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: 106 (1987)

Rubrik: Protokoll der 121. 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: 15.10.2025

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

Protokoll der 121. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

vom 12. bis 13. September 1987 in Neuenburg

Sitzung vom Samstag, dem 12. September 1987
in der Aula der «Faculté des lettres» in Neuenburg

Präsident:
Prof. Dr. ULRICH ZIMMERLI, Bern

I.

Eröffnungsrede des Präsidenten

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

Le 23 septembre 1967 – il y a donc 20 ans – le président d'alors de la Société suisse des juristes accueillait pas moins de 600 juristes au Cinéma des Arcades à Neuchâtel pour le Congrès des juristes. Le «Statut des étrangers en Suisse» et «Vers l'unification du droit de la responsabilité» constituaient les thèmes de discussion. Il est certain que la diminution du nombre des congressistes n'est pas due aux thèmes faisant l'objet du congrès de cette année, ni aux rapporteurs. Neuchâtel a toujours été et est toujours un événement pour les juristes suisses. C'est pour moi un grand honneur de vous accueillir, au nom du comité, dans ce magnifique auditoire. Nous avons accepté avec un immense plaisir l'invitation de l'Association des avocats neuchâtelois. Le comité d'organisation, avec à sa tête Me CHARLES-HENRI TOLCK, nous a déjà remarquablement assistés dans la phase de préparation et mettra tout en œuvre pour que le congrès des juristes de cette année à Neuchâtel demeure dans toutes les mémoires. Permettez-moi d'exprimer d'ores et déjà mes vifs remerciements à nos collègues neuchâtelois.

Ich darf die zahlreichen Gäste begrüßen, die unserer Ein-

ladung gefolgt sind. Einen herzlichen Willkomm entbiete ich zunächst Herrn Bundesgerichtspräsident Dr. ERHARD SCHWERI und Herrn Dr. RAYMOND SPIRA, der als Vizepräsident des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zu uns gekommen ist. Der Schweizerische Juristenverein weiß das Interesse unserer höchsten Gerichte sehr zu schätzen. Frau Bundesrätin ELISABETH KOPP, die Vorsteherin des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, mußte sich leider für den diesjährigen Kongreß entschuldigen. Wir bedauern das und hoffen, daß Frau Kopp das nächste Jahr wieder bei uns sein kann.

Je salue son représentant en la personne de M. le Professeur JOSEPH VOYAME, directeur de l'Office fédéral de la justice. On sait que M. VOYAME va quitter prochainement ses hautes fonctions. En signe de reconnaissance pour la précieuse contribution qu'il a apporté au droit suisse, nous accueillons à ce congrès M. VOYAME également à titre d'invité d'honneur du comité. M. RENÉ FELBER, Conseiller d'Etat, nous rejoindra ce soir et prononcera une allocution au nom des autorités du canton de Neuchâtel. Permettez-moi de saluer tout particulièrement M. BERTRAND REEB, président du Tribunal cantonal, M. le Professeur JEAN GUINAND, recteur de l'Université de Neuchâtel, ainsi que mon cher collègue PHILIPPE BOIS, doyen de la faculté de droit. Les autorités de la ville de Neuchâtel sont représentées par Me MARIE-FRANÇOISE BOUILLE qui a présidé la réception d'hier et à qui j'adresse également mes cordiales salutations. Je me réjouis tout particulièrement de la présence parmi nous de Me PIERRE FAESSLER, bâtonnier de l'Ordre des avocats neuchâtelois. Il représente les avocats avec Me JACQUES BAUMGARTNER de Lausanne, membre du comité de l'Association suisse des avocats.

Daß Herr Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. ENGELBERT NIEBLER aus Karlsruhe heute unter uns weilen und damit den schon für Zug angesagten Besuch nachholen kann, freut uns alle sehr. Ich heiße ihn im Namen der Schweizer Juristen herzlich willkommen und hoffe, daß er zusammen mit seiner Gemahlin schöne Tage hier in Neuenburg verbringen und gute Eindrücke mit nach Hause nehmen kann.

Je me suis réservé pour la fin un invité d'honneur: M. ANDRÉ GRISEL, ancien président du Tribunal fédéral, a présidé le mémorable Congrès des juristes de 1967 qui mettait fin à sa charge présidentielle. Nous sommes particulièrement heureux que M. GRISEL ait honoré notre invitation. Les juristes suisses et neuchâtelois en savent tout particulièrement gré à M. GRISEL.

Cher Président, veuillez considérer notre invitation comme une petite marque de notre reconnaissance et soyez, ainsi que votre épouse, les bienvenus parmi nous.

Schließlich richtet sich mein Willkommensgruß an die vier Referenten, die uns mit ihren rechtzeitig vorgelegten Arbeiten reich beschenkt haben, und an die Medien, die unseren Kongreß verfolgen und darüber berichten, wofür ich mich im Namen des Vereins heute schon herzlich bedanken möchte.
Der Juristentag 1987 ist eröffnet.

Der Präsident erteilt Herrn Prof. PIERRE-A. WESSNER, Bevaix, das Wort:

Le Congrès de la Société suisse des juristes constitue un événement pour la ville et le canton qui l'accueillent. Pour nous autres neuchâtelois, le dernier événement de ce genre a eu lieu en 1967.

Il y a vingt ans, on parlait croissance à tout prix et peu protection de l'environnement; on n'avait pas encore marché sur la lune et les Beatles étaient au fait de leur gloire. Pour les juristes suisses, il y a vingt ans, le contrat d'architecte ne savait pas encore qu'il ferait l'objet d'un triple revirement de jurisprudence; la Constitution croyait qu'elle serait revisée totalement peut-être pour son centenaire ou le 700e anniversaire de la Confédération et la loi sur la prévoyance professionnelle n'était tout simplement pas née.

Tout cela pour vous dire que l'Université de Neuchâtel tenait à marquer l'événement que constitue ce Congrès millésime 1987. Elle l'a fait à sa façon, mais de manière usuelle en publiant un Recueil de travaux.

Monsieur le Président, au nom de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, j'ai le plaisir de vous remettre symboliquement ce Recueil de travaux et de souhaiter à la Société que vous dirigez un plein succès pour ce Congrès neuchâtelois.

Der Präsident bedankt sich mit folgenden Worten:

La faculté de droit de l'Université de Neuchâtel nous a fait un très beau cadeau. Au nom du Comité et de tous les congressistes, je vous en remercie vivement. Je suis persuadé que l'ouvrage traitant des problèmes de droit de la famille trouvera un écho favorable.

Es ist gewiß nicht selbstverständlich, meine sehr verehrten

Damen und Herren, daß uns die Juristische Fakultät der Universität Neuenburg heute so reich beschenkt. Ich beglückwünsche sie zum Ergebnis der fruchtbaren Zusammenarbeit der Mitglieder der Fakultät. Es macht den Anschein, daß das Wirken der Kollegen in Neuenburg durchaus von familienrechtlichen Grundsätzen, wie namentlich der wohlverstandenen Partnerschaft, geprägt ist. Ich versichere Ihnen, sehr geehrter Herr Kollege Wessner, daß der Schweizerische Juristenverein Ihre Initiative und Ihre Großzügigkeit sehr zu schätzen weiß. Vielen Dank!

II.

Verwaltungsgeschäfte 1. Teil

1. Bezeichnung der Sekretäre und Stimmenzähler

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung als Sekretäre:
Dr. PETER M. KELLER, Fürsprecher, Assistent am Seminar für öffentliches Recht, Bern
MICHEL MOOSER, notaire, Bulle

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

2. Bericht des Präsidenten

1. Es ist das Vorrecht des Präsidenten, im Rahmen des Rechenschaftsberichts über das abgelaufene Vereinsjahr einige grundsätzliche Überlegungen zum Stand des Schweizerischen Rechts anstellen zu dürfen. Wir leben in einer Zeit, die sowohl an den Gesetzgeber wie auch an die rechtsanwendenden Behörden aller Stufen höchste Anforderungen stellt. Die verfassungsrechtlich garantierte Gleichstellung von Mann und Frau zwingt den Gesetzgeber im Bund, im Kanton und in den Gemeinden Selbstverständliches nachzuholen, und unser höchstes Gericht wacht – wo ihm die Verfassung nicht selber die Hände bindet – darüber, daß vollzogen wird, was das Schweizervolk auf eindrückliche Weise als Richtmaß anerkannt hat. Das neue Ehe-

recht tritt in Kürze in Kraft – und damit in die Phase der Bewährung. An mustergültigen Vorbereitungsarbeiten fehlt es auch hier nicht, und man kann nur hoffen, daß die hohen Erwartungen nicht enttäuscht werden. Bei dieser Gelegenheit gestatte ich mir, eine Klammer zu öffnen und auf ein Jubiläum hinzuweisen, von dem man bisher kaum Notiz genommen hat: Vor 75 Jahren trat das Schweizerische Zivilgesetzbuch in Kraft, das als hervorragende gesetzgeberische Leistung weit über unsere Landesgrenzen hinaus höchste Anerkennung gefunden hat. Es steht den Schweizer Juristen wohl an, heute – im Jahre 1987 – kurz innezuhalten und dankbar der Weitsicht und dem gesetzgeberischen Geschick unserer Juristenvorfahren und Gesetzgebungsbehörden zu gedenken. Doch nun zur Aktualität: Die zu normierenden Materien sind komplexer geworden. Vielfältige Spezialerlasse auch aus dem zivilrechtlichen Bereich haben Löcher in die Kodifikation geschlagen. Diese Entwicklung ist kaum reversibel. Wie das internationale Privatrecht zeigt, gilt es den internationalen Verflechtungen des schweizerischen Rechts sehr sorgfältig Rechnung zu tragen – und das führt notwendigerweise zu Erlassen, die nicht unbedingt als «volkstümlich» bezeichnet werden können. Das ist kein Vorwurf, sondern eine Feststellung, die belegt, wie anforderungsreich die Arbeit des Gesetzgebers heute geworden ist. Von der Normenflut im öffentlichen Recht möchte ich hier nicht weiter sprechen; wir haben mit ihr leben gelernt. Verfassungsaufträge zu Hauf treiben den Gesetzgeber zu Höchstleistungen an. Wir Schweizer erwarten auf allen Gebieten der Rechtssetzung Vorzügliches, d. h. sachlich überzeugende, aber auch praktikable Ordnungen, die auf unsere föderalistischen Strukturen gebührend Rücksicht nehmen. Zwei Beispiele sollen dafür genannt sein: Das Umweltrecht und das Raumplanungsrecht. Beide Bundesgesetze zu diesen Materien dürfen als durchaus geglückt bezeichnet werden – und trotzdem besteht vielerorts ein Gefühl der Unzufriedenheit, ja sogar der Resignation – und es ist sogar von einer eigentlichen Vollzugskrise gesprochen worden. Diese Erscheinungen sind ernst zu nehmen, und ich bin überzeugt, daß es zu den vornehmen Aufgaben des Schweizerischen Juristenvereins gehört, sich umgehend mit diesen Phänomenen zu befassen. Einen ersten Beitrag dazu werden wir am Juristentag 1988 leisten, der den Problemen des Rechtsschutzes gewidmet ist. Es darf nicht sein, daß wir beim Vollzug einer guten Sache sozusagen ersticken. Der Blick aufs Wesentliche tut not, und das gilt für den Gesetzgeber gleichermaßen wie für die rechtsan-

wendenden Behörden. Prioritäten müssen nicht nur beim Erlaß der Ausführungsbestimmungen auf Bundesebene und im kantonalen Recht, sondern auch bei der Rechtsanwendung gesetzt werden. Gerade in den Bereichen Raumplanungs- und Umweltrecht sind die auf dem Spiele stehenden öffentlichen Interessen viel zu gewichtig, als daß sie durch «juristisch-technokratische Feinmechanik» gefährdet werden dürften. Ich möchte nicht falsch verstanden sein: Selbstverständlich können auch «kleine» Fälle in unerwünschter Weise präjudizierend wirken, und es soll auch nichts gesagt sein gegen eine saubere Umweltschutz-Ausführungsgesetzgebung auf Verordnungsstufe, die notwendigerweise technische Einzelheiten enthalten muß. Unerläßlich ist jedoch allemal eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob wir den Vorstellungen und Zielsetzungen des Gesetzgebers wirklich entsprechen und auf diese Weise das Rechtsbewußtsein auf breiter Basis fördern. Das ist meines Erachtens entscheidend, wenn sich Bundesbehörden und kantonale Instanzen beim Vollzug kapitaler Rechtsnormen (wie sie eben das Raumplanungs- und Umweltrecht enthalten) sachgerecht ergänzen und wenn beim rechtsuchenden Bürger nicht Gefühle der Verunsicherung und des Mißtrauens entstehen sollen. Vielleicht wäre etwas weniger Perfektionismus mehr – und das gilt meines Erachtens auch für die Rechtspflege. Im Rahmen der hängigen Revision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege stellt sich die angeschnittene Frage in aller Schärfe: Ist es möglich, mit gleichviel Richtern einen umfassenden, zeitgerechten und qualitativ hochstehenden Rechtsschutz in immer mehr Rechtsgebieten mit immer mehr Geschäften zu garantieren, ohne daß man den Zugang zu unserem höchsten Gericht beschränkt? Das Parlament wird diese Frage sehr bald überzeugend beantworten müssen, wenn unser Rechtsstaat nicht Schaden nehmen soll. Ich kann nur hoffen, daß die zahlreichen Appelle sehr angesehener Schweizer Juristen nicht ungehört verhallen und daß die Kantone ihre Verpflichtungen auch hier erfüllen.

Die heutigen Tagungsthemen behandeln Teilaspekte der angeschnittenen Problematik. In ihren ausgezeichneten Referaten zu den *Dienstleistungsverträgen* haben sich die Herren Prof. Dr. FRANÇOIS DESSEMONTET und Kantonsrichter Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER einer hochaktuellen Thematik angenommen und gezeigt, daß moderne Zivilrechtsdogmatik durchaus geeignet ist, vielfältige Erscheinungen des modernen Rechtslebens überzeugend zu erfassen, ohne daß dazu immer

der Gesetzgeber bemüht werden muß. Die Behandlung des Themas *Willkürverbot* bedeutet für uns Schweizer Juristen eine Herausforderung. Das kommt in den hervorragenden Arbeiten der Herren Bundesrichter Dr. CLAUDE ROUILLER und Prof. Dr. DANIEL THÜRER sehr schön zum Ausdruck. Der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins freut sich darüber, daß ein amtierender Bundesrichter aus seinem reichen Erfahrungsschatz geschöpft und die vielfältige Rechtsprechung in origineller und weiterführender Weise aufgearbeitet hat. Die Darstellung wird durch die dogmatische Grundlegung im Referat von Herrn Prof. Dr. DANIEL THÜRER trefflich ergänzt. Ich bin überzeugt, daß alle Berichte Wesentliches zur Weiterentwicklung des schweizerischen Rechts beitragen und auf großes Interesse stoßen werden. Die ersten Reaktionen in der Presse bestätigen diese Prognose. Ich bin auch überzeugt, daß wir heute und morgen interessante Diskussionen zu den beiden Tagungsthemen mitverfolgen dürfen. Ich möchte jetzt schon allen Referenten und den Votanten herzlich für ihre Mitwirkung am diesjährigen Juristentag danken. In diesen Dank möchte ich überdies alle einschließen, die über unsere Veranstaltung berichten oder sich in anderer Form mit unserer Tätigkeit auseinandersetzen.

2. Der Juristentag 1988 wird – wie bereits erwähnt – den Problemen des *Rechtsschutzes* gewidmet sein. Als Hauptreferenten konnten Herr Generalprokurator BERNARD CORBOZ aus Genf und Herr Bezirksrichter Dr. PIERRE MARTIN aus Zürich gewonnen werden. Die Hauptreferate sollen durch schriftliche Referate zu ausgewählten Rechtsgebieten ergänzt werden. Frau Rechtsanwältin Dr. GABRIELLE KAUFMANN aus Genf wird sich des *Rechtsschutzes in der Schiedsgerichtsbarkeit* annehmen. Herr Rechtsanwalt Dr. ROLAND GMÜR wird sich mit den *Problemen des Rechtsschutzes aus der Sicht der Konsumenten* befassen und Herr PIERRE GREBER, Richter aus Genf, wird sich mit *arbeitsrechtlichen Fragen* auseinandersetzen. Vorgesehen ist ein weiteres «kleines» Referat von Herrn Rechtsanwalt Dr. CHRISTOPH ROHNER aus St. Gallen.

Der Juristentag 1989 soll wiederum im traditionellen Rahmen durchgeführt werden und zwei Tagungsthemen gewidmet sein. Verhandlungsgegenstände werden das *Opportunitätsprinzip bei der Strafverfolgung* und das *Verursacherprinzip im Umweltrecht* sein. Die Vorgespräche mit namhaften Referenten sind noch im Gange.

Die Schweizerische Akademie der Geisteswissenschaften

(SAGW) hat dem Juristenverein auch im Berichtsjahr den traditionellen Druckkostenbeitrag von Fr. 25000.– zugesprochen, wofür hier herzlich gedankt sei. Die enge Zusammenarbeit mit der SAGW wird über unser Vorstandsmitglied Herrn Prof. Dr. LUZIUS WILDHABER sichergestellt. Ich möchte ihm bei dieser Gelegenheit für seine fruchtbare Arbeit bestens danken. Herr Prof. Dr. CHRISTIAN DOMINICÉ nimmt als Vizepräsident des Stiftungsrats des Nationalfonds die Interessen auch des Schweizerischen Juristenvereins wahr. Ich möchte ihm dafür ebenfalls sehr herzlich danken. Herr DOMINICÉ hat den Vorstand im Berichtsjahr einläßlich über die Arbeiten, Prioritäten und Vorhaben des Nationalfonds orientiert. Die Kontakte zwischen dem Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins und dem Nationalfonds haben sich eingespielt und sind für uns von großem Nutzen.

Die Vorstandssitzungen waren im Berichtsjahr in erster Linie der Vorbereitung der Juristentage (Bestimmung der Tagungsthemen, Auswahl der Referenten) sowie der *Neugestaltung der Adressenverwaltung* gewidmet. Mit dem Verlag Sauerländer AG in Aarau wurde eine neue Vereinbarung getroffen, die eine effiziente Adressenverwaltung gewährleistet. Der Leiter des Sekretariats, Herr SIGNER, ist nunmehr in der Lage, mit Hilfe eines Personal-Computers die von ihm erwarteten Dienstleistungen optimal erbringen zu können. Seine Aufgaben wurden in einem Pflichtenheft den veränderten Bedürfnissen angepaßt. Die Vereinsmitglieder werden in Kürze davon profitieren können. Nach Abschluß der Umstellungsarbeiten sollen die Vereinsmitglieder über die Einzelheiten orientiert werden.

Zu berichten ist ferner, daß die *Bibliographie des Schweizerischen Rechts* vom Verlag Helbing und Lichtenhahn ebenfalls mit Hilfe der Datenverarbeitung herausgegeben wird, und zwar in Zusammenarbeit mit der Universität Genf. Der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins, in dessen Auftrag die Bibliographie bearbeitet wird, hat die entsprechenden Zusammenarbeitsverträge geprüft und genehmigt. Auch im Bereiche der Bibliographie wird der Schweizerische Juristenverein seine Dienstleistungen also in Kürze erheblich verbessern können.

3. Es freut mich, daß ich heute aus dem *Fonds Dr. Arnold Janggen* – er ist zur Prämiierung hervorragender rechtswissenschaftlicher Dissertationen bestimmt – im Namen des Schweizerischen Juristenvereins wiederum drei junge Wissenschafter mit

dem Dr. Arnold-Janggen-Preis auszeichnen darf. Es handelt sich um:

- Frau Dr. FRANZISKA BUCHLI-SCHNEIDER aus Bern für ihre Arbeit mit dem Titel «Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht». Ich darf den Preis mit folgender Laudatio verleihen:

«In einer Phase rapider, sich beinahe überstürzender Entwicklung im Bereich der Biomedizin hat die künstliche Produktion und Reproduktion von menschlichem Leben die Rechtsordnung mit völlig neuen Fragestellungen konfrontiert. In einer weltweiten, kaum mehr überschaubaren Diskussion sind zahllose Lösungsmodelle entworfen worden. Frau Buchli setzt sich in ihrer Arbeit mit den Ergebnissen dieser internationalen wissenschaftlichen Diskussion auseinander und entwickelt auf der Basis der in unserer Rechtsordnung vorhandenen Regeln und der darin enthaltenen Wertungen ein Konzept zur Lösung der zivilrechtlichen Probleme künstlicher Fortpflanzung. Ihre Vorschläge sind abgewogen, gut begründet und geeignet, einen entscheidenden Beitrag zur Rechtssicherheit auf diesem Gebiet zu leisten. Darüberhinaus entwirft Frau Buchli eine Reihe von Lösungsvorschlägen für neue, mit traditionellen Kategorien nicht erfaßbare Probleme. Besonders beeindruckend ist ihr rechtspolitisches Engagement und ihr Bekenntnis zu den ethischen Grundwerten unserer Rechtsordnung.»

- Herrn Dr. OLIVIER GUILLOD aus Corcelles für seine Arbeit mit dem Titel «Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme?» Ich darf den Preis mit folgender Laudatio verleihen:

«L'ouvrage de Monsieur Olivier Guillod, intitulé ‹Le consentement éclairé du patient – Autodétermination ou paternalisme?›, porte sur un sujet encore inexploité dans notre pays, celui du droit du patient au choix du traitement médical qu'il est appelé à subir. Chacun des problèmes abordés par l'auteur est examiné de façon particulièrement approfondie, à la lumière de plusieurs droits étrangers plus développés que la nôtre dans ce domaine, ce qui confère à ce travail, dans lequel la rigueur scientifique côtoie toujours un humanisme nuancé, une densité et une envergure dignes d'éloges. Par cette thèse conduite avec un brio peu courant, Monsieur Guillod, doté par ailleurs d'une plume alerte et fine, contribue de manière significative à l'essor du droit médical en Suisse.»

- Herrn Dr. MARTIN ARNOLD aus Ried-Brig für seine Arbeit mit dem Titel «Die privatrechtlichen Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften (Art. 59 Abs. 3 ZGB) nach dem Recht des Bundes und des Kantons Wallis». Ich darf den Preis mit folgender Laudatio verleihen:

«Diese Freiburger Dissertation unternimmt zunächst den Versuch einer typologischen und begrifflichen Erfassung der kantonalrechtlichen Allmend-

genossenschaften und ähnlichen Körperschaften nach Art. 59 Abs. 3 ZGB. Sodann beantwortet sie die Frage, inwieweit die erwähnten Genossenschaften durch Bundesrecht und inwieweit sie durch das Recht der Kantone beherrscht werden. Schließlich greift sie als Beispiel das genossenschaftliche Organisationsrecht (das Recht dieser im Wallis so genannten ‹Geteilschaften›) heraus, um es im einzelnen darzustellen.

Anders gesagt: Martin Arnold hat mit seiner Dissertation den bundesrechtlichen Rahmen des Artikels 59 Abs. 3 ZGB untersuchen und die Ausfüllung dieses Rahmens durch das Recht des Kantons Wallis erläutern wollen. Er hat dieses Ziel völlig erreicht. Die Arbeit gibt auf alle Grundfragen und auf eine Unsumme von Einzelfragen Antwort. Sie ist im Ergebnis praxisorientiert, in der Begründung aber ausgeprägt dogmatisch. Der Autor verfällt dabei aber gerade nicht einem sturen Dogmatismus. Vielmehr gelingt es ihm, nach der Schilderung der jeweiligen dogmatischen Problematik sachgerechte Lösungen zu finden. Das ist vielfach nicht leicht. Zu denken ist etwa an die Verzahnung von sachenrechtlichen und genossenschaftlichen Fragen. Die Arbeit ist aber nicht nur reich an Antworten auf Rechtsfragen; sie ist auch reich mit Bezug auf das aufgearbeitete Material. Durch das Studium der Wirklichkeit der (auch heute noch zahlreichen und teils bedeutsamen) Walliser Geteilschaften in deren Statuten, in historischen Schriften und in kantonalen Urteilen hat der Doktorand sich eine Fülle von Wissen angeeignet, das vonnöten war, um für eine Unzahl von Einzelfragen überzeugende Lösungen zu finden.»

Der Janggen-Preis beträgt Fr. 3000.– für jeden Preisträger und ist ein Beitrag an die Druckkosten der Arbeiten, die es verdienen, einem weiten Kreis von wissenschaftlich interessierten Lesern zugänglich gemacht zu werden. Wie im letzten Jahr versprochen, hat der Vorstand die Verleihung des Dr. Arnold Janggen-Preises mit der Vergebung der Preise der Prof. Walther Hug-Stiftung koordiniert. Die Absprachen erfolgen über unser Vorstandsmitglied Prof. Dr. LUZIUS WILDHABER.

4. Der Mitgliederbestand hat sich im Berichtsjahr erfreulich entwickelt. Der Schweizerische Juristenverein zählte am 30. Juni 1987 3926 Mitglieder. 128 Neueintritten standen 44 Austritte gegenüber. 35 Vereinsmitglieder sind im Vereinsjahr verstorben. Die namentliche Liste mit den Mutationen folgt nachstehend.

Alle Verstorbenen waren treue Mitglieder unseres Vereins und haben im Dienste des Rechts Wesentliches geleistet. Wir werden ihnen allen ein dankbares und ehrendes Andenken bewahren. Es geziemt sich indessen, daß ich drei verstorbene und in der Liste aufgeführte Mitglieder besonders erwähne. Von uns gegangen sind die Professoren WERNER VON STEIGER und ALOIS TROLLER. Beide haben sich um die schweizerische Rechtswissenschaft verdient gemacht und werden vielen von uns als hervorragende Forscher und Rechtslehrer in Erinne-

rung bleiben. Mit großer Trauer erfüllt uns auch der Hinschied unseres letztjährigen französischsprachigen Referenten Botschafter Prof. Dr. JEAN MONNIER, dessen Beitrag zu den Verfassungsgrundsätzen der schweizerischen Außenpolitik zu seinem Vermächtnis geworden ist. In der gedruckten Liste der Verstorbenen fehlen zwei Namen: Nach langer und mit bewunderungswürdiger Tapferkeit ertragener Krankheit ist im Alter von 52 Jahren Prof. Dr. CHRISTOPH VON GREYERZ verstorben. Er hätte im Herbst – einem ehrenvollen Ruf folgend – sein Ordinariat an der Universität Zürich antreten können. Tief betroffen sind wir auch vom plötzlichen Hinschied von Herrn Bundesrichter Dr. GEORG MESSMER, der auf dem Höhepunkt seines Schaffens als Richter und Wissenschafter vor einer Woche an den Folgen eines Herzversagens verstorben ist.

Ich bitte Sie, sich zu Ehren und zum Andenken der Verstorbenen von Ihren Sitzen zu erheben.

Mutationen

Dem Verein sind beigetreten

Stand: 30. Juni 1987

Zürich

Ackermann Erwin M., lic. iur., Zürich
Ackermann Jürg-Beat, stud. iur., Winterthur
Ausfeld Michael, Rechtsanwalt, Zürich
Bernet Martin, Dr. iur., Zürich
Bernhart Patrick, lic. iur., Zürich
Buff Herbert, lic. iur., Zürich
Buob Franziska, stud. iur., Zürich
Denervaud Joseph, Rechtsanwalt, Winterthur
Doswald Ivo, stud. iur., Zürich
Flury Katharina, lic. iur., Birchwil
Furter Robert, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
Girsberger Daniel, lic. iur., Zürich
Girsberger Esther, lic. iur., Zürich
Häberli Christoph, lic. iur., Zürich
Hirschi Fred, Dr. iur., Zürich
Honegger Peter C., Dr. iur., Küsnacht
Jordi Urs, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
Keiser Andreas, Dr., Verwaltungsgerichtsschreiber, Winterthur
Kohl Barbara, lic. iur., Küsnacht
Lanter Marco, Dr., Rechtsanwalt, Herrliberg
Lareida Eva, Dr. iur., Zürich
Mazurczak Gabrielle, lic. iur., Zürich
Meier Monika, lic. iur., Uster
Näf Rolf, Obergerichtssekretär, Zürich
Nef Jürg, lic. iur., Zürich
Noberl Peter, Prof. Dr., Anwalt, Zürich
Otazo Eduardo, lic. iur., Zürich
Pfister Lukas, lic. iur., Zürich
Roh Marlene, lic. iur., Zürich
Schädli Orlanda, lic. iur., Zürich
Schleiffer René W., Rechtsanwalt, Zürich
Thanei Anita, lic. iur., Zürich
Unger Barbara, Dr. iur., Zürich
Wibmer Jeannette Karin, stud. iur., Dietikon
Zimmerli Annette, lic. iur., Zürich

Bern

Boillart Philippe, lic. en droit, Wabern
Cottier Thomas, Dr., Fürsprecher, Bern
De Buman Nicolas, lic. iur., Bern
Fischer Peter, lic. iur., Biel
Lanz Christoph, Dr. iur., Hinterkappelen
Lauper Heinrich, Fürsprecher, Bern

Metz Rolf, Fürsprecher, Bern
Monnier Jean, Dr en droit, Berne
Nussbaum Hans Georg, Fürsprecher, Bern
Rubi Heidi, Fürsprecherin, Bern
Schelling Christoph, stud. iur., Bern
Stähli Markus, Fürsprecher, Thun
Tschannen Pierre, Dr., Fürsprecher, Bern
Zulauf Urs, Fürsprecher, Bern

Luzern

Zurkirchen Jörg, lic. iur., Luzern

Schwyz

Wyss Gabriela, lic. iur., Lachen

Zug

Blum Richard, Rechtsanwalt und Notar, Zug
Hotz-Utiger Edith, lic. iur., Zug
Iten Peter A., Rechtsanwalt und Notar, Zug
Renggli Guido, Dr., Rechtsanwalt, Zug
Stuber Hans, Rechtsanwalt, Rotkreuz
Wild Hans-Rudolf, Rechtsanwalt, Zug

Fribourg

Bärlocher Norbert, étud. en droit, Fribourg
Brun Philippe, lic. en droit, Fribourg
Burch Raoul, lic. en droit, Fribourg
Gerhards Gerhard, Dr en droit, Fribourg
Giacobbo Carèle, étud. en droit, Billens
Hohl Fabienne, avocate, Fribourg
Montavon Pascal, juriste, Fribourg
Piller Grégoire, étud. en droit, Villars-sur-Glâne
Schützenhofer Myriam, étud. en droit, Fribourg
Zemp Gregor, étud. en droit, Fribourg

Solothurn

Rötheli Jürg, lic. iur., Solothurn

Basel-Stadt

Du Pasquier Marie-Cathérine, lic. iur., Basel
Roth Urs, Fürsprecher, Basel
Schmidli Beat, lic. iur., Basel
Scollo-Lavizzari Gemma, lic. iur., Basel
Wamister Patrick, Dr., Advokat und Notar, Basel

Basel-Land

Christen Bernhard, Dr. iur, Allschwil
Sager Regina, lic. iur., Allschwil

Appenzell-Ausserrhoden

Rösler Peter, lic. iur., Herisau

St. Gallen

Mallien Sander, stud. iur., St. Gallen
Stieger Markus, Fürsprecher, St. Gallen
Weder Adrian, lic. iur., Au

Aargau

Brunner Frank Erich, Fürsprecher, Baden
Holliger Eugénie, Dr., Rechtsanwältin, Jonen
Hug Walter, Rechtsanwalt, Aarau
Ledergerber Ruth, lic. iur., Aarau
Mauerhofer Reto Andreas, lic. iur., Seengen
Melliger Hans, lic. iur., Sins
Nietlispach Fritz, Dr., Fürsprecher, Muri
Ramisberger Martin, Dr., Fürsprecher und Notar, Wettingen
Schwabe Frank, Dr. iur., Staufen
Stäger Caroline, stud. iur., Dättwil

Ticino

De Lorenzi Mauro, lic. in diritto, Mendrisio
Di Pietro Marino, Lugano
Ferrini Aldo, lic. in diritto, Savosa
Fiori Marco, notaio ed avvocato, Locarno
Lutti Annamaria, stud. in diritto, Chiasso
Piazzini Romano, lic. iur., Riazzino
Roggero-Will Giovanna, lic. in diritto, Monte-Carasso
Salvioni Niccolò, stud. in diritto, Verscio
Zappa Maurizio, lic. in diritto, Sementina

Vaud

Bergmann Michel, juriste, Lausanne
Buffat Malek, lic. en droit, Vuarrens
Cuccio Roanne, juriste, Lausanne
Gafner Sonja, lic. en droit, Pully
Golaz Eric, lic. en droit, St-Sulpice
Huber Jerôme, étud. en droit, Lausanne
Ischi Philippe, lic. en droit, Pully
Tongue Imogen Patricia, lic. en droit, Lausanne
Vodoz-Destraz Nicole, lic. en droit, Lausanne

Valais

Arnold Martin, Dr., Notar, Ried-Brig
Jansen Luc, lic. en droit, Sion
Pfammatter Peter, stud. iur., Brig
Schmid Beat, avocat et notaire, Sion
Vergères Olivier, étud. en droit, Sion

Neuchâtel

Perrin Gérard, lic. en droit, Neuchâtel
Scheurer Guy Bertrand, étud. en droit, Hauterive
Tolck Charles Henri, avocat, Neuchâtel
Veuve Daniel, étud. en droit, Neuchâtel

Genève

Biedermann Charlotte, lic. en droit, Genève
Dinichert Nicolas, lic. en droit, Genève
Gerosa Pietro, lic. en droit, Genève
Gillioz François, avocat, Plan-les-Ouates
Giovannini Teresa, avocat, Genève
Killias Pierre-Alain, lic. en droit, Genève
Malfanti Leonardo, avocat, Genève
Oberson Xavier, avocat, Genève
Pham Hohg, lic. en droit, Genève
Rens Danièle-Anne, juriste, Genève
Thélin Philippe, lic. en droit, Genève

Gestorben sind folgende Mitglieder

Stand: 30. Juni 1987

Eintritts-jahr	
1961	Batschelet Hans, Dr., Advokat und Notar, Basel
1981	Bender Emmanuel, avocat et notaire, Fully
1960	Blättler Oskar, Dr., Rechtsanwalt, Luzern
1925	Bloch Karl Erwin, Dr. iur., Fürsprech, Luzern
1946	Bucher Ludwig, Dr. iur., Advokat, Chur
1940	Buck Hans, Dr. iur., Rechtsanwalt, Kreuzlingen
1935	Comment Albert, Dr en droit, juge fédéral, Lausanne
1952	Devrient Raymond, Dr en droit, Pully
1939	Eppenberger Max, Dr., Advokat und Notar, Basel
1975	Foëx Raymond, Genève
1932	Guggenheim Georg, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich
1973	Hofstetter-Schweizer Dora, Dr., Reinach
1942	Hotz Charles-Antoine, Dr en droit, avocat, Neuchâtel
1975	Hunziker-Sieber Robert, a. Bezirksrichter, Zürich
1944	Iselin Emmanuel F., Dr. iur., Advokat und Notar, Basel
1952	Jossi Heinz F., Dr., Rechtsanwalt, Chur
1961	Kannengieser Theo, Vélines (Dordogne), France
1928	Karbacher Peter, stud. iur., Schönenwerd
1949	Lanz Gerd, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zumikon
1944	Ming Hans, Dr. iur., Rechtsanwalt, Wilen-Sarnen
1958	Molinari Eugenio, dott. in legge, avvocato, Castagnola
1986	Monnier Jean, Dr en droit, Berne
1960	Pfluger Herbert, Dr., Fürsprecher und Notar, Solothurn
1947	Prager Peter, Dr. iur., Zürich
1953	Schenker-Sprüngli Otto, Dr., Rechtsanwalt, Küsnacht

1937 Scherrer Werner, Prof. Dr., Basel
1929 von Steiger Werner, Prof. Dr., Bern
1964 Stutz Eva, Gerichtsschreiberin, Baden
1961 Sulzer Hans, Rechtsanwalt, Zürich
1967 Talleri Eugenio, avvocato, Massagno
1943 Troller Alois, Prof. Dr., Rechtsanwalt, Luzern
1928 Vogel Hans., Dr. iur., Bezirksrichter, Zürich
1928 Wild Max, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1945 Wüest Georg, Dr. iur., Gerichtspräsident, Frauenfeld
1961 Ziegler Max, Dr., Advokat und Notar, Basel

Demissionen liegen vor von

Eintritts-
jahr

1937 Albrecht Heinrich, Oberrichter, Zürich
1979 Angelozzi Pierre, juriste, Onex
1965 Bachmann Werner, Dr., Rechtsanwalt, Teufen
1978 Baumann Arthur, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1983 Benzerfa Helen, Zürich
1963 Bezençon Gustave, lic. iur., Lausanne
1968 Bösiger Ernst, Dr., Oberrichter, Urdorf
1983 Braidi Georges, lic. en droit, Fribourg
1961 Chastellain Philippe, avocat et notaire, Martigny
1928 Cochard Danièle, lic. en droit, Onex
1972 Comte Anne-Françoise, juge, Genève
1983 Conza Roberto E., avvocato e notaio, Bellinzona
1969 Corminbœuf René, avocat, Villars-sur-Glâne
1984 Dahlgren Andreas, étud. en droit, Porrentruy
1979 Engel Marcel, lic. iur., Birsfelden
1984 Filthaut-Davis J. F., Attorney at U. S. Law, Zürich
1975 Gasser François, avocat et notaire, Sion
1953 de Gautard Victor, Dr en droit, avocat, Vevey
1983 Gillon Luke, lic. en droit, Granges-Paccot
1959 Girardin Marcel, avocat, Genève
1969 Guignard Jean-Pierre, avocat, président du tribunal, Aigle
1942 Jaccottet Georges, Dr en droit, avocat, Lausanne
1981 Knackfuss Hans, assesseur, Lausanne
1982 Kohler-Rumley Michael, lic. iur., Dallenwil
1961 Laube Jacques, Dr., Gerichtssubstitut, Zürich
1974 Ludin Yves, juriste, Vevey
1966 Marrò Jean-Louis, lic. en droit, Berne
1968 Marty Verena, Dr. iur., Zollikon
1979 Masmejan Jaqueline, avocate, Bienne
1946 Morard Jacques, avocat, Bulle
1981 Moser Andreas, stud. iur., Andelfingen
1939 Perrot Raymond, avocat, Chambésy
1970 Pfister Gottfried, Dr., Rechtsanwalt, Luzern
1972 Ponzio Giovanni, avvocato, Lugano
1948 Roches Louis-Edouard, Dr. iur., Fürsprecher, Muri

1984 Rudin Thomas, stud. iur., Therwil
1968 Spahr Jean-Rodolphe, Rechtsanwalt, Zürich
1982 Stoll Hans-Rudolf, Rechtsanwalt, Oberrieden
1939 Thorens Jean-Jacques, lic. en droit, notaire, St-Blaise
1969 Vischer Bernhard, lic. iur., Arlesheim
1980 Vollmar Alex, Dr., Fürsprecher, Worb
1967 Wackernagel Philipp, Dr., Rechtsanwalt, Bottmingen
1961 Winiker Franz, Dr. iur., Rechtsanwalt, Luzern
1982 Wuillérat Michel, avocat, Fribourg

5. Zur Berichterstattung über den Stand der Schweizerischen Juristischen Datenbank – das Projekt wird bekanntlich unter Mitverantwortung des Schweizerischen Juristenvereins realisiert – darf ich das Wort der Delegierten unseres Vorstandes, Frau Rechtsanwalt Dr. KATHARINA SAMELI erteilen.

