULRICH ZIMMERLI leitet die Verhandlung. Er erteilt das Wort zunächst den beiden Berichterstattern.

1. Referate der beiden Berichterstatter

Prof. Dr. NIKLAUS SCHMID, Universität Zürich, Berichterstatter deutscher Sprache:

I.

Sie haben im Vorfelde dieses Juristentages die beiden schriftlichen Referate zum diesjährigen Thema «Wirtschaftskriminalität» erhalten in der Meinung, daß diese im Blicke auf die Tagungsarbeit vorbereitend und klärend wirken sollten. Ob dies uns Referenten gelungen ist, kann ich nicht beurteilen. Gestützt auf Erfahrungen mit ähnlichen Veranstaltungen zum gleichen Gegenstande wage ich meine diesbezüglichen Erwartungen nicht allzu hoch anzusetzen. Ich habe im schriftlichen Referat auf S. 150 unterstrichen, daß es sich beim Thema «Wirtschaftskriminalität» ja nicht um ein eigentlich juristisches handelt, und es ist immer wieder festzustellen, daß nicht zuletzt Juristen hier gelegentlich in nahezu babylonischer Sprachverwirrung aneinander vorbei reden. Ich würde es Ihnen, meine Damen und Herren, nicht verübeln, wenn Sie angesichts der beiden schriftlichen Referate, die prima vista überhaupt keinen gemeinsamen roten Faden erkennen lassen, zu ähnlichen Assoziationen kämen.

Die kurze Redezeit macht es mir unmöglich, eingehender auf die meinen Ausführungen zugrunde liegenden Ansichten und Feststellungen sowie die daraus gezogenen Schlüsse und Folgerungen zurückzukommen. Ich beschränke mich vielmehr darauf, einige Hauptlinien meiner Gedanken zusammenzufassen und dabei einige Akzente zu setzen; daraus werden sich zwangsläufig gewisse Abgrenzungen und Klarstellungen zu den von meinem geschätzten Genfer Kollegen ROBERT vertretenen Ansichten ergeben. Damit sollen auch gewisse Unterschiede in den Konzepten nochmals kurz streiflichtartig berührt werden, Punkte, auf die vielleicht in der anschließenden Diskussion zurückzukommen ist.

II.

1. Meine Studie trägt bewußt die Überschrift *«Wirtschaftskriminalität in der Schweiz»*. Damit ist zunächst klargestellt, daß es nach meiner Meinung keine Wirtschaftskriminalität an sich gibt, sondern nur entsprechende Erscheinungsformen in einem bestimmten Rechtsraum zu einem bestimmten Zeitpunkt. Und daß sich der Schweizerische Juristenverein – vor allem aus seiner immer wieder verspürten und auch dokumentierten Verantwortung um die Zukunft unseres Rechtes heraus – primär für die Wirtschaftskriminalität in der Schweiz interes-

sieren würde, schien mir von Anfang an klar zu sein. Für die Beurteilung unserer Verhältnisse und vor allem für die Ausblicke de lege ferenda helfen uns ausländische Vorbilder und insbesondere die ausländische Literatur vergleichsweise wenig, höchstens vielleicht negativ in dem Sinne, daß bereits im Ausland als Irrwege erkannte Lösungsvorschläge wohl besser zu meiden sind. Dies gilt bemerkenswerterweise selbst im Blick auf Länder, deren wirtschaftliche, soziale und rechtliche Grundlagen wie es scheinen könnte mit jenen der Schweiz weitgehend kongruent sind. So ist etwa in der Bundesrepublik Deutschland oder den USA insbesondere das vorhandene wirtschaftsrechtliche Umfeld derart von jenem in der Schweiz verschieden, daß die Probleme, die die Juristen in jenen Ländern unter dem Titel Wirtschaftskriminalität beschäftigen, sich wesentlich von jenen unterscheiden, die hierzulande aktuell sind. Stichwortartig seien nur die Anti-Trust-Gesetzgebung in den USA (welche die dortige Diskussion um white-collar-criminality seit bald einem halben Jahrhundert maßgeblich beeinflußt) und das ganze Gewucher von Vorschriften und entsprechender Kriminalität rund um die Mechanismen der EWG etwa in Deutschland erwähnt. Ein Buch von fast 400 Seiten über Subventionskriminalität zu schreiben, wie dies der Freiburger Kollege KLAUS TIEDEMANN vor einigen Jahren getan hat, wäre in der Schweiz weitgehend unmöglich, weil wir hierzulande die Subventionsmechanismen, die in Deutschland und der EWG allgemein zur beschriebenen Kriminalität führen, kaum kennen (vgl. Referant S. 174/175).

2. Man beachte sodann die durchaus nicht zufällige Nuance, daß der Titel meines Referates lautet: «Wirtschaftskriminalität in der Schweiz» und nicht «*Die* Wirtschaftskriminalität in der Schweiz». Damit wollte ich zum Ausdruck bringen, daß das von mir gezeichnete Bild der Erscheinungsformen nicht ein allumfassendes ist; ein vollständiges Bild zeichnen zu wollen, wäre aus naheliegenden Gründen eine Illusion. Es geht vielmehr um den Versuch einer Annäherung, oder um den Vergleich eines Mosaikbildes zu gebrauchen: so viele Mosaiksteine zusammenzutragen, daß trotz der Bruchstückhaftigkeit das Gesamtbild deutlich genug erkennbar ist.

3. Es ist nun eine alte Streitfrage, welche Methoden die besten sind, um die tatsächlichen Erscheinungsformen abweichenden Verhaltens, wie sie die Delinquenz darstellt, zu ermitteln. Sicher

wäre es – wie Herr Kollege ROBERT soweit richtig darlegt – kurzssichtig, allein auf die in den Dossiers der Strafjustiz erscheinende Wirtschaftskriminalität abzustellen. Wie mein Bericht zeigt, glaube ich, nicht derart einseitig verfahren zu sein. Hingegen ist wohl mit aller Deutlichkeit zu betonen, daß es hier entscheidend auf die – zugegebenermaßen nicht wissenschaftlich vorzunehmende – *Gewichtung* ankommt, die man den verschiedenen Formen der Delinquenz und deren Indikatoren beimißt. Wenn man beim Abstecken des Feldes der Wirtschaftskriminalität von einem primär kriminalphänomenologischen Gesichtspunkt ausgeht, wie ich dies in meinem gedruckten Referat auf S. 150–152 getan und begründet habe, dürfte es durchaus nicht abwegig sein, die von den Strafgerichten beurteilte Wirtschaftskriminalität in den Vordergrund zu stellen. Wirtschaftskriminalität ist strafbares Verhalten im kaufmännisch-wirtschaftlichen Bereiche, und es ist damit naheliegend, den nach dem *StGB* erfaßten Formen abnormen Verhaltens Priorität einzuräumen. Eine solche Betrachtungsweise verhindert auch, daß man sich Gebieten zuwendet, die unter dem Titel Wirtschaftskriminalität in der Schweiz wirklich kein Thema sind. Vor allem darf man m. E. nicht in den Fehler verfallen, allzu sehr im Kielwasser der amerikanischen Soziologen zu segeln, die über den Bereich des Strafbaren hinausgreifend unter *delinquency* auch sozialwidrige Formen geschäftlichen Verhaltens verstehen, die nicht strafbar sind. So sind Kartellrechtsverstöße in der Schweiz nicht strafbar, folglich m. E. aus der Wirtschaftskriminalität auszuklammern. Ähnliches gilt für den Konsumentenschutz, auf welchen Kollege ROBERT in seinem Referat an verschiedenen Stellen eingeht. Dafür, daß die Verletzung von Konsumenteninteressen gemeinhin nicht zur Wirtschaftskriminalität gezählt wird, hatte ich ein sehr bezeichnendes Erlebnis: Im Zusammenhang mit einer für die Association Internationale de Droit Pénal zu erstellenden Studie über die Wirtschaftskriminalität in der Schweiz hatte ich mich gemäß vorgegebenem Fragenkatalog auch zum Thema Wirtschaftskriminalität und Konsumentenschutz zu äußern (vgl. RIDP 1983, S. 693 ff.). Ich unterhielt mich darüber naheliegenderweise mit Nationalrat NEUKOMM, der damals in der Konsumentenschutzbewegung an maßgebender Stelle tätig war. Ich merkte bei dieser Unterredung bald, daß ihm der Gedanke, daß Verstöße gegen Konsumenteninteressen gleich Wirtschaftskriminalität sein könnten, neu und unvertraut war. Entsprechend gehören denn auch zu den bereits verwirklichten

oder von den Konsumentenorganisationen noch angestrebten Verbesserungen des Schutzes keine Mechanismen strafrechtlicher Art. Auch die sogenannten Umweltdelikte gehören nach hierzulande verbreiteter Auffassung eher nicht zur Wirtschaftskriminalität, vor allem weil nach hiesigem Verständnis wohl nur strafbare Aktivitäten im Rahmen rechtsgeschäftlichen Verhaltens darunter fallen sollen.

4. Mit den genannten Vorbehalten – denen ich aber in meinem Referat im Rahmen des Möglichen Rechnung getragen habe – ist es wohl durchaus vertretbar, ja – faute de mieux – geradezu geboten, beim Zeichnen des Bildes der Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität von jenen auszugehen, die in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden im Vordergrund stehen. Und hier schien mir nun die doch ziemlich breite Praxis der sogenannten Wirtschaftsstrafkammer des Zürcher Obergerichtes in den ersten sechs Jahren ihrer Tätigkeit genügend repräsentativ zu sein, um einen Überblick über die in der Schweiz im Vordergrunde stehende Wirtschaftskriminalität zu gewinnen. Das Ergebnis bezüglich der verletzten Straftatbestände deckt sich mit andern praxisbezogenen Untersuchungen: Im Vordergrund stehen die Straftatbestände des Betruges, der Veruntreuung, der ungetreuen Geschäftsführung sowie die Urkundendelikte, vorab Falschbeurkundung, welche ich als Scharnier der Türe zur Wirtschaftskriminalität bezeichnet habe.

III.

Und nun zur Bilanz, die ich zum Erreichten und Nichterreichten bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität gezogen habe und zu dem daran anschließenden Ausblick de lege ferenda, also zu den S. 193 bzw. 224f. des schriftlichen Referates:

1. Auch wenn man als Strafrechtler aufgerufen ist, zu diesem Thema zu sprechen und aus dieser Sicht einen Ausblick in die Zukunft zu nehmen, so bedeutet dies nicht zwangsläufig, daß man der ungehemmten Ausdehnung von Strafnormen in diesem Felde das Wort reden müßte. Der Kampf, den hier Herr Kollege ROBERT gegen das führt, was er als «*pénalocentrisme*» bezeichnet (etwa auf S. 115 seines Referates), erscheint mir weitgehend als ein Kampf gegen Windmühlen. Gleichsam eine Strafrechtsgläubigkeit und folglich ein maßgeblicher Ausbau

des strafrechtlichen Instrumentariums vor allem mit Neukriminalisierungen wird – soweit ich dies sehe – in keiner ernstzunehmenden schweizerischen Publikation der letzten Jahre vertreten. Vielmehr wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass strafrechtliche Behelfe *eine* der verschiedenen Möglichkeiten sind, um Mißbräuche anzugehen und daß das strafrechtliche Instrumentarium nur mit Zurückhaltung ausgebaut werden sollte. Daß die schweizerische Rechtspolitik im übrigen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität das Heil keineswegs in Neukriminalisierungen erblickt, wird anhand des nun in die Vernehmlassung gegangenen Entwurfes für ein neues Vermögens- und Urkundenstrafrecht deutlich: Dieser Vorentwurf enthält keine wesentlichen Neukriminalisierungen. Was zunächst als solche erscheinen könnte, nämlich die sogenannten Computerdelikte, sind bei Lichte besehen nur Anpassungen vorab der Betrugs- und der Urkundenstraftatbestände an die Besonderheiten des Tatmittels Computer. Eine Ausnahme macht vielleicht die separat laufende StGB-Revision bezüglich Insidermißbräuche, eine Revision, die aber unter verschiedenen Aspekten wohl eher atypisch für die schweizerische Rechtsentwicklung ist. Im übrigen teile ich die Auffassung von Frau Bundesrätin Kopp, daß eine Verbesserung des Kampfes gegen die Wirtschaftskriminalität nicht primär Änderungen des materiellen Strafrechtes voraussetzt, sondern daß – wie etwa die Erfahrung im Kanton Zürich lehrt – Anpassungen im prozessualen Bereiche oder bezüglich der Behördenorganisation eher Fortschritte versprechen. Diese Überzeugung liegt ja auch dem Revisionsentwurf für ein neues Vermögens- und Urkundenstrafrecht zugrunde.

2. Ausgehend von der Prämisse, daß die Verbesserung des Kampfes gegen die Wirtschaftskriminalität auf präventiver wie repressiver Ebene ein ständiges Anliegen sein muß, bin ich in meinem schriftlichen Referat auf die pendenten Revisionen des Vermögens- und Urkundenstrafrechtes, des Aktienrechtes, des Bankengesetzes, des UWGs und der Prozeßgesetze der Kantone Bern und Zürich eingegangen. Wenn ich mich dabei auch vorab mit einzelnen Bestimmungen bzw. den entsprechenden Revisionsvorschlägen auseinandersetzte, so ging es mir weniger um die einzelne Norm, als um ein Aufzeigen der allgemeinen Probleme der Rechtsfortbildung im fraglichen Bereich. Was man in meinen Ausführungen zugegebenermaßen vermissen könnte, ist ein umfassenderes rechts- und kriminalpolitisches

Programm zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität; was die allgemeinen Zielsetzungen betrifft, so habe ich mich darauf beschränkt, auf S. 225 f. einige allgemeine Probleme und Richtlinien für die Rechtssetzung auf diesem Gebiete darzulegen, ohne im einzelnen darzustellen, wie nun die aufgezeigten Weichenstellungen vorzunehmen seien. So wünschenswert ein umfassendes kriminalpolitisches Programm im Bereiche der Wirtschaftskriminalität auch wäre, so unrealistisch ist es, zu glauben, es sei in diesem heiklen Bereich überhaupt möglich, ein solches, allgemeinen Konsens findendes Programm in nützlicher Frist zu entwickeln. Sodann müßte ein solches Programm gesetzgeberisch realisiert werden. Man wird sich wohl eingestehen müssen, daß in unserer pluralistischen Gesellschaft mit ihrer Referendumsdemokratie die Zeit der großen gesetzgeberischen Würfe und der entsprechenden Programme vorbei ist. Ernüchternd wirken auch die Erfahrungen, die die Bundesrepublik Deutschland mit dem im Jahre 1976 in Kraft getretenen 1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität machte. Dieses beruhte, man kann schon sagen, auf einer geradezu generalstabsmäßigen Planung des Kampfes gegen die Wirtschaftskriminalität. Trotz jahrelanger Vorbereitung und subtiler Koordination der Revision der verschiedensten Gesetze sind die Erwartungen, die man vorab im Bereiche des Strafrechtes hegte, offensichtlich nur ungenügend erfüllt worden. Es ist nicht Kleinmut oder Mangel an kriminalpolitischem Weitblick, sondern vorab der Sinn für das Machbare, der uns veranlassen sollte, auf dem Wege zur besseren Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität eher kleinere Schritte zu versuchen als aufwendige rechtspolitische Programme in Angriff zu nehmen.

3. Dabei sei unterstrichen, daß die Erfahrung zeigt, daß sich der entsprechende Aufwand und Einsatz durchaus lohnt; der Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität kann zwar sicher nie gewonnen, bestimmt aber verbessert werden. In meiner Studie habe ich u. a. auf die Beispiele Anlagefonds und Bankenaufsicht hingewiesen (S. 196). In diesen Gebieten ist es gelungen, durch Schaffung bzw. Verbesserung der Aufsichtsmechanismen die Kriminalität praktisch zu eliminieren (Anlagefonds) bzw. merklich zurückzubinden (Banken). Diese Beispiele sollten auch in unserer heutigen Zeit, die zusätzlichen Gesetzen tendenziell ablehnend gesinnt ist, im Auge behalten werden. Bei verschiedenen pendenten Gesetzgebungsvorhaben liegt der Ball bereit bei den zuständigen politischen Behörden, bei andern ist

dies für die nahe Zukunft zu erwarten; ich verweise hier auf das, was Frau Bundesrätin KOPP heute zu den hängigen Gesetzesrevisionen ausführte. Es ist zu hoffen, daß die politischen Behörden trotz dem allgemein gesetzesfeindlichen Klima dort ihrer Verantwortung bewußt sind und entsprechend handeln, wo realistischerweise erwartet werden kann, daß mit gesetzlichen Maßnahmen die Wirtschaftskriminalität präventiv oder repressiv eingedämmt werden kann.

Prof. Dr. CHRISTIAN-NILS ROBERT, Université de Genève, rapporteur de la langue française:

Délinquance d'affaire, quelques interrogations

I. De quoi parlons-nous?

Parce que j'ai assez volontairement insisté dans mon rapport écrit sur les pièges, les écueils et les impasses de toutes les recherches théoriques et pratiques s'étant donné pour objectif de définir la délinquance d'affaires, je puis à mon tour succomber à la grande tentation de proposer liminairement une définition de cette délinquance. Je dirai pourtant que je ne me propose pas de rappeler la nième et dernière en date des conceptualisations artificielles de ce champ d'activité «intense» de notre politique dite criminelle menée par nos tribunaux, ni de regrouper arbitrairement des comportements supposés commis dans des secteurs économiques ou industriels précis pour en faire une délinquance particulière.

Compte tenu des postulats et hypothèses d'analyse retenus dans mon travail, je me rallie donc délibérément à une définition large et centrée essentiellement sur la nature des conséquences attribuées par le législateur à certains comportements, à savoir la sanction de nature pénale, soit l'amende et la privation de liberté, quelle que soit l'autorité d'instruction ou de décision compétente.

Abandonnons donc les rêveries de nombreux crimino-juristes s'étant focalisés tantôt sur des auteurs, tantôt sur des actes particuliers, pour soutenir aujourd'hui une définition dont le mérite essentiel est de retourner la problématique habituelle, puisqu'elle prend pour point d'appui les conséquences pénales attribuées par le législateur à des activités politiques ou économiques. Nous dirons donc qu'est seule praticable, si nécessaire,

une définition des violations en col blanc, proposée par A. J. REISS, et A. B. BIEDERMANN en 1980, aux Etats-Unis; ce sont:

«les violations de dispositions pénales impliquant que leur auteur use d'une position de puissance, d'influence ou de confiance déterminante, et accomplies dans le cadre d'activités politiques et économiques légales et structurées, dans le but d'obtenir des avantages illicites pour lui-même, ou pour son organisation».

Une telle définition ne conduit nullement aux pléthoriques et inutiles phénoménologies de la délinquance d'affaires, mais bien plutôt à stimuler l'établissement d'un très large inventaire des secteurs économiques contrôlés par l'Etat et dotés, qu'on l'ignore délibérément ou non, de garde-fous pénaux. On passe du théâtre d'ombres, au jeu duquel se complaisent bien des crimino-juristes, à une activité plus scientifique et classificatoire, digne d'un Buffon juriste, et visant à traquer, dans les législations fédérale et cantonale, tous les mécanismes de contrôle visant des activités économiques, et dotés de sanctions pénales.

La délinquance d'affaires est produite par cet arsenal législatif complet, et ses mobilisations diverses et nuancées, et non exclusivement par les mises en scène que nous offrent avec complaisance nos cours criminelles et les medias.

Construire une délinquance d'affaires à partir de quelques procès auxquels on a bien voulu donner un certain écho, se limiter à ne considérer que l'escroquerie, l'abus de confiance, la gestion déloyale et le faux dans les titres réprimés publiquement, est donc une entreprise scientifiquement incomplète.

II. Où et quand parle-t-on de délinquance d'affaires?

Si l'on excepte quelques approches de la délinquance d'affaires, rares d'ailleurs et antérieures à 1930, nous sommes bien contraints de reconnaître que c'est en sociologie qu'apparaît, avec le plus de virulence, le concept auquel nous devons manifestement notre «délinquance d'affaires».

Dès 1930, E. H. SUTHERLAND entreprend des études et des observations dans le domaine qu'il nommera «White-Collar Crimes» et qu'il définit très empiriquement et laconiquement comme «des crimes commis par des personnes respectables et de haut statut social dans le cadre de leur travail professionnel».

Choisissant ce terrain d'étude, SUTHERLAND poursuit en fait plusieurs objectifs dont les plus importants sont les suivants:

- attirer l'attention de la criminologie sur des crimes qu'elle ne prend pas en considération dans l'élaboration de ses théories socio-psycho-psychanalytiques du passage à l'acte criminel,
- invalider ces théories pour mieux imposer son explication monofactorielle du crime: l'association différentielle.

Reconnaissons avec l'un de ses grands admirateurs, G. GEIS, que SUTHERLAND était, ce faisant, mû par un invincible moralisme religieux. Fils d'un pasteur baptiste, il était lui-même profondément obsédé par les inégalités manifestes dans l'application des lois, dues essentiellement, selon lui, aux différences sociales des auteurs tenus pour responsables de violations diverses. Il avait bien choisi son sujet d'étude qui lui permettait à la fois de dévoiler la criminalité, jusque-là inconnue, et pour cause, des grands du New Deal, tels que Ford, Aluminium Company of America, U. S. Steel et Du Pont et de se moquer des explications fournies par la criminologie, à l'évidence inapplicables à ses fameux criminels en col blanc.

En fin sociologue, E. H. SUTHERLAND avait pourtant vu justes: il adoptait ainsi une démarche rigoureuse permettant de décrire minutieusement l'extrême diversité des traitements organisationnels et institutionnels réservés à la délinquance en général, tout en isolant les processus de gestion étatique originaux, et discrets, en matière de délinquance économique.

«Ces gens, écrit Sutherland en 1939, ne sont pas arrêtés par des policiers en uniforme, ni traînés devant les cours criminelles et condamnés. Ils sont soumis à des procédures leur permettant de comparaître devant les commissions administratives où se négocient des accords avec l'Etat.»

L'acte de naissance de la délinquance d'affaires est donc signé par un sociologue, ce dont il convient de se souvenir, et de plus à la fin de la décade 1930, marquée profondément par une crise économique mondiale sévère. Ce qui, selon nous, n'est point un hasard. Voyons pourquoi.

La ciminologie classique a tenté d'accréditer l'idée d'un rapport entre crise économique et augmentation de la criminalité. C'était sans compter avec les radicales critiques visant les statistiques criminelles et le rappel des limites strictes de leur interprétation. Aujourd'hui, sociologues et historiens nous ont appris la prudence: certains proposent volontiers un enchaînement différent et plus nuancé; les crises économiques provo-

quent des réactions collectives visant à désigner des responsables: ce mouvement se répercute jusque dans le système judiciaire, où se multiplient alors les condamnations qui par voie de conséquence, encouragent également l'éclosion d'une littérature relative aux modes de la politique criminelle. Plusieurs auteurs ont souligné la simultanéité entre la crise des années 30 et les travaux de SUTHERLAND d'une part, et la renaissance florissante de la littérature sur le crime en col blanc dès l'amorce de la crise économique mondiale en 1973 d'autre part.

La conceptualisation même de la délinquance d'affaires, son histoire judiciaire, ses périodes riches en littérature et en recherches semblent donc dominées par des enjeux socio-économiques capitaux dont l'importance apparaît déterminante.

Les opérations d'initiés seraient à cet égard un parfait exemple. L'incrimination a été réactivée aux Etats-Unis, dès 1973, et en Suisse, la croisade idéologique visant à l'établissement d'une incrimination de cet état de fait, apparaît curieusement au moment où le marché boursier traditionnel, en crise, est dépassé par des pratiques nouvelles, qui le concurrencent évidemment.

L'incrimination des opérations d'initiés doit-elle remplir la fonction de redonner au public confiance en la bourse? Est-ce véritablement une des fonctions possibles du droit pénal? Peut-on l'utiliser à ces fins?

La délinquance d'affaires est donc bien un concept à géométrie variable qui pourrait servir des objectifs assez éloignés des traditionnelles fonctions du droit pénal classique...

III. Comment parler de délinquance d'affaires?

Les travaux récents en la matière se proposent tous de poursuivre, sous une forme améliorée, l'objectif de SUTHERLAND et de «mettre à jour un système de traitement différentiel des diverses formes de délinquance» (et par conséquent) une multiplicité assez déconcertante, de politiques criminelles.

Cette orientation (focalisée) sur l'établissement d'une phénoménologie des réactions et des contrôles sociaux, pour autant qu'elle accède à des informations suffisamment complètes pour être représentatives, permet seule de décrire, avec quelque prétention à l'objectivité, ce que fait la communauté à l'encontre d'une délinquance d'affaires, largement conçue.

Les études dans ce sens portent sur:

- *la criminalisation primaire* ou création de l'infraction par l'examen des processus socio-économiques, législatifs, historiques, déterminant la construction ou la modification d'incriminations pénales.

Nous vivons en Suisse actuellement plusieurs processus législatifs intéressants et pleins d'enseignements sur ce thème.

- La *criminalisation secondaire* observée à la fois dans les mécanismes propres au système de justice pénale dans sa globalité, mais aussi dans les interactions et relations entre système pénal et systèmes infra-pénaux, para-pénaux ou administratifs.

Ces études mettent en évidence des réseaux de contrôle étatique discrets dans les domaines économique et industriel, dont les objectifs sont à la fois plus variés et plus nuancés que ceux du système de justice pénale classique. On pourra ainsi opposer la répression visible des tribunaux aux subtiles négociations occultées dans des agences, administrations et commissions diverses, et chargées d'une délinquance en quelque sorte «réglementarisée», contre laquelle l'Etat intervient théoriquement avec les mêmes moyens, mais en modulant profondément ses objectifs par rapport à ceux de la politique criminelle conduite par les tribunaux pénaux.

Nous disposons déjà d'une très intéressante typologie des interventions possibles dans les domaines relevant de la délinquance d'affaires; cette typologie a été proposée par P. LASCOUMES dont les travaux sur la fraude fiscale notamment, font autorité en France. Ce chercheur propose de distinguer cinq types d'interventions:

1. *La filière d'évitement*, caractérisée par des décisions d'insiders, de pairs, relevant par exemple d'auto-contrôles internes. L'auto-gestion d'illégalismes dans de nombreux domaines d'affaires est importante, et vivement soutenue par ces milieux (ex. milieux bancaires).

2. *La filière de dérivation*, caractérisée par la proposition de règlements amiables entre parties. Il s'agit d'interventions légères, non contraignantes, souvent officieuses, et présentant de grands avantages aux parties en présence (ex. les accidents du travail).

3. *La filière de transaction* a pour but d'éviter une procédure judiciaire toujours aléatoire, et longue, au profit d'une résolution rapide, simple et discrète. Elle ménage les intérêts fiscaux de l'Etat, et garantit le secret pour des violations numériquement

et qualitativement importantes, intervenues dans l'ordre notamment économique imposé par l'Etat (ex. pollution, fiscalité, etc.).

4. *La filière de réprobation* constituée par les solutions douces dont dispose le système de justice pénale telles que le classement sans suite, l'admonestation, l'ordonnance pénale ainsi que le prononcé de sanctions légères, garantissant toutes une certaine discrétion (ex. accidents médicaux et de travail, tous les domaines auxquels s'applique le droit pénal administratif, comme notamment les infractions à la loi fédérale sur les douanes).

5. *La filière de sanction*, qui est l'une des issues de la filière de réprobation, la plus sévère, la plus rare et la seule publique. C'est celle que mettent en œuvre les tribunaux pénaux lorsqu'ils sont sollicités pour condamner sévèrement des affairistes en tous genres. De la filière de sanction résultent les effets symboliques les plus forts, attendus de quelques rares scandales. SUTHERLAND déjà, évoquait à leur propos, l'importance du hasard dans le choix des poursuites criminelles dans les milieux d'affaires; il relevait qu'au gré de scandales sporadiques, on pouvait s'étonner que certains auteurs soient soumis à la filière de sanction, alors que d'autres bénéficient de filières moins dommageables pour leur carrière personnelle, sociale et professionnelle.

L'intervention de la problématique que nous soutenons permet de dévoiler un inventaire très riche d'interventions institutionnelles, greffées sur des dispositions à caractère répressif. Il n'est dès lors plus possible d'évoquer une politique criminelle monolithique et uniforme. Nous sommes manifestement confrontés à un éclatement de cette notion, à la dispersion de ses objectifs, initialement concentrés sur la peine prononcée par le système de justice pénale. Force est d'admettre que le droit pénal est devenu très hétérogène, et qu'au cours des années, l'extension voire l'inflation du réflexe de criminalisation primaire, à des secteurs toujours plus éloignés de ceux que le droit pénal classique réprimait, s'est inévitablement accompagnée d'une modulation toujours plus subtile de ses moyens d'action; le travail répressif s'est divisé et même emietté au fragment. Seule est pertinente, en matière de délinquance d'affaires, une hypothèse raisonnable, et fort probablement vérifiable, posant l'adéquation de certaines stratégies de contrôle face à certains types d'illégalismes.

La mise en évidence d'objectifs législatifs subtils et variés indique bien que les fins poursuivies par l'Etat dans ses opérations de contrôle sectoriel de l'économie, de la fiscalité, des échanges financiers, des allocations de fonds publics, ne se réduisent nullement aux fonctions de la peine classique. Des transformations profondes ont altéré le droit pénal classique qui est devenu:

disciplinaire, plutôt que répressif,
opportuniste, plutôt que légaliste,
réglementaire, plutôt que législatif,
inquisitoire, plutôt que contradictoire,
secret, plutôt que public,
interventionniste, plutôt que libéral.

Ces mutations fondamentales doivent retenir l'attention du juriste, bien davantage que la couleur des cols des destinataires de ce droit pénal polymorphe.

Ainsi la condamnation pénale accidentelle, mais bien orchestrée du banquier, de l'ingénieur, de l'avocat, du notaire ou du fonctionnaire faussaire, escroc, corrompu, prend un aspect assez dérisoire face à l'étendue des pouvoirs conférés à l'Etat par un droit pénal nouveau aux multiples objectifs et moyens.

IV. Pourquoi cet éclatement des contrôles?

L'origine de l'extension du droit pénal à certains secteurs économiques est née à la fin du XIXème siècle. C'est à ce moment que prennent forme des initiatives, constituant autant de brèches dans le libéralisme économique du XIXème siècle finissant. Il faut relever que dans le monde anglo-saxon, les premières lois contre les ententes industrielles et économiques ou monopoles apparaissent sur un fond de conflits socio-économiques et de contradictions idéologiques; de ces conflits et contradictions vont naître des générations de réglementations nouvelles, qui s'opposeront à une politique de «laisser faire» et organiseront un contrôle étatique, fondé sur une répression fonctionnelle, contenue de ce fait dans les limites relativement floues.

C'est la naissance d'une dualité profonde entre, d'une part, les appareils normatifs et organiques de répression luttant à visage découvert, contre ce que GAROFALO a appelé les «vrais crimes» et d'autre part, les appareils plus complexes visant à assurer une répression nuancée et fonctionnelle contre une

criminalité artificielle, et à organiser par des concessions, un contrôle relatif, et symbolique, sur les activités économiques les plus risquées et périlleuses pour l'équilibre d'une communauté, la répartition sociale des revenus ou la distribution des biens.

Dès lors, le recours au droit pénal, quasi systématique et érigé en automatisme législatif, semble se pratiquer sans interrogation fondamentale quant à sa faisabilité, son efficacité. L'intervention étatique dans le domaine économique se doit ainsi d'être scellée par des dispositions assorties de sanctions pénales; simultanément de larges aménagements organisationnels, en rapport avec certaines anticipations sur les destinataires – fort probablement majoritaires – de ces normes, orientent les violations dans des filières d'évitement, de dérivation ou de transaction; ainsi leurs auteurs échappent à la honte d'une publicité inhérente à la filière classique de sanction.

Idéalement, ce système aurait pu fonctionner.

