

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:	112 (1993)
Rubrik:	Protokoll der 127. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins = Procès-verbal de la 127e assemblée annuelle de la société suisse des juristes

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 13.02.2026

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

Protokoll der 127. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

vom 22.-23. Oktober 1993 in Freiburg

Procès-verbal de la 127^e assemblée annuelle de la société suisse des juristes

du 22-23 octobre 1993 à Fribourg

Sitzung vom Freitag, den 22. Oktober 1993 in der Aula Magna der
Universität Freiburg

Präsident/président:
Dr. Andreas Girsberger, Rechtsanwalt, Zürich

Sekretäre/secrétaires:
Urs Müller, lic. iur., Alterswil
Anne-Sophie Peyraud, lic. iur., Freiburg

I.

Generalversammlung des Schweizerischen Juristenverein Assemblée générale de la Société suisse des juristes

Der Präsident eröffnet die 127. Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins um 15.00 Uhr.

Die Traktanden sind:

1. Bericht des Präsidenten
2. Jahresrechnung 1992/93 und Revisionsbericht
3. Voranschlag 1993/1994
4. Jahresbeitrag 1993/94
5. Bericht der Stiftung "Rechtsquellenfonds"
6. Verleihung der Janggen-Preise
7. Ersatzwahl für das Vizepräsidium

1. Jahresbericht des Präsidenten

Mesdames, Messieurs, chers collègues, il convient qu'un congrès qui se tient à Fribourg débute en langue française. Etant de langue maternelle alémanique, je me facilite cette tâche en me servant des mêmes paroles avec lesquelles Me Jacques Matile commençait son allocution présidentielle lors du congrès de 1980 qui se tenait également à Fribourg. Il disait ce qui suit, et je me permets de suivre, *mutatis mutandis*, son exemple:

Je souhaite une cordiale bienvenue à chacun et à chacune parmi vous. Notre comité vous est particulièrement reconnaissant d'avoir trouvé le temps, malgré vos multiples occupations, de consacrer deux demi-journées à notre société et à ses travaux. Il espère que les sujets choisis et les discussions auxquelles ils donneront lieu, seront un enrichissement pour chacun et chacune de vous. Mais il forme aussi le voeu que notre réunion de Fribourg soit l'occasion pour chacun et chacune de lier des liens d'amitié avec des collègues venant d'autres parties de la Suisse ou de renouveler des liens créés antérieurement.

Nous tenons à exprimer ici au comité fribourgeois d'organisation, et en particulier à son président, M. le Juge cantonal PIERRE KAESER, les remerciements de tous les juristes suisses pour tout le travail accompli. Notre reconnaissance va aussi aux autorités du canton et de la ville de Fribourg dont l'appui et la compréhension ont joué un rôle essentiel dans l'organisation de notre congrès.

Gestatten Sie nun, dass ich mich für die "trockenen" Geschäfte meiner deutschen Muttersprache bediene.

Gestatten Sie auch, dass ich diesmal auf eine namentliche Begrüssung aller der Persönlichkeiten verzichte, die uns als besondere Gäste des diesjährigen Juristentages die Ehre ihrer Anwesenheit erweisen. Die Zeit für die Durchführung des wissenschaftlichen Programms ist nämlich so gedrängt, dass wir alle unsere Ehrengäste und alle, die sich in irgendeiner Weise um den Juristentag verdient gemacht haben, pauschal, aber nicht minder herzlich willkommen heissen und ihnen für ihr persönliches Erscheinen wärmstens danken.

Um mit der Kaffeepause und dem anschliessenden wissenschaftlichen Teil möglichst bald beginnen zu können, möchte ich den Bericht über das abgelaufene Geschäftsjahr so knapp als möglich halten. Eine kurze Vorschau auf den Juristentag vom 15./16. Oktober 1994 in Zürich und 1995 in Schaffhausen ist für morgen programmiert.

- a) Zunächst ein Wort zu den diesjährigen Referaten. Wir danken den Berichterstattern AUBERT, JACOT-GUILLARMOD, SCHWEIZER und STÖCKLI für die grosse geleistete Arbeit. Dass Herr JACOT-GUILLARMOD und namentlich auch Herr SCHWEIZER für die Ablieferung ihrer Referate mehr Zeit brauchten, als nach dem Reglement eigentlich vorgesehen, war weitgehend durch die EWR-Abstimmung vom 6. Dezember 1992 bedingt. Je nach deren Ergebnis war für das Thema des Richters im Blick

auf das Europarecht mit einer verschiedenen Ausgangslage zu rechnen. Es ist aber dank intensiven Bemühungen aller Beteiligten, auch seitens des Verlages Helbing & Lichtenhahn gelungen, den Druck und Versand des einen Referats noch im August, des anderen wenigstens noch vor dem Juristentag zu ermöglichen.

Für das kommende Jahr hat der Vorstand die Koordination zwischen Berichterstattern und Verlag so organisiert, dass mit der Ablieferung sämtlicher Manuskripte bis Ende Jahr 1993 gerechnet werden darf. Das gewählte Thema "Die Sorgfalt der Bank" hat schon jetzt in weiten Kreisen ein Echo ausgelöst.

b) Ein grosser Teil der Bemühungen des Vorstandes gilt der Pflege der Beziehungen zwischen Juristenverein und Mitgliedern. Wir machen die Erfahrung, dass in der Schweiz noch sehr viele latente Anwärter auf den Beitritt zum Juristenverein vorhanden sind, dass ihnen aber die Gelegenheit zu diesem Schritt in irgendeiner Weise nahegebracht werden muss. Diesem Ziel – das grosse noch schlummernde Potential zu wecken – wollen wir im laufenden Geschäftsjahr vermehrte Anstrengungen widmen.

c) Sie haben mit den Unterlagen eine Aufstellung über die Mutationen im Mitgliederbestand erhalten. Eine Reihe markanter Persönlichkeiten ist uns durch den Tod entrissen worden. Zu den Dahingegangenen gehört auch der Vater unseres jetzigen Sekretariatsleiters Jean-Werner Signer, Ernst Signer. Er hat über eine Zeitspanne von rund 50 Jahren den Verein als Secrétaire administratif und Archivar mit Hingabe und Sorgfalt betreut. Unser Dank für seine langjährige Tätigkeit ist ihm sicher.

Ich bitte Sie, sich im Andenken an die verstorbenen Kolleginnen und Kollegen zu erheben.

Mutationen

Dem Verein sind beigetreten

Stand: Juli 1993

Zürich

ALLENBACH KASATY CHRISTA, Jugendanwältin, Zürich
ATTINGER MARCEL, lic. iur., Zürich
BERGOMI FIORENZA, stud. iur., Zürich
BUCHELI CLAUDIA, lic. iur., Rechtsanwältin, Zollikerberg
CONDAMIN-VONEY GERTRUD, Gerichtssekretärin, Zürich
ERISMANN WERNER, Dr. iur., Zürich
GANTENBEIN ANDREAS, Fürsprecher, Zürich
GROSS NICOLE, stud. iur., Zürich
ILERY ATILAY, Rechtsanwalt, Zürich
JUCKER H., Dr. iur., Zürich
KLUSER URS, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich
LEHMANN DANIEL, Dr. iur., Wil,
OBERHOLZER MARTIN, lic. iur., Zürich
RAGGENBASS MARC, Rechtsanwalt, Zollikerberg,
STAMM REGINA, lic. iur., Rechtsanwältin, Winterthur
STECK DANIEL, Dr., Oberrichter, Greifensee
VOURTSIS-MÜLLER Ingrid, lic. iur., Zürich
WEHRENBERG STEFAN P., lic. iur., Bonstetten
WICKI BALTHASAR, lic. iur., Zürich
WIEDLER RALPH, Rechtsanwalt, Affoltern am Albis

Bern

BAERTSCHI MARKUS, Fürsprecher, Fraubrunnen
BEHNISCH URS, Dr., Fürsprecher, Bern
BRAUNSCHWEIG ROGER, Dr. iur., Schlieren
EYMANN URS, Fürsprecher, Bern
FRICK ANNETTE, lic. iur., Bern
FRICK MANUEL, Fürsprecher, Bern
GREGORI MASCIA PATRIZIA, lic. iur., Bern
HAAS GIULIO, Dr. iur., Bern,
HILTBRUNNER JEAN-PAUL, lic. iur., Biel,
IMARK LUKAS, Dr., Fürsprecher und Notar, Laufe,
LOCHER EMANUELA, lic. iur., Niederscherli
MAURER ANDREAS, Fürsprecher, Bern
MÜLLER MARKUS, Dr., Rechtsanwalt, Bern
MÜLLER THOMAS, Fürsprecher, Ber,
RECHSTEINER PETER, Fürsprecher, Bern
SARTORIUS MARCUS A., Fürsprecher, Meiringen
SCHREGENBERGER HANS-CH., lic. iur., Bern
ZUPPIGER ISABELLE-MARIE, lic. iur., Koeniz

Luzern

BELLWALD FRIEDRICH, Dr., Versicherungsjurist, Luzern
BOVIER GERALD, lic. iur., Luzern
BRUENDLER ROLF, Dr., Rechtsanwalt, Luzern
FRESARD GHISLAINE, lic. iur., Rechtsanwältin, Meggen
FRESARD JEAN-MAURICE, lic. iur., Rechtsanwalt, Meggen
HOLDERMANN BERNARD, lic. iur., Luzern
MEDICI GUIDO, Bundesgerichtsschreiber, Ebikon
WIDMER FRITZ, Dr., Verwaltungsrichter, Luzern
WÜEST EDI, lic. iur., Rechtsanwalt, Rothenburg

Schwyz

GIACOMINI SERGIO, Rechtsanwalt, Schwyz
SCHULER FRANZ, lic. iur., Rechtsanwalt, Goldau

Freiburg

CASANOVA HUGO, Dr en droit, Fribourg
HAYOZ JOSEF, Rechtsanwalt, Giffers
JEGER WERNER, Fürsprecher und Notar, Wünnewil
REICHMUTH ALICE, lic. en droit, avocate, Prez-vers-Noréaz
SIDLER OLIVER, lic. en droit, Fribourg
TSCHÜMPERLIN PAUL, Dr., Rechtsanwalt, Gurmels
ZBINDEN DANIEL, lic. en droit, Fribourg

Basel-Stadt

DETTWILER STEFAN A., lic. iur., Rechtsanwalt, Basel
GELZER PHILIPP, lic. iur., Basel
SCHAUB ADRIAN, lic. iur., Basel
WEHRLE STEFAN, Dr., Gerichtsschreiber, Basel

Basel-Landschaft

BERGER ELISABETH, lic. iur., Münchenstein
GÖTZ LUKAS, lic. iur., Münchenstein

Schaffhausen

HANS-ULRICH BRUNNER, Dr. iur., LL.M, Schaffhausen

St. Gallen

BÜHLER SUZANNE, lic. iur., Rechtsanwältin, Uzwil
DOMMER JÜRG, Dr., Rechtsanwalt, Buchs
GLOOR MARCEL, stud. iur., St. Gallen
GRÄMIGER JÜRG, lic. iur., Rechtsanwalt, Wil
HILDEBRAND ANDREAS, lic. iur., Eggersriet
HOLD MICHAEL, lic. iur., St. Gallen
HOPPLER JOSEF, Dr. iur., Mels
KRAMER ANDREA, St. Gallen
OBERHOLZER NIKLAUS, Dr., Rechtsanwalt, St. Gallen

THALER ARMIN, lic. iur., St. Gallen
 WILD FLORIAN, Dr., St. Gallen

Aargau

GEISER JUDITH, lic. iur., Fürsprecherin, Rheinfelden
 GRÄNI ANDRÉ, lic. iur., Rechtsanwalt und Notar, Aarau
 MERKI MATHIAS, Fürsprecher und Notar, Aarau
 PODZORSKI HANS J., lic. iur., Aarau
 WINKLER MARCEL, lic. iur., Rechtsanwalt, Gebenstorf

Thurgau

GRAF HANS-RUEDI, lic. iur., Rechtsanwalt, Frauenfeld
 MARQUARDT AXEL, Unternehmensjurist, Uesslingen