Bericht von Frau Rechtsanwalt Dr. Katharina Sameli über den Stand der Arbeiten zur Einführung einer schweizerischen Datenbank

Wie am letzten Juristentag berichtet werden konnte, hat der im Januar 1985 von Bund, Anwaltsverband und Juristenverein gegründete «Verein Schweizerische Juristische Datenbank» in seinem ersten Geschäftsjahr vor allem koordiniert, organisiert und das Konzept für die Datenbank in großen Zügen festgelegt. Das zweite Geschäftsjahr war das Jahr der Verhandlungen und Entscheide. Heute ist im Detail auszuhandeln und festzulegen, was der Verein und die Betriebsgesellschaft «SWISSLEX Schweizerische Juristische Datenbank AG» im Rahmenvertrag vom April 1986 über Planung, Aufbau, Betrieb und Betreuung der Schweizerischen Juristischen Datenbank vereinbart haben. Wegleitend ist dabei weiterhin, daß die Datenbank von einer privaten Gesellschaft nach privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten betrieben werden soll, dies aber in einem Rahmen, der durch die im öffentlichen Interesse liegenden Anforderungen hinsichtlich Inhalt, Qualität und Tarifstruktur abgesteckt wird. So muß die Schweizerische Juristische Datenbank

- alle Rechtsgebiete erfassen
- dreisprachig abrufbar sein
- allgemein zugänglich sein
- unter kostengünstigen Bedingungen im Rahmen wirtschaftlicher Betriebsführung das Angebot sicherstellen

Die am 4. April 1986 mit einem Aktienkapital von Fr. 1,2 Mio.

gegründete SWISSLEX Schweizerische Juristische Datenbank AG mit Sitz in Bern, in der die Verleger als bedeutende Informationslieferanten und wichtige Partner in urheberrechtlichen Fragen eine tragende Rolle spielen, hat ihre Aufgabe mit Effizienz und Einsatz bedeutender finanzieller Mittel angepackt. Seit Anfang 1987 läuft mit dem bereits vorhandenen Datenmaterial ein Pilotbetrieb mit ca. 30 Teilnehmern, an dem das Schweizerische Bundesgericht, die Bundeskanzlei und das Bundesamt für Justiz, Treuhand- und Versicherungsgesellschaften, Kantonsgerichte, juristische Seminare und Anwaltskanzleien beteiligt sind. Dank der wertvollen Mitarbeit der Beteiligten kann das System laufend verbessert werden, wobei auf die Benützerfreundlichkeit besonderes Gewicht gelegt wird. Eine erste Vorführung des Systems SWISSLEX fand anläßlich der Generalversammlung des Vereins anfangs Mai statt. Die Vorführung, die wir für diesen Juristentag haben organisieren können und für die sich sehr viele Teilnehmer interessiert haben, hat gezeigt, daß das System wieder ein bedeutendes Stück optimiert worden ist. Ungeduldige müssen wir allerdings noch etwas vertrösten: Die offizielle Aufnahme des Betriebs der Schweizerischen Juristischen Datenbank wird erst erfolgen, wenn ein aus der Sicht des Benützers einwandfreier Systembetrieb gewährleistet ist und der für eine Nutzung des Systems notwendige minimale Dokumentenbestand geladen ist, was zum Teil noch von urheberrechtlichen Fragen abhängt. Anfangs 1988 sollten immerhin die ersten zahlenden Teilnehmer angeschlossen werden können.

Die Arbeit an dem für eine dreisprachige Datenbank unerläßlichen Thesaurus, einem Begriffsverzeichnis, das die gesamte Rechtsterminologie von Bund und Kantonen abdecken wird, hat aufgenommen werden können, nachdem der Nationalfonds im letzten Herbst den mit Unterstützung des Vereins nachgesuchten Kredit gesprochen hatte. Das von Herrn lic. iur. Gabriel Frossard geleitete Forschungsprojekt wird von einem aus Vertretern aller schweizerischen Rechtsfakultäten zusammengesetzten wissenschaftlichen Beirat beaufsichtigt. Einen weiteren wichtigen Beitrag leisten die Universitäten, indem sie zusätzliche Assistenten zur Verfügung stellen. Das Thesaurus-Projekt ist auf drei Jahre angelegt. Die Zwischenresultate sollen aber schon vorher nach und nach über den Verein an SWISSLEX für den Betrieb der Datenbank weitergegeben werden.

Als sehr dringliches Problem ist zur Zeit die Erfassung und

Übergabe der Daten von Bund und Kantonen zu regeln. Der Verein bemüht sich sehr darum, daß mit den für die Gesetzessammlungen und Gerichtsentscheide zuständigen eidgenössischen und kantonalen Instanzen eine einheitliche und kostengünstige Lösung gefunden werden kann. Der Verein kann dabei vor allem auf die Mitwirkung der Herren Vizekanzler FRANÇOIS COUCHEPIN und JEAN-CLAUDE DE HALLER, Chef des Dienstes für Justiz und Gesetzgebung des Kantons Waadt, zählen, die in diesem Frühjahr als Vertreter des Bundes bzw. der Kantone neu in den Vorstand aufgenommen worden sind.

Was den Inhalt der Datenbank betrifft, so hat der Verein unter seinen Mitgliedern eine Umfrage gemacht. Das Ergebnis dieser Abklärung der Bedürfnisse hat dem Vorstand die Aufgabe, einen minimalen Inhalt der Datenbank festzulegen, wesentlich erleichtert. – An dieser Stelle möchte ich denn auch wieder zum Beitritt zum Verein aufrufen: Je breiter nämlich die vom Verein vertretene Basis auf Benützerseite ist, desto besser lassen sich die für die Benützer wichtigen Ziele abstecken und erreichen. – Der Entscheid, was alles zum Minimalinhalt der Datenbank gehören soll, ist allerdings nicht nur eine Frage des Bedürfnisses der Benützer, sondern auch eine Kostenfrage.

Damit ist auch gesagt, daß der Benützertarif der Datenbank nicht losgelöst von deren Inhalt gesehen werden kann. Die Verhandlungen des Vereins mit SWISSLEX über die Tarif- und Preisgestaltung, die in diesem Frühjahr begonnen haben, werden denn auch in engem Zusammenhang mit den Verhandlungen über die Festlegung des Minimalinhalts und über die Übergabe der Daten durch Bund und Kantone geführt.

Es ist klar, daß die an die Schweizerische Juristische Datenbank gestellte Anforderung der allgemeinen Zugänglichkeit unter kostengünstigen Bedingungen nicht leicht auf einen Nenner zu bringen ist mit dem Konzept einer von einer privaten Betriebsgesellschaft geführten Datenbank, die alle Rechtsgebiete, rentable und unrentable, umfassen und das Angebot im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung sicherstellen soll. Der Vorstand ist jedoch überzeugt, daß es, insbesondere wenn auch Bund und Kantone mit Bezug auf die Datenübergabe das ihre beitragen, gelingen wird, mit SWISSLEX in dem bereits durch gemeinsame Vereinbarung abgesteckten Rahmen ein Vertragswerk auszuhandeln, das dem öffentlichen Interesse in verbindlicher Weise Rechnung trägt und gleichzeitig der SWISSLEX den für ein privates Unternehmen nötigen Spielraum beläßt.

Prof. Dr. ULRICH ZIMMERLI:

Zum Schluß meines Präsidialberichts möchte ich danken. Einmal mehr hat uns der Redaktor der «Schweizerischen Juristenzeitung», Herr Prof. Dr. PETER FORSTMOSER eine Sondernummer geschenkt, die Sie in der Kongreßmappe vorgefunden haben. Ich danke ihm dafür ebenso herzlich wie den Neuenburger Juristen, die für diese Sondernummer Beiträge geliefert haben. Herrn Dr. HANSPETER MOSER danke ich zuhanden der Redaktoren des «Schweizerischen Zentralblatts für Staats- und Gemeindeverwaltung» ebenfalls bestens dafür, daß in der Septembernummer des Juristentags gedacht wird. Das *Verlagshaus Sauerländer bzw. Helbing und Lichtenhahn* verdient unser aller Dank für die mustergültige drucktechnische und administrative Betreuung unserer Referate und Protokolle sowie für die Mitwirkung bei der Adressenverwaltung. Herrn Kollegen Prof. PHILIPPE BOIS und den Studenten danke ich sehr für die Durchführung des gestrigen Seminars. Die SWISSLEX verdient Lob und Anerkennung für ihre Demonstration der Datenbank. Frau Dr. KATHARINA SAMELI danke ich für ihren unermüdlichen und äußerst wirksamen Einsatz im Vorstand des «Vereins Schweizerische Juristische Datenbank» gleichermaßen herzlich wie meinen anderen Vorstandskollegen für die mir im Berichtsjahr gewährte Hilfe und Unterstützung. Herr JEAN-WERNER SIGNER schließlich, der Leiter unseres Sekretariats, hat uns auch im Berichtsjahr zuverlässig administrativ betreut, und dafür sind ihm Vorstand und Verein dankbar.

Die Versammlung nimmt den Geschäftsbericht diskussionslos zur Kenntnis.

Der Präsident erteilt Herrn Prof. Dr. JOSEPH VOYAME, Direktor des Bundesamtes für Justiz, Bern, das Wort:

Il est d'usage que le chef du Département fédéral de justice et police participe à vos assises. Au-delà d'un usage, c'est du reste toujours une joie et une nécessité.

Que c'est une joie, il n'est pas besoin de l'expliquer, puisque nous la ressentons nous-mêmes, puisque nous aimons tous nous rencontrer dans ces consistoires qui allient la science du droit, la pratique, les retrouvailles et l'amitié; dans ces vastes conciles qui effacent les barrières des langues et des partis et qui scellent notre appartenance, sinon à une nation, du moins à un pays.

Mais c'est aussi une nécessité, car le chef du Département fédéral de justice et police, législateur en chef et gardien du droit au sein du Conseil fédéral, ne saurait se passer des idées, des impulsions, des critiques fécondes qui sont exprimées dans les congrès de la Société suisse des juristes.

Cette année, malheureusement, Madame ELISABETH KOPP ne peut ni satisfaire à cette nécessité ni s'accorder cette joie. Retenue à l'autre extrémité du pays, elle m'a chargé de vous dire ses regrets. Des regrets d'autant plus vifs qu'elle aurait été heureuse de nous retrouver ici, à Neuchâtel, pays de bons vins, de haute culture et de grands juristes, parmi lesquels – pour ne point parler des savants contemporains – je mentionnerai le fameux EMER DE VATTEL, auteur, au XVIIIe siècle, d'un «Traité du droit des gens», où déjà il esquissait le droit d'intervention et les sanctions, puisque, fustigeant la cruauté des armées prussiennes, il écrivait: «Les grandes puissances doivent se réunir pour châtier celles qui veulent introduire des coutumes si funestes.»

Mais nous voici bien loin de Madame ELISABETH KOPP, qui ne m'a pas seulement chargé de vous exprimer ses regrets, mais aussi de vous apporter son cordial salut et, surtout, l'expression de sa gratitude pour votre action dans l'intérêt du pays.

Année après année, vous mettez en discussion les problèmes les plus importants de l'actualité juridique. De savants rapports et des débats ouverts montrent la pluralité des intérêts et des opinions, et tracent la voie des réformes nécessaires. Ces rapports et ces discussions, on les retrouve quelques années plus tard, sous forme de projets de lois devant le Parlement, ou sous forme de citations dans les arrêts du Tribunal fédéral, dont ils stimulent et enrichissent la jurisprudence.

Les rapports que nous allons discuter aujourd'hui et demain illustrent ce que je viens de dire.

Notre code des obligations date pour l'essentiel du XIXe siècle. La partie consacrée aux diverses espèces de contrats reflète la société industrielle de l'époque. Mais aujourd'hui, les contrats de service ont pris un essort fulgurant. Comment faut-il adapter notre droit à cette évolution? Les deux rapporteurs indiquent la voie d'une jurisprudence évolutive, l'intervention du législateur devant rester subsidiaire en principe. Sans vouloir anticiper sur la discussion que nous entendrons tout à l'heure, je puis dire que je partage ces vues. J'ajoute que sur le plan international, les contrats de service sont l'objet de recherches et d'études qui stimuleront et harmoniseront peut-être les droits

nationaux. C'est ainsi que l'Institut international d'unification du droit privé, à Rome, connu sous le nom d'UNIDROIT, se penche actuellement sur les contrats de factoring et d'hôtellerie, dans des travaux auxquels nous participons activement.

Et l'art. 4 de la Constitution fédérale? Et l'interdiction de l'arbitraire? Bien sûr, nous connaissons tous le formidable édifice bâti par le Tribunal fédéral, un édifice dans lequel un des rapporteurs voit avec raison un phénomène historique et culturel. Mais il était utile d'en explorer systématiquement les effets sur l'action de l'Etat. On disait autrefois que, «dans l'action gouvernementale, le plus beau, c'est l'arbitraire». On ne le dit plus, on ne le pense même plus. Nos rapporteurs le montrent: on s'est habitué à considérer l'interdiction de l'arbitraire comme l'un des principes majeurs de l'activité gouvernementale et administrative. A vrai dire, on peut s'étonner que la base de l'édifice soit encore et toujours l'art. 4 Cst. Sur ce fondement solide certes, mais étroit, s'est élaborée une construction vaste, aux mille ramifications, qu'il serait peut-être plus opportun d'établir sur un principe général du droit, ou sur un principe constitutionnel non écrit, en attendant qu'il soit écrit dans notre prochaine Constitution.

Monsieur le Président, chers collègues, je participe pour la dernière fois à vos assises comme directeur de l'Office de la justice. Je ne vais pas, pour autant, esquisser un testament. J'aimerais seulement, pour terminer, attirer votre attention sur un problème fort actuel, si actuel que notre Président vient de l'évoquer: c'est celui de la cohérence des lois. Je n'évoquerai ni prolifération, ni marée législative, ni «Gesetzesflut» ni «Normenflut». De cela, on n'a que trop parlé, et souvent de façon caricaturale. Mais, ce que je voudrais dire, c'est qu'on a parfois de la peine à harmoniser nos divers actes législatifs ainsi que les recours qu'ils ouvrent. Songez par exemple aux lois sur la protection de l'environnement, sur la protection des eaux, sur la pêche, sur la forêt, sur l'aménagement du territoire et bien d'autres qu'il serait trop long d'énumérer. Chacune d'elles est indispensable, chacune d'elles protège des biens essentiels ou importants, chacune d'elles ouvre des voies de recours utiles et nécessaires. Mais l'addition possible de ces moyens juridiques est telle qu'ils risquent parfois de paralyser pratiquement de grandes réalisations nécessaires elles aussi. J'ai été heureux d'apprendre que la Société suisse des juristes allait y travailler. La Confédération le fera elle aussi. Un des grands sujets du nouveau programme national de recherche scientifique porte

justement – le Conseil fédéral l'a décidé il y a quelques semaines – sur «les effets des mesures étatiques». En outre, le Département fédéral de justice et police met actuellement sur pied un groupe de travail qui sera chargé de l'«évaluation législative», c'est-à-dire d'élaborer, pour assurer la qualité des lois, une méthode d'analyse prospective et rétrospective des actes législatifs. On espère pouvoir ainsi, en particulier, déceler à temps les fameux effets pervers, qu'on ne constate souvent qu'après coup, quand il est trop tard.

Dans toutes ces tâches, on pourra s'inspirer non seulement des rapports futurs évoqués tout à l'heure, mais aussi des travaux sur l'art de légiférer que notre association a patronnés il y a une quinzaine d'années. Et me voici ramené au début de mon intervention: une fois de plus, la Société suisse des juristes aura montré la voie. Une fois de plus, qu'elle en soit remerciée. Comme aussi vous tous, chers collègues, pour m'avoir prêté quelques instants de bienveillante attention.

Der Präsident erteilt Herrn Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. ENGELBERT NIEBLER, Karlsruhe, das Wort:

Zunächst danke ich Ihnen, Herr Professor Dr. ZIMMERLI, herzlich dafür, daß Sie mich – nach meiner verletzungsbedingten Verhinderung im vergangenen Jahr – zum Schweizerischen Juristentag 1987 wieder eingeladen haben.

Ihnen, meine sehr geehrten Damen und Herren, darf ich die besten Grüße der ständigen Deputation des Deutschen Juristentags übermitteln. Wir haben uns sehr darüber gefreut, daß der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins durch Frau Rechtsanwältin Dr. SAMELI beim 56. Deutschen Juristentag in Berlin vertreten war.

Die Deputation hält derartige Kontakte zwischen den Juristenvereinigungen der europäischen Länder für richtig. Bei der fortschreitenden wirtschaftlichen Verflechtung über die Grenzen hinaus ist die Kenntnis des Rechts und seiner praktischen Anwendung in den Nachbarländern besonders bedeutsam. Sie in der Schweiz haben dank Ihrer langen föderalistischen Tradition reiche Erfahrung. Wie Sie das Spannungsverhältnis im Gesetzgebungsbereich zwischen Wahrung der kantonalen und bundesstaatlichen Eigenheiten einerseits und der unvermeidlichen internationalen Angleichung andererseits bewältigen, gibt auch der Bundesrepublik wertvolle Anregungen. Auch – aber nicht nur – deshalb wünsche ich Ihrem Juristentag 1987 vollen Erfolg.

Mit dem Wunsch, daß die Kontakte und der Erfahrungsaustausch fortgesetzt werden, verbinde ich die herzliche Einladung – nicht nur an den Vorstand, sondern an alle Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins – zum 57. Deutschen Juristentag vom 27. bis 30. September 1988 in Mainz.

3. Revisionsbericht und Abnahme der Jahresrechnung 1986/87

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

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1987

Aktiven	Fr.
Kassa	1449.40
Postcheck	7801.94
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent Ord	77735.30
Waadtländer Kantonalbank, «Nationalfonds»	395.30
Waadtländer Kantonalbank, Depositenkonto	51973.–
Verrechnungssteuer	5951.90
Transitorische Aktiven	29995.25
Wertschriften	168327.50
	343629.59

Passiven		
Transitorische Passiven		2970.–
Rückstellung für Publikationen		200000.–
Kapital per 1. Juli 1986	123668.28	
+ Einnahmenüberschuß 1986/87	16991.31	140659.59
		343629.59

Erfolgsrechnung 1986/87

Einnahmen	Fr.	Vorjahr
Mitgliederbeiträge	150520.–	150110.–
Beitrag SGG	25000.–	25000.–
Verkauf von Publikationen	5379.–	3396.–
Wertschriftenertrag	10087.90	10052.50
Bankzinsen	1499.30	1030.77
Diverse Einnahmen	500.–	–.–
	192986.20	189589.27

Ausgaben

Druckkosten Referate und Protokolle	91 890.40	70 718.60
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht	28 458.–	25 384.20
Schweizerischer Juristentag	17 386.60	23 353.35
Vergütung an Referenten	6 000.–	6 000.–
Spesen des Vorstandes	1 795.40	738.40
Zirkulare und Drucksachen	12 619.20	7 516.–
Archivar und Buchhaltung	10 000.–	9 000.–
Post- und Bürospesen	2 139.85	5 141.30
Beiträge	4 500.–	5 750.–
Bankspesen	503.59	389.06
Steuern	701.85	701.85
Zuweisung an die Rückstellung für Publikationen	–.–	20 000.–
	175 994.89	174 692.76
Einnahmenüberschuß	16 991.31	14 896.51

II. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1987

Aktiven		Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent		11 562.80
Verrechnungssteuer		1 108.19
Wertschriften		34 919.85
		47 590.84

Passiven		
Kapital per 1. Juli 1986		53 894.32
./. Ausgabenüberschuß	6 303.48	47 590.84
		47 590.84

Erfolgsrechnung 1986/87

Einnahmen

Wertschriftenertrag	*2 856.55*
Bankzinsen	*18.05*
	2 874.60

Ausgaben

Wissenschaftliche Preise	*9 000.–*
Bankspesen	*178.08*
	9 178.08
Ausgabenüberschuß	*6 303.48*

Der Präsident verliest den von den Herren JEAN-MARC JOERIN, Advokat, Basel, und Dr. FRANÇOIS MAGNIN, Rechtsanwalt, Lausanne, verfaßten Revisionsbericht.

Die Versammlung genehmigt die Jahresrechnung und erteilt Décharge.

4. Beschlußfassung über den Voranschlag 1987/88 und Festsetzung des Jahresbeitrages

Der Kassier, Herr Bundesrichter Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, legt das Budget 1987/88 vor:

III. Budget 1987/88

Einnahmen	*Fr.*
Mitgliederbeiträge	*155000.–*
Beitrag SGG	*25000.–*
Verkauf von Publikationen	*p.m.*
Wertschriftenertrag	*10000.–*
Bankzinsen	*1000.–*
	191000.–

Ausgaben	
Druckkosten Referate und Protokolle	*97000.–*
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht	*35000.–*
Schweizerischer Juristentag	*26000.–*
Vergütung an Referenten	*6000.–*
Spesen des Vorstandes	*1800.–*
Zirkulare und Drucksachen	*10000.–*
Archivar und Buchhaltung	*11000.–*
Post- und Bürospesen	*4500.–*
Beiträge	*4500.–*
Bankspesen	*500.–*
Steuern	*700.–*
	197000.–
Ausgabenüberschuß	*6000.–*

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

Der Voranschlag und der Mitgliederbeitrag werden durch die Versammlung genehmigt.

Der Präsident dankt dem Kassier, den Revisoren und Herrn Vizedirektor IRNIGER von der ATAG für ihre Arbeit im vergangenen Vereinsjahr.

III.

Behandlung des Tagungsthemas: Die Dienstleistungsverträge

Diskussionsleiter Bundesrichter Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER:

Wir kommen zum Thema der Dienstleistungsverträge, ein Thema, über das viel gesprochen und viel geschrieben worden ist; das immer wieder die Anstrengung aller Juristen beansprucht.

Ich glaube, daß wir die Sitzung nicht damit eröffnen wollen zu untersuchen, zu qualifizieren, in welchem Vertragsverhältnis der Schweizerische Juristenverein mit den beiden Referenten gestanden hat. Das Resultat der großen Arbeit kennen Sie. Wir haben die Referate rechtzeitig erhalten, von keiner Seite ist Widerruf geltend gemacht worden. Ob Mängelrügen anzubringen sind und welcher Art die Haftung der Referenten aus dieser Mängelrüge sich präsentieren würde, das ist etwas, was unsere Diskussion jetzt ergeben sollte.

Man kann sich fragen in bezug auf diese Dienstleistungsverträge, ob die Juristentätigkeit überhaupt zu etwas nütze ist. Ich könnte mir vorstellen, daß wenn beispielsweise das Bundesgericht, das immer wieder zu schriftlichen Äußerungen, zu mündlicher Kritik Anlaß gegeben hat und zum Teil von der Wissenschaft auf Wege geführt worden ist, die sich hinterher dann auch als Einbahnstraßen – wenn nicht gar als Sackgassen – erwiesen haben, wenn dieses Bundesgericht den Stil seiner Urteile nach der Art wählen würde, wie er bekannt ist für die Cour de cassation in Frankreich oder für das oberste Gericht in Schweden, dann könnten wir wahrscheinlich die Diskussion von heute morgen rasch beenden. Diese Gerichte begründen nämlich praktisch nichts, man bekommt das Resultat: der eine hat so und soviel oder nichts zu bezahlen, die Klage wird abgewiesen, sie wird in dem und dem Umfange gutgeheißen. Wenn all die

Vertragsqualifikationen bzw. Gerichtsurteile, die soviel Juristenscharfsinn herausfordern, nur auf ihr reines Resultat hin überprüft werden, dann könnte ich mir denken, daß man in 95 Prozent oder mehr der Fälle das Resultat akzeptieren würde.

Nun glaube ich aber doch, daß auch die Begründetheit einer solchen Annahme nicht dazu führen sollte, daß wir jetzt die Übung abbrechen. Es ist wichtig für die Rechtssicherheit, für die Rechtspraxis, daß wir uns über die einzelnen Dienstleistungsverträge wieder einmal etwas eingehender unterhalten, obwohl auch für die Betroffenen meines Erachtens zwei Möglichkeiten offenstehen: Entweder formulieren sie die Verträge gut, d. h. sorgfältig und umfassend aus. Dann sind die Rechtsfolgen für den Vertragsbruch, für das Nicht- oder Schlechterfüllen des Vertrages und anderes mehr voraussehbar. Oder man läßt diese Sorgfalt nicht walten, dann muß man in Kauf nehmen, daß hinterher vielleicht etwas unerwartet und im Sinne des Schiedsrichters Recht gesprochen wird. Der wesentliche Grund, warum wir uns von der ganzen Übung der rechtlichen Qualifikation letztlich dennoch nicht dispensieren können, liegt darin begründet, daß wir immer wieder auch zwingende Normen anwenden müssen, und zwar zwingende Normen verschiedener Art. Um zu wissen, wo diese Normen zur Anwendung kommen, müssen wir juristisch ordnen und zuordnen. Von da her rechtfertigt es sich, daß wir uns heute erneut und eingehend über die Dienstleistungsverträge unterhalten.

Ich habe Sie schon lange hingehalten. Ich danke den beiden Referenten für die große Arbeit, die sie geleistet haben. Der Tradition folgend und in der Meinung, daß die Lektüre der Berichte vielleicht schon etwas weit zurückliegt, geben die beiden Referenten noch mal eine kleine Einführung ins Thema, um nicht zu sagen eine Zusammenfassung ihrer wissenschaftlichen Untersuchungen.

1. Referate der beiden Berichterstatter

Prof. Dr. FRANÇOIS DESSEMONTET, Université de Lausanne, rapporteur de langue française:

1. C'est au bénéfice d'un mandat que nous avons entrepris la préparation de nos rapports, M. LEUENBERGER et moi. Même si nous ne sommes pas absolument certains de cette conclusion-ci,

nous serons certainement d'accord pour dire que notre étude nous a beaucoup apporté.

Durant ces quelques minutes, je soulignerai tout d'abord ce qu'il y a de commun dans les conclusions de M. LEUENBERGER et les miennes. Ensuite, je parlerai de ce qu'il y a d'un peu différent dans notre méthode. Enfin, je m'arrêterai à quelques questions de fond, en particulier à celle de la résiliation des contrats de service.

2. L'existence de nombreux services à notre époque n'est pas une réalité nouvelle. Les sociétés traditionnelles, qu'elles soient pré-industrielles ou industrielles, les connaissaient déjà. Il n'y a donc pas de raison dans notre domaine de faire abstraction de ce qui existait autrefois. Comme le disait M. BUCHER, en 1983 à l'occasion du centenaire du Code des obligations, il est nécessaire, lorsque nous abordons ces questions, de nous rappeler la tradition. On ne peut pas aujourd'hui révolutionner le droit parce qu'on est en présence de services qui présentent certains éléments nouveaux. Toutefois, il existe des contrats de service innommés en dépit de l'article 394 alinéa 2 CO: «Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats». Il n'y a pas de *numerus clausus* des types de contrats de service.

Une des questions qui est au centre de nos réflexions est celle de savoir quel est, dans ce domaine, le rôle comparé du législateur et de la jurisprudence, peut-être celui de la doctrine. M. LEUENBERGER et moi-même avons atteint à ce propos un consensus assez large: nous pensons l'un et l'autre qu'il n'est pas nécessaire de légiférer dans le domaine des contrats de service; il existe trop de contrats de service différents, et leur pratique est trop mouvante. Certes, si au XXIe siècle, on examine une révision du Code des obligations, l'on devra étudier de nouveau la solution du paragraphe 671, alinéas 1 et 3 du BGB allemand relatif à la résiliation du mandat. Ceci mis à part, nous pensons que le législateur ne doit pas intervenir, C'est donc, comme jusqu'à maintenant, le juge qui le fera. De quelle façon:

- doit-il intervenir de façon pragmatique (c'est une expression que les Suisses aiment beaucoup)?
- doit-il créer des règles, en application de l'article 1er, alinéa 2 du Code civil, dont l'application est recommandée par des auteurs préoccupés des contrats innommés?

C'est là qu'une certaine différence d'opinions se fait sentir dans nos rapports. Il ne faut toutefois pas l'exagérer.

3. A mon sens, la création de règles doit demeurer l'exception: le Code des obligations comprend déjà un ensemble de règles qui ont été réalisées à la suite souvent de compromis raisonnés et raisonnables, basés sur la tradition.

En Suisse, le législateur a de meilleurs moyens que le juge pour trouver un compromis entre les intérêts en présence. Rappelons-nous ainsi que le droit américain, cité parfois en exemple pour la création de règles judiciaires basées directement sur le sentiment de la justice et de l'équité, est un droit extraordinairement incertain. Voulons-nous vraiment en arriver à un système fondé intégralement sur du droit prétorien? Le voulons-nous pour les justiciables et pour l'opinion publique? L'opinion publique s'est fait une certaine idée du corps des juristes. Aux Etats-Unis, comme vous le savez, elle ne leur est guère favorable, parce qu'elle a le sentiment que le droit n'est pas transparent. L'insécurité règne, et c'est précisément cette insécurité que ne peut se permettre un pays dont le droit est souvent choisi comme droit de référence par les parties qui sont domiciliées dans d'autres Etats.

La démarche que j'ai choisie n'aboutira donc pas à créer beaucoup de nouvelles règles individuelles. En analysant de plus près 18 contrats de service typiques, je me suis en effet rendu compte que certaines *structures* apparaissent: un certain nombre de facteurs se retrouvent presque toujours ensemble dans les contrats de service. Il existe une corrélation entre ces facteurs, ils représentent des solutions qui s'expliquent l'une par l'autre, qui s'équilibrent mutuellement. Cela me paraît de nature à délimiter les domaines dans lesquels les solutions du Code doivent être reprises; pour les autres domaines (ceux dans lesquels font défaut ces corrélations, ou ceux que dominent des facteurs erratiques), il est possible de créer individuellement des règles. Comparons donc brièvement les structures du mandat et du contrat d'entreprise.

4. En analysant les mandats, il convient de mentionner en premier lieu qu'ils comportent une obligation de moyens. Ceci n'est toutefois pas fondamental, car il peut arriver que ce soit un résultat qui soit recherché. Ainsi, la personne qui va chez le médecin cherche un résultat, spécialement en matière de chirur-

gie esthétique; celui qui s'adresse à un artiste à qui il commande des vitraux pour une chapelle veut aussi un résultat. Ce qui est essentiel à mon avis, ce n'est donc pas tant de savoir si l'on est en présence d'une obligation de moyens ou de résultat que le fait que l'on puisse examiner dans un tribunal s'il y a *conformité* du résultat atteint avec les prévisions des deux parties. Je prends l'exemple du vitrail:

Si un conseil de paroisse a commandé des vitraux pour une chapelle, il se sera préalablement entretenu avec l'artiste chargé des travaux. Le conseil aura par exemple exprimé la volonté que ces vitraux donnent une atmosphère chaude, heureuse, propice au recueillement. Il peut cependant se faire que l'artiste ait d'autres vues; il va peut-être mettre sur pied des vitraux qui, une fois exécutés, donneront plutôt l'impression d'un petit matin aigrelet sur un lac que fouette une brise glaciale. Dans ce cas, le juge peut-il juger de la conformité du vitrail avec l'intention des parties? Ce n'est pas une question de droit. C'est une question de morale, de sociologie, d'usage. On se rend compte, dans de telles hypothèses, de la nécessité d'une confiance accrue entre les parties. C'est parce que je puis si peu demander l'appui du juge pour influencer le résultat et parce que, socialement surtout, je puis si peu critiquer l'artiste pour une éventuelle différence entre ce que j'ai voulu et ce qu'il a réalisé, que je dois avoir une confiance accrue en cet artiste et que je dois donc le choisir avec un soin tout particulier.

A cette confiance accrue correspond en tout temps la possibilité pour le client d'une résiliation anticipée du mandat. Or, cette résiliation peut avoir lieu sans que le mandataire obtienne du client les *bénéfices qu'il espérait* de l'opération globale, ce que les économistes appellent le «cash flow» du projet. Il ne peut pas les exiger, parce que quelqu'un qui a perdu la confiance de son client n'a socialement pas le droit de demander les bénéfices qu'il escomptait de cette confiance: il ne peut pas capitaliser sur une confiance dont il ne jouit plus. Il y a donc un rapport très étroit entre le fait qu'il y avait confiance accrue et la règle qu'une résiliation anticipée n'oblige pas à réparation pour les bénéfices manqués à la suite de cette résiliation.

De l'ensemble des observations qui précèdent, résulte la *précarité* du mandat. Par définition, le mandat ne procure aucune certitude de revenu à celui qui l'assume. Surviennent alors d'autres facteurs qui contrebalancent ce que cette précarité pourrait avoir de trop injuste. On peut relever deux facteurs essentiels:

1. Le mandataire ne supporte aucun risque, ni les risques juridiques (ceux que règle le Code), ni les risques économiques. Pensez à l'ingénieur-conseil qui dessine le plan d'une usine: s'il agit au bénéfice du contrat de mandat, ce n'est pas lui que l'on pourra rechercher si cette usine produit trop de déchets ou si elle n'est pas assez rentable, à moins qu'il n'ait commis une faute.

2. La responsabilité pour faute: le mandataire ne répond que s'il a commis une faute. La présomption de faute ne joue toutefois plus un rôle essentiel dans notre jurisprudence.

Cette précarité du mandataire correspond donc à la limitation de sa responsabilité sous un angle double. Il ne doit qu'une obligation de moyens et ne répond que de sa faute.

5. Si l'on examine maintenant quelques contrats qui correspondent plutôt au *contrat d'entreprise,* on constate qu'un résultat est dû, mais surtout qu'il s'agit d'un résultat dont on peut examiner la conformité avec le but recherché. Il n'existe dès lors pas nécessairement une confiance accrue envers le fournisseur.