C'était sans compter avec une longue liste de phénomènes aujourd'hui mieux connus et qui grèvent le contrôle étatique sur l'économie, l'industrie et les affaires de sérieuses et lourdes hypothèques, tout particulièrement en ce qui concerne une politique affirmant vouloir utiliser les instruments sanctionnels de nature pénale.

– Des doutes sérieux sont émis depuis bien des années sur le fonctionnement prétendu des mécanismes de prévention générale et spéciale. Or il est d'autant plus évident que dans le domaine économique, où le droit en général ne constitue point l'impératif catégorique prioritaire, la menace, d'ailleurs très illusoire de sanction (risque objectif et risque perçu très faibles), ne doit jouer qu'un rôle très mineur dans des prises de décisions collectives ou individuelles.

«Le problème en affaires n'est pas de savoir ce que dit le droit, mais de savoir ce qu'est la pratique courante.»

– Les mécanismes fondamentaux sur lesquels se fonde le droit pénal, sont ceux que l'on attribue à un individu. Or, les auteurs économiques ne sont plus des individus, mais des entreprises. Des problèmes surgissent lorsque sont évoquées les notions de responsabilité, culpabilité et punissabilité; un anthropomorphisme naïf, et très en vogue actuellement, en doctrine, semble les résoudre par l'abandon du principe «societas delinquere non potest.»

Nous disons simplement que c'est précisément dans les pays qui connaissent la responsabilité pénale de la personne morale

que se font entendre aujourd'hui les critiques et réserves les plus virulentes à l'encontre de cette solution simpliste.

Il serait donc plus sage de s'interroger sur l'adéquation et l'effectivité d'une politique criminelle menée à l'aide d'un droit globalement inadapté, car conçu dans un contexte économique, industriel et socio-politique totalement différent.

– Ce que d'aucuns ont appelé le «déclin du droit» ou son dépérissement, tient essentiellement à sa rigidité, à son impossibilité de s'adapter rapidement. Le droit pénal, plus encore que d'autres disciplines juridiques, est affecté de ce vice. Or l'économie, l'industrie et le commerce sont des activités particulièrement dynamiques et mouvantes qu'il est donc difficile de soumettre à l'une des branches juridiques les plus rigides qui soient, le droit pénal.

Ce droit présente donc le double inconvénient de concevoir très imparfaitement la complexité des relations socio-économiques et de disposer de moyens trop traditionnels, donc assez inadéquats à leur contrôle.

– Last but not least, il est vrai que, face à l'Etat, dans le cadre d'une certaine volonté politique de contrôle sur des activités industrielles, commerciales, économiques ou bancaires, nous trouvons des auteurs (individus ou collectivités), qui, en termes socio-économiques, sont des partenaires que l'on ne peut intimider ou écraser à coups de sanctions pénales.

L'exercice de la répression, dans le domaine économique, se pratique très prudemment; les négociations diplomatiques l'emportent souvent, dominées par les intérêts fiscaux de l'Etat, ou stimulées par des rapports de dépendance de différentes sortes entre les violateurs et l'Etat.

Le résultat, en dépit de certaines affirmations politiques et législatives véhémentes, rappelle ce que stigmatisait déjà SUTHERLAND il y a 45 ans et que l'on pourrait aujourd'hui intituler «le phénomène d'a-criminalisation de la délinquance d'affaires».

On constate ainsi que le juriste est contraint de se poser des questions beaucoup plus fondamentales, à propos du droit pénal et de la délinquance d'affaires, que de s'interroger simplement sur les moyens d'améliorer les poursuites judiciaires dans ce domaine.

Les problèmes sont si complexes qu'on ne doit les réduire ni à des problèmes organisationnels, ni à une simple capitulation du droit et de ses institutions devant la puissance économique de certains partenaires sociaux.

V. Peut-on parler d'une politique criminelle à l'égard de la délinquance d'affaires?

Compte tenu notamment d'un chiffre noir incontestablement élevé, et du secret relatif qui entoure nombre de règlements en matière de délinquance d'affaires, force est bien d'admettre que le système de justice pénale se situe en bout de chaîne; son initiative propre étant faible, il se contente de saisir et de traiter ce que d'autres, avant lui ont refusé de traiter et lui ont transmis.

Peut-on, dans ces conditions, évoquer une politique criminelle consistante, alors qu'il s'agit d'affaires exceptionnelles relativement rares, où ne sont en jeu que des incriminations fondées sur le code pénal, et jamais sur le droit pénal accessoire?

Ne doit-on pas s'interroger sérieusement sur une politique criminelle qui s'acharne sur quelques dossiers qu'elle conduit sans trop de difficultés à des condamnations exemplaires, laissant complètement dans l'ombre un contentieux volumineux de violations de dispositions pénales, négociées, elles, dans le huis-clos feutré de l'Administration?

Il vaudrait mieux ne pas évoquer la politique criminelle en l'espèce et se pencher peut-être sur un certain nombre d'hypothèses avancées récemment concernant la fonctionnalité d'une répression manifestement très limitée.

1. Certains ont avancé l'hypothèse d'une revalorisation de la justice, s'attribuant dans la poursuite de la délinquance d'affaires, de nouvelles fonctions tout à fait gratifiantes quant à sa participation au développement d'un nouvel ordre économique et social. C'est en quelque sorte entretenir l'illusion d'interventions juridiques et judiciaires efficaces par rapport aux changements sociaux, visant à une redistribution équitable des biens, notamment à la suite de violations flagrantes de règles de droit importantes.

2. D'autres évoquent la nécessité pour la justice de réaffirmer son impartialité, suite aux critiques socio-politiques constantes dont elle est l'objet et qui l'accusent de se focaliser unilatéralement sur les classes sociales les plus défavorisées.

Dans cette perspective, la condamnation de quelques cols blancs peut être une opération facile et efficace.

3. D'autres enfin suggèrent le fonctionnement d'un mécanisme primitif, auquel la justice pénale se prêterait aisément: l'illusion de résoudre certaines crises sectorielles par la désignation, puis la condamnation d'un responsable. Il est vrai que

certaines condamnations récentes ont manifestement suggéré facilement la formulation de cette hypothèse.

On voit mieux pourquoi il est raisonnable de parler de l'illusion d'une politique criminelle en délinquance d'affaires et aussi, espérons-le, pourquoi il est nécessaire de poursuivre une réflexion faite d'interrogations assez fondamentales sur la place du droit parmi les instruments de contrôle étatiques de l'économie, de l'industrie, des affaires, de la banque, des assurances.

Et puissions-nous finalement ne jamais oublier que la délinquance ou criminalité quelle qu'elle soit, ne constitue nullement une caractéristique inhérente à certaines personnes ou à certaines activités, mais qu'elle est le résultat d'un regard, d'une évaluation et d'un jugement imposés de l'extérieur, et concernant des comportements et des actions alternatives.

2. *Kurzreferate*

Prof. Dr. U. Zimmerli dankt den beiden Herren Hauptreferenten für die Vorstellung ihrer Arbeiten und erteilt das Wort zu Kurzreferaten an die Herren Staatsanwälte PAOLO BERNASCONI, Lugano, und Dr. WALTER F. ROTHENFLUH, Basel.

Staatsanwalt PAOLO BERNASCONI, Lugano:

Die Strafbehörden angesichts der Internationalisierung der Wirtschaftskriminalität

1. Die Wirtschaftskriminalität als Instrument der schwerwiegenden Kriminalitätsformen

Wenn ich Ausführungen zu Fragen höre, wie «Was ist Wirtschaftskriminalität? Existiert die Wirtschaftskriminalität überhaupt?» – Fragen, die zur bewährten Liturgie jedes Symposiums über Wirtschaftskriminalität gehören – gelange ich immer mehr zur Überzeugung, daß die Vertiefung unserer Erkenntnisse über ein Phänomen immer aussagekräftiger ist als der Versuch, dieses Phänomen theoretisch zu definieren. Aus diesem Grund muß ich einführend auf die neuesten Entwicklungen der schwersten Formen der Kriminalität hinweisen: Die Kanäle, die Methoden und das Gebahren der Finanzunterwelt werden heutzutage immer mehr benützt von den Tätern der Gewaltkriminalität, des Drogengroßhandels und des zu recht

gefürchteten «organised crime». Es darf deshalb die Wirtschaftskriminalität nicht mehr nur als eine kriminelle Tätigkeit mit Selbstzweckcharakter betrachtet werden, sondern sie ist auch ein Arsenal von Instrumenten und Profiten, das sich die gefährlichsten Kriminellen zu Nutzen machen. Als Beispiele nenne ich: Tarnungsmöglichkeiten für Lösegelder aus Entführungen und für Drogenhandelsgewinne, Profite zugunsten von Terroristengruppen, Investitionsmöglichkeiten für die Banden des sogenannten organisierten Verbrechens.

Erste These: Die traditionelle Dreiteilung der Schwerkriminalität – Gewaltverbrechen, Wirtschaftskriminalität, Drogenkriminalität –, mit welcher die Kriminologie bis anhin gearbeitet hat, ist den neuesten Entwicklungen nicht mehr angepaßt.

Über diese erste These kommen wir zur ersten Schlußfolgerung: Wenn Erkenntnisse und Auffassungen der Kriminologie nicht mehr brauchbar sind, dann ist es nicht erstaunlich, daß auch die Gesetzgebung – die nationale sowie die internationale – und die Strukturen zur Durchsetzung dieser Gesetze – Justiz und Polizei – nicht mehr angemessen sind. Gerade die Betrachtung der Schwierigkeiten in der Verfolgung – ganz zu schweigen von der Vorbeugung – der internationalen Wirtschaftskriminalität vermag das Ausmaß dieser mangelnden Anpassung am besten zu illustrieren. Daher die Themenwahl für mein Kurzreferat: Die Auseinandersetzung der Strafbehörden mit dem Phänomen der Internationalisierung der Wirtschaftskriminalität. Wir müssen in der Tat deutlicher erkennen, daß die verspätete und unzulängliche Reaktion – sei es der Behörden, sei es der privatwirtschaftlichen Institutionen, und ich zähle dazu auch die Rechtsanwälte, Notare, Treuhänder, usw. – nicht nur auf das qualitative oder quantitative Ungenügen der zur Verfügung stehenden Kräfte (alle bekannten und unbekannten Ausnahmefälle ausgenommen) zurückzuführen ist, sondern auch auf eine Mentalität, die sich noch heute weigert, diese Internationalisierung und deren Folgen zu sehen und verstehen zu wollen.

2. Die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden

Vor einem Publikum, das sich der Dimension der internationalen Verflechtungen der Wirtschaft und vor allem des Finanzwesens unseres Landes genügend bewußt ist, braucht man keine Worte zu verlieren, um das verhältnismäßig große Ausmaß der Internationalisierung der Wirtschaftskriminalität darzulegen.

Es möge die Feststellung genügen, daß besonders in unserem Land in allen größeren Strafverfahren wegen Wirtschaftskriminalität immer mindestens ein Element vorliegt, welches die Souveränität eines andern Staates tangiert, z. B. Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz des Täters, des Geschädigten, von Zeugen; das Versteck der kriminellen Profite, usw. Daraus folgt die Notwendigkeit einer internationalen Zusammenarbeit. Im Jahre 1984 gab es mehr als 8000 Rechtshilfebegehren, sowohl vom Ausland an die Schweiz, als auch von der Schweiz an ausländische Staaten [1]. Diese Zahlen würden sich deutlich erhöhen, wenn erst Angaben über die Höhe der Schäden und der kriminell erlangten Gewinne bestünden, die Gegenstand der Strafverfahren waren, die zu diesen zweimal 8000 Rechtshilfebegehren führten.

Dank dem neuen Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen [2] wurde das unbekannte Gebiet des Rechtshilfewesens etwas bekannter, aber auch bedeutend komplizierter. Wenn wir eine erste, allerdings nur oberflächliche Zwischenbilanz nach diesen drei Jahren seit dem Inkrafttreten des genannten Gesetzes ziehen wollen, dann scheint uns die neue Gesetzgebung ein Meisterwerk zur Wahrung der ökonomischen Interessen des Einzelnen. Allerdings können die einem durchaus beachtenswerten Zweck dienenden Mittel von den Betroffenen dermaßen mißbraucht werden, daß heute z. B. ein Rechtshilfeverfahren zur Erlangung von durch das Bankgeheimnis geschützten Angaben als eine regelrechte Kampfbahn bezeichnet werden muß. Folge davon ist, einerseits, daß die so gut ausgebauten juristischen Mechanismen zum Schutz des Einzelnen in Wirklichkeit dem Schutz des Angeklagten dienen; und andererseits, daß sie sich in mehreren Fällen als ungenügend erwiesen haben, die Interessen der sogenannten unbeteiligten Dritten – darunter auch die Kunden von Schweizer Banken – zu wahren.

Man beachte nur die Hauptmängel:

a) Privilegierte Stellung des Angeklagten
   Im Rechtshilfeverfahren genießt der Angeklagte ausgedehntere Rechte als der Angeklagte in einem schweizerischen

[1] 1984 seien der Schweiz von ausländischen Staaten 8200 Rechtshilfegesuche (davon 44 aus den USA) gestellt worden. Die Schweiz selbst habe im gleichen Jahre 8620 Rechtshilfegesuche an ausländische Staaten gestellt (Angaben mitgeteilt am Pressegespräch der Vorsteherin des EJPD vom 1. 3. 1985).

[2] Das Rechtshilfegesetz (IRSG) ist am 1. 1. 1983 in Kraft getreten (SR 351.1).

Verfahren, aber auch als derselbe Angeklagte in dem im Ausland gegen ihn hängigen Verfahren.

b) Verspätung in der Ausführung der Rechtshilfe
Noch letzte Woche wurde von Bundesstellen öffentlich mitgeteilt[3], daß von amerikanischer Seite eine Dauer von 12 Monaten, gerechnet von dem Moment an, wo das Rechtshilfegesuch an die Schweizer Behörde gestellt wird bis zu einer allfälligen Aushändigung des ersuchten Beweismittels, als noch angemessen betrachtet wird.
Es handelt sich um eine Dauer, die keine Schweizer Strafbehörde für die Erfordernisse ihrer Untersuchung dulden würde; von der Beachtung des strafprozessualen Beschleunigungsgebots gar nicht zu sprechen, welches nicht nur im Interesse des Angeklagten, sondern auch des Geschädigten – dieser immer wieder vernachlässigten Partei – und der Wahrheitsermittlung selbst keineswegs planmäßig vergessen werden darf[4].

Und damit gelangen wir zur *zweiten These: Für die Wirtschaftskriminellen ist es heute noch lohnend, international tätig zu werden, weil die nationalen Grenzen immer noch feste Hindernisse zu ihrer Verfolgung darstellen.*

Gestützt auf die Erfahrungen der größten Finanzplätze unseres Landes, welche heute sicher nicht ganz zufällig sozusagen durch die ersten vier Referenten vertreten sind, muß ich betonen, daß diese These nicht nur für die Schweiz, sondern auch für die anderen Länder ihre Gültigkeit hat. Auch wenn meine Ausführungen ausschließlich persönlichen Charakter haben, sehe ich nach dem bewährten Brauch der diplomatischen Höflichkeit davon ab, öffentlich Vergleiche zu ziehen und Ranglisten unter den Ländern zu erstellen.

3. Die Sorgfaltspflichtsvereinbarung vom 1.7.1977/1.7.1982
Ganz abgesehen von der großen Bedeutung der privatwirtschaftlichen Bemühungen auf der Präventionsebene, die hier

[3] Laut Mitteilung von Botschafter M. KRAFFT am Pressegespräch vom 30.8.1985 in Bern.

[4] Aus diesem Grund kann man die Bemühungen, die zu einem diesjährigen entsprechenden Bericht des Bundesamtes für Polizeiwesen mit kurz- und mittelfristigen Vorschlägen zuhanden des Bundesrats geführt haben, nur sehr begrüßen.

nochmals unterstrichen werden soll, ist es an dieser Stelle nötig, die positiven Wirkungen eines einmal gesetzten Marksteines zu erwähnen, nämlich der Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken bei der Entgegennahme von Geldern und über die Handhabung des Bankgeheimnisses vom 1. 7. 1977/1. 7. 1982. In der Tat könnte die immer breitere und strengere Anwendung dieser Vereinbarung gute Dienste leisten, und zwar nicht nur zum Vorteil der Schweizer Verfolgungsbehörden, sondern auch zugunsten der Qualität und Vollständigkeit der Rechtshilfeleistungen unseres Landes. Es genüge der Hinweis auf die substantielle Verbesserung der Identifizierung aller Bankkunden, insbesondere auch derjenigen, die sich hinter dem heute nicht mehr so bequemen Schild der weltweit verbreiteten Tarnungsgesellschaften zu verstecken suchten. In dieser Hinsicht kann die Vereinbarung als Modell angesehen werden, auch für die Verwirklichung der Empfehlungen des Europarats vom 27. 6. 1980 über Maßnahmen gegen den Transfer von Geldern krimineller Herkunft. Leider wurde dieses Modell bis heute noch von keinem andern Land nachgeahmt.

Wir wissen alle, daß das Modell dennoch einige Lücken aufweist. Wir beschränken uns hier auf die Erwähnung einer einzigen, nämlich auf die weitgehenden Umgehungsmöglichkeiten durch das Einschalten von Finanzgesellschaften, weil wir die Gelegenheit nicht verpassen wollen, nochmals die Dringlichkeit der Einführung eines Bewilligungs- und Kontrollregimes für solche Finanzgesellschaften zu betonen[5]. Aus diesem Grund und weil gerade im vergangenen Monat der «Vorentwurf für die Revision der Vermögensdelikte»[6] veröffentlicht worden ist, gelange ich zu der folgenden *dritten These:*

[5] Eine verstärkte Beaufsichtigung der Finanzgesellschaften postulierte für die Nationalbank Dr. M. Lusser im Rahmen der Generalversammlung des Verbandes schweizerischer Holding- und Finanzgesellschaften am 27. 11. 1984 in Zürich. Am 23. Mai 1984 wurde vom Bundesrat ein nationalrätliches Postulat vom 13. 3. 1984 (Nr. 84.354) angenommen, mit dem eine gesetzliche Regelung jeder beruflichen Annahme von Publikumsgeldern eingeführt werden soll.

Auf kantonaler Ebene sind zu erwähnen: im Tessin das Inkrafttreten eines Gesetzes über treuhänderische Berufe am 1. 1. 1985 und in Graubünden die Aufhebung am 20. 2. 1985 eines ähnlichen Gesetzes.

[6] Es handelt sich um die Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzbuches betreffend die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen und die Urkundenfälschung (Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches, veröffentlicht im August 1985).

Gesetzliche Revisionen zum Zweck der Verbesserung der Strafverfolgung werden in ihrer Wirkung stark beeinträchtigt, wenn sie nicht von Maßnahmen auf Vorbeugungsebene begleitet sind, d. h. von zivil- und verwaltungsrechtlichen Gesetzesrevisionen und von Bestrebungen auf privatwirtschaftlicher Ebene.

4. Die Anwendung des Legalitätsprinzips in Wirtschaftsstraffällen

Betrachtet man die Anwendungspraxis der Sorgfaltspflichtsvereinbarung, so ist festzustellen, daß sich dank ihrem pädagogischen Einfluß weitgehend eine Wendung in der Pflichtauffassung beim Kader des Bankwesens vollzogen hat. Eine zweifelhafte Operation erweckt schneller Verdacht und fordert die entsprechende Aufmerksamkeit heraus. Das zwingt uns zur unerwarteten Feststellung, daß eine ähnliche Reaktion bei den Justiz- und Polizeibehörden nicht immer so prompt erfolgt. Ein einfaches Beispiel: Es genügt, die Haltung der Zoll- und Polizeibeamten einerseits und der Bankbeamten andererseits zu vergleichen, wenn in Kloten oder Cointrin vor ihren Augen ein Koffer mit 200000 Dollar in Banknoten geöffnet wird. Umgekehrt ist allerdings bekannt, wie prompt die Reaktion eines Polizisten ist, wenn dieser Koffer statt Bargeld oder Obligationen einer karibischen Bank Feuerzeuge, silbernes Besteck oder zollabgabepflichtige Ware enthält. Die Verfolgung der Wirtschaftskriminalität leidet unter anderem auch am Fehlen einer dem heutigen Stand angepaßten Checkliste der Verdachtsmomente, anhand welcher die Polizeibeamten geschult würden.

Diese Lücke ist auf jene noch heute verbreitete Mentalität der Behörden bei der Strafverfolgung von Wirtschaftsdelikten zurückzuführen, die mit einer sachlich mangelhaften Beachtung des Legalitätsprinzips, das manchmal nur mehr auf dem Papier respektiert wird, zu tun hat.

Ich beziehe mich nicht auf das wohl begründete Votum des ausgezeichneten Berichtes meines Kollegen SCHMID zugunsten der Einführung eines gemäßigten Opportunitätsprinzips. Ich möchte hingegen vor der Tendenz warnen, das Legalitätsprinzip immer enger auszulegen, um die Zahl der zu eröffnenden Strafverfahren in Wirtschaftsfällen einzudämmen. Man stützt sich meistens auf die territoriale Unzuständigkeit. Ich nenne ein schönes Beispiel unter vielen: 1974 wird in Lugano ein Plan entdeckt, wonach eine Bande beabsichtigt, 44 Millionen Dollar an den Schaltern von drei Banken auf zwei großen Finanzplätzen unseres Landes abzuheben; es handelt sich um einen Betrag,

der duch mißbräuchliche Handhabung der Telexschlüsselworte von einer Bank in New York zugunsten bestimmter Konten bei den drei Schweizer Banken gutgeschrieben worden ist. Die Staatsanwaltschaft von Lugano alarmierte die Polizei und die Banken, so daß die Bande während der Durchführung des Betrugs von der Polizei erwischt werden konnte. Die Reaktion der auswärtigen Strafbehörden: rasche Zuführung der Täter, begleitet von einer Unzuständigkeitserklärung und einer Rechnung für die Zuführungskosten nach Lugano, wo die Untersuchung und Verurteilung erfolgen mußte. Dieses Beispiel könnte zum Lächeln anregen, wäre es nicht Ausdruck einer Tendenz, die wir als die lähmende Wirkung der Rechtshilfe bezeichnen. In der Tat häufen sich die Fälle, bei uns wie im Ausland, bei denen die ersuchte Strafbehörde ihre Pflicht vernachlässigt, gemäß dem Legalitätsprinzip sofort einzuschreiten, wenn aus dem Rechtshilfebegehren Verdachtsmomente für ein Verbrechen hervorgehen, das womöglich nur partiell auf ihrem Territorium verübt worden ist. Es sollte aber im Gegenteil für die Anerkennung der territorialen Zuständigkeit genügen, daß z. B. im Territorium der Gerichtsbarkeit der ersuchten Behörde die Bank liegt, bei der die im Ausland betrogenen Opfer durch einen im Ausland tätigen Anlagebetrüger ihre Einzahlungen gemacht hatten[7]. Damit gelangen wir zu der *vierten These:*

Bei der Anwendung des Legalitätsprinzips müssen die Verfolgungsbehörden alle durch Rechtshilfeverfahren ermittelten Verdachtsmomente sowie den gesetzlichen Raum für die territoriale Zuständigkeit bis an die Grenze ausschöpfen (zu diesem Zweck müssen die Mitglieder der Verfolgungsbehörden entsprechend unterrichtet werden).

5. Die Rolle der Finanzunterwelt bei der Geldwäscherei

Die ganze Unzulänglichkeit der Tendenz zu einer restriktiven Auslegung des Legalitätsgrundsatzes erscheint noch deutlicher, wenn man deren nachteilige Wirkungen in der Verfolgung der Geldwäscherei bei Profiten aus dem Drogengroßhandel kennt. Wohl hat die Schweizer Gesetzgebung irgendwelche Teilnahme – auch in der Form der Finanzierung – an diesem Handel für strafbar erklärt, ungeachtet ob diese auf Schweizer Territorium oder im Ausland erfolgt ist[8]. Die Verfolgung dieser

[7] Als Beispiel siehe den Fall im BGE 99 IV 125.

[8] Diese Regel wird von Art. 19 Ziff. 4 des Bundesgesetzes über Betäubungsmittel vorgesehen.

sogenannten Weltdelikte sollte indessen von den Schweizer Behörden ausgebaut werden, sobald sie vom Ausland Auskünfte erhalten, die einen Anknüpfungspunkt in der Schweiz nahelegen[9]. Aber auch in der gegenteiligen Richtung sollte sich eine dynamischere Haltung durchsetzen, so daß auch die ausländischen Behörden spontan über Umstände informiert würden, die in der Schweiz festgestellt wurden und Bedeutung für im Ausland begangene Verbrechen haben. Ein solches System der spontanen Mitteilung könnte für die Verfolgungsbehörden wertvoll sein, auch wenn die mitteilende Schweizer Behörde in dieser Phase keine vom Geschäfts- und Bankgeheimnis geschützten Angaben weitergeben dürfte. Auf diese Weise könnte dem Widerspruch abgeholfen werden, der darin besteht, daß zwar den ausländischen Behörden ohne weiteres die Angaben über den Befund eines gestohlenen Autos mitgeteilt werden, nicht aber die Daten über eine Person, die auf unserem Territorium einen Koffer voller Bargeld von verdächtiger Herkunft mit sich trägt. Das Phänomen der Geldwäscherei darf bei Debatten über die Wirtschaftskriminalität nicht vernachlässigt werden, und zwar aus einer Reihe von wichtigen Gründen nicht, worunter die folgenden zu nennen wären:

a) Das sogenannte «organised crime», das sich durch die Kanäle des Drogengroßhandels und der Drogenfinanzierung immer mehr in Westeuropa verbreitet, hat seine Achillesferse gezeigt, nämlich den illegalen Besitz von enormen Bargeldmengen in den USA[10], wo strenge Restriktionen bei Bargeldtransaktionen herrschen[11].

b) Das «organised crime» ist immer mehr angewiesen auf die

[9] In diesem Sinne I. Weiss in «Die Einziehung in der Schweiz liegender Vermögen aus ausländischem Drogenhandel» (ZStR 102 [1985] 202) und in «Probleme bei der Einziehung in der Schweiz liegender Vermögen aus ausländischem Drogenhandel» (vervielfältigte Pressedokumentation, verteilt am 6. 6. 85 in Zürich, Seite 10 ff.).

[10] Das jährlich umlaufende Schmutzgeld aus dem Drogenhandel in den USA – vornehmlich mit Südamerika – werde auf rund 75 Milliarden Dollar geschätzt (laut Erklärung des stellvertretenden Staatssekretärs im US-Finanzministerium David Queen in einem Referat, gehalten am 26. 6. 1985 vor dem Swiss-American Chamber of Commerce in Zürich). Nach Erklärung des FBI-Direktors W. Websters vom 28. 8. 1985 am 7. Kongreß der U. N. in Mailand über die moderne Kriminalität werden die Erlöse aus dem Drogenhandel unter den Tätern nicht mehr gezählt, sondern nur nach Gewicht getauscht.

[11] Siehe unter anderen das 1978 erlassene Right to Financial Privacy Act und das am 26. Okt. 1970 erlassene Bank Records and Foreign Transactions Act, besser bekannt als Bank Secrecy Act.

Kooperation der Finanzunterwelt, d.h. die Mitwirkung von Devisenschmugglern, Tarnungsgesellschaften, zweifelhaften Treuhandbüros, usw.

c) In der geltenden Schweizer Gesetzgebung kann die Geldwäscherei nur unter nicht spezifischen Straftatbeständen und jedenfalls nicht ohne Schwierigkeiten erfaßt werden, während man in andern Ländern, insbesondere in den USA [12] bemüht ist, diese kriminelle Tätigkeit unter verschiedenen spezifischen «sui generis» – Tatbeständen wirkungsvoller strafrechtlich zu erfassen. Selbst im neuen Vorentwurf für die Revision der Vermögensdelikte im Schweizer Strafgesetzbuch werden keine Verbesserungen zugunsten der Verfolgung des Verbrechens der Hehlerei vorgesehen, das sich am besten für die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei eignen würde; im Gegenteil, es werden Vorschläge gemacht, die die Verfolgung der Geldwäscherei noch weiter stark hindern werden.

Fünfte These: Bei der in Bearbeitung stehenden Revision des Strafgesetzbuches müssen auch Lösungen studiert werden, um die Geldwäscherei strafrechtlich besser zu erfassen.

6. Der Vorschlag eines internationalen Abkommens gegen das «organised crime»

Die ausgeprägten und festen Beziehungen zwischen «organised crime» und Finanzunterwelt, die sich wegen der Geldwäscherei in Ausdehnung befinden, erfordern eine substantielle Neuregelung der internationalen Zusammenarbeit in diesem Bereich. Die Ausdehnung des «organised crime» außerhalb der Länder, wo es bis heute vorwiegend auftrat, sowie die Verstärkung seines Einflusses aufgrund der riesigen Profite des Drogengroßhandels und der zunehmenden Gewaltanwendung haben weitgehend die Notstandsdimensionen jener kriminellen Erscheinungen erreicht, bei denen sich früher die Völkergemeinschaft gezwungen sah, die Verfolgung durch besondere internationale Konventionen zu organisieren (so z. B. 1926 gegen die Sklaverei und 1977 gegen den Terrorismus). Als Kern einer solchen Konvention könnten die Normen betreffend das «organised crime» übernommen werden, die im Rechtshilfeabkommen vom 25. 5. 1973 zwischen den USA und der Schweiz vereinbart wurden [13].

[12] Siehe Bericht vom 27. 8. 1985 des Permanent Subcommittee on Investigations des US-Senates.

[13] Dieses Abkommen wurde in den USA als Modell für die Rechtshilfeverhält-

Schlußvotum

Die Experten für Kommunikationsfragen haben uns aufgeklärt, daß nicht nur die Juristen, sondern auch die Zuhörer im allgemeinen dazu neigen, eine Rede nach ihren schon bestehenden Überzeugungen zu verstehen und auszulegen. Um den Spielraum solcher Auslegungen einzuschränken, möchte ich die Auslegung meiner Ausführungen selbst so formulieren:

Auf dem langen Weg der Ahndung und Vorbeugung der Wirtschaftskriminalität in unserem Lande wurde schon ein großes Stück bewältigt, doch bleibt einerseits immer noch viel Raum für Verbesserungen und besteht andererseits die Gefahr von Rückschritten.

Staatsanwalt Dr. WALTER F. ROTHENFLUH, Basel:

Der verbotene Transfer geschäftlicher, wirtschaftlicher und technologischer Informationen

- Ob Pläne in Lizenz hergestellter Düsentriebwerke einer Schweizer Maschinenfabrik einem ausländischen Geheimdienst übermittelt,
- ob Computer-Testbänder einer Großbank mit Namen, Kontonummern und Kontobeständen französischer Staatsangehöriger dem französischen Zoll und Finanzbehörden zugespielt
- oder für den rein betriebsinternen Gebrauch bestimmte Arbeitspapiere eines Chemiekonzerns mit Angaben über Nebenwirkungen von Pharmaprodukten ausländischen Ärzten zugänglich gemacht werden,

stets erfahren dabei auch private Vermögensinteressen beträchtliche und bestimmbare Vermögensschäden. In diesem Punkt unterscheiden sich diese heute hochaktuellen Verhaltensweisen kaum von anderen Formen der Wirtschaftskriminalität. Gibt es dagegen einen angemessenen strafrechtlichen Schutz, und welche Strafnormen lassen sich zur Bekämpfung dieser Gattung von Wirtschaftsstraftaten heranziehen?

Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht auf die an unser Thema

nisse zwischen den USA und anderen Ländern bezeichnet (s. «Crime and Secrecy: The Use of Offshore Banks and Companies», verfaßt vom Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs des US-Senats vom Februar 1983, Seite 93).

angrenzenden Tatbestände der Verräterei und der Verletzung militärischer Geheimnisse nach MStG Art. 86 und 106, die Verletzung von Amts- und Berufsgeheimnissen gemäß Art. 320 und 321 StGB eingegangen werden. Dagegen beziehen wir folgende Vorschriften des besonderen Teils des Strafgesetzbuches bzw. des sogenannten Nebenstrafrechts in unsere Betrachtungen kurz ein:

- Art. 13 lit. f und g des BG über den unlauteren Wettbewerb
- Art. 47 des BG über die Banken und Sparkassen
- Art. 161 StGB in der Fassung des Vorentwurfs (Insidermißbrauch)
- Art. 66 und 81 des Patentgesetzes
- Art. 162 StGB Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses
- Art. 273 StGB wirtschaftlicher Nachrichtendienst.