Ticino

MASONI BRENNI GIOVANNA, lic. iur., Lugano

Vaud

BERRA JACQUES, lic. en droit, Gingins
 BÜHLER JACQUES, lic. en droit, Montreux
 BUGNON ALAIN, lic. en droit, notaire, Grandson
 MAIROT DOMINIQUE, lic. en droit, Lausanne
 MATTERNBERGER NICOLAS, étud. en droit, Lausanne
 NEU JEAN-FRANÇOIS, lic. en droit, Lausanne
 PAQUIER-BOINAY VÉRONIQUE, lic. en droit, avocate, Lausanne
 PAQUIER-BOINAY CLAUDE, Dr en droit, notaire, Lausanne
 RIGOT DOMINIQUE, Dr en droit, Lausanne
 SCHILLING MARGRIT, Dr en droit, Pully
 SCHLAEPPPI PIERRE-ALEX., lic. en droit, Lutry
 VALLOTTON FRÉDÉRIC, étud. en droit, Morges
 VÖGELI ANDREA, lic. en droit, juriste, Lausanne
 WEBER DENIS, Dr en droit, Lutry
 WERNLI MARTIN, Dr en droit, avocat, Vevey

Neuchâtel

CHAPPUIS FERNAND, lic. en droit, Neuchâtel
 HAYOZ CLAUDIO, lic. en droit, juriste, Neuchâtel
 JAVET CEDRIC, lic. en droit, avocat, Hauterive
 MAEDER JEAN-PIERRE, Neuchâtel
 MATILE LAURENT, lic. en droit, LL.M, Neuchâtel
 PROELLOCHS FLAMINIA, lic. en droit, Neuchâtel
 ROMY ALAIN, lic. en droit, avocat, Cernier

Genève

FAVRE-BULLE XAVIER, D.E.S., Genève
 GIANINI ANDREA, lic. en droit, Carouge
 SUVA YVES, lic. en droit, Genève

Demissionen liegen vor

Eintrittsjahr

- 1985 ABOLFATHIAN-HAMMER ROSM., stud. iur., Ittigen
1989 ANTONIETTI MICHELLE, lic. iur., Rechtsanw., Binningen
1955 BÄUMLIN RICHARD, Prof. Dr., Oberwil
1955 BARBEY GUSTAVE, avocat, Genève
1978 BARROT ALEX, Dr., Rechtskonsulent, Moosseedorf
1990 BAUMANN KONRAD, Dr en droit, Vicques
1989 BEERLI-BONORAND URSINA, Dr. iur., Thalwil
1984 BERGER WILLI, Rechtsanwalt, Adliswil
1992 BERNHARD RACHEL, étud. en droit, Mézières
1982 BERNI MARKUS, lic. iur., Vals
1981 BINDELLA FIAMMA, lic. iur., Lugano
1980 BINDSCHEDLER GEORGES, Fürsprecher, Muri
1990 BLACKIE CATHERINE, lic. en droit, Lausanne
1986 BLUM RICHARD, Rechtsanwalt und Notar, Zug
1954 BOESCH ALFONS J., Staatsanwalt, Ingenbohl
1981 BOLLI DANIÈLE, juriste, Belmont
1989 BOLLIGER MARCEL, stud. iur., Luzern
1960 BORNARD ANDRÉ, Dr en droit, notaire, Montreux
1983 BORRADORI MARIO, stud. iur., Lugano
1952 BOVARD PIERRE-ANDRÉ, Dr en droit, avocat, Morges
1983 BRUESCHWEILER MATHIAS, stud. iur., Zürich
1980 BRUNNER DANIEL, Notar, Bern
1988 CARRUZZO PHILIPPE, lic. en droit, Lausanne
1981 CORBAZ ANDRÉ, notaire, Lausanne
1960 DA RUGNA ROMEO, lic. iur., Zürich
1983 DAETWYLER-WIDMER GEORGE, Dr., Jurist, Glattfelden
1984 DE KORODI PHILIPPE, lic. en droit, Lausanne
1989 DERENDINGER PETER, Rechtsanwalt, Schwyz
1981 DOTTA WALTER, lic. iur., Luzern
1950 DUDAN PHILIPPE, Dr en droit, avocat, Lausanne
1948 EICHER OSCAR, Fürsprecher, Muri
1956 FAHRLÄNDER KARL, Dr. iur., Fürsprecher, Zofingen
1973 FLEUTI-GODEL ARIANE, juriste, Genève
1978 FORSTER CLAUDIA, lic. iur., Winterthur
1967 FREY HANS HEINRICH, Dr., Schlieren
1968 GAFNER SONJA, lic. en droit, Pully
1976 GAITZSCH CHRISTINE, avocate, Genève
1975 GAMPERT OLIVIER, notaire, Genève
1972 GASSER HANS-PETER, Dr en droit, Grand-Saconnex
1976 GILLIERON PIERRE A., Dr en droit, avocat, Genève
1985 GLANZMANN ARTHUR, Steuerrechtsexperte, Luzern
1976 GRAF HANS, Dr., Rechtsanwalt, Chur
1978 GRÜNINGER ANTON, Rechtsanwalt, Widnau
1984 HABSCHEID WALTHER J., Professor, Dr., Lindau

- 1971 HAISSLY FERNAND, lic. en droit, Genève
1961 HARMS EDUARD, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1988 HASLER KATHARINA, lic. iur., Rheineck
1988 HAUSER BRIGITTE, lic. iur., Fribourg
1982 HERZIG CHRISTIAN, Gerichtsschreiber, Altstätten
1961 HEUSS VALENTIN, Dr. iur., Uitikon
1966 HUBER ARMIN J., Dr., Oberrichter, Winterthur
1983 HUBER FELIX, stud. iur., Elgg
1939 HÜSLER F., HAGMANN M., Solothurn
1978 IMBODEN PAUL, Advokat, Notar, Visp
1969 IMER ANDRÉ, Juge fédéral, La Neuveville
1970 JACOBS SUCHARD SA, Neuchâtel
1970 JEANNERET FRÉDÉRIC, lic. en droit, notaire, Fontainemelon
1965 JOLY CLAUDE-FRÉDÉRIC, avocat, Neuchâtel
1961 JUNOD PHILIPPE, Juge fédéral, Lausanne
1983 KOBLER WALTER, stud. iur., Altstaetten
1986 KOHL BARBARA, lic. iur., Küsnacht
1963 KUPPER GASTON, Dr. iur., Advokat und Notar, Olten
1978 LENZI URS, Dr. iur., Rechtsberater, Zürich
1953 MANGOLD RUDOLF, Dr. iur., Rechtsanwalt, Chur
1987 MARTIGNONI BRENNO, lic. iur., Bellinzona
1967 MASSON LOUIS, lic. en droit, Lausanne
1986 MELLIGER HANS, Fürsprecher, Sarmensdorf
1987 MERKI MATHIAS, lic. iur. Fürsprecher, Aarau
1990 MERKT BENDIT, étud. en droit, Neuchâtel
1970 MEYER MARGRIT, Dr., Rechtsanwalt, Luzern
1981 MING-AESCHBACHER CAT, lic. en droit, Founex
1983 NETZER MARCO, lic. iur., Gordola
1987 NIGGLI MARIE-THERESE, Zürich
1981 PACHE CHARLES-DANIEL, Lausanne
1967 PAROLA ANGELO, lic. iur., avvocato e notaio, Lugano
1980 PETERMANN YVES, juriste, Délémont
1975 PFITZMANN HANS J., Dr en droit, Borex
1983 PRAPLAN GUY, avocat, notaire, Montana
1969 RICCI HANS PETER, Dr., Rechtskonsulent, Neuhausen
1981 RIEGG PETER, lic. iur., St. Gallen
1981 RIVIER JEAN-PAUL, lic. en droit, Cheseaux
1970 ROETHLISBERGER FRED, Dr., Fürsprecher, Aarau
1987 SAILLEN ANNE-LISE, avocate, Lausanne
1990 SCHÄFER RAPHAEL, cand. iur., Mécourt
1985 SCHAFROTH GERHARD, lic. iur., Liestal
1990 SCHLUMBERGER AMÉDÉE, Dr., Advokat, Bottmingen
1985 SCHLUMBERGER ANNE E., stud. iur., Bottmingen
1976 SCHMID MARCEL, lic. iur., Bern
1961 SCHNEIDER MAX, Dr., Advokat, Rheinfelden
1978 SCHNEIDINGER RITA, Rechtsanwältin, Zollikon

- 1984 SCHULER CORNELIA, stud. iur., Münchenstein
 1958 SCHUPP JACQUES, juriste, Winterthur
 1952 SCICLOUNOFF PIERRE, avocat, Genève
 1954 SIEGENTHALER PAUL, Dr. iur., Fürsprecher, Bern
 1978 SMADJA GILBERT, juriste, Jouxtens Mézery
 1965 STÜDELI RUDOLF, Dr., Rechtsanwalt, Wabern
 1987 SUTER URSULA, Fürsprecherin, Zollikerberg
 1981 TANNER BRIGITTE, stud. iur., Zürich
 1969 THALMANN PAUL, Dr., Winterthur
 1956 TOBLER RICHARD E., Dr. iur., Männedorf
 1960 TOURNIER PAUL, lic. en droit, notaire, Genève
 1980 ULDRY BERNARD, Président de tribunal, Fribourg
 1945 URSPRUNG PAUL, Dr., Aarau,
 1977 VON ROTEN HENRI, avocat, notaire, Sion
 1981 WAIBEL-KNAUS H., Rechtsanwalt, Uznach
 1984 WALPEN LAURENT, Genève
 1947 WEHRLI-BLEULER EDMUND, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich
 1978 WEIMAR PETER, Prof. Dr., Winterthur
 1963 WEISS EBERHARD, Dr., Staatsschreiber, Riehen
 1962 WIKI HEINRICH, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
 1958 WYSS HEINZ F., Dr., Rechtsanwalt, Zürich
 1964 ZEENDER ALOIS, Avocat, Winterthur
 1986 ZEMP GREGOR, lic. iur., Sursee
 1986 ZIMMERLI ANNETTE, lic. iur., Zürich

Gestorben sind folgende Mitglieder

Stand: Juli 1993

Eintrittsjahr

- 1954 BÄRLOCHER ALFRED, Dr., St. Gallen
 1956 BARDY HENRI, Directeur, Fribourg
 1942 BINDSCHEDLER RUDOLF R., Prof. Dr., Bern
 1960 BOLLAG GEORGES, Advokat, Basel
 1981 BURNAND JEAN-CLAUDE, avocat, Lausanne,
 1965 DE MONTMOLLIN BLAISE, lic en droit, avocat, St. Blaise
 1962 DONES CARLO, dott., avvocato, Mendrisio
 1972 EMERY GERARD, juge cantonal, Sion
 1967 FERRARI ARNOLDO, avvocato e notaio, Lugano
 1958 FISCHER JACQUELINE, lic. en droit, Lausanne
 1965 FRAGNIÈRE HENRI, Juge fédéral, Sion
 1940 GONVERS ROGER, Dr en droit, notaire, Lausanne
 1938 GRISEL ANDRÉ, a. juge fédéral, Lausanne
 1966 GUENTERT HUGO, Fürsprecher und Notar, Bern
 1943 GUGGENHEIM CHARLES, a. juge au trib. cant., Fribourg
 1966 HAEFELY MARKUS, Dr., Jurist, Solothurn
 1981 HOECHLI ANDREAS, Fürsprecher, Bremgarten
 1965 HUEPPI JOSEF, Dr., Rechtsanwalt, St. Gallen

- 1945 KORNER HANS, Dr. iur., Fürsprech, Luzern
1948 L'HUILLIER LAURENT, Prof., avocat, Versoix
1938 MEYER WERNER, Dr., Direktor, Winterthur
1944 NAEGELI-HUNZIKER KARL, Dr en droit, Pully
1961 PACHE CLAUDE, Dr en droit, avocat, Lausanne
1934 PFUND WALTER, Dr en droit, avocat, Lausanne
1952 PICENONI VITO, Prof. Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1930 PYTHON LOUIS, Dr en droit, Fillistorf
1928 REICHSTEIN ADAM, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zollikerberg
1961 RUTZ ALOIS, Dr., Gerichtspräsident, Buetschwil
1964 SAXER ANDREAS, Dr., Advokat und Notar, Basel
1941 SCAZZIGA FRANCESCO, dott. in legge, avvocato e notaio,
Locarno-Muralto
1935 SCHORER PAUL, Dr., Fürsprecher, Bern
1961 SIGG ADOLF WALTER, Dr., Hergiswil
1981 SIGNER ERNEST, anc. archiviste SJJ, Blonay
1961 STOFFEL LEO, Dr., Advokat, Notar, Visp
1936 STUDER CHARLES, Dr. iur., Fürspr. u. Notar, Solothurn
1936 STUDER RUD., Dr. iur., Fürspr. und Notar, Solothurn
1946 VON AESCH RUDOLF, Dr., Advokat, Uster
1921 VOSER FRITZ, Dr., Fürsprech, Baden

2. Jahresrechnung 1993/1994 und Revisionsbericht

Die Jahresrechnung präsentiert sich folgendermassen:

