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: 108 (1989)

Rubrik: Procès-verbal de la 123e assemblée annuelle de la société suisse des juristes

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 06.01.2026

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

Procès-verbal de la 123e assemblée annuelle de la société suisse des juristes

du 29 septembre au 1er octobre 1989, à Flims (GR)

Séance du 30 septembre 1989
au Parkhotel à Flims-Waldhaus

Président:
Maître LOUIS DALLÈVES, avocat et professeur, Genève/Sion.

I.

Eröffnungsrede des Präsidenten und Begrüßungsansprache – Discours d'ouverture du Président et allocution de bienvenue

Le président ouvre la séance à 8 heures 30:

Mesdames, Messieurs
Je salue les hôtes d'honneur qui nous font le plaisir d'être parmi nous ou qui nous rejoindront au cours de cette journée, notamment M. ROLF RASCHEIN, président du Tribunal fédéral, M. RAYMOND SPIRA, président du Tribunal fédéral des assurances, M. ALEX SCHMID, président du Tribunal cantonal du canton des Grisons, M. WILLI PADRUTT, procureur général du canton des Grisons, M. ADRIAN STEIGER, président de la Commune de Flims, et M. JACQUES BERCHER, président de la Fédération suisse des Avocats.

Je ne puis saluer particulièrement tous les représentants du Tribunal fédéral, des tribunaux cantonaux, des universités, de l'ordre des avocats, des grands départements de l'administration cantonale et fédérale qui nous font l'honneur d'assister à ce congrès. Qu'il soient tous les bienvenus à Flims!

Avant de passer à l'ordre du jour, c'est-à-dire à l'examen et à la discussion des rapports présentés à ce congrès, j'ai à vous donner quelques précisions d'ordre pratique:

Tout d'abord, comme vous le savez, des discussions auront lieu tout à l'heure dans des groupes de travail et la discussion générale se déroulera demain en plenum dans cette salle. Je prie ceux qui désirent intervenir dans la discussion générale de demain de bien vouloir en

aviser un membre du comité ou moi-même dans le courant de la journée, afin que nous puissions, si possible, organiser au mieux ce débat.

En second lieu, je rappelle que les groupes de travail seront animés par M. HERIBERT RAUSCH, professeur, à Zurich, Maître ALAIN WÜRZBURGER, avocat, à Lausanne, et Maître SERGE BAUMGARTNER, avocat, à Bâle, pour le principe du pollueur-payeur, et par M. MARTIN SCHUBARTH, juge fédéral, à Lausanne, M. ANDREAS DONATSCH, professeur, à Zurich, et M. MARTIN KILLIAS, professeur, à Lausanne, pour le principe de l'opportunité de la poursuite. Vous aurez donc remarqué que deux groupes pour chaque sujet seront animés par une personne de langue allemande, et un par une personne de langue française. C'est volontairement que je ne parle pas de «groupes romands» et de «groupes allemands»; je précise seulement que dans certains groupes, la discussion sera plutôt menée en français et dans les autres en allemand.

En ce qui concerne l'organisation de ces groupes de travail, aucune répartition n'a été prévue d'autorité. Nous avons pris note des désirs exprimés sur les talons adressés aux congressistes; le nombre des participants annoncés est à peu près le même pour le droit pénal que pour le droit de l'environnement. Les trois groupes sur le droit de l'environnement ainsi que le groupe dirigé par M. KILLIAS travailleront dans les salles de l'Hôtel Belmont; les deux autres groupes resteront au Pavillon. Vous trouverez un plan dans la documentation qui vous a été remise.

J'aurai maintenant le plaisir de donner la parole aux rapporteurs qui résumeront et expliqueront le contenu de leur rapport. Je relève, et je ne peux m'empêcher de relever avec plaisir, que pour la première fois dans les annales de la Société suisse des juristes, deux des rapporteurs sont des dames. C'est une grande première qu'il convient de saluer comme telle et je crois que ce ne sera pas la dernière. Il faut y voir le signe que les choses changent et je suis très heureux de saluer ces deux «rapporteuses» qui renforceront peut-être à l'avenir les effectifs du comité de la société. Comme vous le savez, les rapports présentés par des femmes étaient, jusqu'à présent, extrêmement rares et c'est peut-être la raison pour laquelle vous vous trouvez en face d'un comité qui n'a pas fait beaucoup appel au sexe faible jusqu'à nos jours.

Je laisserai donc d'abord la parole aux rapporteurs sur le sujet du droit de l'environnement, le principe du pollueur-payeur (le PPP, polluter payer principle).

II.

Referate durch die Berichterstatter – Exposés des rapporteurs

A) Das Verursacherprinzip im Umweltschutz – Le principe du pollueur-payeur en droit de l'environnement

1. Dr. BEATRICE WAGNER, Advokatin, Basel, Berichterstatterin deutscher Sprache:

Sehr geehrte Damen und Herren
Das heutige Thema lautet: Das Verursacherprinzip im Umweltschutzrecht.

Das Verursacherprinzip ist ein aktuelles Thema geworden. Fast tagtäglich können wir in den Zeitungen darüber lesen, in den Medien davon hören. Grüne Kreise versprechen sich davon eine Verbesserung der Umwelt, Ökonomen betonen die marktwirtschaftskonforme Kostenverteilung, das Gemeinwesen kann sich häufig zusätzliche Einnahmen oder zumindest eine Entlastung auf der Ausgabenseite erhoffen, und auf internationaler Ebene dient das Verursacherprinzip gerne als Aushängeschild für eine umweltbewußte Gesetzespolitik.

Aufgabe dieses Seminars ist es, diese Auslegungen und Hoffnungen zu hinterfragen, zu prüfen, wieviel und was mit dem Verursacherprinzip tatsächlich erreicht werden kann, und welche Maßnahmen und Mittel für seine Realisierung zur Verfügung stehen.

Beim Verursacherprinzip geht es um die sogenannte Internalisierung externer Kosten, wobei mit dem Begriff «extern» sowohl die bei betroffenen Einzelpersonen als auch die bei der Allgemeinheit anfallenden Kosten erfaßt werden, während mit dem Begriff «Internalisierung» die Überwälzung dieser Kosten auf ihren eigentlichen Verursacher gemeint ist. Fraglich ist, wo externe Kosten in welcher Höhe anfallen, aber auch, wer als der dafür verantwortliche Verursacher anzusehen ist. *Das schweizerische Umweltschutzrecht* versucht, das Problem primär dadurch anzugehen, daß es von den Produzenten die Ergreifung aller technisch möglichen und wirtschaftlich tragbaren Maßnahmen zur Reduzierung der Umwelteinwirkungen fordert. Sind schädliche oder auch bloß lästige Einwirkungen zu erwarten, so ist auf die wirtschaftliche Tragbarkeit solcher Vermeidungs- oder Beseitigungsmaßnahmen keine Rücksicht mehr zu nehmen. Alle Maßnahmen sind von den Herstellern auf eigene Kosten zu ergreifen. Das Verursacherprinzip scheint also im schweizerischen Umweltschutzrecht gewahrt.

Eine erste Einschränkung ergibt sich daraus, daß die eidgenössisch für bestimmte Substanzen festgesetzten Grenzwerte die Unternehmen von der Pflicht entbinden, technisch an sich mögliche Maßnahmen zur weiteren Verminderung des Schadstoffausstoßes zu ergreifen, sofern nicht die allgemeine Umweltlage dies unbedingt erfordert. Hier entste-

hen also an sich vermeidbare externe Kosten, die die Allgemeinheit zu tragen hat. Generell ist zu sagen, daß bei der Allgemeinheit bzw. bei den betroffenen Drittpersonen all jene externen Kosten anfallen, die auf gesetzlich tolerierten Einwirkungen beruhen.

Daß die Internalisierung externer Kosten durch gesetzliche Auflagen tatsächlich die Verursacher trifft, kann nicht in allen Fällen garantiert werden. Gesetzliche Auflagen führen im allgemeinen zu einer Verteuerung der Produktion, die in der Regel zu höheren Preisen beim Endprodukt führt. Dadurch wird der Abnehmer umweltfreundlicher Produkte benachteiligt gegenüber dem Käufer von Substitutionserzeugnissen, die möglicherweise auf weniger umweltfreundliche Art und daher billiger hergestellt wurden.

Zur Vermeidung solcher Abweichungen vom Verursacherprinzip können *Abgaben* erhoben werden, sei es zur Lenkung des Umweltverhaltens, sei es zum Ausgleich ungerechtfertiger Vorteile oder als Entgelt für die Nutzung von Umweltgütern. All diese Abgaben sind beim Verursacher zu erheben. Dabei stellen sich zwei hauptsächliche Fragen:

1. Wer ist dieser Verursacher?

2. Wofür kann das Geld im Rahmen des Verursacherprinzips verwendet werden?

Was die Einnahmenseite betrifft, so ist zunächst zwischen Kausalabgaben und Steuern zu unterscheiden. Da Kausalabgaben als Gegenleistung für eine vom Staat erbrachte besondere Leistung erhoben werden, dürfte die Bestimmung des Verursachers hier im allgemeinen wenig Probleme bieten. Immerhin können sich auch hier Wertungs- oder Praktikabilitätsfragen stellen, so z. B., ob der Hersteller oder der Konsument als zahlungspflichtiger Verursacher anzusehen ist. Als Beispiel seien die Sackgebühren genannt, an deren Stelle auch eine Abgabe treten könnte, die beim Hersteller erhoben würde, der nicht wiederverwertbare Materialien verwendet. Heikel wird die Heranziehung des tatsächlichen Verursachers bei den eigentlichen Umweltabgaben, denen keine besondere staatliche Leistung direkt gegenübersteht. Solche Abgaben können als Verfahrensabgaben beim Hersteller oder als Produktabgaben auf dem Endprodukt erhoben werden. Werden Verfahrensabgaben hoch genug festgesetzt, wird der Hersteller sein Verfahren ändern, die Abgabe wirkt dann wie eine Auflage, das heißt, das umweltfreundliche Produkt wird in der Regel verteuert. Behält der Hersteller aber die mit einer Abgabe belastete Herstellungsweise bei, so verteuert sich damit nicht notwendigerweise das auf diese Weise hergestellte Produkt. Denn je nach Wettbewerbslage wird der Hersteller die zusätzlichen Kosten nicht diesem Produkt anlasten können, und je nach Preiselastizität wird er an dessen Stelle den Preisaufschlag bei einem anderen Produkt vornehmen. Unbefriedigend

sind solche Verfahrensabgaben in der Regel zudem aus international-wettbewerblichen Gründen. Die im Inland produzierten Waren werden verteuert, und ein Ausgleich durch die Erhebung einer Abgabe auf importierten Produkten oder durch Rückerstattung beim Export schweizerischer Produkte ist meistens wegen internationaler Handelsabkommen ausgeschlossen.

Werden Abgaben nicht als Verfahrens-, sondern als Produktabgaben auf dem Enderzeugnis erhoben, so zahlt zwar der Konsument als Verursacher, es ist jedoch zu berücksichtigen, daß je nach Produkt unter Umständen auf dem Markt Substitutionserzeugnisse erhältlich sind, die vielleicht keiner Umweltabgabe unterworfen sind, möglicherweise aber keineswegs umweltfreundlicher wirken. So kann, wer das auf Glasflaschen erhobene Depot scheut, häufig auf die wenig umweltverträglichen Plastikflaschen oder Aluminiumdosen ausweichen. Es können aber auch Ausweichmöglichkeiten überhaupt fehlen, so daß trotz der Abgabe kein umweltfreundlicheres Verhalten erzielt werden kann.

Es stellen sich also verschiedene Probleme bei der Erhebung der Abgaben, wenn das Verursacherprinzip gewahrt werden soll. Fragen stellen sich aber auch auf der Ausgabenseite. Wofür sind Umweltabgaben zu verwenden? Echte Kostenanlastungssteuern bieten in der Regel keine Probleme, da hier ein direkter Zusammenhang zwischen Einnahmen- und Ausgabenseite besteht. Ein etwas weiterer Ermessensspielraum auf der Ausgabenseite besteht bei allgemein zweckgebundenen Steuererträgen. Dieser Ermessensspielraum kann dazu führen, daß in die abgabepflichtige Gruppe auch Personen fallen, die mit dem finanzierten Projekt in keinem direkten Zusammenhang stehen und daher auch nicht über die Durchführung bzw. den Verzicht auf ein umweltbelastendes Projekt mitentscheiden können. Es seien hier als Beispiel kantonale Straßenprojekte genannt, die auf dem Weg über die vom Bund erhobenen Treibstoffzölle auch von den Einwohnern anderer Kantone mitfinanziert werden.

Die Erhebung von Umweltabgaben kann auch gänzlich ohne Zusammenhang zu einer konkreten Ausgabe des Gemeinwesens erfolgen, wie dies bei Lenkungsabgaben regelmäßig der Fall ist. Die aus Lenkungsabgaben resultierenden Einnahmen können beispielsweise für allgemeine staatliche Ausgaben wie Erhebungen oder Kontrollen verwendet werden, die nicht einem bestimmten Verursacher zugeordnet werden können, oder für die Unterstützung von Forschungsarbeiten auf dem Gebiet der Umwelttechnologie. Fraglich ist, wieweit der Ertrag wiederum an Verursacher von Umweltbelastungen ausgerichtet werden darf. Werden Maßnahmen zur Verminderung von Umwelteinwirkungen mit allgemeinen Steuermitteln unterstützt, so liegt darin eine Verletzung des Verursacherprinzips. Dies gilt auch, wo eine Subvention aus Lenkungsgründen erfolgt, wie dies beim öffentlichen Verkehr der Fall ist. Aber auch, wo Subventionen durch besondere Umweltabgaben finanziert werden, wird derjenige Verursacher privile-

giert, der für die Reduzierung seiner Einwirkung nicht selber, oder zumindest nicht vollumfänglich selber aufkommt. Dennoch können solche finanziellen Beihilfen, insbesondere als Übergangsmaßnahme, z. B. aus sozialpolitischen Erwägungen, wünschenswert erscheinen.

Werden Einnahmen den besteuerten Verursachern wieder zurückerstattet, so ist darin meines Erachtens keine Verletzung des Verursacherprinzips zu sehen, wenn die finanzielle Belastung im Endergebnis vom Maß der verursachten Umweltbelastung abhängt. Mit dem Verursacherprinzip unvereinbar sind allerdings Modelle, bei denen die Rückerstattungen die geleisteten Zahlungen übersteigen können, oder die dazu führen, daß beim *Normalverbraucher* die Rechnung am Ende des Jahres null zu null aufgeht, wie dies beim in jüngster Zeit vieldiskutierten «Öko-Bonus» für auf dem Treibstoff erhobene Abgaben der Fall sein könnte.

Auch die Finanzierung von Entschädigungen für den Entzug von Eigentümerrechten kann durch den Ertrag von Lenkungsabgaben erfolgen, ohne daß dadurch das Verursacherprinzip verletzt würde. Dies kann z. B. bei Abwehransprüchen, die im öffentlichen Interesse enteignet werden, oder beim Verzicht auf realisierbare Nutzungsmöglichkeiten der Wasserkraft der Fall sein. Wird hier vom Stromverbraucher die Zahlung eines «Landschaftsrappens» gefordert, so kann dies als Nutzungsentgelt für die Beanspruchung der vorhandenen Wassermengen sowie für die Beeinträchtigung von Landschaftsbildern angesehen werden. Eine solche Umweltabgabe könnte insoweit an die verzichtenden Gemeinden ausgerichtet werden, als die Eigentumsgarantie einen Entschädigungsanspruch begründet. Offene Fragen mögen sich hier allenfalls aus dem Rechtsgleichheitsgebot ergeben.

Zu prüfen bleibt bei all diesen Umweltabgaben die verfassungsrechtliche Grundlage. Im Bund ist darauf zu achten, daß für jede neue Einnahmenquelle, die nicht als reine Gebühr anzusehen ist, eine besondere verfassungsrechtliche Bestimmung notwendig ist. In den Kantonen ist davon auszugehen, daß die Einführung von Umweltsteuern infolge der beschränkten Kompetenz auf dem Gebiet des Umweltschutzrechts praktisch ausgeschlossen ist.

Vielleicht kommen die Gruppen heute vormittag auf solche Fragen noch zurück.

Als weitere Möglichkeiten der Internalisierung externer Kosten bieten sich nach den in den Vereinigten Staaten erprobten Modellen *Zertifikats-, Gutschrifts- und Verbundsysteme* an. Dabei erhält derjenige, der Grenzwerte freiwillig unterschreitet, frei handelbare Emissionsgutschriften, oder eine Gruppe von Emittenten in einem bestimmten Gebiet erhält einen Gesamtgrenzwert zugeteilt, den sie nach internen Absprachen unter sich aufteilen kann. Der basellandschaftliche Entwurf zu einem Umweltschutzgesetz sieht jetzt solche Möglichkeiten vor. Erforderlich ist danach eine Unterschreitung der vom Kanton verschärften Emissionsbegrenzungen um durchschnittlich zwei Drittel. Gutschriften werden zudem jährlich um 20 % entwertet,

wenn sie nicht innert drei Jahren wiederverwendet werden. Ein Emissionsverbund wird ebenfalls nur zugelassen, wenn der gesamte Schadstoffausstoß gegenüber den zulässigen Emissionen der einzelnen Emissionsquellen um mindestens ein Drittel unterschritten werden kann. Bei all diesen marktwirtschaftlichen Instrumenten dürfen ferner die lokalen Immissionen nicht übermäßig erhöht werden.

Eine kantonale Kompetenz zur Regelung solcher Gutschrifts- und Verbundmodelle besteht insoweit, als es um verschärfte Emissionsbegrenzungen geht, die dann erforderlich werden, wenn sonst schädliche oder lästige Einwirkungen zu erwarten wären. Anders formuliert können solche kantonalen Modelle *nicht* zum Tragen kommen, wenn bereits bei Einhaltung der eidgenössischen Emissionsgrenzwerte schädliche oder lästige Einwirkungen vermieden werden können. Ist dies nicht der Fall, und können sich daher die Kantone auf ihre Zuständigkeit berufen, so sind sie allerdings von Bundesrechts wegen *verpflichtet,* von den Unternehmen alle Maßnahmen zu fordern, die technisch machbar sind. Die wirtschaftliche Tragbarkeit kann im Rahmen dieser zweiten Stufe der Emissionsbegrenzungen nicht mehr berücksichtigt werden. Das bedeutet jedoch, daß es von der Gesetzessystematik her in diesen Fällen nicht angehen würde, für das technisch Machbare Gutschriften zu erteilen. Aus Gründen der Anreizschaffung können solche marktwirtschaftlichen Lösungen dennoch sinnvoll erscheinen, da sie die Motivation zu technischen Verbesserungen gewiß besser zu fordern vermögen als ein System von Auflagen, das dazu führt, daß die neue Erfindung anschließend von allen Unternehmen angewandt werden *muß.*

Lassen Sie mich noch einen offenen Punkt ansprechen, der für die Verwirklichung des Verursacherprinzips von entscheidender Bedeutung ist: das *Haftungsrecht.* Die Bestimmungen des geltenden sowie des in Ausarbeitung begriffenen Rechts auferlegen den Unternehmen zwar weitreichende Sorgfaltspflichten, die bei einem Schadensereignis in den meisten Fällen ein Verschulden begründen werden, sofern darauf nicht aufgrund der Anwendbarkeit spezialgesetzlicher Bestimmungen überhaupt verzichtet werden kann. Offen bleiben aber insbesondere diejenigen Schäden, die durch den normalen Betrieb, in der Regel als Folge des Zusammenwirkens mehrerer Schadensquellen, entstehen. Madame PETITPIERRE ist in ihrem Referat auf diese Fragen ausführlich eingegangen. Im Ausland wurden für diese Fälle Modelle mit Beweislastumkehr oder solidarischer Haftung ausgearbeitet, bei denen teilweise sogar auf das Erfordernis eines vom Geschädigten nachzuweisenden Kausalzusammenhanges verzichtet wird. Das kann im Extremfall dazu führen, daß jedermann, der unter einer Erkrankung der Atemwege oder der Haut leidet, gegen jeden größeren Betrieb in der Region vorgehen kann, und es diesem Betrieb überlassen bleibt zu beweisen, daß die von ihm ausgehenden Emissionen mit der Erkrankung nichts zu tun haben. An die Stelle stetig wachsender Krankenkassenprämien treten dann die an die Haftpflichtversicherungen zu

zahlenden Versicherungsprämien. Damit wird aber das Verursacherprinzip, um dessen Verwirklichung es ja gehen solle, wieder in Frage gestellt. Wo nicht der Schädiger zur Kasse gebeten wird, sondern alle, die als Schädiger in Frage kommen könnten, besteht die Gefahr, daß am Verantwortungsgefühl vorbei legiferiert wird und die Motivation zu umweltbewußterem Handeln entfällt. Insofern darf der Erfolg von Konstruktionen, mit denen Schädigungen mehr oder weniger zufällig einzelnen Schädigern zugeschrieben werden, nicht überschätzt werden. Vorzuziehen wären daher wohl Haftungsregeln, die am Nachweis einer Kausalitätsbeziehung festhalten, wobei eine erleichterte Beweisführung und die Einführung einer verschuldensunabhängigen Haftung zu prüfen sein werden. Im übrigen sind Restbelastungen, die vom öffentlichen Recht als tolerierbar angesehen werden, nicht über die haftungsrechtlichen Bestimmungen des Zivilrechts beim Verursacher zu internalisieren, sondern es sind hierfür besondere Abgaben in Erwägung zu ziehen. Ziel solcher Abgaben sollte dabei nicht die zusätzliche Belastung einzelner Abgabepflichten sein, sondern eine gewisse Umlagerung der Staatseinnahmen von den durch die Allgemeinheit zu tragenden allgemeinen Steuereinnahmen auf die den einzelnen Verursachern zuzuordnenden Kausalabgaben.

2. Mme ANNE PETITPIERRE, avocat, chargée de cours, à Genève, rapporteur de langue française:

Le but de mon rapport n'est pas, comme pour celui de Mme BEATRICE WAGNER, l'examen de l'ensemble des problèmes posés par le principe du pollueur-payeur. Il s'agit uniquement de déterminer dans quelle mesure les règles sur la responsabilité civile peuvent apporter une contribution à la mise en œuvre, sur le plan juridique, de ce principe.