Mit Ausnahme des letzteren bieten alle diese Bestimmungen nur bedingt Schutz gegen die Wirtschaftsspionage. Die Strafbestimmungen des UWG, des Patentgesetzes und der Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses sind Antragsdelikte. Fehlt der Antrag, der nach Ansicht des BG eine Prozeßvoraussetzung darstellt[1] oder verstreicht die Antragsfrist von drei Monaten (beim Patentgesetz 6 Monate) ungenutzt, so ist eine Ahndung nicht mehr möglich. Es ist nicht anzunehmen, daß diese Vorschriften der Geringfügigkeit der von ihnen geregelten Materie wegen als Antragsdelikte ausgestaltet wurden, vielmehr geschah dies im Hinblick auf die Möglichkeit einer besonders nahen Beziehung zwischen Täter und Opfer[2]. Auch mag beim UWG und beim Patentgesetz damit bezweckt worden sein, eine zivilgerichtliche Austragung des Rechtsstreits zu begünstigen.

Abgesehen vom Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes wirken sodann die erwähnten Strafbestimmungen sachlich nur auf einer verhältnismäßig engen Bandbreite. Art. 13 UWG kann beispielsweise nur angewendet werden, wenn zwischen dem Täter und dem Opfer ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Art. 47 des Bankengesetzes bedroht mit Strafe nur denjenigen, der als Organ, Angestellter, Beauftragter, Liquidator oder Kommissär einer Bank, als Beobachter der Bankenkommission, als Organ oder Angestellter einer Revisionsstelle ein Geheimnis offenbart, das er in dieser Eigenschaft

[1] SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts I, 1977, S. 217, und dort angegebene Bundesgerichtsjudikatur.

[2] SCHULTZ, a. a. O., S. 217.

wahrgenommen hat. Allerdings bezieht diese Vorschrift auch denjenigen mit ein, der zu einer solchen Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verleiten sucht[3]. Art. 161 StGB (Vorentwurf zum Insidergesetz) erfaßt nur Insider – die das Gesetz als Personenkreis umreißt –, Mitglieder einer Behörde, Beamte, deren Hilfspersonen, die eine vertrauliche Information erhalten und sich börslich einen Vermögensvorteil verschaffen. Dabei besteht noch die Einschränkung, daß die vertrauliche Information bei Bekanntwerden geeignet sein muß, den Kurs von vorbörslich oder börslich gehandelten Aktien, Partizipationsscheinen oder anderen Wertschriften von Aktiengesellschaften erheblich zu beeinflussen. Art. 66 bzw. 81 des Patentgesetzes gewähren lediglich patentierten Erfindungen strafrechtlichen Schutz gegen widerrechtliche Benützung bzw. Nachahmung und die damit zusammenhängende Informationsbeschaffung. Art. 162 StGB dagegen bedroht nur denjenigen Verräter von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen mit Strafe, der diese infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte. Dabei bilden bei dieser Vorschrift Gegenstand des sogenannten «Fabrikationsgeheimnisses» «alle einen Fabrikationsvorgang betreffenden und weder offenkundigen noch allgemein zugänglichen Tatsachen, an deren Geheimhaltung der den Vorgang Beherrschende ein berechtigtes Interesse hat und die er tatsächlich geheimhalten will»[4]. Die Wirkung der Anwendung von Art. 162 StGB könnte ausgedehnt bzw. verschärft werden durch den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung für diejenigen Fälle, in welchen einem Angestellten u. U. auch nur faktisch[5] Geschäftsführungsfunktionen zukommen und er durch pflichtwidrige Verfügung über nicht allgemein bekannte Tatsachen, an denen der Geschäftsherr ein schutzwürdiges Interesse hat, dessen Vermögen durch Informationstransfer schädigt.

Die sachliche Begrenzung und die daraus resultierende, bloß bedingte Anwendbarkeit aller dieser Vorschriften erfährt freilich eine Ausweitung durch allfällige Idealkonkurrenzen, also durch die Möglichkeit einer Subsumtion desselben Sachverhalts unter mehrere Straftatbestände. Die Judikatur, vorab jene des BG, hält folgende Idealkonkurrenzen für möglich:

[3] BG über die Banken und Sparkassen Art. 47 Ziff. 1 Abs. 2.

[4] BGE 80 IV 27, 103 IV 283 sowie Bemerkungen zu Art. 273 StGB in «Schweiz. Strafgesetzbuch, Gesetzestext mit Anmerkungen», HAUSER/REHBERG, 10. Aufl., S. 258.

[5] Vgl. BGE 97 IV 10 und 102 IV 90.

- Unlauterer Wettbewerb und Verrat von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen nach Art. 162 StGB[6]
- Unlauterer Wettbwerb, ungetreue Geschäftsführung (Art. 159 StGB) und wirtschaftl. Nachrichtendienst (Art. 273 StGB)[7]
- Bankengesetz und wirtschaftl. Nachrichtendienst (Art. 273 StGB)[8]
- Insidermißbrauchgesetz, also der künftige, neue Art. 161 StGB, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, Art. 162 StGB, und wirtschaftlicher Nachrichtendienst, Art. 273 StGB[9]
- Verrat von Geschäftsgeheimnissen und wirtschaftl. Nachrichtendienst (Art. 162/273 StGB)[10].

Die Strafbestimmungen des UWG, des Bankengesetzes, des Patentgesetzes, jene von Art. 162 StGB und des Vorentwurfs zum Insidergesetz sehen als Höchststrafe Gefängnis vor. Es handelt sich also um Vergehen[11], deren absolute Verjährungsfrist 7½ Jahre, die ordentliche gar 5 Jahre, betragen. Da umfangreiche Wirtschaftsstrafuntersuchungen in Europa erfahrungsgemäß, und auch nach Meinung von TIEDEMANN, durchschnittlich 2–5 Jahre dauern, zu welcher Spanne u. U. die Zeitverluste eines langen Instanzenzuges hinzugezählt werden müssen, erscheint der strafrechtliche Schutz auch von dieser Seite her begrenzt. Man kann auch hier mit SCHUBARTH von einer Privilegierung der Wirtschaftsstraftäter sprechen, deren Geschäft der Informationstransfer ist[12].

Wer den Verrat wirtschaftlicher Geheimnisse aus strafrechtlicher Sicht zu erörtern sucht, kommt nicht darum herum, sich mit Art. 273 StGB (wirtschaftlicher Nachrichtendienst) auseinanderzusetzen, aber auch mit der teils herben Kritik, die diesem aus dem Jahre 1935 stammenden, historisch etwas hypothezierten Straftatbestand vielfach[13], insbesondere von Vertretern der Rechtslehre[14], zuteil wurde. Nach dieser Vorschrift

[6] BGE 80 IV 26.
[7] BGE 85 IV 139.
[8] Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Juni 1980 in Sachen BR & PS und Urteil des Kassationshofs des Kt. Waadt vom 22. 10. 1984 in Sachen MC und JP.
[9] BBl vom 18. Juni 1985, Band II, Nr. 29.
[10] BGE 101 IV 204, 104 IV 175.
[11] Vgl. Art. 9 Abs. 2 StGB.
[12] SCHUBARTH, Insidermißbrauch – Zur Funktion und zum Hintergrund eines neuen Straftatbestandes, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 305.
[13] GERBER, Einige Probleme des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes.
[14] ZStrR 93 (1977), S. 303, Anmerkungen 158, 159, 160, 161.

handelt u. a. strafbar, wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis auskundschaftet bzw. einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung zugänglich macht.

Nicht zuletzt in seinem Entscheid 101 IV 313 hat das BG diese an sich schon weitgreifende Bestimmung noch extensiv ausgelegt[15]. Danach ahndet Art. 273 StGB ein Delikt gegen den Staat, wie das schon seine Stellung im 13. Titel des Strafgesetzbuches zeigt. Der Staat bekundet ein Interesse am Schutz der unter seiner Gebietshoheit stehenden Personen gegen Auskundschaftung und Verrat von wirtschaftlichen Belangen. Wer einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis preisgibt, beeinträchtigt, im Sinne dieser Praxis, schon dadurch die Interessen der nationalen Volkswirtschaft, denn jeder schweizerische Geschäftsbetrieb bildet einen Teil der gesamten schweizerischen Wirtschaft. Diese Bestimmung setzt, so gesehen, demgemäß nicht eine unmittelbare Verletzung oder Gefährdung der staatlichen Interessen voraus, denn in jedem wirtschaftlichen Nachrichtendienst zum Nachteil eines in der Schweiz ansässigen Unternehmens zugunsten des Auslands liegt notwendigerweise eine mittelbare Verletzung oder Gefährdung der staatlichen Interessen[16].

U. a. STRATENWERTH rügt die Ausweitung dieses Tatbestandes, indem nach ständiger Rechtsprechung des BG der Ausdruck Geschäftsgeheimnis «alle Tatsachen umfaßt, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht», das übrigens nicht beim betroffenen Geschäftsinhaber zu liegen braucht, sondern auch bei irgendeiner anderen Person, die sich auf schweizerischem Gebiet aufhält[17]. Der Basler Rechtslehrer gibt auch zu bedenken, daß nach geltender Praxis zur Erfüllung von Art. 273 StGB ein privates Interesse gar nicht verletzt sein müsse und daß in jedem wirtschaftlichen Nachrichtendienst notwendigerweise eine mittelbare Verletzung oder Gefährdung der staatlichen Interessen erblickt werde, an welcher Auslegung auch SCHULTZ Anstoß nimmt[18]. Auch die Tathandlungen des «Auskundschaftens» und «Zugänglichmachens» – die begriff-

[15] In diesem Sinne auch STRATENWERTH, Schweiz. Strafrecht, Besonderer Teil II, 1974, S. 548, ferner SCHULTZ, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1975, ZBJV Band 112 (1976), S. 428.

[16] BGE 98 IV 210ff., 101 IV 313ff.

[17] STRATENWERTH, a. a. O., S. 548.

[18] Vgl. SCHULTZ, a. a. O. (Anm. 15).

lich wohl besser als «Offenbaren», «Auskundschaften» und «Verwerten» erfaßt worden wären – werden nicht als eigentliche Auslegungsschranken gewertet. Die Revision von Art. 273 StGB ist daher wiederholt gefordert worden [19].

Vielleicht als Reaktion auf die überwiegend ablehnenden Meinungen zu Art. 273 StGB in der gegenwärtigen Fassung hat das BG in seinem Entscheid 108 IV 41 ff. die Wirkung bzw. die Interpretation dieser Vorschrift wie folgt einzuengen versucht. Einmal wird die Platz greifende Verjährungsfrist davon abhängig gemacht, ob konkret ein schwerer Fall oder nicht angenommen, also auf Zuchthaus oder Gefängnis erkannt wird. Sodann erachtet das BG einschränkend einen «schweren Fall» des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes dann als gegeben,

- wenn der Verrat wirtschaftlicher Geheimnisse wegen ihrer großen Bedeutung bzw.
- wegen ihres erheblichen industriellen Werts
- die nationale Sicherheit im wirtschaftlichen Bereich in bedeutendem Ausmaß mitgefährdet.

Diese Auslegung läßt zumindest folgende Schlüsse zu:

- Es liegt einmal mehr eine Bekräftigung dafür vor, jedenfalls bezüglich der sogenannten «schweren Fälle», daß der wirtschaftliche Nachrichtendienst ein abstraktes Gefährdungsdelikt und eine Staatsschutzbestimmung darstellt und daher gesetzessystematisch zu Recht im 13. Titel des Strafgesetzbuches geregelt ist.
- Es wird festgestellt, daß neben der erheblichen Gefährdung staatlicher, auch private Interessen betroffen sein müssen, damit auf einen schweren Fall erkannt werde.
- Argumentum e contrario ergibt, daß die Tangierung lediglich privater Interessen zur Annahme eines schweren Falles, also einer mit Zuchthaus als Höchststrafe bedrohten Straftat, *nicht* ausreicht.

Damit fehlt letztlich ein angemessener strafrechtlicher Schutz auf dem von unheilvoller Entwicklung schwer bedrohten Gebiet des Verrats wirtschaftlicher Geheimnisse in all jenen Fällen, die zwar ins Gewicht fallende private Vermögensinteressen berühren, für deren Verletzung der klassische Verbrecher, etwa der Betrüger, der Urkundenfälscher oder Dieb, u. U. mit Zucht-

[19] SCHULTZ in ZBJV, a.a.O., S. 428; STRATENWERTH, a.a.O., S. 547–551; HUG, Der wirtschaftliche Nachrichtendienst im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1961, S. 129–131; RIGGENBACH, Wirtschaftlicher Nachrichtendienst, Diss. Basel 1966, S. 60, 84, 88 und 100.

haus büßt, der Wirtschaftsspion jedoch mit einer Gefängnisstrafe oder wegen der relativ kurzen Verjährungsfrist von fünf Jahren gar ohne Strafe davonkommt.

Dem zunehmend aktuellen[20], rein vermögens- bzw. wirtschaftsdeliktischen Aspekt des verbotenen Informationstransfers trägt die erwähnte Interpretation des Bundesgerichts kaum Rechnung, es sei denn, man hält an der in nicht wenigen Fällen wohl praxisfremden Hypothese der Identifikation auch geringfügiger privater Vermögensschäden mit der Beeinträchtigung der gesamten schweizerischen Volkswirtschaft fest.

Es bleibt allerdings das von uns aus Zeitgründen hier lediglich angeschnittene Problem der von der Doktrin vorgebrachten rechtsstaatlichen Bedenken bestehen, zu dem der Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes nach Art. 273 StGB Anlaß gab.

Prof. Dr. U. ZIMMERLI dankt den beiden Herren Staatsanwälten und eröffnet die Diskussion.

3. Allgemeine Diskussion

Prof. Dr. HANS GIGER, Universität Zürich:
Herr SCHMID hat mich durch eine folgenschwere Bemerkung aus der Ruhe eines bloßen Zaungastes gerissen. Ist es – so fragt er, die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Erfassung des Kreditkartenmißbrauchs anzweifelnd – Aufgabe des Staates, strafend einzugreifen, wo «Unternehmenszweige Gefahr laufen, durch selbstgeschaffene neue Geschäfts- oder Abwicklungsformen und erst damit eigentlich möglich gewordene Mißbräuche geschädigt zu werden»? (ZSR 119 II 1985, S. 232). Folgenschwer erscheint eine solche Feststellung, weil sie eine grundsätzliche Aussage enthält, der eine gewisse Eigendynamik zukommt: Wer auch immer eine Gefahr schafft und dadurch eine Schädigung ermöglicht, hat sich also selbst um Abwehr zu kümmern; der Staat verweigert jede Hilfe. Das folgt zwangsläufig aus der Verallgemeinerung jener Feststellung. Konsequenterweise bliebe danach die Vergewaltigung einer Autostopperin

[20] Durch systematisch betriebene, erfolgreiche Spionageaktivitäten der UdSSR im Westen sind 1980 der Wirtschaft der Sowjetunion 407 Mio. Rubel erspart geblieben, zit. in «Zunehmende Dunkelziffer bei Wirtschaftsspionage» anläßlich der Tagung des Bayrischen Verbandes für Sicherheit in der Wirtschaft (BVSW) vom 18. 4. 1985.

ohne strafrechtliche Folgen. Aus solchem Beispiel erhellt, daß hier ein falscher Weg eingeschlagen wird. Weshalb ist das so? Es fällt auf, daß der objektive einem subjektiven Maßstab Platz macht, wenn entsprechende Vorverständnisse über «gut und böse», «recht und unrecht», «schutzwürdig und schutzlos» sich zu einer bestimmten Ideologie formen. Unsere Zeit wird mehr und mehr vom Trend eines integralen Schutzes des Schwachen vor dem Starken geprägt. Unter diesem beherrschenden Einfluß neigt man dazu, das mißbräuchliche und schädigende Verhalten des Schwachen gegenüber dem Starken in einem milderen Lichte zu sehen, ihm sogar mit einem gewissen Verständnis zu begegnen. Das geschieht meines Erachtens besonders ausgeprägt im Zusammenhang mit der Beurteilung von *Strafwürdigkeit und Normzuständigkeit beim Kreditkartenmißbrauch.*

Die Idealvorstellung von der Berechenbarkeit des anzuwendenden Rechts bewirkt, daß sich ein Jurist im allgemeinen nicht wohl fühlt, wenn er in einen eher spekulativen Bereich von Recht und Rechtsprechung gerät. Das ist besonders ausgeprägt der Fall, wenn die Unsicherheit auf ein Gebiet übergreift, das im Wirtschaftsleben breiten Raum beansprucht, beinahe sämtliche Bevölkerungsschichten erfaßt und anerkanntermaßen volkswirtschaftlich eine beachtliche Stellung einnimmt: das Kreditkartengeschäft. Unsere Rechtsordnung sorgt bekanntlich überall für ein reibungsloses Funktionieren des rechtsgeschäftlichen Alltags, und zwar durch zivil- wie strafrechtliche Normen. Letztere greifen ein, wenn zivilrechtliches Unrecht qualitativ und quantitativ die Strafbarkeitsgrenze überschreitet. Maßstab bildet dabei ein normatives Unwerturteil, das sich im Idealfall auf möglichst objektive Leitideen abstützt und über das Gesetzgebungsverfahren in unser Strafrecht Eingang findet. Wo liegt nun aber die Grenze zwischen Vertragsunrecht und Strafwürdigkeit? Zugegebenermaßen betreten wir hier das weite Feld des Ermessens. Immerhin bietet der Normenkatalog des Strafgesetzes genügend Anhaltspunkte für eine gerechtigkeitskonforme Abstufung des strafrechtlichen Unrechtsgehalts einer Handlung. Der Voraussetzungskatalog einiger spezieller Vorschriften, darunter des Betrugstatbestands, enthält ebenfalls brauchbare Hinweise: Irreführung, Irrtumsausnützung, Täuschung, Vermögensdisposition, Bereicherungsabsicht sind einige Stichworte. Ihnen begegnen wir auch bei Kriminalität im Umgang mit Kreditkarten. Die Phänomenologie der Begehungsformen ist bunt. Vertragsexterne (Gebrauch gestohlener,

gefälschter oder gefundener Karten) und vertragsinterne Aktivitäten (Mißbrauch der eigenen Karte im Fall von ursprünglicher oder später eingetretener Zahlungsunfähigkeit) sind auseinanderzuhalten. Die Schweiz steht, was den vertragsfremden Kartenmißbrauch betrifft, weltweit an der Spitze. Eurocard Schweiz z. B. erhält täglich rund 20 Meldungen über verlorene oder gestohlene Karten. Der Durchschnittsverlust pro Karte betrug 1984 rund 7800, für amerikanische Karten gegen 30000 Franken. Kreditkartenbetrug feiert Hochkonjunktur: Er hat in den USA von 1981 bis 1983 um 300, innerhalb von 10 Jahren um 765 Prozent zugenommen. Gesamthaft übersteigt der jährliche Schadenbetrag die Milliardengrenze bei weitem. Kürzlich hat die amerikanische Polizei ein konzernartiges Syndikat von Kartenbetrügern aufgedeckt, und New York darf für sich in Anspruch nehmen, die erste professionelle Schule für Kartenbetrüger zu beherbergen, welche gegen Bezahlung von rund 100 Dollar in die Geheimnisse des erfolgreichen Kartenfälschens einführt. Ein Besuch scheint sich zu lohnen: Gefälschte Karten werden auf der Straße zu einem Preis von 200 bis 250 Dollar verkauft. Der einfache Kartenmißbrauch vollzieht sich demgegenüber im vertragsinternen Handlungsraum, d. h. durch den Karteninhaber selbst. Der Täter mißbraucht die ihm vertraglich eingeräumte Kompetenz fahrlässig oder absichtlich. Er verschweigt etwa seine Zahlungsunfähigkeit. Statistische Angaben über solche Entartungserscheinungen fehlen zur Zeit. Sie dürften indessen die schädigenden Auswirkungen durch vertragsfremde Dritte erheblich übersteigen.

Im Jahre 1972 hatte der Deutsche Bundesgerichtshof (BGH St 24, 386) den erwähnten einfachen Kartenmißbrauch als Betrug gewertet. Damit wurde ein bis heute noch nicht beendeter Meinungsstreit über seine strafrechtliche Erfassung entfesselt. Die Strafrechtstheoretiker und -praktiker – unter ihnen auch Herr SCHMID – neigen offensichtlich mehrheitlich dazu, die Strafbarkeit des einfachen Kreditkartenmißbrauchs unter Hinweis auf die angeblich fehlende Tatbestandsmäßigkeit zu verneinen. Ihnen hat sich kürzlich das Schweizerische Bundesgericht (BGE 110 IV 20ff.) angeschlossen, wobei einschränkend allerdings festgehalten werden muß, daß im zu beurteilenden Fall die Schädigungsabsicht wegen nachgewiesener Zahlungsbereitschaft fehlte. Wer den rauhen Wind kennt, der bei jeder Form von Wirtschaftskriminalität durch die Amtsräume und Gerichtssäle der Staatsanwälte und Richter jeder Instanz weht, steht etwas fassungslos vor der largen Haltung gegenüber

dem Kreditkartenbetrüger. Berücksichtigt man ferner die überdurchschnittliche Dunkelziffer sowie die Strafverfolgungsschwierigkeiten (USA: auf 27000 Betrugsfälle *eine* Verurteilung), kann man hemmungslos von einer *«Kriminalität ohne Risiko»* sprechen. Das bedeutet einen schweren Vorwurf gegen unsere Gesellschaft, zumal der Betrugstatbestand von Art. 148 StGB bei objektiver und rechtsgleicher Anwendung durchaus erfüllt ist. Was rechtfertigt eine derartige, auf den ersten Blick kühne Behauptung? Sie leitet sich aus der Tatsache ab, daß hier eine strafrechtliche Subsumtion nur auf der Grundlage einer sorgfältigen Prüfung der zivilrechtlichen Natur des inkriminierten rechtsgeschäftlichen Verhaltens erfolgen kann. Das Kreditkartengeschäft besteht aus einem Netz von Abreden, die durch funktionelle Elemente (Vertrag zulasten und zugunsten eines Dritten, Schuldübernahme sowie Zession) zu einer *wirtschaftlichen und rechtlichen Einheit* zusammengeschweißt sind. Alle betrugsrelevanten Voraussetzungen des Strafrechts unterliegen daher einem «Durchgriffsprinzip». Mit der Irrtumserregung beim Vertragsunternehmen wird nämlich *das Ganze* und nicht nur die Teilabrede getroffen. Hinzu kommt, daß letztlich das Vertragsunternehmen den effektiven Schaden zu tragen hat (z. B. American Express-AGB Art. 2 Abs. 5, Art. 3 Abs. 2 und vorab Art. 7 Abs. 2). Somit kann ihm die Irreführung auch nicht gleichgültig sein. Das Bundesgericht ging aber bei der Verneinung des Betrugs zum Nachteil des Vertragsunternehmens von der irrigen Annahme aus, dieses erleide durch die Insolvenz des Karteninhabers keinen Schaden. Zudem spielt die Kreditwürdigkeit eine das übliche Maß überschreitende Rolle, weil die zwischen Karteneinsatz, Saldierung und Bezahlung liegende Zeitspanne eine Solvenzproblematik besonderer Art hervorruft. Eine Kontrolle ist kaum möglich. Das liegt am System, vorab an der zeitlichen Diskrepanz zwischen Vertragsabschluß und Rechnungsstellung. Sie schafft eine zeitliche Zone, innerhalb welcher das Vertrauen den einzigen Garanten bildet. Die Ausnützung dieser durch das System geschaffenen Benachteiligung hat als *Arglist* des Karteninhabers zu gelten (vgl. BGE 72 IV 13, 72 IV 65, 99 IV 85). In BGE 99 IV 75 begründete unsere höchste Instanz die Arglist gerade damit, daß der Postkunde über die «Lücke im Sicherheitssystem» orientiert war (vgl. auch M. Buser, Mißbräuchliche Verwendung einer Kreditkarte, in: Recht 1985, S. 95 ff.). Die letzten Bemerkungen führen gleichzeitig wieder zurück zum Problem der Strafwürdigkeit. Angesichts der – allerdings zu Unrecht bestehenden – Unsicherheit

über eine strafrechtliche Erfassung des Kreditkartenmißbrauchs durch Art. 149 StGB wurde mit einiger Berechtigung ein Vorentwurf zu einer *neuen Strafbestimmung* vorgeschlagen (14. 3. 1983):

«Wer eine Check- oder Kreditkarte oder ein gleichartiges Zahlungsmittel verwendet und dadurch den Aussteller zu einer Zahlung verpflichtet, obschon er zahlungsunfähig ist, wird mit Gefängnis bis zu 5 Jahren bestraft» (VE Art. 148 StGB).

Wer sich gegen eine Pönalisierung des Kreditkartenmißbrauchs wehrt, soll bedenken, daß dadurch geschaffene Verluste nach kaufmännischen Prinzipien die künftige Preisgestaltung beeinflussen und am Ende der Konsument unfreiwillig eine versicherungsähnliche Deckung übernimmt. Schädigendes Verhalten von Karteninhabern tangiert deshalb *öffentliche Interessen*. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Frage nach dem *schützenswerten Rechtsgut* vordringlich. Des Schutzes bedarf das reibungslose Funktionieren eines hochtechnisierten, mehrere Parteien erfassenden wechselseitigen Abrechnungssystems; führt doch eine allfällige Panne zur Schädigung einer Vielfalt von Personen. Schutzobjekt ist somit nicht nur das Vermögen des unmittelbar geschädigten Vertragsunternehmens, sondern letztlich vielmehr des *Kreditkartensystems* selbst. Aus solcher Sicht drängt sich – falls der Schutz durch die bestehende Ordnung weiterhin verweigert werden sollte – ein gesetzgeberisches Machtwort auf.

*

* *

Der Verhandlungsleiter dankt den Teilnehmern und schließt die Sitzung vom Samstag um 12.00 Uhr.

Sitzung vom Sonntag, den 8. September 1985
im Zentrum für Lehre und Forschung, Basel

Präsident:
Dr. P. MENGIARDI, Basel

Der Präsident eröffnet um 9.00 Uhr die Sitzung.

Zur Behandlung gelangen die restlichen Verwaltungsgeschäfte gemäß Traktandenliste.

V.

Verwaltungsgeschäfte 2. Teil
1. Abnahme der Jahresrechnung 1984/85

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

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1985

Aktiven		Fr.
Kassa		3995.10
Postcheck		4213.39
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent Ord.		49957.20
Waadtländer Kantonalbank, «Nationalfonds»		395.30
Waadtländer Kantonalbank, Depositenkonto		50434.80
Wertschriften		174446.10
Verrechnungssteuer		5329.88
		288771.77

Passiven		
Rückstellung für Publikationen		180000.–
Kapital per 1.7.1984	102818.92	
+ Einnahmenüberschuß pro 1984/85	5952.85	108771.77
		288771.77

Erfolgsrechnung 1984/85

Einnahmen	
Mitgliederbeiträge	149460.–
Beitrag Schweiz. Nationalfonds	25000.–
Verkauf von Publikationen	6471.–
Wertschriftenertrag	9685.85
Bankzinsen	760.28
	191377.13

Ausgaben	
Druckkosten Referate und Protokolle	96880.70
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht	25371.60
Schweiz. Juristentag	22786.–
Vergütung an Referenten	6000.–
Spesen des Vorstandes	1467.–
Zirkulare und Drucksachen	9002.50
Archivar	7000.–
Post- und Bürospesen	3885.05
Beiträge	2000.–
Bankspesen	338.13
Steuern	693.30
Gründungsbeitrag Schweiz. Juristische Datenbank	10000.–
	185424.28
Einnahmenüberschuß	5952.85

II. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1985

Aktiven		Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent		954.–
Verrechnungssteuer		1 146.99
Wertschriften		54 983.30
		57 084.29
Passiven		
Kapital per 1. 7. 1984	60 266.43	
./. Ausgabenüberschuß 1984/85	3 182.14	57 084.29

Erfolgsrechnung 1984/85

Einnahmen	
Wertschriftenertrag	2 967.50
Bankzinsen	4.31
	2 971.81
Ausgaben	
Wissenschaftliche Preise	6 000.–
Bankspesen	153.95
	6 153.95
Ausgabenüberschuß	3 182.14

Dr. P. MENGIARDI:

Die beiden Herren Revisoren, lic. iur. JEAN-MARC JOERIN und Dr. FRANÇOIS MAGNIN, haben ihren Bericht schriftlich vorgelegt und wünschen nicht, das Wort zu ergreifen, wenn nicht Fragen gestellt werden. Da der Bericht keinerlei Vorbehalte enthält, empfehle ich die Abnahme der Jahresrechnung.

Die Versammlung genehmigt die Jahresrechnung und erteilt Décharge.

2. Beschlußfassung über den Voranschlag 1985/86 und Festsetzung des Jahresbeitrages

Der Kassier, Prof. HAUSHEER, legt das Budget 1985/86 vor.

III. Budget 1985/86

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	150000.–
Beitrag SGG	25000.–
Verkauf von Publikationen	p.m.
Wertschriftenertrag	9900.–
Bankzinsen	100.–
	185000.–

Ausgaben	
Druckkosten Referate und Protokolle	96000.–
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht	25600.–
Schweizerischer Juristentag	26000.–
Vergütung an Referenten	6000.–
Spesen des Vorstandes	1500.–
Zirkulare und Drucksachen	9000.–
Archivar und Buchhaltung	9000.–
Post- und Bürospesen	3700.–
Beiträge	4500.–
Bankspesen	500.–
Steuern	700.–
	182500.–
Einnahmenüberschuß	2500.–

Im Namen des Vereinsvorstands beantragt der Kassier, den Mitgliederbeitrag auf Fr. 40.– zu belassen.

Dr. CARL EDER:

Im Budget sehe ich den Betrag der Schweizerischen Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft, d.h. einen Bundesbeitrag von Fr. 25000.–. In allen unseren Publikationen der letzten 25 Jahre und mehr können Sie die Notiz lesen, diese Schrift erscheint mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds. Wir leisten eine Milizarbeit zum Nutzen der Öffentlichkeit. Diese wissenschaftliche Arbeit findet hier unsere Anerkennung. Die Fr. 25000.– sind kein Rappen pro Steuerzahler. Man könnte sich also auf den Standpunkt stellen, dieser Beitrag sei zu erhöhen. Ich hingegen möchte Ihnen beantragen, auf diese Beiträge zu verzichten. Es gehört sich nicht, daß wir uns attestieren lassen, daß wir für die Öffentlichkeit etwas Kluges tun. Das wissen wir auch sonst. Wenn uns unsere Publikation nicht soviel wert ist, dann ist sie wohl überhaupt nichts wert. Daher beantrage ich Verzicht auf die Fr. 25000.– und Erhöhung des Jahresbeitrages um 10% auf Fr. 45.–. Es ist doch keiner hier, der die Courage hätte, für sich um eine Subvention zu ersuchen. Aber weil wir ein großer Verein sind mit fast 4000 Mitgliedern wagen wir Fr. 25000.– zu erbitten! Ich halte dies in der heutigen Zeit nicht mehr für gerechtfertigt. In diesem Sinne stelle ich Antrag.

Prof. Dr. HAUSHEER:

Wir haben tatsächlich immer Fr. 25000.– vom Nationalfonds bekommen. Mit der Neuregelung der Forschungsförderung durch das neue Bundesgesetz hat es insofern eine Änderung gegeben, als die Geisteswissenschaftliche Gesellschaft das übernommen hat, was der Schweizerische Nationalfonds einst zahlte. Denken Sie auch daran, daß der Schweizerische Juristenverein mit seinen Mitgliederbeiträgen die Geisteswissenschaftliche Gesellschaft unterstützt. Wir erhalten etwas mehr zurück, als was wir einzahlen.