Comme un résultat conforme est dû, on protège l'entrepreneur par le devoir de vérification et d'avis (art. 370 CO). Mais le vrai critère est, là aussi, la possibilité de juger la *conformité,* car si le juge ne peut se faire une opinion à ce propos, on ne peut naturellement attacher des conséquences juridiques à l'omission, par le client, de l'avis des défauts. Ainsi, dans le factoring, les contrats de recherche, ou les transferts de savoir-faire, un résultat conforme fait parfois partie des obligations du fournisseur, parfois non. L'avis des défauts ne peut être toujours exigé, mais il n'est pas équitable d'en dispenser toujours le client.

Le client n'ayant pas nécessairement une confiance accrue, il ne possède *a priori aucun droit de résilier* sans devoir payer le tout. La résiliation par le client intervient seulement contre paiement des bénéfices entiers qui échappent au fournisseur; celui-ci supporte aussi les risques entiers, il est comme un assureur auprès duquel on ne peut pas annoncer seulement les affaires à haut risque. Sa situation n'est pas marquée de la précarité qui caractérise celle du mandataire. L'entrepreneur a par conséquent une certaine sécurité économique. La loi lui assigne en contrepartie ce que j'ai appelé une garantie causale (on pourrait discuter longuement de la terminologie). L'obliga-

tion principale du fournisseur n'est pas exécutée à satisfaction tant que le résultat prévu n'est pas atteint. Le débiteur doit le résultat indépendamment de toute faute ou de toute absence de faute de sa part. La faute ne va jouer de rôle que pour les dommages-intérêts dus en plus de sa prestation principale.

Le vrai problème des services intellectuels est de définir ce qui peut être assujetti à ce régime strict, et ce qui doit y échapper. Lorsque la *liberté* des créateurs – auteurs, interprètes, chorégraphes, sculpteurs, scientifiques – est en jeu, la loi ne peut les soumettre à une garantie causale. En revanche, lorsque la prestation est technique, un résultat est dû; ingénieur géomètre, fabricant de logiciel, transporteur de personnes, organisateur de voyage, insertion de publicité sont soumis aux règles du contrat d'entreprise.

Cette garantie causale et le fait que l'entrepreneur supporte les risques sont deux éléments fondamentaux de l'équilibre qui fait qu'à la sécurité des bénéfices correspond le danger du chantier.

On constate au vu de ce qui précède que l'on ne peut pas dépecer les règles du Code, on ne peut pas disjoindre des normes qui forment un tout.

Ainsi, dans son rapport à la Société suisse des juristes en 1983, M. BUCHER a pris un très bon exemple, celui de la commande à façon: est-ce une vente, est-ce un contrat d'entreprise? M. BUCHER proposait de n'appliquer ni l'article 185 CO (dont de toute façon lui et beaucoup d'autres auteurs ne sont guère partisans), ni la règle de l'article 373 alinéa 2 CO, qui permet d'augmenter le prix forfaitaire fixé par les parties dans le contrat d'entreprise (RD 1983, II, p. 320). On voit à cet exemple, où l'on applique des règles individuelles sur leur contenu de justice et parce qu'on pense qu'elles correspondent le mieux à la volonté des parties, que l'on disjoint des points qui forment pourtant un tout économique. A mon avis, il est inopportun de combiner des règles au mépris de la cohésion interne des régimes établis par la loi. Pour prendre le même exemple, l'entrepreneur peut gagner sur son travail à façon, exiger même à titre exceptionnel une rémunération plus élevée, précisément parce qu'il supporte les risques normaux de l'opération. J'ai cité quelques autres exemples de cette nature dans mon rapport; ainsi, du point de vue de la protection du consommateur, il faut éviter que le demandeur ne réponde que pour sa faute tout en pouvant contraindre par contrat le consommateur à s'abstenir de résilier le mandat au motif que l'article 404 CO serait de droit dispositif.

6. J'en viens ici à une question de droit matériel, l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 404 CO. Les deux alinéas forment un tout. Ils établissent un compromis entre la liberté de l'esprit et la protection des investissements. La primauté de l'esprit impose le respect de la liberté du fournisseur de services intellectuels; le mandat peut être résilié par l'intellectuel pris de scrupule, le poète hésitant, le savant qui se repent (al. 1). L'alinéa 2 permet de protéger les intérêts pécuniaires de celui qui a investi en fonction d'une prestation intellectuelle qui ne vient pas à chef.

En général, on admet que l'article 404 CO est de droit impératif. Cela ne signifie pas qu'il soit applicable à tous les contrats de service. Pour certains contrats, ce sera l'article 377 CO qui s'appliquera: publicité, factoring, organisation de voyage, commande de logiciel, transport de personnes. Pour la plupart des autres, l'article 404 CO demeure applicable. Si l'on veut pourtant utiliser la souplesse du mandat, il faut élargir notre interprétation de l'article 404 CO. Je vous propose de tenter de nous mettre d'accord pour l'élargir seulement du côté du mandataire, en ce sens que *le mandataire puisse s'engager à achever son mandat*. Ceci est essentiel pour la protection des clients, lorsqu'ils ont intérêt à ce que les fournisseurs de service achèvent leur opération. La répudiation du mandat pour justes motifs demeurerait toujours possible. A défaut de justes motifs, cependant, le fournisseur de services peu ponctuel ne pourrait plus limiter sa responsabilité en résiliant. S'il est abandonné par le fournisseur de services, le client doit être indemnisé pour son plein intérêt économique à la poursuite du contrat jusqu'au terme prévu.

C'est la solution du paragraphe 671 BGB, alinéas 1 et 3, comme celle du droit italien par exemple.

Evidemment, l'article 404 alinéa 1 CO ainsi expliqué doit alors être compensé par une nouvelle interprétation de l'article 404 alinéa 2 CO. On lit dans quelques arrêts cantonaux que l'article 404 alinéa 2 CO ne permet à la partie dont on a résilié le mandat que d'obtenir des dommages-intérêts négatifs. Je pense que c'est inexact. Si le mandataire résilie le mandat, le mandant peut réclamer le plein intérêt économique qu'il avait à l'exécution du contrat.

Imaginez l'avocat qui va aux Barbades plutôt que de finir un procès. Est-il juste que son client ne puisse pas obtenir ce qu'il aurait obtenu comme gain du procès si celui-ci avait été suivi avec diligence? Il me paraît normal que lui soient versés des

dommages-intérêts positifs, l'intérêt qu'avait à l'exécution du contrat le client de l'avocat.

Réciproquement, les dommages-intérêts positifs peuvent également être alloués lorsque l'organisation du mandataire possède une telle structure qu'un vaste dommage lui est causé par une résiliation anticipée du mandat sans que le mandant ne puisse faire valoir de justes motifs. Je propose même à cet égard une présomption de révocation en temps inopportun lorsque l'organisation mandatée dépend d'un mandat individuel.

Le contrat d'internat est un exemple typique: depuis des temps immémoriaux, l'enseignement est soumis au contrat de mandat. Il ne faut pas vouloir changer l'ensemble de cette structure bien équilibrée simplement parce que dans un cas, un internat n'aurait pas reçu d'indemnité suffisante lorsqu'un élève est parti. En réalité, un internat a le droit d'établir qu'à cause de son organisation (il avait par exemple refusé tant d'élèves, ou il avait pris un élève qui s'est désisté ensuite), il subit un dommage; il peut en demander réparation pleine et entière. Cette interprétation de l'article 404 alinéa 2 CO rejoint la solution qu'a proposée M. LEUENBERGER, qui arrivait à peu près au même résultat, mais sur la base des articles 337 et 337 b CO.

7. Concluons. Nous avons vu qu'il y a des facteurs qui sont liés entre eux. Nous avons vu que sur l'un ou l'autre point, en particulier l'article 404 CO, la jurisprudence pourrait à très peu de frais modifier ce qu'il y a d'incertain à l'heure actuelle dans le statut juridique des contrats de service.

On peut se demander si c'est à la jurisprudence qu'il incombe de développer les types de contrats innommés et de définir les règles qui s'y appliquent. Nul doute que les juges ne puissent à l'avenir élaborer une règle de droit tant soit peu stable, dans le domaine des contrats de service, puisqu'ils l'ont fait dans d'autres domaines importants (cumul de la garantie des défauts et des moyens tirés de l'erreur, nullité partielle, par exemple). Ce que les tribunaux ne peuvent pas faire si aisément, c'est établir des *ensembles* de normes équilibrés. La notion d'*ensemble,* de *système,* est essentielle au respect de la justice. La tradition parlait de *naturalia,* de suites naturelles correspondant à la nature profonde des transactions, à leur structure. C'est donc la tâche de la doctrine d'étudier la pratique et de définir les types de contrats nouveaux. Le législateur pourra plus tard, au XXIe siècle, codifier ces contrats.

A cet égard, il convient que l'on se penche sur l'article 8 de la

loi sur la concurrence déloyale de décembre 1986, qui parle de l'utilisation de conditions commerciales abusives. Cette disposition a la teneur suivante:

«Agit de façon déloyale celui qui notamment utilise des conditions générales préalablement formulées qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui:

a) dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou
b) prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat.»

Cet article devrait apporter aux clients des entreprises de service une garantie suffisante contre les clauses inappropriées des conditions générales. Il est très intéressant pour les juristes positivistes d'avoir un texte de loi qui parle de la *nature* du contrat et qui semble, chose curieuse, l'opposer au *régime légal*. Peut-il y avoir une nature du contrat qui ne se reflète pas dans le régime légal? Le législateur a-t-il été parfois si mal inspiré qu'il n'aurait pas saisi la nature d'un contrat? En réalité, ce qu'on a voulu dire ici, c'est qu'il y a des régimes légaux qui sont applicables, directement ou par analogie, clairement, et qu'il y a des contrats innommés où la question est indécise. C'est uniquement en ce qui concerne ces contrats innommés qu'il convient de rechercher leur «nature».

Quand on parle de la nature du contrat, on ne parle pas d'une règle en particulier, on parle de quelque chose d'ontologique ou d'épistémologique qui est en dehors du Code et que le juge doit saisir comme un tout. Je propose que l'on tente de voir dans la nature du contrat de l'article 8 LCD ces structures fondamentales dont j'ai parlé. Je vous rappelle que ces structures fondamentales portent sur sept points:

- l'obligation de résultat ou de moyens,
- la possibilité de juger de la conformité du service effectué avec la commune intention des parties,
- la garantie causale ou non (responsabilité uniquement pour faute),
- le fardeau des risques,
- la confiance accrue,
- la résiliation, et
- le montant des dommages-intérêts dus en cas de résiliation anticipée.

En revanche, échappent à cette structure d'autres éléments qui ne font pas partie de la nature du contrat. J'en cite quelques uns:

- le fait que l'on cherche à obtenir un objet matériel, ou immatériel (ceci permet tout au plus de savoir s'il y a jugement possible sur la conformité du contrat);
- le fait que le contrat a été conclu pour une durée déterminée ou non, et
- toute une série d'autres éléments qui juridiquement sont importants, mais qui ne dépendent pas de la nature du contrat, par exemple l'obligation de discrétion, l'obligation de suivre des instructions, l'obligation de remplir ses obligations en personne, la prescription, la subrogation patrimoniale, les pouvoirs de représentation. Tout ceci peut varier dans un contrat. Et dans un contrat de service en particulier, sur ces points-là, le juge peut créer les règles qui lui semblent convenir, pourvu qu'une fois qu'il les a créées, il s'y tienne au moins pendant deux ans de suite.

Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, Kantonsrichter, St. Gallen, Berichterstatter deutscher Sprache:

Das Thema «Dienstleistungsverträge» ist sehr weit. Ich habe in meinem schriftlichen Referat daher nicht die zahlreichen Dienstleistungsverträge in ihren Einzelheiten beschrieben, denn dies hätte den Umfang des Referats gesprengt. Es schien mir nützlicher, anhand einiger konkreter Dienstleistungsverträge die methodischen Fragen, die mit deren Anwendung im Zusammenhang stehen, zu untersuchen.

Als Dienstleistungsverträge können Verträge bezeichnet werden, deren charakteristische Leistung ganz oder zu einem wesentlichen Teil eine Arbeit zum Vorteil eines anderen beinhaltet. Seit längerer Zeit geläufig sind Dienstleistungen wie z. B. diejenige des Anwalts, des Arzts, des Architekten, des Vermögensverwalters, der Privatschule und des Bauunternehmers. Mit der Verlagerung der volkswirtschaftlichen Leistungen vom primären und sekundären in den tertiären Sektor, d. h. in den Bereich der Dienstleistungen, haben die genannten Dienstleistungsverträge zahlenmäßig erheblich an Bedeutung gewonnen. Es sind aber auch eine ganze Reihe neuer Dienstleistungen entstanden, die mit den entsprechenden Verträgen «verkauft» werden wollen. Hier ist an das Factoring, das Franchising, die Reiseveranstaltung, die Computerwartung, die Softwareherstellung und andere mehr zu denken.

Es ist unbestritten, daß der Arzt und der Anwalt ihre Dienste im Rahmen eines Auftrags leisten. Dieser Vertragstypus ist auf diese Dienstleistungen geradezu zugeschnitten, beinhaltet er doch eine interessenwahrende Arbeit, die vorwiegend persönlich, d. h. ohne Arbeitsorganisation und Planung sowie ohne längeres und erhebliches zeitliches Engagement zu erbringen ist. Es ist eine Arbeit, für die eine Sorgfalts-, aber nicht eine Erfolgshaftung gilt, und die mit einem besonderen Vertrauensverhältnis und einem entsprechenden jederzeitigen, entschädigungslosen Widerrufsrecht verbunden ist. Auf die Dienstleistung des Bauunternehmers hingegen ist der Werkvertrag zugeschnitten, mit dem ein Arbeitserfolg mit einer gewissen Körperlichkeit versprochen wird und der eine Haftung für diesen Arbeitserfolg beeinhaltet. Dienstleistungsverträge, die wie die genannten unter einen gesetzlichen Vertragstyp fallen, stellen bei der Anwendung insofern weniger Probleme, als im Konfliktfall auf die gesetzliche Regelung abzustellen ist.

In vermehrtem Maß werden aber Dienstleistungsverträge abgeschlossen, die durch die gesetzlichen Vertragstypen nicht mehr «abgedeckt» werden, weil sie Elemente verschiedener Vertragstypen kombinieren oder weil sie gesetzlich nicht geregelte Elemente enthalten. Solche Abmachungen, die den gesetzlichen Vertragstypen nicht entsprechen, sind als gesetzlich nicht geregelte Verträge, d. h. als Innominatverträge zu betrachten. Nun läßt aber die bundesgerichtliche Rechtsprechung gestützt auf den Kommentator GAUTSCHI solche Innominatverträge im Bereiche der Dienstleistungen nicht zu. Seit kurzer Zeit toleriert das Bundesgericht allerdings wieder Verträge, die aus gesetzlichen Vertragstypen gemischt sind. Es leitet aus Art. 394 Abs. 2 OR aber nach wie vor die Regel ab, daß Dienstleistungen, die nicht unter einen anderen gesetzlichen Vertragstypus fallen, dem Auftrag unterstehen. Damit wird im Bereiche der Dienstleistungen ein numerus clausus der Vertragstypen und zugleich die Subsidiariät des Auftragsrechts eingeführt. Diese Auslegung von Art. 394 Abs. 2 OR ist rein aufgrund des Wortlauts verständlich. Die Vertragsfreiheit gibt den Parteien aber das Recht, daß Abmachungen, die einem gesetzlichen Vertragstyp nicht entsprechen, als solche respektiert werden. Es kann nicht der Sinn des Gesetzes sein, gerade im Bereich der Dienstleistungen diese Freiheit auszuschließen und die Parteien zu zwingen, einen gesetzlichen Vertragstyp zu wählen. Aus den Gesetzesmaterialien läßt sich meines Erachtens nicht folgern, daß der Gesetzgeber eine solche Absicht verfolgt hatte.

Daß sich die Vertragsfreiheit als grundlegendes Prinzip des Vertragsrechts auch nicht einschränken läßt, zeigt sich in der Rechtsprechung. Werden nämlich Vertragsverhältnisse, die dem Modell des Auftrags nicht entsprechen, infolge dessen Subsidiarität dem Auftragsrecht unterstellt, ergeben sich vielfach unbefriedigende Ergebnisse, weil die Normen des Auftragsrechts nicht passen. Unbefriedigende Ergebnisse entstehen insbesondere, wenn das jederzeitige, entschädigungslose Widerrufsrecht nach Art. 404 OR auf Vertragsverhältnisse angewandt wird, die dem Auftragsmodell nicht oder nur teilweise entsprechen. So ist es unsachgemäß, wenn z. B. einer Internatsschule entgegengehalten wird, sie habe mit einem jederzeitigen, entschädigungslosen Widerruf wie jede andere Beauftragte zu rechnen. Teilweise wird solchen unbefriedigenden Resultaten ausgewichen, indem ein Vertragsverhältnis dem Werkvertragsrecht unterstellt wird, obschon gar kein Werk mit einer gewissen Körperlichkeit Vertragsgegenstand ist. Es ist hier z. B. an Abmachungen betreffend den Besuch einer Veranstaltung oder die Aufführung eines Programms vor Publikum zu denken, die vielfach dem Werkvertrag zugeordnet werden. Unbefriedigend ist es im weiteren, wenn dem jederzeitigen und entschädigungslosen Widerrufsrecht gemäß Art. 404 OR dadurch ausgewichen wird, daß durch Ausdehnung des Begriffs der Unzeit der Widerruf praktisch immer eine Schadensersatzpflicht auslöst. Dies ist insbesondere beim Architektenvertrag der Fall, wo – wie Herr DESSEMONTET sagt – geradezu von einer Vermutung des unzeitigen und damit schadenersatzpflichtigen Widerrufs ausgegangen werden kann. Unbefriedigend ist es schließlich wenn – wiederum zur Ausschaltung unsachgemäßer Folgen der numerus-clausus-Praxis – das Widerrufsrecht entgegen dem klaren Wortlaut durch Interpretation auf höchstpersönliche Aufträge beschränkt wird. Diese Beispiele zeigen, daß die Vertragswirklichkeit es nicht zuläßt, daß für die Dienstleistungsverträge ein Typenzwang und eine Subsidiarität des Auftrags eingeführt wird. Diese Beispiele zeigen aber auch, daß eine erhebliche Rechtsunsicherheit entsteht, wenn der Auftrag und der Werkvertrag überdehnt werden; dies ist nota bene eine Rechtsunsicherheit aufgrund der Anwendung des Gesetzesrechts, nicht aufgrund von Richterrecht.

Die gesetzlichen Vertragstypen sind meines Erachtens auf Vertragsverhältnisse anzuwenden, die einem Typus ganz oder im wesentlichen entsprechen. Auf solche Vertragsverhältnisse können die Regeln des entsprechenden Vertragstypus ange-

wandt werden, ohne daß unsachgemäße Ergebnisse entstehen. Hier ergibt sich eine gewisse Differenz zum Referat von Herrn DESSEMONTET, indem ich die Grenzen der einzelnen Vertragstypen enger ziehe, die Regeln dieser Vertragstypen auch strenger anwende und auf der anderen Seite in größerem Umfang gesetzlich nicht geregelte Verträge zulasse. Es scheint mir fraglich, ob es richtig ist, fast mathematisch abzuzählen, ob bestimmte Merkmale eines Vertragstypus vorhanden oder ob bestimmte Rechtsfolgen angemessen sind, um dann ein Vertragsverhältnis dem Auftrag oder Werkvertrag zu unterstellen. Geht man so vor, müßten unter Umständen Sachverhalte dem Auftrag oder Werkvertrag zugeordnet werden, obschon diese den genannten Vertragstypen nur zu einem Teil entsprechen und sogar gewichtige Merkmale (wie z. B. ein besonderes Vertrauensverhältnis beim Auftrag) fehlen.

Es scheint mir richtiger, Dienstleistungsverträge, die keinem gesetzlichen Vertragstyp entsprechen, als gesetzlich nicht geregelte Verträge zu betrachten. In diese Kategorie fallen meines Erachtens der (Gesamt-)Architektenvertrag, der weder ganz dem Auftragsrecht entspricht, weil er in der Regel nur mit einer ganzen Arbeitsorganisation, mit Planung und mit großem zeitlichem Engagement erfüllt werden kann, der aber mangels Körperlichkeit eines wesentlichen Teils der Leistung auch nicht einheitlich dem Werkvertrag zu unterstellen ist. Ähnliches gilt für den letztes Jahr diskutierten Reiseveranstaltungsvertrag, der ebenfalls nur mit einer ganzen Arbeitsorganisation und mit Planung zu erfüllen ist und daher nicht vollständig dem Auftragsrecht unterstellt werden kann. Gegen die Anwendung des Werkvertragsrechts spricht hier, daß einem erheblichen Teil der Leistungen die notwendige Körperlichkeit fehlt. Als weiteres Beispiel sei der Franchisevertrag genannt, der nicht dem Auftragsrecht zugeordnet werden kann, weil er mit einer Sachleistung, nämlich mit der Überlassung eines Betriebsorganisationskonzepts verbunden und im weiteren für eine längere Dauer eine über das Auftragsrecht hinausgehende enge geschäftliche Beziehung entstehen läßt. Aber auch eine große Zahl weiterer Dienstleistungsverträge sind meines Erachtens aus ähnlichen Überlegungen als gesetzlich nicht geregelte Verträge zu betrachten. Es handelt sich um verschiedene Schulverträge (insb. Internatsverträge), den Veranstaltungs- und Vorstellungsbesuchsvertrag, den Liegenschaftsverwaltungsvertrag, verschiedene Bankverträge, den Factoringvertrag, den Alleinvertriebsvertrag sowie verschiedene Wartungsverträge.

Wenn die genannten Vertragsverhältnisse als gesetzlich nicht geregelte Verträge behandelt werden, fallen zwar die Probleme weg, die durch die Unterstellung unter einen gesetzlichen Vertragstyp und insbesondere unter den Auftrag entstanden sind; wir handeln uns aber dafür neue Probleme ein. Es sind die Probleme, die bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen dadurch entstehen, daß ein dispositives Recht fehlt, auf das bei Vertragslücken zurückgegriffen werden kann. Bisher ist die Beurteilung gesetzlich nicht geregelter Verträge meines Erachtens nicht befriedigend gelöst worden. Das Bundesgericht sagt zwar in BGE 109 II 466, es sei nicht zwingend, ein komplexes Vertragsverhältnis entweder ganz als Auftrag oder ganz als Werkvertrag zu beurteilen. Eine Spaltung der Rechtsfolgen sei durchaus denkbar, indem sich die Haftung zum Teil aus Werkvertrag und zum Teil aus Auftrag ergeben könne. Das Bundesgericht hat – soweit ich sehe – aber nicht gezeigt, wie diese Spaltung in der Rechtsanwendung praktisch durchzuführen sei. Meines Erachtens ist es aber ohnehin fraglich, einen gesetzlich nicht geregelten Vertrag in Elemente zu zerlegen. Er ist vielmehr als einheitliches Regelungsgefüge zu betrachten und nach einheitlichen Regeln zu beurteilen. Insofern spielt es keine Rolle, ob ein Vertrag Elemente eines gesetzlichen Vertragstypus umfaßt oder nicht. Ist ein gesetzlich nicht geregelter Vertrag zu ergänzen, hat der Richter (zumindest bei verkehrstypischen Verträgen) für einen konkreten Vertrag die sachgerechte Regel nach Art. 1 Abs. 2 ZGB selber zu bilden. Er wird dabei, wenn möglich, eine passende Regel des Vertragstypenrechts analog anwenden. In dieser Hinsicht scheinen mir die Tabellen von Herrn DESSEMONTET nützlich, denn sie zeigen, ob sich gegebenenfalls eher eine Regel des Werkvertrags oder des Auftrags zur analogen Anwendung eignet.

Als Beispiel für die richterliche Regelbildung sei die fristlose bzw. vorzeitige Vertragsauflösung erwähnt. Hier stehen dem Richter die Regeln des Auftrags (d. h. der jederzeitige, entschädigungslose Widerruf), des Werkvertrags (d. h. der Rücktritt gegen Schadloshaltung) oder des Arbeitsvertrags (d. h. Auflösung aus wichtigen Gründen) zur analogen Anwendung zur Verfügung. Er kann aber auch eine Regel bilden, die irgendwo zwischen den genannten Lösungen liegt. Er stellt sich dabei die Frage, ob eine solche richterliche Regel ebenfalls zwingend sei wie die genannten gesetzlichen Regeln. Meines Erachtens ist diese Frage dann zu bejahen, wenn sich nur eine zwingende richterliche Regel harmonisch in die gesetzlichen Regeln einfügen läßt.

Werden gesetzlich nicht geregelte Dienstleistungsverträge in Form von allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeschlossen, bleibt hingegen wenig Raum für die richterliche Vertragsergänzung. Das Problem verschiebt sich hier im wesentlichen auf die Beurteilung der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der Richter wird in Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel (bzw. von Art. 8 UWG) zu entscheiden haben, ob eine konkrete AGB-Bestimmung mit der Natur bzw. dem Charakter des betreffenden Vertrages vereinbar sei. Trifft dies nicht zu, hat er der Bestimmung gegebenenfalls die Geltung zu versagen. Die Frage nach dem Vertragscharakter kann bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen aber nicht unter Beizug des dispositiven Rechts entschieden werden. Dem Richter obliegt es hier, zunächst – als Vergleichsmaßstab – die richtige und gerechte Lösung für den konkreten Vertrag in einer eigenen Regel festzuhalten. Erst nachher kann die Übereinstimmung einer AGB-Bestimmung mit dem Vertragscharakter überprüft werden.

Wer gewohnt ist – und das sind wir alle – die Beurteilung von Verträgen anhand eines Gesetzbuches vorzunehmen, wird über den häufigen Verweis auf das Richterrecht erstaunt sein. Richterrecht ist im Vertragsrecht aber eine Konsequenz der Anerkennung gesetzlich nicht geregelter Verträge und somit eine Konsequenz der Vertragsfreiheit. Wenn das Richterrecht im Bereiche der Dienstleistungsverträge häufiger angerufen wird, ist dies wiederum eine Konsequenz davon, daß Dienstleistungsverträge immer weniger von den gesetzlichen Vertragstypen «abgedeckt» werden.

Richterrecht und Vertragstypenrecht sind zwei – allerdings ungleiche – Teile eines Ganzen. Besteht keine gesetzliche Normierung, hat der Richter gegebenenfalls eine Regel selber zu bilden. Dem Richterrecht sind allerdings Grenzen gesetzt. Der Richter kann nämlich nur im Einzelfall und schrittweise Regeln bilden. Er hat sich im weiteren an die gesetzgeberischen Wertungen zu halten. Sind eigentliche neue Weichenstellungen vorzunehmen, hat der Gesetzgeber selber zu handeln. Gesetzgeberisches Handeln ist auch geboten, wenn aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zugewartet werden kann, bis sich eine richterliche Praxis gebildet hat. Ob eine bestimmte Materie durch Richterrecht bewältigt werden kann, oder ob eine gesetzliche Regelung notwendig ist, läßt sich mit juristischen Argumenten nur in groben Linien beantworten. Diese Frage hängt im wesentlichen von politischen Überlegungen ab. Selbst wenn aber ein neuer Vertragstyp in das Obligationenrecht aufgenom-

men werden soll, wird der Richter den entsprechenden Vertrag noch während Jahren nach richterlichen Regeln beurteilen müssen, da es fünf, zehn oder noch mehr Jahre dauern kann, bis eine Gesetzesänderung in Kraft tritt.

In bestimmten Fällen ist es unerläßlich, daß der Gesetzgeber aktiv wird. Der Katalog der gesetzlichen Vertragstypen ist grundsätzlich als offen zu betrachten und bedarf von Zeit zu Zeit der Revision oder Ergänzung. Da aber der Gesetzgebungsprozeß in seiner Kapazität beschränkt ist, sind auch dem Erlaß neuer Gesetze Grenzen gesetzt. Im Sinne der Entlastung des Gesetzgebungsprozesses sollten Vertragstypen daher nur dann gesetzlich geregelt werden, wenn sie mit Richterrecht nicht bewältigt werden können. Unter Umständen kann es auch sinnvoller sein, statt neuer, kasuistischer Vertragstypen allgemeine Bestimmungen zu schaffen. Solche Regeln würden dem Richter nicht nur bei der Beurteilung einzelner Vertragstypen, sondern bei einer großen Zahl gesetzlich nicht geregelter Verträge dienen. Im Hinblick auf die Dienstleistungsverträge ist es meines Erachtens wünschbar, die Frage der fristlosen bzw. vorzeitigen Auflösung und des dafür allenfalls geschuldeten Schadenersatzes in allgemeinen Bestimmungen neu zu regeln.

Gesetzesrecht und Richterrecht können nur richtig zusammenspielen, wenn das Richterrecht offen deklariert wird, und nicht gleichsam unbewußt oder verdeckt in Form von überdehnender Interpretation des Vertragstypenrechts gebildet wird. Wenn Herr DESSEMONTET Art. 404 OR sehr ausdehnend interpretiert, würde ich das als Richterrecht bezeichnen. Es ist aber meines Erachtens vorzuziehen, wenn solches Richterrecht offen deklariert und nicht als Interpretation des Gesetzes, als Interpretation des gesetzgeberischen Willens ausgegeben wird. Nur wenn Richterrecht auf transparente Weise geschaffen wird, wird ersichtlich, wo seine Grenzen liegen und wo der Gesetzgeber eingreifen muß.

Es zeigt sich somit, daß das Thema «Dienstleistungsverträge» eng zusammenhängt mit Fragen betreffend die gesetzlich nicht geregelten Verträge, die Kontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Richterrecht und die Notwendigkeit neuer gesetzlicher Regelungen.

2. *Diskussion*

Prof. Dr. JOSEF HOFSTETTER, Université de Lausanne:

La définition des différents contrats de service nous plonge dans l'embarras. Ou les solutions radicales que l'on peut envisager sont utopiques, ou elles menacent par trop la sécurité du droit. Je songe ici soit à la suppression des dispositions de droit impératif dans le domaine des contrats de service, ce qui permettrait probablement de renoncer à une réglementation légale de ces contrats, soit à l'invention (géniale) d'un nouveau système de contrats éludant la plupart des difficultés de délimitation, soit à la méthode appelée «pointilliste» par M. DESSEMONTET, et qui consiste en une sorte de service «à la carte» où l'on choisit pour chaque cas les dispositions qui lui semblent appropriées, sans se cantonner dans un des types légaux de contrats de service.

Il n'existe donc aucun moyen pour échapper aux difficultés de qualification des contrats de service. D'autres législations connaissent d'ailleurs des problèmes analogues. Le mérite des deux rapporteurs, en plus d'une lumineuse description de la matière et des questions qui s'y réfèrent, est d'avoir montré comment l'on peut, par l'interprétation intelligente des dispositions en vigueur, rendre le système des contrats de service mieux utilisable.

Trois points me paraissent particulièrement importants:

1. L'admission des *contrats de travail sui generis,* en dépit de l'art. 394 al. 2 CO, doit être considérée comme un progrès puisqu'elle assouplit la rigueur du système des contrats de service. Les discussions sur la notion d'ouvrage et sur la nature impérative de l'art. 404 CO s'en trouvent de plus reléguées au second plan.

Le recours à la qualification de contrat de travail sui generis doit cependant rester l'exception, afin de sauvegarder la sécurité du droit. Il s'agira en tous les cas de développer les critères de ces contrats de service innommés. Les deux rapports fournissent de nouvelles idées à ce sujet.

a) Les rapporteurs hésitent à qualifier de mandat les affaires qui nécessitent de la part du mandataire une organisation de travail très importante et coûteuse, mise sur pied, maintenue ou élargie pour ce mandat précis (ex.: contrat d'architecte,

contrat de recherche). Or, de telles affaires ne peuvent pas nécessairement être rangées parmi les contrats d'entreprise. Ainsi une œuvre d'art, habituellement objet d'un mandat, peut être la cause d'investissements si importants qu'ils rendent inadaptée la résiliation selon l'art. 404 CO. L'admission d'un contrat sui generis s'impose dans de tels cas, quitte à examiner si une solution équitable ne pourrait pas être trouvée sur la base de l'art. 402 CO, interprété de manière large.

b) Il est difficile de dire si le système des points, introduit par M. DESSEMONTET, permet de repérer ces contrats sui generis. Il faudrait probablement s'attendre à les trouver dans une situation médiane, entre les mandats et les contrats d'entreprise. Si la quantification de la question permet de la bien illustrer, elle n'en assure pas la bonne résolution, car il faudrait d'abord s'entendre sur le choix des critères et le poids qu'on doit leur accorder. Le contrat passé avec un chauffeur de taxi comprend presque tous les éléments typiques du contrat d'entreprise, mais c'est la confiance en la personne du chauffeur qui reste essentielle pour moi. Si elle fait défaut, je voudrais avoir toujours le droit d'interrompre la course sans devoir fournir de justifications et avoir à payer des dommages-intérêts.

2. La discussion concernant la notion d'ouvrage perd de son importance non seulement par suite de l'admission des contrats de travail sui generis, mais aussi en raison du critère de la conformité. On a affaire à un mandat plutôt qu'à un contrat d'entreprise si le résultat recherché ne peut faire l'objet d'un examen judiciaire quant à sa conformité avec les prévisions des parties. J'ai été jusqu'à présent partisan de la théorie de GAUTSCHI, n'admettant comme ouvrage que des produits matériels. Je suis aujourd'hui enclin à me rallier à la doctrine de M. DESSEMONTET.

3. Comme les rapporteurs l'ont mis en évidence, la question principale consiste à déterminer sous quelles conditions le mandant qui résilie le mandat peut exiger une indemnisation et quelle est l'étendue de cette réparation. Dans ce domaine également, nos rapporteurs soutiennent, grâce à une interprétation souple du droit positif, des solutions qui rendent l'art. 404 CO plus supportable. Je pense en particulier à la présomption qu'un

dommage est causé par la résiliation en temps inopportun, d'où il découle des dommages-intérêts forfaitaires.

Une autre question mériterait d'être approfondie: les dommages-intérêts faisant suite à une résiliation intempestive – le lucrum cessans excepté – ne devraient-ils pas être fournis sur la base de l'art. 402 CO (voir DESSEMONTET, p. 190)? Les investissements qui seraient normalement couverts pour la rémunération promise ne deviennent-ils pas des dépenses particulières, susceptibles d'indemnisation selon l'art. 402 CO, si la révocation intervient très tôt, mais néanmoins après que le mandataire a entrepris les investissements? Il me semble que oui, puisque la rémunération n'est acquise que pour une faible part. Quant au *lucrum cessans,* c'est à juste titre que M. DESSEMONTET admet ce poste de dommages dans certaines situations. Il en est ainsi lorsqu'en raison d'un mandat, le mandataire s'est vu contraint de ne pas accepter d'autres affaires, et que ce mandat est ensuite révoqué.

Pour conclure, je rappellerai un argument supplémentaire en faveur de la nature impérative de l'art. 404 CO. Il faut tenir compte du fait que le pouvoir de donner des instructions est plus étendu dans le mandat que dans le contrat d'entreprise. Ceci a pour conséquence que le contrat de mandat souffre d'un manque de précision quant à la fixation de son objet. Or les parties ne doivent être liées que pour des tâches qui sont définitivement déterminées. Cet argument ainsi que ceux développés par M. DESSEMONTET (confiance accrue résultant de l'impossibilité d'un contrôle objectif de la conformité, équilibre que représente l'ensemble des normes régissant le mandat et le contrat d'entreprise) montrent qu'il n'est pas possible de considérer que l'art. 404 CO n'est de droit impératif que si le mandat touche à la sphère de personnalité des parties (opinion de BECKER, soutenue par M. GAUCH, BÄR, BUCHER et PEYER).

En distinguant les cas où l'art. 404 CO serait de droit impératif et ceux où il serait de nature dispositive, on ne ferait d'ailleurs qu'introduire une nouvelle complication, augmentant de surcroît l'insécurité du droit. Cet aspect me paraît essentiel: nous n'avons besoin ni d'une nouvelle législation pour les contrats de service, ni d'une doctrine fondamentalement différente. Il nous faut en revanche rétablir la sécurité du droit par le biais d'une jurisprudence constante et d'une doctrine se mettant au service du même but. Les deux rapports me paraissent écrits dans cet esprit.