Dans cette perspective, il convient de rappeler les fondements économiques du principe du pollueur-payeur. Comme on vient de le dire, le principe du pollueur-payeur est l'expression normative d'un instrument économique d'internalisation des coûts sociaux (ou coûts externes). Il repose sur la constatation que les coûts de production des biens ne coïncident pas entièrement avec les coûts économiques globaux résultant de la production et de l'usage de ces biens. Dans la théorie économique classique, les éléments de l'environnement ne sont pris en compte que lorsqu'ils deviennent rares. Encore faut-il que cette rareté s'accompagne d'une utilité particulière et, surtout, que le bien puisse faire l'objet d'une appropriation pour qu'on lui attribue un prix l'intégrant au monde économique. Le principe du pollueur-payeur vise précisément à ramener les coûts économiques globaux dans les coûts de production. Ainsi, ces coûts cesseront d'être supportés de manière diffuse par ceux qui ont besoin de l'élément pollué, un élément, rappelons-le, vital pour tous, et le seront par celui qui l'exploite. Conformément aux lois du marché, celui-ci sera amené à faire de l'environne-

ment un usage économique, selon les mêmes critères que pour tous les autres moyens de production. Les méthodes utilisées lors de la concrétisation de ce principe ne permettent toutefois pas d'intégrer tous les coûts. Dans la meilleure des hypothèses, on définit un «niveau optimal de pollution» qui serait économiquement supportable pour tous.

Dans la législation sur l'environnement, le principe du pollueur-payeur se traduit principalement par des normes de droit administratif. Il s'agit toutefois d'un principe général qui gouverne l'ensemble du droit de l'environnement et s'exprime notamment dans l'article 2 LPE. Celui-ci n'est pas en soi un fondement de la responsabilité. Mais les motifs qui justifient l'application du principe du pollueur-payeur dans le cadre des mesures administratives de droit de l'environnement justifient également que l'on s'efforce, dans le cadre de la responsabilité civile, de faire supporter au pollueur la charge des attteintes qu'il cause à l'environnement. Des difficultés apparaissent cependant lorsque l'on examine les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile dans l'optique des atteintes à l'anvironnement, et ce même si l'on envisage une responsabilité objective.

Pour apprécier la portée du principe du pollueur-payeur en matière de responsabilité civile, il est utile de rappeler les circonstances dans lesquelles on peut envisager une responsabilité civile du pollueur. L'environnement est exposé à des dangers qui résultent d'atteintes accidentelles, mais aussi à des dangers provenant de l'exercice non perturbé de bon nombre d'activités humaines. Dans l'optique de la responsabilité civile, on peut regrouper ces deux types d'atteintes dans les catégories suivantes:

a) Il y a d'abord les atteintes résultant de l'usage d'un immeuble.
b) Des dangers peuvent ensuite résulter d'une activité particulière, généralement l'exploitation d'une entreprise.
c) D'autres atteintes sont liées à la mise en circulation et à l'utilisation de produits particuliers. On peut rattacher le risque aussi bien à la production et à la mise en circulation qu'à la consommation ou à l'usage de certains produits.
d) L'existance de déchets crée également des dangers, le plus souvent liés à l'exploitation d'une entreprise ou à l'usage de produits. Toutefois, le rôle important joué par les déchets dans les atteintes à l'environnement justifie qu'on les considère de façon particulière.
e) Enfin, la responsabilité peut être liée à l'existence d'un risque particulier et ses conditions définies en fonction de l'existence de ce risque.

Sauf pour les cas où l'atteinte est en rapport avec l'exploitation d'un immeuble et les responsabilités pour risques expressément réglées par la loi, la plupart de ces états de faits appellent l'application des règles générales sur la responsabilité, soit principalement de l'article 41 CO. Il en résulte certaines difficultés dans la réalisation des conditions posées par cette disposition. Sans examiner ici l'ensemble des condi-

tions de la responsabilité, on constate que ces difficultés se produisent plus particulièrement dans trois domaines:

a) *Le dommage:* En matière de responsabilité, le droit suisse ne connaît que des dommages financièrement chiffrables. Il s'agit de la différence entre le patrimoine du lésé avant et après l'intervention de l'acte dommageable. La prise en considération de dommages non chiffrables sous forme de privation d'agrément, de confort ou de plaisir, fait l'objet de débats de doctrine, jusqu'ici sans incidence sur la jurisprudence (sauf, peut-être, en matière de tort moral). Aux Etats-Unis, on s'est efforcé de chiffrer ou de donner une valeur à la diminution de la qualité de l'environnement lorsqu'elle ne se traduit pas par une moins-value patrimoniale ou par la nécessité de procéder à des travaux coûteux. Tel est le cas, en particulier, pour les éléments de l'environnement qui échappent à la propriété individuelle de sorte que leur disparition ne peut constituer un dommage pour personne (animaux sauvages, plantes dites sans utilité). On a pu constater ainsi que certaines personnes étaient prêtes à payer un certain prix pour s'assurer la survivance d'espèces ou de biotopes qu'ils n'étaient pas sûrs de voir un jour eux-mêmes.

   Un autre aspect de la définition du dommage suscite des problèmes délicats: il s'agit de déterminer dans quelle mesure le financement de travaux de prévention peut être englobé dans la définition du dommage subi, au-delà de la simple remise en état du bien affecté.

b) *Lien de causalité:* Pour donner lieu à une responsabilité, l'acte illicite doit être dans un rapport de causalité à la fois naturel et adéquat avec le dommage subi. En matière d'environnement, la détermination concrète du lien de causalité s'avère très difficile. Cela résulte d'une part de la complexité des phénomènes environnementaux, de l'importance et de l'ampleur des effets indirects, et d'autre part, à long terme, des effets cumulatifs et synergiques qui se produisent dans la plupart des mécanismes écologiques. En outre, l'application du principe du pollueur-payeur constitue l'un des domaines dans lesquels l'attribution du fardeau de la preuve prend une importance fondamentale.

c) *Faute:* La détermination de la faute pose des problèmes complexes à la fois de preuve et de définition lorsque la pollution résulte de l'exploitation d'une entreprise, surtout si celle-ci exerce une activité expressément autorisée et contrôlée. Elle expose en outre non seulement le lésé à la difficulté de déterminer des faits qui se produisent chez le pollueur, mais également ce dernier à devoir révéler des faits en rapport avec l'exploitation de son entreprise qu'il souhaite dans la plupart des cas conserver secrets.

Les conclusions que l'on peut tirer de l'examen des conditions de la responsabilité nous amènent à définir quelques éléments nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité dans le cadre du principe du pollueur-payeur. Celui-ci répond à des considérations économiques de

meilleure intégration des coûts, mais également à des considérations d'équité. Dans un système d'économie de marché, il est un complément indispensable à la mise en place d'un système de valeurs limites et d'interdictions en matière de protection de l'environnement.

Les limites du principe du pollueur-payeur résident dans le fait qu'il n'aboutit pratiquement jamais à la disparition totale de la pollution, mais seulement à la mise en place d'un état de pollution tolérable, et qu'il lui est difficile de prendre en compte le phénomène des effets à long terme. Sa traduction en termes de responsabilité suppose, pour lui donner un maximum d'efficacité, l'introduction de certaines modifications dans les mécanismes mêmes du système de la responsabilité. En particulier:

- la définition du dommage ne permet pas de prendre réellement en compte l'ensemble des atteintes écologiques, d'où la nécessité d'un effort de meilleure compréhension du dommage, en transformant un dommage «moral» en dommage financier:
- la possibilité de prévenir un dommage imminent n'existe que dans certains types de responsabilité, de sorte que la prévention est toujours liée à l'existence préalable d'une destruction:
- la répartition du fardeau de la preuve rend trés difficile la mise en œuvre de la plupart des cas de responsabilité lorsque le responsable vraisemblable est une entreprise:
- il en va de même pour l'exigence d'une faute.

En définitive, si l'on veut assurer à la fois la meilleure intégration des coûts que postule la théorie économique du pollueur-payeur et le respect des considérations d'équité qui sont à la base de sa traduction juridique, on devra imposer au pollueur une responsabilité objective liée aux risques que son activité présente pour l'environnement et non aux atteintes qu'il lui a déjà portées. Mais on devra également tenir compte de la valeur particulière de l'environnement en tant que bien dans la définition du dommage et dans la répartition du fardeau de la preuve.

J'ose espérer que les discussions que nous aurons tout à l'heure en groupe permettront d'aller encore plus loin dans la concrétisation de cette responsabilité ainsi esquissée, peut-être même jusqu'à la rédaction d'un projet-type de responsabilité.

B) Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht – Le principe de l'opportunité de la poursuite

1. M. ROBERT ROTH, professeur, à Genève:

L'actualité du thème que votre Comité a demandé à M. SOLLBERGER et à moi-même de traiter fait rarement relâche. Remettons-nous en mémoire deux illustrations tout à fait récentes: la semaine dernière, le Procureur général extraordinaire de la Confédération communiquait,

en application des articles 120 et 125 à 127 PPF, sa décision de poursuivre une ancienne magistrate fédérale pour violation de secret de fonction et d'abandonner la poursuite sur un autre chef d'accusation (entrave à l'action pénale). Les deux décisions, précisait-on, se fondaient sur l'existence dans un cas et l'inexistence dans l'autre cas de «soupçons fondés» d'infraction; elle ne reflétaient en aucune manière une appréciation en opportunité. Moins extraordinaire, à tous les sens du terme, est mon second exemple: dans le débat général ouvert autour de la non-répression de la consommation de stupéfiants, une des nombreuses prises de position qu'il m'a été donné de lire affirmait son hostilité à cette mesure de libéralisation, à condition toutefois que soit généralisée la possibilité, pour les autorités chargées de la répression, de ne retenir que les affaires d'une certaine gravité, autrement dit d'agir en opportunité.

Sur le fond donc, personne ne mettra en doute l'intérêt du problème qui nous était soumis. Il reste à savoir si ses termes classiques – discussion du choix du meilleur système d'organisation de la poursuite, système légaliste ou système d'opportunité – sont adéquats. Un doute s'est rapidement installé dans mon esprit, qui a dû gagner le lecteur attentif de mon rapport: l'opposition entre deux termes d'une alternative, manière traditionnelle et simple de poser le problème, n'est-elle pas à la fois abusivement simplificatrice et inutilement polémique?

Or, le sujet que nous traitons cette année a déjà souvent fait l'objet de polémiques. A l'époque où, commençant mes recherches, j'étais plongé dans les phases antérieures de ce débat – en particulier le compte rendu de la discussion lors de la Journée des juristes suisses de 1946 –, j'ai connu la crainte d'être, par la force des choses, protagoniste, d'un nouvel épisode d'une guerre de religion. Prenant du recul vis-à-vis de ces antécédents parfois douloureux, je me suis convaincu qu'il était possible d'échapper à une telle fatalité.

En effet, comme je l'ai démontré dans mon rapport[1] – démonstration qui se contente de confirmer les intuitions de qui connaît la pratique –, la justice pénale met en place des filtres, qui permettent de sélectionner dans la criminalité apparente ce qui constituera la criminalité légale, autrement dit de ne soumettre à jugement que les affaires qui méritent de l'être. Ces filtres ont une forme et une épaisseur variables; ils portent des noms différents, et Dieu sait que les juristes aiment se disputer sur les noms et les étiquettes, mais les mécanismes restent fondamentalement les mêmes. D'ailleurs, soyons raisonnables: pourrait-il en aller autrement dans un pays dont la diversité fait la richesse – j'espère avoir fait sentir au lecteur de mon rapport que c'était pour moi un objet de forte conviction –, mais dans lequel il est inimaginable que coexistent des politiques judiciaires radicalement différentes?

[1] Note 18, p. 187.

D'autant plus que les faits et les chiffres sont têtus; comme est inévitable l'obligation, pour les organes de l'administration de la justice, de consacrer le temps et la réflexion nécessaires aux affaires importantes du point de vue du public, des autorités ou des magistrats eux-mêmes. La stratégie ne prête donc guère à discussion. Cette stratégie une fois admise, il reste à définir une tactique: de ce point de vue, l'assouplissement du principe de la légalité dans un système dit d'opportunité tempérée (gemässigte Opporunität), qui se répand dans les cantons alémaniques, n'est qu'un des choix possibles. Parmi les autres options, rappelons la spécialisation des organes de la justice, le renforcement des effectifs et la décriminalisation, sous ses diverses formes.

C'est sur la première tactique nommée, dont l'accent porte sur le tri des affaires, que nous avons été invités à nous pencher. Si les systèmes légalistes et opportunistes ne représentent pas, comme on l'a dit, deux mondes différents, ils n'en sont pas pour autant interchangeables. L'instauration d'un régime d'opporunité de la poursuite est l'expression d'une sensibilité, et peut-être même, je me risque à la dire, d'une culture juridique. Dans la mesure où cette sensibilité se traduit en actes législatifs et jurisprudentiels, il convient de s'interroger sur la validité de ces actes. Après mes quelques considérations liminaires de politique générale, permettez-moi d'opérer un bref retour au débat proprement juridique.

J'ai essayé de prouver, le plus souvent à la suite de bien d'autres auteurs, les thèses suivantes:

a) L'application du système de l'opportunité, en principe en vigueur dans les cantons de Genève, Vaud, Neuchâtel et Jura, de fait appliqué le plus largement à Genève, ne heurte aucune norme de l'orde juridique suisse. En particulier, rien dans la Constitution fédérale ne s'oppose à ce principe. Mon rapport s'efforce de faire le tour des normes qui pourraient être et qui ont été invoquées à son encontre: il s'agit des articles 2 des Dispositions transitoires, 64 et 64 bis de la Constitution fédérale. La discussion sur ce point, autrefois vive, s'est apaisée. Cela n'empêche pas quelques légères poussées de fièvre, en particulier quand le Tribunal fédéral donne de subtils coups de griffe à certaines autorités judiciaires cantonales usant trop généreusement du principe de l'opportunité: ce sont toutefois les abus, et non le système lui-même, qui sont dénoncés. J'ajouterai que les derniers de ces rappels à l'ordre de notre Cour suprême ne peuvent avoir qu'un faible impact, puisque les arrêts n'ont pas été publiés.

b) La principale objection formulée à l'encontre du système d'opportunité de la poursuite est sa prétendue incompatibilité avec le principe de la légalité, qui régit l'activité de toutes les autorités, judiciaires et administratives. Il faut répondre à cela, en simplifiant outrageusement le propos, que le principe de la légalité n'oblige en aucune manière les autorités à poursuivre toutes les infractions portées à leur connaissance. Il leur interdit d'abord de poursuivre et

de sanctionner un comportement qui n'est pas expressément réprimé par la loi et proscrit ensuite, en complément avec le principe d'égalité, toute discrimination à l'égard des sujets de droit, y compris dans la politique de poursuite. Cet impératif de non-discrimination est la pierre angulaire du «droit de l'opportunité».

c) Qui dit non-discrimination pense immédiatement à la Convention européenne des droits de l'homme. Il était donc nécessaire d'examiner également la compatibilité des pratiques d'opportunité avec cet instrument juridique, devenu fondamental dans le développement du droit suisse. Les résultats de l'examen se sont révélés, positifs, fût-ce avec quelques réserves.

d) Que ce soit dans un régime opportuniste pur ou de légalité assouplie se posent des questions de mise en œuvre d'importance inégale.

Le problème essentiel – et M. SOLLBERGER y a insisté comme je l'ai fait – est celui des critères appelés à légitimer une suspension de la poursuite ou un renoncement à celle-ci. L'admissibilité de considérations purement économiques occupe le cœur du débat: la recherche d'une gestion optimale des ressources peut-elle à elle seule justifier une politique étendue de classement?

De moindre importance, mais méritant quand même une discussion, me sont apparus les débats sur la publication des orientations de la politique de poursuite ou, plus largement, de la politique de répression des autorités judiciaires. C'est ici la publicité de la politique criminelle qui est en jeu. La question, prétexte de vives controverses à l'étranger, est pertinente aussi bien dans un système opportuniste tempéré (quelle publicité faut-il alors assurer à la jurisprudence et à la pratique précisant le contenu de la loi?) que dans un régime opportuniste pur.

Mentionnons enfin le débat sur le rôle de la victime, du lésé, du plaignant etc., question dont je me suis permis de rappeler l'actualité, un peu en sommeil pour des raisons conjoncturelles, dans notre pays.

Le système d'opportunité de la poursuite étant légal – c'est en tout cas ma thése –, il reste à se demander s'il est opportun; autrement dit, il faut déterminer s'il est préférable de mettre en place les filtres dont j'ai parlé, avec des instruments juridiques relevant du droit formel, ou de régler la question en légiférant sur le plan du droit matériel. On sait qu'en Suisse, cette question est indissociable de celle de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons et que, pour reprendre la formule classique de WALTHER BURCKHARDT, le sujet «relève davantage du compromis politique que de la systématique juridique». Doit-on se satisfaire du compromis actuel? Question d'appréciation qui nous ramène au terrain politique, que nous avions un instant quitté.

Pour les raisons que j'ai brièvement indiquées dans la conclusion de mon rapport, j'estime qu'il est sage, même si c'est insatisfaisant en toute rigueur (dogmatique), de permettre à l'autonomie cantonale de

se manifester jusqu'aux limites autorisées par les normes fondamentales que la Suisse s'est données. On a vu que ces normes n'étaient pas violées par l'instauration ou par le maintien d'un système d'opportunité de la poursuite. La décentralisation de la politique criminelle étant inséparable de l'adoption de solutions relevant du droit de forme, je suis enclin à me satisfaire du système actuel et à préférer, pour ma part, les régimes d'opportunité. Sans doute serai-je confronté, dans les groupes de travail auxquels je me réjouis de participer, à des opinions très différentes. De la confrontation jaillira peut-être la lumière.

2. Referat von Dr. JÜRG SOLLBERGER, Gerichtspräsident, Bern, Berichterstatter deutscher Sprache:

Herr Präsident,
Meine sehr verehrten Damen und Herren

«Laß ab von der Vorstellung, daß Gerechtigkeit und Justiz ein und dasselbe sind oder zu sein haben. Sie können es nicht sein.»

Ich habe dieses Zitat aus dem Fall Maurizius an den Anfang meiner schriftlichen Ausführungen gestellt, und möglicherweise hat Sie diese Aussage ebenso provoziert wie mich. Aber ich muß eingestehen, daß ich in den rund zwanzig Jahen meiner täglichen Auseinandersetzung mit der Rechtswirklichkeit im Strafrecht Mühe bekommen habe, die These vom Staatsanwalt von Andergast einwandfrei zu widerlegen.

In den mehreren tausend mündlichen Verhandlungen, in denen ich gerade im Bereich der Bagatelldelikte Urteile gefällt habe, zu fällen hatte, gibt es zu viele Urteile, die ich nur mit Mühe verantworten kann, und einige, die ich gegen innere Überzeugung fällen mußte. Selbst die äußerste Strapazierung von Beweiswürdigungsregeln und positivem Recht haben nicht verhindert, daß ich immer wieder unverhältnismäßig hart oder überhaupt sanktionieren mußte, wo eine Strafbedürftigkeit kaum auszumachen war. Daß in dieser Situation die Idee der Opportunität im Strafrecht eine besonders attraktive wurde, versteht sich von selbst. Opportunität verstehe ich dabei als Möglichkeit, die Besonderheiten des Einzelfalles so zu würdigen, daß entgegen dem positiven Recht milder sanktioniert oder gar auf Sanktion verzichtet werden kann.

Bei dieser Ausgangslage hat es sich für mich als Praktiker aufgedrängt, einmal den Versuch zu wagen, die Verurteiltenzahlen des Kantons, der das im kantonalen Strafprozeß vorgesehene Opportunitätsprinzip tatsächlich praktiziert, mit denjenigen eines Gebiets zu vergleichen, in welchem zumindest nach der gesetzlichen Vorgabe ein Verfolgungszwang besteht. Die vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten Zahlen des Kantons Genf für das Jahr 1986 wurden

mit denjenigen des Amtsbezirks Bern verglichen. Die Zahlen für den Amtsbezirk Bern (Stadt Bern mit ca. 145000 Eiwohnern und 12 Landgemeinden mit ca. 107000 Einwohnern) mußten allerdings in mühsamer Kleinarbeit zusammengetragen werden und sind nicht derart zuverlässig, daß eine Publikation in meiner schriftlichen Arbeit zu verantworten gewesen wäre.

Trotz diesen Unsicherheiten sind die so ermittelten Zahlen derart interessant, daß sie zusammengefaßt präsentiert werden sollen: Für den Kanton Genf ergaben sich im Jahre 1986 auf 1000 Einwohner ca. 10,42 Verurteilungen, für den Amtsbezirk Bern ca. 13,66.

Die Unterschiede erscheinen mir nun tatsächlich signifikant, denn es ist wohl kaum anzunehmen, daß die Genfer Bürger derart viel gesetzestreuer sind als die Berner. Eine erste Würdigung der Zahlen ergibt nun aber auch, daß das principe de l'opportunité dans la poursuite erhebliche praktische Auswirkungen hat. Dieses Prinzip erlaube, so die Stellungnahme des Generalprokurators des Kantons Genf, die Besonderheiten des einzelnen Falles zu berücksichtigen, etwas, das der Gesetzgeber eben nicht mit einer allgemeinen und abstrakten Norm habe tun können.

Diese Argumentation vermag auf den ersten Blick zu überzeugen. Es bestehen aber Zweifel, daß es diese auf Einzelfallgerechtigkeit ausgerichtete Argumentation ist, die in jedem Falle den Entscheid, ein Verfahren zu klassieren, bestimmt. Eigene Erfahrungen in Gerichtsstandsverfahren lassen mich vermuten, daß auch ganz andere Gründe maßgebend sein können. Es ist keineswegs meine Absicht, irgendwelche Vorwürfe zu erheben. Immerhin wird aber in Gerichtsstandsverfahren die Diskussion über die Zulässigkeit des kantonalen Opportunitätsprinzips von einer rein akademischen zu einer handfest praktischen. Dabei zeigt sich denn eben auch, daß nicht bloß Überlegungen zur Einzelfallgerechtigkeit, sondern auch prozeßökonomischen Überlegungen zum Opportunitätsprinzip gehören.