Dr. P. MENGIARDI:

Ich weise darauf hin, daß wir von uns aus den Beitrag des Schweizerischen Nationalfonds von seinerzeit Fr. 50000.– auf Fr. 25000.– haben herabsetzen lassen.

Der Antrag betreffend Verzicht auf den Beitrag der Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft wird mit großem Mehr abgelehnt.

Der Voranschlag wird durch die Versammlung genehmigt.

3. Bericht des Präsidenten des «Rechtsquellenfonds des Schweizerischen Juristenvereins»

Prof. Dr. HANS HEROLD:

Als allgemeine Bemerkung sei vorausgeschickt, daß der Schweizerische Nationalfonds entgegen seiner früheren Übung lediglich für ein Jahr, d.h. für 1. Okt. 1984 bis 30. Sept. 1985, einen Beitrag von rund 300000 Franken zugesprochen, seinen Entscheid für die beiden weiteren Jahre aber noch vorbehalten hat.

Im einzelnen ist zu berichten:

Graubünden: Die Herausgabe der Rechtsquellen des Engadins und des Münstertals konnte mit dem von Dr. A. SCHORTA erarbeiteten Registerband, der im Frühling 1985 erschienen ist, abgeschlossen werden. Dieser Registerband bezieht sich auch auf die schon früher in einer separaten Serie von Prof. Dr. P. LIVER herausgegebenen romanischen Dorfordnungen.

Der Druck des von Frau Dr. ELISABETH MEYER-MARTHALER bearbeiteten Bandes Langwies hat sich indessen leider verzögert, so daß das Buch noch nicht fertig gedruckt ist. Die Bearbeiterin hat sich zwar an den Herausgabeplan gehalten, nicht aber die Druckerei in Chur.

Bern: Der Band Oberhasli konnte noch 1984 wie geplant erscheinen. Der Bearbeiter, Dr. J. BRÜLISAUER, war von der E. F. Welti-Stiftung besoldet worden.

Die Arbeiten von Herrn Dr. PAUL BLOESCH für den Band Biel und Ergueul sowie von Frau Dr. ANNEMARIE HÄUSLER-DUBLER für das Emmental entsprechen den Erwartungen.

Luzern: Der von Dr. M. SALZMANN bearbeitete Band Weggis ist im Satz. Der Stiftungsrat befaßt sich mit der Finanzierung.

Glarus: Im Berichtsjahr ist auch der 4. Band der Glarner Rechtsquellen gedruckt worden. Der Registerband liegt im abgeschlossenen Manuskript vor, so daß der Kanton Glarus über die von ihm als Jubiläumsgabe 1987 bestellten Bände rechtzeitig wird verfügen können.

Solothurn: Das Manuskript des von Rechtsanwalt Dr. CHARLES STUDER erstellten Bandes bedarf noch einiger Verdeutlichungen, um spätere Autorkorrekturen beim Druck zu vermeiden oder wenigstens stark einzudämmen.

Schaffhausen: Da das Manuskript und das Register des Rechtsquellenbandes Schaffhausen erstellt sind, hofft der Stiftungsrat, den Band bald vorlegen zu können. Das Schwerge-

wicht der Finanzierung des Drucks liegt, wie bei den meisten Bänden, im Kanton selbst.

St. Gallen: Für den im Satz befindlichen Band Wil muß noch das Register erstellt werden. Im weiteren ist die Bearbeiterin, Dr. M. BLESS, mit der Materialsuche für einen Rechtsquellenband des Fürstenlandes beschäftigt.

Die Rapperswiler Rechtsquellen werden als Nachlaß von Prof. Dr. F. ELSENER von Dr. A. STADLER weiter bearbeitet. Das Tempo hängt von der Freistellung des hauptamtlich in der Kantonsbibliothek St. Gallen tätigen Bearbeiters ab. Priorität wurde in letzter Zeit anderen Aufgaben wie z. B. einer Sonderausstellung eingeräumt.

Appenzell-Innerrhoden: Die Streichung des Bearbeiter-Salärs durch den Nationalfonds hat der Kantonsregierung und auch dem Stiftungsrat einige Sorgen gemacht. Beide hoffen, daß in der nächsten Beitragsperiode das Werk durch einen Zuschuß des Nationalfonds beendigt werden kann.

Waadt: Die Bearbeitung der Waadtländer Rechtsquellen unter bernischer Besetzung kann eine etwas raschere Gangart annehmen, nachdem sich Frau Dr. MATZINGER-PFISTER bereit erklärte, dafür ein größeres Stundenpensum aufzuwenden. Die für die Waadt maßgeblichen bernischen Rechtsquellen werden publikationsreif gemacht.

Die Bearbeiterin der Rechtsquellen des Bistums Lausanne, Frau Dr. DANIELLE CABANIS-ANEX, hat dem Referenten in Aussicht gestellt, in den nächsten Monaten das Manuskript zu unterbreiten.

Tessin: Frau Dr. MANGO wird das Manuskript für den ersten Band der Tessiner Notariatsimbreviaturen nächstens abgeschlossen haben. Sie wird nun von der F. E. Welti-Stiftung besoldet.

Zürich: Der bisherige Projektleiter des Regestenwerks aus dem Generallandesarchiv Karlsruhe, Dr. MARTIN SALZMANN, hat sich in den letzten Monaten zunehmend den Zürcher Rechtsquellen gewidmet, vorab denjenigen, die aus den Klettgauer Beständen des Generallandesarchivs stammen. Parallel dazu laufen die Vorbereitungen, um zusammen mit dem Staatsarchiv Zürich das hiesige Quellenmaterial zu erschließen.

Da die Arbeiten am Regestenwerk aus Karlsruhe redimensioniert worden sind und ein Ende abzusehen ist, kann Dr. MARTIN SALZMANN zunehmend mehr Zeit für die Bearbeitung der Zürcher Rechtsquellen aufwenden.

Erforschung schweizergeschichtlicher Quellen im Generallan-

desarchiv Karlsruhe: 1984 konnte der 3. Band des Repertoriums schweizergeschichtlicher Quellen aus dem GLA Karlsruhe veröffentlicht werden. Er enthält Akten und Nachträge der Abt. I: Konstanz–Reichenau. Ein Registerband zu den drei Bänden dieser Abteilung steht in Bearbeitung. Das Manuskript für einen Band der Abt. II: Säckingen (Urkunden, Bücher und Akten) ist abgeschlossen und befindet sich im Satz. Die künftige Forschung im GLA Karlsruhe wird sich Archivalien aus dem Hegau und Klettgau zuwenden.

Dr. P. MENGIARDI dankt Prof. HEROLD für seinen Bericht und schließt in seinen Dank insbesondere auch den Schweizerischen Nationalfonds sowie die öffentlichen und privaten Personen ein, welche diese Quellenforschung unterstützen.

4. Wahlen

Vorstand:

Dr. P. MENGIARDI:

Drei Mitglieder treten aus dem Vorstand zurück, nämlich Herr Bundesrichter JEAN-FRANÇOIS EGLI, Herr Professor JÖRG-PAUL MÜLLER und der Sprechende. Bei dieser Gelegenheit möchte ich meinen beiden Kollegen, den Herren EGLI und JÖRG-PAUL MÜLLER, meinen herzlichen Dank abstatten. Sie haben mir viel geholfen, Herr EGLI in den drei Jahren als Betreuer der Finanzen, und Herr Prof. MÜLLER sechs Jahre lang als Vorsteher der Kommission für die wissenschaftliche Forschung. Drei neue Mitglieder sind demnach zu wählen. Der Vorstand schlägt Ihnen vor:

- Maître PIERRE ENGEL, Professor in Genf, 1983 Berichterstatter zum Thema Vertragsrecht/100 Jahre Obligationenrecht
- Prof. PAUL-HENRI STEINAUER aus Fribourg, 1981 Berichterstatter zum Thema Privateigentum heute
- Prof. LUZIUS WILDHABER, Basel, Berichterstatter 1979 zum Thema: Erfahrungen mit der Menschenrechtskonvention.

Es gehen keine weiteren Gegenvorschläge ein. Die drei neuen Mitglieder werden zusammen mit den Verbleibenden gesamthaft auf eine neue Amtszeit gewählt.

Präsident:

Dr. P. MENGIARDI:

Der Vorstand schlägt Ihnen vor, den Vizepräsidenten, Herrn Prof. Dr. ULRICH ZIMMERLI als Präsident zu wählen. Herr Prof. ZIMMERLI ist Fürsprecher und Dr. iur., seit 1. 1. 1974 Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Honorarprofessor für Verwaltungsrecht an der Universität Bern und Ersatzrichter am Schweizerischen Bundesgericht. Er vertritt also zwei Berufsgattungen, nämlich die Richter und die Professoren der Rechte. Er ist außerdem Berner mit Aargauer Bürgerbrief. Herr Dr. ZIMMERLI hat mir sehr tatkräftig bei der Vorbereitung des Juristentages geholfen. Er hat sich ausgezeichnet durch Initiative, Tatkraft und vor allem auch durch Kollegialität. Er verdient unser Vertrauen.

Andere Vorschläge werden nicht gemacht.

Prof. Dr. ULRICH ZIMMERLI wird mit Akklamation zum Präsidenten gewählt.

Prof. Dr. U. ZIMMERLI:

Meine sehr verehrten Damen und Herren, Sie haben einen neuen Vorstand gewählt. Im Namen der Gewählten möchte ich Ihnen dafür herzlich danken. Wir werden uns nach Kräften bemühen, daß der Schweizerische Juristenverein die Vielfalt und die Tradition bewahre, die ihn auszeichnet. Wir werden uns für den Verein einsetzen. Ganz besonders danken möchte ich Ihnen dafür, daß Sie mich an die Spitze des Vereins gewählt haben. Sie erweisen damit den Berner Juristen eine ganz besondere Ehre, die außerordentlich verpflichtet. Sie haben mit meiner Wahl dem Stand der kantonalen Richter Ihre Sympathie bekundet; die kantonalen Richter kommen im Schweizerischen Juristenverein verhältnismäßig selten zu präsidialen Ehren.

Mesdames et Messieurs, Représentant d'un canton bilingue je veux remercier les juristes de la Suisse romande de leur confiance. Soyez certains que je serai toujours à disposition de tout juriste Suisse peu importe sa provenance.

Meine sehr verehrten Damen und Herren, es ist weit mehr denn ein Akt der Höflichkeit, wenn ich an dieser Stelle unserem scheidenden Präsidenten den allerbesten Dank abstatte. Herr

Dr. PEIDER MENGIARDI war langjähriges Vorstandsmitglied, bevor er an die Spitze des Vereins getreten ist. Er hat den Verein mit Auszeichnung geleitet. Er hat geführt und verwaltet. Aber weit mehr als das, sein Wirken war ausgesprochen innovativ. Zusammen mit dem Verantwortlichen des Schweizerischen Anwaltsverbandes hat er das Hauptverdienst daran, daß wir ein Konzept haben für die Schweizerische Juristische Datenbank. Wir wollen uns seine Mahnung von gestern zu Herzen nehmen und nach Kräften versuchen, die Juristische Datenbank zum Funktionieren zu bringen, um das Werk kompetent weiter zu führen.

Herr Dr. MENGIARDI hat das Verhältnis mit unserem wichtigsten wissenschaftlichen Partner, der Schweizerischen Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft bereinigt. Das ist – soweit an uns – seinem Verhandlungsgeschick und seinem Weitblick zuzuschreiben. Seine diskret bestimmte Eleganz, mit welcher er uns durch die Traktandenliste führte, war im Vorstand allseits geschätzt. Wir dürfen an dieser Stelle auch dankbar darauf hinweisen, daß wir, d. h. der Schweizerische Juristenverein, in vielfältiger Weise profitiert haben von der Infrastruktur des Großbetriebes, dem unser scheidender Präsident vorsteht. Auch hierfür unser aller herzlichster Dank. Es herrscht heute Ordnung und Übersicht im Schweizerischen Juristenverein. Ich kann nur hoffen, daß dies auch unter meinem Präsidium so bleiben wird.

Die Versammlung dankt dem scheidenden Präsidenten durch langanhaltenden Applaus.

Rechnungsrevisoren:

Die Herren JOERIN und MAGNIN stellen sich für eine weitere Amtsperiode zur Verfügung.

Die Versammlung wählt die Herren JOERIN und MAGNIN als Rechnungsrevisoren auf eine Amtszeit von drei Jahren.

Mitglieder des Stiftungsrates und Präsident des «Rechtsquellenfonds des Schweizerischen Juristenvereins»:

Der Vorstand besteht derzeit aus neun Mitgliedern, nämlich:

Prof. Dr. HANS HEROLD, Zürich
Prof. Dr. LOUIS CARLEN, Fribourg

Prof. Dr. PIO CARONI, Bern
Prof. Dr. H. R. HAGEMANN, Basel
Dr. BRUNO MEIER, Frauenfeld
Prof. Dr. JEAN-FRANÇOIS POUDREY, Lausanne
Dr. JEAN-JACQUES SIEGRIST, Meisterschwanden
Prof. Dr. CLAUDIO SOLIVA, Effretikon
Prof. Dr. A. DUFOUR, Chêne-Bougeries
Alle diese Herren stellen sich für eine neue Amtszeit zur Verfügung.

Die Versammlung wählt die Genannten in den Vorstand Rechtsquellenfonds für eine neue Amtsperiode.

Zum Präsidenten des Vorstandes wird Prof. Dr. HANS HEROLD für eine weitere Amtsperiode gewählt.

5. Bezeichnung des Ortes der Generalversammlung 1986

JOST FRIGO, Zug:

Im Namen des Zugerischen Advokatenvereins nehme ich selbstverständlich gerne Ihren Auftrag an, den nächsten Juristentag in Zug durchzuführen. Diese Wahl wird uns sowohl Ehre als auch Verpflichtung sein. Zwar werden wir nach der perfekten Organisation unserer Basler Kollegen es sehr schwer haben, doch hoffen wir dennoch im kleinsten Kanton einen interessanten Juristentag organisieren zu können. In diesem Sinne erwarten wir Sie im nächsten Jahr in Zug.

Die Versammlung stimmt dem Vorschlag, den Schweizerischen Juristentag 1986 am 26.–28. September 1986 in Zug abzuhalten, zu.

6. Allfälliges

Kein Wortbegehren

VI.

Fortsetzung der Behandlung des Tagungsthemas

Prof. Dr. LOUIS DALLÈVES leitet die Verhandlung und erteilt den Referenten das Wort.

1. Kurzreferate

Prof. Dr. DANIELLE YERSIN, Université de Lausanne

De la soustraction d'impôt à la fraude fiscale

Sempé, un célèbre humoriste français, a intitulé deux de ses ouvrages, le premier «Rien n'est simple» et le second «Tout se complique». Ces aphorismes pourraient résumer les relations qu'entretiennent droit pénal et droit fiscal depuis fort longtemps, et tout particulièrement ces dernières années.

Quelques jalons historiques permettront de mieux saisir ces rapports en matière d'impôts directs.

Préalablement, il convient de définir brièvement certains des termes employés ci-après [1]:

- Il y a soustraction d'impôt lorsque le contribuable parvient, par un comportement illégal (c'est-à-dire en donnant des indications incorrectes, en dissimulant des faits, ou en violant ses obligations de procédure), à diminuer (ou à supprimer totalement) le montant d'impôt qui serait normalement dû.

  La doctrine distingue généralement la soustraction simple de la soustraction qualifiée; celle-ci se caractérise par l'astuce de son auteur ou par la production de documents faux, falsifiés ou inexacts dans leur contenu.

[1] E. HÖHN, Steuerrecht, Berne 1981, p. 415 ss; E. BLUMENSTEIN, System des Steuerrechts, Zurich 1971, p. 313 ss; W. RYSER, Dix leçons introductives au droit fiscal, Berne 1980, p. 278 ss; J. MICHEL, Les infractions fiscales et leur répression dans la doctrine et la législation suisses, thèse, Lausanne 1953, p. 59 ss.

[2] Le terme de «fraude» ne se rencontre pas dans les lois d'impôt. Nous l'utilisons ici pour couvrir d'un terme unique toutes les infractions fiscales réprimées pénalement. Cf. la novelle à l'Arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct (AIFD), du 9 juin 1977, «renforçant les mesures contre la fraude fiscale» (LFF), qui utilise le terme de fraude dans son titre. Par ailleurs, la terminologie est floue: le terme allemand «Steuerbetrug» est habituellement traduit par «usage de faux»; cf. art. 130bis de l'AIFD. L'un des éléments constitutifs de l'infraction est la production de documents faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu. «Inventarbetrug» est traduit par «escroquerie à l'inventaire». Toutefois, le terme d'escroquerie est généralement réservé en français à la soustraction commise avec astuce, par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits. Les projets législatifs en matière d'harmonisation fiscale recourent à une terminologie plus classique, puisque le terme de «Steuerbetrug» est traduit par «escroquerie» et celui de «Urkundenfälschung» par «faux dans les titres», FF 1983 III, 1 ss, art. 191 et 192 du projet de loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et art. 63 et 64 du projet de loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID).

En règle générale, soustractions simple et qualifiée sont réprimées dans le cadre d'une procédure administrative.

– Le terme de fraude fiscale relève davantage de la langue courante que du langage juridique. Il s'applique généralement à la soustraction qualifiée, lorsque celle-ci est érigée en infraction pénale, poursuivie par les autorités judiciaires [2].

Soustraction d'impôt et fraude fiscale sont illicites. Elles se distinguent en cela de l'évasion qui, en droit suisse, ne l'est pas. Il y a évasion lorsque le contribuable recourt à une forme juridique inhabituelle, insolite ou artificielle ou procède à une construction juridique qui empêche que soient réunies les conditions d'assujettissement à l'impôt, alors qu'il se trouve dans une situation économique dont le législateur prévoyait l'imposition. L'autorité fiscale est en droit de s'écarter de la forme juridique choisie par le contribuable et de le taxer selon la réalité économique lorsque les conditions posées par le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence, sont remplies [3]. La correction intervient dans la procédure de taxation.

Aucune sanction n'est infligée, car le contribuable qui cherche à éluder l'impôt ne viole aucune obligation de procédure, ne dissimule aucun fait jouant un rôle pour sa taxation, ni ne donne des indications incorrectes.

Dans le cadre de cet exposé, seules la soustraction d'impôt et la fraude fiscale nous occuperont.

1.

Dans les années cinquante déjà, la Confédération réglait la répression des infractions aux impôts fédéraux dans le cadre de lois spéciales. S'agissant de l'impôt pour la défense nationale (actuellement impôt fédéral direct), seule une répression administrative était prévue. La soustraction simple d'impôt, comme la soustraction qualifiée – soit celle commise grâce à la production de documents faux, falsifiés ou inexacts – étaient réprimées, par les autorités fiscales, dans le cadre d'une procédure purement administrative [4].

[3] Cf. notamment Archives de droit fiscal suisse, vol. 51, p. 497, 505 (abrégé: Archives 51, 497, 505) pour la double imposition intercantonale; H. MASSHARDT/F. GENDRE, Commentaire IDN, Lausanne 1980, ad art. 1er, notes 14 ss, pour l'impôt fédéral direct; pour le droit cantonal, Archives 50, 446; Archives 47, 270.

[4] Art. 129 ss de l'Arrêté du Conseil fédéral concernant la perception de l'impôt pour la défense national/AIN, dans sa teneur avant le 1er février 1978. Seules les législations sur les droits de timbre fédéraux, l'impôt anticipé et les droits de douane criminalisaient certaines infractions: J. MICHEL, op. cit., p. 68 ss.

A cette même époque, certains cantons fondés sur l'article 335, alinéa 2, CP, avaient édicté des dispositions réprimant les infractions fiscales. D'autres connaissaient une répression essentiellement administrative des infractions fiscales[5]. D'autres encore avaient déjà érigé en infraction, généralement sanctionnée de l'amende ou de l'emprisonnement, la production de documents faux ou falsifiés à l'occasion d'une soustraction d'impôt; les contribuables étaient alors renvoyés devant la justice pénale ordinaire[6]. Répressions administrative et pénale étaient ainsi cumulées[7].

Très vite, le Tribunal fédéral eut à juger si les dispositions spéciales du droit fiscal fédéral ou cantonal pouvaient, ou non, entrer en concours idéal avec certains articles du Code pénal, notamment avec les articles 148 réprimant l'escroquerie et 251 sanctionnant le faux dans les titres.

Dans un arrêt de 1955 – l'arrêt *Küffer*[8] – portant sur de faux certificats de salaire, notre Haute Cour a jugé qu'«il n'y a... pas place, à côté du système de répression du faux dans le titre dans le domaine fiscal institué par la loi bernoise, pour l'application du droit pénal fédéral commun aux actes qui ne tombent pas sous le coup des dispositions spéciales du droit cantonal». Le droit bernois – comme le droit fédéral en matière d'impôt direct – réprimait sur un plan purement administratif l'usage de faux à l'occasion d'une soustraction. Cette répression excluait donc toute application du droit pénal commun.

En outre, le Tribunal fédéral relevait «que les motifs qui ont poussé le recourant à agir ainsi sont sans effet sur la qualification juridique de son comportement. Les déclarations de salaire établies par *Küffer* n'ont été faites que pour être remises aux autorités fiscales et les faux qu'il a commis se situent strictement dans le domaine des impôts...»

Dans cet arrêt, déjà, se trouvent mentionnées les trois questions déterminant, aux yeux du Tribunal fédéral, les rapports entre droit pénal commun et droit pénal fiscal, questions auxquelles il donnera ultérieurement des réponses variées:

– Y a-t-il concours idéal ou imparfait entre les dispositions

[5] BE, GR, LU, NE, OW, SZ, SO, UR, VD, VS, ZG.

[6] AR, AI, AG, BS, BL, FR, GE, GL, SG, SH, TI, TG, ZH. Cf. J. MICHEL, op. cit., p. 32 ss.

[7] O. BOSSHARDT, die neue zürcherische Einkommens- und Vermögenssteuer, Zurich 1952, p. 221; P. BÖCKLI, Harmonisierung des Steuerstrafrechtes, Archives 51, 97 ss, 99.

[8] RO 81 IV 166, notamment p. 168.

légales du droit pénal commun et du droit fiscal? En l'espèce, le Tribunal fédéral excluait le concours idéal, et admettait, semble-t-il, un rapport de spécificité[9].

– La destination du titre faux joue-t-elle un rôle dans le choix du droit applicable? En l'espèce, le Tribunal fédéral lui accordait une importance prééminente et jugeait que, destiné exclusivement aux autorités fiscales, le faux ressortissait de la seule répression du droit pénal fiscal.

– Enfin, les intentions de l'administré – de frauder le fisc ou de commettre d'autres infractions relevant du droit commun – déterminent-elles le droit applicable? Elles ne jouaient aucun rôle, selon l'opinion exprimée par le TF dans cet arrêt.

Le champ d'application du droit pénal commun était donc relativement large, puisque seuls les faux destinés exclusivement aux autorités fiscales échappaient aux sanctions qu'il instituait. Toutefois, il peut paraître étrange qu'un certificat de salaire soit considéré comme un titre destiné exclusivement aux autorités fiscales. Un tel document est produit aussi dans les procédures de poursuite pour dettes et faillite, de divorce, etc.

Cette jurisprudence était précisée ultérieurement dans l'arrêt *Frank et consorts*, à propos d'un contrat de vente avec «dessous de table» (art. 253 ss CP): seuls les faux visant un but exclusivement fiscal échappaient au droit pénal commun; les faux susceptibles d'avoir d'autres destinations tombaient sous le coup du code pénal. En revanche, le Tribunal fédéral laissait ouverte la question de savoir si, outre l'article 253 CP, le droit pénal fiscal pouvait également être appliqué[10].

[9] RO 81 IV 168; le TF admettait une certaine identité des biens juridiques protégés. Sur la définition du concours idéal et du concours imparfait, cf. notamment J. HUBER, Concours idéal et concours imparfait, JdT 1958 IV 79 ss.

[10] RO 84 IV 163, 166; cf. aussi RO 76 IV 81, 89 ss, notamment 93, sur les faux affidavits. Le TF a estimé que ceux-ci tombent exclusivement sous le coup de la législation spéciale, le droit commun restant applicable aux autres faux qui «apparaissent comme des moyens de preuve pour les ‹fausses indications› données, mais qui ne constituent pas eux-mêmes ces fausses indications, ni ne peuvent leur être assimilés, la loi spéciale devant s'interpréter restrictivement.»

Au sujet des infractions douanières et à l'impôt sur le chiffre d'affaires, le TF précisait que, chaque fois que la disposition de droit fiscal n'exclut pas l'application du droit pénal commun, parce que, par son sens et dans ses termes, elle ne saisit pas l'acte sous tous ses aspects, le droit pénal commun peut s'appliquer, c'est-à-dire, chaque fois qu'on n'est pas en présence d'un concours imparfait (cf. RO 80 IV 37, RO 77 IV 45). Le TF a ainsi admis le concours idéal du faux dans les titres de l'article 251 CP, d'une part, et

2.

Les années soixante ont vu se réaliser une certaine unification du droit pénal fiscal applicable aux impôts fédéraux indirects. Sous l'influence des travaux d'une commission d'experts instituée par le Département fédéral de justice et police [11], les législations concernant ces impôts ont fait l'objet de revisions; ces dernières anticipaient sur la réglementation consacrée ultérieurement par la loi fédérale sur le droit pénal administratif.

N'étant ni poursuivies, ni jugées par les autorités fédérales [12], les infractions aux impôts directs fédéraux – et évidemment cantonaux – n'ont pas suivi un tel mouvement d'unification.

Dans le célèbre arrêt *Grumbach* [13], le TF étendait la portée de

d'infractions douanières avec falsification, d'autre part (confirmé RO 96 IV 150). Il est vrai que cette jurisprudence s'appliquait à l'ancien art. 85, al. 2, de la loi fédérale sur les douanes, avant sa modification par la loi fédérale sur le droit pénal administratif/DPA.

A propos d'infractions à la LAMA, le TF a considéré également que l'art. 66 LAMA et les art. 148 et 251 CP entraient en concours idéal. Les premières dispositions avaient pour but de garantir le fonctionnement de l'assurance obligatoire et de protéger ses intérêts; les secondes visaient à défendre le patrimoine en soi, indépendamment des rapports juridiques particuliers existant entre l'auteur et la CNA et le fonctionnement de cette assurance. Leurs buts étaient donc essentiellement différents (RO 82 IV 138, confirmé RO 86 IV 92).

A propos d'une modification de la loi fédérale du 7 juillet 1932 sur le ravitaillement du pays en blé, le TF a déduit des travaux préparatoires de la loi qu'il y avait concours imparfait entre les dispositions fédérales de cette loi et les art. 148 et 251 CO (RO 83 IV 121, 127). Le TF n'a pas admis non plus de concours idéal entre les dispositions pénales régissant une infraction d'économie de guerre et les art. 148 et 151 CP; seule la législation spéciale s'appliquait; selon lui, il était indifférent que les biens juridiques protégés par ces deux législations ne soient pas les mêmes; au demeurant, précisait le TF, si la différence du bien juridique était admise comme critère, il y aurait presque toujours concours idéal; les escroqueries et faux à l'égard de l'Etat seraient punis plus sévèrement que ceux commis à l'égard de particuliers, ce qui serait choquant (RO 85 IV 174, 177 ss).

[11] Cf. FF 1963 II 969, pour l'impôt anticipé; FF 1972 II 1308 pour les droits de timbre.

[12] Condition d'application de la loi fédérale sur le droit pénal administratif selon son art. 1er. Toutefois, les articles 133bis, al. 2, et 139 AIFD réservent l'application de certaines dispositions de procédure de cette dernière loi, lorsque les infractions sont pousuivies par l'Administration fédérale des contributions ou les organes spéciaux d'enquête.

[13] RO 81 IV 1983 voir la critique très intéressante de W. Heim, JdT 1966 IV 45 ss, qui estime que l'art. 335, al. 2, CP commanderait l'admission d'un concours idéal entre le droit commun et les sanctions du droit fiscal cantonal dans tous les cas. Dans le même sens: P. R. Gilliéron, Le détournement par l'employeur de l'impôt perçu à la source en droit fiscal vaudois, JdT 1967 IV 66 ss.

sa jurisprudence concernant les impôts directs. A propos d'une fausse comptabilité établie en vue de frauder le fisc, il rappelait que seuls les faux destinés exclusivement à frauder le fisc échappent au droit pénal ordinaire. La destination objective du titre (définie par la loi ou par la nature du titre) détermine seule le droit applicable, à l'exclusion de l'intention de l'auteur. Or, une comptabilité commerciale est précisément destinée à servir de preuve de la situation de l'entreprise, indépendamment de toute fraude fiscale. *Grumbach* fut donc condamné. L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait que notre Haute Cour semblait admettre un concours idéal entre dispositions fiscales et pénales dans certains cas, en ces termes: «La jurisprudence ultérieure a précisé, en effet, que le principe posé dans l'arrêt Küffer ne signifiait pas que les dispositions pénales du droit fiscal cantonal s'appliquaient seules lorsqu'un acte punissable en vertu du droit fédéral était commis dans le dessein d'enfreindre les prescriptions cantonales en matière d'impôt.» Le Tribunal fédéral répondait donc à la question laissée ouverte dans l'arrêt *Frank* [14].

3.

Les années septante voient consacrer le caractère doublement spécial du droit pénal fiscal en matière d'impôts directs: il est spécial par rapport au droit pénal ordinaire – nous l'avons vu; il l'est également par rapport à la loi fédérale sur le droit pénal administratif, entrée en vigueur le 1er janvier 1975, puisque celle-ci ne s'applique pas aux impôts directs fédéraux et cantonaux.

Toutefois, en 1977, est adoptée la loi du 9 juin 1977 renforçant les mesures contre la fraude fiscale, législation modifiant l'Arrêté sur l'impôt fédéral direct (ci-après l'AIFD). Cette législation prévoit la répression pénale de la soustraction qualifiée de l'impôt fédéral direct. Ainsi, l'usage de faux et l'escroquerie à l'inventaire deviennent des délits réprimés par les autorités pénales. La répression pénale de l'usage de faux se cumule avec la répression administrative de la soustraction.

[14] S'agissant de l'impôt sur le chiffre d'affaires, le TF a jugé, toutefois, que seules les dispositions pénales de l'Arrêté du Conseil fédéral instituant un impôt sur le chiffre d'affaires, du 29 juillet 1941/Acha, s'appliquaient désormais au faux dans les titres perpétrés à l'unique fin de soustraire cet impôt, à l'exclusion du droit pénal. Il invoquait les travaux de la Commission d'experts et le projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif, ainsi que la jurisprudence en matière d'impôt direct! RO 92 IV 44, 46. Le principe de la spécialité prévalait donc (p. 46).

Cette novelle s'insérait dans un mouvement plus général. Un certain nombre de cantons qui n'avaient réprimé la soustraction d'impôt qu'administrativement criminalisaient certaines formes de soustraction qualifiée, ensuite des résultats relativement décevants de l'amnistie de 1969[15].

Pendant cette période, le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence selon laquelle le faux dans les titres réalisé dans un but fiscal tombe sous le coup de l'article 251 CP, lorsque le titre est destiné objectivement à des usages qui ne sont pas exclusivement fiscaux. En revanche, revenant en arrière, il laissa ouverte la question de l'application concurrente des dispositions fiscales et de celles du droit commun[16]. Dans un autre arrêt portant sur des fausses quittances de commissions, il jugea, en revanche, que l'article 251 CP s'appliquait également lorsque, objectivement, le faux établi en vue d'une soustraction d'impôt peut parallèlement servir à des fins autres que fiscales; les motifs de l'auteur ne jouent aucun rôle[17].

Toujours, pendant cette même période, le Tribunal fédéral considéra que le détournement de l'impôt à la source ne tombe pas sous le coup de l'article 140 CP réprimant l'abus de confiance. Estimant que seul l'Etat pouvant être lésé, il jugea que les dispositions cantonales du droit pénal fiscal prises en application de l'article 335, al. 2 CP étaient exclusivement applicables[18].