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1993

	Fr.	Vorjahr Fr.
Aktiven		
Kassa	3'525.00	3'499.80
Postcheck	7'303.84	6'374.19
Waadtl. Kantonalbank	253'243.25	170'929.10
Verrechnungssteuer	13'233.85	12'913.45
Wertschriften	140'00.00	278'200.00
Transitorische Aktiven	<u>2'000.00</u>	<u>5'366.50</u>
	<u>419'305.94</u>	<u>477'283.04</u>

	Fr.	Fr.
Passiven		
Transitorische Passiven	42'752.15	116'196.05
Rückstellung Publikationen	200'000.00	200'000.00
Kapital		
Vortrag 1.7.92	161'086.99	
Gewinn 1992-93	5'466.80	<u>176'553.79</u>
	<u>419'305.94</u>	<u>161'086.99</u>
		<u>477'283.04</u>

Erfolgsrechnung 1992/93

	Fr.	Vorjahr Fr.
Einnahmen		
Mitgliederbeiträge	185'340.00	145'000.00
Beitrag SAGW	49'250.00	33'000.00
Verkauf von Publikationen	199.00	5'366.50
Wertschriftenertrag	27'123.20	17'795.00
Bank- & Postcheckzinsen	1'4480.80	1'912.49
	<u>263'361.00</u>	<u>203'073.99</u>

	Fr.	Fr.
Ausgaben		
Druckkosten Referate/Protokolle	122'494.15	87'098.00
Übersicht der Literatur über das Schweizerische Recht	52'499.00	35'000.00
Schweiz. Juristentag	32'993.25	55'241.30
Vergütung an Referenten	7'500.00	7'000.00
Spesen des Vorstands	2'097.20	2'254.30
Zirkulare und Drucksachen	11'920.95	9'669.40
Archivar und Buchhaltung	11'000.00	11'000.00
Post- & Bürospesen	1'216.80	1'294.30
Beiträge	4'500.00	4'500.00
Bankspesen	569.15	1'100.92
Steuern	<u>1'103.70</u>	<u>1'103.70</u>
	<u>247'894.20</u>	<u>215'261.92</u>
Einnahmenüberschuss	<u>15'466.80</u>	<u>-12'187.93</u>

II. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1993

	Fr.
Waadtl. Kantonalbank, Kontokorrent	708.95
Verrechnungssteuer	272.90
Wertschriften	<u>10'000.00</u>
	<u>10'981.85</u>
Passiven	Fr.
Kreditoren "Juristenverein"	2'000.00
Kapital	
Vortrag 1.7.92	17'589.01
Verlust 1992/93	-8'607.16
	<u>8'981.85</u>
	<u>10'981.85</u>
Einnahmen	Fr.
Wertschriftertrag	487.50
Bankzinsen	<u>8.58</u>
	<u>496.08</u>
Ausgaben	Fr.
Wissenschaftliche Preise	9'000.00
Bankspesen	<u>103.24</u>
	<u>9'103.24</u>
Ausgabenüberschuss	<u>-8'607.16</u>

Auf ein Verlesen des Berichts der Rechnungsrevisoren, der Rechtsanwälte MADELINE-CLAIRES LEVIS und FRANÇOIS MAGNIN, wird verzichtet. Die Rechnungsrevisoren empfehlen, die vorliegenden Jahresrechnungen zu genehmigen.

Ihre mit der Rechnungsprüfung verbundene Arbeit wird herzlich ver-dankt.

Die Jahresrechnung wird genehmigt.

3. Voranschlag für die Geschäftsperiode vom 1. Juli 1993 bis 30. Juli 1994

III. Budget 1993/94

		Vorjahr Effektiv
Einnahmen	Fr.	Fr.
Mitgliederbeiträge	195'000.00	185'340.00
Beitrag SAGW	8'000.00	49'250.00
Verkauf von Publikationen	p.m.	199.00
Wertschriftertrag	9'100.00	27'123.20
Bank- & Postcheckzinsen	2'000.00	1'448.80
	<u>214'100.00</u>	<u>263'361.00</u>
Ausgaben	Fr.	Fr.
Druckkosten Referate/Protokolle	160'000.00	122'494.15
Übersicht der Literatur über das Schweizerische Recht	40'000.00	52'499.00
Schweiz. Juristentag	15'000.00	32'993.25
Vergütung an Referenten	6'000.00	7'500.00
Spesen des Vorstandes	3'000.00	2'097.20
Zirkulare und Drucksachen	13'000.00	11'920.95
Archivar und Buchhaltung	11'000.00	11'000.00
Post- & Bürospesen	1'500.00	1'216.80
Beiträge	4'500.00	4'500.00
Bankspesen	1'000.00	569.15
Steuern	1'100.00	1'103.70
	<u>256'100.00</u>	<u>247'894.20</u>
Ausgabenüberschuss	<u>- 42'000.00</u>	<u>15'466.80</u>
Teilauflösung Rückstellung für Druckkosten	40'000.00	
Ausgewiesener Verlust	<u>- 2'000.00</u>	

4. Jahresbeitrag

Der Jahresbeitrag bleibt unverändert auf Fr. 50.– festgesetzt

Der immer noch sehr bescheidene Mitgliederbeitrag von Fr. 50.– pro Jahr lohnt sich allein schon deshalb, weil das Mitglied damit die gesamten gedruckten Referate, das vollständige Jahresprotokoll sowie die Bibliographie des Schweizerischen Rechts erhält.

Mit der Zugehörigkeit zum Juristenverein ist aber neben diesem geldwerten Vorteil und neben der Kollegialität als weiterem Nebeneffekt ein gewisser Idealismus verbunden, den wir besonders heute nicht missen möchten. Nur gerade eine juristische Tätigkeit im Sinne eines Broterwerbs

auszuüben, kann doch einen Menschen, der sich für einen solchen Beruf entschieden und die dafür erforderliche Ausbildung erhalten hat, nicht genügen. Es muss das Gefühl hinzukommen, einer Gemeinschaft mit einer nicht rein praktischen, sondern gleichzeitig auch idealistischen Zielsetzung anzugehören.

Ein solcher Idealismus ist auch nicht etwa rein nutzlos. Mir scheint nämlich, es gehe Juristen mit einem Schuss Idealismus ähnlich wie jenen Gestalten in den Märchen, die, ohne dabei an einen direkten Nutzen zu denken, an sich Gutes tun und dann am Schluss doch dafür belohnt werden, sei es mit einem Goldregen, der Heirat mit dem Königsohn oder der Königstochter oder mit anderen ähnlichen Wohltaten, während die reinen Utilitaristen das Nachsehen haben.

In diesem Sinne möchte ich alle potentiellen Vereinsmitglieder im Lande ermutigen, sich durch den aktiven Beitritt diese Chance nicht entgehen zu lassen.

5. Bericht der Stiftung “Rechtsquellenfonds”

Wir kommen zum Bericht der Stiftung “Rechtsquellenfonds” und ich gebe das Wort Herrn Prof. Claudio Soliva, Präsident des Stiftungsrates.

Dr. CLAUDIO SOLIVA, Professor, Zürich

Ich bin, wie das unter Juristen ja gar nicht anders zu erwarten ist, in liebenswürdigster Weise vom Präsidenten aufgefordert worden, viel zu sagen und wenig zu sprechen, da die Zeit drängt, ich möchte dem nachkommen. Ich hab mal davon geträumt, Ihnen heute an der Generalversammlung des Vereins in Fribourg nach rund 35 Jahren seit dem Erscheinen des letzten, nun einen neuen Fribourger Band zum Geschenk zu machen. Trompeter von Säckingen: “Es hat nicht sollen sein.” Der Band ist an und für sich mehr oder weniger fertig: Die “première collection des lois de Fribourg” liegt als “édition et manuscript” vor, ist indessen in ihrem letzten Drittel noch mit den Originalen zu kollationieren, welcher Aufgabe sich der Freiburger Staatsarchivar Dr. Morard in verdienstvoller Weise unterzieht, und damit bin ich schon beim zweiten Punkt angelangt: Bei der Arbeit des vergangenen Jahres. Meine Damen und Herren, Sie bestimmen immer und immer wieder neu die Mitglieder der Rechtsquellenkommission und dies seit bald 100 Jahren. Die von Ihnen gewählten Mitglieder, das möchte ich auch einmal sagen, die leisten Arbeit. Ich habe an einer der letzten Sitzungen die Lektorate der bald zu publizierenden Bände verteilt. Eine ganze Reihe dieser Bände liegt im Manuscript vor, u.a. ein Zürcher Band (seit 1915 nichts mehr erschienen); diesen habe ich bereits gelesen und als überaus interessant befunden. Nachdem es mit Fribourg nicht geklappt hat, hoffe ich, Ihnen diesen Band an der nächsten GV präsentieren zu können. Oder aber, meine Damen und Herren, ändern

Sie Ihr Programm und kommen Sie doch einmal wieder nach Graubünden. (Dort ist es noch schöner als in Zürich.) Hier könnte ich Ihnen bereits einen Band vorlegen: Das Manuskript – aus dem Gebiete des 10-Gerichten-Bundes – ist bereits erstellt. Aber auch Bern wäre denkbar. Das Lektorat des schönen Bandes der Rechtsquelle von Burgdorf ist ebenfalls bereits im Gange. Des weiteren habe ich zwei Ordner Rechtsquellen der Stadt St. Gallen, nicht auf dem Schreibtisch, da hat es keinen Platz mehr, aber nebendran zur Lektüre. Auch mit einem Band Weggis könnte ich aufwarten, er ist publikationsreif, wenn der Bearbeiter noch ein vernünftiges Vorwort dazu zu schreiben imstande ist. Ich traue ihm dies natürlich zu, wie wir überhaupt in unsere Mitarbeiter erhebliches Vertrauen haben dürfen. Ich habe gesagt, sie leisten Arbeit und diese Arbeit ist – wie dies Traugott Schiess bereits getan hat – als Grundlagenforschung zu bezeichnen. Denn was uns die Mitarbeiter bieten, das ist nicht nur Material, das sind nicht nur Quellen, die man lesen kann, weil man sonst der Handschrift nicht mächtig ist, sondern sie bieten uns auch ihre Kenntnis, ihre tiefe Einsicht und die Übersicht über dieses Material. Wir haben Ihnen dankbar zu sein und damit komme ich zum dritten und letzten Punkt: Die Kommission befasst sich, und das geht Sie alle an, mit dem ihr vom schweizerischen Juristenverein vor mehr als 100 Jahren einstmals gegebenen Auftrag. Was ist eigentlich das Ziel unserer Arbeit? Wir haben schon gegen 80 Bände publiziert. Wir arbeiten schon 100 Jahre daran, und ich habe lachend gesagt, wir werden wahrscheinlich so gegen das Jahr 2500 den Schluss der Arbeit vor Augen haben können. Wieviele Bände es dann sein werden, 200-300, ich weiss es nicht. Die Frage, ob wir nicht weit von unserer Aufgabe abgewichen sind, hat der Schweizerische Juristenverein zu beantworten. Tragen Sie doch dieses Unternehmen, es geht ja weit über die Zielvorstellung des 19. Jahrhunderts, einer historischen Rechtsschule, hinaus. Es hat eine beachtliche Bedeutung, bei Gott nicht nur für die Juristen und Juristenausbildung, sondern für sehr viele Wissensgebiete. Früher hatten wir die Archivditionen; heute sind wir beinahe das einzige Unternehmen, das (international bekannt) noch solche Quellen immer und laufend ediert. Das Unternehmen kann, so möchte ich meinen, aus der allgemeinen kulturgeschichtlichen Landschaft überhaupt nicht mehr weggedacht werden. Aber, und das scheint mir nötig, es soll nach wie vor von den Juristen, vom Juristenverein getragen werden, und vielleicht machen Sie sich diesbezüglich auch ein paar Überlegungen. Wie weit Sie sich damit befassen wollen, möchte ich Ihnen überlassen. Immerhin wäre eine Standortbestimmung nach einem 100jährigen Bestehen vielleicht doch sinnvoll, doch darüber werde ich dann vielleicht ein ander Mal berichten können.

6. Verleihung der Janggen-Preise

Dr. MARCEL A. NIGGLI

“Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafgesetz dargelegt am Beispiel der Sachbeschädigung nach geltendem Recht und dem Entwurf 1991”

Der Autor hat mit bewundernswerter Gründlichkeit die spannungsreichen Beziehungen zwischen Zivilrecht und Vermögensstrafrecht erforscht, überzeugende Gründe für die Einheit des Sachbegriffs vorgelegt und zahllose Einzelprobleme erhellert. Besonders beeindruckt hat auch seine brillante Meisterung der Sprache.