Ich habe mich weitgehend aus der Diskussion herausgehalten, ob das in verschiedenen Kantonen zumindest vorgesehene Opportunitätsprinzip verfassungsmäßig zulässig sei oder nicht. Als betont pragmatisch denkender Praktiker hätte ich mich möglicherweise über verfassungsmäßige Bedenken hinweggesetzt, wenn mich das Prinzip überzeugt hätte.

Daß sich das Bundesgericht zumindest in einem nicht publizierten Entscheid mit verfassungsmäßigen Bedenken klar gegen die Zulässigkeit des freien Ermessens in der Strafverfolgung geäußert hat, sei hier jedoch in Ergänzung meiner schriftlichen Ausführungen angemerkt.

Im Entscheid vom 18. Juni 1987 in Sachen A und S gegen P, den Staat Genf betreffend, hat der Kassationshof ausgeführt, grundsätzlich gehe aus Art. 2 der Übergangsbestimmungen BV hervor, daß bei Erfüllung des objektiven Tatbestandes einer bundesrechtlichen Norm dessen Verfolgung und Ahndung nur durch Bundesrecht selber verhindert werden könne.

In einem Punkt gehe ich nun allerdings mit dem Genfer Generalprokurator nicht einig. Mir scheint, daß es dem Gesetzgeber sehr wohl möglich ist, Normen zu schaffen, die es erlauben würden, gerade dort, wo die Strafbedürftigkeit in Fällen grundsätzlicher Strafwürdigkeit nicht oder nur vermindert gegeben ist, einen Sanktionsverzicht vorzusehen. Es gibt dabei Lösungsmöglichkeiten im Bereiche des materiellen Rechts (OeStGB § 42) oder solche, die sich des formellen Rechts bedienen (DStPO § 153 ff.).

Der Sonderfall Schweiz verlangt auch hier nach einer Sonderlösung, wobei es uns gut anstehen würde, Erkenntnisse, die andernorts gewonnen worden sind, zur Kenntnis zu nehmen und umzusetzen. Dabei gilt es einmal, die Optik des urteilenden Richters zu berücksichtigen, der sich endlich gesetzlich vorgesehene Möglichkeiten zu angemessenen Sanktionierungen der geringfügigen Rechtsverstöße wünscht. Daneben gibt es aber natürlich auch die Optik der Verfolgungsbehörden, die sich wegen des Verfolgungszwangs in Kleinigkeiten verliert, verlieren muß, und der dadurch Kräfte entzogen werden, die sie dringend zur Auf- und Abklärung wesentlicher Rechtsverstöße benötigen würde. Hier steht das Problem der Verhältnismäßigkeit der justizförmigen Bewältigung von Rechtsverstößen im Vordergrund.

Die Absicht meiner Arbeit war es, Lösungsmöglichkeiten vorzutragen, die sowohl unter dem Gebot der Einzelfallgerechtigkeit wie auch unter dem der Verhältnismäßigkeit des Justizaufwandes Bestand haben können. Dabei war folgende Überlegung wegleitend: Jede Normverletzung verlangt eine Auseinandersetzung mit der Tat und auch mit dem Täter. Der Verzicht auf diese Auseinandersetzung aus justizökonomischen Gründen erscheint problematisch. Zur Erhaltung des Rechtsfriedens muß sich der Staat dieser Tat, dem Täter und dem Opfer widmen. Überlegungen bezüglich Aufwand haben in den Hintergrund zu treten. Einzig da, wo die Einzeltat im Verhältnis zu anderen Taten unbedeutend wird, hat die Prozeßökonomie Vorrang. Aufgabe des Bundesgesetzgebers ist es nun, Normen zu schaffen, die es erlauben, im gesamten Rechtsraum Schweiz Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, die es aber insbesondere ermöglichen, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit auseinanderzuhalten. Dieses Ziel kann, wie mir scheint, mittels dreier Bestimmungen erreicht werden. Angesprochen sind die Bereiche

- Betroffenheit durch die eigene Tat
- Wiedergutmachung und
- Geringfügigkeit.

Art. 66bis

Ist der Täter durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen worden, daß eine Strafe unangemessen wäre, so sieht die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung ab.

Unter der gleichen Voraussetzung ist vom Widerruf des bedingten Strafvollzugs oder der bedingten Entlassung abzusehen.

Als zuständige Behörden bezeichnen die Kantone Organe der Strafrechtspflege.

Durch den demnächst Gesetz werdenden Art. 66bis StGB wird das Problem der Betroffenheit durch die eigene Tat zweckmäßig erfaßt und geregelt. Die Referendumsfrist läuft übrigens übermorgen ab. Wesentlich ist hier, daß nur den Organen der Strafrechtspflege, nicht jedoch der Polizei Kompetenzen eingeräumt werden. Meines Erachtens weniger bedeutungsvoll ist die Regelung der Wiedergutmachungsproblematik. Die in Art. 66ter vorgeschlagene Lösung ist vorerst in der parlamentarischen Beratung zurückgestellt worden, und es soll hier die Arbeit der Expertenkommission «Allgemeiner Teil StGB» abgewartet werden. Vorschlagen möchte ich hier eine Formulierung, die sich an die Bestimmung in Art. 55 VE Schultz anlehnt.

Art. 55 VE Schultz/Art. 66ter
Die zuständige Behörde sieht von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab,
wenn der Täter alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um Schadenersatz oder eine andere Wiedergutmachung zu leisten, oder
wenn er eine besondere Anstrengung unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen.

Hinter dieser Bestimmung steht die Idee, die Wiedergutmachung des Täters rechtfertige unter den gegebenen Voraussetzungen eine Strafbefreiung, weil es sich dabei um eine aktive soziale Leistung des Täters mit dem Ziel der Aussöhnung und der Rechtsfriedensstiftung handle. Das Strafbedürfnis erscheint so nicht mehr gegeben.

Die zentrale Bestimmung des materiellen Rechts hat sich jedoch mit der Geringfügigkeit zu befassen. Hier liegt ja auch der deutlichste Bezug zum Opportunitätsprinzip, soweit sich dieses der Frage der Einzelfallgerechtigkeit annimmt.

Art. 54 VE Schultz
Die zuständige Behörde sieht von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn das Unrecht oder die Schuld des Täters geringfügig sind.

Der hier vorgelegte Vorschlag verbürgt eine generell deliktsübergreifende Lösung, die gesamtschweizerisch gilt und die kantonale Gesetzgebungszuständigkeit im prozessualen Bereich respektiert. Obwohl ich der Meinung bin, daß es vorwiegend der urteilende Richter sein sollte, der nach erfolgter Feststellung von Tatbegehung und Tatschuld den Sanktionsverzicht urteilsmäßig vornehmen sollte, ist hier nun nicht zuletzt in Anlehnung an Art. 66bis StGB auch der Verfolgungsbehörde eine entsprechende Kompetenz eingeräumt.

Mit den nun vorgelegten Bestimmungen, die ins materielle Recht aufzunehmen sind, scheint mir eine umfassende Umsetzung des Opportunitätsgedankens, soweit er den Bereich der Einzelfallgerechtigkeit berührt, erfolgt zu sein. Demgegenüber bietet sich das Prozeßrecht an, wenn es darum geht, unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit und der Beschleunigung relative Bagatellen zu bewältigen.

Es rechtfertigt sich in diesen Fällen, Ausnahmen vom Legalitätsprinzip vorzusehen. Genau gefaßte Bestimmungen sollen die Grund-

lage dazu bieten, daß unter bestimmten Voraussetzungen auf Verfolgung und Beurteilung verzichtet werden kann. Daß es dabei um Prozeßökonomie geht und gehen darf, wird zum Beispiel in der allerneuesten Prozeßordnung der Schweiz, derjenigen von Nidwalden, die am 1. April dieses Jahres in Kraft getreten ist, ausdrücklich in § 9 festgehalten.

Drei verschiedene Fälle wären in eine gesetzliche Norm zu fassen: Da ist erst einmal der Fall, da eine oder mehrere Taten im Zusammenhang mit anderen Taten für Qualität und Quantität der Sanktion nur von untergeordneter Bedeutung sind. Weiter ist der Fall zu erfassen, da neu begangene Taten im Verhältnis zu einer früher ausgesprochenen und noch zu verbüßenden Sanktion unerheblich erscheinen. Und schließlich müssen auch die Fälle von Art. 68 Ziff. 2 StGB geregelt werden.

Der Wortlaut der in die kantonalen Strafprozeßordnungen aufzunehmenden Bestimmung könnte folgendermaßen aussehen. Ich übernehme hier weitgehend den Text, wie er u. a. in Art. 9 der Urner StPO enthalten ist und setze zudem eine Idee um, die sich in § 5 Abs. 3 der baselstädtischen StPO findet.

Auf die Verfolgung oder Bestrafung darf verzichtet werden, wenn
die Tat für die zu erwartende Gesamtstrafe oder Maßnahme nicht ins Gewicht fällt, von einer Zusatzstrafe nach Art. 68 Ziff. 2 StGB abgesehen werden kann,
die Tat im Verhältnis zu einer ausgesprochenen, aber noch nicht ganz verbüßten Strafe nicht ins Gewicht fällt.

Ein zusätzlicher Hinweis darauf, daß diese Bestimmungen dann zurückzutreten hätten, wenn dies aus generalpräventiven Gründen tunlich erschiene, halte ich hier bei den prozessualen Bestimmungen ebenso für fragwürdig wie bei Bestimmungen, die de lege ferenda ins materielle Recht aufzunehmen wären. Diese Überlegung unterstreicht auch SCHULTZ im Kommentar zu einem VE (S. 137 VE).

Meine Damen und Herren, mit den nun vorgeschlagenen, zu diskutierenden Bestimmungen möchte ich mein schriftliches Referat ergänzen. Es geht mir dabei darum, daß das Kriminalrecht, dessen ständige Reformbedürftigkeit wohl kaum bestritten ist, gerade im Sanktionsbereich so abgeändert wird, daß im Einzelfall gerechte Lösungen gefunden werden können. Es geht zudem aber auch darum, daß Bestimmungen im formellen Recht geschaffen werden, die es erlauben, bei der Strafverfolgung Schwergewichte zu bilden. Hier steht das Beschleunigungsgebot ebenso im Vordergrund wie das Gebot der Konzentration der Kräfte. Ich meine aber, daß diese Konzentration der Kräfte nicht dazu führen darf, daß im Bagatellbereich mit Federstrichen strafbare Handlungen einfach aus Akten und Traktanden verschwinden, ohne daß der Täter überhaupt mit der grundsätzlichen Strafwürdigkeit seines Tuns konfrontiert wird. Die Gefahr, daß neben der geringen Aufdeckungsquote ein zusätzlicher, beinahe genereller Sanktionsverzicht zu einer noch geringeren Einhaltung bestimmter Normen führen könnte, liegt auf der Hand.

Über allem dürfen wir nicht vergessen, daß wir hier nicht bloß über Paragraphen, Rechtsdogmen und Lehrmeinungen diskutieren. Es geht um menschliche Schicksale. Meine Praxis hat mich gelehrt zu erkennen, daß es für das künftige Leben eines Menschen von entscheidender Wichtigkeit sein kann, in welcher Weise er das Recht und die Justiz erfährt. Uns allen, die wir uns als Lehrer, Forscher oder Praktiker mit dem Strafrecht auseinanderzusetzen haben, ist eine große Aufgabe übertragen. Etzel Andergast hat – und damit kehre ich an den Anfang zurück und zitiere erneut JAKOB WASSERMANN – in der Schlüsselszene des Romans diese Idee in einfache Worte gefaßt. Seinem Vater, Staatsanwalt von Andergast, sagt er, ob so viel Sturheit beinahe verzweifelnd, die folgenden Worte: «Aber es handelt sich um was Ungeheures. Um das Allergrößte auf der Welt, um Gerechtigkeit.»

Auch wenn wir alle wissen, daß es absolute Gerechtigkeit nicht gibt, daß sie nicht im Bereiche unseres Erkenntnisvermögens liegt, unser Bemühen muß es sein, Rechtsgrundlagen zu schaffen, die gerechte, gerechtere Urteile ermöglichen. Daran zu arbeiten ist eine unserer vornehmsten Aufgaben.

Séance du 1er octobre 1989
au Parkhotel, à Flims-Waldhaus

Président:
Maitre LOUIS DALLÈVES, avocat et professeur, Genève/Sion.

III.

Generalversammlung – Assemblée générale

Le président ouvre la séance à 9 heures 30.

1. Wahl der Sekretäre und der Stimmenzähler – Désignation des secrétaires et des scrutateurs

Mlle SYLVIE LONGCHAMP, greffier-substitut au Tribunal cantonal vaudois, à Lausanne, et M. JOHANN ULRICH BÜHRER, avocat, à Coire, ont accepté de fonctionner comme secrétaires. Le président les en remercie.

L'assemblée élit comme scrutateurs M. GIRSBERGER, avocat, à Zurich et Mme PETITPIERRE, avocat, à Genéve.

2. Jahresbericht des Präsidenten – Rapport présidentiel

Dans le temps restreint qui m'est imparti, j'essaierai de vous donner quand même les informations les plus importantes concernant notre société.

1. L'effectif des membres, qui est de 3927 au 30 juin 1989, est sensiblement égal à celui de l'année précédente. Démissions et décès d'environ 100 personnes (en tout) sont à peu près compensés par de nouvelles adhésions. Cette situation n'est pas entiérement satisfaisante, car à l'afflux de juristes de plus en plus nombreux devrait correspondre une augmentation correspondante des effectifs de notre société. N'est-elle plus assez attractive?

Parmi les membres décédés se détachent quatre grandes figures, dont trois professeure qui ont «marqué» des milliers de juristes par leur enseignement ou leurs œuvres. Il s'agit de MM. MAX GUTZWILLER, à Fribourg, ADOLF SCHNITZER, à Genève, et FRITZ GYGI, à Berne, qui a présidé notre société de 1977 à 1979. Le quatrième est M. HELG, ancien conseiller d'Etat de Genève, décédé le 30 juin de cette année, qui a également été le président de cette société. Je vous prie de bien vouloir vous lever pour honorer la mémoire de ces membres disparus.

2. L'activité de la société durant l'année écoulée a été consacrée principalement, comme cela est la règle, aux publications scientifiques et à leur préparation. Le Comité s'efforce de choisir des sujets à la fois variés et actuels, tout en s'abstenant de proposer des matières dans lesquelles le contenu politique l'emporte sur l'aspect juridique. Les quatre rapports que vous connaissez ont été publiés cette année, et il est inutile de souligner combien ils s'inscrivent dans les préoccupations actuelles des juristes.

Le thème unique qui sera traité l'année prochaine: «Le droit face aux grands risques – Rechtsfragen bei Großrisiken» ne peut malheureusement pas non plus être ignoré aujourd'hui, ainsi que de récentes catastrophes l'ont démontré. Le droit de la responsabilité civile élaboré au début du siècle n'est guère adapté à de telles situations, et une nouvelle réflexion s'impose. Enfin la date de 1991, 700e anniversaire de la Confédération, ne pouvait pas non plus être passée sous silence. Ce sera l'occasion pour les deux grands constitutionnalistes qui ont bien voulu répondre à notre appel, MM. JEAN-FRANCOIS AUBERT et KURT EICHENBERGER, de nous livrer leurs réflexions sur le sens et le rôle de notre Constitution fédérale.

Parmi nos publications annuelles, il ne faut pas oublier celle de la bibliographie de droit suisse, qui a été publiée pour la première fois cette année sous une forme nouvelle. Les références ont été classées selon un plan systématique détaillé qui a été développé conjointement par l'Institut suisse de droit comparé et par la Bibliothèque de droit de l'Université de Genève, système qui a été repris par d'autres bibliothèques de droit (REBUS). Cette bibliographie a aussi bénéficié des progrès de l'informatique, ce qui explique peut-être pourquoi elle a coûté plus cher et a paru plus tard que d'habitude! Ces défauts de jeunesse pourront être corrigés, mais une réflexion nouvelle s'impose quant à l'utilité et à la manière de présenter cette publication. Nous attendons sur ce point volontiers vos suggestions.

3. Banque suisse de données juridiques

L'instrument parrainé par notre société a maintenant atteint sa «vitesse de croisière», de sorte que je puis me contenter de brèves informations.

L'association Banque suisse de données juridiques, au sein de

laquelle notre société est représentée par M. le professeur VOYAME, a poursuivi ses efforts en vue de soutenir la société Swisslex, conformément au contrat-cadre qui la lie à cette société. Elle a aussi veillé, dans toute la mesure de ses moyens, à ce que la banque de données soit gérée dans l'intérêt de l'ensemble des juristes suisses. Le contenu de la banque de données s'étend de manière réjouissante. L'ensemble de la jurisprudence fédérale publiée dans les trois langues officielles depuis 1965 est d'ores et déjà accessible. Il en va de même pour la jurisprudence de 12 cantons, représentant environ ⅔ de la jurisprudence cantonale publiée. Pour 8 autres cantons, la saisie des arrêts publiés ou, au moins, des négociations avec Swisslex sont en cours. Par ailleurs, les études en vue de la diffusion par ordinateur des législations fédérale et cantonale avancent bien. Quant à l'élaboration du thesaurus de droit suisse, elle progresse aussi, même si, notamment en raison de la difficulté de trouver des collaborateurs qualifiés, le programme initialement prévu ne peut être tenu.

3. *Bericht des Stiftungsrates über den Rechtsquellenfonds – Rapport du conseil de la fondation des sources du droit (1.7.1988–30.6.1989)*

1. Vermögen

Der Stiftungsrat der Schweizerischen Rechtsquellen besitzt ein kleines Vermögen, das ausgewiesen ist durch die beigelegte Vermögensrechnung per 30. Juni 1989. Die Gelder ermöglichen es, Bände vorzufinanzieren, für die Zuschüsse von Institutionen wohl zugesichert wurden, die aber oft erst *nach ihrem Erscheinen* vielfach durch die öffentliche Hand subventioniert werden können. Diese Entwicklung hat sich in den letzten Jahren verstärkt, vor allem durch eine genauere Finanzkontrolle in verschiedenen Kantonen (z. B. Kanton Bern). Dem Rechtsquellenvermögen kommt zuweilen die Rolle einer «Überbrükkungskasse» zu. Dadurch kann die Stiftung Rechtsquellenbände möglichst ohne Verzug erscheinen lassen, wobei Kostengutsprachen von Subvenienten die Sicherheit für den späteren Rückfluß der Gelder bieten. Anderseits ist die Beachtung der Stiftungsstatuten selbstverständlich für alle Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Vermögen maßgebend.

2. Vermögensverwaltung

Auf den 1. Januar 1989 hat die Stiftung ein Sekretariat eingerichtet, das die laufenden Geschäfte erledigt. Es hat seinen Sitz in Zürich (Adresse: Schweiz. Rechtsquellen c/o Rechtswissenschaftliches Seminar der Universität Zürich, Dr. Martin Salzmann, Freiestraße 36, 8032 Zürich). Bisher wurde das Stiftungsvermögen durch die Banque Cantonale Vaudoise in Lausanne verwaltet. Die etwas mühsamen Geschäftsbeziehungen sowie der in Zürich neu eingerichtete Sitz des Sekretariates haben es angezeigt erscheinen lassen, das gesamte Ver-

mögen in den Zentralsitz der Zürcher Kantonalbank auf den 1. Juli 1989 transferieren zu lassen. Diesen Schritt hat die Rechtsquellenstiftung um so eher begrüßt, als die Zürcher Kantonalbank das Rechtsquellen-Forschungsprojekt im Kanton Zürich mitunterstützt und damit ganz konkret die Erschließung von Rechtsquellen fördert. Überdies wird künftig die Vermögens- und Erfolgsrechnung sowie die gesamte Buchhaltung von der Zürcher Kantonalbank erledigt werden.

3. Überblick über die Aktivitäten der Rechtsquellenstiftung

Die Forschungsaufgaben konnten mehrheitlich im bisherigen Rahmen weitergeführt werden. Es ist in letzter Zeit deutlich die Entwicklung festzustellen, daß sich in einigen Kantonen durch gleichzeitiges, planmäßiges Vorgehen Forschungsschwerpunkte ausbilden. Eine Aufstellung der einzelnen kantonalen Projekte sei skizzenartig zusammengestellt.

a) Zürich

Seit dem 1. Dezember 1987 wird das Archivmaterial zum «Neuamt» durch einen Juristen (Dr. THOMAS WEIBEL), in halbzeitlicher Anstellung beschäftigt, systematisch erschlossen. Die reine Sammeltätigkeit wird noch im laufenden Kalenderjahr 1989 zu Ende geführt werden können. Mit einem PC wurden bereits die Gesamttexte von Dutzenden von Dokumenten erfaßt und für den künftigen Band präpariert.

b) Bern

Biel/Erguel

Die langjährige Forschung des Rechtsquellen-Mitarbeiters Dr. PAUL BLOESCH geht ihrem Abschluß entgegen. Das Material für zwei Bände ist annähernd bereit und in seiner Gesamtheit auch wissenschaftlich aufgearbeitet. In wenigen Monaten wird das Gesamtmanuskript der Rechtsquellen-Kommission vorgelegt werden.

Emmental/Burgdorf

Das Manuskript der von Frau Dr. A. DUBLER verfaßten beiden Bände «Emmental» wurde, begutachtet durch die Kommission, dem Nationalfonds zur Einsicht vorgelegt und befindet sich jetzt beim Verlag. Mit der Erstellung des Satzes wird im Sommer begonnen. Die Finanzierung ist dank massiven Zuwendungen durch den Kanton Bern und den Schweizerischen Nationalfonds geregelt. – Inzwischen hat die Forscherin mit dem neuen Projekt «Burgdorf» begonnen, das sich über einige Jahre hinziehen wird. Ein Computer dient ihr beim speditiven Erfassen der Quellen.

c) Luzern

Weggis

Der von Herrn Dr. MARTIN SALZMANN verfaßte Band ist mit Text und vollständigem Register (mit Ausnahme des Vorwortes) fertig gesetzt.

Als Pilotprojekt kam der kostengünstige Composersatz zur Anwendung. Die gesprochenen Subventionen sollen die Kosten für Satz und Druck decken.