4.

Dès les années huitante, le TF a opéré un renversement de sa jurisprudence. Il observa que le champ d'application des règles du droit fiscal dont les sanctions sont plus douces, était fort restreint. Dès lors, il jugea qu'il ne suffisait plus que le faux soit objectivement propre à servir à d'autres fins non fiscales pour que l'article 251 CP soit applicable, mais qu'il fallait en outre que l'auteur s'en soit rendu compte et qu'il n'ait pas exclu un tel usage – quand bien même il ne le voulait pas[19]. Le Tribunal

[15] Par exemple, Vaud; Bull. Grand Conseil, Printemps 1974, p. 830 ss.

[16] RO 101 IV 53, 56; RO 103 IV 36, 39; il semble que le TF admette à nouveau le cumul des dispositions pénales fiscales et de droit commun dans cet arrêt.

[17] RO 103 IV 36, 39.

[18] ATF du 12 octobre 1970, non publié, cité d'après C. Mossu, Mesures contre la fraude fiscale, Commentaire, Zurich 1982, p. 249.

[19] RO 106 IV 38. Cf. La critique de G. Jenny, Zur Frage der Konkurrenz zwischen Steuerstrafrecht und gemeinem Strafrecht im Bereich der Urkunden-Delikte, Revue pénale suisse, vol. 97, p. 126 ss (abrégé: RPS 97, 126 ss).

fédéral a recouru ainsi à l'élément subjectif – l'intention de l'auteur – comme critère de délimitation des champs d'application respectifs du droit pénal fiscal et du droit pénal ordinaire.

Dans deux arrêts suivants, le Tribunal fédéral a privilégié définitivement l'élément subjectif de l'infraction qui seul permet de déterminer la portée respective des sanctions du droit pénal fiscal et de l'article 251 CP. Ce n'est que si «l'auteur a créé un titre faux ou en a usé non seulement à des fins fiscales, mais également dans un autre but, ou tout au moins qu'il a consenti à ce résultat pour le cas où il se produirait», qu'un concours entre infraction fiscale et faux dans les titres du droit commun peut être retenu [20].

S'il est difficile de tirer des conclusions de ce bref historique de la jurisprudence du Tribunal fédéral et des développements législatifs de ces dernières décennies, deux remarques s'imposent toutefois:

– Il faut constater la réticence – variant selon les époques – du Tribunal fédéral à appliquer le droit pénal commun en matière fiscale; cette réticence est motivée par le souci de ne pas priver l'auteur du bénéfice de dispositions pénales fiscales instituant des sanctions plus douces. La question de savoir si l'application des dispositions fiscales exclut celles du code pénal, si elles peuvent concourir idéalement et jusqu'à quel point n'a jamais été clairement tranchée. La doctrine est elle-même partagée. A porpos de l'arrêt *Grumbach*, en 1966, W. Heim relevait que ni

[20] RO 108 IV 27; RO 108 IV 180: Le faux concernait une remorque et visait à tromper la douane italienne. Le TF a examiné si un concours pourrait intervenir entre les art. 15 DPA et 251 CP. Il a admis que «l'art. 15 DPA soustrait au droit commun la totalité des faux commis à des fins administratives pour les soumettre soit au droit administratif fédéral soit au droit pénal cantonal» (art. 335, al. 2, CP). Si un faux n'est punissable ni dans le cadre de la DPA, parce qu'il vise des autorités étrangères et viole un droit étranger, ni dans le cadre de la législation cantonale, il demeure impuni. L'article 251 CP ne peut s'appliquer à titre subsidiaire (trad. JdT 1984 IV 14 ss).

Voir aussi RO 110 IV 24, où le Tribunal fédéral considère qu'il y a escroquerie au préjudice de la collectivité publique lorsque l'auteur, de sa propre initiative, décide de s'enrichir d'une manière illicite en trompant les autorités et en faisant valoir d'une manière astucieuse des créances en restitution fictives et qu'il obtient paiement par le moyen de documents falsifiés. L'article 148 CP s'applique donc à l'auteur qui agit hors de toute procédure de taxation introduite à son égard, et qui utilise les voies fiscales, de son propre chef, pour extorquer de l'argent à la collectivité; celle-ci, face aux manœuvres spontanées de l'escroc, mérite la même protection de son patrimoine que le simple particulier. Peu importe que la loi fédérale sur le droit pénal administratif réprime un délit analogue par des sanctions plus douces.

l'interprétation téléologique, ni l'interprétation historique de l'article 335, al. 2, CP n'excluaient un concours idéal du droit commun et du droit pénal fiscal cantonal. P. R. GILLIÉRON arrivait à la même conclusion avec une argumentation quelque peu différente, à propos du détournement de l'impôt à la source[21].

– Comme le Tribunal fédéral n'appliquait qu'avec retenue le droit pénal commun, le législateur s'est vu indirectement incité à développer une législation pénale spéciale en matière administrative. On a ainsi assisté, ces dernières années, à une multiplication des textes législatifs destinés à combattre les infractions fiscales, à criminaliser les soustractions d'impôt pour lesquelles n'était prévue au départ qu'une répression administrative.

Ce durcissement du législateur apparaît clairement si l'on compare certains Messages du Conseil fédéral.

Le premier concerne la loi fédérale sur le droit pénal administratif et précise[22]:

«... La commission d'experts n'a pu se ranger à l'opinion selon laquelle les agissements frauduleux dirigés contre la communauté et les faux dans les titres qu'ils impliquent devraient être punis indistinctement en vertu des dispositions sévères du code pénal; la commission a considéré que cette idée ne correspond pas aux circonstances actuelles et au sentiment du droit. Ces infractions présentent, en effet, en comparaison de délits analogues commis au détriment de particuliers, deux singularités. D'une part, l'auteur agit souvent alors qu'ils est appelé à remplir une obligation; par exemple, tout citoyen est tenu de présenter une déclaration d'impôts et, dans cette situation, un certain effort est nécessaire pour ne pas sacrifier sa conscience au profit personnel. D'autre part, l'administration qui doit prendre une décision sur une contribution due par le citoyen, sur une demande de subvention ou d'autorisation, dispose, pour vérifier les faits, de pouvoirs d'investigation qui font défaut au particulier.»

Quatre ans après, le Conseil fédéral tenait les propos suivants à propos de la novelle du 9 juin 1977 l'AIFD renforçant les mesures contre la fraude fiscale[23]:

«Les délits fiscaux graves, en particulier l'escroquerie fiscale commise fréquemment au moyen de documents faux, sont moralement tout aussi condamnables que l'escroquerie de droit commun ou que l'usage de faux au préjudice d'un simple particulier. Dès lors, on ne voit pas pourquoi des manquements aussi importants à l'égard de la collectivité sont réprimés moins

[21] Cf. W. HEIM, op. cit., JdT 1966 IV 45 ss, qui rapporte les différentes opinions de la doctrine et analyse les travaux préparatoires de l'art. 335, al. 2, CP. P. R. GILLIÉRON, op. cit., JdT 1967 IV 84–85 notamment.

[22] FF 1971 I 1024.

[23] FF 1975 I 361.

sévèrement, en vertu du droit en vigueur en matière d'impôt pour la défense nationale, c'est-à-dire au plus par l'amende.»

Actuellement, les infractions fiscales aux impôts directs peuvent faire l'objet de trois types de répressions cumulées, sur le plan fédéral et dans la plupart des cantons:

- la poursuite purement administrative de la soustraction,
- la poursuite pénale de la soustraction qualifiée dans le cadre du droit pénal fiscal,
- éventuellement, la poursuite du faux dans les titres ou de l'escroquerie commise à l'égard du fisc dans le cadre du droit pénal commun, si l'auteur a créé un titre faux, en a usé, ou a consenti à ce résultat non seulement dans un but fiscal mais également à d'autres fins[24].

L'harmonisation fiscale accentue encore cette évolution. Destinés à se substituer aux législations cantonales et fédérales sur les impôts directs, les projets de loi-cadre et de loi fédérale sur l'impôt fédéral direct apportent diverses modifications aux règles usuellement en vigueur.

Quant à la répression administrative, les projets libèrent les héritiers du contribuable qui a commis une soustraction, de toute responsabilité. Dans le cadre de la répression pénale des infractions fiscales, ils introduisent deux nouveaux délits et en suppriment un.

L'actuelle escroquerie à l'inventaire (art. 130bis, al. 2, AIFD) de l'impôt fédéral direct n'est plus considérée comme un délit réprimé pénalement, mais bien comme une simple contravention administrative. En revanche, alors que généralement seul l'usage de faux lors d'une soustraction fait actuellement l'objet de poursuites pénales[25], les projets prévoient de réprimer

- le faux dans les titres, c'est-à-dire la création d'un titre faux, falsifié ou inexact quant à son contenu, et non plus seulement l'usage de faux (art. 64 du Projet de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes [ci-après LHID] et 192 du Projet de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct [ci-après LIFD]).
- l'escroquerie, qui se caractérise par l'astuce dont fait preuve l'auteur lors d'une soustraction d'impôt (art. 63 LHID et 191 LIFD).

[24] Voir aussi F. ZUPPINGER/P. BÖCKLI/P. LOCHER/M. REICH., Steuerharmonisierung, Berne 1984, p. 293 ss.

[25] Seuls SG (art. 127 de la loi du 23 juin 1970) et GL (art. 121 de la loi du 10 mai 1970) répriment l'escroquerie à l'heure actuelle. Cf. C. MOSSU, op. cit., p. 249 ss.

En ce qui concerne l'escroquerie et le faux dans les titres, les projets maintiennent une double – voir même triple – répression des infractions, selon des systèmes de sanctions différents, indépendants les uns des autres et qui se cumulent. De surcroît, la définition de ces délits et de leurs éléments constitutifs ne correspond ni à celle du code pénal, ni à celle de la loi fédérale sur le droit pénal administratif[26].

Enfin, le détournement de l'impôt à la source, déjà sanctionné pénalement par la plupart des cantons, le sera également en droit fédéral. La lacune consacrée par la jurisprudence du Tribunal fédéral est ainsi comblée.

La Commission du Conseil des Etats a toutefois déjà apporté certaines modifications à ces projets[27].

L'ensemble des modifications proposées a pour effet de diminuer la répression administrative[28] et d'accroître la criminalisation des infractions fiscales.

Le but est évidemment d'améliorer la lutte contre la fraude fiscale, tout en offrant à l'administré une justice conforme aux principes généraux du droit. Les modifications proposées consacrent cependant un système complexe, peu accessible à l'administré et dont l'efficacité est douteuse. En effet, la criminalisation des infractions fiscales, en matière d'impôts directs, n'est pas toujours le moyen adéquat de lutter contre la fraude fiscale.

La définition même des deux nouveaux délits – telle qu'elle figure dans les projets d'harmonisation – pose plus de problèmes qu'elle n'en résout.

La notion d'astuce, que suppose l'escroquerie, est trop floue. La définition donnée par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence sur l'article 148 CP est difficilement transposable au plan du droit public[29]. En effet, en vertu de cette jurisprudence, il y a astuce «lorsque l'auteur dissuade la victime (le fisc, en l'espèce)

[26] P. Böckli, Zum Arglistprinzip im harmonisierten Steuerstrafrecht, Revue fiscale 1984, p. 158 (abrégé: RF 1984, 158); W. R. Pfund, Ein paar Bemerkungen zum vorstehenden Aufsatz und zu einem Brief Prof. P. Böcklis, RF 1984, 168; P. Böckli, Harmonisierung des Steuerstrafrechtes, Archives 51, 97.

[27] G. Steinmann, Steuerharmonisierung, Stand der parlamentarischen Beratung Ende 1984, L'Expert Comptable Suisse 1985, p. 68 ss.

[28] Le multiple de l'amende est un peu réduit (de 4 à 3 fois le montant soustrait au maximum pour l'IFD, cf. art. 129, al. 1, AIFD et art. 182, al. 2, LIFD); la responsabilité des héritiers est supprimée; cf. D. Yersin, Harmonisation fiscale: divergences et convergences, Archives 52, 401, 421 ss.

[29] Cf. notamment, RO 107 IV 169, Message sur l'harmonisation fiscale p. 150.

de contrôler l'exactitude de ses affirmations ou s'il prévoit qu'en raison des circonstances, sa victime s'abstiendra d'un tel contrôle ou encore lorsqu'un tel contrôle ne pourrait se faire sans grande peine, ainsi qu'en cas de mise en scène de manœuvres frauduleuses ou d'un échafaudage de mensonges. Le fait de se taire peut constituer la tromperie astucieuse constitutive d'escroquerie lorsqu'il existe un devoir de renseigner...»[30]. Il n'est pas nécessaire de poursuivre cette citation pour s'apercevoir qu'elle pourrait s'appliquer à tous les contribuables qui commettent une soustraction d'impôts... ou à aucun d'eux. La loi fédérale sur le droit pénal administratif n'offre pas non plus de définition précise, et la jurisprudence concernant l'article 14 de cette loi est rare.

En fait, les projets d'articles 63 LHID et 191 LIFD, concernant l'escroquerie, créent une insécurité juridique. De plus, on peut se demander dans quelle mesure ils sont réellement utiles: comme la procédure de taxation est essentiellement écrite, qu'elle nécessite la production d'annexes, de pièces, de documents divers, la plupart des cas de fraude particulièrement choquants – si ce n'est tous – supposent l'usage de faux. Les dispositions actuelles paraissent donc suffisantes.

Quant au faux dans les titres, le projet de disposition prévoit, qu'outre l'usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu, la création de titres faux, serait réprimée même en l'absence de toute production aux autorités fiscales; on voit mal comment celles-ci auraient connaissance du délit, et surtout quel intérêt la répression présente sur le plan fiscal[31].

Il n'est pas non plus satisfaisant de conformer les dispositions pénales concernant les impôts directs à celles de la loi fédérale sur le droit pénal administratif. Cette dernière est une loi d'application compliquée, qui nécessite des connaissances juridiques en matière pénale. Les administrations fiscales cantonales n'ont généralement pas le personnel compétent en cette matière et ne pourraient faire face aux méandres de procédure que ces textes prévoient[32].

[30] RO 110 IV 20, 23.

[31] Sur les critiques adressées à ce projet, cf. F. ZUPPINGER/P. BÖCKLI/P. LOCHER/M. REICH., op. cit., p. 310 ss; D. YERSIN, op. cit., Archives 52, 421 ss.

[32] Du même avis, C. MOSSU, Les articles 130bis et 133bis AIN ou les limites du droit pénal fiscal en matière d'impôts directs, Archives 48, 577 ss; contra: W. R. PFUND, Das Gestrüpp unseres Steuerstrafrechtes, Archives 48, 1; R. ROTH, Réflexions sur la place du droit pénal fiscal au sein de la législation pénale accessoire, Archives 52, 529.

En outre, un alignement de la législation en matière d'impôts directs sur la loi fédérale susmentionnée suppose, pour les infractions les plus graves, la suppression de toute répression administrative et son remplacement par les sanctions prévues par cette loi. Or, une procédure de type exclusivement pénal, avec l'application intégrale du principe de la culpabilité, est de nature, à la fois, à dramatiser la répression des infractions fiscales et à l'affaiblir.

Relevons, tout d'abord, qu'un honnête contribuable, qui se borne à utiliser les possibilités légales de payer moins d'impôts, ne se distingue pas toujours aisément d'un fraudeur, du moins moralement: l'acquéreur d'un immeuble avec un «dessous de table» commet un faux; l'actionnaire unique, qui achète à sa société un immeuble à un prix réduit et bénéficie ainsi d'une distribution dissimulée de bénéfice, ne commet rien de répréhensible et les rectifications interviendront dans le cadre de la procédure de taxation, si les autorités fiscales s'aperçoivent de la sous-évaluation.

De même, dans un arrêt récent [33], le Tribunal fédéral a jugé qu'un contribuable de profession libérale, qui omet de déclarer une commission dont il a personnellement la disposition, en prétendant avoir constitué une provision non comptabilisée pour obvier aux risques liés à la garantie accordée à la personne qui a versé la commission, commet une soustraction simple d'impôt (art. 129 AIFD).

Cet arrêt pose le problème des infractions en relation avec une comptabilité mal tenue: le passage du simple résumé des recettes et dépenses – autorisé par la loi pour les contribuables non astreints à tenir des livres et dont les recettes annuelles brutes sont inférieures à 100 000 francs [34] – à la comptabilité négligée, passible d'une amende d'ordre [35] voire, à la soustraction commise par compensation hors comptabilité de charges et de produits et au faux intellectuel que constitue une comptabilité volontairement incomplète, se fait insensiblement.

Ensuite, la procédure de taxation, en matière d'impôts

[33] ATF du 3 juillet 1980 dans la cause Administrazione cantonale dell'imposto per la difensa nationale c/Camera di diritto tributario del Tribunale d'appello del Cantone Ticino.

[34] Cf. art. 87, al. 1, et 89, al. 3, AIFD; H. MASSHARDT/F. GENDRE, op. cit., ad. art. 87, note 1, p. 374; art. 88, al. 1 et 2, de la loi vaudoise sur les impôts directs cantonaux du 26 novembre 1956 (LIVD).

[35] ATF du 21 novembre 1984 en la cause G. c/Rekurskommission des Kantons Uri.

directs, a ses particularités: tout contribuable doit subir périodiquement le contrôle de sa déclaration. Ce contrôle est fondé sur une collaboration entre le fisc et le contribuable, qui repose sur un minimum de confiance. Le contribuable doit pouvoir compter sur la discrétion des autorités, qui lui est garantie par l'institution du secret fiscal, ainsi que sur un minimum de compréhension de la part du fisc; ce dernier doit apprécier les faits de manière nuancée, tenir compte de l'ensemble des circonstances touchant le contribuable et, en cas d'incertitude sur des éléments de la taxation, s'efforcer de trouver une entente avec lui. La rectification de la déclaration d'impôt poursuit aussi un but préventif et éducatif et ne doit pas nécessairement être envisagée sous un angle pénal. En fait, l'autorité fiscale se trouve dans la situation inverse de celle d'un juge d'instruction: le second est confronté à un délit dont il cherche l'auteur; la première connaît l'auteur mais ignore et cherche l'infraction. – Et, jusqu'à preuve du contraire, le contribuable doit être tenu pour innocent.

La criminalisation des infractions a nécessairement une influence sur la procédure de contrôle de la déclaration: la crainte d'une dénonciation au juge, l'appréhension de poursuites pénales – avec la publicité que cette procédure implique – nuit à la collaboration entre le contribuable et le fisc. En effet, la dénonciation est souvent, à elle seule, ressentie comme une sanction. Aussi le contribuable est-il tenté de nier en bloc tous les faits. Or, le fisc a souvent beaucoup de difficultés, à établir non pas tant l'existence de la soustraction que son ampleur, sans l'aide du contribuable. Par ailleurs, la dénonciation n'intervient généralement que lorsque les faits sont déjà établis par l'autorité fiscale. En pratique, celle-ci ne peut se contenter de transmettre le dossier au juge sur la seule base de soupçons fondés, comme elle serait en droit de le faire. En effet, l'instruction pénale rencontre souvent de grandes difficultés à établir les faits faute de moyens et de connaissances techniques.

L'application du principe de la culpabilité, dans toutes ses conséquences, peut également heurter le sentiment de la justice, notamment lorsqu'il a pour effet d'exonérer les personnes morales de toute responsabilité (art. 6 et 7 DPA). Il n'est pas toujours possible de découvrir les personnes physiques responsables de la soustraction commise par une personne morale. Lorsque la société est importante, son organisation interne aboutit généralement à une certaine dilution des responsabilités. La punition de certaines personnes physiques, membres

d'organes, ou employés de la société, plutôt que d'autres, revête alors un caractère arbitraire.

L'exonération des héritiers de toute responsabilité patrimoniale pour les infractions du de cujus aboutit à les favoriser par rapport aux héritiers d'un contribuable honnête; leur part d'héritage sera plus importante. De plus, si la procédure a été ouverte du vivant du de cujus et n'a pu être terminée avant son décès, cette libération constitue une véritable prime au contribuable récalcitrant, qui a fait traîner les contrôles, et à ses héritiers; en revanche, les héritiers d'un contribuable collaborant verront leur part amputée des impôts et amendes payées par le de cujus de son vivant déjà.

Au demeurant, la crainte de voir le contribuable, malade ou mourant, échapper à toute sanction pourrait aussi inciter les autorités fiscales à accélérer la procédure et les induire à un dynamisme administratif qui ne serait pas nécessairement bienvenu.

Enfin, les sanctions pénales sont souvent mal adaptées aux infractions fiscales. Les peines d'emprisonnement sont de faible durée et généralement assorties du sursis[36]. Pratiquement, l'inscription de la condamnation au casier judiciaire est ressentie beaucoup plus sévèrement par le contribuable que la peine elle-même. Quant aux amendes – d'un montant maximum de quelques dizaines de milliers de francs (IFD: 30000 fr.) – elles sont généralement trop faibles pour avoir un effet, non seulement répressif, mais même préventif. S'il n'existait pas de répression administrative parallèle, le fraudeur serait souvent «gagnant», même après avoir été condamné, par rapport au citoyen honnête.

Malgré ces inconvénients, la répression pénable présente, aussi, quelques avantages dans la lutte contre la fraude fiscale: elle permet la levée du secret bancaire. En effet, les lois fédérales et cantonales de procédure pénale ne réservent pas ce secret, contrairement aux lois fiscales[37]. Cette levée n'intervient, généralement, que si l'autorité fiscale peut faire valoir avec une certaine probabilité que des comptes ne sont pas déclarés; l'établissement bancaire concerné doit être indiqué de manière

[36] Quelques jours, quelques semaines au plus.

[37] L'art. 47, al. 4, de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne dispose: «Sont réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice». Cf. art. 89, al. 2, AIFD et 95a LIVD.

précise. Au surplus, certaines conditions posées par la jurisprudence du Tribunal fédéral[38] doivent être respectées.

De surcroit, l'entraide internationale en matière pénale est rendue possible[39].

Enfin, la crainte du juge pénal a probablement un effet dissuasif.

Toutefois, ces avantages ne parviennent pas, à eux seuls, à justifier un renforcement de la répression pénale en matière d'impôts directs. Au demeurant, les dispositions actuelles permettent déjà d'en bénéficier.

Alors quelles solutions envisager?

La première – très modeste – serait de renoncer aux délits d'escroquerie et de création de titres faux, pour s'en tenir au statu quo sur le plan juridique. Elle ne résoudrait pas le problème des triples sanctions évoquées ci-dessus. Mais elle aurait le mérite de conserver à la répression pénale son caractère exceptionnel et de la maintenir dans un cadre limité. Elle éviterait les difficultés engendrées par les nouvelles notions d'«escroquerie» et de «création de titres faux» et l'insécurité juridique qu'elles engendrent.

Sur le plan pratique, un renforcement des contrôles fiscaux serait indispensable et certainement plus efficace qu'un durcissement des sanctions pénales. A cet égard, il suffit de citer le Conseil fédéral: pour un cycle purement mathématique de 30

[38] RO 104 IV 125, 131 rendu en matière de fraude à l'impôt anticipé et portant sur l'application de la loi fédérale sur le droit pénal administratif:
«Pour qu'une perquisition auprès d'une banque soit admissible, les conditions suivantes doivent donc au moins être réunies:
aa) La nécessité doit en être justifiée par des soupçons précis et objectivement fondés et non pas reposer sur une suspicion générale ou sur une prévention purement subjective.
bb) Le principe de la proportionnalité doit être respecté, ainsi que le commande d'ailleurs expressément l'art. 45 al. 1 DPA.
cc) L'objet de la perquisition doit être circonscrit de façon suffisamment précise pour que l'on puisse contrôler sa connexité avec les soupçons précités et le respect du principe de la proportionnalité.
dd) Enfin, lorsque la perquisition vise une banque non impliquée dans la procédure pénale, elle ne doit pas être fondée sur des faits ou éléments découverts lors d'une procédure de contrôle dans le cadre de laquelle le secret bancaire est garanti.»
Cf. aussi C. Mossu, Mesures contre la fraude fiscale, p. 71 ss.

[39] Art. 3, al. 2, et 64, de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP), du 20 mars 1981; art. 24 de l'Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale (OEIMP), du 24 février 1982; J. Gauthier, La nouvelle législation suisse sur l'entraide internationale en matière pénale, RPS 101 (1984) 51 ss, 61.

ans, les entreprises ne sont contrôlées de manière approfondie qu'une seule fois[40]

La seconde solution est plus ambitieuse. Elle peut être articulée en trois points:

– Le maintien d'une répression administrative sur le modèle actuel, répression qui présente incontestablement une certaine efficacité. Sa discrétion, la possibilité pour le contribuable de s'expliquer avec les autorités, d'aboutir éventuellement à une entente, son caractère forfaitaire – qui, bien qu'elle ne permette pas de moduler la sanction sur le degré exact de culpabilité du contribuable, lui offre incontestablement une certaine sécurité juridique – en font un instrument souple qui tient compte à la fois de la protection du justiciable et des nécessités administratives. Obéissant tant au principe de la culpabilité qu'à celui du résultat, cette répression combine les caractéristiques d'une poursuite répressive et celle d'une action en dommages et intérêts pour responsabilité pour faute, parfois pour responsabilité objective.

Elle évite tout moralisme et ne vise qu'à garantir la perception des impôts.

– La suppression de toute disposition prévoyant des infractions pénales dans le cadre de la législation sur les impôts directs, y compris les actuels délits d'usage de faux et d'escroquerie à l'inventaire. Comme on l'a vu, ces dispositions sont d'une efficacité limitée; elles créent un ensemble de sanctions mal intégrées au système des impôts directs[41].

L'entraide internationale ne justifie pas à elle seule la criminalisation de la soustraction fiscale. Dans la mesure où le but est de lutter contre le crime organisé, des méthodes autres qu'un passage contourné par la fiscalité devraient être mises au point.

Quant à la levée du secret bancaire – incontestablement utile aux autorités fiscales dans leur lutte contre la fraude – elle pourrait être autorisée dans le cadre de la répression administrative, avec un certain nombre de cautèles évidemment: cette autorisation ne saurait être donnée qu'aux conditions fixées par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence[42]; elle émanerait d'une autorité judiciaire, et non pas administrative.

– Enfin, troisième point: si l'on tient à une répression pénale

[40] Cf. Rapport du Conseil fédéral concernant les mesures visant à lutter contre la fraude fiscale, du 19 décembre 1983, FF 1983 I 117, notamment p. 129 ss.

[41] Sur les problèmes relatifs à la LFF, cf. J. GAUTHIER, Fraude fiscale et droit pénal. Ramarques sur une loi récente, RPS 96 (1979), 264 ss.

[42] Cf. note 38

des infractions fiscales, et que l'on estime avec le Conseil fédérale que les manquements à l'égard de la collectivité sont moralement tout aussi condamnables que l'escroquerie de droit commun ou le faux dans les titres au préjudice d'un simple particulier, alors pourquoi ne pas régler cette répression dans le code pénal directement? Il pourrait y être inséré des dispositions prévoyant en substance que les collectivités publiques bénéficient de la même protection que les particuliers, notamment que l'article 335, al. 2 CP n'exclut pas le concours idéal en cas d'infractions fiscales, que la partie spéciale du code pénal est applicable, même en cas de répression administrative de droit cantonal ou fédéral. Le cas échéant, il conviendrait de définir de nouvelles infractions, par exemple le détournement des contributions perçues à la source, si ces actes ne tombaient sous le coup d'aucune autre disposition [43].

A côté de la répression administrative ne subsisterait donc que la poursuite pénale du droit commun. Celle-ci viserait non pas la soustraction d'impôt, mais les autres infractions commises par le contribuable dans ses rapports avec l'Etat. La triple poursuite évoquée ci-dessus serait ainsi éliminée et les procédures simplifiées. On éviterait aussi la surenchère législative de ces derniers temps, dont l'effet est de créer un droit pénal de seconde zone et de compliquer la matière, afin de satisfaire une opinion publique qui ne parvient pas à décider si le contribuable qui fraude le fisc est réellement répréhensible ou s'il n'agit pas plutôt en état de «légitime défense» [44].

Prof. Dr. ALAIN HIRSCH, Université de Genève:

L'importance des règles professionnelles dans la lutte contre la criminalité économique

Introduction

Les personnes qui commettent des infractions économiques ont fréquemment besoin de l'assistance et des conseils de profes-

[43] S'agit-il d'une gestion déloyale (art. 159 CP) ou d'un abus de confiance (art. 140 CP)? La question est loin d'être résolue. Du même avis, cf. P. R. GILLIÉRON. Faut-il réviser les dispositions du Code pénal relatives aux infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes? RPS 88 (1972), 303, notamment p. 308 ss.

[44] Les tendances divergentes de la législation, d'une part, et de la jurisprudence du TF, d'autre part, reflètent ces contradictions, sur le plan juridique.

sionnels qualifiés: banques, avocats, fiduciaires, etc. Grâce à ces conseils, elles peuvent donner à leurs agissements l'apparence de la légalité ou tout au moins rendre difficile la preuve de leurs actes illicites. Pour des raisons multiples, notamment l'importance de la place financière suisse, il n'est pas rare que de tels conseils soient sollicités en Suisse même pour des délits économiques commis à l'étranger.

Ces conseils professionnels revêtent généralement un caractère purement technique. Ceux qui les donnent prêtent ainsi leur concours à des opérations régulières. Mais ils ferment les yeux, plus ou moins consciemment, sur le but économique des opérations auxquelles ils coopèrent.

Je n'examinerai pas ici les règles professionnelles destinées à lutter directement contre la criminalité économique, par exemple les règles de déontologie à l'intérieur des entreprises. J'examinerai exclusivement dans quelle mesure des règles professionnelles adéquates permettraient d'éviter ou de diminuer *l'aide professionnelle* à la criminalité économique. Il s'agit d'un sujet partiel mais important, car la Suisse doit non seulement lutter contre la criminalité économique sur son propre territoire: elle doit aussi éviter, dans la mesure du possible, que des professionnels suisses qualifiés coopèrent, même inconsciemment, à la criminalité économique suisse ou étrangère.

D'emblée donnons quelques exemples caractéristiques de ces conseils professionnels sollicités par les délinquants économiques:

– Le délinquant économique peut solliciter des concours professionnels pour des activités irréprochables. Il peut ainsi se montrer entouré de conseils et de collaborateurs réputés, éveillant ainsi la confiance des tiers et des autorités.

– Le délinquant économique peut solliciter des conseils ou des concours pour des activités formellement licites, mais dont le but réel est illégal. Le mandataire donne alors ses conseils en ignorant «l'arrière-plan économique» des opérations auxquelles il collabore.

– Le délinquant économique peut demander à un mandataire de constituer et de gérer pour lui des sociétés, par lesquelles certains actes illicites seront commis; le mandataire collaborera ainsi aux opérations illicites sans en comprendre la nature, par manque de curiosité.

– Parfois, les concours demandés sont insolites et ne peuvent s'expliquer que par le but illicite poursuivi. Par exemple, lorsque le délinquant économique fait élaborer une subtile cons-

truction de sociétés et de contrats, ne pouvant avoir pour but que de tromper des tiers, que ce soit des particuliers ou des Etats (fraude fiscale, fraude aux subventions, etc.). Par exemple, j'ai connu le cas d'un mandataire appelé à rédiger un contrat complexe concluant une transaction; on lui demandait de justifier sur plusieurs pages, de manière aussi convaincante que possible, la transaction par laquelle l'une des parties versait un montant important à l'autre; le but de ce contrat, que le mandataire peu curieux ignorait, consistait à faire supporter le montant en question par un tiers garant!

– Le délinquant économique souhaite fréquemment, après avoir commis des délits, les camoufler par des artifices comptables, des transferts de fonds complexes, des investissements plus ou moins fictifs, etc.

A première vue, on peut se demander si les concours professionnels qui viennent d'être décrits ne constituent pas des actes de complicité, au sens du droit pénal. Je n'examinerai pas ici cette question en détail, me bornant à relever que ces règles sur la complicité ne sont guère applicables en pratiques dans des cas de ce genre, notamment à cause de la difficulté de prouver l'intention du complice.