Dr. PETER FRÜH, Fachrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Rüschlikon:

Im Kapitel über die Verantwortlichkeit und die Risikoverteilung bei Dienstleistungsverträgen setzt sich der französischsprachige Referent mit der Auslegung des Art. 402 Abs. 2 OR (Haftung des Beauftragten für den aus dem Auftrag erwachsenen Schaden) auseinander, verwirft eine von GAUTSCHI in seinem Auftragskommentar dazu geäußerte Ansicht und verweist gleichzeitig auf den nicht publizierten Bundesgerichtsentscheid vom 25. Oktober 1960 in Sachen *Okcuoglu* gegen *SBG*, in welchem das Bundesgericht präzisiert habe, daß diese Gesetzesbestimmung dispositiv ist (Referat, S. 209 N. 381). Ich möchte auf diesen Gerichtsfall heute deshalb eingehen, weil er einige für unser heutiges Thema relevante Aspekte aufweist und mir die grundsätzlichen Thesen der Referenten – bei aller Verschiedenheit ihrer Auffassungen über Gesetzes- und Richterrecht – zu bestätigen scheint, daß der von GAUTSCHI postulierte numerus clausus der Dienstleistungsverträge abzulehnen ist und daß die Verträge – und zwar ob sie als Innominatkontrakte oder als einem gesetzlichen Vertragstyp zuzuordnende Verträge qualifiziert werden – den gesetzlichen Regeln zu unterstellen sind, die ihrer Natur entsprechen.

Dieser Gerichtsfall betrifft – was an sich nichts zur Sache tut, da sich die behandelten Grundsatzfragen auch bei anderen Vereinbarungen stellen – die Gültigkeit der sog. Fälschungsklausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, die ja auch in letzter Zeit noch ein beliebtes Diskussionsthema an schweizerischen Juristentagen war und welche bestimmt, daß der Bankkunde den aus dem Nichterkennen von Fälschungen entstehenden Schaden trägt, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft.

Wenn ich nun nicht nur auf den Bundesgerichtsentscheid, sondern auch auf das von diesem bestätigte Urteil der Vorinstanz, des Zürcher Handelsgerichts, eingehe, so deshalb, weil dieses Urteil einige für unser Thema wesentliche Aspekte enthält, die vom Bundesgericht nicht mehr zu behandeln waren. Während dessen Entscheid wenigstens durch Fachpublikationen das Licht der Juristenwelt erblickte, blieb dies dem Handelsgerichtsentscheid – vom 15. März 1960 – versagt. Da ich aber Kenntnis davon habe, weil ich als Fachrichter daran beteiligt war, glaube ich, daß man es im Hinblick auf unser Tagesthema für einmal seinem Schlummer im Archiv des Zürcher Obergerichts entreißen darf.

Anwalt des Bankkunden war dabei interessanterweise Herr Dr. GAUTSCHI, der – im übrigen ein sehr geschätzter Jurist – sich auch hier in seinem Auftragsrecht wieder etwas verrannte. Vor dem Handelsgericht behauptete er, es liege kein Rechtsverhältnis zwischen Bank und Kunde vor, das Rechtsgrund für dessen Belastung sein könne, da ein solches nur in einem Auftrag bestehen könne und gefälschte Zahlungsaufträge keine Aufträge seien. Das Handelsgericht hielt demgegenüber fest, das Verhältnis der Parteien erschöpfe sich nicht in einer Anzahl selbständiger Aufträge, sondern bestehe in dem durch die Kontoeröffnung begründeten vertraglichen Dauerverhältnis (Kontokorrent- und Girovertrag), in dessen Rahmen bestimmte, für die ganze Dauer der Verbindung geltende Vereinbarungen getroffen werden wie z. B. gerade die Klausel hinsichtlich Beschränkung der Prüfungspflicht und – konkludent – die Vereinbarungen einer Pflicht der Bank, Zahlungsaufträge auszuführen. Dieser Pflicht, infolge welcher Zahlungsaufträge nicht wie selbständige, vom Grundverhältnis unabhängige Aufträge abgelehnt werden können und bei welchen mit der Gefahr von Fälschungen zum vorneherein gerechnet werden muß, entspreche die vereinbarte Fälschungsklausel, nach welcher auch die Ausführung eines nur vermeintlichen Zahlungsauftrags als Vertragserfüllung – d. h. Erfüllung natürlich nicht des gefälschten Auftrags, sondern des Dauervertrags! – zu betrachten sei, sofern die Bank bei der Unterschriftenprüfung kein erhebliches Verschulden trifft. Diese Einschränkung der Prüfungspflicht entspreche Art. 100 OR und auch der Interessenabwägung – heute Inhaltskontrolle genannt! –, weil nur der Kunde die Möglichkeit habe, Fälschungen seiner Unterschrift durch Präventivmaßnahmen zu verhindern, wie z. B. durch die in der Praxis häufige Weisung an die Bank, nur Zahlungsaufträge mit bestimmten, eine Fälschung ausschließenden Merkmalen auszuführen, während die Bank ohne solche Weisungen nur die mit dem Fälschungsrisiko verbundene routinemäßige Unterschriftenprüfung vornehmen kann.

Vor Bundesgericht räumte dann GAUTSCHI ein, daß ein für die Beurteilung des Falls relevantes dauerndes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien – der Girovertrag – vorliege, den er als Auftrag qualifiziere. Der beauftragten Bank ständen aber keine Ansprüche auf Ersatz ihrer Auslagen und des Schadens gemäß Art. 402 OR zu, weil die Zahlungen nicht im Auftrag des Kunden erfolgt seien. Dieser habe daher einen Anspruch auf Rückerstattung, der als Erfüllungsanspruch nicht eingeschränkt

werden könne. Diese Argumentation lief darauf hinaus, daß die Bestimmungen von Art. 402 OR zwingendes Recht seien, was zwar nicht der herrschenden Meinung entsprach, wohl aber der von GAUTSCHI selbst vertretenen Ansicht in seinem im gleichen Jahr erschienenen Auftragskommentar. Das Bundesgericht lehnte diese Ansicht mit der Begründung ab, der Girovertrag – bei dem offengelassen werden könne, ob er ausschließlich als Auftrag zu qualifizieren sei oder ob er auch Merkmale anderer Vertragsarten aufweise – sei der Grund für die Ausführung der gefälschten Zahlungsaufträge, die ohne ihn nicht erfolgt wäre, und die darin enthaltene Fälschungsklausel sei infolge der disponiblen Natur von Art. 402 OR in den Schranken von Art. 100 OR gültig. Das Gericht wandte diesen Grundsatz ganz allgemein auf den Girovertrag an, auch insoweit er Merkmale anderer Vertragsarten als derjenigen des Auftrags enthalten sollte.

Diese Erwägungen wurden vom Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 1982 (BGE 108 II 315) bestätigt.

Im Hinblick auf unser Thema scheint mir an diesen Gerichtsentscheiden folgendes bemerkenswert zu sein:

Sie lassen die Frage zum Teil offen, welchem Vertragstyp der Girovertrag und die in seinem Rahmen abgeschlossenen Vereinbarungen, in casu die Fälschungsklausel, zuzuordnen seien, und legen sich – auch das Bundesgericht – noch weniger auf einen diesbezüglichen numerus clausus fest. Sie wenden vielmehr die gesetzlichen Regeln an, die der Natur der Vereinbarungen am besten entsprechen, indem sie diese einerseits in die Gesamtzusammenhänge einer ihnen zugrundeliegenden Rahmenvereinbarung stellen (vgl. SJZ 1985, S. 88, wo dies allerdings als Erkenntnis der neuesten Rechtsprechung bezeichnet wird), ohne sie anderseits den starren Regeln eines normierten Vertragstyps zu unterwerfen, die ihrer tatsächlichen Natur nicht entsprechen. Dies alles entspricht den Postulaten unserer heutigen Referenten. Ob Herr Dr. LEUENBERGER die den Gerichtsurteilen zugrundeliegenden Vereinbarungen, im besonderen die Fälschungsklausel, entsprechend seinen Ausführungen zu den Bankverträgen (S. 57) als Innominatkontrakte qualifizieren würde, oder ob sie Herr Prof. DESSEMONTET gemäß seinem Punktesystem – das die der Natur der Vereinbarungen entsprechende Risikoverteilung berücksichtigt – als Aufträge oder als Angehörige eines anderen Vertragstyps bezeichnen würde, ergäbe im vorliegenden Fall das gleiche Resultat, weil in beiden Fällen von den gleichen Kriterien

ausgegangen wird wie in den beiden Gerichtsentscheiden, nämlich von der Natur der Vereinbarungen unter Berücksichtigung der Interessenlage.

Die Gerichtsurteile lassen im weiteren, wenn sie die Fälschungsklausel als Vereinbarung einer Beschränkung der Prüfungspflicht bezeichnen, durchblicken, daß sie sie nicht als Beschränkung der Haftung aus Verletzung einer vertraglichen Sorgfaltspflicht betrachten, sondern als einen Vertrag, der die Sorgfaltspflicht gerade selber vertraglich gestaltet, und zwar im Sinne einer den beidseitigen Interessen und Pflichten Rechnung tragenden Einschränkung der Prüfungspflicht, wobei Art. 100 OR nur analog bezüglich des Maßes der Einschränkung angewendet wird. Damit nahmen die Gerichte schon damals eine Tendenz in der heutigen Rechtsliteratur (vgl. SJZ 1985, S. 89) gewissermaßen vorweg. Eine solche vertragliche Regelung der Sorgfaltspflicht ist innerhalb der Schranken der Vertragsfreiheit möglich und macht den Streit über die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen und die dafür maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen und Vertragstypen, wie ihn GAUTSCHI führte, obsolet. Auch dies entspricht den Postulaten unserer heutigen Referenten, indem es verhindert, daß die Verteilung der Risiken einer Vereinbarung gemäß den Haftungs- und Schadentragungsregeln eines vorgegebenen Vertragstyps erfolgt, auch wenn dies der Natur der Vereinbarung nicht entspricht. Schließlich nahm das Handelsgericht auch, allerdings unter dem altmodischen Titel «Interessenabwägung» (wohl nach Art. 2 ZGB), eine eigentliche Inhaltskontrolle vor, wie sie heute durch Art. 8 des revidierten UWG statuiert wird. Die beiden Referenten (vgl. LEUENBERGER, S. 64; DESSEMONTET, S. 216) sehen in dieser Bestimmung einen genügenden Schutz für den Kunden. Wenn das UWG bestimmt, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen dürfen, widerspricht dies nicht nur *nicht* der in der Fälschungsklausel enthaltenen Verteilung von Rechten und Pflichten, sondern drängt sie geradezu auf. Dies stellten das Handels- und das Bundesgericht fest, lange bevor das UWG diese Inhaltskontrolle statuierte, was der Ansicht unserer heutigen Referenten recht zu geben scheint, daß der Gesetzgebungsprozeß wenigstens dann nicht ins Rollen kommen muß, wenn er sich in kasuistischen Gefilden tummelt, die von den allgemeinen Regeln des Gesetzes bereits erfaßt werden.

PHILIPPE ABRAVANEL, Président du Tribunal cantonal vaudois, Lausanne:

Messieurs les rapporteurs de ce jour ont droit à notre reconnaissance et à notre admiration pour leur pénétrant travail critique, aboutissant à des solutions diamétralement opposées, en apparence tout au moins. M. le Professeur DESSEMONTET a pris la peine de disséquer chaque type de contrat de service pour qualifier chaque élément, puis le tout, selon une méthode qui mérite une plus large application, notamment par le Tribunal fédéral. M. le Juge cantonal LEUENBERGER a choisi la voie de la liberté contractuelle et du juge-législateur, en rompant une lance bienvenue pour un allégement des tâches qui encombrent celui-ci.

Tout en le remerciant pour ce rappel et pour une concision à laquelle les rapporteurs d'outre-Sarine ne nous avaient pas toujours accoutumés, nous sommes obligés d'exprimer une grande réserve à l'égard de ses conclusions. Il veut circonscrire le contrat de mandat aux seuls rapports contractuels de vieille tradition, c'est-à-dire presque la conception allemande, voire romaine, du contrat en principe non rémunéré. Que resterait-il finalement? Le service que se rendent des voisins, la gestion d'affaires. Même le contrat d'avocat est soumis à l'art. 404 al. 2 CO. En ouvrant une large brèche en faveur des contrats innommés, pire des contrats mixtes, on crée une grave insécurité juridique et l'on favorise les clauses léonines des conditions générales.

Nous préférons la démarche de M. DESSEMONTET qui recherche les caractères dominants des rapports juridiques pour les classer.

On a tendance à oublier dans ce débat l'aspect spécifique du mandat dans la systématique du Code des obligations. Il s'agit précisément d'un contrat régi par un cadre de règles souples, inspirées principalement du rapport de confiance particulier qui domine les relations entre mandat et mandataire, confiance accrue de par les qualifications professionnelles du mandataire lui conférant une position dominante. L'art. 396 al. 1 CO fixant librement l'étendue du mandat est exemplaire, l'art. 398 sur la responsabilité du mandataire aussi.

Au fond, la seule pierre d'achoppement est l'art. 404 CO. Mais celui-ci comporte deux alinéas qui ne sauraient être lus séparément. La révocation ou la répudiation du mandat en tout temps, sauf en temps inopportun, correspond d'une part à la

confiance accrue, d'autre part à sa non-limitation dans le temps. Le premier élément est spécifique du mandat, dans la mesure où le rapport de confiance est plus accentué que dans les autres contrats de service, sans parler de toutes les relations contractuelles ou même de la culpa in contrahendo. Le second élément, son caractère illimité dans le temps, distingue le mandat du travail, mais le rapproche de l'entreprise ou de la société simple. Or, dans l'entreprise, seul le maître peut résilier, moyennant pleine indemnisation. Dans la société, il y a un délai de congé, mais pas d'indemnité. Dans le mandat, il n'y a pas de délai mais indemnisation entière en cas de congé inopportun. C'est tout. Le débat sur le caractère impératif de l'art. 404 CO vise un faux problème.

Un dernier mot en ce qui concerne le contrat d'architecte. M. LEUENBERGER veut le soustraire à la confiance accrue. Nous ne pouvons le suivre. Même lorsqu'il s'adresse à une société anonyme, le maître de l'ouvrage a pour interlocuteur un architecte, relevant selon le Tribunal fédéral d'une profession libérale, avec lequel il tient un discours itératif. Quant à M. DESSEMONTET – c'est peut-être notre unique divergence – il range dans les obligations de résultat celles qui découlent d'une étude ou d'un projet. Je ne crois pas: l'architecte ne s'engage pas à livrer un ouvrage, mais à faire des recherches qui aboutiront peut-être à l'impossibilité de fournir plans ou dessins ou encore à une proposition différente des objectifs ou des possibilités financières du maître qui choisira alors de continuer dans une autre voie ou de renoncer. Le service de l'architecte aura été un pur effort intellectuel, sans la moindre concrétisation et il sera rémunéré en tant que tel. C'est la seule modification que je ferais au tableau ingénieux du professeur lausannois.

Dr. LUKAS S. BRÜHWILER-FRESEY, Freiburg:

Eine «pièce de résistance» der Lehre zum privatrechtlichen Auftragsrecht ist zweifellos Artikel 404 OR und dort die Frage, ob das jederzeitige, nicht näher zu begründende Widerrufsrecht der Parteien zwingender oder nicht zwingender Natur ist. Es war sehr interessant, im Referat von Herrn Dr. LEUENBERGER nachzulesen, daß bereits zu Beginn dieses Jahrhunderts die klare Absicht des Gesetzgebers bestand, den klassischen liberalen Berufen im Auftragsrecht einen Vertragstyp zu reservieren, um damit die kontroverse Frage zu beseitigen, ob diese Berufe nach dem damaligen Dienstvertragsrecht oder dem Auftrags-

recht arbeiten. Über die Notwendigkeit eines zwingenden, jederzeitigen, nicht näher zu begründenden Widerrufsrechts für beide Parteien erfahren wir aber aus der Entstehungsgeschichte von Artikel 404 vorläufig wenig. Die nahe Grenze zum Arbeitsvertragsrecht sowie ein Blick in ausländische, zum Teil abweichende Regelungen belegen, daß diese Frage nach wie vor interessant ist. Ich möchte Ihnen daher dazu einige Überlegungen aufgrund des ärztlichen Behandlungsverhältnisses machen, die im Ergebnis dafür sprechen, daß das Widerrufsrecht in Artikel 404 OR zumindest für den beauftragten Arzt keineswegs zwingend ist, der Arzt also vertraglich beispielsweise auf das jederzeitige Widerrufsrecht verzichten kann.

1. Zunächst kann man auf gewisse Rechtstatsachen abstellen. Dazu zähle ich die moderne Medizin, die sich seit Beginn dieses Jahrhunderts gewaltig weiterentwickelt hat und den Arzt in eine immer – im Vergleich zum Patienten – einflußreichere Position hineingebracht hat. Hinzu kommt, daß Behandlungsaufträge heute oft an Großorganisationen (Spitäler, Ambulatorien, Gruppenpraxen) gehen, deren Funktionieren der Patient nur noch schwer zu durchschauen vermag. Daraus folgt, daß ein besonderes Vertrauensverhältnis – unbestrittene Grundlage für das jederzeitige, nicht näher zu begründende Widerrufsrecht der Vertragsparteien – in der Mehrzahl der Fälle recht einseitig ausgestaltet ist: Besonderes Vertrauen muß primär der Patient gegenüber dem Arzt haben können, und nicht umgekehrt. Das Vertrauen des Arztes in den Patienten geht, soviel ich sehe, in der Regel nicht weiter als das gemeinhin anzutreffende Vertragsvertrauen. Ärzte beanspruchen denn auch selten das jederzeitige Widerrufsrecht nach Artikel 404, ganz im Gegensatz zu den Rechtsanwälten. Ärzte lehnen Aufträge nur aus ganz besonderen Gründen ab, zumal das öffentliche Recht der Kantone und die ärztlichen Standesordnungen sie in vielen Fällen zur Annahme oder zumindest zur Fortführung einer Behandlung verpflichten. Den Nachweis für diese Behauptung werde ich an anderer Stelle liefern. Die Auslegung von obligationenrechtlichen Bestimmungen sollte daher derartige Normensysteme mitberücksichtigen. Sie sprechen meines Erachtens letztlich gegen die zwingende Natur von Artikel 404 OR.

2. Unbestritten ist ferner, daß die obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Auftrag primär alle Verträge auffan-

gen müssen, die keinem andern Vertragstyp zuzuordnen sind. Man sollte daher die auftragsrechtlichen Bestimmungen möglichst großzügig auslegen, so daß sie ihrer Auffangfunktion auch gerecht werden können, und man nicht gleich nach Innominatverträgen Ausschau halten muß. Methodisches Ziel wäre insofern eher, innerhalb des Auftragsrechts Subsysteme zu bilden. Derartige funktionale Betrachtungsweise könnte dann vielleicht dazu führen, daß ein juristisches Prozeßführungsmandat und ein ärztliches Behandlungsverhältnis innerhalb des Auftragsrechts klar voneinander getrennt würden.

3. Die angesprochenen Rechtstatsachen und die funktionale Betrachtungsweise können schließlich über gewisse dogmatische Unterschiede zwischen öffentlichem und privatem Recht hinweghelfen, die praktischen, überzeugenden Lösungen oft eher hinderlich sind. Ob ein Patient sich ambulant in der ärztlichen Einzelpraxis, in einer Gruppenpraxis oder an einem Spital operieren läßt, stellt «rechtstatsächlich» in der einen oder andern Form immer einen Auftrag dar und sollte an sich nicht zu verschiedenen rechtlichen Konstruktionen Anlaß geben. Die verwaltungs- und staatsrechtliche Dogmatik zeigt freilich, daß im öffentlichen Recht der Auftrag weitgehend unbekannt ist. An öffentlichen Spitälern werden Operationen aufgrund von «Verfügungen» des Staates vorgenommen (BGE 111 Ia 237), die freilich der Zustimmung des Patienten bedürfen. Ich zweifle ernsthaft, ob diese juristische Chirurgie an einem Knochen des 19. Jahrhunderts der modernen Chirurgie und dem modernen Verständnis des Leistungsstaates adäquat ist. Zwar wird auch bei dieser Konstruktion – interessant für die Auslegung von Artikel 404 OR! – der staatlichen Anstalt ein Behandlungszwang auferlegt, dem Patienten indes das jederzeitige Widerrufsrecht eingeräumt. Dies ändert meines Erachtens aber kaum etwas daran, daß der verfassungsmäßige Grundsatz der persönlichen Freiheit zu einer ganz andern Optik führen kann. Die persönliche Freiheit gibt dem Patienten das Recht, über seinen Körper und seine Gesundheit in den Schranken der Rechtsordnung frei zu verfügen. Adäquates Mittel, solche Verfügungen zu regeln und zu erreichen, ist meines Erachtens der Vertrag. Der Vertrag ist dasjenige Handlungssystem, das der menschlichen Freiheit am besten entspricht. Es sollte namentlich auch bei der modernen Leistungsverwaltung, die der Bürger nach seinem Belieben in Anspruch nimmt, zum Durchbruch gelan-

gen; denn der Patient bestimmt, wer ihn behandeln soll und was zu behandeln ist. Die freie Wahl des Vertragspartners und die herkömmliche Inhaltsfreiheit sind daher offensichtlich gegeben. Letztlich stellt sich hier ein Problem der heute schon mehrfach angesprochenen «Harmonisation der Gesetze».

Bundesrichter Prof. MARTIN SCHUBARTH, Lausanne:

1. Mir scheint, die bisherige Rechtsprechung gerade zum Architektenvertrag zeigt, daß der Richter traditionell sehr gesetzesorientiert denkt, d. h. er versucht einen Vertrag wenn möglich unter einen Vertragstypus zu subsumieren, und zwar auch dann, wenn dies im Ergebnis eher dem Zwängen auf ein Prokrustesbett gleichkommt. Oder anders gesagt: Der Richter hat eine gewisse Reserve dagegen, bewußt von den gesetzlichen Vertragstypen abweichendes Richterrecht, also gegebenenfalls richterrechtliche Vertragstypen zu schaffen. Dies spräche an sich dafür, auf dem Wege der Gesetzgebung neue Vertragstypen zu bilden oder aber zumindest neue allgemeine Regeln in bezug auf besonders neuralgische Fragen wie etwa die vorzeitige Vertragsauflösung und ihre finanziellen Konsequenzen im Sinne der Anregung von Herrn LEUENBERGER (S. 90).

2. Dagegen spricht nun allerdings die schleppende Gangart des Gesetzgebers. Worauf diese zurückzuführen ist, sei hier nicht diskutiert; sie sei vielmehr als Faktum hingenommen. Wenn etwa eine einzige neue Strafnorm wie der Insidermißbrauchstatbestand trotz Dringlichkeit und bereits bestehenden Vorarbeiten einer Expertenkommission nicht einmal innert fünf Jahren verabschiedet werden kann, dann ist klar, daß eine Änderung des Obligationenrechts für die in den Referaten angesprochenen Bereiche in diesem Jahrhundert nicht zu erwarten ist und zwar auch dann nicht, wenn man sich auf diejenigen Materien beschränkt, für die ohne Schwierigkeiten ein Konsens erzielt werden könnte.

3. Dies zeigt, daß der Richter notgedrungen aus seiner eingangs erwähnten Reserve heraustreten muß, wenn die Rechtsprechung den Anforderungen unserer Zeit Rechnung tragen will. Die entscheidende Frage ist deshalb: Kann er dies überhaupt unter den heute gegebenen Umständen? Ich meine, er kann es nur, wenn ihm die Muße zur Verfügung steht, die notwendig ist, um gesetzgeberische Ersatzarbeit zu leisten. Genau daran

hapert es aber, wie Herr LEUENBERGER zu Recht betont hat (S. 87). Eine Reform unseres Justizwesens im Sinne einer besseren Ausstattung der Ober- und Bundesrichter mit persönlichen juristischen und administrativen Mitarbeitern ist also unabdingbare Voraussetzung für die Erfüllung dieser dem Richter gestellten Aufgabe.

4. Damit stoßen wir auf ein Problem, das über das heutige Thema hinausgeht: Wenn ein Parlament einerseits seinen gesetzgeberischen Aufgaben nicht mehr nachkommt und diese damit faktisch an den Richter delegiert, wenn es andererseits dem Richter die zur Erfüllung dieser delegierten Aufgabe notwendige Infrastruktur nicht gibt, dann gefährdet es die notwendige Rechtsfortbildung – möglicherweise eine neue Form von Rechtsverweigerung.

Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. ENGELBERT NIEBLER, Karlsruhe:

Die Dienstleistungsverträge sind in Deutschland im Bürgerlichen Gesetzbuch seit 1900 einheitlich geregelt. Die wesentlichen Vertragstypen sind der Dienstvertrag und der Werkvertrag. Der Auftrag hingegen ist nach deutschem Recht unentgeltlich und spielt deshalb praktisch keine Rolle. Beim Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) wird nur die Tätigkeit als solche geschuldet und nicht ein bestimmtes Arbeitsergebnis zugesagt. Beim Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) dagegen ist die Leistungspflicht auf ein Ergebnis gerichtet. Die Abgrenzung in der Praxis ist sehr schwierig, z. B. ist das Mandat zwischen Rechtsanwalt und Klient ein Dienstvertrag, ein Gutachten, das ein Rechtsanwalt erstattet, ist dagegen Werkvertrag. Die ärztliche Behandlung ist in der Regel Dienstvertrag, die Durchführung einer Schönheitsoperation gilt dagegen als Werkvertrag. Die Richter haben sich in der Praxis sehr früh geholfen mit dem System der gemischten Verträge, wo sie aus den einzelnen Vertragsarten einzelne Elemente herausziehen, um eine vernünftige Lösung zu finden. Leider hat es auch sehr früh Sonderregelungen gegeben. Ich darf nur darauf hinweisen, daß der ganze Bereich des Arbeitsrechts aus dem Dienstrecht herausgenommen worden ist und das Dienstvertragsrecht nur noch subsidiär eine sehr bescheidene Rolle spielt. Hier hat sich aber die gleiche Entwicklung gezeigt wie in vielen anderen Ländern: Der Gesetzgeber hat sehr wenige Regelungen getroffen; weite Teile sind tarifvertraglich geregelt, und noch weitere Teile, bei denen eine gesetzli-

che Regelung dringend notwendig wäre, wo der Gesetzgeber sich aber aus politischen Gründen nicht zu einer Regelung durchringen konnte, sind der Arbeitsgerichtsbarkeit überlassen. In neuerer Zeit hat man versucht, einigen Problemen durch gesetzliche Regelung Rechnung zu tragen. Einerseits hat man den Bedürfnissen des Massentourismus entsprechend ein Reisevertragsrecht geschaffen, das man 1979 in das BGB eingebaut hat (§§ 651 a–k BGB). Es soll die Stellung des Reisenden gegenüber den Reiseveranstaltern stärken und hat sich in der Praxis durch eine vernünftige Rechtsprechung auch bewährt. Mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz vom 9. 12. 1976) wurden bestimmte Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam erklärt. Durch eine kundenfreundliche Rechtsprechung der Gerichte wurde hier die Stellung des Kunden wesentlich gestärkt. Erst kürzlich hat der Bundesgerichtshof verschiedene Bedingungen des Kraftfahrzeuggewerbes bei Autoreparaturen für unwirksam erklärt.

Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER (Schlußvotum):

Wir haben gesehen, daß es bei der Beurteilung von Dienstleistungsverträgen eigentlich zwei Möglichkeiten gibt: Entweder interpretiert man die gesetzlichen Verträge weit, um alle Dienstleistungsverträge darunter subsumieren zu können oder man anerkennt gesetzlich nicht geregelte Verträge. Wird die erste Möglichkeit gewählt, kommt man nicht darum herum, etwas zu tun, was ich nicht immer für sehr sinnvoll halte: Es ist nämlich zu begründen, warum ein bestimmter Sachverhalt noch unter einen gesetzlichen Vertragstyp z. B. unter das Auftragsrecht fällt und warum eine bestimmte Regelung, die man für sachgerecht hält, mit dem Auftragsrecht vereinbar sei. So ist z. B. in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Architektenvertrag mit einigem Aufwand diskutiert worden, warum eine Konventionalstrafe mit dem jederzeitigen Widerrufsrecht vereinbar sei. Mir scheint es sinnvoller, die Energie, die verwendet wird, um die Unterstellung unter einen bestimmten Vertragstyp zu begründen, dafür einzusetzen, um eine für den betreffenden Vertrag angemessene und gerechte *richterliche* Regel zu finden. Ich will nicht bestreiten, daß die beiden Argumentationswege oft zu einem ähnlichen oder gleichen Ergebnis führen. Mir scheint die zweite Methode aber der sicherere Weg zu sein, um zum richtigen Ergebnis zu gelangen.

Prof. Dr. François Dessemontet (intervention finale):

Il est ressorti des discussions de ce jour – et je m'y attendais d'ailleurs – que de ce que j'avais tenté d'expliquer à propos du profil des différents contrats, la classification numérique que j'ai proposée est ce qui trouve le moins grâce aux yeux des lecteurs. La volonté de numéroter des points essentiels ne doit toutefois pas se comprendre comme une démarche visant à quantifier un processus axiologique, mais comme une méthode pour tenter d'être complet.

Un autre point fondamental est le fait que ce ne sera jamais un ordinateur qui qualifiera un contrat ni ses suites juridiques. Ce sera toujours un homme avec un jugement. Cette qualification résultera de l'examen de notions de deux ordres que nous essayons habituellement de séparer: les règles de droit et les éléments du fait. En définitive, si dans les affaires ceux qui ont étudié le droit sont quelquefois utiles, c'est parce qu'on leur a appris à distinguer les faits du droit. Pourtant, au moment où l'on qualifie un contrat, on doit de nouveau réunir le fait et le droit. J'en ai donné quelques exemples en mettant sur le même pied les points comme le fardeau des risques ou la résiliation, qui sont des questions de droit, et d'autres points comme le jugement sur la conformité ou la confiance accrue, qui sont des éléments de fait.

Ce qui me frappe le plus souvent dans le raisonnement des juristes, c'est à quel point ils raisonnent sur des antithèses. Tout à l'heure, on a dit qu'en somme nous n'aurions pas dû tenter de rechercher un consensus. Cependant, si nous voulons vraiment tenter de rendre service – et les juristes sont la profession de service par excellence – nous devons tenter de trouver des éléments communs dans nos rapports et nos débats.

Sitzung vom Sonntag, dem 13. September 1987,
in der Aula der «Faculté des lettres» in Neuenburg

Präsident:
Prof. Dr. ULRICH ZIMMERLI, Bern

Der Präsident eröffnet um 9.00 Uhr die Sitzung.

IV.

Fortsetzung der Beratung der Verwaltungsgeschäfte

5. Bericht des Präsidenten der Stiftung «Rechtsquellenfonds des Schweizerischen Juristenvereins»

Der Präsident verliest folgenden von Prof. Dr. HANS HEROLD verfaßten Bericht:

«Nachdem die Quellensammlungen für den Kanton Glarus und das Engadin in den beiden letzten Jahren abgeschlossen werden konnten, war in folgenden Kantonen die Forschung weiterzuführen:

Bern: Das von Dr. PAUL BLOESCH, dem Bearbeiter der Quellen *Biel/Erguel,* ausgiebig vorgelegte Material wurde von zwei Mitgliedern des Stiftungsrates eingehend durchgekämmt und gekürzt.

Frau Dr. ANNE-MARIE DUBLER hat das Manuskript *Emmental* abgeschlossen und einen Editionsplan für *Burgdorf* vorgelegt.

Luzern: Der von Dr. MARTIN SALZMANN bearbeitete Band

Weggis ist fertig gesetzt. Das Manuskript für das dazugehörige Register ist ebenfalls abgeschlossen und befindet sich gegenwärtig im Satz.

Freiburg: Das Forschungsgesuch der Rechtsquellenkommission an den Nationalfonds für 1987–1990 enthält einen mehrjährigen Forschungplan für die Edition von Rechtsquellen der Stadt Freiburg, worüber der Forschungsrat des Nationalfonds hoffentlich noch 1987 entscheiden wird.

Solothurn: Das Manuskript für den 2. Band der Rechtsquellen der Stadt Solothurn, das Rechtsanwalt Dr. CHARLES STUDER unter Verzicht auf jede Honorierung erstellt hat, befindet sich im Druck. Die Deckung der Druckkosten ist weitgehend gesichert.

Schaffhausen: Vor den Sommerferien 1987 konnte die Druckerei endlich den Abschluß für den Band Stadtrecht Schaffhausen melden und dafür Rechnung stellen. Die Druckkosten sind weitgehend gedeckt. Über den Rest muß noch zwischen den verschiedenen Subvenienten gesprochen werden.

St. Gallen: Einen neuen Forschungsschwerpunkt bildet die Stadt St. Gallen, indem Frau Dr. MAGDALEN BLESS, Stadtarchivar Dr. ERNST ZIEGLER und Dr. OTTO P. CLAVADETSCHER die städtischen Rechtsquellen bearbeiten. Im 1987 vom Stiftsarchiv St. Gallen herausgegebenen Band «Ulrich Rösch – St. Galler Fürstabt und Landesherr» haben Frau Dr. BLESS und Herr Dr. ZIEGLER je einen größeren rechtsgeschichtlichen Beitrag veröffentlicht. Nach wie vor widmet sich Dr. ALOIS STADLER zeitweise den Rapperswiler Rechtsquellen.

Waadt: Nachdem Frau Dr. REGULA MATZINGER für einen größeren Zeitaufwand verpflichtet werden konnte, liegt nun das Manuskript für den 3. Band der Waadtländer Rechtsquellen (Waadt unter bernischer Besatzung) druckfertig vor.

Graubünden: Frau Dr. ELISABETH MEYER-MARTHALER hat das Material für einen weiteren Band des Zehngerichtsbunds weitgehend zusammengestellt, so daß dessen Abschluß in Aussicht steht.

Tessin: Der 1. Band der von Frau Dr. ELAS MANGO bearbeiteten Notariatsimbreviaturen befindet sich im Druck, wozu der Kanton eine namhafte finanzielle Unterstützung gewährt hat.

Zürich: Die Planungs- und Vorbereitungsphase für die Erforschung der Zürcher Rechtsquellen ist nun weitgehend abgeschlossen. Ein Bearbeitungsplan für die Erschließung der ländlichen Rechtsquellen liegt vor, die Finanzierung einer zusätzlichen wissenschaftlichen Mitarbeiterstelle in Teilzeit-

beschäftigung ist durch Äufnung besonders kantonaler Ressourcen auf Jahre hinaus gesichert, und schließlich konnte ein bestens ausgewiesener Jurist mit langjähriger Quellenerfahrung und Archivpraxis gewonnen werden. Die Rechtsquellenkommission rechnet nun damit, daß der Projektleiter Dr. MARTIN SALZMANN und der wissenschaftliche Mitarbeiter noch dieses Jahr ihre Arbeiten aufnehmen werden. Falls weitere, vorwiegend öffentliche Geldgeber, die wir angefragt haben, ihre Bereitschaft zur Unterstützung des Forschungsprogramms erklären, so können wir zusätzlich eine weitere Hilfskraft anstellen. Der feste Bestand an ausgebildeten, einsatzfreudigen wissenschaftlichen Fachleuten wird es uns erlauben, in einer ersten Forschungsphase von 6 Jahren zwei Rechtsquellenbände zusammenzustellen. Von Herrn Dr. SIGG, Staatsarchivar des Kantons Zürich, liegt überdies die Zusicherung vor, freiwillig ebenfalls am Rechtsquellenwerk mitzuarbeiten. Gesamthaft betrachtet wird damit Zürich neben St. Gallen und Luzern ein weiterer Schwerpunkt innerhalb der Schweizerischen Rechtsquellenforschung werden.

Erforschung schweizergeschichtlicher Quellen im Generallandesarchiv Karlsruhe: Die Sammlung von Helvetica aus dem Generallandesarchiv Karlsruhe konnte durch die Herausgabe eines weiteren Bandes bereichert werden. Es handelt sich um den gänzlich neu erschlossenen Themenkreis Säckingen mit vorwiegend schweizerischem Material aus dem ehemaligen Archiv des dortigen Stifts. Regesten fassen Urkunden, Bucheinträge und Aktenfaszikel zusammen. Die Forschungsergebnisse sind für zahlreiche Kantone des schweizerischen Mittellandes vielfach neu und interessieren ganz besonders die Kantone Glarus, Solothurn, Baselland und Aargau. Ein Register mit Orts- und Personennamen sowie ein Sachindex schlüsseln das reichhaltige Quellenmaterial auf. An den sehr umfangreichen Registern für die bereits vorliegenden drei Bände des Themenkreises Konstanz-Reichenau wird noch gearbeitet. Die Fahnen sind größtenteils gesetzt und teilweise korrigiert. Das Erscheinen dieses wichtigen Bandes ist in absehbarer Zeit ebenfalls zu erwarten. Ob und wie Arbeiten in ausländischen Archiven fortgeführt werden sollen, liegt nun nicht mehr an der Rechtsquellenkommission alleine. Die Finanzierungspolitik des Schweizerischen Nationalfonds gestattet es der Rechtsquellenkommission nicht mehr länger, die für die schweizerische Rechtsquellenerschließung lediglich indirekt nützlichen Pro-

jekte im Ausland alleine zu unterstützen. Sie hat sich jetzt vermehrt auf einheimische Forschungsprojekte zu konzentrieren.»