Stadt und Amt Willisau
Die Sichtung, Transkription und Bearbeitung des Quellenmaterials ist dank dem Einsatz von Herrn Dr. AUGUST BICKEL und der Anwendung von EDV sehr weit fortgeschritten. Das Amt Willisau ist, von der Quantität der Archivalien her betrachtet, das bei weitem bedeutendste Amt des Kantons Luzern. Die Forschung ist entsprechend aufwendig. Dennoch wird die Ablieferung des Manuskriptes für etwa 1990 erwartet.

Stadt Luzern
Mit den frühen Rechtsquellen der Stadt Luzern und dem frühen Satzungsrecht hat sich Herr Prof. Dr. GUY MARCHAL intensiv auseinandergesetzt. Seine Wahl an die Theologische Fakultät von Luzern wird auf die versprochene Fertigstellung eines ersten Stadtrechtsbandes wenig Einfluß haben.

d) Fribourg
Nach langer Zeit konnte die Erschließung von Rechtsquellen der Stadt Fribourg wieder aktiviert werden. Frau Dr. CHANTAL AMMANN hat begonnen, die frühen Stadtrechtsquellen bis 1444 zu sammeln und wissenschaftlich zu bearbeiten.

e) Schaffhausen
Die allerletzten Korrekturen an Text, Register und Titelei sind endgültig abgeschlossen worden. Gegenwärtig befindet sich der Band im Druck und sollte noch während des Jahres 1989 ausgeliefert werden. Die Finanzierung ist weitgehend gesichert; für eine Restfinanzierung wird noch der Kanton Schaffhausen bemüht werden müssen.

f) Appenzell
Nicht zu befriedigen vermochten die in Teilzeit betriebenen Rechtsquellenarbeiten durch Herrn JOHANNES GISLER. Die anfänglich gut angelaufenen Forschungen wurden vor allem durch berufliche Auslastung des Mitarbeiters (Vorsteher des Staatsarchivs und der Kantonsbibliothek, Mitarbeit am Appelationsgericht) stark beschnitten. Es wurde deshalb beschlossen, vorläufig die Forschung aufs Eis zu legen.

g) St.Gallen
Stadt St.Gallen
Die Forschung wird gegenwärtig von drei Wissenschaftern gemeinsam betrieben. Die Satzungsrechte vom Mittelalter bis zur Zeit der Französischen Revolution werden von Frau Dr. MAGDALEN BLESS-

GRABHER, den Herren Prof. Dr. OTTO P. CLAVADETSCHER und Dr. ERNST ZIEGLER bearbeitet. Das Manuskript des 1. Bandes dieser Abteilung wird voraussichtlich 1990 vorliegen.

Städtchen Wil
Die Arbeiten an dem konzipierten Rechtsquellenband Wil sind von Frau Dr. MAGDALEN BLESS-GRABHER abgeschlossen und werden voraussichtlich sehr bald als Manuskript vorgelegt werden können. Einige Dutzend Seiten davon wurden als Probe gesetzt.

Stadt Rapperswil
In kleinen Schritten, aber kontinuierlich, geht die Überarbeitung und Ergänzung des von FERDINAND ELSENER nachgelassenen Manuskriptes weiter. Herr Dr. ALOIS STADLER erweitert und vervollständigt das bereits vorliegende Material zum Rechtsquellenband.

h) Graubünden
Zehngerichtebund
Dr. ELISABETH MEYER-MARTHALER bereitet einen Band über den Zehngerichtebund vor. Die Dokumente dafür aus Gemeinde- und Privatarchiven (auch aus dem Ausland) sind mittlerweile gesammelt und teilweise transkribiert. Auch die Einleitung ist fürs erste zu Papier gebracht.

Surselva
Vorwiegend romanische Rechtsquellen werden im jetzigen Zeitpunkt nur von Herrn Prof. Dr. PAUL TOMASCHETT bearbeitet. Die bisher lediglich nebenher betriebene Forschung wird jetzt stark intensiviert werden können.

i) Tessin
Eine Besonderheit auf dem Gebiet schweizerischer Rechtsquellen und typisch für den Kanton Tessin sind die Notariatsformularbücher, die von Frau Dr. ELSA MANGO-TOMEI in Auswahl wissenschaftlich und kritisch ediert werden. Ein erster Band wurde teilweise gesetzt; die dafür notwendigen Finanzen sind sichergestellt.

k) Waadt
Ein zweiter Band, zusammengestellt von Frau Dr. ANEX-CABANIS, liegt für das Bistum Lausanne im Manuskript vor. Offerten zur Buchherstellung sind eingegangen. Gegenwärtig ist Frau Dr. REGULA MATZINGER-PFISTER dabei, die Berner Mandate von 1536–1798 in der Waadt zusammenzustellen. Das bisher gesammelte Quellenmaterial wird voraussichtlich zwei Bände füllen.

l) Erschließung schweizergeschichtlicher Quellen in ausländischen Archiven

Die entsprechenden Recherchen im Generallandesarchiv in Karlsruhe unter Leitung von Herrn Dr. MARTIN SALZMANN sind abgeschlossen worden in der Gewißheit, daß bei weitem nicht alle, aber sehr wichtige Archivabteilungen nach Helvetica durchkämmt worden sind. Inzwischen hat die Rechtsquellenstiftung vier Bände vorwiegend mit Regesten herausgegeben. Ein fünfter Band, ausschließlich als Register zu drei Bänden des Themenkreises Konstanz-Reichenau konzipiert, ist gesetzt, zum großen Teil auch korrigiert. Der Umbruch der Fahnen und der anschließende Druck stehen bevor.

4. *Vorlage und Genehmigung der Jahresrechnung 1988/89 und des Budgets 1989/90. – Présentation et approbation des comptes 1988/89 et du budget de l'exercice 1989/90*

Le président invite l'assemblée à prendre connaissance des comptes 1988/1989, dont la teneur est la suivante:

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1989

Aktiven	Fr.
Kassa	1 583.50
Postcheck	16 547.99
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorr. Ord.	28 061.10
Waadtländer Kantonalbank, «Nationalfonds»	25 410.60
Waadtländer Kantonalbank, Depositenkonto	73 965.70
Kto. Krt. Fonds Dr. Janggen	9 030.–
Verrechnungssteuer	6 218.19
Wertschriften	197 307.50
	358 124.58

Passiven		
Transitorische Passiven		14 544.10
Rückstellung für Publikationen		200 000.–
Kapital per 1. 7. 1988	171 202.53	
./. Ausgabenüberschuß 1988/89	27 622.05	143 580.48
		358 124.58

Erfolgsrechnung 1988/89

Einnahmen	Fr.	Vorjahr Fr.
Mitgliederbeiträge	151 026.–	154 150.–
Beitrag SGG	25 000.–	25 000.–
Verkauf von Publikationen	1 191.50	5 791.–
Wertschriftenertrag	8 187.–	13 524.50
Bankzinsen	2 043.39	1 462.70
	187 447.89	199 928.20
Ausgaben		
Druckkosten Referate und Protokolle	103 975.55	90 826.05
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht	42 783.–	27 930.–
Schweiz. Juristentag	28 952.50	12 837.15
Vergütung an Referenten	6 150.–	6 000.–
Spesen des Vorstandes	800.20	2 853.30
Zirkulare und Drucksachen	13 369.40	11 063.60
Archivar und Buchhaltung	11 000.–	11 000.–
Post- und Bürospesen	1 554.20	930.80
Beiträge	5 250.–	4 500.–
Bankspesen	433.59	642.80
Steuern	801.50	801.50
	215 069.94	169 385.26
Ausgabenüberschuß	27 622.05	
Einnahmenüberschuß		30 542.94

II. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1989

Aktiven		Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent		10 908.10
Verrechnungssteuer		560.58
Wertschriften		30 000.–
		41 468.68
Passiven		
Transitorische Passiven		9 030.–
Kapital per 1. 7. 1988	40 230.42	
./. Ausgabenüberschuß	7 791.74	32 438.68
		41 468.68

Erfolgsrechnung 1988/89

Einnahmen	
Wertschriftenertrag	1 337.50
Bankzinsen	26.17
	1 363.67

Ausgaben

Wissenschaftliche Preise	9000.–
Bankspesen	155.41
	9155.41
Ausgabenüberschuß	7791.74

Rapport des vérificateurs des comptes, MM. François Magnin, avocat, à Lausanne, et Jean-Marc Joerin, avocat, à Bâle (août 1989):

«In unserer Eigenschaft als Rechnungsrevisoren Ihres Vereins haben wir die auf den 30. Juni 1989 abgeschlossenen Jahresrechnungen der allgemeinen Rechnung sowie des Fonds Dr. Arnold Janggen geprüft.

Wir haben festgestellt, daß

- die Bilanzen und Erfolgsrechnungen mit den Buchhaltungen übereinstimmen,
- die Buchhaltungen ordnungsgemäß geführt sind,
- bei der Darstellung der Vermögenslagen und der Erfolgsrechnungen die gesetzlichen Bewertungsgrundsätze eingehalten sind.

Aufgrund der Ergebnisse unserer Prüfungen empfehlen wir, die vorliegenden Jahresrechnungen zu genehmigen.»

La discussion est ouverte. Elle n'est pas demandée. L'assemblée approuve, à l'unanimité, sauf un avis contraire, les comptes de l'exercice 1988/1989 et décharge est donnée au Comité pour sa gestion.

Il est passé à l'examen du bugdet 1989/1990, présenté comme suit:

III. Budget 1989/90

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	160000.–
Beitrag SGG	25000.–
Verkauf von Publikationen	p.m.
Wertschriftenertrag	10000.–
Bankzinsen	2000.–
	197000.–

Ausgaben

Druckkosten Referate und Protokolle	98000.–
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht	43000.–
Schweizerischer Juristentag	23000.–
Vergütung an Referenten	3000.–
Spesen des Vorstandes	1200.–
Zirkulare und Drucksachen	10000.–
Archivar und Buchhaltung	11000.–
Post- und Bürospesen	2000.–
Beiträge	4500.–
Bankspesen	500.–
Steuern	800.–
	197000.–

L'assemblée approuve le budget à l'unanimité.

Le président remercie le trésorier, M. PIERRE MÜLLER, juge fédéral, à Lausanne, ainsi que la fiduciaire ATAG pour leur travail.

5. *Mutationen – Liste des mutations*

Dem Verein sind beigetreten

Stand: 30. Juni 1989

Zürich

Albrecht Peter, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
Arioli Kathrin, lic. iur., Zürich
Baumberger Hans, lic. iur., Zumikon
Eckert Martin Karl, lic. iur., Zürich
Glaus Hannes, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
Haeberli Robert, Fürsprecher, Zürich
Hirsch Peter, lic. iur., Forch
Juvet Isabelle, lic. iur., Winterthur
Lerch Christoph, lic. iur, Zürich
Meisterhaus Clemens, lic. iur., Zürich
Odok Selma D., stud. iur., Zürich
Pfleghard Heinz, Dr. iur., Zürich
Pfleghard Helga, lic. iur., Zürich
Poledna Tomas, Dr. iur., Volketswil
Quendoz Roger, lic. iur., Zürich
Schwager Stefan, Dr. iur., Zürich
Schwaibold Matthias, Dr. iur., Zürich
Späni Irène, lic. iur., Gattikon
von der Crone H. C., Dr., Rechtsanwalt, Zürich
Werner Markus J., lic. iur., Watt
Zimmermann Mathis, Rechtsanwalt, Zürich

Bern

Achermann Alberto, Fürsprecher, Kernenried
Aeberhard Hans Peter, Fürsprecher und Notar, Bern
Anderegg Katharina, Notar, Spiegel bei Bern
Bickel Bernard, lic. iur., Bern
Bolz Urs, Fürsprecher, Bern
Brazerol René, Fürsprecher, Herrenschwanden
Chirico Mario, lic. iur., Biel
Frigerio Claudio, Fürsprecher, Wabern
Hauser Ernst, Fürsprecher, Bremgarten
Locher I. Thomas, Dr. iur., Bern
Luisier Adeline, lic. iur., Bern
Reinhard Hans, Fürsprecher, Ostermundigen
Sollberger Jürg, Fürsprecher, Zollikofen

Luzern

Eugster Gebhard, lic. iur., Rechtsanwalt, Adligenswil
Gmür Philipp, lic. iur., Luzern
Lehni Roswitha, lic. iur., Luzern
Lukacs Hanspeter, lic. iur., Emmenbrücke
Pfyffer Mark, lic. iur., Luzern
Scherwey Elisabeth, lic. iur., Kriens
von Büren-von Moos G., lic. iur., Luzern

Schwyz

Eggler Josef, lic. iur., Wollerau

Glarus

Zweifel Vreni, lic. iur., Schwanden

Zug

Schmid Andrea, lic. iur., Zug
Stutz-Berger Christina, Rechtsanwältin, Zug

Fribourg

Bovet Hervé, avocat, Fribourg
Furrer Andreas, juriste, Givisiez
Hauser Brigitte, lic. iur., Fribourg
Michel Nicolas, Dr en droit, Fribourg
Progin Leon, avocat/économiste, Fribourg

Solothurn

Keller Thomas, lic. iur., Kappel
Rubeli Ulrich, Rechtsanwalt, Olten
von Arx Marcel, stud. iur., Solothurn

Basel-Stadt

Flückiger Andreas, Dr., Advokat, Basel
Furrer Sara, lic. iur., Basel
Gasteyger Hans Curt, lic. iur., Basel
Wagner Beatrice, Dr., Advokatin, Basel
Weber Renaud, lic. iur., Basel

Basel-Land

Antonietti Robert, Advokat, lic. iur., Binningen
Giavarini Marco, lic. iur., Binningen
Müller Jürg Luzius, lic. iur., Reinach
Völlmin Dieter, Dr., Advokat, Oberdorf

St. Gallen

Hasler Katharina, lic. iur., St. Gallen
Schläpfer Johannes, lic. iur., Rapperswil

Graubünden

Candrian Daniel, lic. iur., Chur
Schwarz Robert-Martin, Dr., Rechtsanwalt, Chur

Aargau

Wiesli Paul, Fürsprecher, Oftringen

Ticino

Brioschi Guido, avvocato e notaio, Lugano
Calamaei Mario, lic. iur., Iseo
Emma-Censi Alessandra, lic. in diritto, Bioggio
Ermani Mauro, lic. in diritto, Bissone

Vaud

Alvarez y Vazquez Ben., Dr en droit, avocat, Lausanne
Bettems Denis, Dr en droit, Lausanne
Carré Olivier, Dr en droit, avocat, Lausanne
Carruzzo Philippe, lic. en droit, Lausanne
Hartmann Karl, Dr en droit, juge fédéral, Lausanne
Hugi Thomas, lic. en droit, Pully-La Rosiaz
Killias Martin, Dr en droit, professeur, Bercher
Kosirnik René, lic. en droit, Bogis-Bossey
Leresche Isabelle, lic. en droit, Lausanne
Maire-de Riedmatten Hel., lic. en droit, Lausanne
Naef Marcel, avocat, Bogis-Bossey
Rolaz Charles lic. en droit, Mont-sur-Rolle
Schaufelberger Peter, lic. en droit, Lausanne
Schibler Tal, étud. en droit, Lutry
Schupp Dominique, Dr en droit, Pully
Siegrist Florence, lic. en droit, Lausanne
Zuercher François, lic. en droit, Echandens
Zuercher-Lorez Irène, Dr en droit, Yverdon

Valais

Bille Nicolas, lic. en droit, Sierre
Biner Nicolas, lic. en droit, Bramois
Fagioli André, lic. en droit, Chippis
Minnig René, lic. iur., Steg
Vouilloz Madeleine, lic. en droit, Sion
Zimmermann Philippe, lic. en droit, avocat, Sion

Neuchâtel

Daïna Sandro, lic. en droit, Cortaillod

Genève

Buensod François, avocat, Genève
Garrone Pierre, lic. en droit, Genève
Nanchen Véronique, avocate, Genève
Ulmann Thierry, lic. en droit, Chêne-Bougeries
Viertl Beatriz, lic. en droit, Genève
Weber Pierre-Christian, lic. en droit, juge, Genève

Gestorben sind folgende Mitglieder

Stand: 30. Juni 1989

Eintritts-jahr	
1946	Amgwerd Karl, lic. iur., Rickenbach
1969	Attiger-Suter Jeannette, Dr., Advokat, Binningen
1927	Balestra Demetrio, dott. in legge, Lugano
1946	Bietry Jules, avocat, Neuchâtel
1938	Birchmeier Wilhelm, Dr en droit, Chailly s/Lausanne
1980	Bonin Bernard, avocat, Fribourg
1967	Borla Giorgio, lic. iur., avvocato e notaio, Bironico
1936	Brunner Max, Dr. iur., Fürsprecher, Basel
1956	Buensod Jean-Paul, avocat, Genève
1953	Campana Luigi, dott., avvocato e notaio, Lugano
1963	Fankhauser Jean-Paul, lic. iur., Bern

1978 Favarger André, Fribourg
1982 Gabi Stefan, lic. iur., Zürich
1943 Grand Louis, avocat, Romont
1973 Kull Hans-Ulrich, Fürsprecher und Notar, Olten
1932 Loew Marcus, Dr., Advokat und Notar, Basel
1967 Loup Claude, lic. en droit, avocat, Neuchâtel
1934 Morand Aloys, Juge cantonal, Sion
1961 Moser Max P., avocat, Genève
1945 Nussbaumer Lucien, Dr en droit, Fribourg
1939 Pfund W. R., Dr., Fürsprecher, Bern
1958 Ruckstuhl Lotti, Dr., Rechtsanwalt, Wil
1936 Schlatter Carl, Dr. iur., Männedorf
1971 Schnitzer Adolf F., Prof. Dr en droit, Genève
1945 Schüpbach-Isler Hermann, Rechtsanwalt, Zürich
1958 Staeheli Viktor, Dr., Rechtsanwalt, Zollikon
1973 Staehelin Thomas, Dr., Advokat, Basel
1934 Valloton Paul-A., Dr en droit, avocat, Lausanne
1934 Wolf Ernst, Prof. Dr., Advokat und Notar, Riehen

Demissionen liegen vor von

Eintritts-
jahr
1964 Ab Egg Alfred, Dr., Regierungsrat, Basel
1984 Andrey Alain, avocat, Freibourg
1960 Badel John, avocat, Genève
1973 Benz Christian, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1961 Bernasconi Benito, avvocato e notaio, Morbio Inferiore
1981 Bielinski Jan, Jurist, Zürich
1938 Borel Alfred, conseiller d'Etat, Genève
1966 Brägger Leo, Dr., Rechtsanwalt, St. Gallen
1984 Brun Theobald, étud. en droit, Vevey
1978 Buffle Robin, lic. en droit, Genthod
1948 Bujard Jean-Daniel, Dr en droit, avocat, Lausanne
1973 Burkhart Hanspeter, Rechtsanwalt, Zürich
1953 Chappuis Jean-Claude, Dr en droit, avocat, Morges
1979 Cherix Philippe, juriste, Sion
1984 Corvin Dana, juriste, Lausanne
1981 Cuendet-Lewis Dian, lic. en droit, Pully
1983 Daniel Thomas, lic. en droit, Genève
1980 Dupuis Michel, juge-instructeur, Monthey
1969 Eichenberger Hans, Dr. iur., Zürich
1984 El-Yazigi Lotfallah, lic. en droit, Vesenaz
1982 Fabesch Catherine, étud. en droit, Grand-Lancy
1978 Fehlmann Kurt, Polizeikommandant, Luzern
1945 Frei Hans, Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Baden
1972 Freudiger Max, Dr., Rechtsanwalt, Adliswil
1976 Frossard de Saugy Jean, avocat, Genève
1975 Fürst Catherine, Advokat, Basel
1981 Fux-Lingg Werner, Advokat und Notar, Brig
1961 Giovanelli Rinaldo, avvocato e notaio, Ascona
1981 Godet Violaine, lic. en droit, Auvernier
1981 Greuter Jürg M., Jurist, Basel
1987 Gyoeroek Joseph, lic. iur., Zürich
1981 Hegetschweiler Rudolf, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1965 Huguenin Michel, avocat, Neuchâtel
1982 Iberl Jürgen, lic. iur,. Basel

1983 Item Ettore, dott. in giurispr. Massagno
1972 Jaton Bernhard, lic. en droit, Neuilly-sur-Seine (F)
1973 Jost Johannes, Fürsprecher, Münchenbuchsee
1972 Keller Alfred, Rechtsanwalt, Zürich
1962 Köhler Peter, Rechtsanwalt, Meilen
1984 Konow Magnus, juriste, Crans
1985 Lapaire Pierre-Alain, lic. en droit, Genève
1978 Lehmann Othmar Peter, Rechtskonsulent, Bern
1962 Leuch Pierre, Dr. iur., Mettmenstetten
1969 Leuzinger Henri, conseiller juridique, Genève
1985 Loeffler Hans Peter, stud. iur,. Rüschlikon
1967 Mayor Bernard, lic. en droit, Gorgier
1983 Meyer Doris Maria, Dr., Rechtsanwalt, Kreuzlingen
1978 Nater Bruno, Dr., Rechtsanwalt, Schlattingen
1985 Nicati Françoise, juriste, Bienne
1967 Noseda Alfredo, avvocato, Chiasso
1982 Oertli Reinhard, lic. iur., Zürich
1981 Oesch Bruno, Jurist, Abtwil
1984 Pfirter Dieter, lic. iur., Pratteln
1984 Rippstein Gabrielle, lic. en droit, Genève
1939 Ronner Max, Dr. iur., Zollikon
1969 Rotalinti Plinio, dott. in legge, Bellinzona
1955 Ryser Hans Ulrich, Dr. iur., Fürsprecher, Zürich
1981 Saile Peter, lic. iur., St. Gallen
1984 Schiesser Monica, Juristin, Basel
1985 Schläpfer Yvonne, Rechtsanwältin, Zürich
1981 Schmid Barbara, Rechtsanwältin, Zürich
1977 Schnurrenberger Albert, Dr. iur., Binningen
1961 Schweingruber Edwin, Prof. Dr., Oberrichter, Bern
1984 Staehelin Liselotte, stud. iur., Basel
1977 Steiger Hans, Fürsprecher, Bern
1973 Sterba Miroslav, Dr. iur., Winterthur
1983 Stirnimann Urs, lic. iur., Zürich
1982 Strahm Andrea, lic. iur., Basel
1981 Straub Rodolfo, lic. iur., Oberrieden
1984 Szabo Ferenc, lic. iur., Bolligen
1984 Tamagni Paolo, étud. en droit, Fribourg
1950 Turrettini Robert, Dr en droit, avocat, Genève
1977 Veya E., Kammerschreiber, Bern
1981 Vogt Hans-Peter, lic. oec. HSG, St. Gallen
1981 von Salis Peter, Dr., Rechtsanwalt, Erlenbach
1978 von Salis-Bilfinger H., lic. iur., Erlenbach
1983 Weil Alex, Jurist, Basel
1953 Wild Hans, Fürsprecher, Bern
1980 Zimmermann Salome, Dr. iur., Zürich
1970 Zinner Oscar, Dr., Advokat, Liestal

6. Avant de clore cette assemblée administrative, il me reste deux tâches agréables.

La première est de vous transmettre l'invitation des avocats de Schwytz, qui nous invitent chez eux l'année prochaine, soit les 6 et 7 octobre 1990. Je les remercie d'avoir bien voulu accepter la tâche non négligeable d'organiser ce congrès.