Je me concentrerai donc sur la portée des règles professionnelles précisant quelles activités de conseil sont admissibles ou non. L'efficacité de ces règles est liée aux contraintes qui doivent les accompagner et surtout aux mesures de contrôle qui permettent de vérifier qu'elles ne sont pas violées. Cependant, la seule existence de telles règles professionnelles serait déjà pratiquement très utile.

Ces règles peuvent relever du droit privé ou du droit administratif. Au cours des dix dernières années, de telles règles ont été surtout développées dans le domaine bancaire. C'est à ce sujet que je consacrerai la première partie de cet exposé. Dans une deuxième partie, j'examinerai l'une de ces règles bancaires: la prohibition de l'anonymat du client. Enfin, dans une troisième partie, je me demanderai dans quelle perspective on peut envisager l'adoption de règles semblables pour d'autres professions appelées à donner des conseils, notamment les avocats et les fiduciaires.

Première partie: Les règles professionnelles en matière bancaire

Permettez-moi tout d'abord de souligner que j'expose ici mes réflexions personnelles; elles n'engagent en rien la Commission

fédérale des banques, à laquelle j'ai l'honneur d'appartenir depuis une dizaine d'années.

1. Les opérations d'initiés

Aujourd'hui encore, les achats et les ventes de titres effectués par des personnes disposant professionnellement d'informations privilégiées (appelées «opérations d'initiés») sont licites en Suisse (sauf dans le cas particulier où ces personnes transmettent leurs informations à un tiers, vu l'article 162 CPS – ATF 109 I b 57, cons. 5c). Elles sont en revanche illicites dans plusieurs Etats étrangers, notamment aux Etats-Unis. Parfois, lorsque l'autorité américaine fait une enquête à la suite d'une évolution suspecte des cours en bourse, elle découvre des opérations effectuées par l'intermédiaire de banques suisses. L'opération n'est répréhensible que si elle a été effectuée par des initiés; or, l'autorité américaine ne peut pas le savoir, dès lors que la banque suisse ne peut elle-même pas lui donner le nom de ses clients, protégés par le secret bancaire. Généralement, au moment d'effectuer l'opération aux Etats-Unis, la banque ignorait que son client disposait d'informations privilégiées. Il est exclu de demander aux banques qu'elles s'assurent que leurs clients ne sont pas des inités, avant de faire des opérations sur titres à l'étranger. En revanche, on peut se demander si le secret bancaire peut être invoqué légitimement dans ces cas par les clients, s'ils ont utilisé les services des banques suisses pour commettre un acte illicite à l'étranger.

Les banques suisses ont tout d'abord considéré qu'elles ne pouvaient donner aucune information à l'autorité boursière américaine (la SEC). Celle-ci décida alors de faire pression sur les banques suisses, en considérant qu'elles étaient responsables des agissements de leurs clients, dès lors qu'elles refusaient d'en révéler le nom; dans plusieurs cas, les tribunaux américains bloquèrent certains avoirs des banques suisses concernées aux Etats-Unis. Des négociations s'ouvrirent alors entre la Suisse et les Etats-Unis, qui débouchèrent sur la conclusion de la fameuse «Convention XVI» de l'Association suisse des banquiers et du «Memorandum of Understanding» entre la Suisse et les Etats-Unis. Désormais, les clients donnant aux banques suisses des ordres de bourse exécutables aux Etats-Unis doivent accepter que, dans certains cas, leur nom soit révélé à la SEC.

Ce système n'est conçu que pour une période transitoire. Il est appelé à disparaître dès l'adoption de la loi fédérale sur les

opérations d'initiés, que le Conseil fédéral a récemment proposé d'adopter. En ce qui me concerne, je doute que l'adoption de cette loi rende caduc le système original et souple de la Convention XVI et du Memorandum of Understanding. D'une part, je me demande si l'application rigoureuse du traité d'entraide en matière pénale n'amènera pas les autorités suisses à transmettre aux Etats-Unis les noms de clients innocents de banques suisses plus facilement que ce n'est le cas selon la Convention XVI. D'autre part, certaines opérations boursières contraires au droit américain pourraient être effectuées à l'avenir par l'intermédiaire de banques suisses, en dehors des cas prévus par la loi fédérale sur les opérations d'initiés. On risque alors de connaître à nouveau les mesures de pression américaines et les difficultés qui s'ensuivent, alors que les accords actuels, susceptibles d'évoluer, permettraient une négociation équilibrée entre les intéressés. L'adoption de règles professionnelles, accompagnées d'un accord international souple, me paraît ici préférable à l'application du droit pénal et des règles strictes sur l'entraide internationale.

2. L'aide à l'évasion de capitaux

A l'occasion de l'affaire spectaculaire du Crédit suisse/Texon en 1977, il apparut que les banques suisses ne se contentaient pas de recevoir des capitaux que leurs clients avaient exportés illégalement: parfois elles les aidaient activement dans cette opération illégale d'exportation. Ce faisant, les banques ne commettaient toutefois aucun acte illicite en Suisse, dès lors que les règles étrangères sur le contrôle des changes ne sont en principe pas applicables en dehors du pays qui les a adoptées. C'est dans ces circonstances que la Banque nationale conclut avec l'Association suisse des banquiers la fameuse «convention de diligence», reconduite en 1982 pour une nouvelle période de cinq ans. Cette convention contient notamment des règles détaillées interdisant aux banques de prêter activement leur concours à toute opération d'évasion de capitaux illégale à l'étranger. A mon avis, contrairement à ce que l'on prétend parfois, cette convention de diligence a été très efficace. D'une part elle a certainement eu un grand effet préventif, la plupart des banquiers acceptant de respecter les limites ainsi tracées. D'autre part, dans les cas où une violation de la convention a été constatée, des amendes sévères ont été prononcées. Je souligne ici qu'à mes yeux, et contrairement à ce que semble penser notre rapporteur,

le professeur SCHMID, il est heureux que ces amendes aient été infligées aux banques elles-mêmes, et non pas aux employés qui ont agi. En effet, il est souvent très difficile de savoir quels employés doivent assumer une responsabilité personnelle; dans presque tous les cas, ils ont agi dans l'intérêt de la banque et non pas dans leur intérêt personnel. Je suis persuadé que si des sanctions avaient dû être prises envers eux, elles auraient été rares et légères, donc inefficaces.

Comme il apparaît que la Banque nationale suisse n'est guère disposée à renouveler cette convention en 1987, la question se pose de savoir si ce problème devrait être réglé dans la loi ou dans une convention purement privée de l'Association suisse des banquiers. La première solution est politiquement délicate: peut-on vraiment interdire un comportement aux banques, alors qu'il serait licite pour n'importe quelle autre entreprise? Une convention purement privée pourrait être aussi efficace que l'actuelle convention de diligence, grâce notamment à l'intervention toujours possible de la Commission fédérale des banques. Ainsi, ici encore, je crois que des règles professionnelles privées peuvent être plus adaptées à la situation qu'une disposition légale.

3. Le devoir de vérifier «l'arrière-plan économique» des affaires importantes

L'article 3 de la loi sur les banques prévoit que celles-ci doivent donner la garantie d'une gestion irréprochable. Depuis cinq ou six ans, la Commission fédérale des banques est intervenue dans une série d'affaires, en invoquant cette disposition pour obliger la banque à vérifier l'arrière-plan économique des affaires importantes, compliquées ou insolites. Toutes ces affaires étaient relativement importantes pour la banque concernée puisqu'elles sont parvenues à la connaissance de la Commission grâce à la procédure d'annonce des «gros risques» (art. 21 de l'ordonnance): il s'agissait d'opérations représentant plus de 5% du bilan de la banque. En outre, il s'agissait toujours d'opérations présentant des indices assez clairs d'illégalité à l'étranger.

Soulignons qu'ici, les règles professionnelles n'ont pas été adoptées par les banques elles-mêmes, mais par l'autorité administrative.

a) La première décision de la Commission des banques du 7 mars 1979 (Bulletin de la CFB No 7, décembre 1980, p. 39),

concernait une banque ayant effectué des opérations importantes sur titres avec un établissement liechtensteinois, portant notamment sur l'achat de titres et l'octroi d'un droit de réméré au même prix. La Commission a considéré qu'il s'agissait d'une affaire effectuée à titre fiduciaire et qu'elle devait être comptabilisée comme telle.

Le Tribunal fédéral a confirmé cette décision (arrêt du 11 juillet 1980, ATF 106 Ib, p. 145), avec notamment les considérants suivants:

«Schließlich scheinen die verschiedenen, an der Transaktion beteiligten Anstalten jedenfalls zum Teil derselben Person zu gehören. Es erscheint deshalb fraglich, ob sich der Zweck des Geschäftes nicht darin erschöpft, den wirklichen Eigentümer der Titel noch anonymer zu machen – ein Ziel, dessen Rechtmäßigkeit zum vornherein als zweifelhaft erscheint. Die Eidg. Bankenkommission hat sich unter diesen Umständen zu Recht gefragt, ob die Voraussetzung einwandfreier Geschäftstätigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG noch erfüllt sei.»

b) Une entreprise étrangère avait obtenu une adjudication dans un pays du Moyen-Orient pour un montant supérieur à un milliard de francs suisses. Elle avait promis à une société panaméenne, qui avait coopéré à la conclusion du contrat, une commission de 5 %; la moitié de la commission fut payée comptant, mais devait être restituée si le contrat n'était pas exécuté pour au moins 60 % du montant prévu. Une banque suisse fut chargée de garantir cette restitution.

Dans une décision du 23 juin 1980 (Bulletin de la CFB No 7, décembre 1980, p. 35), la Commission des banques estima que l'affaire était insolite, qu'à certains égards elle pouvait être illicite ou contraire aux mœurs et que, par conséquent, la banque n'aurait pas dû donner sa garantie sans vérifier préalablement l'arrière-plan économique de l'opération. Si celui-ci ne pouvait pas être connu de manière indubitable, la banque aurait dû renoncer à prêter son concours.

c) Une banque suisse avait donné une garantie substantielle à une société autrichienne, pour que celle-ci puisse obtenir un prêt bancaire en Autriche. Cette garantie était donnée moyennant un dépôt bloqué de l'actionnaire principal de la banque suisse. En outre, la banque suisse avait effectué des prêts fiduciaires importants, pour le compte de fiduciants faisant partie du même groupe financier que la banque elle-même. La Commission des banques décida que la banque devait examiner l'arrière-plan économique de toutes ces opérations et le faire

vérifier par son réviseur. Dans un arrêt du 25 juin 1982 (ATF 108 I b, p. 186) le Tribunal fédéral approuva cette décision.

d) Enfin, une banque suisse avait consenti un prêt important à l'un de ses clients, garanti par une hypothèque sur un bateau appartenant audit client. Cependant, le client avait en outre souscrit des certificats de dépôt de la banque, qu'il avait bloqués en garantie du même crédit. Après une assez longue enquête, la Commission des banques arriva à la conclusion qu'il s'agissait d'une affaire fictive, destinée à permettre au client d'échapper, le cas échéant, à des mesures de séquestre auxquelles il s'attendait à l'étranger, notamment de la part de certaines autorités fiscales. Dans une décision du 16 février 1985 (Bulletin de la CFB No 15, juillet 1985, p. 5), la Commission exigea que cette affaire soit comptabilisée comme une affaire fiduciaire. Elle exigea surtout que la banque ne donne à l'avenir aucune attestation concernant ce prêt, sans mentionner dans le même document l'existence des certificats de depôt garantissant le prêt et déposés par le même client.

D'entente avec son client, la banque décida de révoquer le crédit consenti. Elle recourut toutefois au Tribunal fédéral contre le blâme qui lui avait été infligé. Le Tribunal fédéral rejeta le recours, dans un arrêt du 27 juin 1985, dont les motifs sont particulièrement clairs et intéressants:

a) Voraussetzung für die Ausübung der Bankentätigkeit ist die dauernde Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit. Eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gebietet, daß die Bank keine rechts- und sittenwidrigen Geschäfte tätigt. Auch wenn das Bankengesetz hauptsächlich bezweckt, die Bankgläubiger vor Verlusten zu bewahren, so bezieht sich die Bankenaufsicht nicht allein auf die Solidität und Sicherheit der Banken, sondern insgesamt auf deren Vertrauenswürdigkeit. Die Verwicklung in rechts- oder sittenwidrige Geschäfte kann das Vertrauen nicht nur in die betroffene Bank, sondern in die Schweizer Banken ganz allgemein beeinträchtigen. Die Banken haben deshalb die wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäfts abzuklären, wenn Anzeichen darauf hindeuten, daß dieses Teil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhalts bilden könnte, und haben sich entsprechend einer Mitwirkung an unrechtmäßigen oder sittenwidrigen Geschäften eines Kunden zu enthalten.

Hilft eine Bank einem Kunden bei der Abwicklung eines Geschäfts, das eine – selbst nur eventuelle – Täuschung der Behörden oder eine widerrechtliche Vermögensschädigung Einzelner bezweckt, so ist ihre Geschäftstätigkeit zu beanstanden ... Die Mitwirkung bei fiktiven Geschäften, die dazu bestimmt sind, die Bank als Inhaberin einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Forderung oder eines in Wirklichkeit

nicht bestehenden dinglichen Rechts erscheinen zu lassen, um eventuell eine drohende Beschlagnahme oder einen drohenden Arrest zu verhindern, läßt sich daher mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nicht vereinbaren. Das gilt auch gegenüber Maßnahmen ausländischer Behörden oder von Drittpersonen mit Wohnsitz im Ausland; ob in einzelnen Fällen der Schutz höherer Interessen eine Ausnahme zu rechtfertigen vermöchte, kann hier dahingestellt bleiben ...

b) ... In diesem Fall muß angenommen werden, daß die Parteien die Kreditgewährung und die Verpfändung nicht wirklich gewollt haben (Art. 18 OR), diese vielmehr nur deshalb vorgenommen haben, um gegenüber den Behörden oder den Gläubigern für den Fall einer Beschlagnahme oder einer Verarrestierung des Schiffes ein dingliches Recht der Beschwerdeführerin an diesen zu konstruieren. Der Einwand der Beschwerdeführerin, sie hätte die Operation auch in ein Treuhandgeschäft kleiden können, hilft ihr nichts, da ein fiktives Treuhandgeschäft ebenso zu mißbilligen wäre. Auch die Absicht des Kunden, sich gegen möglicherweise ungerechtfertigte Maßnahmen des Staates zu schützen, rechtfertigt nicht die Mitwirkung der Bank an Transaktionen, die zu einem Täuschungsmanöver führen können. Ebensowenig spielt es eine Rolle, ob die Voraussetzungen für eine Rechtshilfe der Schweiz gegenüber einem ausländischen Rechtshilfebegehren erfüllt waren; selbst wenn eine Rechtshilfe nicht in Frage kam, erlaubte das nicht die Vornahme täuschender Handlungen.

e) Dans tous les cas qui viennent d'être résumés, une règle professionnelle (l'obligation de vérifier l'arrière-plan économique des affaires importantes) a été peu à peu dégagée et appliquée par une série de décisions administratives. Pour l'instant, aucune véritable sanction n'a encore été prise. Il est en effet apparu que cette règle devait d'abord être affirmée, puis explicitée, afin d'être peu à peu comprise et admise dans les milieux bancaires. Cela ne signifie pas que ces décisions ont été inefficaces: on peut en voir la preuve dans le fait que trois décisions sur quatre ont été portées au Tribunal fédéral, proportion unique dans les annales de la Commission des banques. Les banques savent en effet que malgré l'absence de sanctions, elles ne peuvent pas méconnaître de telles décisions administratives ni tenter de les éluder. D'ailleurs, avec le temps, la violation de ces règles professionnelles sera certainement sanctionnée. Mais auparavant, il faut modifier les habitudes et les convictions des intéressés: c'est en cela que la méthode suivie nous paraît utile et réaliste, même si elle semble modeste à l'observateur.

Deuxième partie: Pas de client anonyme

1. La règle de la convention de diligence

La convention de diligence, dont j'ai déjà parlé, oblige les banques à contrôler avec précision l'identité de leurs clients. La convention entend ainsi «empêcher le placement anonyme d'avoirs ou de valeurs dans le système bancaire suisse». Mais elle ne se borne pas à imposer aux banques de vérifier l'identité formelle de la personne ou de la société ouvrant un compte chez elle: la banque est tenue d'établir l'identité de «l'ayant droit économique» (beneficial owner), lorsqu'il apparaît que le client n'agit pas pour son propre compte. Lorsqu'un compte est ouvert par une «société de domicile», la banque doit connaître les personnes qui dominent la société. Lorsqu'une société de domicile est elle-même dominée par une autre société de domicile, la banque doit connaître les personnes physiques dominant cette dernière. La société de domicile est définie comme une société ne possédant pas de locaux ou de personnel propres.

A notre connaissance, une exigence semblable n'existe dans aucun autre pays du monde occidental. Une telle obligation devrait permettre aux banques d'éviter de nouer des relations avec des délinquants économiques; ceux-ci seront d'ailleurs peut-être découragés d'ouvrir un compte en Suisse s'ils doivent donner leur identité à la banque.

Cette exigence de la convention de diligence revêt une grande importance dans le domaine de la criminalité économique, puisque ces délits sont fréquemment commis par l'intermédiaire d'une chaîne de sociétés pour garantir le mieux possible l'anonymat des intéressés et pour empêcher un tiers de comprendre l'ensemble des opérations traitées. On pourrait préférer modifier le droit des sociétés, en supprimant l'anonymat de l'actionnaire, ou en tout cas l'anonymat des actionnaires importants. Cependant une telle réforme ne porterait que sur les sociétés suisses et n'empêcherait donc pas les intéressés d'utiliser, pour leurs opérations, des sociétés de domicile étrangères. Aussi ici encore, l'efficacité de règles professionnelles nous semble-t-elle supérieure à la réforme du droit des sociétés.

2. Regrettable exception pour les avocats et les fiduciaires

La convention de diligence prévoit une exception très importante à l'interdiction de l'anonymat: lorsqu'un client agit par

l'intermédiaire d'un avocat ou d'une fiduciaire suisses, la banque peut ignorer l'identité de l'ayant droit économique. Dans ce cas, l'intermédiaire doit simplement donner à la banque une déclaration écrite, confirmant qu'il connaît l'ayant droit économique et que les opérations faites avec la banque ne sont pas contraires à la convention de diligence. A notre avis, cette exception n'est pas justifiée. Le secret professionnel de l'avocat (et celui de la fiduciaire) mérite la protection de la loi. Mais il ne couvre pas n'importe quelle opération. Le secret professionnel des avocats et des fiduciaires protège les conseils donnés à leurs clients; il ne permet pas aux membres de ces professions de faire des opérations bancaires ou d'autres opérations financières ou commerciales, en leur propre nom, en cachant l'identité de leurs clients. En outre, les membres de ces professions assument ainsi des responsabilités très importantes, sans toujours avoir la formation et le caractère nécessaires pour en voir les dangers. La Fédération suisse des avocats, comme la Chambre suisse des sociétés fiduciaires et des experts comptables devraient par conséquent plutôt s'opposer à cette utilisation abusive du secret professionnel. Malheureusement ces institutions insistent au contraire pour que le «privilège» accordé à leurs membres par la convention de diligence soit maintenu. C'est là une erreur très regrettable, dans l'intérêt même de ces professions.

Troisième partie: Des règles professionnelles pour les avocats et les fiduciaires

L'évolution que nous avons constatée pour les banques devrait conduire, à notre avis, à adopter des règles professionnelles comparables pour les autres professions importantes dans cette matière, notamment les avocats et les fiduciaires. En particulier, ces règles professionnelles pourraient imposer la connaissance de l'identité exacte du «client économique» –, rappeler et préciser les obligations de ceux qui créent et gèrent des sociétés pour le compte d'un ou de quelques actionnaires. Elles pourraient enfin tenter de préciser la mesure dans laquelle celui qui donne des conseils juridiques, comptables ou fiscaux, doit examiner et vérifier l'arrière-plan économique des opérations pour lesquelles il est consulté.

Il est vrai qu'il peut être très difficile de dire à partir de quel moment le professionnel doit refuser de donner son concours à une opération. En tous les cas, il ne peut pas ignorer l'existence

de toutes les lois étrangères; mais il serait certainement excessif qu'il refuse de donner des conseils dès que son client se propose de violer n'importe quelle loi de n'importe quel pays étranger. Cette réflexion ne fait ici que commencer; elle devrait être poursuivie par les milieux professionnels plutôt que par les milieux politiques.

Mais il est à notre avis essentiel, que les avocats et les fiduciaires, comme les banques, agissent les yeux ouverts, sans hésiter à interroger nettement leurs clients sur l'arrière-plan économique des opérations auxquelles ils collaborent, sans hésiter à vérifier les informations qui leur sont données. Nous avons vu qu'en matière bancaire ces règles professionnelles ne sont pas nées de manière spontanée, mais bien grâce à certaines pressions, étrangères ou intérieures, privées ou officielles. Jusqu'à maintenant, ces pressions n'existent guère pour les avocats et pour les fiduciaires. On peut se demander pourquoi les autorités de surveillance des avocats n'interviennent pas dans ce sens; peut-être ces initiatives sont-elles difficiles à prendre sur le plan cantonal. En tout cas, la Fédération suisse des avocats, comme la Chambre suisse des sociétés fiduciaires et des experts comptables, s'honoreraient en s'attaquant spontanément à ce problème. Elles feraient d'ailleurs preuve de réalisme, car il nous semble peu probable que le secteur bancaire reste encore longtemps le seul qui soit soumis à ce genre d'obligations de diligence.

Prof. Dr. CARL HELBLING, Universität Zürich:

Der Beitrag der Internen Kontrolle und der Revision zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität

1. Einleitung

Zielsetzung der nachfolgenden Betrachtungen ist, den *Beitrag der Internen Kontrolle und jenen der Revision zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität näher darzulegen*[1].

[1] Zum Bereich *Wirtschaftskriminalität/Revision* siehe beispielsweise: Sondernummer «Wirtschaftskriminalität» des «Schweizer Treuhänders» 3/1977; K. KÄFER, Berner Kommentar zu Art. 964 OR, N 40ff.; B. LUTZ, Wirtschaftskriminalität und Revision, in Neutra Treuhand AG (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität, Zürich 1982, S. 141ff.; R. MEIER, Die Bedeutung der aktienrechtlichen Jahresabschlußprüfung für die Bekämpfung von Buchhaltungs- und Bilanzdelikten, Köln 1980.

Im Vordergrund stehen vor allem Aspekte der Bekämpfung von *Buchführungsdelikten*[2]. Unter Buchführungsdelikten werden strafbare Handlungen im Zusammenhang mit der kaufmännischen Buchführung nach Art. 957–962 OR und Art. 662–670 OR verstanden. Es sei auch auf Art. 964 OR und Art. 325 StGB betreffend die ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher hingewiesen.

Sodann sollen insbesondere folgende Tatbestände bekämpft werden

- Veruntreuung (Art. 140 StGB),
- Betrug (Art. 148),
- ungetreue Geschäftsführung (Art. 159),
- betrügerischer Konkurs (Art. 163),
- Unterlassung der Buchführung (Art. 166),
- Urkundenfälschung (Art. 251).

Die verschiedenen Erscheinungsformen, die Bekämpfungsmöglichkeiten und der rechtliche Rahmen der Wirtschaftskriminalität im weiteren Sinne sind bereits in anderen Referaten des Juristentages 1985 behandelt worden. Es wurde dort auch darauf hingewiesen, daß ein erklärtes Ziel von verschiedenen gesetzgeberischen Arbeiten die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität ist. Dies trifft in besonderem Maße auch auf die Aktienrechtsrevision zu, unter anderem mit den erweiterten Rechnungslegungs- und Prüfungsvorschriften[3].

Die folgenden Ausführungen befassen sich namentlich mit dem durch die Unternehmungsorganisation geschaffenen *internen Kontrollsystem* und mit der Abschlußprüfung durch die *Kontrollstelle*. Ferner sollen auch die Tätigkeiten des *Controllers* und des *internen Revisorates* kurz dargestellt werden[4].

2. Das interne Kontrollsystem in der Unternehmungsorganisation

Unter Interner Kontrolle können sämtliche *organisatorischen* Methoden und Maßnahmen verstanden werden, die in einem Unternehmen angewendet werden, um

[2] Zu den *Buchführungsdelikten* siehe z. B. die beiden Zürcher Dissertationen: E. STIEGER, Buchführungsdelikte, 1975, und S. ZWEIFEL, Buchführungsdelikte mittels EDV und Maßnahmen zu deren Verhinderung, 1984.

[3] Siehe Botschaft über die *Revision des Aktienrechtes,* S. 2, und Entwurf z. B. zu den Art. 662 ff. und 727 ff.

[4] Siehe zu allen diesen Abschnitten die Ausführungen im *Revisionshandbuch* der Schweiz, hrsg. von der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Zürich (Teillieferungen ab 1971).

- die Gesellschaft vor Verlusten zu schützen,
- die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung zu sichern uns
- die Einhaltung der Geschäftspolitik und der internen Anordnungen zu gewährleisten [5].

Das interne Kontrollsystem, das beispielsweise durch eine sachgemäße Trennung der Funktionen, so jener der Entscheidung und des Vollzugs, namentlich aber jener der Verwaltung und Registrierung, erreicht werden soll, *führt zwangsläufig zu einer gegenseitigen Überwachung der Mitarbeiter,* um Fehler und Unregelmäßigkeiten zu vermeiden.

Dem internen Kontrollsystem, oder kurz der internen Kontrolle, kommt eine große Bedeutung zu. Dies wird seit etwa anfangs der siebziger Jahre auch in der Schweiz immer mehr beachtet. Maßgebliche Impulse dazu kamen aus der angloamerikanischen Praxis.

Es darf gesagt werden, daß es heute zu den *Pflichten der Geschäftsführung* einer Unternehmung gehört, dafür zu sorgen, daß die Interne Kontrolle angemessen funktioniert.

Die Bücherexperten der Schweiz führen im Rahmen einer qualifizierten Prüfung immer mehr auch *Erhebungen hinsichtlich des Gütegrades der Internen Kontrolle* durch. Das Ergebnis gibt dann Hinweise dafür, in welche Richtung und Tiefe die eigentlichen verfahrens- und ergebnisorientierten Prüfungshandlungen geführt werden sollen.

Das Bedürfnis nach einem gut funktionierenden Kontrollsystem ist in den letzten Jahren auch als Folge der Büroautomation immer größer geworden. Durch die *Datenverarbeitung mit Computern* und die damit verbundene *Erschwerung der Nachprüfbarkeit* der Einzelposten sind die organisatorischen Mittel einer funktionierenden Internen Kontrolle notwendig zur Vermeidung von Fehlern und zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität [6].

3. Der Controller als zuständige Person für das Rechnungswesen und die Planung

In Anlehnung an das Angloamerikanische und in Beachtung der erwähnten Grundsätze der Internen Kontrolle findet auch

[5] Freie Übersetzung aus dem Englischen, in Anlehnung an das Revisionshandbuch der Schweiz, Teil 4.2, S. 5.

[6] Einzelheiten siehe z. B. E. ZIMMERLI/K. LIEBL, Computermißbrauch – Computersicherheit, Ingelheim BRD/Küsnacht ZH 1984. Ferner vgl. ALLAN

bei uns in größeren Unternehmungen immer mehr eine Aufteilung der Finanzabteilung in zwei Bereiche statt, einerseits in jenen des *Controllers* und anderseits in jenen des *Treasurers,* wobei in der Praxis die Begriffe allerdings unterschiedlich verwendet werden [7].

Der Controller ist in der Regel gleichzeitig Chefbuchhalter und damit verantwortlich für das Rechnungswesen und dessen Auswertung. Sodann obliegt ihm die Kurz-, Mittel- und Langfristplanung und im Sinne einer allgemeinen Führungsaufgabe die laufende Kontrolle der getroffenen Anordnungen zur Erreichung der Unternehmungsziele, namentlich von Rentabilität und Wirtschaftlichkeit. *Der Controller ist nicht der interne Revisor* (Internal Auditor), wie auf den ersten Blick angenommen werden könnte. Chefbuchhalter nennen sich heute bereits häufig auch in der Schweiz «Controller» (so auch von der neuen Diplomprüfung für dipl. Buchhalter/Controller). Gegebenenfalls kann die Funktion des Chefbuchhalters von den übrigen Controller-Aufgaben auch getrennt werden.

Dem *Treasurer* sind in der Regel die Durchführung der Finanzoperationen, die Liegenschaften-, Wertschriften- und Beteiligungsverwaltung sowie die Liquiditätsüberwachung anvertraut. Beide, Controller und Treasurer, unterstehen bei diesem organisatorischen Konzept dem *Finanzchef* der Unternehmung.

Der sachgerechten Gestaltung der Pflichtenhefte (mit den einzelnen Aufgaben und Kompetenzen sowie der dazugehörenden Verantwortung) des Controllers, Treasurers und des über diesen stehenden Finanzchefs kommt in der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität besondere Bedeutung zu. Einerseits sind diese drei Stellen selbst Gefahrenherde, anderseits können sie durch ihre Tätigkeit Wirtschaftsdelikte in der Unternehmung verhindern.

4. Die Tätigkeit der Internen Revision, des sogenannten Revisorates oder Inspektorates

Große Unternehmungen, namentlich Konzerne besitzen immer häufiger ein eigenes internes *Revisorat* (auch Inspektorat

BRANDT, Die größten Computer-Betrugsfälle, in: Schweizer Treuhänder 2/1978, S. 2 ff.

[7] Einzelheiten siehe B. BAUMGARTNER, Die Controller-Konzeption, Bern 1980.

genannt). So ist kürzlich das 100. interne Revisorat in den Schweizerischen Verband für interne Revision aufgenommen worden[8]. Bei den *Banken* ist ab einer bestimmten Größe ein eigenes internes Revisorat erforderlich, so wenn Zweigniederlassungen bestehen oder die Bilanzsumme 300 Mio. Franken übersteigt oder über 50 Mitarbeiter beschäftigt werden[9].

Die *Aufgaben* der internen Revision beziehen sich vor allem auf verfahrensorientierte und organisationsbezogene Prüfungen, so insbesondere auf

- die System- und Organisationsüberwachung (was besonders im EDV-Bereich wichtig ist),
- die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung und Rechnungslegung,
- die Richtigkeit der internen Berichterstattungen,
- die ordnungsgemäße Tätigkeit einzelner Abteilungen, so Einkauf, Verkauf usw.,
- die Einhaltung der Konzernrichtlinien im allgemeinen und
- die Auswertung der Bilanz- und Erfolgsanalyse.

Es ist wichtig, daß die Interne Revision und die externe Revision ihre Arbeiten koordinieren und abstimmen, damit die Prüfungsarbeiten möglichst effizient gestaltet werden können.

5. *Die Abschlußprüfung durch die Kontrollstelle*

Die gesetzlichen *Aufgaben* der Kontrollstelle einer Aktiengesellschaft sind in den Art. 728 und 729 OR bzw. 723 OR (für größere Gesellschaften) umschrieben. Es geht dabei um vier *Feststellungen,* nämlich daß

- die Jahresrechnung mit der Buchhaltung übereinstimmt,
- die Buchhaltung ordnungsmäßig geführt ist,
- bei der Darstellung der Vermögenslage und des Geschäftsergebnisses die obligationenrechtlichen Bewertungsgrundsätze sowie allfällige besondere Vorschriften der Statuten eingehalten sind und
- der Gewinnverteilungsvorschlag des Verwaltungsrates Gesetz und Statuten entspricht.

[8] Schweizer Treuhänder 7-8/1985, S. 12.

[9] Forderung der *Eidgenössischen Bankenkommission* in einem Rundschreiben von 1970. Dadurch hat sich die Zahl der Bankinspektorate mit vollamtlichen Revisoren von damals 40 auf heute über 100 erhöht (erwähnt bei M. Watter, Die interne Revision im schweizerischen Kreditwesen, in: Zeitschrift Interne Revision, Frankfurt a. M., 3/1985, S. 129–149).