Prof. Dr. ULRICH ZIMMERLI dankt Prof. Dr. HANS HEROLD und der Stiftung «Rechtsquellenfonds» für deren beeindruckende Leistungen im Dienste der Rechtsgeschichte. Der Schweizerische Juristenverein wird am 2. Januar 1988 des 80. Geburtstags von Prof. Dr. HEROLD, der seit 1936 Mitglied des Vereins ist, würdig gedenken.

6. Bezeichnung des Orts der Generalversammlung 1988

Fürsprecher DANIEL SCHÄDELIN, Bern:

Die Tradition will es, daß sich der jeweilige Präsident des Schweizerischen Juristenvereins in seinem letzten Präsidialjahr zu Hause von seinem Amt und von Ihnen verabschieden kann und darf. Das ist richtig so, ergibt sich doch damit die Gelegenheit, daß Bern erstmals in diesem Jahrhundert Ihre Tagung wird durchführen können. Der Bernische Anwaltsverband freut sich, Sie zum Juristentag vom 23.–25. September 1988 begrüssen zu dürfen. Wir hoffen, daß wir Sie ebenso sympathisch und kompetent, wie dies unsere Neuenburger Kollegen diesmal getan haben, werden bedienen und empfangen können. In diesem Sinne, seid für das nächste Jahr herzlich in Bern willkommen.

Die Versammlung verdankt die Einladung mit großem Applaus.

7. Allfälliges

Kein Wortbegehren

V.

Behandlung des Tagungsthemas: Das Willkürverbot nach Art. 4 BV

Diskussionsleiterin Rechtsanwalt Dr. KATHARINA SAMELI:

Seit wir uns am Freitagnachmittag hier in Neuenburg eingefunden haben, ist soviel Willkürliches gesagt worden, daß die

Spannung auf den heutigen Diskussionsmorgen fast unhaltbar geworden ist. Die Spannung ist noch dadurch erhöht worden, daß unter den vielen anwesenden Mitgliedern des Schweizerischen Bundesgerichts die I. öffentlich-rechtliche Abteilung in voller Besetzung anwesend ist. Auffallend ist auch die große Zahl ehemaliger Mitglieder der öffentlich-rechtlichen Abteilungen, die ihren wesentlichen Beitrag zur Willkür geleistet haben. In dem anregenden Seminar, das am Freitagnachmittag unter der Leitung von Herrn Professor PHILIPPE BOIS durchgeführt wurde, sind interessante Vorschläge für eine Definition der Willkür eingebracht worden. Diese Definitionen, die offenbar in der welschen Presse erschienen sind, möchte ich denjenigen unter Ihnen, die sie noch nicht kennen, nicht vorenthalten. So läßt sich Willkür wie folgt definieren: «L'arbitraire, c'est quand c'est tellement faux que même le contraire n'est pas vrai» oder «L'arbitraire, c'est quand c'est tellement faux que même le Tribunal fédéral s'en aperçoit».

Das Willkürverbot: Hinter dem so bestechend einfachen Begriff spannt sich der ganze Bogen von grundlegenden Fragen unserer Rechtsordnung: Von der Gerechtigkeit, den verfassungsmäßigen Rechten, von Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und Gesetzmäßigkeit über die Probleme der Auslegung und der Schranken der richterlichen Rechtsfortbildung, des Ermessens von Gesetzgeber und Verwaltung in Kantonen und Gemeinden bis hin zu den Fragen des Rechtsschutzes, die dem einzelnen ans Lebendige gehen. Die Probleme der Legitimation und Kognition, die vielen als höhere Geheimwissenschaft vorkommt, sind durchaus nicht rein akademischer Natur. Mit ihnen entscheidet sich, wie weit der einzelne die Möglichkeit hat, sich gegen erlittenes Unrecht zu wehren. Hier sind aber auch die Dämme gegen die Beschwerdeflut, in der das Bundesgericht zu ertrinken droht, die stärker gebaut oder auch durchlöchert werden können. Mit der Interpretation der die Beschwerdebefugnis jeweils bestimmenden Normen hat das Bundesgericht ein gutes Werkzeug selbst in der Hand. Nur: Gute Werkzeuge können eben auch nicht zum Aufbauen gebraucht werden.

Die beiden Referenten, Herr Bundesrichter CLAUDE ROUILLER und Herr Professor DANIEL THÜRER, haben es vortrefflich verstanden, auf so knappem Raume diesen unendlichen Stoff in den Griff zu bekommen. Sie haben die Zusammenhänge und Spannungsverhältnisse zwischen den verschiedenen Rechtsprinzipien aufgezeigt, ohne sich dabei ins Allgemeine und

rational nicht Faßbare oder in die Vielfalt der konkreten Einzelfälle zu verlieren. Die beiden Referate, in denen sich die unterschiedliche Optik des akademischen Lehrers und des Praktikers im höchsten Richteramte zeigt, ergänzen sich in idealer Weise. Der kurze Überblick über den wesentlichen Inhalt ihrer Arbeiten, den Herr Professor DANIEL THÜRER und Herr Bundesrichter CLAUDE ROUILLER Ihnen nun geben werden, ist natürlich auch für diejenigen unter Ihnen gedacht, welche die Lektüre der Referate noch vor sich haben.

1. Referate der beiden Berichterstatter

Prof. Dr. DANIEL THÜRER, Zürich, Berichterstatter deutscher Sprache:

Als der Abgabetermin meines schriftlichen Referates für den heutigen Juristentag in unerbittliche Nähe rückte, sah ich mich gezwungen, mich länger als mir lieb war, hinter die Fachbücher und Gerichtsentscheide zurückzuziehen. Als dann meine kleine Tochter die Mutter fragte, wo denn immer der Vater stecke, erhielt sie die Antwort: «Er ist an der Willkür», worauf sich das Mädchen zu ihrer Freundin begab und ihr vorschlug: «Spielen auch wir ein wenig Willkür!» Diese erwiderte: «Kann man das überhaupt spielen? Gibt es hierzu Regeln?» Wenn sie sich nur bewußt gewesen wäre, was für eine tiefsinnige Wahrheit sie aussprach! Eine ähnliche Diskussion spielte sich – diesmal allerdings nicht reflexartig, sondern höchst reflektiert – unter zwei deutschen Professoren über die Wahl des Willkürverbots als Tagungsthema des Schweizerischen Juristentags ab. Der eine fand, diese Problematik sei in Deutschland kommentiert und gelöst und besitze kaum mehr Aktualität. Der andere war der Auffassung, beim Willkürverbot handle es sich um kein der wissenschaftlichen Erörterung zugängliches Thema; «Willkürjustiz», das war *seine* Auffassung, «ist reinste Kalifjustiz». Sie sehen also: eine höchst kontroverse, schwierige Aufgabe, die Herrn Bundesrichter ROUILLER und mir gestellt wurde. Das Willkürverbot – wohl das allerunbestimmteste Prinzip unserer Bundesverfassung – liegt an der Grenze der Justiziabilität, würde mein deutscher Kolle sagen; kaum ein Spiel nach Regeln, geschweige denn ein Spiel um Regeln, besagt die erstgenannte Episode.

Angesichts der Vielschichtigkeit und Weite des Themas

haben sich die Berichterstatter denn auch geeinigt, das Thema zwar nicht aufzuteilen, aber es doch insofern schwerpunktmäßig anzugehen, als Herr ROUILLER einen besonderen Akzent auf die praktisch äußerst bedeutsamen verfahrensrechtlichen Aspekte der Willkürrüge ans Bundesgericht legt, während ich eher die Frage der theoretischen Fundierung und der dogmatischen Einordnung des Willkürverbots in den Vordergrund rücken würde.

Lassen Sie mich nun, meine verehrten Damen und Herren, versuchen, aus meinem Themenbereich mehr oder weniger zufällig, wenn auch nicht willkürlich, einige Stichworte herauszugreifen und in möglichst geraffter Form zu kommentieren. Die Stichworte sind:

- Der staatsrechtliche Rahmen von Willkürverbot und Willkürpraxis
- Gerechtigkeitsfrage als Kernproblem
- Formelpraxis des Bundesgerichts
- Verfahrensrechtliche Probleme der Willkürbeschwerde ans Bundesgericht.

1. Es scheint zunächst am Platze, einige Worte zum *staatsrechtlichen* Rahmen zu sagen, in dem Willkürverbot und Willkürpraxis ihre überragende, für das schweizerische Staatsrecht so kennzeichnende Tragweite erhalten konnten. Vordergründig lassen sich hiefür verschiedene prozeßrechtliche Gründe anführen. Staatsrechtlich aber verdankt die bundesgerichtliche Willkürpraxis ihr besonderes Profil zwei Grundkomponenten der Verfassungsordnung: dem Gewaltenteilungsprinzip einerseits und dem Bundesstaatsprinzip andererseits.

Aus der Sicht der *Gewaltentrennung* ist zu bedenken, daß es sich beim Willkürverbot vor allem um ein Instrument des Verfassungsrichters, bei der Willkürrechtsprechung also um Verfassungsrechtsprechung handelt. Nicht jede Rechtswidrigkeit oder Fehlerhaftigkeit eines Staatsaktes aber ist vom Verfassungsrichter zu korrigieren; erst wenn der Mangel so schwer wiegt, daß er in eine Verfassungsverletzung umschlägt, wird das Verfassungsgericht intervenieren. Schon aus der funktionellen Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit im gewaltenteiligen Staat ergibt sich also, daß bloß gravierende, krasse und stoßende Mängel des Staatshandelns Gegenstand der Willkürbeschwerde ans Bundesgericht sein können.

Entsprechend kann es – so verlangt es das *Bundesstaatsprinzip* – dem Bundesgericht als einem Organ des Zentralstaates

nicht gestattet sein, über das Willkürverbot in weitestem Umfang zu prüfen, ob die Kantone das einfache Recht – und zwar vor allem ihr eigenes Recht – richtig angewandt haben. Die bundesgerichtliche Willkürrechtsprechung ist also im delikaten Kräfteverhältnis «Grundrechtsschutz des Einzelnen – Gewaltenteilung – Bundesstaatlichkeit» zu sehen, wobei sich in diesem Rahmen die Gewichte selbstverständlich verschieben können, wie dies wohl zur Zeit – trotz unveränderter Willkürformeln – hinsichtlich der föderalistischen Schranken, und zwar zulasten der Autonomie der Kantone, der Fall ist. Es scheint mir aber bedeutsam, daß sich auch der rechtsuchende Bürger dieser staatsrechtlichen Rahmenbedingungen der bundesgerichtlichen Willkürrechtsprechung bewußt ist, und das Bundesgericht sollte vielleicht noch deutlicher auf sie hinweisen, wenn es erkennt, daß ein kantonaler Hoheitsakt zwar falsch ist, aber nicht falsch genug, um willkürlich zu sein, und wenn es den Beschwerdeführer anhält, keine «appellative Kritik» zu üben. Aus den strukturellen Bedingungen unseres Staates heraus hat eben das Willkürverbot nur die Aufgabe, einen Minimalstandard staatlicher Gerechtigkeit sicherzustellen: in einem zentralistischen Staat, und zwar in einem zentralistischen Staat mit perfekt ausgebautem Rechtsmittelsystem, wäre ein Willkürverbot möglicherweise entbehrlich.

2. Damit sind wir beim zweiten Stichwort angelangt: Das *Kernproblem* des Willkürverbots scheint – vielleicht etwas pointiert ausgedrückt – die *Gerechtigkeitsfrage* zu sein. Das Bundesgericht spricht an den entscheidenden Stellen der von ihm geprägten und verwendeten «Willkürstandards» immer wieder von «sachlichen Gründen», von «triftigen Gründen», von «vertretbaren Gründen» usw. Mir scheint – und das ist eine meiner wichtigen dogmatischen Thesen –, daß hinter allen diesen Wendungen eine Wertungsfrage, und zwar die Gerechtigkeitsfrage steckt, daß die Gerechtigkeitsfrage *implizit dem ganzen Rechtsverwirklichungsprozeß zu Grunde liegt* und auf dessen verschiedenen Stufen immer neu in Erscheinung tritt. Explizit gemacht, besagt das Gerechtigkeitsgebot nach der Willkürpraxis des Bundesgerichts etwa, daß das Recht grundsätzlich so gilt, wie es lautet, es prinzipiell also nicht willkürlich ist, wenn es von den staatlichen Behörden seinem Wortlaut gemäß angewendet wird, daß unter bestimmten Voraussetzungen aber auch eine Gesetzesauslegung in Abweichung vom Text zulässig oder geboten sein kann, ja daß in extremen Fällen «contra legem sed

intra ius» selbst ein Abgehen vom Gesetz vor dem Willkürverbot standhält. Auf einer höheren Ebene sodann erweist sich das Gerechtigkeitsgebot, wie es in der bundesgerichtlichen Praxis zum Ausdruck kommt, als eine allgemeine Direktive der Rechtsgestaltung; zu denken ist hier an die eigentliche Rechtssetzung, aber auch etwa an die in dieser Hinsicht mit der Rechtssetzung durchaus vergleichbare Ermessensausübung oder Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die rechtsanwendenden staatlichen Behörden. Es ist also interessant zu sehen, daß wir mit dem Willkürverbot – einem seinerseits in höchstem Maß konkretisierungsbedürftigen Prinzip – wohl die *einzige Norm der Verfassung* vor uns haben, die uns *methodische Anleitungen über die Rechtsgestaltung* an die Hand gibt.

Was ist nun aber unter dem im Rechtsverwirklichungsprozeß durchgängig hervortretenden und ihm insgesamt zu Grunde liegenden Gerechtigkeitsgedanken zu verstehen? Wie läßt sich nun aber, materiellrechtlich gesehen, das Willkürverbot fassen und in Griff bekommen? Mir scheint, daß es unmöglich ist, Tatbestände zu definieren oder auch nur Fallgruppen zu bilden, um – wie dies etwa im Rahmen von Art. 1 und 2 ZGB oder bei andern Generalklauseln teilweise gelungen ist – auch das Willkürverbot operabel zu machen. Immerhin lassen sich aber Kriterien, Maßstäbe und Leitgesichtspunkte finden, die uns in einzelnen Fällen, vor allem aber bei positivrechtlich wenig vorstrukturierten Rechtsfragen, weiterhelfen können. Es scheint, daß man bei der Entwicklung einer Kriterienordnung in zwei Schritten vorgehen sollte. Es kann nämlich zunächst auf einer *ersten Argumentationsstufe* gefragt werden, ob der zu beurteilende Staatsakt an einem inneren, logischen Widerspruch leide, sich schlechterdings nicht begründen lasse oder ob sein Ziel und die in ihm genannten Mittel offensichtlich außer Verhältnis stehen; wir können bei dieser Phase von einer «Binnenprüfung» sprechen, denn wir untersuchen ja nur, ob der angefochtene Staatsakt nicht aus sich selbst heraus willkürlich ist, ohne daß nach außerhalb liegenden Bewertungskriterien gesucht werden müßte. In einer *zweiten Argumentationsstufe* – wenn sich der Hoheitsakt also nicht als in sich widersprüchlich oder unsinnig erweist – ist dann allerdings zu einer «Außenprüfung» zu schreiten. Ich habe dabei in meinem schriftlichen Bericht vorgeschlagen, zunächst gleichsam von unten her nach der «Sachgerechtigkeit», nach oben gewendet nach der «Verfassungsgerechtigkeit» und nach vorn gewendet nach der «Zeit-

gerechtigkeit» der zu prüfenden Maßnahme zu fragen. *Offensichtlich sachwidrig* wäre sie etwa, wenn sie keinen relevanten Bezug zum Regelungsgegenstand aufweist, auf einem falsch ermittelten Tatbestand bzw. einer irrtümlichen Prognose über den Sachablauf beruht oder gewisse äußerste Schranken der vernünftigen rechtlichen Gestaltbarkeit überschreitet. Mit der *Verfassungsgerechtigkeit* meine ich, daß der dem Willkürverbot immanente Gerechtigkeitsgedanke mittels kombinatorischer Auslegung zunächst vor allem anhand derjenigen Werte ausgefüllt werden soll, die in der geltenden Verfassung Ausdruck und Verkörperung gefunden haben. Dabei wäre vorab auf die (persönlichkeitsbezogenen) Grundrechte, aber auch einzelne Kompetenznormen wie den Umweltschutzartikel zurückzugreifen. Die Dimension der *Zeitgerechtigkeit* schließlich soll zum Ausdruck bringen, daß die Rechtsverwirklichung trotz aller möglicherweise wünschbaren Experimentier- und Wandelbarkeit sich zunächst am Gedanken der Stabilität und Dauerhaftigkeit des Rechts ausrichten soll und eine Abweichung vom geltenden Recht und einer festgefügten Praxis nur als legitim erscheint, wenn durchschlagende Gründe der Gerechtigkeit dies erfordern. Es handelt sich nun aber bei den Kriterien der Sachgerechtigkeit, der Verfassungsgerechtigkeit und der Zeitgerechtigkeit, wie gesagt, bloß um Leitgesichtspunkte, Indizien, Hilfsmittel, die uns möglicherweise in einzelnen Fällen bei der Abklärung der Frage, ob dem Gerechtigkeitsgedanken offensichtlich und schwer zuwidergehandelt wurde, weiterbringen können. Es handelt sich um bloße Gerechtigkeitsargumente, Gerechtigkeitserwägungen. Für die noch verbleibende Ungewißheit über Inhalt, Bedeutung und Tragweite des Willkürverbots sehen wir uns auf den Richter verwiesen, der im Rahmen der Regeln des Prozeßrechts, angesichts des jeweils konkreten Falls und durch Einbezug und Abwägung sämtlicher relevanter Gesichtspunkte ein möglichst überzeugendes, plausibles Urteil zu fällen hat.

Ich habe Sie hier, meine Damen und Herren, nur gleichsam skelettartig auf eine mögliche Kriterienordnung zur weiteren Konkretisierung des Willkürverbotes hingewiesen. Zur Illustration muß ich Sie aus Zeitgründen auf Ihre Phantasie, auf die Diskussion oder sogar auf die Lektüre des schriftlichen Referates mit seiner eingehenden Darstellung der Kasuistik verweisen. Was mir aber wichtig erscheint, ist, mit aller Deutlichkeit den Gerechtigkeitsgedanken als das Kernelement des Willkürbegriffs hervorgehoben zu haben. Ich kann mich dabei auf eine

gewisse traditionelle Legitimität meines Anliegens berufen. Gerechtigkeit ist zwar ein Wort, das der Jurist nur selten und oft ungern gebraucht. Es war aber im Rahmen des Schweizerischen Juristenvereins vor 50 Jahren bereits der damalige Bundesrichter HANS HUBER, der auf den engen inneren Zusammenhang zwischen dem Willkürverbot und dem Gerechtigkeitsgedanken hinwies, und vor 25 Jahren gelang es Bundesrichter ANTOINE FAVRE sogar, durch ein Votum am Schweizerischen Juristentag das Bundesgericht dazu zu bewegen, das «sentiment de la justice» in eine seiner Willkürformeln einzufügen. Es ist also, wie Sie sehen, schon aus der inneren Rhythmik des Vereins heraus der Zeitpunkt gekommen, erneut und vielleicht etwas vertieft und verfeinert den Gerechtigkeitsgedanken als Kernelement des Willkürbegriffs zu lancieren.

3. Gestatten Sie mir nun noch einige Gedanken zum dritten Stichwort: der *Formelpraxis des Bundesgerichts*. Sie alle kennen die traditionellen, vom Bundesgericht in bezug auf die Rechtssetzung und Rechtsanwendung geprägten Willkürformeln. Sie haben die Willkürpraxis weit über die Landesgrenzen berühmt gemacht, und dies durchaus nicht ohne Grund. Dennoch seien hier zwei Fragen aufgeworfen: eine «ketzerische» und eine «reformatorische».

Die «ketzerische Frage» geht dahin, ob das, was das Bundesgericht in den von ihm jeweils zitierten Formeln sagt, wirklich immer dem entspricht, was es denkt und entscheidet, ob die Willkürformeln also eine *effektive Steuerungsfunktion oder einen bloß rhetorischen Charakter* haben, ob sie gleichsam dem Takt der Musik oder eher der Fahne entsprechen, die das Bundesgericht ohne inneren Bezug zu der von ihm gespielten Musik vor sich her trägt, wenn immer es auszieht, Willkürrechtsprechung zu betreiben. Wird der dem Willkürverbot zu Grunde liegende Gerechtigkeitsgedanke in der Rechtsprechungswirklichkeit nicht zu bloßer Fallgerechtigkeit, so daß man ehrlicherweise das komplexe Formelgebäude des Bundesgerichts auf den Satz reduzieren müßte: «Ein Staatsakt ist willkürlich, wenn er dem Bundesgericht bei Würdigung der einschlägigen rechtlichen Vorgaben und der jeweiligen sachlichen Gegebenheiten inhaltlich als willkürlich erscheint»? Man könnte ja nicht einmal sagen: «als vollkommen unhaltbar erscheint». Denn bei verschiedenen, vom Bundesgericht schließlich gutgeheißenen Beschwerden kann man sich wirklich fragen, ob die wegen Willkür aufgehobenen Urteile oder Entscheide in der Tat offen-

sichtlich unhaltbar, undiskutierbar waren; das Bundesgericht scheint über die Diskutierbarkeit der betreffenden Staatsakte jedenfalls gelegentlich ausgiebig diskutiert zu haben.

Die zweite, «reformatorische» Frage geht dahin, ob nicht im Sinne einer Vereinfachung sowie einer erhöhten Transparenz und Voraussehbarkeit der Rechtsprechung und unter Berücksichtigung der soeben vorgeschlagenen zusätzlichen möglichen Kriterien anstelle der Vielzahl der bisher verwendeten und nicht immer ganz folgerichtig strukturierten Willkürformeln eine *einzige Formel* treten könnte, die etwa den *folgenden Wortlaut* hätte:

«Ein Staatsakt ist willkürlich und damit verfassungswidrig, wenn er in stoßender Weise das geltende Recht (einschließlich unumstrittener Rechtsgrundsätze) verletzt, sich auf einen offensichtlich unzutreffenden Sachverhalt stützt oder insofern gegen den Gerechtigkeitsgedanken verstößt, als er in sich widersprüchlich oder sinnlos ist oder den von der Sache gebotenen Anforderungen bzw. den vorab in der Verfassung verkörperten zeitgerechten Grundwerten des Rechtsstaates kraß zuwiderläuft.»

Ich möchte es beim bloßen Aufwerfen dieser Fragen bewenden lassen, um mich noch kurz zu einigen verfahrensrechtlichen Problemen der Willkürbeschwerde ans Bundesgericht äußern zu können.

4. Bundesrichter ROUILLER hat die Fülle der hier auftretenden *Fragen des Verfahrensrechts* in seinem Referat umfassend untersucht; ich beschränke mich hier nur auf zwei Aspekte: die sog. Kognitionsfrage und die Legitimationsfrage. Zunächst zur *Kognitionsfrage*. Sie alle kennen, meine Damen und Herren, die Formeln von der «freien Prüfung» (freie Kognition) und der «Prüfung unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür» (Willkürkognition), die das Bundesgericht vor noch nicht allzu langer Zeit in seine Terminologie aufgenommen hat und seither beharrlich weiterverwendet. Ich meine, das Bundesgericht sollte diese Formulierungen aufgeben. Sie vermitteln nämlich den Eindruck, das Bundesgericht betrachte sich als befugt, verschiedene Prüfungstechniken anzuwenden oder variable Prüfungsschärfen «einzuschalten», den Umfang seiner Prüfung also einzuschränken oder auszudehnen. Dem aber ist nicht so. Das Bundesgericht ist vielmehr kraft Verfassung und Verfassungsprozeßrecht gehalten, bei ihm geltend gemachte Rügen der Verletzung verfassungsmäßiger Rechte zu prüfen, und zwar

voll und umfassend zu prüfen. Käme es dieser Pflicht nicht nach, so würde es sich einer Rechtsverweigerung schuldig machen. Dies aber kann ihm im Ergebnis natürlich nicht vorgeworfen werden. Denn worum es in Wirklichkeit geht, ist, daß das Bundesgericht, wenn es von «Willkürkognition» spricht, in der Tat prüft, ob durch den angefochtenen kantonalen Hoheitsakt das Willkürverbot als subjektives verfassungsmäßiges Recht des Bürgers verletzt worden ist; spricht es von freier Kognition, so prüft es, ob die Verletzung eines anderen verfassungsmäßigen Rechts vorliege. Ein Kognitionsproblem im Sinne eines Verfahrens- oder Zuständigkeitsproblems also gibt es nicht; immer geht es um die materiellrechtliche Frage der Verletzung verfassungsmäßiger Rechte. Ich bin nicht der erste, der auf diesen Gesichtspunkt hinweist. Ich wirke hier lediglich als Sprachrohr und Verstärker desjenigen Teils der Rechtsliteratur, der schon seit längerer Zeit für die Ersetzung der «Kognitionsformeln» durch eine materiellrechtliche Betrachtungsweise plädiert.

Nichts auszusetzen habe ich demgegenüber prinzipiell an der im Zusammenhang mit der «Kognitionspraxis» ebenfalls häufig kritisierten Differenzierung, die das Bundesgericht in bezug auf das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage bei Eingriffen in spezielle verfassungsmäßige Rechte immer wieder anstellte. Es hielt nämlich in verschiedenen Entscheiden fest, bei «schweren» oder «besonders schweren» Eingriffen prüfe es ohne jegliche Einschränkung, ob sich der angefochtene kantonale Hoheitsakt auf eine genügende, richtig gehandhabte gesetzliche Grundlage stütze; bei leichten Eingriffen dagegen prüfe es nur, ob die kantonale Behörde bei der Handhabung des einfachen Rechts das Willkürverbot verletzt habe. Eine solche Lösung scheint mit grundsätzlich nicht abwegig zu sein. Gewiß wäre es, vom Gedanken des Grundrechtsschutzes aus gesehen, an sich wünschbar, wenn das Bundesgericht immer uneingeschränkt prüfen könnte, ob eine genügende, richtig angewendete, also nicht nur eine willkürfrei herangezogene gesetzliche Grundlage den Eingriff rechtfertige. Denn bei der genügenden gesetzlichen Grundlage handelt es sich um eine verfassungsrechtliche Anforderung an die Zulässigkeit des Grundrechtseingriffs; sie ist Bestandteil des Grundrechtsschutzes und beruht letztlich im wesentlichen auf den Prinzipien der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit sowie dem Gedanken, daß der Bürger Eingriffe in seine verfassungsmäßigen Rechte nicht soll erdulden müssen, wenn es ihm nicht offenstand, sich an der Setzung der

fraglichen Vorschriften im demokratischen Prozeß direkt oder indirekt zu beteiligen. Auf der andern Seite aber ist nicht zu verkennen, daß dergestalt auf dem Wege des Grundrechtsschutzes die Frage der richtigen Verwirklichung des Gesetzes- und Verordnungsrechts durch die Kantone über weite Strecken der Kontrolle des Bundesgerichts unterworfen würde. Wir haben aber bereits eingangs gesehen, daß es nicht Aufgabe des Bundesgerichts als eines Organs der Staatsrechtspflege sein kann, wie eine oberste Appellationsinstanz über die richtige Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts durch die kantonalen Behörden zu wachen. Wenn nun also das Bundesgericht zwischen «leichten» und schweren Grundrechtseingriffen differenzierte, scheint es mir in dem hier gegebenen Spannungsverhältnis zwischen dem Postulat der vollen Verwirklichung der Grundrechte einerseits und demjenigen des gebotenen Respekts vor der Autonomie der Kantone andererseits einen vertretbaren Kompromiß gefunden zu haben. Nun haben wir aber gelesen, daß Herr Bundesrichter ROUILLER ein abweichendes, zweiphasiges Konzept empfiehlt, das sich bereits in der – zumindest teilweise noch nicht veröffentlichten – Judikatur durchgesetzt haben soll. Es wird nun für unsere Aussprache eine besonders interessante Frage sein, zu erörtern, ob sich dieses Konzept besser in unsere staatsrechtliche Struktur einfügt und ob es einfacher zu handhaben ist als das soeben genannte; grundsätzlich abweichende Resultate jedenfalls scheint es kaum zu zeitigen.

Zur *Legitimationsfrage* an dieser Stelle noch einige Sätze. Sie alle wissen, daß das Bundesgericht im Gegensatz zu den übrigen Grundrechten die Rüge der Verletzung des Willkürverbots nur zuläßt, wenn das Gesetzesrecht, dessen willkürliche Handhabung gerügt wird, dem Beschwerdeführer ein Recht einräumt oder es dem Schutz seiner rechtlichen Interessen dient. Ich halte diese Praxis für fragwürdig. Lassen Sie mich das nur stichwortartig begründen, denn dieser Punkt wird sicher Gegenstand der nachfolgenden Diskussion sein. Ich halte es zunächst als nicht gerechtfertigt, daß zwischen dem Willkürverbot und den übrigen Grundrechten differenziert und dem Willkürverbot ein selbständiger Charakter aberkannt, ihm also nur ein gesetzesakzessorischer Charakter zuerkannt wird. Das Organisationsgesetz jedenfalls sieht eine solche Unterscheidung nicht vor. Von der Sache her müßte man vielmehr meinen, daß gerade das Willkürverbot, das ja vom Bundesgericht als Grundrecht verstanden wird und bei dem es sich um das einzige Grundrecht

mit absolutem Charakter handelt, daß also gerade das Willkürverbot mit seiner Auffangfunktion und seinem besonders elementaren Rechtsgehalt beim Bundesgericht uneingeschränkt sollte zur Geltung gebracht werden können. Oder ist es etwa vertretbar, daß einem Ausländer, dessen Aufenthaltsbewilligung wegen Intrigen seiner Kollegen bei der Fremdenpolizei oder infolge bloßer Verwechslung nicht verlängert wurde, daß etwa einem Beamten, der trotz langjähriger Bewährung aus einer bloßen Laune der verantwortlichen Instanzen heraus nicht wiedergewählt wurde, oder daß einem Offerenten, der im Submissionsverfahren aus bloßer Beziehungskorruption übergangen wurde, bei Fehlen eines entsprechenden kantonalen Rechtsschutzes der Weg an eine unabhängige gerichtliche Instanz verschlossen bleibt?

Das bundesgerichtliche Nichteintreten auf Willkürbeschwerden erscheint in den genannten und in vielen ähnlichen Fällen als fragwürdig. Problematisch erscheint mir dabei insbesondere auch das vom Bundesgericht aufgestellte Kriterium des fehlenden «Rechtsanspruchs» oder «rechtlich geschützten Interesses». Es schließt den Rechtsschutz gerade dort aus, wo er besonders vonnöten wäre, nämlich beim krassen Ermessensmißbrauch; auch ist dieses Kriterium in höchstem Maße unklar, und es macht in systemwidriger Weise den Schutz *bundes*verfassungsmäßiger Rechte abhängig von der – oft zufälligen – Ausgestaltung des jeweiligen *kantonalen* Rechts. Dem Bundesgericht scheinen andere Mittel zur Verfügung zu stehen, um der von ihm offenbar befürchteten Flut von Willkürrügen Herr zu werden. Es muß ja der Beschwerdeführer auch in seinen im Sinne von Art. 88 OG schutzwürdigen Interessen betroffen sein, er muß seine Beschwerde gemäß Art. 90 OG hinlänglich begründen, und das Bundesgericht könnte doch wohl ohne größere Aufwendungen im summarischen Verfahren Nichteintreten auf offensichtlich unzulässige und Abweisung bei offensichtlich unbegründeten Willkürbeschwerden beschließen (Art. 92 OG).

Ich komme – meine Damen, meine Herren – zum Schluß! Der Vorstand des Juristenvereins scheint mir – entgegen der Auffassung des eingangs genannten deutschen Kollegen – bei der Wahl des öffentlich-rechtlichen Themas für den diesjährigen Juristentag eine glückliche Hand gehabt zu haben. Zwar tritt das Willkürverbot in der heutigen Staatsrechtspraxis nicht mehr in der elementaren Kraft in Erscheinung, wie dies zu Beginn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Fall war

oder heute etwa bei den sowjetischen Justizreformen der Fall ist, die interessanterweise mit dem Schlagwort der Bekämpfung der «Staatswillkür» (oder besser: der «Parteiwillkür») gerechtfertigt werden. Das Willkürverbot hat in unseren heutigen schweizerischen Verhältnissen vielmehr gerade wegen der frappanten Fortschritte, welche das öffentliche Recht in den letzten Jahrzehnten erzielt hat, an grundlegender Bedeutung etwas eingebüßt. Dennoch wird es aber vor allem wegen der föderativen Struktur der Schweiz und der besonderen Ausgestaltung des bundesgerichtlichen Rechtsmittelsystems, einen zentralen Stellenwert behalten. Der gestern gefallene Satz jedenfalls, wonach das Schönste am Regieren die Willkür sei, wird gerade angesichts der konsequenten Willkürpraxis des Bundesgerichts keine großen Realisierungschancen mehr besitzen.

Dr. CLAUDE ROUILLER, Juge fédéral, Lutry, rapporteur de langue française:

S'excusant de ne pouvoir participer à nos assises, un ami me disait il y a quelques jours à peu près ceci:

«Les rapports sont fort intéressants et constituent une source de renseignements de premier ordre. Parvenu au terme de leur lecture, je suis toutefois dans l'impossibilité de dire ce qu'est l'arbitraire.»

J'ai répondu qu'après avoir labouré le domaine dans tous ses recoins j'étais dans la même situation et que c'était là la raison pour laquelle je me suis limité, en définitive, à ne présenter que certains aspects de cette notion, renonçant à expliquer ce qu'elle a d'inexplicable, au désespoir sans doute de certains lecteurs.

Je persiste à penser que c'était la seule méthode possible car l'arbitraire, antithèse de l'idée de droit, est aussi insaisissable que celle-ci, ce qui en fait la notion juridique la plus indéterminée de notre ordre constitutionnel. Malgré l'objectivité de sa définition jurisprudentielle, ce concept n'a-t-il pas d'ailleurs toujours pour toile de fond le sentiment de la justice, notion développée par l'Ecole du droit naturel et dont la silhouette se perd dans le flou?

Pourquoi notre état de droit assigne-t-il un rôle si essentiel à une notion aussi imprécise? N'est-ce pas là un paradoxe irréductible qui constitue une menace permanente pour la sécurité du droit? N'y aurait-il pas lieu d'atténuer cette menace en inscrivant ce droit, pour mieux le définir, dans le texte de la Constitution?

J'ai tenté de répondre à ces questions sans entrer dans le jeu avancé des controverses théoriques.

La reconnaissance de droits publics subjectifs qui bornent l'exercice de la puissance publique est issue de la lutte historique des individus contre l'arbitraire de l'Etat. L'interdiction de l'arbitraire – qui est l'abus de pouvoir par excellence – est ainsi devenue la norme de comportement élémentaire à laquelle est assujettie toute activité de chacun des organes de l'Etat fondé sur le droit. Il va donc de soi que la garantie qui protège le citoyen contre la transgression de cette norme de comportement est le plus fondamental de tous les droit fondamentaux. Elle n'a cependant pas à être proclamée spécialement par le constituant de l'Etat démocratique car, ordinairement, elle ne joue plus un rôle particulier lorsque celui-ci a dressé un catalogue des libertés individuelles. Ni les *bills of rights* des pays anglosaxons ni les chartes fondamentales des pays continentaux n'en font mention. Si elle est devenue en Suisse le premier des droits individuels auxquels les citoyens peuvent se référer, cela est dû tout simplement à la structure fédéraliste du pays et au système de notre juridiction constitutionnelle, dont le champ d'action est limité au contrôle de la constitutionnalité des actes cantonaux. Eu égard à cette situation particulière, eût-il fallu inscrire ce droit dans notre Constitution? Ne devrait-on pas à tout le moins le déduire du droit constitutionnel non écrit? Je n'insisterai pas sur cette problématique, ayant dit longuement pourquoi l'une et l'autre de ces solutions, en soi concevables toutes deux, ne sont pas souhaitables, et pourquoi le rattachement de l'interdiction de l'arbitraire à l'art. 4 Cst. avait sa raison d'être. Je rapellerai simplement que le moindre mérite acquis par le Tribunal fédéral au cours de ses 110 ans d'existence n'est pas d'avoir su concilier les exigences de justice découlant du principe d'égalité et les exigences d'une large autonomie des pouvoirs locaux dont il est appelé à vérifier la légalité des décisions. Il m'a paru intéressant, à ce propos, de souligner que les deux Etats fédéraux constitués sur nos frontières au lendemain de la seconde guerre mondiale ont repris à leur compte la conception suisse de la protection contre l'arbitraire en la déduisant formellement du principe d'égalité exprimé dans leurs constitutions respectives.