Dr. PETER ZIMMERMANN

“Rechte und Rechtsschutz im Verfahren parlamentarischer Untersuchungskommissionen des Bundes”

Mit seiner Arbeit über “Rechte und Rechtsschutz parlamentarischer Untersuchungskommissionen des Bundes” hat Herr Dr. PETER ZIMMERMANN ein Thema von hoher Bedeutung für den Schutz des Individuums behandelt; die Tätigkeit parlamentarischer Untersuchungskommissionen, welchen weitreichende Untersuchungskompetenzen zukommen, findet nämlich regelmäßig in einem politisch hoch sensibilisierten Umfeld statt. Die umfassende, gleichzeitig aber elegant geschriebene Dissertation geht der weithin ungelösten Frage nach, wie die Rechte der von solchen Untersuchungen betroffenen Individuen in rechtsstaatlicher Weise gewahrt werden können. Die eigenständigen überzeugenden Analysen de lege lata und fundierten Vorschläge de lege ferenda sind in hohem Masse geeignet, für die Rechtsschutzanliegen der Betroffenen in einer Weise zu sensibilisieren, welche gleichzeitig den besonderen Aufgaben parlamentarischer Untersuchungskommissionen gerecht wird.

Der Präsident benützt die Gelegenheit, um mitzuteilen, dass die Mittel des Janggen-Preisfonds erschöpft sind. Der Vorstand hat vor, bei der nächstjährigen Generalversammlung in Zürich die Schaffung eines “Preisfonds des Schweizerischen Juristenvereins” für die Auszeichnung besonders wertvoller und herausragender juristischer Arbeiten zu beantragen. Im Hinblick darauf will der Vorstand schon jetzt eine Sammelaktion vorbereiten, um dem zu schaffenden Preisfonds Mittel zuzuführen.

7. Ersatzwahl für das Vizepräsidium

Infolge besonderer Umstände hat sich die Notwendigkeit zur Behandlung eines weiteren Traktandums ergeben. Unser Vizepräsident, Herr PHILIPP ABRAVANEL, wurde letztes Jahr zum Präsidenten der Union Internationale des Magistrats de l’Ordre judiciaire gewählt. Diese für unser Land so

ehrenvolle Ernennung hat eine derartige zeitliche Beanspruchung mit sich gebracht, dass Herr ABRAVANEL darum ersucht, schon jetzt durch die Wahl eines Nachfolgers in unseren Vorstand entlastet zu werden.

Da der Vizepräsident nächstes Jahr ins Präsidium nachrückt, sollte der neue Mandatsträger schon jetzt Gelegenheit erhalten, sich bis zum Juristentag in Zürich in die Geschäfte einzuarbeiten. Es ist gelungen, einen, wie mir scheint, idealen Kandidaten für eine solche Nachfolge zu finden in der Person von Herrn Bundesrichter ALAIN WURZBURGER, Bundesrichter in Lausanne. Ich erlaube mir, ihn mit einigen Worten vorzustellen.

Herr WURZBURGER, Dr en droit, damals noch Rechtsanwalt in Lausanne, war am Juristentag 1975 in Montreux einer der Berichterstatter zum Thema "La violation du droit fédéral dans le recours en réforme". 1975 beging das Bundesgericht sein 100-jähriges Jubiläum, und die Themen waren durch jenen Anlass geprägt.

Im vergangenen Jahr wurde Herr WURZBURGER ins Bundesgericht gewählt. Er ist Richter an der II. öffentlichrechtlichen Abteilung.

Herr WURZBURGER ist ein regelmässiger Teilnehmer unserer Juristentage. Wir dürfen ihm dankbar sein, dass er sich bereit erklärt hat, das Vizepräsidium zu übernehmen und sich am kommenden Juristentag in Zürich für das Präsidium vorschlagen zu lassen. Wir würden damit seit 1964, als Herr Bundesrichter ANDRÉ GRISEL ins Präsidium gewählt wurde, endlich wieder einmal einen Bundesrichter als Präsidenten erhalten.

Aus den erwähnten Gründen konnte der Antrag für die heutige Ersatzwahl in der gedruckten Einladung noch nicht traktandiert werden. Wir hoffen, dass uns die Mitglieder diesen kleinen Formmangel nachsehen werden, und schlagen ihnen Herrn ALAIN WURZBURGER, Dr en droit, Bundesrichter in Lausanne, nunmehr zur Wahl vor.

Wenn Herr ABRAVANEL sein Mandat schon heute niederlegt, so ist ihm dieser Entscheid nicht leicht gefallen. Er war am Juristentag 1980 in Fribourg Rapporteur zum Thema "La protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit". Die Art, wie er es behandelt hat, scheint mir ganz typisch zu sein für ihn, so wie wir ihn als Menschen und Kollegen im Vorstand kennen und schätzen gelernt haben. Sein Referat verrät nämlich neben dem engagierten Juristen gleichzeitig auch den Philosophen und Literaten. Kein Zufall, dass er seine Ausführungen mit einem Zitat aus den "Pensées" von Montaigne begann. Für mich war und ist Herr ABRAVANEL mit seiner durch einen leichten Sarkasmus gewürzten besonderen Liebenswürdigkeit der hervorragende Stilist, dessen knappe, sprachlich makellosen Protokolle ich stets als Musterbeispiele guter französischer Prosa genossen habe.

Wir alle danken Herrn ABRAVANEL für seine im Vorstand für den Juristenverein geleistete Arbeit und entbieten ihm für seine Tätigkeit im internationalen Richterverband unsere allerbesten Wünsche.

Da keine Wortmeldungen vorliegen, möchte ich als Abschluss der statutarischen Geschäfte allen Mitgliedern herzlich dafür danken, dass sie durch ihre Teilnahme ihre Verbundenheit mit dem Verein bekunden. Es

stehen uns vielfältige Aufgaben bevor, und wir möchten mit Unterstützung aller Juristen, die unserem Verein angehören, an sie herantreten. Zur Vorschau auf die kommenden Juristentage wird uns die morgige Sitzung Gelegenheit geben.

II.

Einführung in die Diskussion über das Tagungsthema “Schweizerisches Arbeitsrecht und europäische Integration” mit anschliessender Diskussion im Plenum

Professeur GABRIEL AUBERT, *rapporiteur de langue française*

J'aimerais exprimer d'abord des sentiments de satisfaction et de reconnaissance. De satisfaction, parce que la Société suisse des juristes a choisi comme thème de ses réflexions le droit du travail, ce qui ne s'est pas fait depuis plus de quarante ans. De reconnaissance, parce que j'ai le plaisir de me trouver à Fribourg où, précisément, j'ai commencé mon enseignement de droit du travail.

Je ne souhaite pas résumer mon rapport, mais me bornerai à quelques observations sur l'évolution récente.

En juillet dernier, la convention collective de l'industrie des machines a été reconduite: elle prévoit, dorénavant, un congé maternité payé de 14 semaines, à l'image de la convention collective de l'horlogerie et de la toute récente directive communautaire. La chose est importante, puisque la convention de l'industrie des machines est l'une de celles qui couvrent le plus grand nombre de salariés en Suisse. Elle n'est toutefois pas décisive, puisque, comme je me suis efforcé de le démontrer dans mon rapport, la Suisse est l'un des pays d'Europe où les conventions collectives de travail lient une relativement faible proportion de salariés, contrairement aux pays qui nous entourent. Je me suis efforcé, sur ce point, de renverser une idée reçue.

Notamment lors de leur session de Genève, les Chambres ont repris le paquet Eurolex, qui comprend, on le sait, plusieurs dispositions concernant le droit du travail. Les directives communautaires sont des textes cadres, qui laissent aux Etats membres une assez grande latitude quant aux détails de leur mise en oeuvre. Les directives sont générales; les Etats membres doivent choisir les moyens les plus aptes, selon les conditions nationales, à atteindre le but imposé. Il est intéressant de remarquer qu'en Suisse les dispositions des directives ont souvent été reprises littéralement; parfois même, les textes suisses sont plus courts que les dispositions qu'ils sont destinés à appliquer. Le législateur suisse a mal compris l'esprit du législateur communautaire; il laisse dans ses textes de nombreuses lacunes qu'il lui eût appartenu de combler.

La directive concernant les licenciements collectifs prévoit que les négociations entre l'employeur et les représentants des travailleurs doivent se faire en vue d'aboutir à un accord. Le Parlement souhaite biffer cette notion. Pour lui, l'employeur peut se satisfaire d'une simple consultation. La raison de cette décision (qui place le droit suisse en deçà du droit communautaire) paraît être que l'obligation de négocier est assez mal connue dans notre pays, alors qu'elle se révèle familière à d'autres ordres juridiques.

D'autre part, le Parlement s'est préoccupé des sanctions. Une certaine tendance s'est fait jour, parmi les députés, pour considérer qu'il suffisait de copier le droit européen, sans pourvoir aux sanctions applicables en cas de violation de ces normes. Les débats parlementaires montrent que le problème n'est pas resté inaperçu. Actuellement, l'une des Chambres a adopté un texte exonérant de sanctions l'employeur qui, pour de justes motifs, violerait les règles concernant les licenciements collectifs. C'est là une notion singulière, dont on comprend mal les rapports avec la faute.

Enfin, la directive sur les licenciements collectifs prévoit l'intervention d'une autorité administrative, qui favorisera la conciliation entre les parties et qui aide à la confection du plan social. Le Parlement s'est rendu compte, sur ce point, qu'il subsistait une lacune dans la proposition du gouvernement; il a créé une divergence entre les deux Chambres, pour se donner le temps de la réflexion.

Je quitte ici la directive sur les licenciements collectifs pour vous signaler que, cet été, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance 3 d'application de la loi sur le travail, ordonnance grâce à laquelle, enfin, les salariés des entreprises non industrielles font l'objet de dispositions qui permettent de mettre en oeuvre cette loi adoptée il y a près de quarante ans. Sans l'exercice Eurolex, le Conseil fédéral aurait peut-être tardé pendant quelques décennies supplémentaires avant de prendre les dispositions d'exécution indispensables à l'application de la loi. Nous qui partons souvent de l'idée que nous respectons les lois mieux que d'autres, remercions l'Europe de nous y aider si efficacement.

En guise de conclusion, j'aimerais dire quelques mots sur le problème culturel que fait apparaître la comparaison entre notre droit et le droit communautaire. Nous avons connu une époque où les juristes suisses étaient, si l'on peut dire, pluriculturels, c'est-à-dire connaissaient non seulement notre droit, mais aussi celui des pays voisins. Les commentaires et la jurisprudence se référaient volontiers au droit non seulement de l'Allemagne, mais aussi de la France, de l'Italie et de l'Autriche.

Cette époque est, semble-t-il, en train de disparaître, puisque, dans un récent "Kurzkommentar", une bibliographie intitulée "Ausländisches Recht" ne couvre que le droit allemand et un petit peu le droit autrichien, sans aucune référence ni au droit français, ni au droit italien. De nombreuses thèses de doctorat ou d'habilitation, en Suisse alémanique, ne comportent aucune référence ni à la France ni à l'Italie, et parfois pas même à la doctrine et à la jurisprudence romandes. Leur impression est

parfois subventionnée par le Fonds national “suisse” de la recherche “scientifique”!

On voit grandir une distance significative non seulement entre les Alémaniques et les Romands, mais surtout entre les intellectuels d'outre-Sarine et la population qui les entoure. Cette population paraît vouloir rester à l'écart de l'intégration européenne, par crainte de l'Allemagne. Dans le même temps, les intellectuels font le mouvement contraire et imitent, d'une façon trop pressante ou trop pressée, le seul droit allemand lorsqu'il s'agit de trouver des solutions à nos problèmes. Quel appauvrissement!

J'ai commis sur ce point, dans mon rapport, quelques pages qui n'ont pas eu l'heure de plaisir à un juriste zurichois, qui a indiqué, dans la Neue Zürcher Zeitung, que mes développements étaient à peine objectifs. Je regrette que ce juriste, qui est un spécialiste du droit du travail, à Zurich, ne soit pas venu dans cette assemblée pour s'exprimer. Quand on n'a pas les moyens de dialoguer oralement avec un juriste romand, on critique de loin, par écrit.

Le vrai gardien pluriculturel de notre droit, c'est le Tribunal fédéral; ce ne sont pas les universités de Suisse allemande, qui, comme on l'a vu, ignorent très largement les cultures européennes autres que l'allemande. Le jour où le Tribunal fédéral ne servira plus de rempart contre le germanisme à outrance, le droit suisse ne sera plus ce qu'il était.

JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Privatdozent Zürich, Berichterstatter deutscher Sprache*

Der Schweizerische Juristenverein hat zweifellos einen günstigen Zeitpunkt gewählt für die Bearbeitung dieses Themas. Vor einem Jahr wussten wir nämlich noch nicht, woran wir sind mit der Integration bzw. woran wir vorläufig nicht sind. Heute wissen wir woran wir nicht sind.