7. La seconde consiste à décerner le prix *Janggen* aux deux candidats qui ont été sélectionnés cette année par notre comité.

– FELIX ZULLIGER, de Zollikon, reçoit le prix pour sa thèse intitulée «Eingriffe Dritter in Forderungsrechte – zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven Recht».

Das Werk von Felix Zulliger über «Eingriffe Dritter in Forderungsrechte – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven Recht» handelt vom Wesen der Forderungsrechte und trägt in diesem Bereich zum grundsätzlichen Verständnis des Obligationenrechtes bei. Nach eingehender Analyse der verschiedenen Möglichkeiten Dritter, die Rechte des Gläubigers gegenüber seinem Schuldner zu beeinträchtigen, gelangt der Autor mit Hilfe der Rechtsvergleichung zu einer neuen Sicht der Forderungsrechte. Insbesondere zeigt er auf, daß sie auch als absolute Rechte, die mithin in den Schutzbereich des Art. 41 Abs. 1 des Obligationenrechtes fallen, verstanden werden können. Die dogmatischen Überlegungen von Felix Zulliger sprengen so den Rahmen der Forderungsrechte und stellen einen wichtigen Beitrag zum Verständnis der subjektiven Rechte im allgemeinen dar.

– M. MARKUS NEUHAUS, Zürich, reçoit le prix pour sa thèse intitulée «Die Besteuerung des Aktienertrages».

Markus Neuhaus ist in seiner Dissertation «Die Besteuerung des Aktienertrages» mit großer Sorgfalt und viel Geschick den recht komplexen Fragen nach dem Vermögensertrag – insbesondere dem Aktienertrag – in steuerrechtlicher Sicht nachgegangen. Dabei handelt es sich um Probleme, die in Literatur und Judikatur immer wieder Anlaß zu großen Kontroversen geben und deren Bewältigung selbst für einen erfahrenen Steuerjuristen nicht einfach ist.

Bei der einläßlichen Behandlung des Themas hat sich Markus Neuhaus nicht gescheut, Kernprobleme zu ergründen, insbesondere jene der Besteuerung geldwerter Leistungen (verdeckte Gewinnausschüttungen), der Gratisaktien und Gratisnennwerterhöhungen, und sich mit den Transponierungs- und Liquidationsfällen zu befassen. In gut verständlicher Sprache setzt er sich dabei mit der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung kritisch auseinander und vertritt fundierte eigene Meinungen.

Seine Arbeit ist ein wertvoller Beitrag zu Lehre und Praxis.

La partie administrative est ainsi terminée.

IV.

Generaldiskussion über die Tagungsthemen – Discussion sur les sujets des rapports

A) Das Verursacherprinzip im Umweltschutz – Le principe du pollueur-payeur en droit de l'environnement

1. Zusammenfassung der Diskussion in Gruppen durch die Referentinnen – Résumé des discussions dans les groupes de travail par les rapporteurs

Dr. BEATRICE WAGNER:

Sehr geehrte Damen und Herren

In den drei Umweltschutzgruppen wurden diverse Themenbereiche und Fragenkomplexe angeschnitten. Die Zusammenfassung der haf-

tungsrechtlichen Punkte überlasse ich Frau PETITPIERRE und beschränke mich meinerseits auf die Fragen, die polizeiliche Maßnahmen einerseits, Abgaben anderseits betreffen.

Alle Gruppen sind im Ergebnis dazu gekommen, daß Abgabenlösungen zur Verwirklichung des Verursacherprinzips nicht völlig außer acht gelassen werden können. Dabei können Abgaben Verbote nicht ersetzen, sondern zur ergänzen. So können sie z. B. da sinnvoll sein, wo wegen einer Vielzahl von kleinen Umweltbelastungen die Kontrolle der Einhaltung von Geboten zu aufwendig wäre. Abgaben können auch zum Ausgleich von Duldungskosten für gesetzlich zulässige Umweltbelastungen dienen. Ferner können Abgaben zum Ausgleich von Schädigungen erhoben werden, die auf eine an sich zulässige Handlung zurückgehen, die jedoch widerrechtliche Folgen zeitigt, die nicht vorhersehbar waren. Eine Übertragung der Haftungsregeln eignet sich für diese Fälle nicht, da der *Gesetzgeber* entscheiden sollte, wer nach welchen Kriterien den Schaden zu tragen hat, und dies nicht dem Richter, der Haftungsbestimmungen zur Anwendung bringt, überlassen werden kann.

Bei allen marktwirtschaftlichen Instrumenten ist zu beachten, daß sie zur Zeit auf Bundesebene *nicht* vorgesehen sind, und es daher teilweise in den Gruppen umstritten war, ob die Kantone von diesen Instrumenten Gebrauch machen sollten. Denn auch marktwirtschaftliche Instrumente sind mit einem nicht zu vernachlässigenden Kontrollaufwand verbunden, da Abgaben hinterzogen und Zertifikate gefälscht werden können. Zudem bergen Abgaben die Gefahr unsozialer Rechtsungleichheiten in sich. Sie sind, im Unterschied zu polizeilichen Maßnahmen, auch nicht mit Subventionen für benachteiligte Gebiete kombinierbar, was ebenfalls die Gefahr unerwünschter Wirkungen in bestimmten Regionen zur Folge hat. Als Beispiel wurde hier der Öko-Bonus genannt, der Bürger aus Gebieten benachteiligt, die noch nicht so gut mit öffentlichen Verkehrsmitteln erschlossen sind.

Anderseits haben Abgaben den Vorteil, flexiblere Lösungen zu bieten. Für ihre Wirksamkeit bleibt natürlich ihre Ausgestaltung entscheidend. Mögliche Mängel, wie unerwünschte Ausweichmöglichkeiten oder eine uneffiziente Abgabehöhe, sind vom Gesetzgeber durch eine vernünftige Ausgestaltung zu vermeiden, können aber nicht das Prinzip in Frage stellen, daß Abgaben an sich eine sinnvolle Ergänzung zu Auflagen bilden. Hier bleibt natürlich zu beachten, daß die Detail-Ausgestaltung weitgehend einem politischen Entscheid überlassen bleibt, so daß durchaus das Risiko besteht, daß Abgaben so ausgestaltet werden, daß sie wenig nützen.

Nicht zur Sprache kam, soweit ich es überschaue, die notwendige Rechtsgrundlage für die Einführung von Abgaben, d. h. die Frage, ob nicht zuerst eine Verfassungsgrundlage zu schaffen wäre, wenn sich der Bund jetzt an eine Revision des Umweltschutzgesetzes macht.

Immer wieder betont wurde auch die Schwierigkeit, den Verursacher zu eruieren, da nicht nur auf horizontaler Ebene mehrere Schadstoff-

emittenten vorhanden sind, sondern auch in der vertikalen Verursacherkette nicht offensichtlich ist, ob der Hersteller oder Großverteiler oder der Endabnehmer Normadressat sein soll. Maßgeblich soll hier sein, wo eine Maßnahme am zweckmäßigsten verwirklicht werden kann.

In gewissen Fällen kann es sogar zweckmäßig erscheinen, eine bestimmte Umweltbelastung nach dem Gemeinlastprinzip zu beseitigen. Denn das Verursacherprinzip und das Gemeinlastprinzip bilden zwei nebeneinander bestehende rechtspolitische Prinzipien, und es soll im Einzelfall entschieden werden, welchem dieser Prinzipien der Vorrang zukommen soll. Allerdings wurde das Verursacherrinzip explizit ins Umweltschutzgesetz aufgenommen und ist zumindest in diesem Umfang durchaus verbindliches Recht. Aber selbst wenn dem Verursacherprinzip sogar Verfassungsrang zukäme, sind Ausnahmen jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen. Wir sehen solchen Ausnahmen im Umweltschutzgesetz selber bei den Bestimmungen über Schallschutzmaßnahmen, die je nach Interessenlage von den Betroffenen zu finanzieren sind. Hier zeigt sich die Reziprozität des Verursacherprinzips, indem der Betroffene an einer Immission mitschuldig, also auch Verursacher sein kann, und ihm deshalb unter bestimmten, vom Gesetz zu definierenden Voraussetzungen Kosten zugeordnet werden können.

Durchbrechungen des Verursacherprinzips gibt es ferner insbesondere im Bereich des Abfallwesens. Hier zeigt sich, daß eine konsequente Durchsetzung des Verursacherprinzips die ökologischen Anliegen nicht immer am besten verwirklicht. Anstatt daher für die Beseitigung von Sonderabfällen oder bestimmten separat gesammelten Abfallarten eine Abfallgebühr zu fordern, übernimmt hier der Staat oft aus Lenkungsgründen die Entsorgungskosten. Solche Subventionen aus Lenkungsgründen sollten allerdings höchstens Übergangscharakter haben. Vorzuziehen wäre eine vorgezogene Entsorgungsgebühr, die auf dem Detailverkaufspreis zu erheben wäre.

Ein weiterer Streitpunkt war schließlich die EG-Kompatibilität unserer schweizerischen Umweltschutznormen. Während von seiten der Behörden die Tendenz besteht, hier, ohne zu beachten, wie andere Staaten ihre Umwelt schützen, eine Vorreiterrolle übernehmen wollen, argumentiert die Industrie mit den oft schwer meß- und kontrollierbaren Werten, die ihnen oft nicht verständlich werden lassen, warum es gerade dieser Wert sein muß, und nicht auch ein einheitlicher Wert angenommen werden könnte, was in manchen Fällen den Im- und Export erleichtern könnte. Auch bei Lenkungsabgaben sollte ihre Zwecktauglichkeit kritisch geprüft werden, um nicht schweizerische Produkte im internationalen Handel unnötig zu benachteiligen. Für die Zukunft zu prüfen bleibt auch die Möglichkeit der Erhebung einer Art «Dumping-Zoll» beim Import von Gütern aus Ländern, die keine oder nur sehr milde Umweltschutzauflagen kennen.

Das war ein Querschnitt durch die in Gruppen geführten Diskussio-

nen. Keinesfalls soll der Eindruck erweckt werden, daß irgendwo einheitliche Schluß-Statements geliefert werden konnten. Vielmehr waren es sehr spannende und kontroverse Gespräche, die zeigten, daß noch manche Fragen offen sind.

Mme ANNE PETITPIERRE:

Aucune conclusion précise ne peut être tirée des discussions relatives à la responsabilité en tant qu'instrument d'application du principe du pollueur-payeur. La liste que je vous donnerai est donc tout au plus une sorte de catalogue, plus ou moins organisé, des points soulevés au cours des débats.

Un premier problème touche à l'acte illicite et à la difficulté que plusieurs d'entre vous voient dans le fait d'une responsabilité fondée sur un acte illicite qui se produirait dans le cadre d'une activité par ailleurs licite. A cet égard, bien que la situation ne soit pas nouvelle en matière de protection de l'environnement, certaines réserves ont été émises et des comparaisons ont été faites avec la jurisprudence relative aux atteintes inévitables; on sait que cette jurisprudence, qui se rattache plus ou moins directement à l'application de l'article 679 CC, concerne des situations dans lesquelles l'auteur, le responsable, n'a pas commis un excès au sens de cette disposition, mais se trouve néanmoins tenu d'indemniser le voisinage pour des activités licites et, le plus souvent, autorisées.

On a également rapproché cette situation de l'expropriation matérielle, où le pollueur peut être assimilé à une personne qui fait un usage accru, supérieur à la normale, d'un bien collectif qui devrait être à la disposition de tous; l'indemnisation que le pollueur devrait dans ce cas payer a été comparée à une sorte d'indemnité pour le prélèvement supplémentaire qu'il opère sur l'environnement. L'influence du droit public est donc très grande et cette sorte de parenté entre les notions utilisées et appliquées sur le plan de la responsabilité et les notions de droit public est ressortie à plusieurs reprises des discussions auxquelles j'ai assisté.

Ainsi, on a souligné que dans le cadre d'une responsabilité, il n'importe pas tellement de rechercher des dommages-intérêts, mais la prévention, c'est-à-dire la garantie que le responsable fera en sorte que les atteintes à l'environnement ne se produiront pas ou ne se produiront plus. Il s'agit là d'une évolution tout à fait parallèle à ce qui se produit en droit public, puisque, par exemple, l'on réclame le plus souvent de la collectivité publique des mesures de prévention de préférence à une indemnisation pour expropriation des droits de voisinage. C'est notamment le cas, qui a été évoqué, des mesures de lutte contre le bruit le long des routes.

Ce rapport entre le droit privé et le droit public est encore apparu en parlant de la détermination du caractère illicite d'un acte par rapport à

des normes de droit public. On s'est demandé si les normes-limites qui existent en matière de bruit et de pollution de l'air notamment sont déterminantes pour la responsabilité; en d'autres termes, celui qui dépasse ce que le droit public lui fixe comme norme-limite commet-il automatiquement un acte illicite, et, à l'inverse, s'il reste dans le cadre de ces valeurs-limites, est-il à l'abri de toute responsabilité? Si l'on peut raisonnablement admettre que celui qui dépasse les valeurs-limites commet effectivement un acte illicite et que le droit civil s'aligne, dans cette mesure, sur le droit public, il n'en va pas de même pour les actes qui n'excèdent pas les valeurs-limites. En effet, dans la jurisprudence actuelle de l'article 679 CC – et on pourrait imaginer qu'il en soit de même pour la responsabilité du pollueur –, l'excès s'apprécie en fonction de critères et de rapports locaux, de sorte qu'il peut être réalisé même si les valeurs-limites du droit public ne sont pas atteintes. Cette situation n'est pas en soi insatisfaisante; les valeurs-limites, qui relèvent d'une politique générale, ne sont en effet pas destinées à fixer des questions individuelles. Néanmoins, une harmonisation entre les solutions imposées par le droit public et celles du droit privé, soit entre les conditions d'application de ces normes, serait nécessaire dans l'optique de la sécurité du droit.

On a remarqué également une influence réciproque du droit public et du droit privé dans la conception de la responsabilité qui a été évoquée et dans le problème de la titularité du droit de mettre en œuvre cette responsabilité. Le pollué qui se plaint d'atteintes à l'environnement fait valoir des intérêts qui sont, finalement, ceux de l'ensemble de la population. On peut dès lors se demander si ce type d'intérêt ne doit pas être défendu exclusivement par la collectivité publique et non par l'individu. Cette question est évidemment liée au fait que l'environnement appartient à tous, sans qu'il y ait réellement droit de propriété, et que chacun est touché par les atteintes qui lui sont portées. Mais il est vrai aussi que la collectivité est également automatiquement lésée. Il n'y a donc pas de limite précise entre la défense de l'intérêt privé et la défense de l'intérêt public, ce qui, pour certains, représente un danger de glissement vers l'action populaire.

Voilà les problèmes qui ont été évoqués dans le cadre de la responsabilité du pollueur. Ces questions ne font pas le tour des conditions de la responsabilité. Elles montrent toutefois qu'il se dessine une sorte de complémentarité entre les instruments de droit public et de droit privé, instruments qui doivent contribuer à atteindre un résultat commun.

2. Vortrag von Prof. Pierre Widmer, Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz – Exposé du professeur Pierre Widmer, vice-directeur de l'Office fédéral de la justice

Permettez-moi de vous livrer les réflexions que m'a inspiré l'excellent rapport de Madame Petitpierre, et en particulier sa démarche consistant à examiner comment la responsabilité civile pourrait être utilisée

pour appliquer de façon plus radicale le principe du pollueur-payeur. La question est de savoir si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ce principe (dont la portée en droit public nous a été présentée tout aussi brillament par Madame WAGNER) est susceptible de constituer une source, voire un fondement de responsabilité dans le cadre du droit privé.

Considéré du point de vue du droit civil et plus particulièrement sous l'angle de la responsabilité, le problème soulevé par Madame PETITPIERRE implique un constat qui se retrouve également dans le rapport de Madame WAGNER (pp. 376 ss) et auquel je puis me rallier entièrement: celui de l'insuffisance du système actuel de la responsabilité civile face au défi que représentent les atteintes à l'environnement. Et si je parle de système pour désigner l'ensemble des normes qui régissent la réparation d'un dommage (en me limitant ici au domaine extra-contractuel), cela revient déjà à utiliser un euphémisme. En fait, toutes ces normes assez disparates et très dispersées apparaissent non seulement comme insuffisantes, mais aussi, dans une certaine mesure, comme incohérentes et même injustes.

Cette insuffisance ou défaillance du corps de règles fondant une responsabilité, qui est perçue avec une intensité particulière dans le domaine du dommage écologique, est en réalité une insuffisance générale. Pour vérifier cette affirmation, il suffirait de se rappeler brièvement tous les artifices que la doctrine et la jurisprudence ont dû mettre en œuvre pour arriver à des résultats à peu près satisfaisants ou pour en éviter de trop choquants. Le temps de parole limité qui m'est imparti ne me permet pas de dresser l'inventaire de toutes ces simulations et dissimulations, déformations et distorsions, des cas où la faute n'est plus une faute, où le propriétaire devient locataire, où les preuves libératoires sont escamotées, où les fardeaux de la preuve sont renversés etc.

Il est admis généralement que le dispositif des responsabilités objectives authentiques, c'est-à-dire des responsabilités que nous appelons «pour risques», est incomplet. Il est étrange de constater que dans ce domaine-là, tant la doctrine que la jurisprudence ont fait preuve de beaucoup plus de réserves et d'hésitations dans leurs tentatives d'étendre le champ d'application des différentes hypothèses de responsabilité que ce qu'ont fait, par exemple, nos collègues en Autriche. On a respecté en Suisse une prétendue interdiction de recourir à cette analogie, dont personne n'a jamais pu d'ailleurs expliquer d'où elle sortait, mais qui semble tenir au fait que – contrairement à toute évidence – les responsabilités objectives continuent aujourd'hui d'être considérées comme des exceptions à la règle, c'est-à-dire à la responsabilité aquilienne.

En ce qui concerne l'incohérence, je me limite à vous rappeler les débats de la Société suisse des juristes qui ont eu lieu en 1967 à Neuchâtel, où presque tout ce qu'il y a à dire à ce sujet a été dit par MM. GILLIARD et STARK.

Enfin, je vois l'injustice notamment dans le fait – que je viens d'évoquer – que ces responsabilités pour risques ne touchent que certaines activités dangereuses. Cette situation a pour conséquence qu'un nombre d'autres activités dangereuses reste soumis au régime traditionnel de la responsabilité pour faute, ce qui revient à une flagrante inégalité de traitement – à moins, justement, que l'on ne recoure à des dénaturations des responsabilités existantes pour combler ces lacunes.

En résumé, je pense que sur le point du diagnostic, je peux me rallier entièrement à la position prise par les deux rapporteuses.

J'ai en revanche plus de difficultés en ce qui concerne la thérapie qui nous est suggérée pour remédier à ces insuffisances et qui consisterait, si j'ai bien compris, à faire du principe du pollueur-payeur une clause générale de responsabilité pour les atteintes à l'environnement. Et cette conception ne serait pas si révolutionnaire qu'on pourrait le penser puisque l'on pourrait s'inspirer d'un modèle qui existe d'ores et déjà dans le droit en vigueur, soit l'article 36 LPEP que Madame PETITPIERRE qualifie de «cas d'application clair du principe du pollueur-payeur». Il suffirait d'élargir cette disposition-modèle au-delà du domaine hydrologique pour réaliser la responsabilité optimale en matière de protection de l'environnement.

Je sais, Mesdames et Messieurs, que selon le fameux adage «de mortuis nil nisi bene», il ne faudrait jamais dire de mal des défunts et encore moins, certainement, d'un agonisant. Or, l'article 36 LPEP, bien que formellement encore en vigueur, est bien mort. Il a été remplacé, dans la révision de la LPEP actuellement en cours, par un article 69, qui institue une responsabilité pour risque classique. D'ailleurs, cet article 36 n'a jamais vraiment vécu, car durant les dix-sept années de son existence dans le Recueil officiel des lois fédérales, aucun arrêt le concernant n'a été publié.

A mon avis, la raison de cet échec, la raison pour laquelle cette conception n'a pas été retenue lors de l'élaboration de la LPE et la raison pour laquelle nous ne devrions pas la ressusciter, est évidente. Elle vient du fait que le principe du pollueur-payeur ne peut constituer la source ou le fondement d'une véritable responsabilité. Il lui manque un élément essentiel qui est celui du critère d'imputation, qui justifie l'attribution du dommage à un sujet plutôt qu'un autre ou, plus précisément, qui justifie que ce dommage soit supporté – contrairement au principe général – par quelqu'un d'autre celui qui l'a subi. Ce critère ne peut être trouvé ni dans l'illicéité du résultat, ni dans la causalité, qui est à la base du principe du pollueur-payeur.

L'illicéité de l'atteinte à l'environnement n'est qu'une des conditions de la responsabilité, une condition nécessaire, mais pas suffisante. Si l'illicéité de l'atteinte pouvait fonder la responsabilité, celle-ci devrait à plus forte raison être admise lorsque l'objet de l'atteinte est la vie ou l'intégrité physique humaine. Or ce n'est pas le cas, comme d'ailleurs pour les atteintes portées à d'autres droits absolus. Il serait dès lors

difficilement compréhensible qu'un dommage corporel, voire un pour préjudice matériel, donne lieu à une responsabilité causale absolue s'il est causé à travers une atteinte à l'environnement, tandis que le même dommage resterait soumis au régime traditionnel s'il lui manque cette dimension écologique.