Empreint de toute la relativité qui affecte le principe d'égalité, le droit d'être protégé contre l'arbitraire ne garantit à celui qui l'invoque ni la justice, ni l'équité, ni une application en tous points correcte du droit objectif dont il soutient qu'il a été violé.

Il le protège simplement contre les atteintes à ces postulats qui sont manifestement incompatibles avec le fonctionnement de l'état de droit. D'où l'ensemble de propositions que j'ai formulées dans ma conclusion pour circonscrire la jurisprudence sur l'arbitraire:

«Ce qui est arbitraire est forcément injuste ou illégal, mais ce qui est injuste ou illégal n'est pas forcément arbitraire et ce qui n'est pas arbitraire n'est pas forcément juste ou légal.»

Cette relativité d'une garantie élémentaire n'est pas toujours comprise des justiciables. Ceux-ci ont parfois l'impression que le moyen de droit dont ils ont usé est une sorte de miroir aux alouettes, surtout lorsque le juge constitutionnel se retranche derrière la réserve qui lui est imposée par l'art. 4 Cst. pour ne pas annuler une décision dont il admet pourtant qu'elle est discutable. La casuistique présentée dans les deux rapports de ce jour démontre cependant que c'est une fausse impression, que l'interdiction de l'arbitraire est une garantie sérieuse contre les abus de pouvoir si l'on ne perd pas de vue les limites assignées par le constituant à la juridiction de droit public de la Confédération, et enfin que l'imprécision inéluctable de la notion d'arbitraire ne menace pas effectivement la sécurité du droit. En dépit de sa définition étroite, la protection contre l'arbitraire a permis au Tribunal fédéral de préparer jadis la reconnaissance de nombreuses libertés fondamentales que le constituant n'avait pas déclarées en toute lettre, de dégager les grandes lignes d'institutions désormais essentielles du droit formel et du droit matériel et de susciter de profondes revisions, souvent en hésitant simplement sur le mérite de solutions qu'il n'estimait pas manifestement insoutenables.

J'entends la doctrine dire: tout cela est fort bien mais comment le Tribunal fédéral concilie-t-il sa condamnation générale et absolue de l'arbitraire avec les limites qu'il apporte à la recevabilité de ce grief sur la base de l'art. 88 OJ? Conditionner la qualité pour invoquer l'arbitraire d'une décision par un intérêt personnel que protège une norme de rang inférieur à la Constitution n'est-il pas une *contradictio in terminis?* La protection contre l'arbitraire n'en devient-elle pas une garantie de second plan? N'est-elle pas à tout le moins une proclamation vide de sens dans les domaines où elle ne peut être invoquée parce que les règles appliquées ne tendent qu'à la protection de l'intérêt général?

Ces objections sont sérieuses; on se sera aperçu que mon rapport ne les écarte que pour des raisons pratiques (p. 368 à

374). Ces raisons pratiques, la doctrine ne les récuse d'ailleurs pas absolument. Personne de demande en effet au Tribunal fédéral d'entrer en matière sur le recours de droit public formé par le lésé, plaignant ou dénonciateur, contre une décision de classement, de non-lieu ou d'acquittement de la personne poursuivie. Or le problème est le même: l'entrée en matière est dans ces cas refusée parce que le Tribunal fédéral estime que le droit de punir appartient à l'Etat et que les particuliers qui ont demandé l'ouverture d'une action pénale n'ont pas d'intérêts juridiquement protégés au sens de l'art. 88 OJ.

Les critiques dirigées contre la jurisprudence fondée sur cette disposition ont été provoquées par des décisions *sensibles,* comme celles qui ont trait aux rapports de service des fonctionnaires cantonaux et au droit des locataires de s'opposer à la transformation ou à la démolition du bâtiment qu'ils habitent. Ce sont des espèces en effet discutables. Le problème ne pourrait-il pas être résolu par une définition plus réaliste et plus large des buts que visent certaines normes dans des domaines bien précis et, partant, des intérêts qu'elles tendent à protéger?

Diskussionsleiterin Rechtsanwalt DR. KATHARINA SAMELI:

Die Herren Referenten haben uns eindrücklich vor Augen geführt, was für ein großes Thema von aktueller Bedeutung hier zur Debatte steht. Nur kurz möchte ich auf eine Spitze des Eisbergs hinweisen, die von besonderer praktischer Bedeutung und Aktualität ist. Herr Professor THÜRER weist in die Richtung einer Erweiterung der Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde. Herr Bundesrichter ROUILLER dagegen mahnt zur Zurückhaltung bei der Erhebung von staatsrechtlichen Beschwerden. Von dieser Ermahnung möchte man dem Bundesgericht wünschen, daß sie bei den hier anwesenden Anwälten nicht auf taube Ohren stößt. Welcher Meinung man sich anschließen will, steht im Belieben der Betroffenen, je nach den jeweiligen Bedürfnissen.

2. Diskussion

JEAN-FRANÇOIS EGLI, Juge fédéral, Bôle:

Les deux rapports relatifs à l'arbitraire nous fournissent une somme remarquable d'informations et d'éléments de réflexion;

la jurisprudence et les praticiens sauront en tirer le meilleur profit. Leurs auteurs en soient-ils vivement remerciés.

En tant que juge constitutionnel appelé à juger de l'arbitraire des actes étatiques, je voudrais soumettre à votre attention trois sortes de remarques:

1. Quant au rôle du juge:
Les rapporteurs ont relevé à juste titre le rôle essentiel dévolu au juge dans la concrétisation de la notion d'arbitraire, en dépit de certains principes généraux à sa disposition. La difficulté et l'intérêt de cette tâche proviennent du fait qu'on charge ainsi le juge d'appliquer une norme indéterminée au champ d'application extrêmement vaste et au contenu susceptible d'évolution. Cela doit le conduire à se montrer particulièrement attentif à l'état et l'évolution – dans le temps et l'espace – des institutions, de la civilisation et des conceptions; cela lui permettra de décider de ce qui aujourd'hui est tolérable ou non. L'importance du facteur personnel implique aussi un certain risque attaché à la divergence des opinions des juges qui doivent statuer en matière d'arbitraire.

Pratiquement toutefois, la tâche du juge est facilitée par la règle de procédure selon laquelle il fait limiter son examen aux griefs qui lui sont soumis, car il appartient en premier chef au recourant de démontrer en quoi serait arbitraire la décision de l'acte législatif dont il se plaint (art. 90 OJ).

2. Quant à la fonction de l'arbitraire dans notre Etat fédératif:
La protection contre l'arbitraire n'est pas propre au fédéralisme; d'autre part, les systèmes unitaires connaissent également des limitations aux possibilités de recours. Toutefois, l'arbitraire joue un rôle très important dans notre système fédéraliste, parce que dans tous les secteurs où le contrôle du juge constitutionnel est limité à l'arbitraire, soit à la sanction des abus, les cantons disposent d'une latitude de décision – pour leur activité législative, exécutive et judiciaire – que la Confédération (le juge constitutionnel) doit respecter. Cela incite la cour constitutionnelle à avoir égard aux particularités des diverses solutions cantonales et à les respecter quand elles ne sont pas «insoutenables».

Le contrôle limité à l'arbitraire doit donc permettre – au plan judiciaire – de trouver un équilibre entre ce qui fait l'unité et la diversité de notre pays.

3. Quant à la qualité du citoyen pour invoquer le grief d'arbitraire:
Le législateur a réglé de manière différente la qualité pour recourir au Tribunal fédéral dans le recours de droit administratif (art. 103 OJ) et dans le recours de droit public. Pour celui-ci, l'art. 88 OJ – comme cela résulte clairement des textes allemand et italien – subordonne la qualité pour recourir à la violation d'un droit. La jurisprudence (critiquée) a toujours interprété cette règle en ce sens que, pour le recours fondé sur l'arbitraire, il faut encore que la norme (dont on prétend qu'elle a été arbitrairement violée) corresponde à un intérêt juridiquement protégé. On sait que certaines voix se sont fait entendre en doctrine pour soutenir que la protection contre l'arbitraire est un droit constitutionnel comme les autres, dont la seule violation suffirait à fonder la qualité pour recourir. Aussi séduisante soit-elle au premier abord, cette thèse n'apparaît cependant pas convaincante, parce qu'elle se fonde sur une considération purement formelle, qu'elle conduirait en définitive à rendre illusoire la restriction à l'ouverture au recours, telle que l'a voulu le législateur, et consécutivement que son application risquerait d'engorger la justice au détriment de ceux qui méritent le plus sa protection. Cette thèse me paraît formelle, parce qu'elle méconnaît que l'arbitraire invoqué est toujours lié à l'atteinte à un intérêt, que l'arbitraire apparaît donc comme un «cadre», soit comme un moyen de recours permettant matériellement d'invoquer la violation d'un autre intérêt. Admettre la qualité pour recourir du seul fait que l'art. 4 Cst. est invoqué viderait pratiquement l'art. 88 OJ de toute portée, car cela obligerait le Tribunal fédéral à entrer en matière, quels que soient les intérêts en cause. Un seul exemple devrait suffire à l'illustrer: on sait que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le plaignant ou le dénonciateur n'a en principe pas qualité pour attaquer un prononcé pénal de classement, de non-lieu ou de libération, parce que la sanction pénale n'est pas instituée en sa faveur, mais en faveur de la collectivité; actuellement déjà, de nombreux recours sont déclarés irrecevables pour ce motif: si la jurisprudence était modifiée sur ce point, cela se saurait et le nombre de recours à ce sujet – qu'il faudrait examiner au fond – serait encore bien plus considérable. Or, une ouverture au recours de droit public beaucoup plus large qu'aujourd'hui compliquerait singulièrement la tâche du Tribunal fédéral, en compromettant vraisemblablement les intérêts les plus dignes d'attention. Il est usuel que l'accès à une

autorité de recours connaisse des limitations. Celles de l'art. 88 OJ ne sont pas inéquitables, car elles tiennent compte de la valeur des intérêts en présence; il serait donc dangereux d'y renoncer.

Bundesrichter Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern:

Sie mögen erstaunt sein, daß ein eingefleischter Zivilist sich auch hier noch zu Wort meldet und denken: ein «Hans D. ...». Möglicherweise ist dem so, aber auch Zivilisten haben in Lausanne zunehmend mit der Willkürbeschwerde zu tun, und ich möchte Ihnen ein kleines Anliegen vortragen, das möglicherweise an Bedeutung gewinnen kann, wenn die Gerichtsorganisation für das Bundesgericht in dem Sinne geändert werden sollte, daß die Streitwerte für die Berufung nach oben gehen werden. Es ist ganz offensichtlich und wohl hinzunehmen, daß die staatsrechtliche Beschwerde kombiniert mit der Berufung immer häufiger zu einem Resultat führen soll, das eigentlich nicht beabsichtigt war: daß nämlich das Bundesgericht vermehrt zur zweiten Appellationsinstanz wird, obwohl es im Zusammenhang mit dem Bundesprivatrecht nur für die Rechtseinheit besorgt sein sollte. Nun wird es aber mit einer Erhöhung eines Streitwertes auch immer mehr dazu kommen, daß die staatsrechtliche Beschwerde dort eingesetzt wird, wo die Berufung ganz ausgeschlossen bleibt. Im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde ist dann die Anwendung von Bundesprivatrecht statt auf die Einheit der Rechtsanwendung auf Willkür zu überprüfen. Wenn man im Rahmen einer solchen staatsrechtlichen Beschwerde, die unter anderem auch im Registerrecht in Erscheinung treten kann, obwohl dort die Verwaltungsgerichtsbeschwerde das primäre Rechtsmittel wäre, wenn man also bei der Willkürprüfung im Zusammenhang mit der Rechtsanwendung feststellen muß, die richtige Auslegung des Bundesprivatrechts wäre die und die, aber die davon abweichende Auffassung der Vorinstanz habe noch Platz im Rahmen des Willkürverbotes, dann ist das vielfach unbefriedigend. Unbefriedigend insofern, als die entsprechenden Urteile dann doch zirkulieren – wir kennen alle die Urteilsdistributionskartelle – und zur Legitimation föderalistischer Vielfalt insofern mißbraucht werden, als dies der Kodifikationsidee und der Rechtseinheit im Bundesprivatrecht zuwiderläuft. Tritt man die Flucht nach vorne an und veröffentlicht man auch solche Entscheide in der Meinung, der wünschbare Rechtszustand könne

gegenüber dem bloß tolerierten herausgestrichen werden, dann ist dieser Zweck meistens nicht zu erreichen. Daraus erklärt sich dann vereinzelt die Neigung der Zivilabteilungen des Bundesgerichts, den Zwiespalt zwischen der Wahrung der Rechtseinheit und der bloßen Willkürprüfung dadurch herabzumindern, daß schon das Falsche als Willkür bezeichnet wird, was auch Herr THÜRER vermerkt hat. Doch meistens bleibt es bei der klaren Abgrenzung zwischen dem, was richtig wäre und dem, was noch zu tolerieren ist. Wenn Sie da und dort solche Urteile antreffen und wenn sie sich in Zukunft häufen sollten, dann lesen Sie sie doch bitte so, daß der Wink mit dem Zaunpfahl eigentlich in die andere Richtung geht als das Dispositiv. Das Bundesprivatrecht läßt danken.

Dr. CHRISTOPH ROHNER, Rechtsanwalt, St. Gallen:

Die beiden verdienstvollen Referate, die sich ausgezeichnet ergänzen und die herzlich verdankt seien, regen mich zu einigen Bemerkungen zu Geschichte und systematischem Stellenwert des Willkürverbots sowie zum Stand der bundesgerichtlichen Praxis an.

1. Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte schützt vor Grundrechtsverletzungen. Diese Kompetenzzuweisung der Bundesverfassung (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV) ist zwingend und damit auch die mit ihr verbundene Begrenzung der Zuständigkeit: Im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren bleibt schutzlos, wer sich nicht auf ein verfassungsmäßiges Recht berufen kann. Das Bundesgericht hat dieses Problem schon in den ersten Jahren seiner ständigen Existenz erkannt. Mit der Anerkennung des Willkürverbots als eigenständiges verfassungsmäßiges Recht hat es im Ergebnis den Schutz der Verfassung auf Gebiete ausgedehnt, denen an sich nicht Verfassungsrang eignet. So kann das Willkürverbot heute mit den Herren Referenten – zunächst unabhängig von seiner dogmatischen Herleitung – als subsidiär verfassungsrechtlicher Beschwerdegrund sui generis angesehen werden.

2. In der bisherigen Literatur wurde das Willkürverbot überwiegend aus der Rechtsgleichheit hergeleitet. In der Tat finden sich Belege dafür in der frühen Bundesgerichtspraxis. Das hängt aber zumindest teilweise auch damit zusammen, daß das Eigenschaftswort «willkürlich» damals nicht denselben techni-

schen Sinn hatte wie heute und im wesentlichen einfach «unrecht», «ungerecht», «sachwidrig» bedeutete.

So wurden in frühen Entscheiden eben auch festgestellte Rechtsungleichheiten – gleich wie andere Grundrechtsverstöße, etwa ein die Ehefreiheit verletzender Ehehinderungsgrund[1] – als «willkürlich» bezeichnet. Die eher überwiegende Zahl der frühen Urteile[2] und auch die damalige Literatur[3] knüpften die später als «Willkür-Rechtsprechung» bezeichnete Praxis beim Rechtsverweigerungsverbot an («materielle Rechtsverweigerung»), das vom Bundesgericht in der Regel als eigenständiges verfassungsmäßiges Recht angesehen wurde. Diese Anknüpfung scheint mir mit Herrn Prof. THÜRER fruchtbarer als diejenige bei der Rechtsgleichheit. Man kann zwar durchaus sagen, daß derjenige, der willkürlich behandelt wird, letztlich auch ungleich behandelt wird, zumindest solange man davon ausgeht, daß Gesetze in der Regel richtig angewendet werden. Akzeptiert man aber diese Grundannahme, so kann man mit derselben Argumentation auch behaupten, jede unrichtige Gesetzesauslegung sei letztlich eine Rechtsungleichheit. Die Herleitung aus dem Rechtsverweigerungsverbot bringt deutlicher zum Ausdruck, daß Willkür etwas Qualifiziertes bedeuten soll, ein mehreres als eine bloß unrichtige Rechtsanwendung, die noch vertretbar ist und innerhalb eines gewissen Streubereiches menschlichen Irrens liegt, wie er in der von Menschen betriebenen Justiz unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eben noch hingenommen werden muß.

3. Schwer zu durchschauen schien lange Zeit das mit dem Begriff «Willkür» verbundene sogenannte Kognitionspro-

[1] Vgl. etwa BGE 1 92ff.

[2] So etwa BGE 4 195, 5 208, Urteil vom 11.6.1880, zitiert in JdT 1880, S. 801ff.; vorläufige «summa» in BGE 10 312ff., wo das Bundesgericht ausführt: «... daß vielmehr das Bundesgericht als Staatsgerichtshof nur dann zum Einschreiten berechtigt ist, wenn entweder eine kantonale Behörde die Behandlung und Beurteilung einer offenbar in ihre Kompetenz fallenden Angelegenheit verweigert oder bei Behandlung derselben in einer Weise verfährt, welche einer eigentlichen Rechtsverweigerung gleich kommt, d.h. klar nachgewiesenes Recht willkürlich mißachtet und somit nicht nach (richtigen oder unrichtigen) Gründen, sondern nach bloßer Willkür entscheidet.» Es gibt aber durchaus Belege, wo «Willkür»-Fälle ausschließlich oder konkurrierend bei der Rechtsgleichheit angeknüpft werden, z.B. BGE 3 425, 5 49, 5 411, 6 171ff.

[3] Vgl. SCHOCH, Der staatsrechtliche Rekurs nach Bundesrecht, ZSR NF 5/1886, S. 531ff.; SOLDAN, Du déni de justice, JdT 1884, S. 465ff.

blem. Es beruht vorab auf Mißverständnissen. Das Willkürverbot kommt dort zum Zuge, wo keine spezifischen Grundrechte angerufen werden können. Hat die streitige Rechtsfrage systematisch nicht Grundrechtsrang, so bleibt nur der subsidiäre Beschwerdegrund «Willkür». Das ist kein Problem der Sichtschärfe, sondern ein materiell-rechtliches Verfassungsproblem. Ob Willkür vorliegt, ist frei zu prüfen; sonst schöpft der Verfassungsrichter seine Zuständigkeit nicht aus und verfällt in Rechtsverweigerung.

4. Daß sich um dieses Problem lange Zeit der Nimbus einer Art esoterischen Geheimwissenschaft zu ranken vermochte, geht leider – ich bin hier etwas respektlos – nicht zuletzt auf eine nicht immer glückliche Ausdrucksweise des Bundesgerichtes zurück. Dadurch entstanden – vorab bei «Nichtinsidern» – zuweilen Mißverständnisse über das Vorgehen und die «Kognition» des Bundesgerichts. So umschreibt das Bundesgericht meines Erachtens im Zusammenhang mit der Anfechtung von Rechtsanwendungsakten die Abgrenzung von freier Prüfung und Willkür-Prüfung (man könnte auch sagen: von «spezifischen» und «subsidiären» Grundrechtsfragen) terminologisch unglücklich. Fast in jedem staatsrechtlichen Urteil heißt es, das Bundesgericht prüfe «die Auslegung und Anwendung kantonalen Gesetzesrechts» oder – meist synonym verwendet – die «gesetzliche Grundlage» staatlicher Maßnahmen (vorbehältlich besonders schwerer Grundrechtseingriffe) nur auf Willkür[4]. Diese Aussage stimmt in dieser absoluten Form nicht.

«Auslegung und Anwendung kantonalen Gesetzesrechts» kann *auch* verfassungsrechtliche Aspekte umfassen. Das Bundesgericht hat die Frage, ob durch falsche Gesetzesauslegung ein spezifisches Grundrecht verletzt worden sei – vorbehältlich einzelner Ausrutscher – seit jeher frei geprüft[5]. Dies ist völlig richtig, denn es geht hier um eine – mit der Gesetzesauslegung zusammenhängende – spezifische Grundrechtsfrage (Stichwort: verfassungskonforme Auslegung).

Ähnliches gilt für die Frage, ob als gesetzliche Grundlagen einer Maßnahme ein Gesetz im materiellen Sinne genüge, oder

[4] Vgl. etwa BGE 112 Ia 162f. E. 3b, 110 Ia 165 E. 6; synonymer Gebrauch beider Wendungen sehr deutlich etwa in BGE 104 Ia 338 E. 2.

[5] Vgl. schon das die Pressefreiheit betreffende Beispiel BGE 2 196ff. E. 3 aus dem Jahre 1876.

ob es wenigstens für die Grundzüge einer formellgesetzlichen Anordnung bedürfe. Hier ist direkt die innerstaatliche verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung und damit der Grundsatz der Gewaltenteilung angesprochen[6]. Auch dies ist eine spezifisch verfassungsrechtliche Frage, die zwar an sich mit dem Komplex «gesetzliche Grundlage» zusammenhängt, vom Bundesgericht aber durchaus zu Recht nicht nur unter dem Willkürgesichtspunkt geprüft wird.

Die bundesgerichtliche Standard-Aussage, die «Auslegung und Anwendung kantonalen Gesetzesrechts» bzw. «die gesetzliche Grundlage» werde grundsätzlich nur auf Willkür geprüft, ist daher terminologisch und sachlich unglücklich. Sie fördert unnötige Mißverständnisse. Dabei ist die Praxis des Bundesgerichts in Wirklichkeit viel geschlossener und folgerichtiger als seine Ausdrucksweise annehmen läßt und als seine Kritiker gelegentlich meinen. Hier ließe sich durch bessere Ausdrucksweise einiges gewinnen.

5. Ein wirklicher Mißgriff, der seinerseits wohl die Folge rechtssystematischer Mißverständnisse sein dürfte, war die während Jahren verfolgte Praxis, daß bei besonders schweren Grundrechtseingriffen die «gesetzliche Grundlage des angefochtenen Entscheides» *frei* zu prüfen sei. Die in Ziff. 4 vorhin dargestellten verfassungsrechtlichen Aspekte der Gesetzesauslegung bzw. der Frage nach der Gesetzesgrundlage einer Maßnahme sind jedoch – weil spezifische Verfassungsfragen – ohnehin nicht nur auf Willkür hin zu überprüfen. Nichts rechtfertigt dagegen, daß der Verfassungsrichter die nicht verfassungsrechtliche Frage nach der bloßen Gesetzmäßigkeit einer Verfügung, d. h. ihrer Vereinbarkeit mit den zu ihrer Begründung angerufenen Determinanten der Gesetzesstufe, wie ein Appellationsrichter frei prüft. Indem sich der Verfassungsrichter zum Appellationsrichter macht, überschreitet er seine Kompetenzen.

Ursprünglich verlangte die Rechtsprechung, daß besonders schwere Grundrechtseingriffe einer «klaren gesetzlichen Grundlage» bedürften. Diese Praxis wurde vorab im Zusammenhang mit den sogenannten «Grünzonenfällen» begründet[7].

[6] Vgl. BGE 103 I a 367 ff., 380 ff. E. 5 bis 7; vgl. auch die Rechtsprechung zur Gesetzesdelegation im allgemeinen.

[7] Vgl. BGE 74 I 156, 77 I 218 f. E. 2.

Ihr lag der richtige Gedanke zugrunde, daß Eingriffe einer um so unzweideutigeren Anordnung in einem formellen Gesetz bedürfen, je einschneidender sie sind. Dies ist jedoch – wie in Ziff. 4 hievor dargelegt – ohnehin eine spezifisch verfassungsrechtliche Fragestellung. Weshalb hieraus dann plötzlich die Formel von der generell freien Überprüfung der kantonalen Gesetzesauslegung einschließlich ihrer nicht verfassungsrechtlichen Aspekte bei besonders schweren Grundrechtseingriffen erwuchs [8], ist dunkel.

Die dem Verfassungsrichter nicht gemäße freie Überprüfung der Gesetzmäßigkeit von Verfügungen ist auch von der Sache her nicht notwendig. Erhöhtem Rechtsschutzbedürfnis kann durch strengere Anforderungen an die Kompetenzmäßigkeit und Bestimmtheit der einer angefochtenen Maßnahme zugrundeliegenden Gesetze und Verordnungen [9] sowie durch besondere Sorgfalt bei der materiellen Grundrechtskonkretisierung Rechnung getragen werden. Soweit die einer angefochtenen Verfügung zugrundeliegenden Erlasse unbestimmt oder weitmaschig formuliert sind, ist der Nutzeffekt der «freien» Überprüfung der bloßen Gesetzmäßigkeit der Verfügung ohnehin beschränkt [10]. – Dem Referat von Herrn Bundesrichter ROUILLER (S. 287) ist zu entnehmen, daß das Bundesgericht von dieser system- und kompetenzwidrigen Praxis abgehen will. Dies ist nur zu begrüßen.

Die Schaffung und Entwicklung des Willkürverbots als eigenständige Schranke gegen grob unrichtige Rechtshandhabung auch in Gebieten, die nicht Gegenstand einer spezifischen Verfassungsgarantie sind, ist eine der beeindruckendsten schöpferischen Leistungen des Bundesgerichts. Hoffen wir, daß die beiden anregenden Referate, die uns heute vorliegen, zur

[8] Vgl. die «Verabschiedung» der alten Praxis in BGE 96 I 133 f. E. 3.

[9] BGE 103 I a 381 ff. E. 6 und 7.

[10] Vgl. GRISEL, L'administration et la loi (in: «Verwaltungsrechtliches Kolloquium», hrsg. vom Eidg. Personalamt 1972, S. 28 ff.), S. 51 f.: «Pratiquement l'exigence de la base claire et nette rend superflu le libre examen de la norme considérée comme base légale. En général, il importe peu que le juge l'examine plus ou moins librement; dans cette hypothèse, il adopte presque toujours la même solution, quelle que soit l'étendue de son contrôle. En revanche, l'exercice d'un libre examen n'implique pas l'exigence de la base claire et nette. Au contraire, en se prononçant librement, le juge peut être amené à admettre l'existence d'une base suffisante, fût-elle dépourvue de clarté et de netteté.»

weiteren Klärung und fruchtbaren Fortentwicklung der stolzen bundesgerichtlichen Rechtsprechung beitragen werden.

Diskussionsleiterin Rechtsanwalt Dr. KATHARINA SAMELI:

Hier möchte ich sofort kurz präzisieren: An den erwähnten «unglücklichen Formulierungen des Bundesgerichts» tragen natürlich die Urteilsredaktoren, die Sekretäre, die Hauptschuld.

Prof. Dr. EUGEN BUCHER, Bern:

Aus Zeitgründen beschränke ich mich auf Bemerkungen zum Referat von Herrn Kollege THÜRER. Vorab aber einen Dank an beide Referenten für ihre Analysen, die gleichermaßen dem Praktiker helfen wie die künftige Entwicklung beeinflussen können. Besonders beeindruckt und erfreut bin ich, daß der deutschsprachige Referent zeigt, daß wesentliche Erhellungen aus dem *historischen Rückblick* gewonnen werden können, womit er einen Parallelismus zu den im Privatrecht heute zu postulierenden Methoden illustriert.

Gewissermaßen persönlich und als Privatrechtler bin ich angesprochen durch seine Ausführungen zu der *«Drittwirkung der Grundrechte»* (S. 455 ff.). Dankbar stelle ich fest, daß nach THÜRER es ein «Wesensmerkmal des freiheitlichen, begrenzten Staates» ist, dem Bürger eine staatsfreie und damit der privaten Willkür geöffnete Sphäre zu belassen (S. 456); es wird hier nicht, bloß widerwillig und im Sinne einer «Duldung bis auf weiteres», den Privaten Willkür zugestanden. Ergänzend ist festzuhalten, daß diese erlaubte Willkür nicht bloß die (rechtsgeschäftliche, «privatautonome») *Gestaltung* der privaten Rechtsbeziehungen kennzeichnet, derzufolge man insbesondere mit beliebigen Partnern Verträge beliebigen Inhalts abschließt. Vielmehr ist auch die *Ausübung privatrechtlicher Ansprüche* und damit die *Handhabung* des Privatrechts von diesem Willkür- und Freiheitsprinzip beherrscht. Privatrecht statuiert primär keine objektiven Verhaltensnormen, sondern definiert, wer gegen wen welche Ansprüche zu erheben hat. Während die Staatsorgane verpflichtet sind, die ihre Tätigkeit regelnden Normen anzuwenden und die dem Staat zustehenden (z. B. Straf- oder Steuer-)Ansprüche durchzusetzen, ist dasselbe im Privatbereich nicht einmal erwünscht: Nicht nur sind in alter Diktion «Juristen böse Christen», sondern auch derjenige ist kein guter Mensch, der sich kalt auf die vorbehaltlose Durchsetzung aller

ihm zustehenden Rechtsansprüche verlegt. Nur im Prozeßfall werden die Rechte bis an ihre Grenze hin geltend gemacht, außerprozessual ist auf weiten Strecken Kulanz, Entgegenkommen, gar Nächstenliebe, damit aber «Willkür», wegleitend. Da das Privatrecht sich – glücklicherweise und notwendigerweise – zur Hauptsache außerhalb des Prozesses verwirklicht, erscheint Willkür in der Handhabung und Durchsetzung der Privatrechtsverhältnisse als erwünschtes und unentbehrliches Element, ja als Kern der Sache. Unter dem Blickwinkel der «Willkür» betrachtet, erscheinen Privatrecht und öffentliches Recht als getrennte Blöcke, unvereinbar und gänzlich gegensätzlich geartet: So kann es nicht überraschen, daß das, was WALTHER BURCKHARDT als begriffliches Unterscheidungskriterium zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht herausstellt, im Wesenskern auf diesen Gesichtspunkt hinausläuft.

Der Referent erwägt, daß «zum Schutze des Privaten vor *entwürdigender und schikanöser Behandlung* durch andere Private», grundlegende Verfassungswerte ins Spiel zu bringen seien (S. 456); sodann erinnert er an das methodische Postulat, «die *Rechtsordnung* als eine in sich geschlossene Einheit zu sehen», d. h. also wohl, bei der Handhabung des Privatrechts die Verfassung mit zu berücksichtigen (S. 457 f.). Gegen beide Anliegen ist im Grundsätzlichen und auf dieser Abstraktionsstufe der Aussage nichts einzuwenden. Der Sprechende hat in einem die bisherige «Drittwirkungslehre» kritisch würdigenden Aufsatz (SJZ 1987, S. 37–47) sich nicht gegen derartige Allgemeinfeststellungen ausgesprochen (vielmehr sogar gezeigt, daß er in bestimmten Zusammenhängen gleichlaufende Methoden propagiert hat; vgl. S. 39, Anm. 15). Eine Sachdiskussion und wissenschaftliche Auseinandersetzung ist indessen auf dieser Ebene nicht möglich, sondern nur anhand konkreter Beispiele in der Phase der *Anwendung der Theorie;* dazu war festzustellen, daß konkrete Beispiele, die ernster Prüfung standhalten, bisher nicht vorgetragen wurden. Der den Aufsatz veranlassende BGE 111 II 245–259 mußte sogar als Beispiel einer *Stiftung von Verwirrung* durch die Drittwirkungsthese dargestellt werden (dazu insbesondere mein Aufsatz in «recht», 1987, S. 9–18). – Heute gestatte ich mir die Feststellung, daß die vom Referenten angeführten Beispiele (S. 458–461) nicht hindern können, an der Behauptung festzuhalten, daß es bis heute an schlüssigen Anwendungsbeispielen der Drittwirkungslehre fehlt. Es ist bezeichnend, daß Herr THÜRER, in verdankenswerter Objektivität, mit zwei Beispielen beginnt, die auch in seiner Deutung

keinen Rekurs auf die Verfassung rechtfertigen; die arbeitsrechtliche (ohnehin nicht mehr rein dem Privatrecht zurechenbare) Gesetzgebung hat Prinzipien aufgestellt, welche konsequenteren Schutz verleihen, als dies durch Übertragung von Verfassungsgrundsätzen möglich wäre (S. 458, 459, *Beispiele 1 und 2)*. Aber auch die vom Referenten, wenn nicht behaupteten, so doch zur Diskussion gestellten beiden weiteren Fälle halten nicht stand:

Beispiel 3: Danach scheine es «nicht zum vorneherein abwegig», einen *Kontrahierungszwang* anzunehmen, um ein (als einziges verfügbares) Versammlungslokal auch politischen Veranstaltungen zu öffnen, die dem Berechtigten mißliebig sind. Es ist dies eine Variante zum *Fall Seelig»* (BGE 80 II 29), wo das Bundesgericht einen Kontrahierungszwang abgelehnt hat. Ein solcher ist in der Tat aus der Generalklausel von ZGB 28 (oder der Vorläufernorm, aOR 55) nicht abzuleiten; diese setzt ein *«persönliches Betroffensein»* des Klagenden voraus, was im angeführten Beispiel nicht angenommen werden kann (vgl. dazu SJZ 1987, S. 42 und A. 32); aus ZGB 28 läßt sich keine die politische Willensbildung fördernde Norm machen. Wenn ein Kontrahierungszwang gefordert wird, kann dieses Resultat nur auf dem Wege *der ordentlichen Gesetzgebung,* nicht aber durch «verfassungskonforme Auslegung» von ZGB 28 erreicht werden.

Beispiel 4: Gegenüber aZGB 315, wonach eine Vaterschaftsklage «bei unzüchtigem Lebenswandel der Mutter zur Zeit der Empfängnis» abzuweisen war, hat BGE 89 II 273 angesichts der neueren medizinischen (positiven) Nachweismöglichkeiten dieser Regel die weitere direkte Anwendung versagt. Dieser Schritt ist die zwangsläufige Folge veränderter äußerer Gegebenheiten, die der (früher angesichts der Vaterschaftsvermutung von aZGB 314 unentbehrlichen) Regel von aZGB 315 die Berechtigung entziehen. Das Bundesgericht hat die entsprechende Folgerung, offenbar ohne im entferntesten die Verfassung zu bedenken, kurz entschlossen und mit erfreulich knapper Begründung verwirklicht. Es bereitet mir nun Mühe, Gründe zu erkennen, welche aus dem Rückblick eines Vierteljahrhunderts es rechtfertigen sollen, die damalige, gleichermaßen notwendige wie selbstverständliche Entwicklung als das Resultat einer aus der Verfassung fließenden Erleuchtung zu verstehen oder gar darin eine kasuelle Durchbrechung des Gesetzesüberprüfungs-Verbots von BV 113/III zu erkennen. Die Berufung auf das Willkürverbot erscheint in diesem Zusammenhang sogar

als gefährlich, steht doch der Vorwurf der Willkür traditionell bereitwilliger zur Verfügung gegenüber dem Verlassen der Befolgung eines klaren Gesetzeswortlautes (wie er hier vorliegt) als gegenüber dem Festhalten am Gesetz unter Verhältnissen, die ein Abgehen hievon verlangen; das Willkürverbot müßte daher eigentlich *gegen* die fragliche Rechtsprechung und nicht für diese ins Feld geführt werden.

Das hier beobachtete Phänomen, das für eine notwendige und begrüßenswerte Entwicklung innerhalb des Privatrechts das Verfassungsrecht Teilhabe an der Urheberschaft beansprucht, bringt in Erinnerung, daß in *Deutschland* zunehmend der Eindruck erweckt wird, die *Herausbildung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes* sei eine Folge des Grundgesetzes einerseits, der Lehre von der Drittwirkung anderseits, während das Privatrecht an der Entwicklung gewissermaßen unbeteiligt bleibe. Demgegenüber ist zu erinnern, daß hier eine uralte Tradition (vgl. Dig. 47, 10 «De iniuriis et famosis libellis») weiterlebt, die in der Schweiz ohne jeden Einfluß der BV in ZGB 28 ihren Ausdruck findet. Richtig ist, daß die herrschende Lesart des BGB von 1900 ein «Allgemeines Persönlichkeitsrecht» nicht anerkannte; ein solches wurde indessen in abundanter Literatur der Vor- und Zwischenkriegszeit (wiederum ohne jeden Einfluß des Verfassungsrechts oder der Drittwirkungslehre) postuliert (vgl. Hinweise bei BUCHER, Ausübung der Persönlichkeitsrechte, 1956, S. 55 ff.). Die Nichtanerkennung eines Persönlichkeitsrechts im BGB von 1900 läßt sich klar auf wissenschafts-intrasystematische Gesichtspunkte (die Ablehnung von Persönlichkeitsrechten durch SAVIGNY, dem – vor der Schaffung des Begriffs «absolutes Recht»! – keine geeignete Begriffskategorie zur Erfassung dieses Rechts zur Verfügung stand, er dieses daher als «dingliches» Recht verstehen zu müssen glaubte, was ihn sagen ließ, daß die Verleihung von Persönlichkeitsrechten Anerkennung des Rechts auf Selbstmord implizieren würde; vgl. dazu BUCHER in AcP 186, S. 3) zurückführen, die keinen Respekt auf Dauer verlangen konnten; eine Praxisänderung i. S. der Rückkehr zu alten zivilistischen Überlieferungen hätte wohl früher oder später auch ohne Einfluß der Verfassung erwartet werden dürfen. Zudem liegt in genauem Sinn keine «Drittwirkung» vor, hat sich doch am Verständnis von BGB § 823 – das in GG Art. 2 statuierte Recht als «sonstiges Recht» zu verstehen.