Wo stehen wir? Es geht vorerst – nach wie vor – um die Europaverträglichkeit des schweizerischen Arbeitsrechts. Es geht aber darüber hinaus noch um andere Aspekte. Diese sind nicht weniger wichtig. Es geht um die Frage, wie wir den aktuellen intensiven Strukturwandel in der Wirtschaft bewältigen, ohne dass wir den Arbeitsschutz preisgeben.

Im April dieses Jahres habe ich meinen schriftlichen Bericht zum Juristentag abgeschlossen. Was ist inzwischen geschehen? Die eidgenössischen Räte haben die Beratungen über das Folgeprogramm, das sogenannte Swisslex-Projekt aufgenommen, dazu einige Erläuterungen.

Zuerst zum Mitwirkungsgesetz:

Es geht hier um die Stellung der Hausverbände. Man kann sagen, eine Detailfrage. Sie betrifft aber Grundsätzliches. Bei den Hausverbänden geht es ja um Arbeitnehmerverbände, die nicht überbetrieblich organisiert sind. Im Parlament stellte sich die Frage, ob solche Verbände gleich wie Gewerkschaften das Recht haben, mit dem Arbeitgeber eine Regelung zu

treffen, die für die Arbeitnehmerseite ungünstiger ist als die gesetzliche Regelung. Der Ständerat will solche abweichende Regelungen durch Hausverbände zulassen, aber nur, wenn insgesamt eine für den Arbeitnehmer gleichwertige Mitwirkungsordnung vereinbart wird.

Ich habe auf die Problematik dieser Hausverbände im schriftlichen Bericht hingewiesen. Meines Erachtens sollten auch Hausverbände Mitwirkungsregelungen mit dem Arbeitgeber treffen können und zwar auch solche Regelungen, die für den Arbeitnehmer ungünstiger sind als die gesetzliche Ordnung. Die Begründung dafür ergibt sich aus dem Umstand, dass bei Mitwirkungsregelungen – im Unterschied etwa zu normativen Bestimmungen im Gesamtarbeitsvertrag – nicht Ansprüche des einzelnen Arbeitnehmers unmittelbar betroffen sind, sondern es geht bei der Mitwirkungsregelung etwa um kollektive Ansprüche. Die Vertragsfähigkeit der Hausverbände lässt sich umso eher vertreten, als das neue Kündigungsschutzrecht – seit einigen Jahren in Kraft – wesentlich beigetragen hat zur Stärkung der sogenannten Gegnerunabhängigkeit von organisierten Arbeitnehmern. Dies betrifft Art. 336 Abs. 2 OR, nach welchem eine Kündigung missbräuchlich ist, wenn sie ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört.

Ein Wort zur Massenentlassung:

Hier geht es um die Rechtsfolgen beim Versäumen der Konsultationspflicht. Nach dem *Swisslex*-Projekt müsste der Arbeitgeber die Arbeitnehmervertretung konsultieren, bevor er eine Massenentlassung vornimmt. Versäumt er dies, ist nach dem bisherigen *Swisslex*-Entwurf eine missbräuchliche Kündigung anzunehmen. Die Rechtsfolge der Entschädigungspflicht im Umfang von bis zu 6 Monatslöhnen (für jeden Arbeitnehmer) kann empfindlich sein. Deshalb versuchte der Nationalrat, diese Folgen einzuschränken. Nach Meinung der Kommissionsmehrheit im Nationalrat soll eine missbräuchliche Kündigung nur dann vorliegen, wenn ohne wichtige Gründe diese Konsultationspflicht nicht eingehalten wird. Meines Erachtens ist dies eine durchaus sinnvolle Korrektur.

Zum Betriebsübergang:

Hier geht es darum, dass auch nach einem Betriebsübergang die Arbeitsverhältnisse weiterhin dem bisherigen Gesamtarbeitsvertrag unterstellt bleiben. Der Nationalrat hat eine Korrektur am *Swisslex*-Entwurf vorgenommen, indem die Weitergeltung des Gesamtarbeitsvertrages auf ein Jahr beschränkt werden soll. Eine solche Regelung wäre durchaus vereinbar mit dem europäischen Recht. Damit soll verhindert werden, dass der Erwerber eines Betriebes durch ungewollte jahrelange Bindung an den Gesamtarbeitsvertrag schlechter gestellt ist als der Betriebsveräusserer oder andere Arbeitgeber derselben Branche. Auch diese Korrektur in den eidgenössischen Räten ist zu begrüßen, sie drängt sich sogar auf, weil ja in der Schweiz die Gesamtarbeitsverträge eine wesentlich längere Gültigkeitsdauer haben als in den anderen europäischen Ländern, nämlich zwei bis vier Jahre.

Zur Revision des Arbeitsgesetzes:

Im Juli dieses Jahres wurde der Entwurf für eine Revision des Arbeitsgesetzes in die Vernehmlassung gegeben. Zu beseitigen ist insbesondere das geschlechtspezifische Nachtarbeitsverbot. An dessen Stelle sollen nun kompensatorische Massnahmen treten und zwar für Arbeitnehmer beiderlei Geschlechts:

- erstens ist eine Zeitgutschrift im Umfang von 10 % bei Nacharbeit vorgesehen,
- zweitens soll eine medizinische Untersuchung und Beratung als vorbeugende Massnahme ins Gesetz aufgenommen werden,
- drittens soll, wenn der Arbeitnehmer zur Nacharbeit ungeeignet ist, eine ähnliche Tagesarbeit angeboten werden und
- viertens soll die Sicherheit des Arbeitswegs, die Organisation des Transports usw. geschaffen werden.

Diese Massnahmen sind grundsätzlich sinnvoll. Bezeichnend ist aber, dass der Arbeitgeber für die fehlende öffentliche Sicherheit kompensatorisch handeln muss, indem er für die Sicherheit des Arbeitswegs sorgen muss, also dass die Arbeitnehmerinnen und auch Arbeitnehmer auch in der Nacht gesund nach Hause kommen.

Zur Verordnung III zum Arbeitsgesetz, i.K. seit dem 1.10.93

Gegenüber dem Vorentwurf wurde diese Verordnung gestrafft und zwar hat man sehr viel hinausgeworfen, was eben gerade aus dem europäischen Recht kam, beispielsweise Bestimmungen über

- behindertengerechte Gestaltung der Arbeitsstätten
- Bestimmungen über Bildschirmarbeitsplätze
- Allgemeine Pflichten über persönliche Schutzausrüstung.

Mit der Straffung des Verordnungs-Entwurfs in diesem Sinne hat der Bundesrat sich zwar nicht entfernt vom EG-Recht, aber er hat sich auf eine bloss teilweise Annäherung ans europäische Recht beschränkt.

Schlussfolgerung: Der Gesetzgeber beseitigt mit seinen Korrekturen am *Swisslex*-Programm einige Unebenheiten. Er scheint einen gangbaren Weg zu finden zwischen der Annäherung ans europäische Recht einerseits und der harmonischen Weiterentwicklung des schweizerischen Arbeitsrechts andererseits. Damit stellt sich die Frage nach den Herausforderungen an das Arbeitsrecht über die Problematik der Europaverträglichkeit hinaus. Unübersehbar erleben wir zur Zeit einen intensiven Strukturwandel innerhalb der Wirtschaftszweige, aber auch innerhalb der einzelnen Betriebe. Dieser Strukturwandel muss bewältigt werden, ohne dass der notwendige Arbeitnehmerschutz beeinträchtigt wird. Ich nenne einige Beispiele (für Einzelheiten kann ich auf den schriftlichen Bericht verweisen):

Betriebsschliessungen dürfen nicht durch übermässige Sanktionen bei Nichteinhaltung von Formvorschriften erschwert werden. Oder: Ein Betriebsübergang muss so reibungslos wie möglich erfolgen können. Oder:

Das Arbeitsschutzrecht soll vor Gefahren für Leben und Gesundheit schützen, es soll aber nicht Wettbewerbsverzerrungen zwischen einzelnen Wirtschaftszweigen herbeiführen.

Nun noch zum letzten Abschnitt, zur Rolle der Gesamtarbeitsverträge.

Lange dachten wir, die Sozialpartnerschaft und der Arbeitsfriede seien eine der wichtigsten Erfolgspositionen der Schweizer Wirtschaft. Und die Gesamtarbeitsverträge, so dachten wir, seien das wichtigste rechtliche Instrument zur Absicherung dieser Sozialpartnerschaft.

Nun hört man die Ansicht, der Arbeitsfriede werde eher von den innenpolitischen Verhältnissen bestimmt als von den Sozialpartnern. Zu diesen segensreichen innenpolitischen Verhältnissen gehört angeblich auch die Vielparteienregierung im Bund und in den Kantonen.

Bei dieser Sicht der Dinge wird aber meines Erachtens die Bedeutung der Sozialpartner verkannt.

Es wird etwa gesagt, Gesamtarbeitsverträge spielen eine weit geringere Rolle als in anderen Ländern. Als Beleg wird angeführt, 40 bis 50 % der Arbeitsverhältnisse unterstünden gar nicht direkt oder indirekt einem GAV. Dabei darf meines Erachtens aber nicht die Ausstrahlungswirkung der Verträge auf die übrigen Arbeitsverhältnisse vergessen werden. Viele Gesamtarbeitsverträge werden auch von nichtunterstellten Betrieben als massgebliche Richtlinie beachtet und eingehalten. Oftmals gelten die Verträge als Massstab für orts- und branchenübliche Arbeitsbedingungen. Im weiteren sind die Gesamtarbeitsverträge auch Ausdruck der Gesprächskultur und Verständigungsbereitschaft der Verbände. Auch insofern kann kein Zweifel bestehen, dass sie zur Festigung des Arbeitsfriedens beitragen.

Hinzu kommt die in der Schweiz gut entwickelte innerbetriebliche Verständigungsbereitschaft zwischen Arbeitnehmervertretungen und Arbeitgebern. Diese Verständigung erscheint in keiner Statistik.

Es wäre daher gefährlich, die Sozialpartnerschaft in ihrer Bedeutung zu unterschätzen und den sozialen Frieden hauptsächlich von den politischen Parteien zu erwarten. Deshalb muss die Arbeitsrechtsordnung auch weiterhin günstige Rahmenbedingungen schaffen für eine lebendige und flexible Sozialpartnerschaft.

Was haben wir im besten Fall von den Gesamtarbeitsverträgen zu erwarten? Vor allem sollen sie Mindestregelungen festlegen, im Sinne eines sozialen Auffangnetzes für einen Wirtschaftszweig. Dies entspricht auch dem Günstigkeitsprinzip, wie es im Gesetz (Art. 357 OR) festgelegt ist.

Hingegen sollen die Verbände zurückhaltend sein beim Festschreiben der effektiven Arbeitsbedingungen, also beispielsweise von Löhnen, die über das festgelegte Minimum des Gesamtarbeitsvertrags hinausgeht. Bei solchen Effektivklauseln besteht nämlich die grosse Gefahr, dass die

Handlungsfreiheit der Einzelvertragsparteien beeinträchtigt wird, und das würde das Leistungsprinzip stören. Es könnte zu einer gefährlichen Erstarrung der Arbeitsbedingungen führen, welche die bisweilen nötige Deblockierung des Arbeitsmarktes verhindern würde. Und nur ein funktionierender Arbeitsmarkt kann auch in Zukunft die Beschäftigung der Arbeitnehmer sichern.

Professor ERWIN MURER, *Murten, Diskussionsleiter*

Ich möchte Sie meinerseits herzlich begrüssen und den beiden Referenten ganz herzlich für diese kurze Einführung danken. Im übrigen ist ja davon auszugehen, dass alle die beiden Rapporte oder Berichte für den heutigen Tag gelesen haben. Hiermit sei nun die Diskussion eröffnet. Ich möchte Sie alle ermutigen, jegliche Hemmungen abzustreifen, Fragen zu stellen und Stellung zu nehmen.

RAYMOND SPIRA, *Juge au Tribunal fédéral des assurances, Lucerne*

Au lendemain du 6 décembre 1992, plus d'un juriste suisse a poussé un soupir de soulagement: après l'avoir entrouverte, on pouvait refermer, pour longtemps sans doute, la monumentale et indigeste compilation intitulée "acquis communautaire", que de trop audacieux politiciens avaient décidé d'introduire dans l'ordre juridique helvétique. C'est que, pour beaucoup d'entre nous, reconnaissons-le, l'assimilation d'un si grand nombre de nouvelles règles de droit, souvent rédigées bizarrement dans ce qu'il est convenu d'appeler le "langage juridique communautaire", représentait ou aurait représenté un exercice aussi fatigant que périlleux. Il faut convenir que de toutes les professions, ce sont à coup sûr les nôtres, avocats, notaires, juges et juristes en tout genre qui auraient eu à fournir le plus gros effort et le plus immédiat pour mettre en oeuvre cette législation importée, parfois si étrangère à nos habitudes, voire contraire à nos traditions.