De même, la seule causalité ne saurait créer un lien suffisant de responsabilité. La métaphore utilisée à la fin du siècle passé par MAX RUEMELIN, qui écrivait «Von der bloßen Verursachung führt keine Brücke zur Verantwortung» – «Il n'y a pas de pont qui mène de la simple causalité à la responsabilité», garde toute sa valeur. A contrario, le pont qui mène à la responsabilité ne passe pas forcément par la causalité, puisque chaque fois qu'une responsabilité est rattachée à une omission, la causalité – au sens logique du terme – fait précisément défaut. C'est pour cette raison, d'ailleurs, qu'une responsabilité causale pour omission telle qu'elle était prévue à l'article 36 LPEP me semble être un non-sens manifeste. Un argument supplémentaire, assez convaincant, a été avancé dernièrement en faveur de cette thèse par le professeur MICHAEL ADAMS de Hambourg dans un article paru au dernier numéro de la Juristen-Zeitung. Sous le titre significatif «Das ‹Verursacherprinzip› als Leerformel», le professeur allemand constate simplement – et je ne vois guère comment on pourrait le contredire – que sous l'aspect de causalité (pour autant qu'il soit relevant du tout), la contribution du lésé et celle de l'auteur du dommage sont absolument équivalente: la victime et l'auteur du dommage sont aussi causals l'un que l'autre – dit-il –, puisque le dommage n'aurait pu se produire sans la présence de l'un et l'autre. De cette constatation, MICHAEL ADAMS tire des conclusions qui me paraissent en partie discutables. Mais son point de départ est certainement exact en ce sens que pour fonder une responsabilité, le principe du pollueur-payeur, en tant que principe basé sur la seule causalité, doit s'assortir d'un jugement de valeur, qui serait précisément le critère d'imputation dont j'ai parlé plus haut.

Dans notre droit actuel, nous connaissons deux critères d'imputation, l'un subjectif, la faute, l'autre objectif, lié aux risques qualifiés que peuvent présenter certaines situations. Le critère objectif d'imputation se fonde sur l'idée qu'il est juste que celui à qui l'ordre juridique accorde le privilège d'exercer, dans son propre intérêt et à son profit, une activité qui devrait en principe être interdite en raison de son caractère dangereux en assume aussi les conséquences pécuniaires lorsque le risque crée se réalise sous forme de dommage causé à autrui. On retrouve donc effectivement le concept économique d'internalisation des coûts externes, mais transposé en termes de droit privé.

En conclusion, je pense que les lacunes du système actuel ne peuvent pas être comblées en recourant au principe du pollueur-payeur et en lui assignant une fonction qu'il ne me semble pas être capable d'assumer. Sans vouloir être aussi sévère que le professeur ADAMS, pour qui le «Verursacherprinzip» est une «étiquette sans valeur» et qui va jusqu'à

le qualifier de «Begriffsmüll», soit de «déchet conceptuel», je dois me rallier largement à son opinion en ce qui concerne la mise en œuvre de ce principe dans le cadre de la responsabilité civile. En revanche, il me semble qu'il faudrait sans plus tarder – ce que Mme PETITPIERRE s'est volontairement abstenue de faire – rouvrir le débat commencé en 1967, à Neuchâtel, sur la généralisation de la responsabilité pour risque et passer aux actes. Un premier pas a été franchi avec la révision de la LPEP. Rien n'empêcherait de reprendre le système institué par le nouvel article 69 LPEP, soit une responsabilité classique pour risque, dans le cadre d'une éventuelle révision de la LPE, de façon à couvrir toutes les atteintes à l'environnement. Mais, en fin de compte, le véritable but à atteindre serait l'élaboration d'une clause générale de la responsabilité pour risque, qui s'appliquerait sans distinction du fait que le dommage est écologique ou non.

Je suis conscient qu'une série de problèmes que je n'ai pas traités se poseront, notamment dans la définition de la notion de «dommage écologique». Il me semble toutefois que sur le fond, les réflexions que nous ont livrées les rapporteuses constituent un progrès en ce sens qu'elles montrent les limites de la responsabilité dans le cadre du droit privé.

Je vous remercie.

3. Stellungnahmen der Referentinnen – Prise de position des rapporteurs

Mme ANNE PETITPIERRE:

Je ne sais pas s'il faut répondre aux objections de M. WIDMER. Elles sont connues et, dans une très large mesure, elles ont déjà été discutées dans le cadre des réunions de cette société en 1967, lorsque l'on a parlé de la généralisation de la responsabilité pour risque.

Le problème fondamental dans cette question de la contribution de la responsabilité est effectivement de déterminer un critère précis d'imputation d'un dommage à un responsable, puisque l'environnement et les éléments qui le composent sont des biens qui, dans la mesure où ils sont nécessaires à tous, appartiennent à tous et qu'ils font, de surcroît, l'object d'atteintes qui sont très largement collectives. Je reprends l'exemple, pour ne pas tomber dans la responsabilité du propriétaire d'immeubles, de la diffusion de produits nuisibles à l'environnement: pour certains de ces produits, l'atteinte se manifeste dans plusieurs éléments, soit l'air, l'eau et le sol, ou vice versa, et elle résulte de l'action de diverses personnes, savoir celui qui fabrique le produit, celui qui le diffuse, celui qui l'utilise et, enfin, celui qui doit éliminer les déchets; il s'agit donc d'une combinaison d'atteintes, d'un système de cycles auxquels tout le monde participe. Je comprends très bien, et

c'est d'ailleurs le problème auquel je me suis moi-même heurtée, qu'il est difficile de régler une telle situation sur le plan de la responsabilité, soit de mettre en relation, à un certain moment, la victime du dommage et le responsable de celui-ci. Mais ce problème n'est pas nouveau. Plusieurs atteintes à l'environnement ont également des effets nuisibles sur la santé, voir la vie humaine; la question se pose donc en cas de diffusion et de mise en circulation de substances qui portent atteinte à la santé ou à la vie humaine. Et je dirai, sans vouloir pousser à l'extrême le raisonnement du professeur ADAMS, qu'il n'y a effectivement pas de responsabilité sans victime et que toute personne atteinte dans sa santé ou dans sa vie par l'action d'un tiers a évidemment contribué fâcheusement à la survenance du dommage; ce critère ne peut pas être utilisé exclusivement dans l'optique des atteintes à l'environnement.

Il faut voir que ce problème a des composantes spécifiques au principe du pollueur-payeur et d'autres générales, liées à la responsabilité, qui, dans une société à systèmes complexes, devient plus difficile à déterminer. C'est le motif pour lequel, je l'ai dit et il faut le répéter, la responsabilité ne peut être, dans ce domaine, qu'un des moyens de réaliser le principe du pollueur-payeur et non le moyen principal. Ce moyen a essentiellement pour vertu de permettre une concrétisation du principe du pollueur-payeur dans les rapports entre individus lorsque l'Etat ne souhaite pas intervenir dans un cas spécifique, pour des motifs divers, ou lorsque l'ampleur du problème est telle que l'on ne peut compter exclusivement sur l'intervention de l'Etat pour réaliser une juste répartition des charges. On touche là à un autre problème de la responsabilité qui n'est peut-être pas spécifique à la responsabilité en matière d'environnement, mais qui est important tout de même: il s'agit de savoir si la responsabilité peut être conçue comme un mode de répartition des charges dans la collectivité en permettant de mettre à la charge de celui qui fait un usage accru des biens collectifs les coûts correspondants à cet usage accru. D'aucuns diront que le but du système de la responsabilité est seulement de régler les rapports entre individus et non de faire cette attribution des charges correspondantes à celui qui fait un usage accru d'un bien qui appartient aussi à autrui; d'autres soutiendront que la resonsabilité, instrument de droit privé, est aussi un moyen de répartir dans la collectivité les charges qui résultent de l'usage de biens qui, de par leur nature, sont collectifs même si leur propriété n'est pas réglée de cette façon par le CC.

Bien qu'elle ait déjà été discutée, la question de la nature de la responsabilité – responsabilité pour risque ou non – peut à nouveau être abordée. L'objection fondamentale à la responsabilité pour risque a été soulevée implicitement par M. WIDMER, lorsqu'il a relevé que ce système comportait de nombreuses lacunes. En effet, seuls certains risques sont essortis d'une responsabilité. La principale difficulté est de définir préalablement le risque, soit l'activité dangereuse. Une définition trop large entraînerait une responsabilité pour le risque existen-

tiel. Il faut donc délimiter le danger auquel on attache une responsabilité. Or, en matière d'atteintes à l'environnement, ce qui importe, ce n'est pas tellement que l'on ait pollué en exploitant une centrale nucléaire ou un oléoduc plutôt qu'en exploitant une industrie chimique, c'est le résultat, soit la destruction d'un élément de l'environnement qui devrait rester à la disposition de l'ensemble de la population. Sur le plan théorique, je n'ai aucune critique à adresser à la responsabilité pour risque. Elle ne me paraît toutefois pas adéquate dans le domaine de la protection de l'environnement, compte tenu de la complexité du bien à protéger et du nombre d'activités qui peuvent lui être nuisibles.

Enfin, j'ajouterai que le choix du modèle de l'article 36 LPEP ne dépend pas de la fréquence de son usage. On aurait pu également proposer le modèle de l'article 679 CC. L'existence de l'article 679 CC n'est d'ailleurs peut-être pas sans rapport avec le peu d'applications de l'article 36 LPEP. Toute la jurisprudence sur la pollution des eaux concerne en effet précisément des cas de nuisances émanant d'un propriétaire d'immeuble; de plus, la responsabilité de l'article 679 CC est relativement facile à mettre en œuvre. Par conséquent, plusieurs modèles sont à disposition et une formule s'inspirant davantage de l'article 679 CC pourrait être trouvée, si c'est là la solution qui paraît le mieux convenir dans la pratique.

Pour terminer, j'aimerai encore insister sur le point de la définition du dommage. Jusqu'ici, dans toutes les tentatives qui ont été faites d'instaurer une responsabilité dans ce domaine, et même dans l'article 36 LPEP, on a évité de toucher à la définition du dommage, qui constitue actuellement l'obstacle réel à une utilisation de la responsabilité pour assurer le principe du pollueur-payeur. Le dommage écologique tel que je l'ai indiqué dans mon rapport est un dommage qui n'est qu'imparfaitement couvert par les normes sur la responsabilité. En particulier, nous n'admettons toujours pas l'existence d'un dommage indépendamment d'une perte patrimoniale. C'est là que se trouve l'obstacle fondamental à une efficacité de la responsabilité dans ce domaine. Dans une première étape, l'assimilation des mesures de prévention à un dommage réel serait nécessaire, c'est-à-dire qu'il faudrait offrir au lésé ou à celui qui est menacé la possibilité de demander des mesures de prévention et non le contraindre à attendre qu'il ait subi une perte patrimoniale pour en demander la réparation. Je crois que c'est là que devrait se situer la réflexion en matière de responsabilité, si l'on veut maintenir cette idée que la responsabilité a un rôle à jouer dans l'application du principe du pollueur-payeur.

Dr. BEATRICE WAGNER:

Ich glaube, es hat keinen Sinn, noch einmal auf die allgemein hier erörterten Thesen zurückzukommen. Eine kleine Randbemerkung

möchte ich höchstens noch zu der von Herrn WIDMER aufgeworfenen Problematik anbringen, daß beim Haftungsrecht eine Wertung notwendig sei, und man sich nicht auf das Verursacherprinzip berufen könne, weil dieses nichts hergebe. Das Verursacherprinzip ersetzt eine solche Wertung auch bei den öffentlich-rechtlichen Mitteln nicht wirklich. Wir haben gesehen, daß auch im öffentlichen Recht die Reziprozität von Einwirkungen berücksichtigt werden muß, daß also in Einzelfällen der Geschädigte mitverantwortlich ist, und ihm auch Kosten – wenigstens teilweise – überbunden werden können. Die dahinterliegende Wertungsfrage, wen wir jetzt belasten, wen wir als Verursacher ansehen und in welchem Umfang, bleibt uns auch bei Berufung auf das Verursacherprinzip nicht erspart. Dies aus der Sicht des öffentlichen Rechts; die haftungsrechtlichen Bestimmungen hat Madame PETITPIERRE genügend kommentiert.

B. Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht – Le principe de l'opportunité de la poursuite

1. Zusammenfassung der Diskussion in Gruppen durch die Leiter der Arbeitsgruppen – Résumé des discussions dans les groupes travail

Professor ANDREAS DONATSCH, Zürich:

Sehr geehrte Damen und Herren

Den Anlaß für die kritische Überprüfung von Opportunitäts- und Legalitätsprinzip bilden wohl weniger neue theoretische Erkenntnisse als vielmehr praktische Erfahrungen. Durchaus folgerichtig war die Diskussion in unserer Arbeitsgruppe primär eine praktisch sachbezogene. Da es mir kaum möglich erscheint, den Verlauf der Diskussion genau zusammenzufassen, werde ich mich darauf beschränken, Ihnen in der Folge in Kürze – und daher etwas holzschnittartig – einige Punkte vorzustellen, die in der einen oder anderen Form mehrmals angesprochen worden sind.

1. Alle Diskussionsteilnehmer schienen davon auszugehen, daß Opportunitätsüberlegungen im Rahmen der Strafrechtspflege auch solcher Kantone eine Rolle spielen, die an sich gemäß kantonaler Prozeßordnung nur das Legalitätsprinzip kennen. Solche Erwägungen können in der Praxis nicht nur das Handeln von Richtern, Staatsanwälten und Untersuchungsrichtern beeinflussen, sondern auch dasjenige von Polizeibeamten.

2. In verschiedenen Voten wurde Wert auf die Feststellung gelegt, daß zwischen dem im Einzelfall angemessenen Aufwand mit Bezug auf die Strafverfolgung einerseits und Opportunitätserwägungen anderseits

grundsätzlich unterschieden werden sollte. Dabei wurde nicht verkannt, daß die Forderung nach einem angemessenen Einsatz von vorhandenen Strafverfolgungskapazitäten insgesamt betrachtet doch wieder Opportunitätsüberlegungen nötig macht. Dies weil mangels ausreichender Mittel für die Verfolgung aller Widerhandlungen die Kapazitäten fehlen, und demzufolge wohl vorrangig die schwere Kriminalität zu verfolgen ist.

3. Aus mehreren Diskussionsvoten war herauszuhören, daß das Strafrechtspflegeorgan zwar kompetent sein soll, aufgrund seines Ermessens die Auswirkungen einer generellen und damit verallgemeinernden Norm im Einzelfall aus Gründen der Billigkeit zu korrigieren. Dagegen soll es nach der Auffassung aller Teilnehmer nicht Aufgabe der Strafrechtspflegeorgane sein, das materielle Recht auf dem Weg über das Opportunitätsprinzip auf ein angemessenes Maß zurückzustutzen, das heißt, veraltete und unpopuläre Vorschriften generell nicht mehr anzuwenden. Die Änderung des Strafrechts ist Aufgabe des Gesetzgebers.

4. Sehr deutlich zum Ausdruck gekommen ist die Forderung, es sei dem Willen des Verletzten im vermehrten Maße Rechnung zu tragen. Dies ist im Zusammenhang mit der Frage, ob eine weitere Verfolgung des Täters bzw. dessen allfällige Bestrafung dann Sinn mache, wenn sich der Verletzte mit dem Täter ausgesöhnt hat, der Rechtsfriede mithin wieder hergestellt ist. Konkret wurde angeregt, es sei der Kreis der Antragsdelikte, insbesondere im Bereich der Vermögensdelikte zu erweitern.

5. Opportunitätsüberlegungen sollen nicht nur bei Geringfügigkeit der Schuld, der Betroffenheit des Täters durch die eigene Tat, bei geringen Folgen dieser Tat sowie im Falle der Wiedergutmachung zulässig sein, sondern auch dann, wenn sich abschätzen läßt, daß die zu erwartende Gesamtstrafe durch die zusätzliche Mitbeurteilung der in Frage stehenden Widerhandlungen nicht verschärft werden müßte.

6. Nach Ansicht mehrerer Diskussionsteilnehmer soll das Verfahren, in dem echte Bagatellen zu beurteilen sind, möglichst wenig aufwendig und möglichst rasch sein. Das Ziel ist es, auf diesem Weg Mittel frei zu machen, und diese für die Verfolgung der schweren Kriminalität einzusetzen. Immerhin muß aber dem Angeschuldigten vorbehalten bleiben, die Durchführung des ordentlichen Verfahrens verlangen zu können.

7. Wohl am meisten diskutiert wurde die Frage, welche Instanzen befugt sein sollen, aus Opportunitätsgründen auf Strafverfolgung zu verzichten. Obschon anerkannt wurde, daß die erste Selektion durch die Polizei erfolgt, plädierten doch die meisten dafür, eher den Unter-

suchungsrichter bzw. Staatsanwalt oder gar ausschließlich den Richter – Stichwort Vorlagepflicht – ausdrücklich mit derartigen Entscheiden zu betrauen.

8. Alle Diskussionsteilnehmer – die meisten kamen aus deutschschweizer Kantonen – waren sich darin einig, daß ein Verfolgungsverzicht aufgrund von Opportunitätserwägungen die Ausnahme, die Verfolgungspflicht dagegen die Regel bleiben müsse. Abgesehen vom soeben Ausgeführten hat die gestrige Diskussion meines Erachtens vor allem eines deutlich gezeigt: sie ist noch lange nicht zu Ende. Ich danke Ihnen.

MARTIN KILLIAS, professeur à l'Université de Lausanne:

Dans notre groupe de travail, nous avons rapidement remarqué qu'il n'y avait pas d'adhérant ni d'opposant farouches à l'un des deux principes et que tout le monde était d'accord pour dire que le vrai problème se situait non pas tellement sur le plan de ces deux principes formels, mais sur le plan du contrôle de l'appréciation faite par l'autorité et, autrement dit, sur le plan de la prévention de l'arbitraire. En fait, il existe des cantons où une fraction substancielle des affaires dénoncées à la police est classée, dans une proportion certes inférieure qu'à Genève, et ceci sous le signe du principe de la légalité des poursuites. En d'autres termes, la différence formelle, si importante soit-elle dans la dogmatique, risque de n'être pas aussi importante dans la pratique. Dès lors, le problème devrait être: comment va-t-on contrôler les décisions de classement telles qu'elles émanent des autorités judiciaires, voire de la police.

Il est également ressorti clairement de la discussion que l'un des meilleurs moyens de prévenir l'arbitraire est celui de la voie de recours judiciaire offerte aux intéressés et, notamment, au lésé. Un tel droit existe actuellement dans près de la moitié des cantons; dans l'autre moitié, aucun recours à une autorité judiciaire n'est prévu, ce qui peut paraître discutable. En fait, un droit de recours, qui donnerait lieu à l'examen de l'exercice de son pouvoir d'appréciation par l'autorité subordonnée, permettrait à long terme l'élaboration de critères qui s'imposeraient en matière de classements; ces critères d'appréciation pourraient être de caractère purement informel, non écrits, ou des directives écrites internes, comme on en trouve dans plusieurs cantons, voire même des critères développés par le législateur.

Parmi les raisons pouvant justifier un classement devrait figurer, ou pourrait figurer tout au moins, le fait qu'est survenue une réconciliation entre l'auteur et la victime. La proposition faite hier par le juge SOLLBERGER a retenu tout l'intérêt du groupe. Il est apparu que cette proposition était identique à l'article 66ter de l'avant-projet de loi sur l'assistance aux victimes (LAVI), mais q'elle en divergeait sur une nuance importante, à savoir qu'elle ne retenait pas le critère d'intérêt public. Or, il semble que l'intérêt public devrait toujours jouer un rôle

dans une décision de classement, même en cas de transaction entre l'auteur et la victime, sans quoi on arriverait à un système que les germanophones qualifient de «Freikauf»: si aucune réserve n'était faite dans l'intérêt de la prévention générale ou spéciale, le classement pourrait véritablement s'acheter. Les membres du groupe n'ont donc pas suivi l'avis formulé par M. SOLLBERGER sur ce point.

Enfin a été abordée une question peu traitée dans les rapports, celle de l'avant-projet de loi sur l'assistance aux victimes. Cet avant-projet va soulever deux problèmes centraux, à savoir le droit de recours de la partie lésée et la réconciliation, telle qu'elle figure sous la forme de l'art. 66 ter. La LAVI devrait en fait combler une lacune concernant la position du lésé: en effet, celui-ci n'a en principe pas, aujourd'hui, qualité pour former un recours de droit public, puisqu'il lui manque la légitimation au sens de l'article 88 OJF, ni la possibilité de saisir les autorités de Strasbourg, puisqu'il n'a pas qualité d'accusé. Tout ce que le Tribunal fédéral a développé au fil d'un siècle au sujet de l'article 4 Cst. féd. et des garanties d'équité de la procédure ne profite pour le moment pas, théoriquement du moins, à la partie lésée. La LAVI devrait ainsi jouer le rôle de la CEDH pour la partie accusée. Il est donc un peu regrettable que le rapport de langue allemande n'y fasse pratiquement pas allusion.

Certes, la constitutionnalité de l'avant-projet de LAVI est discutée. Je ne suis pas constitutionnaliste et préfère, par conséquent laisser aux autres le soin de trancher cette question. Deux choses m'étonnent toutefois:

- Dans son message relatif à l'article 64 ter Cst. féd., le Conseil fédéral a dit que la LAVI devrait également concerner la position du lésé dans la procédure. Or, cette remarque est systématiquement passée sous silence dans les interventions traitant le problème de la constitutionnalité de l'avant-projet.
- Deuxièmement, j'observe qu'il y a beaucoup de droit de procédure dans l'actuel avant-projet de Code pénal ainsi que dans d'autres projets et dans les propositions faites par M. SOLLBERGER. Il semble donc – et cela me laisse perplexe – que l'on accepte la constitutionnalité de tout ce qui figure dans le CPS même, mais non dans une autre loi. En d'autres termes – c'est un peu polémique de le formuler ainsi, mais je le fais néanmoins –, ce qui profite à l'accusé serait toujours constitutionnel et ce qui profite à la victime serait toujours anticonstitutionnel.