Die Verhütung von Unregelmäßigkeiten und deren Aufdekkung ist ein *Nebenziel* der ordentlichen Jahresabschlußprüfung. Es ist dies die sogenannte *präventive und detektive Wirkung der Revision.* In der Regel geht es dabei gegen deliktische Tatbestände in der Verwaltung, Buchführung oder Bilanzierung in Form von Verstößen gegen das Strafgesetz, wie Urkundenfälschung (Art. 251), Veruntreuungen (Art. 140), Betrug (Art. 148) und ungetreue Geschäftsführung (Art. 159). Es ist nicht Aufgabe der Kontrollstelle der Aktiengesellschaft, die *Geschäftsführung* systematisch zu prüfen (im Gegensatz zu den Aufgaben der Kontrollstelle bei der Genossenschaft und bei Personalvorsorgestiftungen).

Gemäß *Art. 729 Abs. 3 OR* sind indessen von der Kontrollstelle im Rahmen ihrer Arbeit wahrgenommene «Mängel der Geschäftsführung oder der Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften» der Stelle, die dem Verantwortlichen unmittelbar übergeordnet ist, und dem Präsidenten des Verwaltungsrates, in wichtigen Fällen auch der Generalversammlung mitzuteilen. Der französische Text des OR spricht von «irrégularités» (Mängel der Geschäftsführung), womit die Verletzung der Sorgfaltspflicht gemeint sein dürfte. Diese Bestimmung sowie jene der Einberufungspflicht einer Generalversammlung durch die Kontrollstelle, falls die Verwaltung untätig bleibt (Art. 699 Abs. 1 OR), gehen teilweise Richtung *Aufdecken und Einschreiten* bei Wirtschaftsdelikten.

Auch hat die Kontrollstelle im Falle einer *Unterbilanz* oder einer *Überschuldung* (Art. 725 OR) zu handeln, das heißt, im Kontrollstellbericht darauf hinzuweisen, beziehungsweise die Generalversammlung zu benachrichtigen[10]. Nach Art. 729 b Abs. 2 des Entwurfs zur Aktienrechtsreform hat die Revisionsstelle «bei offensichtlicher Überschuldung» künftig den Richter zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterläßt. Auch das wird ein Beitrag gegen die Wirtschaftskriminalität sein, ebenso wie die vorgesehene neue Prüfungspflicht von *Sacheinlage-Gründungen* und *-Kapitalerhöhungen*[11].

Die ordentliche Abschlußprüfung erfolgt immer – im Gegensatz zu einer Deliktsprüfung – *stichprobenweise,* wobei die Auswahl und Menge der Stichproben sich nach den Bedürfnissen der Hauptziele der Revision richten.

In den letzten Jahren haben im Rahmen der Abschlußrevi-

[10] Weitere Ausführungen zum Thema *Unterbilanz/Überschuldung* siehe Revisionshandbuch der Schweiz, Teil 3.4, S. 15 ff.

[11] Siehe Botschaft über die Revision des Aktienrechts, S. 44 ff.

sion die *verfahrensorientierten Prüfungen* – dazu gehört besonders die Prüfung der Internen Kontrolle – an Bedeutung gewonnen.

Heute unterhalten die großen Revisionsgesellschaften eigene Spezialistengruppen für besondere Bereiche der *EDV-Revision*. Dies ist notwendig, weil die dafür erforderlichen Fachkenntnisse nicht mehr bei jedem Bücherexperten vollumfänglich vorausgesetzt werden können. Damit soll auch präventiv gegen die *Computer-Kriminalität* ein Beitrag geleistet werden.

Die Prüfungen können gemäß *Spezialgesetzen* in einzelnen *Branchen* (z. B. besonders ausgeprägt bei den Banken) weitergehen als das Aktienrecht oder auch gemäß *Auftrag* besondere *Gebiete* betreffen. So ist beispielsweise von der bankengesetzlichen Revisionsstelle anläßlich der ordentlichen Bankenrevision auch die Einhaltung der *Sorgfaltspflicht-Vereinbarung*, welche vor allem zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und deren Abwendung aus unserem Lande geschaffen wurde, zu prüfen, und Verstöße sind der Schiedskommission sowie der Eidgenössischen Bankenkommission zu melden [12].

Die Revisionstechnik hat in den letzten Jahren in der Schweiz wesentliche Fortschritte gemacht (vgl. z. B. Revisionshandbuch der Schweiz).

Zur Frage der Aufdeckung betrügerischer Handlungen im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses hat die *Berufsorganisation der europäischen Bücherexperten (UEC)* eine Empfehlung herausgegeben, die auch über diesbezügliche Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers orientiert [13, 14].

[12] Gemäß Art. 12 der *Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht* der Banken bei der Entgegennahme von Geldern und die Handhabung des Bankgeheimnisses (VSB) vom 1. Juli 1982.

[13] Vgl. «Union Européenne des Experts Comptables Economiques et Financiers»: *UEC-Empfehlung zur Abschlußprüfung Nr. 12: Die Aufdeckung betrügerischer Handlungen im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses,* Oktober 1982. Diese Empfehlung faßt ihre Ausführungen wie folgt zusammen:

«7.1 Der Abschlußprüfer sollte bei der Prüfung des Jahresabschlusses die Möglichkeit betrügerischer Handlungen in Betracht ziehen. Planung und Durchführung seiner Prüfung sind so angelegt, daß er begründete Erwartungen hat, Darstellungen in diesem Jahresabschluß, die in wesentlichem Maße unrichtig sind und von betrügerischen Handlungen herrühren, aufzudecken. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, daß durch eine Abschlußprüfung alle betrügerischen Handlungen aufgedeckt werden, und für den Prüfer besteht keine Verpflichtung, nach ihnen zu suchen.

7.2 Die Geschäftsleitung ist für die Einrichtung, Beibehaltung und Handhabung eines wirksamen internen Kontrollsystems verantwortlich. Die

6. *Sonderprüfungen bei vermuteten Unregelmäßigkeiten*

Zur systematischen Aufdeckung von Unregelmäßigkeiten ist *allein eine Sonderprüfung* geeignet.

Diese Sonderprüfungen können von Fall zu Fall durch *interne* Mitarbeiter oder durch *externe* Beauftragte erfolgen. Werden interne Mitarbeiter beauftragt, die nicht zur internen Revision gehören, so müssen diese Mitarbeiter unabhängig sein, die nötigen Fachkenntnisse aufweisen und über die erforderliche Zeit verfügen. Häufig werden für solche Sonderprüfungen außenstehende Revisoren herangezogen.

Möglichkeit zur Begehung betrügerischer Handlungen wird durch ein wirksames internes Kontrollsystem vermindert, jedoch nicht ausgeschlossen. Der Abschlußprüfer beurteilt die Wirksamkeit derjenigen Einrichtungen der internen Kontrollsysteme, auf die er zu vertrauen gedenkt und bestimmt demgemäß die Konzeption seiner Prüfung.

7.3 Der Abschlußprüfer muß sich über die Bedeutung bewußt sein, die der Integrität der Geschäftsleitung zukommt. Solange seine Untersuchung keine gegenteiligen Nachweise erbringt, ist es angemessen, die Integrität der Geschäftsleitung als zufriedenstellend anzunehmen. Der Abschlußprüfer soll allerdings hinsichtlich etwaiger Anzeichen für mögliche betrügerische Handlungen aufmerksam sein.

7.4 Wenn der Abschlußprüfer die Vornahme betrügerischer Handlungen vermutet, so soll er seine Prüfungshandlungen im notwendigen Umfang ausdehnen, um seinen Verdacht zu bestätigen oder auszuräumen.

7.5 Wenn der Abschlußprüfer die Vornahme betrügerischer Handlungen aufdeckt, so soll er je nach Lage des Sachverhalts

a) die Geschäftsleitung der Unternehmung, die Verwaltung oder ein entsprechendes Organ sowie irgendwelche anderen Personen oder Stellen unterrichten, wie dies von den anzuwendenden gesetzlichen oder berufsrechtlichen Vorschriften gefordert wird;

b) die Abgabe einer eingeschränkten Bestätigung in den Fällen in Erwägung ziehen, in denen der Jahresabschluß nicht berichtigt wird oder nicht berichtigt werden kann;

c) wenn die betrügerischen Handlungen bereits veröffentlichte Jahresabschlüsse berühren, mit dem Mandanten Überlegungen hinsichtlich der für die Unternehmung bestehenden Notwendigkeit anstellen, eine Unterrichtung irgendwelcher Dritter vorzunehmen, von denen angenommen wird, sie vertrauen in diesen Jahresabschluß;

sowie

d) die Niederlegung des Mandats in Erwägung ziehen, entweder unmittelbar oder nach Abgabe eines entsprechenden Berichts.»

[14] Siehe auch N. SCHMID, Wirtschaftskriminalität und Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers, in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers, hrsg. von der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer, Zürich 1980, S. 143 ff.

Sonderprüfungen können auch als *Expertisen* von Gerichten im Rahmen eines Prozesses angeordnet werden [15].

Das *neue Aktienrecht* soll die *Institution der Sonderprüfung* bringen [16]. Danach haben Aktionäre, die einen bestimmten Stimmenanteil nachweisen müssen, das Recht, vom Richter einen Sonderprüfer einsetzen zu lassen, wenn sie glaubhaft machen, daß Gründer oder Organe Gesetz und Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben. Die *Sonderprüfung dient der Feststellung des Sachverhaltes* und «ist stets auf die Überprüfung der Verantwortlichkeit der Gründer und Organe ausgerichtet» [17].

7. *Zusammenfassung*

Zusammenfassend seien einige *Feststellungen und Thesen* auch im Hinblick auf die künftige Gesetzgebung, vor allem aber zur freiwilligen Beachtung in der Unternehmungsführung gegeben:

1. Die *Interne Kontrolle* in einer Unternehmung umfaßt die selbsttätige Überwachung durch in die Arbeitsvorgänge eingebaute Kontrollen und die Überwachungstätigkeit durch das Kader. Eine *mangelhafte* interne Kontrolle – beispielsweise eine ungenügende Trennung unvereinbarer Funktionen und Aufgaben oder eine fehlende Koordination und Abstimmung – begünstigen die Wirtschaftskriminalität. Beim Aufbau einer *Unternehmungsorganisation* sollten *bewußter* die Erfordernisse nach einem wirksamen internen Kontrollsystem berücksichtigt werden.

2. Großunternehmungen sollten heute ein *internes Revisorat* aufweisen mit klarem Pflichtenheft und möglichst unabhängiger Stellung. Eine Abstimmung der Arbeiten mit der externen Revisionsstelle ist dabei wichtig.

3. Die Kontrollstelle als *externe Revision* prüft die Ordnungsmäßigkeit von Buchführung und Rechnungslegung. Die Revision hat in bezug auf die Wirtschaftskriminalität eine *detektive* und eine *präventive Wirkung:* Im einen Falle deckt sie vorgekommene Fehler und Unregelmäßigkeiten auf, im andern Fall

[15] Siehe z. B. P. Hess, Die Entwirrung von Kriminalitäts-Fällen durch den Bücherexperten, in: Schweizer Treuhänder 2/1977, S. 8 ff.

[16] Siehe C. Helbling (Hrsg.), Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, Zürich 1984, S. 49 f.

[17] Siehe Botschaft über die Revision des Aktienrechtes, S. 91.

beugt sie vor und hilft, Mängel und Veruntreuungen zu verhindern. Dies ist aber ein *Nebenziel* der jährlichen Abschlußprüfung. Darauf sollte in der Revision indessen noch mehr geachtet werden.

4. Die Kontrollstelle prüft stichprobenweise, da dies für die Erfüllung der Hauptaufgaben der Revision genügt und die Kosten der Revision dem Nutzen angemessen sein müssen. Eine umfassende Revision sollte bei vermuteten Unregelmäßigkeiten als *Sonderprüfung* angeordnet werden.

5. Das Aktienrecht schreibt keine Prüfung durch professionelle Revisoren vor. Doch bei größeren Gesellschaften und besonderen Branchen sind heute *Laienrevisoren* überfordert, und zwar entweder in fachlicher oder in zeitlicher Hinsicht. Nicht von ungefähr legen die erfolgreichsten *amerikanischen Unternehmungen großen Wert* auf eine gut funktionierende Interne Kontrolle sowie auf eine qualifizierte externe Revision. Schweizer Unternehmungen sollten sich dessen noch vermehrt bewußt werden.

6. Ein *treuhänderischer Verwaltungsrat* ist gut beraten – gerade als Schutz vor Wirtschaftsdelikten –, sein Amt nur anzunehmen, wenn in der Unternehmung eine *ausreichende Organisation* besteht und eine *professionelle Revision* tätig ist, welche ihre Verantwortung auch tragen kann.

7. Es gehört zur *Sorgfaltspflicht der zuständigen Organe,* für eine angemessene und effiziente Organisation und Überwachung (Interne Kontrolle) in der Unternehmung besorgt zu sein. Der *Verwaltungsrat* trägt eine nicht zu unterschätzende Verantwortung für eine genügende Organisationsstruktur der Unternehmung. Viele Verwaltungsräte sind sich dessen nicht bewußt.

8. Die Interne Kontrolle und die Revision erbringen ihren *Beitrag zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* vor allem damit, daß sie *vorbeugend* wirken. Dazu ist notwendig, daß diese Überwachungsinstrumente in jeder Unternehmung angemessen ausgebaut sind.

9. Oft ist es nicht die Härte der Strafe, sondern vor allem die *Furcht vor der Aufdeckung* (und Bloßstellung), welche Wirtschaftskriminelle vor einer Tat zurückschrecken lassen. Auch daher ist die *Qualität der Internen Kontrolle und der Revision* von großer Bedeutung.

Dr. ROBERT KARRER, Rechtsanwalt Zürich:

Der Geschädigte vor dem Wirtschaftsstrafrecht

Der Geschädigte allgemein und der Geschädigte der Wirtschaftskriminalität wird normalerweise nicht besonders beachtet. Er ist nicht organisiert, es gibt für ihn keine Selbsthilfegruppen, er ist ein Stiefkind der Wissenschaft. Er hat selber meist auch keine Neigung ans Tageslicht zu treten und sich als Geschädigter zu profilieren. Um so eher ist es gerechtfertigt, seiner an dieser Veranstaltung doch auch noch kurz zu gedenken und etwas zu seinen besonderen Problemen gegenüber dem Wirtschaftsstrafrecht und dessen Durchsetzung im Strafverfahren zu sagen. Es muß dabei naturgemäß bei einigen punktuellen Beobachtungen aus der persönlichen Erfahrung bleiben.

Nun gibt es natürlich «den Geschädigten» als Typus nicht. Dafür sind die Sachverhalte viel zu verschiedenartig. Mir geht es – und das ist schon eine Einschränkung – vor allem um die Geschädigten in dem, was man die «wirtschaftlichen Beziehungsdelikte» nennen könnte. Bei ihnen ist das deliktische Handeln eingebettet in einer häufig langandauernden und intensiven wirtschaftlichen und persönlichen Beziehung zwischen Täter und Geschädigtem, z. B. als Geschäftspartner, als Arbeitgeber und -nehmer, als Auftraggeber – Beauftragter. Typisch sind die Delikte Veruntreuung und ungetreue Geschäftsführung. Diese Delikte unterscheiden sich in den Fällen, wo zwischen dem Geschädigten und dem Täter eine mehr zufällige Beziehung besteht, die sich auch nicht in der sonstigen wirtschaftlichen Sphäre des Geschädigten abspielen, wie z. B. betrügerische Warentermingeschäfte, Betrug mit gestohlenen oder gefälschten Wertpapieren oder Akkreditivdokumenten, usw.

Ich möchte nun zwei Anliegen besonders herausgreifen:

Beim ersten geht es um die Kontrolle oder besser Verfahrensherrschaft des Geschädigten im Strafverfahren. Was bedeutet das? Dort, wo das Offizialprinzip und das Legalitätsprinzip gelten, hat es der Geschädigte, wenn überhaupt, nur in der Hand, eine Strafanzeige zu erstatten oder nicht. Hat er dies einmal getan, entgleitet ihm das Verfahren vollständig; er kann zwar daran als Seitenwagenfahrer teilnehmen, aber nichts mehr steuern. Das ist für den Geschädigten aus zwei Gründen sehr unbefriedigend:

Zunächst: Der Geschädigte wäre in der Regel am allermeisten an einer raschen Schadentilgung interessiert als an der Bestrafung des Täters. Es ist eine alte Erfahrung, daß in vielen Fällen die Aussicht, vielleicht doch noch ohne Strafverfahren davonzukommen, den Täter zu wesentlich größern Anstrengungen veranlaßt, den Schaden zu decken als eine bereits eingeleitete Untersuchung oder gar Untersuchungshaft.

Sodann hat der Geschädigte oft guten Grund, dem Strafverfahren auch seinerseits mit gemischten Gefühlen oder – schöner gesagt – «ambivalent» gegenüberzutreten. Warum?

- Die Tat kann heikle Gebiete der Geschäftstätigkeit des Geschädigten berühren;
- Der Geschädigte kann früher mit dem Täter zusammen zweifelhafte Ziele angestrebt oder Geschäfte gemacht haben;
- Vor allem und sehr häufig: Der Geschädigte muß sich sagen und sagen lassen, er habe die Tat durch Führungs- und Organisationsmängel, durch mangelnde Vorsicht oder versäumte Kontrolle des Täters überhaupt erst ermöglicht oder erleichtert.

Schwarz und Weiß sind selten; Zwielicht und Halbschatten häufig. Der Geschädigte muß häufig zu Recht befürchten, im Strafverfahren selbst und allenfalls in der Öffentlichkeit der Kritik, dem Spott und der Schadenfreude ausgesetzt zu werden. All dies kann sich während des Verfahrens bis zur Unerträglichkeit steigern.

Dabei – und damit komme ich zum Ausgangspunkt zurück – werden alle diese Ungewißheiten durch die Einleitung des Strafverfahrens früh und ohne Korrekturmöglichkeit ausgelöst. Dies ist – ich wiederhole es – aus der Sicht des Geschädigten sehr zweischneidig und lähmt seinen Schwung. Ich bin auch sicher, daß deswegen in vielen Fällen überhaupt nie Anzeige erstattet wird. Unter dem Gesichtspunkt einer gleichmäßigen Durchsetzung der Rechtsordnung ist dies jedenfalls kein Vorteil. Ich habe mich daher schon oft gefragt – und ich spiele hiemit diese Frage auch Ihnen zu –, ob nicht auch im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts die Antragsdelikte wesentlich ausgeweitet werden sollten. Mindestens bei den wirtschaftlichen Beziehungsdelikten sind Veruntreuung und ungetreue Geschäftsführung, aber auch Betrug als Antragsdelikte für mich genau so gut denkbar, wie z. B. die Verletzung von Immaterialgüterrechten oder unlauterer Wettbewerb. Ich habe heute keine konkreteren Vorschläge, bin aber der Auffassung, es würde sich lohnen, darüber weiter nachzudenken. In die gleiche Richtung ginge

eine Abschwächung des Legalitätsprinzips in dem Sinne, daß das ausdrücklich – und in geeigneter Weise formalisiert – erklärte Desinteresse des oder der Geschädigten ein Einstellungsgrund für eine Strafuntersuchung wäre. In der Praxis wird dies – mit etwas schlechtem Gewissen – schon heute hie und da gehandhabt; m. E. würde sich hier eine gesetzliche Regelung rechtfertigen. Mehr Verfahrensherrschaft des Geschädigten ist insgesamt – etwas pointiert – sein petitum zu der vor allem seitens der Täter in Anspruch genommenen «Waffengleichheit» im Strafprozeß.

Ein zweites Anliegen: Ich möchte es mit dem Begriff «Strafverfahren als Unfalluntersuchung» umschreiben. Worum geht es? Es ist normal, daß im Wirtschaftsleben Fehler und Unregelmäßigkeiten auftreten, die zu Verlusten einzelner Beteiligter führen. Es ist ebenso normal, daß solche Unregelmäßigkeiten von diesen Geschädigten abgeklärt werden wollen, nicht in erster Linie, um Schuldige im strafrechtlichen Sinn bestrafen zu können, sondern um Schwachstellen gerade auch im menschlichen Bereich ausfindig zu machen und beheben zu können.

Sobald sich solche Vorgänge aber nicht ausschließlich firmenintern abspielen, sondern weitere Beteiligte, andere Firmen, Banken etc. involvieren, entstehen häufig unüberwindliche Probleme. Das Zivilrecht und -prozeßrecht versagt, weil z. T. die Beteiligten, gegen die vorzugehen wäre, gar nicht bekannt sind, oder weil die Tatsachen, die im Zivilprozeß behauptet werden müssen, erst noch zu ermitteln sind, oder – vor allem – weil die Beweismittel nur zwangsweise zu erheben sind.

Im See- und Luftrecht (und interessanterweise auch im schweizerischen Militärstrafprozeß) gibt es seit langem ein Untersuchungsverfahren zur objektiven Untersuchung von Unfällen: Dabei stehen auch die nötigen Zwangsmittel zur Verfügung. Bei «Unfällen» im Wirtschaftsrecht gibt es dies nicht. Ich möchte – dies sei gleich gesagt – nicht Schaffung eines neuen großen Apparats postulieren. Dagegen kann dort, wo die «Unfall»-Umstände strafbare Handlungen als wahrscheinlich oder auch bloß möglich erscheinen lassen, dieser Gedanke im Strafverfahren mitberücksichtigt werden. Die Geschädigten appellieren an das Verständnis der Strafuntersuchungsbehörden, wenn sie in solchen Fällen an der vordringlichen Abklärung des Handlungskomplexes, z. B. der Erhebung von Dokumenten, der Nachverfolgung von Banktransaktionen und übrigens auch der Sicherstellung der Beute, selbst dann interessiert sind, wenn der Täter nicht ermittelt werden kann oder wenn

zweifelhaft ist, ob ihm alle subjektiven Tatmerkmale nachzuweisen sind. Ich möchte nicht falsch verstanden werden. Ich weiß, daß in dieser Richtung schon viel geschieht. Aber man könnte auf diesem Weg noch weiter gehen. Ich glaube, daß die dadurch ermöglichte Prophylaxe im Sinne der Verbesserung von Sicherheitsvorkehren im ganzen ebenso wirksam wäre, wie die allfällige generalpräventive Wirkung der Bestrafung von Wirtschaftskriminellen.

Ich danke Ihnen.

2. *Allgemeine Diskussion*

Prof. L. DALLÈVES erteilt das Wort an die folgenden Diskussionsteilnehmer:

Prof. Dr. MARTIN SCHUBARTH, Bundesrichter:

Wirtschaftskriminalität ist ein übergreifendes Phänomen, d. h. ein Phänomen, das alle Rechtsgebiete beschlägt. Eine reelle Chance, das Problem in Griff zu bekommen, besteht deshalb nur, wenn Wissenschaft und Praxis ihre Scheuklappen zur Seite legen und bereit sind, nicht nur das eigene Gärtchen, will sagen: das eigene engere Arbeitsgebiet zu betrachten, sondern interdisziplinäre Zusammenhänge zu sehen und daraus Konsequenzen für den eigenen Bereich zu ziehen. Ich will versuchen, diesen Grundgedanken an einigen Beispielen zu skizzieren.

1. Beginnen wir mit einem Fall aus der Praxis der I. Zivilabteilung (BGE 109 II 327, Autoschieber): Der Käufer eines BMW erfährt nachträglich, daß dieser in Italien gestohlen wurde. Er ficht den Kaufvertrag wegen Grundlagenirrtums an. Das kantonale Obergericht schützt den Verkäufer u. a. mit der Begründung, die Rechtssicherheit spreche für die Gültigkeit des Vertrages, solange der Bestohlene das Auto nicht zurückverlange. Wir haben anders entschieden neben Gründen, die im Entscheid nachzulesen sind, auch aus der Überlegung, daß der Erstabnehmer von aus Italien eingeführten BMWs (im konkreten Fall ein Garagist im Tessin) das Risiko tragen soll, gestohlene Ware zurückzunehmen. Trägt er dieses Risiko, wird er kaum bereit sein, dubiose Wagen aus Italien anzukaufen. Dies

muß aber wieder Rückwirkungen auf das Geschäft der Autodiebe haben, das nur läuft, wenn sie skruppellose Erstabnehmer finden.

Was zeigt dieser Fall? Das Zivilrecht oder hier: die Art, wie Zivilrecht von der Justiz konkretisiert wird, kann kriminogene oder kriminalprophylaktische Wirkung haben. Bei der Konkretisierung von zivilrechtlichen Generalklauseln – und die Entscheidung, ob ein relevanter Grundlagenirrtum gegeben ist, ist nichts anderes als Konkretisierung einer Generalklausel – kann also der außerzivilrechtlichen Wirkung der Entscheidung Rechnung getragen werden. Hat von zwei Lösungsalternativen eine kriminalprophylaktische Wirkung, so wird dieser der Vorzug zu geben sein (vgl. hierzu auch den Beitrag von F. Rapp in der Festgabe zur heutigen Tagung, S. 285 f.: Die Annahme, der Schwarzarbeitervertrag sei zivilrechtlich nichtig, hat kriminogene Wirkung).

2. Die II. öffentlichrechtliche Abteilung hatte sich mit der Frage zu befassen, ob eine Bank steuerstrafrechtlich belangt werden kann, wenn sie Zahlungseingänge auf Wunsch des Kunden wieder storniert und diesen Storno im Kontoauszug nicht angibt. Im Hinblick auf die Bedeutung von Kontoauszügen für die Steuerveranlagung liegt es auf der Hand, daß eine derartige Praxis, die offenbar im Bankwesen gang und gäbe war (ob sie heute noch besteht, ist mir nicht bekannt), geeignet ist, Steuerbetrüge von Bankkunden zu fördern. Soll der Ruf nach Verhinderung von Steuerbetrug nicht ein pharisäerhaftes Lippenbekenntnis sein, dann ist die geschilderte Praxis zu unterbinden, gegebenenfalls durch eine zusätzliche Strafnorm, die die Strafbarkeit der juristischen Person auch für derartiges Verhalten vorsieht, insbesondere wenn die Bank ihre EDV-Anlage von vornherein so programmiert, daß derartige Storni auf dem Kontoauszug nicht erscheinen. (Das Bundesgericht hat angenommen, daß die Bank als juristische Person für eine derartige Praxis nach geltendem eidgenössischem Steuerstrafrecht nicht belangt werden kann; Urteil vom 22. März 1985).

3. Damit wären wir bei der Gesetzgebung angelangt. Will man Wirtschaftskriminalität verhindern, dann hat man zu prüfen, ob und inwieweit das geltende Recht kriminogene Wirkung hat. Ein typisches Beispiel ist der Insidermißbrauch. Dieser wird durch das geltende Börsen-, Aktien- und Bankenrecht gefördert (vgl. dazu meinen Beitrag in der Gedächtnisschrift für

Peter Noll, 1984, 303 ff.). Will man einen ernsthaften Versuch machen, Insidermißbrauch zu verhindern, dann muß man den Hebel primär in den genannten außerstrafrechtlichen Gebieten ansetzen und kann höchstens zusätzlich eine Strafnorm vorsehen. Die Botschaft Insidergeschäfte (vom 1. Mai 1985, BBl 1985 II 69 ff.), die sich auf den Erlaß einer Strafnorm beschränken will, ist demgegenüber typisch für das eingangs erwähnte Scheuklappendenken, mit dem man Wirtschaftskriminalität nicht in Griff bekommen kann.

Die heutige Tagung mit ihrem Generalthema, zu dessen Wahl der Vorstand unseres Vereins eine glückliche Hand hatte, wird, so hoffe ich, dazu beitragen, daß in Zukunft die geschilderten Zusammenhänge deutlicher beachtet werden und die rechtswissenschaftlichen Fraktionen wieder vermehrt über ihre Grenzen hinaus zu denken beginnen. Wie ein erster Blick in die Festgabe, die uns gestern überreicht wurde, zeigt, ist mit diesem Werk ein wichtiger Akzent in dieser Richtung gesetzt worden.

Dr. iur. LUTZ KRAUSKOPF, Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz:

Unter dem Stichwort «Zielkonflikt» möchte ich zunächst auf den gestrigen Tag zu den Hauptreferaten zurückkommen und anschließend noch einige Gedanken zu den Interventionen der Herren HIRSCH und SCHUBARTH anstellen.

Beide Herren Referenten heben die Rechtstatsachenforschung als Voraussetzung einer jeden Gesetzgebung hervor (SCHMID, S. 227, ROBERT, S. 133). Ebenso wird auf die Wichtigkeit einer synchronen Gesetzgebung hingewiesen (SCHMID, S. 230–240). Beide Forderungen bilden auch m. E. die Grundlage für eine effiziente Gesetzgebung im Kampfe gegen die Wirtschaftskriminalität. Frau Bundesrätin KOPP hat dargelegt, daß gerade die Koordination der einschlägigen Revisionspakete im Bereiche des Vermögensstrafrechts, des Aktien- und des Zwangsvollstreckungsrechts mit Sorgfalt bisher erstellt wurde. Rechtstatsachenforschung und synchrone Gesetzgebung beseitigen aber (leider) nicht Zielkonflikte im Rahmen neuer gesetzlicher Bestimmungen. Ich denke an Zielkonflikte, wie sie durch einen überlappenden Rechtsgüterschutz vorgegeben sein können. Lassen Sie mich das mit einem Beispiel aus dem Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts illustrieren.

Mit Blick auf eine betreibungsrechtliche Präventivwirkung kommt dem Artikel 8 SchKG große Bedeutung zu: «Jedermann, der ein Interesse nachweist, kann die Protokolle (der Betreibungs- und Konkursämter) einsehen und sich Auszüge aus denselben geben lassen.»

Vorausschicken möchte ich, daß mit dem Terminus «Protokolle» sämtliche Betreibungs- und Konkursakten gemeint sind (BGE 93 III 4; 99 III 41) und daß das Auszugsrecht ebenso weit geht wie das Einsichtsrecht (BGE 102 III 61).

Unbestritten ist, daß die Auskunftserteilung nach Art. 8 SchKG als Mittel zur Prävention von Wirtschaftsdelikten geradezu prädestiniert ist.

Gleichwohl herrscht Unsicherheit, wenn es darum geht, den Anwendungsbereich von Artikel 8 SchKG abzustecken. Der Zielkonflikt ist folgender:

Dem Interesse der Gläubiger, vor unredlichen Schuldnern geschützt zu werden, steht das Interesse des Schuldners auf Schutz seiner Persönlichkeit, bzw. seiner Daten vor ungerechtfertigtem Zugang entgegen.

Dieses Dilemma, das auch SCHMID sieht (S. 231), kann nur durch dreierlei legislatorische Maßnahmen beseitigt werden, um die an sich scharfe Klinge der betreibungsrechtlichen Informationsquelle nicht stumpf werden zu lassen.

– Erstens muß verhindert werden, daß als zahlungsunwilliger/unfähiger Schuldner in den Akten des Betreibungsamtes eine Person erscheint, die in Wahrheit gar nicht Schuldner ist. Es liegt eine schlichte Verwechslung vor. Ein entsprechender Anspruch auf Berichtigung – obwohl an sich selbstverständlich – fehlt im SchKG.

– Zweitens sollte ein Anspruch auf Löschung einer eingeleiteten Betreibung vorgesehen werden. Ich denke nicht an die Verjährung einer Forderung aus Verlustschein. Hier schlägt die Expertenkommission bekanntlich eine Frist von 30 Jahren vor. Mir geht es vielmehr um jene kreditschädigenden Betreibungen, die von einem Gläubiger angehoben werden, obwohl er weiß oder wissen muß, daß die richterliche Überprüfung ergeben wird, daß seine Forderung gegenüber dem betriebenen Schuldner materiell nicht oder wenigstens nicht in dieser Höhe besteht. Auf Rechtsvorschlag hin hört man nichts mehr vom Gläubiger oder er einigt sich schnell mit seinem «Schuldner», der jedoch weiterhin als Betriebener mit der ursprünglich eingegebenen Forderung in den Büchern des Amtes figuriert. Ein Anspruch auf Löschung einer an sich formell richtig eingeleiteten, mate-

riell aber anfechtbaren Betreibung versteht sich nicht von selbst und ergibt sich schon gar nicht aus dem geltenden SchKG.