Dem Privatrechtler wird es gewiß nicht an Bereitschaft fehlen, sich mit jedem auf der Ebene *konkreter Anwendungsfälle*

behaupteten Beispiel von «Drittwirkung» auseinanderzusetzen. Weniger gern hört man indessen die These als solche «abstrakt» verkündet, tönt dies doch wie ein *allgemeiner Vorwurf an die Adresse des Privatrechts,* einen fundamentalen Gesichtspunkt (jenen der Verfassung) nicht genügend zu berücksichtigen, ein Vorwurf, gegen den man sich in dieser allgemeinen Form naturgemäß nicht verteidigen kann. Herrn Kollege THÜRER weiß ich Dank, daß er maßvoll, mit viel Verständnis für das Wesen des Privatrechts und unter Schonung der Gefühle der diese Disziplin vertretenden Juristen, die Dinge präsentiert hat; er wird es, hoffe ich, nicht verdenken, wenn der Privatrechtler seinen heute vorgelegten zwei Beispielen die Gefolgschaft versagt.

Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. ENGELBERT NIEBLER, Karlsruhe:

Ich glaube, es ist zweckmäßig, in einer kurzen Vorbemerkung zu den Ausführungen von Herrn Professor BUCHER zum deutschen Recht Stellung zu nehmen. Zunächst möchte ich klarstellen, daß sicher die Existenz eines Persönlichkeitsrechts als solches sowohl im römischen Recht wie in anderen Staaten und auch in Deutschland von ernsthaften Wissenschaftlern nicht bestritten wird. Die Besonderheit liegt darin, daß tatsächlich – und insofern sind die Ausführungen sehr verdienstvoll – im BGB diese Fragen zu kurz gekommen sind. Das Problem, um das es jetzt gegangen ist und die Besonderheit, die das Grundgesetz hier gebracht hat, geht in zwei Richtungen. Erstens, daß der Persönlichkeitsschutz in einem Maße ausgeweitet worden ist, wie er, glaube ich, auch in anderen europäischen Ländern in diesem Umfang kaum besteht. Und das zweite ist die Besonderheit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß man den § 823 BGB unberührt gelassen hat, daß aber in einer besonderen Bestimmung des BGB Geldersatzansprüche ausdrücklich ausgeschlossen waren, und daß man da gesagt hat: Diese Bestimmung widerspricht dem Persönlichkeitsrecht des Grundgesetzes, und die Verfassung gebietet, daß in bestimmten Fällen auch bei Persönlichkeitsverletzungen Schmerzensgeld gezahlt werden muß.

Das *Willkürverbot* ist im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland nicht ausdrücklich enthalten. Es ist abgeleitet worden aus Art. 3 Abs. 1 GG. Dieser bestimmt «Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich».

a) Der *Gesetzgeber* verletzt nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Gleichheitssatz vor allem dann, wenn er eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (BVerfGE 70, 230 [239f.] m. w. N.).

So ist es nach einem Beschluß vom 14. 4. 1987 mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, daß nach den gesetzlichen Regelungen die Zulässigkeit der Selbstbedienung bei frei verkäuflichen Arzneimitteln in Apotheken untersagt, im übrigen Einzelhandel dagegen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist.

b) Relativ häufig sind die Fälle, in denen in den letzten Jahren *gerichtliche Entscheidungen* wegen Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG aufgehoben wurden.

Das Bundesverfassungsgericht prüft nur begrenzt nach. Für die Maßstäbe, die das Gericht für Willkür setzt, möchte ich aus einem Beschluß vom 10. Juli 1987 (2 bvR 857/86) zitieren:
«Die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind Sache der dafür zuständigen Gerichte und werden grundsätzlich vom Bundesverfassungsgericht nicht nachgeprüft (st. Rspr., vgl. BVerfGE 18, 85, 92f.) Mithin kommt ein verfassungsgerichtliches Eingreifen gegenüber Entscheidungen der Fachgerichte unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Gleichheitssatzes in seiner Bedeutung als Willkürverbot nur in seltenen Ausnahmefällen, nicht aber schon bei jedem Fehler in der Rechtsanwendung in Betracht (vgl. BVerfGE 4, 1, 7; 42, 64, 74; 62, 189, 192; 70, 93, 97). Selbst eine zweifelsfrei fehlerhafte Anwendung einfachen Rechts begründet noch keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Hinzukommen muß vielmehr, daß die fehlerhafte Rechtsanwendung unter Berücksichtigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluß aufdrängt, daß sie auf sachfremden Erwägungen beruht (BVerfGE 62, 189, 192 m. w. N., 67, 90, 94; 70, 93, 97). Dabei enthält die verfassungsgerichtliche Feststellung von Willkür keinen subjektiven Schuldvorwurf, sondern sie bedeutet in einem objektiven Sinne die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit einer Maßnahme im Verhältnis zu der Situation, deren sie Herr werden will.»

Diese Voraussetzungen für (objektive) Willkür wurden z. B. bejaht in einem Fall, bei dem der in 1. Instanz erfolgreichen

Partei für das Berufungsverfahren – entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Prozeßordnung – die Prozeßkostenhilfe versagt worden war (B. v. 5. 11. 85, BVerfGE 71, 122).

Willkür gemäß Art. 3 Abs. 1 GG sah das Gericht auch in einem Verfahren der Strafvollzugsbehörden. Diese hatten über den Urlaubsantrag eines Strafgefangenen vom 12. September 1978 bis zum 1. März 1982 noch nicht entschieden, und nach einem Zwischenbeschluß des zuständigen Oberlandesgerichts vom 1. März 1982 zog sich die Verwaltungsentscheidung nochmals bis November 1983 hin. Der Senat führt dabei (B. v. 26. 2. 1985, BVerfGE 69, 161) u. a. aus: «Auch bei Ermessensentscheidungen bleiben die Verwaltungsbehörden an die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze, wie das Willkürverbot gebunden. Dieses gilt auch für die Handhabung des Verfahrens, das der Herbeiführung einer gesetzmäßigen und gerechten Entscheidung auch in angemessener Zeit dient.»

Dr. WALTHER GRESSLY, Fürsprecher und Notar, Solothurn:

Die Drittwirkung oder Horizontalwirkung des Willkürverbots ebenso wie anderer Grundrechte, die im Referat des Herrn Prof. THÜRER (S. 454 ff.) behandelt worden ist, liegt zwar eher am Rande des Tagungsthemas, stößt aber offensichtlich doch auf besonderes Interesse. Die mittelbare Drittwirkung, das Gebot grundrechtskonformer Auslegung privatrechtlicher Normen, wird in der Lehre beinahe durchwegs anerkannt, wie das Bundesgericht im Streikurteil BGE 111 II 255 festgestellt hat. Herr Prof. BUCHER hat sich soeben in seinem Diskussionsvotum mit dieser mittelbaren Drittwirkung befaßt, vermag ihr allerdings kaum praktische Bedeutung beizumessen. Zur unmittelbaren Drittwirkung, die in der Lehre umstritten ist, ist immerhin beizufügen, daß sie in jüngeren Verfassungstexten ausdrücklich ausgesprochen wird, so z. B. in neueren, total revidierten Kantonsverfassungen oder im dritten Satz des revidierten Art. 4 Abs. 2 BV, wonach Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit haben.

Herr Prof. THÜRER hat in seinem Referat festgestellt, daß sich die umstrittene unmittelbare Drittwirkung dank der Offenheit und Flexibilität der Privatrechtsordnung in aller Regel als gegenstandslos, als «Papiertiger», erweist. Das leuchtet ein, wenn wir ihre materiellrechtlichen Auswirkungen betrachten. Und doch ist mir dieser Papiertiger in die Augen gesprungen. Wenn wir neben der materiellrechtlichen Ebene eine weitere

Dimension in unsere Betrachtung einbeziehen, nämlich die Normstufe der betreffenden Schutznormen und ihren Rechtsschutz durch die Gerichte, bekommt der Tiger der Drittwirkung – auch schon die harmlosere Spezies der mittelbaren Drittwirkung – eine dritte Dimension. Der Tiger nimmt leibhaftige Gestalt an und kann uns noch zu schaffen machen.

Wichtig scheint mir: Der Maßstab, der im Sinne der mittelbaren Drittwirkung zur Auslegung des Privatrechts herangezogen wird, ist nicht irgendein Auslegungsmittel, sondern er hat Verfassungsrang. Wenn der Zivilrichter eine offene Privatrechtsnorm mit Hilfe eines verfassungsmäßigen Grundrechts auslegt, entscheidet er über ein Recht, das zugleich ein privates Recht und ein durch die Verfassung geschütztes Recht ist. Das gilt übrigens nicht nur dann, wenn der Richter die Verfassung als Auslegungsmaßstab heranzieht, sondern immer, wenn er über ein privates Recht entscheidet, dem die Verfassung, wie z. B. die erwähnten neueren Verfassungstexte, verfassungsmäßigen Schutz gegenüber Privatpersonen gewährt. Der Verfassungsrang der Schutznorm hat meines Erachtens Konsequenzen, die ich hier einmal als Thesen in den Raum stellen will, und die der einläßlicheren Behandlung durch Lehre und Rechtsprechung bedürfen werden: Die Partei, die sich in einem Zivilprozeß erfolglos auf ein verfassungsmäßig geschütztes Recht gegenüber der Gegenpartei beruft, ist legitimiert, das letztinstanzliche kantonale Urteil mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht anzufechten, wenn der Streitwert für eine Berufung nicht erreicht ist. Legitimiert dürfte sogar die Gegenpartei sein, die gar nicht Träger des streitigen Grundrechts ist, falls man Presseberichten über ein neuestes Urteil des Bundesgerichts folgen darf, dessen Veröffentlichung zu erwarten ist (Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Juni 1987 über eine staatsrechtliche Beschwerde des vor dem kantonalen Zivilrichter unterlegenen Arbeitgebers über einen Anspruch der Arbeitnehmerin auf den gleichen Lohn, der männlichen Arbeitnehmern ausbezahlt worden war). Das Bundesgericht wird in solchen Fällen frei zu prüfen haben, ob eine Prozeßpartei gegen das Willkürverbot oder gegen ein anderes Grundrecht, das sie im Rahmen des privatrechtlichen Verhältnisses zu respektieren hatte, verstoßen hat, und der angefochtene Entscheid wird aufzuheben sein, wenn diese Frage unrichtig entschieden worden ist.

Der Tiger der Drittwirkung – um zum Schluß nochmals zum Bild zurückzukehren – wird uns weiterhin nicht in Ruhe lassen.

Er darf, wenn er sich zeigt, nicht in einer voreiligen Polizeiaktion kurzerhand niedergeschossen oder ausgesperrt werden – wozu ein Privatrechtsspezialist versucht sein kann, der ihn als gefährliches Ungeheuer vom wohlbestellten Garten des Privatrechts fernhalten möchte. Nein: Der Tiger bedarf kundiger Wärter, in der Person aufmerksamer Anwälte, die ihn in die Manege der Gerichtssäle führen, und er bedarf in der Person des Richters eines Dompteurs, der ihn verständnisvoll zum verläßlichen Mitspielen in der Raubtiernummer vor seinen Schranken bringt. Wir dürfen mit Interesse seinem nächsten Auftritt entgegensehen.

Dr. PAUL K. CARTER, Rechtsanwalt, Ascona:

Die hervorragenden Präsentationen der beiden Herren Referenten erfordern eine zusätzliche Würdigung der im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot stehenden Probleme für unsere Praxis.

Es geht für den Praktiker vermutlich nicht so sehr um die aufgeworfene Differenzierung zwischen Willkür der Rechtssetzung und Willkür der Rechtsanwendung. In beiden Fällen ist ein mehr oder weniger großer Ermessensspielraum der kantonalen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung vorhanden, den wir ja aus Gründen des Föderalismus verteidigen wollen. Ganz abgesehen davon ist ja dieser Ermessensspielraum das einzige Instrument, das uns zur Verfügung steht, um die Interessen der Minderheiten und die Interessen der jeweils Betroffenen zu vertreten und zu schützen. Denken Sie daran, was neue Kernkraftwerke oder Vorhaben der Nagra der betroffenen Region bringen. Bundesgesetze sind und bleiben unüberprüfbar, und diese werden immer wieder bestimmte Bevölkerungsgruppen und Schichten mehr berühren als andere.

Wichtig für den Praktiker ist auch die Erörterung, besonders von Prof. THÜRER, der Bindung des Bundesgerichts an die sogenannten veralteten gesetzespositivistischen Vorstellungen über die erforderliche Nachvollziehung der vorherrschenden Auffassung im Gegensatz zum sogenannten «Gerechtigkeitsurteil». Mir ist die Abgrenzung zu vage. Unsere Rechtssicherheit verlangt eigentlich mehr das konservative Festhalten an herkömmlichen Normen. Wo beginnt Willkür bei solchem Festhalten? Ab wann kann das Gericht es sich leisten, diese Normen als zu starr zu erachten und sie einfach vom Tisch zu fegen?

Wann kann es dazu übergehen, ohne selbst willkürlich Recht zu sprechen, Elastizität anzuwenden, und dann für diese Elastizität nicht nur die juristische Untermauerung, sondern auch den notwendigen juristischen Konsens zu finden?

Ein drittes Problem, das in beiden Referaten angeschnitten wird, und dem sicherlich eine Menge Diskussionsstoff zugrunde liegt, ist das Gleichheitsprinzip nach dem Wortlaut des Art. 4 BV und das Willkürverbot per se. Korrekt werden wir darauf hingewiesen, daß die Idee der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz zwar die Basis für das Willkürverbot ist. Aber auch die behördliche Willkür als solche kann ja immer wieder in gleicher Weise gegen alle Bürger angewendet werden; alle Bürger können in gleichem Maße von Willkürmaßnahmen und willkürlicher Rechtsanwendung betroffen werden. Willkür als solche ist verboten; Willkür, die es dem Staat ermöglicht, vielleicht durchaus im öffentlichen Interesse, eine in den Idiomen von CHURCHILL ausgedrückte *«equal share of misery»* zu schaffen, anstatt dem Gleichheitsprinzip zuwiderlaufenden, aber doch viel sympathischeren *«unequal share of wealth»*, wie es unserem marktwirtschaftlichen System nun einmal doch mehr entspricht.

Ich möchte es mir jetzt nicht nehmen, auf den von Prof. THÜRER großartig gelungenen Versuch einzugehen, öffentlichrechtliche Grundsätze auf die Handlungen Privater anzuwenden, wenn diese in unserem Staate eine besondere Machtposition ausüben, etwa eine Monopolstellung einnehmen, denken wir an Radio und Fernsehen, oder an Organe wirtschaftlicher und politischer Natur, Banken, Versicherungen, Multis und Gewerkschaften. Die gewählten Beispiele im Arbeitsrecht, im sogenannten «closed shop» bei der Einstellung von Arbeitskräften im Betrieb, sind vielleicht nicht gut gewählt. Ich hätte hier hinzugefügt die recht fragwürdigen Bankenkonventionen in bezug auf Zinsen oder Währungskonvertierungen oder bei den Courtagen in Börsengeschäften. Es gibt wohl in keinem freiheitlichen System einen derartigen Machtmißbrauch durch die Banken, gut abgesegnet von unserer Landesregierung im offenbaren Gegensatz zum Interesse des Konsumenten und weitgehend gegen den Willen des Souveräns.

Vergessen wir nicht die einmalige Einschränkung, die wir mit Art. 113 BV unserem Bundesgericht auferlegt haben: die Unüberprüfbarkeit der Bundesgesetze, ein fast ad absurdum geführtes Prinzip einer Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung und Judikatur. Wie heißt es doch in der im Gegensatz dazu

zum Ausdruck gebrachten Konzeption der Verfassung in unserem südlichen Nachbarstaat (Art. 134 der Costituzione): «La Corte Costituzionale giudica sulle controverse relativa alla legittimità della legge e degli atti aventi forza di legge, dallo Stato e dalle Regioni» und in dem berühmten Urteil aus dem Jahre 1964 (No. 72) «Il potere legislativo è subordinato all'impero delle norme e dei principi fondamentali, anche se inespressi, dell'ordinamento» usw. Ich brauche nicht zu erwähnen Art. 93 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland bezüglich der weitgehendsten Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts. Um so eher, möchte ich meinen, sind wir gehalten, unserem Bundesgericht die weitmöglichste Kompetenz bei der Überprüfung jener Gesetze und Gesetzesanwendungen einzuräumen, die auch nur eine Spur von Willkür beinhalten könnten. Unter diesem Aspekt habe ich als Praktiker mit etwas Bedauern Kenntnis genommen von der «rigueur procédurale», die mir von Juge ROUILLER im Kapitel 6 «La forme de l'acte de recours» auferlegt wird. Die Aufgabe aber, mein sehr verehrter Bundesrichter, eine behördliche «violation» aus dem Wege zu räumen, ist halt ein hohes Ziel, für dessen Erreichen ich bereit sein muß, die strengsten Anforderungen der Form auf mich zu nehmen. In diesem Sinne werden wir jede «exigence» hinnehmen, um der Willkür Einhalt zu gebieten, und im Interesse des Bürgers und des Klienten, der auf unsere Hilfe angewiesen ist, soll uns jedes Opfer recht sein.

Dr. FRED HIRSCHI, Chef des Rechtsdienstes der Staatskanzlei des Kantons Zürich:

In einem Entscheid aus dem Jahre 1985 (veröffentlicht in BGE 111 Ia 169ff.) stellt das Bundesgericht die Amtspflicht der Behörden auf, eine Partei zu benachrichtigen, wenn ein sofort erkennbarer Formfehler so rechtzeitig festgestellt wird, daß die Partei den Mangel innert Frist wirksam verbessern könnte.

Es kann kein Zweifel bestehen, daß dieser Entscheid des Bundesgerichts im betreffenden Einzelfall ein stoßendes Ergebnis beseitigt hat. Der nicht durch einen Anwalt vertretene Beschwerdeführer, der vergessen hatte, seine Einsprache gegen ein Strafmandat zu unterschreiben, wird zu einem materiellen Gerichtsentscheid über seine Einsprache kommen.

Etwas anders sieht es für die Behörden aus, seien es nun Gerichts- oder Verwaltungsinstanzen. Ihnen erwachsen Ver-

fahrenspflichten, deren Voraussetzungen nicht immer so klar einleuchten mögen wie im genannten Bundesgerichtsentscheid.

So sind allgemein etwa folgende Fragen offen:

- Muß *jede* Gerichts- und Verwaltungsbehörde *alle* Rechtsschriften *sofort* nach dem Eintreffen auf allfällige Formfehler überprüfen?
- Wenn nicht, sind Einschränkungen zulässig, in bezug auf die Behörde, die Rechtsschrift und in zeitlicher Hinsicht?
- In welchem Zeitpunkt ist die Feststellung der Behörde betreffend der Formfehler so rechtzeitig, daß der Beschwerdeführer die Verbesserung noch innert Frist vornehmen kann?
- Trifft die Behörde in dieser Hinsicht auch eine Beweislast?

Diese Auswahl neuer Fragen zeigt, daß über die Erfüllung der Verfahrenspflichten auf der Seite der Behörden notwendigerweise eine Unsicherheit entsteht; diese wiederum ruft in ähnlich gelagerten Fällen fast automatisch nach weiteren Beschwerden staatsrechtlicher Natur.

ARTHUR HAEFLIGER, dessen Werk «Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich» im erwähnten Bundesgerichtsentscheid ebenfalls zitiert wird, hält fest: «Es sei nicht bestritten, daß es auf diese Weise mitunter mehr oder weniger vom Zufall abhängen kann, ob eine Partei Gelegenheit erhält, einen Mangel zu beheben» (S.125). Dieser Satz findet sich im BGE 111 Ia 169 ff. aber nicht!

Das vom Bundesgericht wohlweislich ausgelassene Zitat trifft einen wichtigen Kern der Schwierigkeiten, die sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Willkürverbot für die Behörden mitunter ergeben. Die Verwirklichung des Willkürverbots in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezieht sich wesensgemäß auf den Einzelfall. Das Anstreben der Einzelfallgerechtigkeit ist ein untrügliches Zeichen dieser Rechtsprechung. Sie birgt indessen die Gefahr oder – je nach Standpunkt – eben auch die Chance in sich, daß eine Gesetzesnorm unter Berufung auf Art. 4 BV nicht angewandt wird oder eine Pflicht der Behörde ebenfalls gestützt auf Art. 4 BV geschaffen wird. In beiden Ausprägungen ist auf den Bestand einer Norm nicht Verlaß, weil eine gesetzliche Vorschrift unter gewissen Bedingungen nicht angewandt wird oder eine Richternorm im Entstehen begriffen ist. Das heißt, daß die Rechtssicherheit durch eine einfallbezogene Rechtsprechung in Gefahr gebracht wird. Unter diesen Umständen ist es für denjenigen Juristen, welcher der Rechtssicherheit einen gewissen eigenständigen Wert zubil-

ligt, nur schwer verständlich, wenn das Bundesgericht sagen kann, der Statuierung einer Amtspflicht wie in BGE 111 Ia 169 ff. stehe grundsätzlich weder die Rechtssicherheit noch die Rechtsgleichheit entgegen. Mit der apodiktischen Behauptung wird die Erwägung nicht überzeugender.

Das Willkürverbot verhindert definitionsgemäß grobes Unrecht. Entgegen den Erwartungen, welche die Umschreibung weckt, ist die Grenze zwischen Unrecht und grobem Unrecht nicht immer klar. Also ist eine Verletzung des Willkürverbots nicht immer schon aufgrund einer summarischen Beurteilung erkennbar. Es gibt oft Fälle, bei denen der Ausgang des Beschwerdeverfahrens nicht zum vorneherein klar ist, sondern die einer eingehenden Prüfung und einer differenzierten Erforschung danach bedürfen, wie das Gerechtigkeitsempfinden auf das Ergebnis reagiert. Würde dies nicht zutreffen, so könnten Minderheitsanträge in Urteilen des Bundesgerichts über staatsrechtliche Beschwerden, die das Willkürverbot anrufen, kaum erklärbar sein. Ist der Richter darauf angewiesen, die Grenze zwischen Unrecht und grobem Unrecht intensiv zu suchen, wäre es wünschenswert, wenn das Bundesgericht bei seiner schöpferischen Fortentwicklung des Rechts nach Art. 4 BV auch dem Wert der Rechtssicherheit einen angemessenen Stellenwert beimessen würde. Es darf sich vor Augen halten, daß die Behörden in Gericht und Verwaltung stets und ernsthaft darauf achten, ihre Entscheidungen frei von Willkür zu treffen – nicht allein wegen Lausanne, sondern weil sie sich auch als Diener des Rechts verstehen. Die Mitglieder des Bundesgerichts möchte ich daher bitten, die unteren Instanzen vor einander widersprechenden, intuitiv nicht auf der Hand liegenden Zufallsentscheidungen zu bewahren. Sie leisten damit auf die Dauer ihrer Autorität und gleichzeitig dem Gut der Rechtssicherheit den besseren Dienst.

Diskussionsleiterin Rechtsanwalt Dr. KATHARINA SAMELI:

Auf die aufgeworfene Frage betreffend die Rechtssicherheit kann ich selbst kurz eine vorläufige Antwort geben: Jedenfalls im Kanton Zürich braucht die Sorge nicht so groß zu sein, denn wir haben die Vorschrift von § 56 VRG, welche vorschreibt, daß der Vorsitzende die eingehenden Beschwerden prüft und das Nötige zur Verbesserung allfälliger Mängel anordnet. Dazu kommt noch die in § 23 VRG vorgesehene Möglichkeit der Ansetzung einer kurzen nicht erstreckbaren Nachfrist zur

Verbesserung der Rechtsmitteleingabe, wenn Antrag und Begründung fehlen.

Dr. HERMANN GEISSBÜHLER, Ittigen/Bern:

Herr Bundesrichter ROUILLER hat die Willkürbeschwerde im Blick auf verschiedene Sachgebiete beleuchtet. Er geht besonders auch auf die Anfechtung von ablehnenden Entscheiden betreffend Baugesuche und auf die Anfechtung von planungsrechtlichen Entscheiden ein. Im folgenden möchte ich auf *Aspekte der Willkürbeschwerde im Blick auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Bewilligungen von Bauten außerhalb der Bauzone* nach Art. 24 Raumplanungsgesetz sowie *bezüglich der Anfechtung von Nutzungsplänen* hinweisen.

Bevor das Raumplanungsgesetz in Kraft trat, waren nach bundesgerichtlicher Praxis nur Grundeigentümer zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen Baubewilligungen an Nachbarn legitimiert. Das RPG führte die *Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Baubewilligungen für Bauten außerhalb der Bauzone* ein. Grundsätzlich traten damit auch die benachbarten Mieter in den Kreis der Legitimierten zur Anfechtung von Baubewilligungen für solche Bauten. Spezifische Bedingungen dieser Legitimation hat das Bundesgericht in einem Fall des Jahres 1986 umschrieben (Pra 75, 1986 Nr. 154). Das Bundesgericht prüfte die Frage der Legitimation von Nachbarn zur Anfechtung der Baubewilligung zur Errichtung einer Multideponie. Es stellte sich das Problem, inwiefern Dritte, die nicht Grundeigentümer sind, ein aktuelles schützenswertes Interesse besitzen, das abzugrenzen ist gegenüber «einer kaum zu begrenzenden Öffnung des Beschwerderechtes». Auszugehen ist dabei von Art. 33 RPG.

Diese Norm verlangt in Verbindung mit Art. 103 OG, daß das kantonale Recht die Legitimation zur Verwaltungsbeschwerde im gleichen Umfang gewährleistet wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Nach Art. 103 OG kann das zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimierende Interesse rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Dabei wird verlangt, daß der Beschwerdeführer stärker als jedermann betroffen sei und in einer besonderen, beachtenswerten nahen Beziehung zur Streitsache stehe. Aufgrund dieser Kriterien gibt es nach Bundesgericht kaum eine begrifflich faßbare Eingrenzung der Legitimation Dritter.

Mit dem Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Baubewilligungen gemäß Art. 24 RPG sind wichtige Aspekte der Willkürbeschwerde verbunden. Die Anfechtung einer Bewilligung für Bauten außerhalb der Bauzone kann nach Art. 24 beinhalten, das Bauvorhaben sei nicht standortgebunden, oder es würden ihm überwiegende Interessen entgegenstehen. Das heißt vor allen Dingen: die Baute darf nicht den Kriterien von Art. 1 und 3 des RPG widersprechen, wonach z. B. Wohngebiete vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen wie Luftverschmutzung, Lärm und Erschütterungen möglichst verschont werden sollen, wonach Bund und Kantone wie auch die Gemeinden durch Maßnahmen der Raumplanung die natürlichen Lebensgrundlagen wie Boden, Luft, Wasser, Wald und die Landschaft zu schützen haben. Verbunden mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann im Sinne einer Willkürbeschwerde die Rüge erhoben werden, diese Normen seien willkürlich nicht berücksichtigt oder zu eng interpretiert worden.

Die Anfechtbarkeit von Nutzungsplänen: Bekanntlich können Überbauungen aufgrund von Nutzungsplänen noch einschneidender die natürlichen Lebensgrundlagen in einem engen oder weiten Umkreis tangieren als die Bauten und Anlagen außerhalb der Bauzone. Schon aus diesem Grunde sollte die Frage geprüft werden, ob nicht auch der benachbarte Dritte wie der Grundeigentümer zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen Nutzungspläne legitimiert sein sollte. Gleich zu Beginn sei betont, daß es hier um die Frage nach der Legitimation des Dritten als Mieter geht. Auszugehen ist von der Frage, von welchen verfassungsmäßigen Rechten der Nachbar als Mieter behaupten könnte, sie würden durch die Auswirkungen eines Nutzungsplanes verletzt. Nach der heutigen Praxis ist nur der benachbarte Grundeigentümer legitimiert, in der staatsrechtlichen Beschwerde die Rüge zu erheben, die kantonale Genehmigung eines bestimmten Nutzungsplanes durch zuständige kantonale Instanzen ermögliche auf den benachbarten Grundstükken eine bauliche Nutzung, die in ihrer Auswirkung den beschwerdeführenden Grundeigentümer gerade auch in seiner Eigenschaft als Nachbarn treffe. Dies hebt das höchste Gericht im Entscheid BGE 112 Ia 92 hervor. Danach sind Eigentümer von Grundstücken, welche außerhalb des Planungsgebietes liegen, berechtigt, «einen Quartierplan anzufechten, der zu einer Aufhebung nachbarschützender Bestimmungen führt» (mit Verweisen).

Ergänzend sei hier noch auf die kantonale Praxis hingewiesen. Gemäß eines RRB aus dem Jahre 1985 des bernischen Regierungsrates (RRB Nr. 84/1985) zur Beschwerde gegen ein Bauvorhaben ist auch der benachbarte Mieter legitimiert, wenn er in seinen schützenswerten Interessen berührt ist, namentlich dann, wenn der Wohnwert der betreffenden Liegenschaften durch das Bauvorhaben beeinträchtigt wird. Es liegt in der Logik von BGE 112 Ia 92, daß derjenige, der als Nachbar zur Anfechtung einer Baubewilligung rekursberechtigt ist, auch zur Beschwerde gegen einen Nutzungsplan berechtigt ist, auf den sich die Baubewilligung stützt. Im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde müßte der Mieter jedoch die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte geltend machen, die in qualitativer Hinsicht über ein «höheres Maß an Betroffenheit in schutzwürdigen Interessen» (RRB Nr. 84/1985, Kanton Bern) hinaus gehen.

Die Auswirkungen eines Planes können dazu führen, daß öffentlich-rechtliche Immissionsvorschriften oder sonstige den Nachbarn schützende Normen aufgehoben oder gelockert werden. Dies stellt nicht nur «einen Rechtsnachteil für den von den Auswirkungen des Planes betroffenen Eigentümer» dar (vergleiche BGE 112 Ia 92). Die Nachbarn eines Plangebietes sind als Mieter gleichermaßen betroffen, besonders dann, wenn die Auswirkungen eines Nutzungsplanes auf die benachbarten Liegenschaften die natürlichen Lebensgrundlagen und die Wohnlichkeit im Sinne von Art. 3 RPG derart intensiv sind, daß dadurch die räumlichen und umweltbedingten Voraussetzungen zur Entfaltung der persönlichen Freiheit nachhaltig beeinträchtigt werden. Ein benachbarter Mieter würde aus dieser Sicht durch die potentiellen Auswirkungen eines Nutzungsplanes wie ein Grundeigentümer in einem verfassungsmäßigen Recht getroffen. Der Nichtgrundeigentümer, d. h. der Mieter als Nachbar, ist aber nach heutiger Praxis zur staatsrechtlichen Beschwerde nicht legitimiert. Man ist versucht zu fragen, ob hier nicht die Verletzung des Gleichheitssatzes von Art. 4 BV vorliege.

Mit der Rüge, die persönliche Freiheit werde durch die Genehmigung eines Nutzungsplanes durch die zuständige kantonale Behörde potentiell verletzt, kann wiederum die Willkürbeschwerde verbunden werden. Wie im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Bauten außerhalb der Bauzone kann die kantonale Genehmigungsbehörde gerügt werden, sie hätte die planungsrechtlichen Grundsätze und Normen des

Art. 1 und insbesondere von Art. 3 RPG, die auf den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ausgerichtet sind, willkürlich nicht angewendet oder zu eng ausgelegt.

Die Anerkennung der Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen Verfügungen über Nutzungspläne für benachbarte Nichtgrundeigentümer würde, so nehme ich an, im Sinne von Herrn THÜRER dem Anliegen der Grundrechte und insbesondere dem Gleichheitssatz entsprechen, der nach ihm *auch* darin besteht, Machtstrukturen aufzudecken.

Annähernd das gleiche Ziel würde erreicht, wenn der Gesetzgeber im Rahmen der kommenden Revision des RPG auch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen von Nutzungsplänen einführen würde, bei gleichzeitiger Änderung des OG, das dieses Rechtsmittel zur Anfechtung von Verfügungen über Nutzungspläne ausschließt.

Aber auch bei dieser Beschwerde müßten die von der Praxis herausgearbeiteten Kriterien zur Bestimmung der Legitimation angewandt werden: Beachtenswerte nahe Beziehung zur Streitsache, unmittelbares Berührtsein. Diese Kriterien sind insbesondere zur Abklärung der Beschwerdelegitimation des Nachbarn ohne Grund und Boden wichtig, wenn wir nicht mit der Popularbeschwerde ins Bodenlose fallen wollen.

Dr. FRANÇOIS PICOT, avocat, Genève:

Il y a une certaine présomption à prendre la parole après des rapports aussi profonds et exhaustifs. Si j'interviens, c'est qu'en 1977, il y a dix ans, nous étions, Me KATHARINA SAMELI et moi-même, sur le podium pour vous présenter à Lucerne, dans une séance présidée par M. HANS-PETER MOSER, des réflexions sur la bonne foi en droit public.

Puisque nous nous retrouvons Me SAMELI et moi-même devant votre assemblée à Neuchâtel, dix ans après dans un débat sur la protection de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat, il m'a semblé opportun de lancer dans le débat quelques réflexions sur les rapports entre le droit d'échapper à l'arbitraire et la bonne foi en droit public.

En effet, violation des règles de la bonne foi, arbitraire, cela évoque pour le commun des mortels des idées voisines. Dans le langage courant, le justiciable, comme le relève le juge fédéral ROUILLER, lorsqu'il se plaint de l'administration, parlera «d'injustice, d'illégalité et d'iniquité». Il dira peut-être aussi: «Ils font toujours ce qu'ils veulent».

Sous de tels vocables, se trouvent souvent confondues les notions d'arbitraire et de violation des règles de la bonne foi de la part des autorités.

En droit, ces deux notions, le droit d'échapper à l'arbitraire et le droit à la protection de la bonne foi, sont proches, qu'on les fasse dériver, comme la jurisprudence, de l'art. 4 de la Constitution fédérale, ou qu'on les considère comme le suggérait hier M. VOYAME comme des droits non écrits; ces notions sont des droits fondamentaux.

Cependant, ces deux règles ne sont pas absolument de même nature.

Comme il ressort du rapport du juge fédéral ROUILLER, l'arbitraire est depuis 1920 une notion strictement objective. L'auteur d'un acte arbitraire peut n'en avoir pas eu conscience.

La violation du principe de la bonne foi par une autorité introduit une notion subjective. L'autorité qui adopte une attitude contradictoire, qui ne donne pas suite aux assurances données à un citoyen, le fait avec conscience et volonté.

Il me semble que l'on peut rattacher chacune de ces notions à un courant de la pensée juridique, qui remonte aux origines du droit.

Le philosophe français du droit MICHEL VILLEY, auteur notamment d'un ouvrage sur *«La formation de la pensée juridique moderne»,* a présenté une étude intitulée *«Thora et dikaion»* pour distinguer deux sources de notre pensée juridique actuelle.

Le dikaion, c'est la source d'ARISTOTE, celle qui remonte aux définitions du droit du livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, qui est cité par le juge fédéral ROUILLER.

ARISTOTE dans ce texte nous dit: «Il nous faut maintenant étudier la justice et l'injustice, chercher avec quelles actions elles ont un rapport, définir quelle sorte de moyenne constitue la justice et trouver par rapport à quels extrêmes la justice est bien le milieu». C'est là la ligne d'ARISTOTE, c'est aussi celle du droit romain comme le dit l'adage d'ULPIEN cité également par le juge fédéral ROUILLER: «la fin de la justice c'est suum cuique tribuere, accorder à chacun ce qui lui est dû».

Le domaine du droit, c'est ce milieu, cette moyenne qui doit être recherchée objectivement par l'analyse des lois, analyse dirigée par le sentiment de la justice et de l'équité. C'est de cette manière, par cette analyse objective, que l'on pourra déterminer si une décision est arbitraire ou non.