Enfin, je remarque encore que l'avant-projet de LAVI – et là je relève les mérites du professeur ROTH – n'a inspiré jusqu'à présent, à ma connaissance, aucune ligne dans la littérature juridique de ce pays, alors qu'il rencontre un vif intérêt dans les milieux étrangers, notamment au Canada, en Angleterre et à l'Institut Max Planck de Freiburg. Ceci m'inspire un profond optimisme, car j'ai le sentiment que tout ira bon train une fois que paraîtront des publications sur cet avant-projet dans la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Bundesrichter MARTIN SCHUBARTH, Lausanne:

Meine Damen und Herren

Es ist schwierig zusammenzufassen, was wir gestern in unserer Arbeitsgruppe, ich will nicht sagen erarbeitet, aber diskutiert haben. Ich will vorausschicken, daß ich enorm bereichert wurde durch die zahlreichen Interventionen und Diskussionsbeiträge, die in dieser Gruppe gefallen sind. Ich hoffe, daß es dem Juristentag gelingt, in dieser Form weiterzuarbeiten. Ich verspreche mir jedenfalls für die jeweiligen Beteiligten in den Arbeitsgruppen durch diesen spontanen Gedankenaustausch wesentlich mehr, als wenn Statements, die häufig interessant aber manchmal steril sind, im plenum vorgetragen werden. Ich muß jetzt wahrscheinlich die Teilnehmer meiner Arbeitsgruppe enttäuschen, weil es mir nicht gelingt, diese Vielfalt, die in der Arbeitsgruppe zum Ausdruck gekommen ist, in wenigen Worten zusammenzufassen. Zudem möchte ich nichts wiederholen, was zwar auch in unserer Gruppe besprochen, aber bereits durch meine Vorredner berichtet wurde.

Die Frage der Stellung des Geschädigten ist auch bei uns aufgeworfen worden. Anhand eines konkreten Beispiels, welches sich zwar im Ausland abgespielt hat, aber bei Übernahme entsprechender Regelungen auch für die Schweiz Bedeutung hätte, wurde ausgeführt, eine Einstellung des Verfahrens gegen irgendwelche Abstandszahlungen dürfe keinesfalls erfolgen, ohne daß die Grundlagen für eine zivilrechtliche Schadenersatzforderung im Strafverfahren hinreichend erarbeitet worden sind.

Mehrfach ist auch zur Sprache gekommen, nach welchen Kriterien die Einstellung, soweit wir eine solche in den verschiedenen Prozeßordnungen oder dann gegebenenfalls auch im materiellen Recht vorsehen, jeweils erfolgen soll. Ebenfalls mehrfach zur Sprache kam das Problem der Kontrolle, der Kontrolle dieses Ermessensbereiches, der da wohl jeweils spielen wird, und zwar Kontrolle in beiden Richtungen: Kann sich etwa der Beschuldigte gegen eine Einstellung wegen Geringfügigkeit wehren, hat er unter Umständen einen Anspruch auf Freispruch; kann er umgekehrt geltend machen, in Parallelfällen habt ihr faktisch oder formell eingestellt, warum nicht in diesem Fall, obwohl die gleichen Voraussetzungen gegeben sind. Auch hier die Frage: Muß nicht eine Rechtskontrolle vorgesehen werden? Andererseits ist zu überlegen, ob nicht auch der Geschädigte, gegebenenfalls sogar der Anzeiger, der Betroffene – was das immer heißt – eine Kontrollinstanz soll anrufen dürfen, wenn er den Eindruck hat, daß zu Unrecht nach welchen Kriterien auch immer eingestellt wurde, oder – und damit komme ich auf den ersten Gesichtspunkt zurück – wenn eingestellt wird mit dem Resultat, daß der Geschädigte nun die Grundlagen für seine Schadenersatzforderung nicht mehr im Strafverfahren erarbeiten kann.

Es wurde dann auch auf einen weiteren sehr interessanten Gesichtspunkt hingewiesen, nämlich das Problem der res iudicata resp. der Rechtskraft eines allfälligen Einstellungsbeschlusses. Dieses Problem berührt die Rechtsnatur solcher Beschlüsse. Es liegt auf der Hand, daß eine Einstellung, wenn sie im Rahmen der Untersuchung erfolgt, möglicherweise andere Rechtskraftwirkungen hat, als wenn es sich um einen Freispruch handelt. Es bleibt die Frage im Raum, ob der Beschuldigte, wenn im Rahmen eines Großverfahrens mehrere Aspekte nicht verfolgt werden, riskiert, daß innerhalb der absoluten Verjährungsfrist vielleicht später die nicht verfolgten Aspekte doch noch einmal aufgegriffen werden, oder ob er sich nun darauf verlassen kann, daß dieses Paket, das eingestellt wurde, neben dem größeren Paket, wegen welchem es zu einer Verurteilung gekommen ist, nun ebenfalls für ihn endgültig erledigt ist. Die Frage konnte nicht weiter verfolgt werden. Aber ich glaube, es ist ein Gesichtspunkt, der bisher im Zusammenhang mit der Frage, in welchem Ausmaß ein Opportunitätsprinzip in Betracht kommt, etwas vernachlässigt worden ist.

Das gleiche Problem stellt sich auch bei der Einstellung wegen Geringfügigkeit der Tat. Immer bleibt die Frage, kann man das Verfahren später und unter welchen Gesichtspunkten allenfalls wieder aufnehmen, oder ist das nur unter den gleichen Voraussetzungen wie bei einer Revision, einer echten Wiederaufnahme, möglich.

Es wurde dann vor allem betont, daß die Einstellungsvoraussetzungen, gegebenenfalls auch das Prozedere, oder auch die Frage, wer einstellen darf, in Großverfahren nicht von vornherein gleich zu beantworten ist bzw. gleich beantwortet werden darf wie bei Bagatellsachen. Wenn etwa in einem großen Betrugsprozeß im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot, und weil man das Verfahren in einer gewissen Effizienz innert vernünftiger Zeit zu Ende führen will, größere Happen nicht verfolgt werden, also praktisch das Verfahren entweder gar nicht aufgenommen oder sehr schnell eingestellt wird, dann wird man dafür wohl andere Kriterien entwickeln müssen. Das heißt, man müßte es zulassen, daß unter Umständen in einem Millionenbetrugsprozeß auch ein paar Betrüge in der Höhe von Fr. 100 000 eingestellt werden, während dies in kleineren Verfahren nicht in Betracht käme. Es handelt sich bei dem soeben Ausgeführten nicht um abschließende Antworten; es sind nur die Gesichtspunkte, die aufgetaucht sind und mir sehr wichtig scheinen.

Es ist auch die Frage ausgesprochen worden, wie das Opportunitätsprinzip eigentlich in Einklang zu bringen ist mit dem eidgenössischen materiellen Recht. Man kann dazu, glaube ich, zwei verschiedene Positionen vertreten. Die eine Position geht davon aus, aus dem eidgenössischen materiellen Recht ergebe sich die Pflicht zum Legalitätsprinzip; jeder Verstoß gegen diese Pflicht wäre also bundesrechtswidrig, soweit nicht das eidgenössische materielle Recht Ausnahmen vorsieht. Dies hätte zur Folge, daß all jene Bestimmungen in den kantonalen Prozeßordnungen, die heute eine Einstellung aus Oppor-

tunitätsgründen erlauben – also etwa die Bestimmung in der Basler StPO, wonach in Großverfahren kleinere Sachen bei Seite gelassen werden dürfen – bundesrechtswidrig wären. Gerade in der bundesrechtlichen Rechtsprechung taucht immer wieder der Gesichtspunkt auf, aus dem Legalitätsprinzip ergäbe sich ein sehr weitgehender Verfolgungszwang; ich will hier auf die Einzelheiten nicht eingehen. Wenn das stimmen würde, dann hätten wir natürlich in der Tat heute in vielen Kantonen eine bundesrechtswidrige Situation. Die andere Meinung, die man hier vertreten könnte, wäre die, daß die Frage, wann aus Opportunitätsgründen einzustellen ist, in die klassische Domäne des Strafprozeßrechts gehört, und das Strafprozeßrecht nach unserer verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisung bei den Kantonen liegt; auf den Bundesstrafprozeß brauche ich hier nicht einzugehen. Ausgehend von einem solchen historischen Verfassungsverständnis in bezug auf die Kompetenzzuweisung müßte man sagen, kantonale, das Opportunitätsprinzip regelnde Bestimmungen können nicht von vornherein bundesrechtswidrig sein. Man müßte im Gegenteil daraus herleiten, daß von Bundesrechts wegen nicht ein absolutes Legalitätsprinzip bestehen kann.

Ich will die Frage hier nicht weiterverfolgen; sie wird allerdings, falls man, sei es auf kantonaler, sei es auf Bundesebene gesetzgeberisch weitergehen will, weiterverfolgt werden müssen. Es wäre meiner Meinung nach nützlich – und damit gehe ich nun bereits über das, was in der Arbeitsgruppe angesprochen wurde, hinaus –, gestützt auf die Erkenntnisse, welche wir heute haben, eine Art Modellentwurf zu erarbeiten, der einmal deutlich macht, in welchen Fällen, unter welchen Voraussetzungen, mit welchen Kontrollmöglichkeiten eine Opportunitätsregelung in Betracht kommen sollte. Ich denke dabei an einen Modellentwurf, der dem jeweiligen Gesetzgeber als Grundlage zur Verfügung steht; als Grundlage, die im Einzelfall allenfalls verbessert werden kann. Vielleicht würde dies dazu führen, daß wir damit auch gesamtschweizerisch zu einer etwas kohärenteren Praxis in bezug auf die Strafverfolgung kommen. Damit habe ich geschlossen.

2. Stellungnahmen der Referenten – Prise de position des rapporteurs

ROBERT ROTH:

Je vous ai dit hier que j'ai un tempérament plus fédéraliste que centralisateur. Aussi, l'idée même d'un modèle-Entwurf qui devrait s'appliquer dans tous les cantons m'est pour le moment étrangère et je demande à être convaincu de la nécessité de l'opportunité d'un tel système. Je crois quil faudrait s'adresser à un tempérament plus centralisateur que le mien pour entreprendre la tâche que nous a assignée M. SCHUBARTH.

J'aimerais personnellement simplement essayer, en évitant de répé-

ter ce qui a été dit, de tirer la synthèse de ce que j'ai entendu dans les groupes de travail et parfois dans les discussions de couloir, qui sont, comme vous le savez tous, aussi riches que les discussions plus formelles. Ma synthèse tiendra en trois points:

1. J'ai constaté que le système de l'oppportunité de la poursuite le plus étendu, tel qu'on le connaît essentiellement dans le canton de Genève et également dans le canton du Jura – malheureusement sous-représenté ici –, ne faisait pas encore l'unanimité en Suisse et ne suscitait pas d'adhésion sans retenue. Je ne reviens pas sur ces réserves, dont les plus importantes ont été formulées par mes préopinants ce matin.

La querelle sur la constitutionnalité mêne du système d'opportunité de la poursuite et, plus largement, la querelle sur la priorité accordée aux solutions de droit formel ou aux solutions de droit matériel n'est pas encore éteinte, même si elle est entièrement dépassionnée. Mes préopinants ont fait des allusions aux divers tempéraments qui se sont exprimés dans les groupes de travail. Malheureusement, ces groupes de travail réunissaient des personnes provenant d'une aire culturelle unique, ce qui explique peut-être des opinions générales tout à fait contrastées, ne pouvant faire l'objet d'une véritable synthèse.

2. J'ai eu l'occasion de rappeler de précédents débats, et notamment celui de Neuchâtel, en 1946, sur le problème de l'unification de la procédure pénale, au cours duquel la question de la constitutionnalité du système de l'opportunité de la poursuite a été longuement discutée, et en des termes bien plus vifs qu'aujourd'hui. Il me semble que nous vivons actuellement une période d'un caractère essentiellement différent. La palette des réactions à l'infraction s'est élargie et s'est considérablement enrichie. C'est peut-être une évidence, mais je me permets de la rappeler.

Les systèmes d'ordonnances pénales se sont instaurés dans la majorité et, maintenant, dans la quasi totalité des cantons, ce qui n'était pas le cas en 1946. Et l'on a discuté hier de toute une série de systèmes alternatifs au système de l'opportunité, qui sont en partie éléments du droit positif et qui nourrissent le droit désirable. J'ai entendu en tout cas parler, dans certains groupes de travail, de la perspective de la création d'un droit des infractions réglementaires, les «Ordnungswidrigkeiten» du droit allemand, dont nous avons une ébauche dans la loi sur le DPA et qui permet la liquidation des affaires. J'ai également entendu débattre, à juste titre, de la généralisation du système des amendes d'ordre, pour le moment confiné, en tout cas sur le plan fédéral, à la loi sur la circulation routière. Enfin, j'ai bien sûr beaucoup entendu discuter des perspectives qu'apportent les nouvelles dispositions, soit l'article 66bis CP, qui va entrer en vigueur prochainement, une fois le délai référendaire échu, et d'autres dispositions plus importantes que M. SOLLBERGER a eu raison de nous remettre en mémoire. Il y a donc une abondance de réactions possibles à l'infraction et des

termes nouveaux apparaissent dans la discussion sur le principe de l'opportunité et sur le choix entre principe de l'opportunité et principe de la légalité.

3. Cette abondance de biens pose un problème de concurrence. Certains craignent qu'une abondance de sanctions nouvelles nuisent à celles qui ont fait leurs preuves – je fais là allusion aux débats sur les sanctions prévues dans l'avant-projet Schultz, qui, pour l'essentiel, reprennent des sanctions connues à l'étranger: le juge placé devant un choix entre les jours-amendes nouvelle formule, l'approbation, le travail d'intérêt général et, éventuellement, d'autres sanctions alternatives ne va-t-il pas «oublier» le sursis dont on connaît les mérites? Cette préoccupation qui s'exprime au sujet des sanctions peut également être appelée à s'exprimer dans le domaine qui nous intéresse lors de ce congrès. Le juge ou le législateur placé devant le choix entre des solutions de droit cantonal ou de droit fédéral – ordonnances pénales, droit des infractions réglementaires, généralisation des amendes d'ordre, nouvelles dispositions de droit matériel – ne vont-ils pas se perdre? Ces diverses solutions peuvent-elles vraiment coexister sans qu'il faille un jour faire un choix? C'est peut-être une des questions qui nous est posée et qui ressort des débats de ce congrès. Le système de l'opportunité de la poursuite, tel qu'il est connu dans les cantons qui nous sont proches en Suisse-romande, a-t-il encore une place dans le cadre d'un tel choix? A cette question, je réponds personnellement par l'affirmative, mais je conçois parfaitement qu'il faille poursuivre la discussion et qu'on puisse parvenir à une conclusion plus réservée. Je crois que c'est une telle conclusion qu'a voulu nous proposer M. SOLLBERGER en mettant l'accent sur des solutions qui rapprochent la décision du juge de fond.

Se pose ensuite la question du choix entre ces diverses solutions. Dans les groupes de travail, on a fait allusion au critère du coût, plus généralement de la gestion optimale des ressources de l'administration de la justice: est-ce pragmatiquement raisonnable d'attendre un des derniers stades de la procédure pour éliminer l'affaire du rôle? On a évoqué également l'effet d'avertissement de la décision judicaire, critère éventuellement concurrent à celui du coût: une décision prise trop rapidement, sans motivation ni publicité, n'étouffe-t-elle pas l'effet d'avertissement que l'intervention des autorités judiciaires doit signifier? Enfin, un troisième critère a été cité, celui des voies de recours offertes dans chacune des institutions évoquées tout à l'heure, point qui a déjà été traité.

Voilà les trois conclusions qui me semblent pouvoir être tirées de ces débats et du début de la discussion d'auhourd'hui. Je vous remercie de votre attention.

Dr. JÜRG SOLLBERGER:

Meine sehr verehrten Damen und Herren

Ich habe nicht nur eine starke Stimme, sondern auch einen breiten Rücken und vermag Kritik durchaus zu ertragen; dies vor allem dann, wenn sie konstruktiv ist. Konstruktive Kritik ist ja immer ein Zeichen dafür, daß eine Auseinandersetzung stattgefunden hat. Denn sehen Sie, mein großes Problem als Strafrechtspraktiker ist es, immer wieder feststellen zu müssen, daß wir zwar wohl aus der Praxis heraus viele Probleme sehen, viele Probleme erkennen, die irgendwie gelöst werden sollten, daß wir aber Mühe haben, mit diesen Problemen an eine breitere Bevölkerung zu gelangen. Diese Möglichkeit, mich mit dem Opportunitätsprinzip auseinanderzusetzen, die Möglichkeit, diese Arbeit überhaupt zu machen und hier in Flims an dieser Tagung teilnehmen zu können, war für mich eine Gelegenheit, die Probleme, die ich in meiner täglichen Arbeit erkenne, umzusetzen, vorzutragen und vielleicht auch dazu beizutragen, daß etwas in Bewegung kommt. Die Tage hier in Flims haben eine Reihe von guten Ideen, von Vorschlägen und auch von Kritik gebracht.

Eine ganz konkrete Idee, die in einer Gruppendiskussion erwähnt worden ist, möchte ich eigentlich mit mir nach Hause nehmen. Es ist dies die Idee der Lösung des Problems der Zusatzstrafe, wie sie sich bei Art. 68 Ziff. 2 StGB ergibt. Sie erinnern sich vielleicht, ich habe meinerseits eine Lösung vorgeschlagen, die im Bereich des formellen Rechts liegt; eine Lösung, wie sie in gewissen kantonalen Prozeßordnungen bereits enthalten ist. In der Diskussion ist nun aber vorgetragen worden, diese Lösung sollte eigentlich auch im materiellen Recht, allenfalls gerade bei Art. 68 StGB, gesucht werden. Professor SCHULTZ hat in seinem Vorentwurf die Bestimmungen von Art. 68 StGB weitgehend in seinen Art. 51 übernommen, und Ziff. 2 befaßt sich mit der Frage, was zu geschehen hat, wenn eine Tat zu beurteilen ist, die begangen wurde, bevor eine Strafe bereits ausgefällt worden ist. Ich möchte als Idee, als Diskussionsvorschlag hier nun meinerseits diesen Gedanken umsetzen und einen Text vorschlagen. Ich bin mir durchaus klar darüber, daß es ein schneller Wurf ist, den ich hier versuche, und der natürlich durchaus noch seiner Überprüfung und Verbesserung bedarf. Art. 51 Ziff. 2 im Vorentwurf SCHULTZ könnte vielleicht folgendermaßen aussehen:

> Die zuständige Behörde kann dabei von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung absehen,wenn die auszufällende Zusatzstrafe nicht erheblich ins Gewicht fallen würde.

Diese Idee, meine Damen und Herren, nehme ich mit mir von diesen Tagen hier in Flims; ich gehe also nicht mit leerem Gepäck nach Hause. Ich bin froh, daß ich hier sehr viel habe erfahren dürfen und

erfahren können; ich werde versuchen, vielleicht auch diese eben vorgetragene Idee in die Expertenkommission «Revision Allgemeiner Teil StGB» einzutragen. Für die Ideen, für Ihre Anregungen und für Ihre Kritik danke ich Ihnen sehr, die Tage haben mir ausgesprochen viel gebracht. Ich danke Ihnen.

V.
Vortrag von Bundesrat Arnold Koller, Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes – Allocution de M. le Conseiller fédéral Arnold Koller, chef du département fédéral de justice et police

Herr Präsident
Herr Regierungsrat
Meine Damen und Herren

Zunächst möchte ich Ihnen, Herr Präsident, herzlich für die Einladung zum Juristentag danken: Ich habe Ihre Einladung trotz anstrengender Session gerne angenommen, weil sie mir Gelegenheit gibt, dem Schweizerischen Juristenverein für seine anhaltend große und unverzichtbare Arbeit für das schweizerische Rechtswesen den verdienten Dank der Landesregierung auszusprechen. Ich habe Ihre liebenswürdige Einladung aber auch aus einem persönlichen Grund gerne angenommen, weil sie mich in einen Verein zurückführt, dem ich schon als Student beigetreten bin. Als ökonomisch vorgeschulter Jurist habe ich nämlich bald einmal erkannt, für wie wenig Geld ich alljährlich wertvollste juristische Studien erwerben konnte. Das ist erfreulicherweise bis heute so geblieben.

Die kurze Zeit, während der ich als Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes tätig bin, hat mir den Wert Ihrer wissenschaftlichen Arbeiten und Diskussionen noch bewußter gemacht. Sind Bundesrat und Verwaltung schon im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren froh, bei der Ausarbeitung von Vorlagen Ihre grundlegenden Arbeiten zu Rat ziehen zu können, so gilt dies noch viel mehr, wenn wir unter großem Zeitdruck oder gar in Form von Dringlichkeitsrecht legiferieren müssen, wie das zur Zeit im Bodenrecht, bezüglich der Geldwäscherei und des Asylverfahrens zutrifft. Auch wenn die Schaffung von Dringlichkeitsrecht aus bekannten, rechtsstaatlichen und demokratischen Gründen unerwünscht ist, gibt es, wie wir in den 60er und 70er Jahren auf dem Gebiet der Teuerungsbekämpfung erfahren mußten und jetzt erneut erfahren, immer wieder Fälle, wo der Erlaß von Dringlichkeitsrecht unausweichlich wird, wenn nicht Nachteile in Kauf genommen werden sollen, die das Vertrauen unseres Volkes in Parlament und Regierung untergraben. Dies gilt einmal dann, wenn der Gesetzgeber von neuen Entwicklungen überrascht wird. Ich denke etwa an die in den letzten Jahren stark zunehmende Migration von Menschen aus wirtschaftlich weniger entwickelten

Ländern in Industrieländer, was unser Asylwesen unvermittelt vor neue, schwere Probleme stellt. Auch der Aufschwung des international organisierten Verbrechens und der damit verknüpften Finanztransaktionen drängt den Gesetzgeber im Kampf gegen «schmutziges Geld» zu raschem Handeln. Die Legislative kommt auch dann nicht um den Erlaß von Dringlichkeitsrecht herum, wenn an sich absehbare Entwicklungen gesetzgeberisch nicht rechtzeitig angegangen oder konsensfähige Lösungen nicht gefunden worden sind, wie dies heute im Bodenrecht der Fall ist. Asylverfahren, Bodenrecht und Geldwäscherei sind drei Gebiete, die sehr eindrücklich zeigen, wie wichtig es ist, gesetzgeberisch schnell – aber doch möglichst durchdacht – auf neue Zeiterscheinungen zu reagieren. Gerade in solchen Fällen kann die Wissenschaft durch grundsätzliches und gezieltes Vordenken dem Gesetzgeber unschätzbare Dienste leisten. Daß solche gesetzgeberische «Schnellverfahren» doch einigermaßen zielsicher erfolgen können, ist nur aufgrund wissenschaftlicher Vorarbeiten möglich. Der Wissenschaft fällt daher die Aufgabe zu, frühzeitig zu ergründen, wie man sich abzeichnenden Veränderungen begegnen könnte.