Pourtant, même en Suisse et malgré le refus du peuple et des cantons d'adhérer à l'Espace Economique Européen, il n'est pas si facile de se débarrasser du droit européen, entendu comme le droit de la Communauté économique européenne ou, plus exactement selon la nouvelle terminologie du Traité sur l'Union européenne, dit Traité de Maastricht, de la Communauté européenne tout court. Ce droit existe, évolue, embrasse un nombre croissant de matières et, comme l'eau de certaines rivières en cette période d'inondations, sort parfois de son lit, c'est-à-dire des frontières de la Communauté, pour jaillir sur les terres voisines, y compris celles qui appartiennent au peuple des bergers, jaloux de son indépendance.

A ceux qui seraient tentés de l'oublier, les quatre rapports mis à l'ordre du jour de notre congrès de cette année sont là pour le rappeler. De plus, l'âge des rapporteurs et le ton de leurs écrits sont des signes qui ne

trompent pas: si les juristes suisses ayant dépassé la cinquantaine ne parviennent pas à mettre à jour leurs connaissances et à renouveler leurs méthodes de travail, la relève est là, qui ne s'embarrasse pas de compléments inutiles ni de beaucoup de précautions oratoires, que ce soit à l'égard des mandarins de nos facultés de droit ou des tribunaux fédéraux.

Cela dit, M. STÖCKLI parle dans son rapport (p. 33) du "Störungspotential der Sozialversicherungsnormen" pour la liberté de circulation des travailleurs. Cette image me ravit. Elle est excellente car elle nous rappelle qu'effectivement il est plus compliqué de faire circuler librement les personnes que les marchandises ou l'argent et qu'à la différence de ces derniers, les travailleurs et les travailleuses, même migrants, ne se laissent pas facilement réduire à un dénominateur commun. Or, nous savons bien qu'il est impossible d'envisager aujourd'hui les déplacements d'un travailleur, salarié ou indépendant, d'un pays à un autre, sans que se posent simultanément de multiples problèmes en relation avec les assurances sociales auxquelles cette personne est affiliée. Il n'est donc pas surprenant que tant M. AUBERT que M. STÖCKLI aient consacré plusieurs passages de leurs rapports respectifs à cet aspect du droit suisse du travail face à l'intégration européenne. Leur étude se révélera d'autant plus utile aux praticiens, dans un proche avenir, que la Communauté européenne, vous le savez, tente d'obtenir de notre pays, à l'occasion des négociations bilatérales en cours, notamment au sujet de la liberté des transports, la liberté de circulation en Suisse pour tous les travailleurs originaires d'un Etat appartenant à la Communauté.

Dès lors, sans entrer dans le détail de cette problématique, je pose à nos deux orateurs les questions suivantes:

1° La Confédération ne devrait-elle pas envisager de remplacer, à moyen terme, les conventions bilatérales de sécurité sociale qui lient la Suisse aux Etats membres de la Communauté européenne et, bientôt, de l'Espace Economique Européen, par un seul traité multilatéral qui, sans reprendre intégralement les règlements et les directives européens, comme nous aurions dû le faire en cas d'adhésion à l'Espace Economique Européen, harmoniserait les normes helvétiques relatives à la sécurité sociale des travailleurs migrants avec celles du droit communautaire?

2° Dans l'immédiat, ne conviendrait-il pas de reprendre au plus vite l'examen de l'"eurocompatibilité" de nos lois d'assurances sociales, y compris le droit cantonal des allocations familiales, afin d'en éliminer les normes qui font obstacle à la libre circulation des personnes?

ADRIAN STAHELIN, *Professor und Präsident des Appellationsgerichts, Basel*

Das Arbeitsrecht gilt als sogenanntes dynamisches Recht, dynamisch deshalb, weil es sich durch steten Wandel auszeichnet und einer ständigen Änderung und Erweiterung durch den Gesetzgeber ausgesetzt ist, das aber auch bei seiner Anwendung in der Praxis und durch die Verwaltung eine ständige Entwicklung erfährt. Jedenfalls gibt es kaum ein Rechtsgebiet, in welchem der Gesetzgeber so fleissig tätig wird wie im Arbeitsrecht. Im Arbeitsvertragsrecht erfolgte die letzte grössere Revision vor etwa 5 Jahren. Sie trug den missverständlichen Titel oder die missverständliche Etikette "Kündigungsschutz", missverständlich deshalb, weil ja der Gesetzgeber bei dieser Gelegenheit alles etwas aufgeräumt hat und auch ganz andere Dinge in die Revision einbezogen hat, etwa die wichtige Aufzählung von Art. 361 und 362 OR über die absolut und relativ zwingenden Vorschriften. Nun erfährt also dieses "dynamische" Arbeitsrecht einen weiteren Schub von neuem Recht, diesmal unter der Flagge "Europa", angeregt von der gesetzgeberisch ebenso dynamischen EG. Das Ziel ist eine gewisse Angleichung des schweizerischen Rechts an die Wirtschafts- und Sozialpolitik der EG durch neue Normen auf verschiedenen Teilgebieten des Arbeitsrechts, des Sozialversicherungsrechts, des Ausländerrechts usw. Also ganz punktuelle Änderungen. Bei genauer Betrachtung handelt es sich aber in manchen Fällen nicht einfach um die Rezeption von europäischem Recht. So enthielt z.B. bereits die Empfehlung Nr. 119 der Internationalen Arbeitskonferenz von 1964 betreffend die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber (BBI 1964 I S. 88 ff.) zusätzliche Bestimmungen über die Verminderung des Personals, welche u.a. vorgängige Konsultationen des Arbeitgebers mit den Vertretern der Arbeitnehmer vorsahen und damit auf die heute zur Diskussion stehenden Bestimmungen über die Massenentlassung hinweisen. Die Gleichbehandlung von Mann und Frau, oder, Entschuldigung, von Frau und Mann, ist seit 1981, also seit 12 Jahren, Bestandteil der schweizerischen Bundesverfassung; und es hat sich ja bald in der Doktrin und in der Gerichtspraxis die Auffassung durchgesetzt, dass der letzte Satz von Art. 4 Abs. 2 BV unmittelbar, ohne Konkretisierung durch das Gesetz, anwendbar ist und dass damit der diskriminierten Arbeitnehmerin ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche oder vergleichbare Arbeit zusteht. Dem in dieser Verfassungsbestimmung enthaltenen Gesetzesauftrag ist der Gesetzgeber bislang nur punktuell nachgekommen; erst mit dem vorgeschlagenen Gleichstellungsgesetz gemäss Botschaft vom 24. Februar dieses Jahres soll die Gleichstellung im Arbeitsbereich auf Gesetzesebene allgemein garantiert und im einzeln konkretisiert werden. So bildet die europäische Integration für die Schweiz in manchen Bereichen willkommenen oder weniger willkommenen Anlass, bestimmte Probleme zu lösen, die man vielleicht schon seit einiger Zeit hätte lösen sollen, die man aber vielleicht etwas vor sich her geschoben hat.

Die Angleichung des Schweizerischen Rechts an dasjenige Europas erinnert in gewissem Sinne an das alte "Jus commune Europae", an das gemeine Recht bis zur Entstehung der grossen naturrechtlichen Kodifikationen; aber sie unterscheidet sich natürlich in ganz wesentlichen Zügen, so vor allem durch ihre Beschränkung auf relativ kleine Teilbereiche, so dass die Gefahr droht, dass das punktuell übernommene Recht ein Fremdkörper bleibt und nicht mit dem nationalen Recht harmonisiert. Allen mit der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung Beteiligten obliegt nunmehr die schwierige Aufgabe, diese Harmonisierung zu fördern, was neben dem Blick auf die grossen Zusammenhänge unseres Rechtssystems auch viel Kleinarbeit braucht; denn auch hier steckt der Teufel im Detail. Ich bin daher den beiden Referenten besonders dankbar, dass sie die arbeitsrechtlichen Swisslex-Vorlagen genau unter die Lupen genommen und ihre Stärken und Schwächen analysiert haben. Auch bei mir erwecken die Ausführungen von Herrn AUBERT über die angebliche Überschätzung des Gesamtarbeitsvertrages Widerspruch. Ich kann dabei Herrn STÖCKLI durchaus folgen. Man darf die indirekte Auswirkung der Gesamtarbeitsverträge auf das Restleben nicht unterschätzen, so etwa im Hinblick auf die Frage nach dem, was üblich ist, oder bei der Lückenausfüllung, und wie gesagt, orientiert sich eben der Arbeitgeber in vielen Fällen für die Gestaltung des Arbeitsvertrages nach den massgeblichen Gesamtarbeitsverträgen in der Branche, ohne dass diese in rechtlicher Hinsicht zur Anwendung gelangen würden.

Beim Arbeitsvertragsrecht liegt mir noch ein besonderer Punkt am Herzen. Das Arbeitsvertragsrecht ist zwar Teil des Arbeitsrechts, zugleich aber auch Teil des Vertragsrechts und damit des Obligationenrechts. Während sich das Arbeitsvertragsrecht bis weit nach dem letzten Krieg zusehends vom allgemeinen Vertragsrecht entfremdet hat, lässt sich in neuerer Zeit eine umgekehrte Entwicklung feststellen: Eine Annäherung des Arbeitsvertragsrechts an das allgemeine Obligationenrecht; was auch durch die soziale Öffnung des Obligationenrechtes im Mietrecht und beim Konsumentenschutz erleichtert worden ist. Dieser positiven Tendenz läuft es zuwider, wenn unser Gesetzgeber privates Arbeitsvertragsrecht mit öffentlichem Arbeitsrecht kunterbunt durcheinander mischt, so etwa mit den neuen Bestimmungen von Art. 322 bis 331c OR über die Personalvorsorge, die eigentlich in das Sozialversicherungsrecht gehörten. Umgekehrt enthält das Arbeitsvermittlungsgesetz von 1989 neben öffentlich-rechtlichen Vorschriften auch wichtige privatrechtliche Normen über den Arbeitsvertrag des Arbeitsnehmers mit dem Verleiher und dem sog. Verleihvertrag. Diese problematische Durchmischung erscheint nun auch in den Swisslex-Vorlagen, so z.B. im vorgeschlagenen Art. 335 g OR über das Verfahren der Massenentlassung, wo nun das Arbeitsamt beauftragt wird, zweckdienliche Lösungen zu suchen. Ebenso finden wir im vorgeschlagenen Gleichbehandlungsgesetz neben allerlei öffentlichem Recht auch besondere privatrechtliche und zivilprozessuale Vorschriften für Arbeitnehmer nach Obligationenrecht. Solche Durchmischungen und

privatrechtliche Sonderregelungen ausserhalb der OR-Kodifikation bilden denn auch gerne Anlass zu Konfusionen oder zumindest zu Ungerechtigkeiten. Ein Beispiel findet man im vorgeschlagenen Art. 12 des Gleichbehandlungsgesetzes: Nach dessen Abs. 1 dürfen die Kantone für Streitigkeiten über Diskriminierungen im Erwerbsleben, die erfahrungs-gemäss sehr verwickelt und komplex sind, das schriftliche Verfahren und die Zulassung von Advokaten nicht verbieten. In Abs. 2 derselben Bestimmung wird aber allgemein auf Art. 343 OR verwiesen, der unabhängig vom Streitwert für anwendbar erklärt wird. Der komplexe Diskriminierungsprozess müsste demnach in einem einfachen und raschen Verfahren durchgeführt werden, was ja ein Ding der Unmöglichkeit darstellt.

Zum Schluss meiner Intervention noch einen besonderen Dank an Herrn AUBERT für seine kritische Bemerkung zum Worte "Swisslex", diesem schrecklichen Gemisch von Englisch und Latein. Wir sollten daran denken, dass Recht und Sprache unlösbar miteinander verbunden sind, dass also die Rechtskultur immer auch die Sprachkultur umfasst.

Professeur PIERRE-YVES GREBER, *Bernex-Genève*

Malheureusement, je ne suis pas un spécialiste de droit du travail, mais de droit de la sécurité sociale. Pour cette raison, probablement mauvaise, et pour une autre encore plus mauvaise qui est celle du temps qui m'était imparti, je limiterai mon intervention à quelques remarques sur le rapport de mon collègue Gabriel AUBERT, tout en félicitant les deux auteurs pour leur contribution substantielle à la doctrine de cette partie importante de l'ordre juridique.