Meine Forderung:
Anläßlich der Revision des SchKG sollte ein Berichtigungs- und Löschungsanspruch formuliert werden.

Damit könnte man jedenfalls 2 Postulanten aus dem Bereich des Persönlichkeits- und Datenschutzes entsprechen: Berichtigung und Löschung von Daten aus höherwertigen personen-, und nicht schuldnerspezifischen Interessen. Ein wesentlicher Zielkonflikt des Artikels 8 SchKG wäre beseitigt.

Bleibt als letzte und doch noch hauptsächliche Schwierigkeit/Unsicherheit die eigentliche Interpretierung von Artikel 8 SchKG.

Der geltende Gesetzestext schafft Rechtsunsicherheit in der Praxis bei der Auskunftserteilung der Ämter, in Literatur und in Rechtsprechung.

Die Praxis der Ämter versteht den Interessennachweis nicht selten im Sinne einer formellen Beweiserhebung und verlangt die Vorlage von Dokumenten. Die ältere Literatur beurteilt dieses Interesse als ein besonderes und gegenwärtiges mit rechtlichem Hintergrund (JAEGER, Kommentar 1911, No. 4 und 5 zu Art. 8; BLUMENSTEIN, Handbuch, S. 45). Bloßes Glaubhaftmachen genüge nicht. AMONN (Grundriß, S. 32) hält nur ein erhebliches Interesse rechtlicher Natur für schutzwürdig. FRITZSCHE-WALDER (Bd. I, S. 166) verlangt zwar auch ein besonderes und gegenwärtiges Interesse, doch kann dieses rechtlicher, finanzieller oder anderer Art sein. Die Anforderungen an dieses Interesse dürfen zudem nicht überspannt sein. Das Einsichtsrecht soll primär den Kredit eines potentiellen Gläubigers schützen. Artikel 8 wäre seines Sinnes beraubt, wenn in jedem Fall der Nachweis zu erbringen wäre, daß vertragliche Beziehungen schon bestehen.

Die Rechtsprechung vollführte eine interessante Gratwanderung. Zunächst verlangte man nur, es sei glaubhaft zu machen, diejenige Person, gegen die sich ein Gesuch richte, sei ein potentieller Schuldner (BGE 52 III 73). Der Interessennachweis wurde und wird als Glaubhaftmachen des Interesses verstanden und in der Folge in ständiger Rechtsprechung so interpretiert, daß das Glaubhaftmachen regelmäßig mit Unterlagen zu belegen sei (BGE 105 III 38; 102 III 61; 99 III 41; 94 III 43; 93 III 3).

Wichtig scheint mir, daß die Revision des SchKG auch den Bedürfnissen des aufmerksamen potentiellen Gläubigers Rech-

nung trägt. Ich denke an jenen potentiellen Gläubiger, der nicht in der Lage ist, sein Auskunftsbegehren mit Unterlagen, sondern nur mit Worten zu belegen. Es kann und darf ihm nicht verunmöglicht werden, sich in einem möglichst frühen Zeitpunkt, jedenfalls vor Vertragsabschluss über die Solvenz und Zahlungsmoral seines zukünftigen Vertragspartners und Schuldners zu informieren.

Ich meine also:

- daß dem betriebenen Nichtschuldner neu von Gesetzes wegen ein Berichtigungsanspruch zur Verfügung gestellt werden muß;
- daß für den ungerechtfertigt betriebenen Schuldner ebenfalls neu ein Löschungsanspruch vorzusehen ist;
- und daß damit den potentiellen Gläubigern rascher und großzügiger Auskunft erteilt werden kann und muß.

Ein Interesse glaubhaft machen heißt, einen Sachverhalt plausibel, glaubwürdig schildern (ohne Belege). So gesehen sollte auch eine telefonische Auskunftserteilung möglich sein.

Nur wenn diese Möglichkeit der Prophylaxe einfach zugänglich gemacht wird, vermag auch sie effizient zu sein. Artikel 8 SchKG ist – mit Blick auf die Verhinderung von Verlusten in Milliardenhöhe, wovon ein Teil auch Deliktssumme ist – vielleicht die wirksamste, weil von einer staatlichen Stelle objektiv geführte Informationsquelle. Wird der Zugang erschwert, machen wir aus dem Datenschutz einen Schutz *von* kriminellen Schuldnern und nicht *vor* solchen Personen. Das aber wollen wir doch alle nicht.

Und nun noch ein Wort zu den Voten der Herren HIRSCH und SCHUBARTH.

Herr HIRSCH hält dafür, ohne besondere Strafrechtsnorm das Insiderproblem besser regeln zu können. Ein Code de Conduite oder die Konvention XVI der Schweizerischen Bankiervereinigung würden genügen. Würde man dem folgen, müßte der Bundesrat seinen Entwurf für eine Norm (Art. 161 StGB) zurückziehen und gleichzeitig eine Revision von Artikel 162 StGB (Verrat von Geschäftsgeheimnissen) in dem Sinne einleiten, daß Artikel 162 StGB nicht mehr jene Insiderfälle erfassen soll, die derzeit abgedeckt werden. Zudem würde die Insiderproblematik – im Falle der Konvention XVI – nur im Verhältnis zu den USA geregelt sein! Eine eigenartige Gesetzgebungspolitik. Nach Artikel 11 Absatz 2 der Konvention XVI fällt dieselbe mit Inkrafttreten einer Insiderstrafnorm dahin. Das ist auch gut so und vor allem richtig. Tatsächlich haben wir es z. Zt. zu tun

mit einer Konvention, die sich als eine Vereinbarung zwischen einer schweizerischen Privatorganisation (Bankiervereinigung) und einer ausländischen Behörde (Securities and Exchange Commission, SEC) versteht. Auf Grund dieses kuriosen Provisoriums wird von einer privatrechtlichen Kommission (Kommission Forstmoser) der SEC Rechtshilfe geleistet, ohne sich an die Mechanismen des Staatsvertrages Schweiz–USA von 1977 halten zu müssen. Ich möchte mich entschieden für die Einführung einer Strafnorm aussprechen und im wesentlichen aus den folgenden Gründen:

- Einheitliche und umfassende Regelung eines Tatbestandes in einem Bundesgesetz und nicht zwischen Partnern in einem Vertrag;
- Vermeidung von Nachfolgebegehren anderer Staaten, die schon in den Startlöchern sitzen, um auch ein solches Provisorium der Schweiz abzuringen;
- Garantie eines rechtsstaatlich einwandfreien Verfahrens ist jedenfalls dann gegeben, wenn die Mechanismen des Vertrages USA–Schweiz zur Anwendung kommen, und damit ist auch die
- Garantie unserer Souveränität verstärkt vor extraterritorialer Anwendung von US-Recht/Jurisdiktion.

Herr SCHUBARTH wirft dem Bundesrat vor – diametral dem Votum von Herrn HIRSCH entgegengesetzt – er legiferiere mit Scheuklappen. Während Herr HIRSCH auf eine Art Selbstregulierung abstellt, verlangt Herr SCHUBARTH eine größere Regulierungsdichte. Nun, ich glaube nicht, daß der Bundesrat mit Scheuklappen vorgegangen ist. Ich möchte darauf aufmerksam machen, daß schon nach geltendem Aktienrecht (Art. 722 I OR) die Verwaltungsratsmitglieder einer allgemeinen Treuepflicht unterstehen. Diese allgemeine Treue- und Sorgfaltspflicht wird durch Artikel 717 des Entwurfes für die Revision des Aktienrechts ausdrücklich auf alle Belange der Gesellschaft bezogen. Das Aktienrecht versteht sich somit als flankierende Maßnahme zur Strafrechtsnorm und will bedeuten, daß

- die Verwaltung sich Insidergeschäften zu enthalten hat,
- die Verwaltung solche Geschäfte nach Möglichkeit verhindern sollte,
- die Verwaltung bei der Aufklärung von verbotenen Geschäften mitzuwirken hat.

Ich komme zum Schluß und fasse zusammen: So schlecht ist die Vorlage des Bundesrates wahrlich nicht.

Prof. Dr. ADRIAN STAEHELIN, Universität Basel:

Erlauben Sie mir eine kurze Bemerkung zur Justizorganisation im Bereich der Wirtschaftsdelinquenz. Die Idee einer besonderen Wirtschaftsstrafkammer nach Berner oder Zürcher Vorbild, die als Spezialkammer ausschließlich über Wirtschaftsdelikte urteilt, hat prima vista etwas Bestechendes für sich. Vielleicht interessiert es Sie zu wissen, daß auch hier im Kanton Basel-Stadt die Frage unlängst auf einen entsprechenden parlamentarischen Vorstoß hin diskutiert worden ist. Man hat indessen erkannt, daß sich das Vorhaben schon aus rein praktischen Gründen kaum verwirklichen läßt, ganz abgesehen von der grundsätzlichen Problematik von Spezialgerichten. Die Fälle, bei denen der Einsatz einer Wirtschaftsstrafkammer mit Spezialkenntnissen sinnvoll wäre, sind nicht häufig und treten in unregelmäßigen Abständen auf. Auch ließen sich für die wochen- oder monatelang dauernden Verhandlungen, denn in Basel herrscht immer noch das Unmittelbarkeitsprinzip, kaum sachverständige nebenamtliche Richter finden. Hauptproblem der Wirtschaftsdelikte für die Gerichte bildet jedenfalls hier in Basel weniger die Qualität als die Quantität der Delikte eines einzigen Täters und die damit zusammenhängende lange Verfahrensdauer. Dem kann wohl nur durch eine beschränkte Zulassung des Opportunitätsprinzipes begegnet werden. Der Verzicht auf die strafrechtliche Verfolgung minder wichtiger Delikte verletzt freilich die Interessen der Geschädigten, u. a. weil sie ihre Ansprüche nicht mehr adhäsionsweise geltend machen können. Die Erfahrung zeigt zwar, daß bei Wirtschaftsdelikten die Gläubiger beim Täter selber kaum etwas holen können und die Betreibungen zu Verlustscheinen führen, zumal wenn die Aktiven von den Strafverfolgungsbehörden zur Deckung der enormen Verfahrenskosten beschlagnahmt worden sind. Oft ist jedoch der Geschädigte aus einem anderen Grund an der Durchführung des Strafverfahrens interessiert, nämlich um sich die erforderlichen Beweise für den Zivilprozeß zu verschaffen und zwar für den Zivilprozeß nicht gegen den hablosen Täter, sondern gegen Dritte, die ihm vertraglich oder außervertraglich für den entstandenen Schaden haften, z. B. aus Geschäftsherrenhaftung, Organhaftung, Haftung der Kontrollstelle; zu denken ist auch an die actio Pauliana. Jeder Wirtschaftsstraffall ist Quelle zahlreicher Zivilverfahren, welche die Geschädigten gegen Dritte führen müssen. Hier stellt sich übrigens die Frage, ob die Geschädigten in Zwangsgemein-

schaften zusammengeschlossen werden sollen. Eine gesetzliche Regelung dürfte indessen mehr Probleme aufwerfen als lösen. Im Zivilprozeß besteht ja schon de lega lata die Möglichkeit, daß sich Geschädigte mit gleichartigen Forderungen im Prozeß zu einer sogenannten freiwilligen Streitgenossenschaft zusammenschließen. Generell ist zu sagen, daß das geltende Recht oft mehr Lösungen bietet, als man auf den ersten Blick annimmt, und es sollte der Ruf nach dem Gesetzgeber die ultima ratio sein.

Dr. PAUL A. CARTER, Ascona:

Ich darf ganz kurz zu einigen Ausführungen der Referenten und von PAOLO BERNASCONI Stellung nehmen.

1. Zunächst ist es für einen Juristen nicht sehr erfreulich zu hören, daß er angesichts der ähnlichen sozialen Kreise, denen er entstammt, eine «weiche Linie» gegen eine Delinquenz des Unternehmers oder der Geschäftsleitung einnehme. Dieser Vorwurf zieht sich wie ein roter Faden durch das hervorragende Referat von Prof. ROBERT. Aus psychologischen Gründen hätte eigentlich längst eine Umkehr stattfinden und das Gegenteil bewirken müssen, denn je wirtschaftsfreundlicher Magistrate und Richter sind, desto mehr müßten sie darauf bedacht sein, der Wirtschaft eine saubere Weste zu erhalten. Sie sollten die Delinquenten weder schonen noch die Wirtschaftskriminalität in irgendeiner Form entschuldigen oder bagatellisieren. Die angeführten Zitate aus dem WALL STREET JOURNAL über die *soft line* gegenüber dem *white collar crime* muß etwas selektiver betrachtet werden: Was eine Regierung, die die Wirtschaft aus den Fesseln einer vorangegangenen Reglementation befreien und eine echte freie Marktwirtschaft wieder herstellen will, anvisiert, ist eine verschiedenartige Haltung zu gewissen Delikten:

2. Sie unterscheidet zwischen Vergehen gegen sehr bestrittene wirtschaftspolitische Maßnahmen, wie Anti-Trust, Valuta- und sog. unlautere Wettbewerbsdelikte in ihrer rigiden Auslegung, von echten Vergehen im Rahmen der allgemeinen Geschäftstätigkeit, wie Urkundenfälschung, Betrug, Veruntreuung usw. Dazwischen liegen die Grenzdelikte wie Börsenwertschriften- und Fiskaldelikte. Bezüglich der zweiten und dritten Kategorie zeigt die Bestandesaufnahme der Kampfmaßnahmen seitens der Regierungen in den angelsächsischen Ländern,

daß es nicht so schlecht bestellt ist. Denn darauf kommt es an: Man ist endlich davon abgekommen, das Strafrecht als kollektive Verwerfung von sozialen Mißständen zu betrachten. Man hat rechtzeitig erkannt, daß das Kind nicht mit dem Bade ausgeschüttet werden soll. Der Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität darf die Wirtschaft nicht abwürgen.

3. Erfreulich ist daher, daß in diesem Sinne der im Detail vorgelegte Vorentwurf zur Strafrechtsrevision des Referenten Prof. SCHMID keine wesentlich neuen Normen enthält. Man sollte sich der Kritik der Eliminierung der allgemeinen Falschbeurkundung vielleicht anschließen, um Bilanz- und Ertrags-Manipulationen zu erfassen. Man schützt nicht nur die Kreditoren sondern auch die Investoren, wenn schärfere Maßstäbe gegenüber der Unternehmensleitung angelegt werden. Mit einer Forderung nach mehr Transparenz schafft man kein schlechtes Geschäftsklima. Im Gegenteil: Das echte Anlagekapital, das für eine positive wirtschaftliche Entwicklung benötigt wird, wird nicht nur vor exzessiven Forderungen der Gewerkschaften und vor übersetzten Kontrollen durch die Behörden, sondern auch vor Manipulationen der Geschäftsführung geschützt. Das gilt insbesondere für die modernen noch zu kodifizierenden Delikte im Zusammenhang mit der Sorgfaltspflicht der Banken und den Insider-Transaktionen.

4. Erlauben Sie mir noch einige Bemerkungen zur Rechtshilfe, die unter dem Deckmantel sogenannter Verwaltungs-Strafsachen und transnationaler Gerichtsbarkeit durch amerikanische Gerichte in einen Zustand permanenter Pression geraten ist. Man hat den US-Behörden schnelle, zügige Rechtshilfe zugesagt. Warum aber soll Rechtshilfe zügiger sein als ein internes Verfahren? Man muß nicht unbedingt im Artikel 3 Abs. 3 IRSG – Fiskalbetrug – einen Kodifikationsfehler sehen, wenn man die Norm strikt als absolut freiwillige Hilfe und nicht als ius cogens betrachtet. Darüber hinaus gilt es, im Gegensatz zur Auslegung, wie sie von PAOLO BERNASCONI angestrebt wird, eine Pönalisierung von Valutavergehen in unseren Nachbarländern zu vermeiden, selbst wenn damit ein Fiskaldelikt verbunden wäre. Das kann nicht unsere Aufgabe sein. Auch sehe ich darin keine aktive Beihilfe zur Kapitalflucht. Wofür ich plädiere, ist das strikte Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit einer Handlung, unter Berücksichtigung der Motivation des Täters als Prärequisit der Rechtshilfe. Das gilt auch in bezug auf das Insider-Gesetz bis zu dessen Inkrafttreten. Bis dahin bleibt man einer Reihe von exterritorialen Gerichtsstands-Versuchen

von Amerika ausgesetzt. Es gilt heute, in dieser Richtung den amerikanischen Behörden, der Legislative und den Gerichten gegenüber immer wieder für Kooperation anstatt Konfrontation zu plädieren, wie z. B. im Juni d. J. Herr Dr. GALLIKER, Verwaltungsratspräsident des Bankvereins, vor der Swiss-American Chamber of Commerce in seiner Rede über International Law Enforcement–Cooperation instead of Confrontation getan hat. Anläßlich der Londoner ABA Convention hat man ausgiebig im «Litigation Committee» über die recht völkerrechts-fragwürdigen exterritorialen Gerichtsbarkeitsentscheide der verschiedenen Circuit Courts gesprochen. Es geht ja für den Vollzug nichts an der Rechtshilfe vorbei. Da aber die Rechtshilfe für Verwaltungsverfahren – wie sie nun einmal von der SEC praktiziert werden – nicht gilt, bleibt wohl nichts übrig, als das gegenwärtige, auf Strafsachen limitierte Abkommen entsprechend zu erweitern, denn wir wollen ja weiterhin an den Weltmärkten engagiert bleiben und trotzdem völkerrechtswidrige Maßnahmen nicht akzeptieren.

Ich möchte schließen mit einem Zitat Aldo Moro's:
«Il prezzo purtroppo che siamo costretti a pagare per la libertà è altissimo. Dovremo accettarlo – però proviamo di riparare il tetto quando c'è ancora un po' di sole.»

GEORG FRIEDLI, Fürsprecher, Bern:

Die gestrigen Referate von Frau Bundesrätin KOPP und Herrn Staatsanwalt BERNASCONI haben mich zu einem spontanen Votum veranlaßt. Die Referate von heute haben neue Nahrung für einen Kommentar abgegeben.

In Zusammenhang mit Insidergeschäften hat Frau Bundesrätin KOPP die Strafwürdigkeit von derartigen Geschäften hervorgehoben. Die Argumente für die Strafwürdigkeit von Insidergeschäften beschränken sich nicht nur auf Transaktionen, die an der Börse getätigt werden, sondern beziehen sich ebenfalls – als Beispiel – auf Geschäfte auf dem Liegenschaftsmarkt. Die Strafwürdigkeit von sog. Insidergeschäften entspricht heute der herrschenden Auffassung in der Schweiz[1].

[1] STRATENWERTH, Zum Straftatbestand des Mißbrauchs von Insiderinformationen, in: Festschrift für Frank Vischer, 1983, S. 667; FORSTMOSER, Effektenhandel durch Insider, 1974, S. 7 ff.; Colloque international, L'avant-projet de la loi fédérale sur les opérations d'initiés, 1984, S. 67 ff.; Botschaft vom 1. 5. 1985 zur Revision von Art. 161 StGB, BBl 1985 II 71 mit Hinweisen sowie S. 75; u. a.

Ich möchte diese verpönten Geschäfte zum Anlaß nehmen, um einen Aspekt im Referat von Herrn Staatsanwalt PAOLO BERNASCONI zu beleuchten bzw. um in die Ausführungen noch ein anderes Gewicht einzubringen, das von Herrn BERNASCONI am Rande, glaublich in einem Satz, erwähnt worden ist. Herr BERNASCONI hat das – nicht definierte – Problem der Wirtschaftskriminalität aus der Sicht des Staatsanwaltes in treffender Weise ausgeleuchtet.

Es gibt noch eine andere Seite: Den Schutz des Unschuldigen, der in das Räderwerk der internationalen Rechtshilfe gerät. Seit knapp 5 Jahren hatte ich aus der Sicht des Praktikers Gelegenheit zu beobachten, wie oftmals der unschuldige Bankkunde und dessen Interessen vergessen werden beim Versuch, an die Identität von möglichen Delinquenten zu gelangen.

Ein *Beispiel* aus dem Gebiet der soeben erwähnten Insidergeschäfte: Mr. Crook als Verwaltungsrat einer zu übernehmenden Gesellschaft gibt Mr. Shady heute, am 8. September 1985, irgendwo auf der Welt einen unerlaubten Börsentip über einen bevorstehenden Unternehmenszusammenschluß, was nach heutiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Verrat von Geschäftsgeheimnissen (Art. 162 StGB) qualifiziert wird [2].

Die amerikanischen Behörden erlangen Kenntnis vom unerlaubten Geschäftsgebaren der Herren Crook und Shady. Sie finden heraus, daß Mr. Crook und Mr. Shady am 9. September 1985 aufgrund der ausgetauschten Information in New York je 1000 Aktien Eastman Kodak, deren Wert später gestiegen ist, gekauft haben.

Ungefähr zwei Jahre später, sagen wir im August 1987, stellen die amerikanischen Behörden bei der schweizerischen Zentralstelle ein Rechtshilfegesuch. Sie verlangen Auskunft aber die Identität *aller* Bankkunden, die seinerzeit am 9. September 1985 Titel oder Optionen Eastman Kodak gekauft haben. Die Begründung: Es liege zwischen Mr. Crook und Mr. Shady ein Delikt nach Art. 162 StGB vor. Die doppelte Strafbarkeit unter Art. 4 des Staatsvertrages zwischen der Schweiz und den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sei erfüllt. Es könnte ja sein, so die Begründung der ausländischen Behörden, daß sich hinter einer Transaktion Mr. Crook oder Mr. Shady oder Bekannte von diesen verbergen.

[2] BGE 109 I b 47 ff.; BGE vom 26. 1. 1983 und vom 16. 5. 1984, i. S. *Santa Fe*, teilweise publiziert in: Colloque international, L'avant-projet de la loi fédérale sur les opérations d'initiés, S. 308 ff.

Ein derartiges Ersuchen ist nicht Theorie, sondern Praxis. Es kann zehn, fünfzig, hundert oder mehrere tausend Bankkunden betreffen, die aus was für Gründen auch immer, am 9. September 1985 Eastman Kodak Titel oder Optionen gekauft haben. Es kann Sie, die hier Anwesenden, oder es kann einen ausländischen Kunden in Frankreich, Japan, Libyen, Libanon, Irak oder Iran treffen. Es stellen sich eine Menge juristischer und praktischer Probleme, auf die ich hier nicht eintreten will.

Worauf ich hinaus will, ist folgendes: Unschuldige Kunden finden sich plötzlich verwickelt in ein Verfahren vor den Bundesbehörden, in ein Vollstreckungsverfahren vor den kantonalen Behörden und letztlich in ein Verfahren im Ausland, in New York, Philadelphia oder Boston je nach Börse, wo die Transaktion getätigt worden ist. In der Regel hat der Kunde auch keinen Einfluß, an welcher dieser möglichen Börsen die Transaktion letztlich ausgeführt wird. Unannehmlichkeiten und für unsere Verhältnisse unvorstellbare Kosten sind die eine Folge. Kosten von US$ 100 000.–, US$ 300 000.– oder US$ 500 000.– sind in derartigen Fällen keine Seltenheit. Ein Kostenersatz im Falle des Obsiegens im ausländischen Verfahren in den USA gibt es nicht. Der Kunde hat auf jeden Fall Honorare und Auslagen zu bezahlen.

Viel schlimmer, und es ist dieser Aspekt, den ich in den Diskussionen immer und immer wieder vermißt habe: Die Identität des Bankkunden muß preisgegeben werden. Der Name des Kunden, Hinweise auf allfällige Bevollmächtigte und andere Angaben verlassen die Bank, gelangen im schlimmsten Fall in den ersuchenden Staat. In den USA zum Beispiel gilt der Grundsatz der Öffentlichkeit in weit ausgeprägterem Maße als wir ihn hier kennen. Der Kunde muß damit rechnen, seinen Namen in den Zeitungen zu finden. Für die hier Anwesenden würde dies kaum schlimme Folgen haben. Ein in Iran, in Libanon oder in Ägypten lebender Kunde muß mit Sanktionen für sich und seine Familie rechnen, die ihn an Leib und Leben gefährden oder die die Konfiskation seines Vermögens zur Folge haben können.

Geraten diese Kunden in die Maschinerie der Rechtshilfe, stehen für sie essentielle, mitunter existentielle Interessen auf dem Spiel. Sie geraten denn auch bisweilen in Panik. Um so stoßender ist eine solche Situation bei unschuldigen Kunden. In unserem Beispiel wären es die Kunden, die aus irgendwelchen Gründen, unabhängig von Mr. Crook und Mr. Shady, am 9. September 1985 Eastman Kodak gekauft haben.

Sagen Sie mir, was sollen diese Bankkunden tun und welchen Schutz bietet ihnen unsere Rechtsordnung?

1. Die Konvention XVI der Schweizerischen Bankiervereinigung verlangt von ihnen einen negativen Nachweis (Art. 5), nämlich daß sie *nicht* Insider sind. Dieser negative Nachweis dürfte ein stoßendes Unikum sein, schlecht vereinbar mit der uns bekannten Unschuldsvermutung.

2. Auch der Staatsvertrag verlangt einen negativen Beweis: daß der Kunde kein Beteiligter, sondern ein unbeteiligter Dritter ist[3]. In einem solchen Fall wird die Rechtshilfe bejaht. Die Bankdokumente jedoch werden modifiziert, indem die Hinweise auf Kundenidentität, auf Bevollmächtigte, Nationalität oder Wohnsitz entfernt werden.

3. Vor ein paar Tagen nun fällte das Departement von Frau Bundesrätin KOPP den grundlegenden Entscheid, wonach die doppelte Strafbarkeit und damit die Gewährung der Rechtshilfe verneint wird, wenn kein Zusammenhang zwischen den Angeschuldigten und dem Bankkunden nachgewiesen werden kann. Damit entsteht ein Filter, der einen besseren Schutz bietet als die Konvention XVI. Die von Herrn Prof. HIRSCH heute geäußerten Zweifel sind deshalb meines Erachtens nicht angebracht. Ich befürworte aus verschiedenen Gründen die Ablösung der Konvention XVI gemäß Art. 11 dieser Konvention[4].

Ich möchte der Hoffnung Ausdruck geben, daß das Departement und gegebenenfalls das Bundesgericht bei dieser – richtigen – Auffassung bleiben, selbst wenn sich die ausländischen Behörden nicht zufrieden geben und mit Druck oder Sanktionen reagieren werden. Möglicherweise wird sich sogar der Schutz der als Ziel solcher Druckversuche in Frage kommenden schweizerischen Unternehmungen mit bewilligungspflichtigen Geschäftstätigkeiten und/oder Vermögenswerten im Ausland als notwendig erweisen.

Der Zweck meiner Intervention soll dem Schutz unschuldiger Privatpersonen zugute kommen. Ein weiterer Abbau der Rechte solcher unbeteiligter Personen, wie der generelle Entzug der aufschiebenden Wirkung bei Rechtsbehelfen, ist nicht mehr erträglich. Vielmals sind unbeteiligte Personen, für die vitale

[3] Vgl. Art. 10 des Staatsvertrages (SR 0.351.933.6), Art. 28 des Bundesgesetzes (SR 351.93). Als Beispiel bei angeblichen Insidergeschäften: BGE vom 22. 11. 1983 i. S. *X* (unveröffentlicht).

[4] G. FRIEDLI, Die internationale Rechtshilfe bei Insidergeschäften, Neue Zürcher Zeitung, NZZ, Nr. 126 vom 4. Juni 1985, S. 23.

Interessen wie Leib und Leben auf dem Spiele stehen, in Rechtshilfefälle verwickelt[5]. Ihre Identität sollte die Bank eigentlich gar nie verlassen.

Dieser Aspekt, nämlich daß es auch unschuldige Bankkunden gibt, ist meines Erachtens im Referat und aus der Sicht des Staatsanwaltes ebenso zu kurz gekommen wie in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der letzten Jahre, wenn es um die Anforderungen an die Sachverhaltsdarstellung in Rechtshilfegesuchen[6], um die doppelte Strafbarkeit[7], um Einschränkungen in der Rechtsmittelbefugnis[8], um Einschränkungen beim Akteneinsichtsrecht[9] oder um vorsorgliche Maßnahmen ging. Ich verweise auf den im letzten Heft der Praxis publizierten Entscheid des Bundesgerichtes vom 28. November 1984[10].

Es ist mir ein echtes Anliegen, nachdem ich in der Praxis mehrere Fälle gesehen habe, bei denen offensichtlich unschuldige Personen um bedeutende Rechtsgüter haben fürchten müssen, daß sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsanwendung den Interessen unschuldiger Drittpersonen gebührend, d. h. vermehrt Rechnung getragen wird – auch wenn es um die durchaus begrüßenswerte Verfolgung von Wirtschaftskriminellen geht.

[5] Vgl. auch M. SCHUBARTH, Insidermißbrauch – zur Funktion und zum Hintergrund eines neuen Straftatbestandes, in: Festschrift für Peter Noll, 1984, S. 308; G. FRIEDLI, a. a. O. (Anm. 4).

[6] Vgl. dazu: BGE 109 Ib 164; 107 Ib 267; BGE vom 16. 5. 1984, E. 5a i. S. *Santa Fe* (vgl. Anm. 2 oben).

[7] Vgl. dazu: BGE 105 Ib 426, E. 5; BGE vom 12. 5. 1982 i. S. *Seabrook;* vom 16. 5. 1984, E. 6b i. S. *Santa Fe* (vgl. Anm. 2 oben).

[8] Pra 74/1985 Nr. 156; BGE 103 Ia 206; BGE vom 28. 9. 1979 i. S. *Generation Holdings,* E 7a.

[9] Pra 74/1985 Nr. 156; M. PFEIFER, Hilfe! – Rechtshilfe, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, S 266ff.

[10] Pra 74/1985 Nr. 156.

Dr. P. MENGIARDI:

In meinem Präsidialbericht habe ich den Wunsch ausgesprochen, daß es uns gelingen möge, auf dem Gebiet der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität einen Schritt weiter zu kommen. Ob uns das gelungen ist oder nicht, wage ich nicht zu beurteilen. Jedenfalls senden wir aber Impulse aus: an die Behörden in Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Gesetzgebung, der Verwaltung und der Justiz, an die Mitglieder aller Berufsgattungen und an die Privatwirtschaft, die auch einen Beitrag zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität leisten kann. Es bleibt nun am Schluß des heutigen Tages noch zu danken: den Herren Referenten für ihre große Vorarbeit und ihre Beiträge, den Diskussionsteilnehmern für ihre Voten, die ein breites Spektrum abdeckten, dem Organisationskomitee für die Vorbereitung und Durchführung des Juristentages sowie die sorgfältige Betreuung, den Regierungen Basel-Stadt und Basel-Landschaft für ihre finanzielle Unterstützung – ich denke an den Apéro, an den Blumenschmuck im Festsaal und die Führung in Augst –, unseren Basler Kollegen für ihre geschätzte Festschrift, der Redaktion der Schweizerischen Juristenzeitung für die Sonderbeilage, den Sekretären für ihre Hilfe am diesjährigen Kongreß und schließlich Ihnen allen, meine sehr verehrten Damen und Herren, für Ihr Erscheinen und Ihr Mitwirken. Der Juristentag 1985 ist damit geschlossen.

Verzeichnis der Diskussionsteilnehmer:
Liste des participants aux débats:
Bernasconi, P., Lugano
Carter, P., Ascona
Dallèves, L., Sion
Eder, C., Basel
Friedli, G., Bern
Giger, H., Zürich
Helbling, C., Zürich
Hirsch, A., Genf
Karrer, R., Zürich
Kopp, E., Bern
Krauskopf, L., Belfaux
Robert, Chr.-N., Genf
Rothenfluh, W. F., Basel
Schmid, N., Zürich
Schubarth, M., Lausanne
Staehelin, A., Basel
Yersin, D., Lausanne
Zimmerli, U., Bern