Der Schweizerische Juristenverein hat in diesem Sinne immer wieder frühzeitig und voraussehend auf gesetzgeberische Probleme hingewiesen und Lösungsvorschläge formuliert, die später vom Gesetzgeber aufgenommen werden konnten. Die Referate am Juristentag tragen derart maßgeblich dazu bei, daß Rechtsetzungsprobleme frühzeitig, frei von politischem Handlungsdruck nach allen Seiten durchleuchtet werden. Damit leistet der Schweizerische Juristenverein einen unverzichtbaren Beitrag zu einer kontinuierlichen, kohärenten Rechtsentwicklung in unserem Land. Der wissenschaftlich tätige Jurist mag gelegentlich ob der langen Reaktionszeit der Politik enttäuscht sein. In einer direkten und föderalistischen Demokratie wie der unseren liegt es aber in der Natur der Sache, daß die politische Konsensfindung schwierig und langwierig ist, dafür verschafft sie – einmal gelungen – eine besondere Legitimität.

Wie sehr es der Schweizerische Juristenverein versteht, aktuelle gesetzgeberische Fragen, die einer eingehenden Ausleuchtung bedürfen, als Themen seiner Jahresversammlungen auszuwählen, haben Sie auch dieses Jahr erneut bewiesen.

Das gilt einmal für

das Opportunitätsprinzip im Strafrecht.

Das Spannungsverhältnis zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip und die Möglichkeiten, dieses aufzulösen, haben die Wissenschaft und den Gesetzgeber seit langem beschäftigt; Herr ROTH hat in seinem Beitrag einläßlich darauf hingewiesen. Im jetzigen Zeitpunkt ist eine erneute Auseinandersetzung mit dieser Problematik aber zweifellos fällig. Wie gesetzgeberische Vorarbeiten im materiellen Straf-

recht und Revisionsvorschläge zu Änderungen kantonaler Strafprozeßordnungen zeigen, ist zur Zeit klar die Tendenz spürbar, den Strafverfolgungsbehörden mehr Ermessen, mehr Entscheidungsfreiheit und damit auch mehr Eigenverantwortung zuzugestehen, als dies in früheren Jahren der Fall war.

Vorab ist das Opportunitätsprinzip im Strafprozeßrecht von demjenigen im materiellen Strafrecht zu unterscheiden. Auf der Ebene des Strafprozeßrechts kann der Bundesrat nach Art. 105 der Bundesstrafprozeßordung politische Erwägungen in ein Strafverfahren einbringen, wenn es um die Ermächtigung zur Strafverfolgung bei politischen Delikten geht. Dieses Opportunitätsprinzip wird nicht a priori von strafrechtlichen Erwägungen getragen. Gleich verhält es sich mit den Ermächtigungsentscheiden nach dem Garantiegesetz und dem Verantwortlichkeitsgesetz, die für die Strafverfolgung von Parlamentariern, Magistratspersonen und Bundesbeamten erforderlich sind. Hier ist das Opportunitätsprinzip ebenfalls weniger strafrechtlich begründet als durch das überwiegende Interesse an der Aufgabenverwirklichung durch den Staat. Bezeichnenderweise sind es in den genannten Fällen auch nicht Strafverfolgungsbehörden, die es anzuwenden haben.

Unser Strafgesetzbuch sieht in verschiedenen Bereichen vor, aus Opportunitätsgründen von einer Bestrafung teilweise oder ganz abzusehen. Ich verweise auf die Ihnen allen bekannten Art. 64 und 66 des StGB.

Im Nebenstrafrecht des Bundes verfügen die Strafverfolgungsbehörden bei der Frage, ob eine Widerhandlung überhaupt zu verfolgen sei, oder bei den Möglichkeiten, auf Sanktionen zu verzichten, über einen recht weiten Entscheidungsspielraum. Ausgegangen wird dabei regelmäßig von den sogenannten «leichten» Fällen, die indessen gewöhnlich nicht näher umschrieben werden. Es bleibt somit den ordentlichen Strafverfolgungsbehörden oder – im Bereich des Verwaltungsstrafrechts – den zuständigen Verwaltungsbehörden überlassen, die Umstände des Einzelfalles so zu gewichten, daß ein befriedigendes Ergebnis erreicht wird; ein Ergebnis, das nicht zuletzt auch vom Rechtsunterworfenen angenommen wird. Damit will ich aber nicht sagen, daß das Opportunitätsprinzip als Korrektiv von nicht akzeptierten Strafbestimmungen eingeführt werden sollte. Diese Feststellung deckt sich, wie wir vorhin hörten, offenbar auch mit den Resultaten einer Ihrer Arbeitsgruppen. Mit anderen Worten: Auch wenn ein Opportunitätsprinzip, sei es bei der Einleitung eines Strafverfahrens, sei es bei der Ausfällung einer Sanktion, anerkannt wird, entbindet dies den Gesetzgeber keineswegs davon, strafloses von strafwürdigem Verhalten zu unterscheiden. Das Legalitätsprinzip im Sinne von «nulla poena sine lege» hat nach wie vor seine Berechtigung. Nur dadurch besteht Garantie für Berechenbarkeit und Schutz vor Willkür. Auch wenn am Grundsatz «nulla poena sine lege» unbedingt festgehalten werden muß, bedeutet das nicht zwingend, daß jedermann, der einen bestimmten Straftatbestand erfüllt, auch bestraft werden muß. Die

Frage lautet vielmehr, ob nicht das strikte gesetzliche Gleichbehandlungsgebot etwas zu mildern sei, damit andere, ebenfalls berechtigte öffentliche Interessen besser zum Zuge kommen. Ich denke etwa an die Resozialisierung des Täters und an die Angemessenheit der Strafe. Durch eine maßvolle Anerkennung des Opportunitätsgedankens bei der Strafverfolgung könnte die Billigkeit vermehrt Eingang ins Strafrecht finden.

Lassen Sie mich im folgenden noch auf drei aktuelle gesetzgeberische Vorlagen aufmerksam machen, die darauf abzielen, Strafbefreiungsgründe in unser materielles Strafrecht aufzunehmen.

1. Die Ende Juni von der Bundesversammlung verabschiedete und voraussichtlich am 1. Januar 1990 in Kraft tretende Revision der Vorschriften über strafbare Handlungen gegen Leib, Leben und gegen die Familie enthält eine neue Bestimmung, die den Opportunitätsgedanken sinnvoll verwirklicht. Ein Verzicht auf Strafverfolgung oder die Befreiung des Täters von Strafe ist dann möglich, wenn der Täter durch die unmittelbaren Folgen der Tat selbst so schwer betroffen wurde, daß eine Strafe unangemessen wäre. Ich denke etwa an den Dieb, der aus dem Fenster des 3. Stocks stürzt und für sein Leben an den Rollstuhl gebunden ist, oder an den Vater, der bei einem Parkmanöver sein spielendes Kind übersieht, es verletzt oder sogar tötet.

2. Eine zweite Initiative für die Einführung des Opportunitätsprinzips entstammt, wie Sie wissen, der Feder von Herrn Professor HANS SCHULTZ in seinem 1985 erstellten Vorentwurf für eine Revision des Allgemeinen Teils unseres Strafgesetzbuches. Danach soll eine Strafbefreiung auch dann möglich sein, wenn die Schuld des Täters geringfügig ist, und die Tat keine oder nur geringe Folgen nach sich zieht. Schließlich wird eine Strafbefreiung für den Täter vorgeschlagen, der besondere wirtschaftliche Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen.

Während die Strafbefreiungsmöglichkeit wegen Betroffenheit des Täters demnächst Gesetz wird, stehen die Gedanken «Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen» und « Wiedergutmachung» in der Expertenkommission für die Revision des Allgemeinen Teils unseres Strafgesetzbuches noch zur Diskussion.

3. Die «Wiedergutmachung» als möglicher Strafbefreiungsgrund fand bereits Aufnahme im Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten gegen Leib und Leben.

Die ursprünglich geplante Bestimmung wird im Entwurf des Bundesrates allerdings nicht mehr enthalten sein. Obwohl in einzelnen Vernehmlassungen der Strafbefreiungsgrund der Wiedergutmachung in Frage gestellt wurde, sind es aber nicht Bedenken grundsätzlicher Natur, welche die Herausnahme dieses Strafbefreiungsgrundes aus dem Bundesratsentwurf veranlaßt haben. Maßgeblich dafür ist viel-

mehr die Überlegung, daß rechtspolitisch bedeutende Änderungen des Allgemeinen Teils unseres Strafgesetzbuches im richtigen Zusammenhang und nicht punktuell vorzunehmen sind. Soll der Allgemeine Teil, der als Kernstrafrecht im Grundsatz auch für das Nebenstrafrecht gilt, dogmatisch und kriminalpolitisch eine einheitliche und abgestimmte Ordnung festlegen, muß der Weg der begonnenen Totalrevision eingehalten werden.

Ich möchte das Thema «Opportunitätsprinzip im Strafrecht» nicht abschließen ohne eine generelle, rechtspolitische Überlegung. Obwohl vieles noch im Fluß ist, stelle ich fest, daß die Einführung ausgewogener Strafbefreiungsmöglichkeiten im materiellen Strafrecht ganz offensichtlich vermehrt befürwortet wird; und zwar sowohl von der Doktrin, der Strafrechtspflege und der Politik, als auch von der Öffentlichkeit. Wie läßt sich dieser Wandel erklären?

Mir scheint, der eigentliche Motor für die Einführung von erweiterten Strafbefreiungsmöglichkeiten ist im Grunde genommen das Anliegen, den Strafverfolgungsbehörden und dem Richter ein Instrument zur Verfügung zu stellen, das ein «Mehr an Gerechtigkeit» im Einzelfall ermöglicht. Gerade in einem täterbezogenen Strafrecht wie dem unseren kann das Postulat der Gerechtigkeit ja nicht in einer stark formalisierten, abstrakten Gleichbehandlungsmaxime aufgehen. Ich weiß, daß die Expertenkommission für die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches mit dieser Zielrichtung arbeitet. Wenn es gelingt, die Strafbefreiungsgründe so zu formulieren, daß unsere Strafrechtspflege im Ergebnis dem Maßstab der Gerechtigkeit besser genügt, könnte ich die damit verbundene Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durchaus in Kauf nehmen.

Andererseits übersehe ich nicht, daß die Einführung von Strafbefreiungsgründen auch mit Blick auf die Überlastung der Organe unserer Strafrechtspflege zu beurteilen ist. Ich denke vor allem an die Bewältigung der sogenannten Bagatellkriminalität. Diese Problematik, die Herr SOLLBERGER aus seiner Praxis als Strafrichter kennt, darf nicht verharmlost werden. Wenn die Einführung von Strafbefreiungsmöglichkeiten auch eine Entlastung der Organe der Strafrechtspflege zur Folge hat, dann ist ein solcher Nebeneffekt durchaus erwünscht. Aber Strafbefreiungsmöglichkeiten ausschließlich mit dem Ziel einzuführen, die Strafrechtspflege damit zu entlasten, erweckt doch schwere rechtsstaatliche Bedenken. Wegleitend muß daher nach wie vor das Anliegen bleiben, einen Beitrag zu mehr Gerechtigkeit im Einzelfall zu leisten. Daran werden die Vorschläge zur Einführung neuer Strafbefreiungsmöglichkeiten zu messen sein.

Auch mit der Wahl des zweiten Themas

Verursacherprinzip im Umweltschutz

beweist der Schweizerische Juristenverein sein Gespür für besonders aktuelle Fragen der Rechtsfortbildung. Zweifellos ist die Erhaltung und in einigen Bereichen auch die Wiederherstellung unserer natürlichen Lebengrundlagen eine der bedeutendsten Herausforderungen unserer Zeit. Das wird von breiten Bevölkerungsschichten so empfunden. Umfragen haben ja gezeigt: Der Umweltschutz wird als vordringlichste Staatsaufgabe der Gegenwart betrachtet. Gemäß dieser Erhebung hält allerdings die individuelle Bereitschaft, selber etwas zur Verbesserung der Situation beizutragen, mit dem abstrakten Bekenntnis zu einer entsprechenden Politik nicht ohne weiteres Schritt. Diese eher ernüchternde Feststellung ändert aber nichts daran, – oder verlangt vielleicht sogar erst recht –, daß der Gesetzgeber und die Rechtswissenschaft sich dieser Herausforderung stellen.

Das Verursacherprinzip, das in Art. 2 unseres Umweltschutzgesetzes als fundamentaler Leitsatz verankert ist, hat seine Wurzeln – wie aus dem Referat von Frau WAGNER hervorgeht – in der nationalökonomischen Theorie des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Volle Bedeutung erlangte es indessen erst durch die ökologischen Probleme, mit denen wir uns an der Schwelle des 2. Jahrtausends konfrontiert sehen. Im Rahmen des diesjährigen Kongresses interessiert uns vor allem: Was gibt dieses Prinzip für die rechtliche Bewältigung des Umweltschutzes her, wie fügt es sich in unsere verfassungmäßige Ordnung ein, und was könnte es allenfalls noch zusätzlich leisten.

Unmittelbar manifest und mindestens dem Grundsatz nach auch hier kaum bestritten, ist die Bedeutung des Verursacherprinzips im öffentlichen Recht. Es ist vor allem Grundlage für die präventive und reparative Kostenregelung bei verwaltungsrechtlichen Maßnahmen. Welche Tragweite dem Prinzip unter diesem Gesichtspunkt zukommt und welche verfassungsrechtlichen Schranken dabei zu beachten sind, hat Frau WAGNER umfassend und differenziert herausgearbeitet. Es bestehen zweifellos noch Entwicklungsmöglichkeiten, die auch im Rahmen der laufenden Gesetzgebungsvorhaben geprüft werden. Ich denke hier insbesondere an die im Zusammenhang mit der bevorstehenden Revision des Umweltschutzgesetzes vorgesehenen Lenkungsabgaben für bestimmte, umweltgefährliche Stoffe und Erzeugnisse. Nach einer im Nationalrat unter dem Titel «Verursacherprinzip» eingebrachten parlamentarischen Initiative sollen Lenkungsabgaben auf Konsumgütern und Dienstleistungen sogar ausdrücklich in der Verfassung verankert werden.

Von besonderem Interesse für mein Departement ist aber die von beiden Referentinnen, vor allem von Frau PETITPIERRE, mit Nachdruck vertretene These, daß dem Verursacherprinzip auch im Haftpflichtrecht voll zum Durchbruch zu verhelfen sei. Dieses Postulat ist

insofern von größter Aktualität, als – wie Sie wissen – die Vorarbeiten für eine Gesamtrevision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts vor rund einem Jahr angelaufen sind. Mit der Einsetzung einer Studienkommission, die bis 1990 ein umfassendes Revisionskonzept erarbeiten soll, hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement – ich muß eingestehen: mit echt helvetischer Verspätung – den Startschuß zu einem Projekt gegeben, das direkt auf eine Resolution Ihrer Vereinigung zurückgeht. Sie haben nämlich am Juristentag von Neuenburg im Jahre 1967 den Anstoß dazu gegeben. Unmittelbarer Anlaß für die Anhandnahme dieser Aufgabe aber war ein aufsehenerregendes Umweltschadenereignis, nämlich der Chemie-Unfall von Schweizerhalle. Damit ist auch klar, daß bei der Erneuerung und Weiterentwicklung des schweizerischen Haftpflichtrechts der Frage der Umwelthaftung zentrale Bedeutung zukommt. Dies ist im Auftrag an die Studienkommission denn auch ausdrücklich erwähnt.

Wieweit indessen das Verursacherprinzip tel quel zur Begründung einer privatrechtlichen Verantwortlichkeit herangezogen werden kann, dürfte – und ich glaube, das haben auch die Diskussionen und die Referate gezeigt – noch Gegenstand ausgiebiger Diskussionen werden. Es sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß gerade die Haftungsnorm, die von Frau PETITPIERRE als «cas d'application clair du principe pollueur-payeur» bezeichnet wird, nämlich der Art. 36 des Gewässerschutzgesetzes, im Rahmen der gegenwärtigen Revision des Gewässerschutzgesetzes auf eine klassische Gefährdungshaftung zurückbuchstabiert worden ist. In bezug auf diesen Punkt besteht zwischen den beiden Kammern des Parlaments nicht einmal eine Differenz mehr. Die Gründe für diesen scheinbaren Rückschritt hat der Bundesrat in seiner Botschaft von 1987 dargelegt: Er hat sich durch die verbreitete Kritik in der Doktrin davon überzeugen lassen, daß diese Bestimmung eine reine Erfolgshaftung statuiere, die das System eines auf Zurechnungskriterien basierenden Schadenersatzrechts sprengt. Und er steht mit dieser Auffassung – und auch international gesehen – nicht allein da: Zurzeit erarbeitet eine Expertenkommission des Europarates ein Modellgesetz für eine europäisch harmonisierte Umwelthaftung. Dieses Gremium will, nach eingehender Prüfung weitgehender Vorschläge, ebenfalls am Konzept der Gefährdungshaftung, einer «responsabilité pour risque» für qualifiziert umweltgefährliche Tätigkeiten, festhalten. Die Idee einer an die Umweltbeeinträchtigung als solche anknüpfenden, rein kausal auf jeden beliebigen Verursacher zurückbezogenen Verantwortlichkeit, also einer «responsabilité pour résultat illicite» im Sinne von Frau PETITPIERRE, wurde aus ähnlichen Gründen verworfen, wie sie bei uns gegen die Gewässerschutzhaftung vorgebracht worden sind.

Mit diesen Feststellungen soll den hier unterbreiteten Vorschlägen nicht etwa a priori ein « fin de non-recevoir» entgegengehalten, sondern lediglich der Stand der Diskussion aufgezeigt werden. Sicher ist, daß unser Haftungssystem in einer Richtung ausgebaut werden muß,

die eine bessere und mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbare Erfassung aller Umweltschäden ermöglicht. Daß hiefür die traditionelle Verschuldenshaftung nicht mehr genügt, scheint klar zu sein. Bei alledem darf aber nicht vergessen werden, daß sich die Haftpflichtordnung zwar indirekt durch ihren Einfluß auf Versicherungsprämien und Sicherheitsvorkehren auch auf den Umweltschutz auswirkt, sie aber trotzdem nur eine beschränkte Rolle in dieser Hinsicht zu spielen vermag. Das Haftpflichtrecht kommt definitionsgemäß zu spät, nämlich erst dann zum Zug, wenn der Schaden schon eingetreten ist, und somit der Umweltschutz mit seinen vorbeugenden und defensiven Maßnahmen versagt hat. Die Hauptanstrengung muß sich also auf solche Maßnahmen konzentrieren. Hier kann das Verursacherprinzip auch weiterhin voll zum Tragen kommen.

Erlauben Sie mir zum Schluß noch einen gemeinsamen Gedanken zu den beiden Referaten des diesjährigen Juristentages. Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht und das Verursacherprinzip im Umweltrecht – zwei verschiedene Themen, denen etwas gemeinsam ist: In beiden Fällen geht es um die Verstärkung der Gerechtigkeit im Einzelfall gegenüber einer allgemeinen, zu schematisch empfundenen Regel. Im Strafrecht zeigt sich dies in einer vermehrten Anerkennung des Opportunitätsprinzips und der damit verbundenen wohlwollenden Berücksichtigung der Situation des Einzelnen. Im Umweltrecht geht es darum, das Individuum mehr zur Verantwortung zu ziehen, ihm in verpflichtendem Sinn gerechter zu werden.

Herr Präsident, meine Damen und Herren, ich danke den Referentinnen und Referenten für ihre außerordentlich instruktiven und anregenden Studien zu zwei Themen, die gerade im Hinblick auf künftige Gesetzgebungen unbedingt solch vertiefter Ausleuchtung bedurften. In der Diskussion sind außerdem viele Gedanken geäußert worden, die Beachtung verdienen. Ich hoffe daher, es ergehe Ihnen wie mir, daß sie heute viele wertvolle, interessante Denkanstöße für Ihre weitere Arbeit im Alltag erhalten haben. Ich danke Ihnen.

VI.

Schlußvotum des Präsidenten – Discours de clôture du président

Je remercie M. le Conseiller fédéral ARNOLD KOLLER pour les aimables paroles qu'il a prononcées en ce qui concerne notre association, dont il est membre depuis longtemps, et pour les intéressants renseignements qu'il nous a fourni au sujet des objets de notre discussion et des projets qui mijotent actuellement dans la cuisine fédérale.

Ce propos me fournit une transition pour vous dire que, sous réserve du dîner qui vous attend encore dans la salle voisine, ce congrès est ainsi terminé. Je ne peux pas le clore sans avoir d'abord remercié toutes les personnes qui y ont participé et qui ont contribué à son succès. J'aimerai d'abord remercier les rapporteurs, dont le travail a été le plus

énorme puisqu'il a duré plus d'une année, les animateurs des groupes, les membres du comité de la société qui m'ont assisté dans sa préparation, mais surtout et particulièrement le comité d'organisation de l'ordre des avocats du canton des Grisons. Je crois que c'est grâce à eux que ce congrès a été si parfaitement et si agréablement réussi, grâce au spectacle qu'ils nous ont offert hier soir et grâce à l'excellente organisation qui a été sensible pendant toute la durée de nos travaux. Je les remercie donc tous.

Le congrès de l'année 1989 est ainsi terminé et je vous donne rendez-vous l'année prochaine à Schwytz.

Verzeichnis der Referenten:
Liste des rapporteurs:

Koller A., Bundesrat, Bern

Donatsch A., Zürich
Killias M., Lausanne
Petitpierre A., Genève
Roth R., Genève
Schubarth M., Lausanne
Sollberger J., Bern
Wagner B., Basel
Widmer P., Bern