J'ai apprécié le rapport du collègue Gabriel AUBERT. Celui-ci a souligné l'intérêt, la nécessité de la comparaison du droit suisse avec le droit européen et l'aspect enrichissant d'une telle démarche scientifique. Le rapport a pour mérite aussi de régler leur compte à certains mythes attribués notamment à l'importance des conventions collectives et à la paix du travail. D'ordinaire, les mites font des trous, ici c'est l'exposé qui trouve les mythes.

Le rapporteur AUBERT, sous l'appellation de la fin d'un privilège, remarque que l'environnement dans lequel s'inscrit le droit en Suisse est finalement analogue dans les pays voisins. L'on ne saurait ainsi exciper de qualités particulières, inflation, taux de chômage, afin d'écartier le droit européen. Et ceci vaut tout à fait dans mon domaine, le droit de la sécurité sociale. Il y a également, ici et ailleurs, augmentation des soins de santé supérieure à l'indice du coût de la vie, vieillissement démographique, augmentation du 4^e âge, de la dépendance, augmentation de la précarité, chômage à long terme et étendu. Nous avons donc tout à gagner de l'échange d'expériences réalisées en Europe, de l'apport du droit européen, du côté vivifiant, parfois il faut le dire irritant, de la jurisprudence européenne.

J'ai été particulièrement intéressé par le développement concernant la portée réelle et non supposée des conventions collectives de travail dans notre pays. Selon l'analyse qui est proposée, ces instruments couvrent environ la moitié des contrats individuels de travail à un taux qui reste stable. L'auteur remarque – et je cite – "que le rôle des conventions collectives demeure relativement modeste" (p. 167), même si le Professeur STAEHLIN vient de parler de l'effet indirect de ces conventions collectives. Ceci est important pour la matière dans laquelle j'ai le plaisir de travailler. En droit de la sécurité sociale, en effet, la branche des indemnités journalières de maladie est facultative, sur le plan fédéral, comme d'ailleurs sur le plan cantonal. L'opposition provenant des partis de tendance libérale et des associations patronales à l'affiliation obligatoire dans le secteur des indemnités journalières de maladie est justifiée par la place qu'occuperaient les conventions collectives de travail; celles-ci rendraient, selon cette opinion, une intervention légale inutile dans ce domaine. Le rapport du Professeur AUBERT montre que cette argumentation est erronée. De la sorte, la protection à court terme, protection contre la perte de gain, au regard des éventualités maladie et accident, subit une profonde inégalité qui n'est pas justifiable et qui est contraire au concept même de sécurité sociale.

Le rapport essaie d'évaluer l'impact du droit suisse du travail, de sa doctrine hors des frontières de ce pays. Et l'auteur conclut à un rayonnement nul. J'ai fait récemment une petite expérience qui, je ne sais pas si elle aboutira ou non au rayonnement nul, me paraît assez significative de la position marginale en devenir vers laquelle nous nous dirigeons. Assez récemment, une grande organisation d'un régime complémentaire de retraite français m'a contacté afin de prononcer une conférence à Strasbourg. Et cette organisation, de toute bonne foi, sans penser à mal, m'a expliqué que ce régime complémentaire étudiait depuis des années les régimes de base et les régimes complémentaires de la Communauté européenne, les uns après les autres, qu'ils s'étaient engagés ensuite dans les législations du futur Espace Economique Européen, qu'ils avaient poursuivi par l'étude des droits polonais, hongrois, de la République tchèque, de la République slovaque et que maintenant ils s'étaient dit que le droit suisse serait peut être aussi intéressant. Pourtant, vous le savez comme moi, dans le droit suisse de la sécurité sociale, en particulier dans le domaine des retraites, nous avons quelque chose que nous pourrions apporter à l'Europe. Je crois que cela montre, et le rapport va dans ce sens, l'importance des échanges juridiques, non seulement de la Communauté, du Conseil de l'Europe vers la Suisse, mais de ce pays vers les pays qui nous entourent, dans une approche ou dans une optique, et je le rejoins totalement, pluriculturelle.

Prof. MURER

Besten Dank. Mit dem ersten angesprochenen Punkt wollen Sie offenbar das Programm über den Haufen werfen und vielleicht die Diskussion über den EWR-Beitritt wieder eröffnen. Spass beiseite, so sind Ihre Ausführungen wohl doch nicht zu verstehen. Bevor vielleicht die/der eine oder andere selber eine Frage stellen möchte, habe ich an Herrn STÖCKLI zwei eigene Fragen. In Ihrer Schlussfolgerung schreiben Sie, europaweites Arbeitsrecht ist als wettbewerbsgerechtes Sozialrecht zu verstehen. Es hat den Arbeitnehmer als schwächere Vertragspartei zu schützen, sollte sich dabei aber innerhalb des wirtschaftlichen Rahmens wettbewerbsneutraler Regelungen bewegen. Das schweizerische Arbeitsrecht war demgegenüber bisher überwiegend oder ausschliesslich dem Ziel des sozialen Schutzes verpflichtet. In diesem Punkt hätte ich gerne eine Verdeutlichung, gerade angesichts der andauernden Rezession und der zunehmenden Kündigungen. Dabei kann ich mich nicht dem Eindruck verwehren, dass die Beendigungsfreiheit im schweizerischen Recht doch stark verankert ist; trotz den neuen Kündigungsschutzbestimmungen; die Abschlussfreiheit scheint also bis heute noch weitgehend unberührt. Mit dem neuen Gleichstellungsgesetz wird vielleicht eine Einschränkung kommen. Ich habe von aussen einfach den Eindruck, so wahnsinnig schützend sei das Arbeitsrecht aber nicht.

Zu meiner zweiten Frage: Ich bin auch der Meinung, dass die GAV's in der Schweiz sehr wichtig sind. Es besteht eine wichtige Gesprächskultur, eine lange Tradition, besonders auch eine Ausstrahlung, wie Herr Prof. STAHELIN gesagt hat. Auf der anderen Seite scheint es aber auch richtig – und hier haben die Studien von Prof. GRUHMER sehr Interessantes aufgezeigt –, dass im letzten Jahrhundert, und dort wurden eigentlich die Bahnen gelegt, das Zusammenspiel zwischen der Politik, also dem Gesetzgeber, welcher dank der Demokratisierung offen war für die Arbeitnehmerschaft, und dem kollektiven Arbeitsrecht diese Stabilität geschaffen hat. Es waren sicher beide Pole von gewichtiger Bedeutung, und gerade in der heutigen Krisenzeit ist wiederum nicht nur das kollektive Arbeitsrecht gefragt, sondern auch der Gesetzgeber und noch im grösseren Massen die ganze Rechtskultur gefordert.

Privatdozent STÖCKLI

Ich möchte zuerst eine Bemerkung zum Votum von Herrn SPIRA anbringen. Er hat den Begriff des Störungspotentials aufgegriffen. Ich habe tatsächlich die Meinung vertreten, dass das Sozialversicherungsrecht ein grösseres Störungspotential aufweise als das Arbeitsrecht. Dies war aber nur bezüglich des freien Personenverkehrs in der EG gemeint. Ich will in keiner Weise sagen, dass das Sozialversicherungsrecht als solches eine Störung sei. Das Störungspotential im freien Personenverkehr lässt sich aber an der reichhaltigen Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes

nachweisen. Woraus immer wieder hervorgeht, dass die Arbeitnehmer die Landesgrenzen überschritten haben, weil es für sie bezüglich der Sozialversicherungsleistungen oder der Beitragspflicht nachteilig war. Demgegenüber haben arbeitsrechtliche Eingriffe in die Freizügigkeit für den freien Personenverkehr kaum eine Rolle gespielt. Sie haben im letzten Jahr in der Schweiz etwas ähnliches beobachten können, und zwar im Zusammenhang mit der Regelung betreffend der Aufhebung der Barauszahlung der Altersguthaben an rückreisewillige Ausländer im Eurolex. Das hat zu Tumulten in den Betrieben geführt. Keine Frage hat in den Betrieben die ausländischen Arbeitnehmer so beschäftigt wie eben diese der Barauszahlung der Altersguthaben. Anhand dieses Beispiels kann man sagen, dass eben das Sozialversicherungsrecht auch hier ein gewisses Störungspotential dargestellt hat.

Nun vielleicht zu den Fragen, die Herr MURER soeben gestellt hat. Zuerst zur Frage nach der Vertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis. Ich gebe Herrn MURER grundsätzlich recht. Wir haben immer noch ein liberales oder liberaleres Arbeitsrecht als in den umliegenden Ländern. Es bestehen aber mannigfache Einschränkungen und man denkt gar nicht so recht daran, dass diese die Vertragsfreiheit einschränken. Ich gebe Ihnen ein Beispiel: Das neue Urheberrechtsgesetz, in Kraft seit dem 1. Juli dieses Jahres, sieht vor, dass der angestellte Urheber originär das Recht am Werk erwirbt. Das führt aber dazu, dass der Arbeitgeber zweimal für das Werk bezahlen muss: Zuerst einmal den Lohn des Angestellten und dann noch das Entgelt für die urheberrechtliche Nutzung. Dies kann aber nun den Arbeitgeber dazu verleiten, die Urheber nicht mehr fest anzustellen, sondern als freie Mitarbeiter zu beschäftigen. Dies stellt doch ein Eintrittshemmnis oder eine Zugangsbarriere zum Arbeitsverhältnis dar und bewirkt dadurch eigentlich das Gegenteil von dem was man wollte, nämlich den angestellten Urheber schützen. Man drängt die Angestellten in die weniger gut geschützte Position der freien Mitarbeiter.

Sie haben beim Zugang zum Arbeitsverhältnis auch erwähnt, dass das neue Gleichstellungsgesetz gewisse Beeinträchtigungen bringen könnte. Tatsächlich würde das Gesetz, wenn es so in Kraft treten würde, wie es vorgesehen ist, einem abgewiesenen Stellenbewerber, gleich welchen Geschlechts, eine Entschädigung bis zu 6 Monatslöhnen zuerkennen, wenn er wegen des Geschlechts nicht angestellt wird. Ich meine, dass eine solche Bestimmung im Ergebnis kontra-produktiv wirken würde, weil der Arbeitgeber dann vielleicht nicht mehr offene Stellen ausschreiben würde, weil man ihm dann Diskriminierungen nachweisen oder vorhalten könnte.

Im Kündigungsschutzrecht, wenn wir nun zur Beendigungsfreiheit des Vertrages kommen, haben wir im Gegensatz zu andern Ländern, z.B. Deutschland, ein immer noch relativ freies Kündigungsrecht. Aber es ist natürlich nicht mehr so frei wie es auch schon war. Wenn wir, und das hat auch Herr AUBERT in seinem Rapport geschrieben, annehmen, das schweizerische Recht sei so flexibel, dass wir praktisch keine Einschränkungen haben oder sehr viel weniger als andere Länder, so ist das richtig,

oder war richtig für die Vergangenheit. Aber wir haben natürlich in den letzten Jahren manche zusätzliche Regelung des Arbeitsverhältnisses erlebt, nicht nur im Kündigungsrecht. Wir haben heute z.B. 4 Wochen Ferienanspruch. Und damit komme ich zu Ihrer zweiten Frage: Gesetz oder Gesamtarbeitsvertrag? Dabei darf man nicht übersehen, dass die Verbände selber eine gewisse Durchmischung angestrebt haben, vor allem auf Arbeitnehmerseite. Alles, was diese nicht auf dem kollektivvertraglichen Weg erreicht haben, wurde mit Initiativen oder mit anderen Vorstössen im Bereich der Gesetzgebung zu erreichen versucht. Deshalb hat der Gesamtarbeitsvertrag, leider muss ich anfügen, auch an Bedeutung verloren. Somit müssen die Verbände auch selber wieder über die Bücher.

Prof. AUBERT

Monsieur le Juge fédéral SPIRA demande s'il serait opportun d'élaborer une convention particulière regroupant toutes les dispositions applicables aux problèmes de sécurité sociale qui se rencontrent dans nos rapports avec la Communauté européenne.

Il faudrait poser cette question à Bruxelles, où se trouve le centre des décisions. Je vois mal comment la Communauté européenne pourrait accepter d'élaborer des conventions bilatérales qu'elle évite précisément de négocier avec la Suisse parce qu'elle ne souhaite pas que notre pays obtienne, via ces conventions, ce qu'il a refusé dans le cadre de l'Espace économique européen. Même si nous souhaitions une telle convention, il faudrait que nous ayons la force d'imposer notre point de vue.