Mais notre droit n'est pas issu uniquement d'ARISTOTE et du

droit romain. Il y a une autre ligne, c'est celle que MICHEL VILLEY appelle «Thora». Lorsque MOISE sur le Sinaï a donné les dix commandements et d'autres règles également, il a donné à la fois une loi morale, une norme de comportement et une loi civile.

Cette ligne, qui introduit une notion subjective, ne se trouve pas seulement dans l'Ancien Testament, dans les écrits chrétiens; on la trouve également chez les philosophes stoïciens. Cette ligne ne fait pas la distinction rigoureuse d'ARISTOTE entre la justice générale et la justice particulière. On peut la résumer par cette citation de CICERON dans le *De Officiis:* «Or le fondement de la justice c'est la bonne foi, c'est-à-dire la fidélité et la sincérité dans les paroles et les engagements pris. Fundamentum autem est justitiae fides...»

C'est là la base du principe de la confiance et de la bonne foi.

Dans toute l'histoire du droit, ces deux sources se côtoient et se mêlent. La protection contre l'arbitraire relève de l'une, le principe de la bonne foi de l'autre.

Il me semble cependant que ces deux lignes peuvent se rejoindre dans l'activité du juge et là je cite la conclusion du rapport de M. DANIEL THÜRER dans laquelle il dit:

«Wir haben eingangs aufzuzeigen versucht, wie sich die materielle Rechtsverweigerung aus der formellen Rechtsverweigerung entwickelt hat. Der Kreis scheint sich nun zu schließen, indem das besondere Verfahren des Verfassungsprozesses und die besondere Legitimation des Verfassungsgerichts dafür Gewähr bieten sollen, daß angesichts des jeweils konkreten Falles ein verantwortbares Urteil über die Verletzung oder Nichtverletzung des Willkürverbots gefällt wird und das Bundesgericht nicht – nach einem bekannten Wort von ANDREAS HEUSLER – «selber erst recht Willkür übe in der Beurteilung der Willkür».

Cette bonne foi du juge dans l'appréciation de l'arbitraire, je suis certain que tous les juges, à tous les niveaux, la pratiquent probablement sans même y penser. Mais je pense qu'il était utile dans cette séance sur l'arbitraire de faire apparaître cette notion de la bonne foi dont nous avions débattu il y a dix ans.

PD Dr. TOBIAS JAAG, Rechtsanwalt, Zürich (schriftlich eingereichtes Votum):

Im Anschluß an seine eingehende Darstellung der bundesge-

richtlichen Praxis zum Willkürverbot unternimmt Prof. THÜRER den Versuch, diese Praxis dogmatisch in den Griff zu bekommen und allgemeingültige Willkür-Kriterien herauszuarbeiten (S. 522 ff.: Binnenprüfung; Außenprüfung nach den Kriterien der Sachgerechtigkeit, Verfassungsgerechtigkeit und Zeitgerechtigkeit). Diese Bemühungen sind zu begrüßen und verdienen Unterstützung.

Prof. THÜRER schlägt vor, auf die vom Bundesgericht in jahrzehntelanger Praxis vorgenommene Unterscheidung zwischen Willkür in der Rechtssetzung und Willkür in der Rechtsanwendung zu verzichten. Er kann dabei auf die neuere Methodenlehre verweisen, wonach Rechtssetzung und Rechtsanwendung keine kategorischen, sondern bloß graduelle Unterschiede aufweisen und demnach ineinander überfließen: Rechtssetzung ist immer auch Rechtsanwendung, indem im Rahmen der Rechtssetzung übergeordnete Normen angewendet und konkretisiert werden; Rechtsanwendung ist zumindest dort, wo offene Normen den anwendenden Behörden einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum lassen, auch Rechtsschöpfung (so insbesondere RHINOW). Dem ist ohne weiteres zuzustimmen.

Dagegen bin ich nicht überzeugt, ob die aus diesem Befund abgeleiteten Konsequenzen ohne weiteres zwingend sind und zu überzeugenderen Lösungen führen als die bisherige Praxis. Anders als die Unterscheidung zwischen den hoheitlichen *Tätigkeiten* der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung scheint mir die Unterscheidung zwischen *Hoheitsakten* mit verschiedener Normstruktur (Rechtssatz und Einzelakt) auch im Zusammenhang mit der Überprüfung auf Willkür nach wie vor sinnvoll. Wenn auch in Grenzfällen die Qualifizierung eines Hoheitsaktes als Rechtssatz (generell-abstrakte Norm) oder Einzelakt (individuell-konkrete Anordnung) Schwierigkeiten bereiten mag, so handelt es sich doch bei diesen beiden Handlungsformen um klar unterscheidbare Kategorien. Mit einem Rechtssatz wird eine Vielzahl von Sachverhalten einer Regelung unterzogen, während der Einzelakt der Regelung von Einzelfällen dient.

Dies kann auch im Zusammenhang mit der Überprüfung auf Willkür von Bedeutung sein: So scheint mir insbesondere die im Rahmen der Binnenprüfung eines Staatsaktes zu beurteilende innere Folgerichtigkeit nur bei Rechtssätzen ein Problem zu sein; nur dort sind sachlich unhaltbare Differenzierungen für verschiedene Sachverhalte möglich. In diese Kategorie würde

beispielsweise eine Bestimmung fallen, welche unterschiedliche Motorfahrzeugsteuern für Autos verschiedener Farbe vorsieht. Derartige Willkürtatbestände sind bei Einzelakten, d. h. bei Einzelfallregelungen, kaum denkbar.

Auf der anderen Seite ist im Rahmen der Außenprüfung der Fall, daß sich eine Anordnung auf Tatsachen stützt, die es offensichtlich nicht gibt (S. 526), praktisch auf Einzelakte beschränkt; es sind kaum Fälle denkbar, in welchen ein Erlaß unter diesem Gesichtspunkt willkürlich sein könnte. Die von Prof. THÜRER aufgeführten Beispiele offensichtlich falscher Prognosen über eine Entwicklung oder die falsche Einschätzung der Nebenwirkungen einer Sache bilden eine eigene Kategorie von Willkürgründen für Erlasse, die in der Regel erst im nachhinein feststellbar sein dürften, nicht schon im Zeitpunkt des Erlasses eines Rechtssatzes.

In Anbetracht der Tatsache, daß Rechtssatz und Einzelakt Anordnungen mit qualitativ unterschiedlicher Normstruktur sind, halte ich es für gerechtfertigt, die Willkürkriterien für jede der beiden Kategorien getrennt festzulegen. Mit einheitlichen Kriterien für Rechtssätze und Einzelakte besteht die Gefahr, daß die erforderliche Schärfe verlorengeht.

Das will allerdings nicht heißen, daß die spezifischen Kriterien für Rechtssätze und Einzelakte nicht aus übergeordneten, allgemeingültigen Prinzipien abgeleitet werden sollen, welche eine ganzheitliche Betrachtungsweise gewährleisten. Man könnte wohl die Kriterien von Prof. THÜRER als Grundsystem übernehmen und aus diesen Grundsätzen die spezifischen Willkür-Kriterien für Rechtssätze und für Einzelakte ableiten. Insofern könnte dem Anliegen von Prof. THÜRER Rechnung getragen werden, ohne daß die nicht zu verleugnenden Unterschiede in der Normstruktur von Rechtssätzen und Einzelakten verwischt werden.

Dr. HANS PETER MOSER, Zürich (schriftlich eingereichtes Votum):

«Die Willkürrechtsprechung ist wohl die kühnste und segensreichste Tat des Gerichtshofes.» Diese Feststellung HANS HUBERS setzt DANIEL THÜRER als Motto über den zweiten Teil seines souverän-konzisen Referats, und der Inhalt dieses Kapitels bildet gleichsam den Beweis für die Richtigkeit der HUBERschen These, die der beinahe einhelligen schweizerischen

Lehre entspricht. In diesem hellen Bild gibt es indessen dunkle Partien: das, was THÜRER im Anschluß an GEORG MÜLLER als «Reservate staatlicher Willkür» bezeichnet. Es handelt sich um jene «Grauzonen» der Staatstätigkeit, die das Bundesgericht infolge restriktiver Auslegung von Art. 88 OG nicht ausleuchten kann. So versagt es sich das Bundesgericht, auf Willkürbeschwerden abgewiesener Bewerber für eine öffentliche Stelle und nicht wiedergewählter Beamter einzutreten, sofern diese nach dem kantonalen Recht keinen Anspruch auf Anstellung, Wahl oder Wiederwahl haben (was regelmäßig der Fall sein wird); gleicherweise spricht es einem Ausländer, der über keinen staatsvertraglich verbrieften Anwesenheitsanspruch verfügt, die Legitimation zur Willkürbeschwerde gegen die Nichterteilung oder Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab; auch wird der in einem Submissionsverfahren unterlegene Offerent mit seiner Beschwerde gegen die Verweigerung des Zuschlags nicht gehört (Referat, S. 465).

Diese Legitimationspraxis ist in der Lehre und so auch von THÜRER mit triftigen Gründen kritisiert worden. Sollte sich das Bundesgericht diesen Einwendungen beugen und seine Legitimationspraxis liberalisieren? Darf es diesen Schritt gerade heute wagen, wo die Alarmglocke wegen der Überlastung unseres höchsten Gerichts schrillt? CLAUDE ROUILLER warnt aus seiner reichen Erfahrung heraus vor einer solchen Neuerung (Referat, S. 372 f.). Gibt es indessen nicht andere Wege, um die mit Grund beanstandeten «Reservate staatlicher Willkür» der richterlichen Kontrolle zu öffnen?

DANIEL THÜRER hat, so will mir scheinen, selber einen Ansatz zur Lösung aufgezeigt, wenn er (auf S. 449 des Referats) vom Ausbau der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit spricht. Warum öffnen denn nicht die *Kantone* dem abgewiesenen Stellenbewerber, dem nicht wiedergewählten Staatsbeamten, dem Ausländer, dem die Aufenthaltsbewilligung verweigert oder nicht erneuert worden ist, dem Offerenten, der im Submissionsverfahren erfolglos blieb, den Weg an das kantonale Verwaltungsgericht? Damit wäre für den Rechtsschutz – auf der unteren, kantonalen Ebene – gesorgt und durch die Schaffung entsprechender Rechtspositionen (beispielsweise für den Beamten bei der Wiederwahl) auch die Voraussetzung für die nachfolgende Erhebung der staatsrechtlichen Beschwerde geschaffen. Das Bundesgericht würde dabei dank der Vorschaltung des kantonalen «Filters» nur in beschränktem Maß mehrbelastet.

Bei den bevorstehenden Anpassungen der kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetze an das revidierte OG sollte darum die Frage diskutiert werden, ob nicht die Kompetenzen der Verwaltungsgerichte in den genannten Bereichen auszudehnen seien. Hier wie überall gilt, daß die Kantone mehr auf ihre eigenen Kräfte und Möglichkeiten vertrauen sollten – auch was den Schutz ihrer Bürger vor Übergriffen der Staatsgewalt anbelangt. Die Willkürbeschwerde soll in unserem föderativen Staatswesen wirklich nur «Residualfunktionen» (THÜRER, Referat, S. 449) erfüllen müssen.

Prof. Dr. GEORG MÜLLER, Zürich (schriftlich eingereichtes Votum):

Meine Fragen an die Referenten sollten zeigen, daß ich ihre Arbeiten mit großem Interesse und Gewinn gelesen habe. Sie zeigen vielleicht aber auch nur, daß ich die Autoren nicht richtig verstanden habe.

1. Kann man das Willkürverbot als eine «subsidiäre» Garantie bezeichnen, wie das Herr ROUILLER tut? Verleitet eine solche Ausdrucksweise nicht zur Annahme, das Willkürverbot greife immer nur dann, wenn kein anderes Grundrecht zum Zug kommt? Hat das Willkürverbot nicht selbständige Bedeutung in dem Sinne, daß es neben oder anstelle von anderen Grundrechten angerufen werden kann, wenn die besonderen Voraussetzungen, d. h. die qualifizierten Mängel eines Rechtsaktes vorliegen? Herr THÜRER spricht von «Auffangfunktion» des Willkürverbotes, was meines Erachtens dessen Verhältnis zu anderen Grundrechten besser wiedergibt, aber die Eigenständigkeit des Willkürverbotes immer noch etwas zu wenig deutlich macht.

2. Nach dem deutschsprachigen Referat ist das Gemeinwesen, das in privatrechtlicher Form handelt, in unterschiedlichem Maße an das Willkürverbot gebunden je nachdem, ob es dabei unmittelbar oder nur mittelbar um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben geht. Darf das Gemeinwesen also z. B. im Bereich der administrativen Hilfstätigkeit (etwa im Submissionsverfahren) unsachlicher, willkürlicher handeln als im Bereich der Daseinsvorsorge, z. B. beim Abschluß von privatrechtlichen Energielieferungsverträgen? Genießt mit anderen Worten das Gemeinwe-

sen im eigenen Bereich eine Art «Privatautonomie», im andern dagegen nicht oder nur beschränkt?

3. Herr ROUILLER spricht der Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend Legitimation zur Willkürbeschwerde ein gewisse Berechtigung nicht ab. Er will aber aus praktischen Gründen, vor allem wegen der Prozeßflut, daran festhalten, daß auf solche Beschwerden nur einzutreten sei, wenn das kantonale Recht dem Beschwerdeführer einen Anspruch einräumt, dessen willkürliche Verletzung er geltend machen kann. Auch Herr Bundesrichter EGLI hat sich in seinem Votum in diesem Sinne geäußert. Wann liegt nun ein solcher Anspruch vor? Genügt es, wenn das kantonale Recht wiederholt, was schon nach Art. 4 BV gilt, nämlich daß der Staat zu willkürfreiem Handeln verpflichtet sei oder daß der Bürger einen Anspruch auf willkürfreie Behandlung, z. B. ein Beamter auf willkürfreie Wiederwahl, habe? Oder muß das kantonale Recht den Anspruch des Bürgers näher umschreiben und allenfalls auf welche Weise? Wie muß mit anderen Worten die kantonale Rechtsnorm aussehen, welche die Interessen des Beschwerdeführers schützt? Und warum – das ist wohl die Grundsatzfrage – braucht es eigentlich nur bei Willkürrügen eine solche kantonale «Anspruchsnorm», obwohl Art. 88 OG die Voraussetzungen der Legitimation für alle Verfassungsbeschwerden gleich umschreibt?

4. Herr ROUILLER will, wenn ich ihn recht verstanden habe, auf das Kriterium der «Schwere des Eingriffs» für die Bestimmung des Umfangs der Kognition des Bundesgerichts in der Regel verzichten und statt dessen immer «zweistufig» prüfen, nämlich zuerst daraufhin, ob das kantonale Recht willkürlich angewendet worden ist, und dann, ob die willkürfreie Anwendung des kantonalen Rechts mit dem verfassungsmäßigen Recht vereinbar ist. Diese Betrachtungsweise überzeugt mich. Spielt die «Schwere des Eingriffs» dann aber nicht doch weiterhin eine Rolle, nämlich bei der Prüfung (in der zweiten Stufe), ob eine genügende gesetzliche Grundlage für den Eingriff vorliegt, was unter anderem von dessen Schwere abhängt? Das hat natürlich nichts mit «freier» oder «beschränkter» Kognition zu tun, bedeutet aber doch, daß das Gericht bei schweren Eingriffen andere Anforderungen an das kantonale Recht stellen muß als bei leichten.

5. Eine letzte, mehr dogmatische Frage: Herr THÜRER leitet aus dem Willkürverbot eine Reihe von Rechtsgrundsätzen ab (z. B. Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Abgaben, Zulässigkeit der Praxisänderung, Grundsatz des «ne bis in idem», Verbot der «reformatio in peius»). Sind diese Grundsätze nicht eigenständige Ausflüsse aus dem Rechtsgleichheitsgebot, die wie etwa der Anspruch auf rechtliches Gehör oder andere Verfahrensgarantien neben dem Willkürverbot stehen?

Meine Fragen sind willkürlich herausgegriffen. Ich erwarte auch keine willkürfreie Beantwortung.

Dr. WERNER WICHSER, Rechtsanwalt, Zürich (schriftlich eingereichtes Votum):

Die vorzüglichen und zum Nachdenken anregenden Ausführungen der beiden Referenten haben die Schwierigkeiten aufgezeigt, Begriff und Wesen des Willkürverbots zu erfassen. Herr Bundesrichter ROUILLER hat dafür die prägnante Formel geprägt (S. 409), was willkürlich sei, sei notwendigerweise ungerecht oder rechtswidrig, was ungerecht oder rechtswidrig sei, sei aber nicht immer notwendigerweise willkürlich, und was nicht willkürlich sei, sei nicht immer notwendigerweise gerecht oder rechtmäßig. Wohl ist nach HELMUT THIELICKE jede Grenze «der für die Erkenntnis fruchtbare Ort», wo aber liegt die Grenze zwischen «einfacher» Ungerechtigkeit und Willkür? In einem Bericht vom 30. April 1987 an eine internationale Anwaltsvereinigung über die Schweiz und die Menschenrechte hatte ich in Anlehnung an JEAN-FRANÇOIS AUBERT vor kurzem geschrieben:

«Je ne voudrais pas terminer ce chapitre sans mentionner l'art. 4 Cst. et le rôle exceptionnel que le Tribunal fédéral lui a attribué dans sa jurisprudence pour en tirer des principes de droit fondamentaux. Le texte de l'art. 4 alinéa 1 Cst. est le suivant:

‹Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles.›

Le tribunal fédéral, statuant sur des recours de droit public, a déjà consacré plus de trente mille arrêts à faire mieux com-

prendre cet article. Il en a tiré les principes de l'égalité dans la loi (qui signifie que la loi elle-même doit traiter tous les Suisses avec égalité) et de l'égalité devant la loi (qui signifie que la loi doit être appliquée de manière égale à tous les Suisses), d'où découlent les principes de la prohibition du déni de justice formel (comprenant entre autres la prohibition d'excès de formalisme, le droit d'être entendu en justice, le droit à l'assistance judiciaire, etc.) et de la prohibition du déni de justice matériel (comprenant entre autres le principe de la légalité, le principe de la non-rétroactivité des lois et plus généralement la prohibition de l'‹arbitraire›, c'est-à-dire de la violation grossière et donc discriminatoire de la loi, etc.).»

Für einen Schweizer Juristen sind das Gemeinplätze. Es mag bei der Einkreisung von Begriff und Wesen des Willkürverbots aber doch hilfreich sein, zu den Ursprüngen, d. h. zum Verfassungswortlaut zurückzukehren, d. h. sich daran zu erinnern, daß das Willkürverbot vom Verbot der materiellen Rechtsverweigerung abgeleitet wird und das Verbot der materiellen Rechtsverweigerung vom Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz. So mag der Beizug der Idee der Rechtsgleichheit bei der Annäherung an Begriff und Wesen des Willkürverbots doch hilfreich sein, auch wenn die «Gleichungen» des Rechts mit den Gleichungen der Mathematik nicht verglichen werden können, da es eine absolute Gerechtigkeit hienieden nicht gibt und mit Annäherungen an diese oder mit der relativen Gerechtigkeit, von der die Idee der Rechtsgleichheit einer der Aspekte ist, schon viel gewonnen ist. Konkret ausgedrückt: Wenn in einem speziellen Fall der Zivilrichter eine Genugtuungssumme von Fr. 5000.– zuspricht, ist diese dann weniger richtig oder gerecht als eine solche von Fr. 4927.35 oder von Fr. 5168.65? Wenn in einem speziellen Fall der Strafrichter eine Freiheitsstrafe von 30 Tagen ausfällt, ist diese dann weniger richtig oder gerecht als eine solche von 27 Tagen oder von 33 Tagen? Willkür würde in diesen Fällen wohl eher vorliegen, wenn Fr. 500.– (statt der angemessenen Fr. 5000.–) zugesprochen bzw. 3 Jahre (statt der angemessenen 30 Tage) ausgefällt würden. Wo aber liegt – nochmals – die Grenze zwischen Ungerechtigkeit und Willkür? Wir müssen uns daher immer wieder neu vergegenwärtigen und uns mit der alten Erkenntnis begnügen, daß die Rechtswissenschaft keine exakte Wissenschaft ist und der Richter kein Gesetzesanwendungsautomat, daß es (außer vielleicht im rein kommerziellen Bereich) eine mathematisch genaue Gerechtigkeit nicht gibt und daß der Ermessensspielraum ein notwendiges

Korrelat zur Menschlichkeit und Gewissenhaftigkeit der Richterpersönlichkeit ist.

Prof. Dr. DANIEL THÜRER, Zürich (schriftlich eingereichtes Schlußvotum):

Unsere Diskussion zum Willkürverbot hat eine Fülle interessanter Aspekte praktischer, dogmatischer und theoretischer Art aufgezeigt. Sie hat die in den Referaten vorgebrachten Überlegungen in sehr wertvoller Weise bestätigt, ergänzt und kritisiert. Gestützt auf die Ergebnisse der Diskussion gestatte ich mir nun einige zusammenfassende Bemerkungen, und zwar erstens zu der von mir befürworteten «integrativen» Betrachtungsweise des Willkürverbots, zweitens zu seinem Geltungsbereich in persönlicher und sachlicher Hinsicht und drittens zu seinen Fortentwicklungs- und Stärkungsmöglichkeiten. Dabei sehe ich mich aus Platzgründen gezwungen, mich auf eine kurze Stellungnahme zu denjenigen Diskussionspunkten zu beschränken, die ausdrücklich an meine Adresse gerichtet worden sind. Dies will aber selbstverständlich in keiner Weise besagen, daß mir die übrigen Beiträge als weniger bedeutsam erschienen.

1. *Integrative Betrachtungsweise*. Das Willkürverbot erscheint bekanntlich nicht in der geschriebenen Bundesverfassung. Wir finden diesbezüglich im schweizerischen Verfassungsrecht nicht nur – wie ein welscher Autor schrieb – «peu de texte», sondern überhaupt keine ausdrückliche Bezugnahme. Dies aber ist kein Zufall. Denn beim Willkürverbot geht es – wie in der Diskussion immer wieder bekräftigt wurde – um nichts Geringeres als die Gerechtigkeitsfrage. Der Inhalt der Gerechtigkeit und die Schwelle, an der die einfache Unrichtigkeit oder Ungerechtigkeit des Staatshandelns in den als Willkür bezeichneten groben Gerechtigkeitsverstoß umschlagen, lassen sich jedoch weder allgemeingültig definieren noch in einer Verfassungsformel fixieren. Die Gerechtigkeits- und damit die Willkürfrage aber läßt sich, wie mir scheint, naturgemäß auch nicht auf eine bestimmte Sparte der Rechtsordnung beschränken. Sie ist vielmehr integrativ zu verstehen und kann sich in unserer Rechtsordnung in verschiedenen systematischen Zusammenhängen stellen. So scheint mir etwa – und hier besteht offenbar eine Divergenz zur Auffassung von Professor BUCHER – bei der Füllung sog. unechter Gesetzeslücken der Sache nach eine

typische Willkürsituation vorzuliegen. Das Willkürverbot verlangt zwar freilich – wie das Bundesgericht aus Gründen der Rechtssicherheit zu Recht nachdrücklich betont – in aller Regel die Respektierung und Durchsetzung des geltenden Rechts; in Ausnahmefällen kann aber auch – unter dem Titel des «Willkürverbots» oder der «(unechten) Gesetzeslücke» – eine Verwirklichung des Gerechtigkeitsgedankens «gegen das Gesetz» geboten sein. Das Willkürverbot erscheint dann nicht als «Gesetzesgerechtigkeit», sondern kommt in seiner korrektiven, dem positiven Recht entgegengesetzten Funktion ins Spiel.

Mit der «integrierenden» Betrachtungsweise ist aber nicht nur eine das öffentliche Recht und das Privatrecht überspannende Sichtweise gemeint. Ich bin auch der Auffassung, daß sich die Willkürfrage in bezug auf Akte der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung grundsätzlich in gleicher Weise stellt. Ohne die von PD Dr. JAAG hervorgehobene Berechtigung dieser Differenzierung in anderen Zusammenhängen in Frage stellen zu wollen, glaube ich doch, daß die von mir zur Konkretisierung des Willkürverbotes herangezogenen (freilich rudimentären) Kriterien ethischer, realistischer und zeitlicher Natur gleicherweise auf beide Kategorien von Staatsakten anwendbar sind; dies gilt selbst für das Kriterium der Widersprüchlichkeit, denn an diesem (logischen) Mangel kann nicht nur ein Rechtssatz oder eine Rechtspraxis, sondern bei in sich grob inkonsistenter Begründung auch ein staatlicher Einzelakt leiden.

Schließlich aber meine ich mit der «integrativen» Betrachtungsweise auch, daß die Gerechtigkeitsfrage und damit letztlich eben auch die Frage der durch das Willkürverbot gesetzten äußersten Schranken des Staatshandelns dem ganzen Rechtsverwirklichungsprozeß durchgängig immanent ist. Vor allem bei Fragen der Methodik geht es denn ja auch nie um eine bloße Technik oder eine leere Mechanik, sondern um eine Ausrichtung der Rechtsfindung und -gewinnung am Ziel der Gerechtigkeit. Die Rechtsphilosophie, die sich vorab mit diesen Wertungsfragen und Fragen der argumentativen Rechtfertigung des Rechts befaßt, sollte aber nicht so sehr als eine (isolierte) Spezialdisziplin, sondern ebenfalls als integratives Element des Rechtsdenkens und der Rechtspraxis verstanden werden.

2. Was den (persönlichen und sachlichen) *Geltungsbereich* des Willkürverbots betrifft, habe ich in meinem schriftlichen Referat dessen Anwendbarkeit auf alle Fälle verneint, in denen der

Staat in Formen des Privatrechts nicht unmittelbar öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Gedacht war dabei vor allem an privatrechtliche Rechtsgeschäfte von untergeordneter Bedeutung (z. B. Kauf von Büromaterial) oder an Situationen, in denen der Staat in Konkurrenz zu privatrechtlichen Wirtschaftssubjekten tritt und im Verhältnis zu diesen nicht durch zusätzliche Beschränkungen behindert werden soll. Die Kritik von Professor GEORG MÜLLER, der das Willkürverbot umfassend auch auf den «fiskalischen» Bereich der Staatstätigkeit angewandt wissen möchte, ist aber sehr bedenkenswert: auch steht sie in Übereinstimmung mit der modernen Lehre. Zur weiteren Kritik MÜLLERS, wonach auf S. 505 ff. meines Berichtes auch Prinzipien aufgeführt seien, die nunmehr selbständige Bedeutung erlangt hätten, und insofern der materielle Geltungsbereich des Willkürverbots zu weit gefaßt sei, ist zu sagen, daß es mir im betreffenden 2. Teil des Referates nur darum ging, deskriptiv die Willkürpraxis des Bundesgerichts wiederzugeben (S. 475 f.); in den Generalregistern des Bundesgerichts erscheinen aber die genannten Rechtsgrundsätze als Anwendungsfälle des Willkürverbots.

3. *«Rechtspolitisch»* bleibt zu fordern, daß das Bundesgericht seine Legitimationspraxis bei Willkürrügen öffnet und derjenigen der übrigen Grundrechte anpaßt. In besonderem Maße gilt hier in Umkehr des Satzes «ubi ius–ibi remdium» die Beobachtung, daß das Willkürverbot als Grundprinzip des Rechtsstaates eben nur insoweit auch materiell zum Tragen kommt, als der richterliche Rechtsschutz sichergestellt ist. Das Bundesgericht als Herr einer so schöpferischen Willkürpraxis sollte nicht selbstherrlich mit prozeßrechtlichen Argumenten seine Verfassungskontrolle in denjenigen Bereichen ausschließen, wo gerade eine besondere Gefahr willkürlichen Staatshandelns besteht. Oder liegt hier das innovatorische Potential – wie Dr. MOSER mit Nachdruck betont – in dem auch von Bundesrichter EGLI hervorgehobenen föderalistischen Bereich (Statuierung der vom Bundesgericht geforderten Rechtsansprüche und rechtlich geschützten Interessen im kantonalen Recht, Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit)? Könnte das Bundesgericht schließlich in einzelnen Fällen (z. B. Nichtwiederwahl eines Beamten wegen bestimmter Meinungsäußerungen oder Glaubensansichten) durch eine großzügigere Zulassungspraxis der Straßburger Organe zum Schutze der Europäischen Menschen-

rechtskonvention zu einer Liberalisierung seiner Praxis veranlaßt werden?

Speziell verfassungspolitisch hat die lange Diskussion um eine Totalrevision unserer Bundesverfassung zumindest den Vorteil, daß man staatsrechtliche Fragen immer auch unter dem Aspekt einer möglichen besseren, wünschbaren Ordnung erörtern kann, ohne ins Unrealistische und Utopische abzugleiten. Im Hinblick auf das Willkürverbot wäre es empfehlenswert, wenn dieses als elementares, objektives Handlungsprinzip des Staates in einer neuen Verfassung verankert würde. Es könnte aber auch seine subjektive Seite etwa im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Achtung der menschlichen Würde sichtbar gemacht werden, denn das Gerechtigkeitsempfinden und damit verbunden der Selbstrespekt und der Respekt vor dem andern Menschen gehören wohl zum Kern dessen, was die spezifische Personenwürde des Menschen ausmacht. Jedenfalls gibt es kaum etwas Degradierenderes für den Menschen, als subjektivem Belieben anderer und damit auch Willkürakten oder gar einem Willkürregime des Staates schutzlos ausgeliefert zu sein. Der französische Philosoph PROUDHON hat dem Gedanken der «zèle de la justice» als einer inneren, die menschliche Würde als solche konstituierenden «Energie» auf besonders eindrückliche Weise Ausdruck verliehen (vgl. PROUDHON, *Justice et liberté – Textes choisis,* Paris 1974, S. 195ff.).

Dr. CLAUDE ROUILLER, Juge fédéral, Lutry (intervention finale remise par écrit):

Je tiens en premier lieu à remercier tous les participants à ce débat qui ont eu le courage exceptionnel de lire attentivement le volumineux rapport en langue française qu'il m'a été donné de présenter à notre congrès. Je me limiterai toutefois à répondre, brièvement, aux questions posées par Monsieur le Professeur GEORG MÜLLER dont je tiens à souligner l'attention et la perspicacité particulières.

La subsidiarité de la protection contre l'arbitraire n'a aucune portée procédurale; elle doit être entendue dans le sens que le Tribunal fédéral lui donne également lorsqu'il parle de la liberté personnelle, conçue elle aussi comme une garantie qui protège la sphère individuelle à défaut de toute autre garantie particulière (voir ATF 106 I a 280 consid. 3 a; mon rapport, p. 275/276). Il me semble que les explications données sur l'ordre d'examen

des griefs sont de nature à dissiper toute équivoque à ce sujet (p. 390 à 392 du rapport).

Je crois que Monsieur le Président EGLI a en quelque sorte répondu par avance, dans le sens qui aurait été le mien, aux interrogations que fait naître la jurisprudence relative à la qualité pour agir sous l'angle de l'art. 88 OJ (voir en outre les p. 368 à 373 du rapport).

Quant à la gravité de l'atteinte, je suis heureux de constater que tout le monde admet qu'elle n'est pas un critère de détermination du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, et je salue tout spécialement la clarté de la position de Monsieur le Juge fédéral suppléant ROHNER sur ce point. Monsieur le Professeur MÜLLER estime toutefois que ce critère conserve néanmoins un rôle lorsqu'il s'agit de décider de la suffisance de la base légale justifiant une atteinte à un droit fondamental. Comme il le relève lui-même justement, cette question n'a plus rien à voir avec la problématique du pouvoir d'examen; elle se situe par conséquent en dehors de celles traitées dans mon rapport. Elle mérite toutefois d'être approfondie à l'occasion, sans perdre de vue l'imprécision de la notion de l'«atteinte grave», qui ouvrirait de toute façon la porte à des choix arbitraires (!) de la part du juge constitutionnel.

Il ne me reste qu'à souhaiter, à l'instar de DESCARTES, que ceux dont le ciel a mieux partagé les grâces illuminent les zones que nos faibles lumières ont laissées dans l'obscurité.

Diskussionsleiterin Rechtsanwalt Dr. KATHARINA SAMELI, Zürich:

Damit möchte ich besonders den Herren Referenten und den Diskussionsteilnehmern danken.

Ob wir nun der Willkür nähergekommen sind und mehr darüber wissen, das möchte ich dem Urteil eines jeden einzelnen überlassen. Vielleicht geht es Ihnen heute gleich wie gestern auf der Vues des Alpes. Wir haben die Berge nicht gesehen, weil sie im Nebel lagen. Wir wissen aber: Die Berge sind da.

VI.

Prof. Dr. ULRICH ZIMMERLI:

Auch ich möchte allen Referenten sehr herzlich danken für ihre schriftlichen Berichte, für die mündlichen Vorträge, für das, was sie zur Fortbildung des schweizerischen Rechts geboten

haben. Ich danke den beiden Diskussionsleitern, Frau SAMELI und Herrn HAUSHEER, für die magistrale Moderation. Ich danke allen Beteiligten an der Diskussion für ihre Interventionen; ganz besonders danke ich Herrn Bundesverfassungsrichter NIEBLER für seinen Beitrag und dafür, daß er uns mit seinem Besuch beehrt hat.

Je tiens à remercier très vivement le comité d'organisation, Me CHARLES-HENRI TOLCK, Me CYRILLE DE MONTMOLLIN, Me JEAN-MARC VUITHIER, Me JEAN-DANIEL KRAMER, Me CHANTAL KUNTZER, pour tout ce qu'ils ont fait pour nous. Nous garderons un très bon souvenir du congrès 1987.

Ihnen, meine sehr verehrten Damen und Herren, danke ich dafür, daß Sie nach Neuenburg gekommen sind.

Nun, es ist vieles diskutiert worden; vieles ist offengeblieben. Das ist auch richtig so. Der Juristentag soll zum Nachdenken anregen. Das hat insbesondere auch die heutige Diskussion gezeigt. Es muß ein erhebendes Gefühl sein für die Mitglieder des Bundesgerichts, heute gehört zu haben, was man von ihnen erwartet. Ich hoffe, daß das Bundesgericht diese hohen Erwartungen erfüllen kann. Aber ich möchte in diesem Zusammenhang einen eindringlichen Wunsch, ja sogar eine Forderung formulieren, diesmal zuhanden des Gesetzgebers: daß er endlich das Nötige tut, damit wir das Ziel erreichen.

Nun, die Willkür – das ist heute auch zum Vorschein gekommen – hat etwas sehr Tröstliches und auch etwas Verbindendes. Wir haben gehört, daß die Zivilrechtler und die Öffentlichrechtler gleichermaßen den schlichten Zugang zur Willkür bzw. zum Willkürverbot finden können. Und ich möchte doch sagen: Das ist bei weitem nicht das einzige, was die Zivilrechtler und die Öffentlichrechtler miteinander verbindet ...

Dienstleistungen: Ob es angezeigt sei, die Mitgliedschaft zum Schweizerischen Juristenverein neu zu überdenken im Lichte der zivilrechtsdogmatischen Überlegungen zu den Dienstleistungsverträgen, müssen Sie entscheiden. Ob Sie Ihre Teilnahme am Schweizerischen Juristentag 1987 als privaten Willkürakt in Erinnerung behalten wollen, müssen auch Sie entscheiden. Unbestreitbar ist jedenfalls, daß die Schweizer Juristen noch kaum je in angenehmerem Rahmen über Dienstleistungen und Willkür dabattiert haben.

Meine Damen und Herren, ich hoffe, Sie alle und möglichst noch ein paar mehr im nächsten Jahr in Bern willkommen heißen zu dürfen. Ich wünsche Ihnen allen eine gute Heimkehr. Der Juristentag 1987 ist geschlossen.

Verzeichnis der Diskussionsteilnehmer
Liste des participants aux débats

Abravanel Ph., Lausanne
Brühwiler-Frésey L., Freiburg
Bucher E., Bern
Carter P., Ascona
Dessemontet F., Lausanne
Egli J. F., Bôle
Früh P., Rüschlikon
Geißbühler H., Ittigen
Greßly W., Solothurn
Hausheer H., Bern
Hirschi F., Zürich
Hofstetter J., Lausanne
Jaag T., Zürich
Leuenberger Chr., St. Gallen
Moser H. P., Zürich
Müller G., Zürich
Niebler E., Karlsruhe
Picot F., Genève
Rohner Chr., St. Gallen
Rouiller C., Lutry
Sameli K., Zürich
Schädelin D., Bern
Schubarth M., Lausanne
Thürer D., Zürich
Voyame J., Berne
Wichser W., Zürich
Weßner P.-A., Bevaix
Zimmerli U., Bern