Pour ce qui est des conventions collectives, la discussion paraît fort intéressante. On dit que les conventions collectives ont une influence plus grande que ce qu'on croit d'habitude, à cause de leur rayonnement. Mais est-ce que le rayonnement est une source du droit ? Est-ce que le rayonnement est protecteur ? Peut-être le rayonnement du soleil, mais celui d'une convention collective ? Comment le salarié peut-il s'en prévaloir lorsqu'un litige le divise d'avec son employeur ? Au reste, il est intéressant de souligner que les statistiques qui ont été établies par l'Ofiamt et d'autres chercheurs montrent que les quelque 50 % des salariés qui bénéficient de l'application d'une convention collective incluent précisément ceux qui sont protégés par ce prétendu rayonnement, sans être formellement et juridiquement liés par le texte.

Pourquoi, dès lors, ces conventions nous paraissent-elles avoir davantage d'importance qu'elles n'en ont selon les dispositions du code des obligations ? C'est parce que toutes les entreprises qui engagent des salariés étrangers (combien ne le font-elles pas ?), toutes celles qui souhaitent des commandes publiques (combien n'en désirent-elles pas ?) sont fort souvent tenues d'appliquer, selon les réglementations fédérale et cantonales, la convention collective de la branche. Il ne s'agit pas d'un simple

rayonnement, mais d'une obligation à laquelle doit se soumettre l'employeur.

Toutefois, si nous nous trouvions dans un régime de libre circulation des travailleurs, pour ne parler que du régime d'autorisation de travail des étrangers, ces dispositions (qui confèrent à la convention collective une force inattendue) s'effondreraient d'elles-mêmes. En effet, l'autorité ne pourrait plus imposer des conditions particulières d'emploi, dans le cadre des autorisations de travail, à un entrepreneur qui entendrait engager de la main-d'œuvre de la Communauté européenne. L'employeur (qui n'aurait plus à requérir une autorisation de travail) serait simplement tenu de ne pas adopter un comportement discriminatoire. Rien ne l'empêcherait de ne pas appliquer aux étrangers la convention collective qu'il n'appliquerait pas non plus à ses salariés nationaux.

En fait, si les conventions collectives sont très largement étendues, ce n'est pas par le mécanisme institué conformément à la loi de 1956 sur ce point. C'est à travers le mécanisme des autorisations de travail délivrées aux étrangers. La crainte de voir disparaître ce mécanisme est probablement l'une des causes de l'échec du 6 décembre.

A propos de la concurrence, il a été dit que le droit du travail, protecteur du point de vue social, ne se préoccupe guère des problèmes de concurrence. Rappelons-nous, toutefois, que le droit fédéral suisse, en matière de protection des travailleurs, a été adopté précisément pour réglementer la concurrence entre les cantons. Au siècle dernier, la législation de Glaris était fort développée en la matière; si le législateur fédéral est intervenu, c'est notamment pour éviter que ce canton et ceux qui l'avaient imité en soient défavorisés sur le marché intérieur. C'est exactement le même phénomène qui s'est produit sur le plan européen. De ce point de vue, je ne vois aucune différence entre l'évolution du droit suisse et celle du droit communautaire.

Pour ce qui est du licenciement, le professeur STÖCKLI a déclaré que le droit suisse était relativement souple comparé au droit étranger et, selon un tic que je me suis pourtant amusé à dénoncer, s'est référé à l'Allemagne (les autres pays d'Europe n'étant pas pris en considération). Cela prouve que, même lorsqu'on est un peu provocant, on ne l'est pas nécessairement assez. Quoi qu'il en soit, je me demande si l'on peut faire une comparaison de ce type sans prendre en considération la situation politique et économique des pays en cause. Certes, la Suisse a connu un régime de protection contre les licenciements relativement faible, tout simplement parce qu'il y avait peu de licenciements, parce que l'économie allait très bien et que ceux qui résiliaient les contrats de travail étaient les salariés. Maintenant, le problème se pose différemment du point de vue économique et politique. Comment réagiront les gouvernements cantonaux ou fédéral le jour où les licenciements collectifs deviendront aussi abondants qu'en France ou en Allemagne? Pour ma part, je ne suis pas particulièrement favorable à un renforcement de la protection contre le licenciement. Je constate

néanmoins que, dans le domaine du droit du travail, la Suisse a très souvent suivi. J'ignore si elle suivra aussi les autres sur ce point.

Enfin, une dernière remarque sur les rapports entre la politique et les négociations collectives. On a parlé de "Gesprächkultur" dans les entreprises et sur le plan politique. Les deux choses sont étroitement liées. Dans l'industrie des machines, le renouvellement de la convention collective a souvent dépendu de facteurs politiques. Après la nonélection de Mme Uchtenhagen au Conseil fédéral, le renouvellement de la convention fut particulièrement difficile. Je suis convaincu que l'on ne peut pas imaginer un pays où la gauche et la droite se feraient la guerre sur le plan politique et où les employeurs et les salariés observeraient la paix dans les entreprises. M. GRUNER, à qui vous avez fait allusion, a montré qu'au siècle dernier la Suisse était l'un des pays d'Europe où les conflits collectifs étaient les plus nombreux. C'est bien dire que la paix du travail ne date pas de Nicolas de Flüe, mais d'une période beaucoup plus récente. En faisant remonter la paix du travail à 1937 (en dépit des faits), on masque le lien entre cette paix et la situation politique qui a prévalu en Suisse à partir des années cinquante. On masque le rapport entre, d'une part, la concorde politique, sur le plan fédéral et cantonal et, d'autre part, la paix dans les entreprises. La formule magique ne vaut-elle que pour le Conseil fédéral? Ne vaut-elle pas, également, pour la paix sociale?

Dr. THOMAS JÄGGI, Bern

Ich möchte die Anwesenheit der beiden Referenten dazu benützen, sie zu fragen, was sie von den flankierenden Massnahmen halten, die letztes Jahr vorgeschlagen wurden, um den freien Personenverkehr sozial abzuwehren. Als Beispiel möchte ich die Massnahmen betreffend der Mindestlöhne nennen.

Privatdozent STÖCKLI

In den eidgenössischen Räten wurden Vorstösse betreffend der Mindestlöhne oder der Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV's getätigt.

Mindestlöhne sind meines Erachtens völlig ungeeignet, das Problem zu lösen, weil sie eben genau diese Erstarrung und Zementierung des Arbeitsmarktes bewirken, die wir nicht wollen, selbst wenn man versuchen wollte, örtlich und branchenmäßig zu differenzieren. Die Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung kann ich mir in einem gewissen Rahmen vorstellen, etwa betreffend der Quoten, die man erfüllen muss für eine solche Allgemeinverbindlicherklärung. Wir dürfen aber nicht vergessen, dass unsere Gesamtarbeitsverträge zum Teil eben weitergehende Regelungen enthalten als anderswo und man deshalb aufpassen muss mit

der Erleichterung solcher Quoten, denn es geht ja immer auch um Aus-senseiterschutz.

Prof. GABRIEL AUBERT

A propos du “Mindestlohn”, on ne saurait contester qu'il y a en Suisse, actuellement, des salaires minimaux fixés par l'Etat. Ce sont ceux dont j'ai parlé, soit les salaires imposés aux employeurs qui veulent engager de la main-d'oeuvre étrangère. Cela paraît très net dans certains cantons, moins dans d'autres. Ce “Mindestlohn” a une conséquence indirecte sur la position des salariés suisses dans les entreprises: il est clair que si l'employeur doit respecter un salaire minimum pour le travailleur étranger, il doit aussi le respecter pour les travailleurs suisses. La solution helvétique est plus souple que celle qui prévaut en France ou dans certaines parties des États-Unis, où existe un salaire minimum garanti pour tous les salariés.

Comme je l'ai dit, le problème de l'intégration européenne, c'est que ce système serait remis en cause par la libre circulation des personnes. Là réside la difficulté. Et par quoi pourrait-on remplacer ce système? Ce qu'avait obtenu le Conseil fédéral, dans les négociations avec Bruxelles, c'est de reporter le problème jusqu'à la fin de la période transitoire. Nos autorités ont indiqué à la Communauté qu'elles étaient d'accord de renoncer à notre système d'autorisations de travail pour étrangers assorties d'un salaire minimum, pourvu qu'on nous laisse le temps de trouver une solution. C'est ce qui a été dit au peuple suisse avant le 6 décembre. Depuis lors, l'on n'a pas beaucoup réfléchi. Il est possible que les salaires (comme les prix!), en Suisse, soient trop élevés. Comment réaliser une baisse sans la mettre sur le dos de l'Europe, voilà la question.

LUDWIG A. MINELLI, *Rechtsanwalt, Forch*

Herr STÖCKLI hat einen alten Knochen ausgegraben in seiner Antwort auf die vorherige Diskussion, und ich möchte nicht, dass das unwidersprochen im Protokoll stehen bleibt. Er hat davon gesprochen, dass dem angestellten Urheber bei der Revision des URG das originäre Urheberrecht verblieben ist und der Arbeitgeber so zweimal zur Kasse gebeten werde, nämlich einmal, um den Lohn zu bezahlen, und ein zweites Mal zur Bezahlung der Nutzungsrechte.

Das ist so nicht richtig. Ich befasse mich mit dieser Frage seit der Arbeitsrechtsrevision von 1970, wo es mir gelungen ist, mit verschiedenen Organisationen zusammen zu verhindern, dass damals schon das Urheberrecht des Angestellten der Regelung des angestellten Erfinders gleichgestellt worden ist. Ich habe auch bei der Urheberrechtsrevision in diese Richtung gewirkt, und so ist dann auch erreicht worden, dass das bisherige System erhalten geblieben ist.

Das hat seine guten Gründe. Der Urheber, der angestellt ist, wird in der Regel dazu angestellt, Werke zu schaffen. Dafür bezahlt der Arbeitgeber den Lohn, und er erwirbt damit gleichzeitig das Nutzungsrecht für den Zweck, für welchen er den Angestellten beschäftigt und entlöhnt. Aber das Urheberrecht kennt eben nicht nur dieses Hauptrecht; es kennt auch Nebenrechte, die unter Umständen wirtschaftlich viel stärker ins Gewicht fallen als das Hauptrecht. Diese Nebenrechte wollten die Arbeitgeber entschädigungslos mit der Lohnzahlung miterwerben, und genau dies hätte gegen einen wesentlichen Grundsatz des Urheberrechts verstossen. Die Lohnzahlung kann praktisch jederzeit mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses aufhören. Die Einkünfte aus der Verwertung von Nebenrechten aber laufen bis 70 Jahre nach dem Tode des Urhebers.

Mir kommen diese Arbeitgeber vor wie eine Kombination von Berner und Basler Patriziern. Da heisst es sowohl "Das isch alles üses" wie auch "Me git nyt".

Wer als Zeitschriftenverleger etwa einen Schriftsteller beschäftigt, um Kurzgeschichten zu schreiben, die in seiner Zeitschrift publiziert werden, und wenn diese Kurzgeschichten so gut sind, dass man sie auf dem Büchermarkt vermarkten kann, dass man sogar Kurzfilme darüber machen kann, dann sollen dieser Urheber und seine Erben an den Früchten seiner Arbeit beteiligt sein und bleiben. Und dafür werde ich kämpfen, solange ich lebe.

Privatdozent STÖCKLI

Die Revision des Urheberrechts ist tatsächlich im Sinne von Herrn MINELLI erfolgt. Nach etwa 25 Jahren Leidenszeit ist es gelungen, das Urheberrechtsgesetz in die von ihm erwähnte Richtung zu bringen. Wenn ich gesagt habe, dass die neue Regelung letztlich nicht im Interesse des Arbeitnehmers sei, dann verstehe ich dies auch unter dem Blickwinkel, dass sich die cleveren Arbeitgeber natürlich mit Verträgen dagegen absichern, zweimal zahlen zu müssen. Aber es gibt Gewerbetreibende oder kleinere Unternehmer, die diese Rechtslage erkennen und in diese "Falle" hineinlaufen. Ich glaube nicht, dass die gesetzliche Lösung glücklich gewählt wurde.

Dr. iur. ANNEMARIE GEISSBÜHLER-BLASER, *Ittigen*

In der Diskussion um eine allfällige Senkung der Löhne im Rahmen der GAV im Interesse unserer Konkurrenzfähigkeit wird die Frage der Existenzsicherung des Arbeitnehmers durch den Lohn aus seiner Arbeit völlig ausgeklammert. Es ist hier darauf aufmerksam zu machen, dass wir heute schon und verbreitet sogenannte "working poors" feststellen, das sind Menschen, die zwar zu 100 % arbeiten, damit aber nicht genügend verdienen, um ihr Leben ohne die Hilfe der öffentlichen Fürsorge bestrei-

ten zu können. Es ist ein offenes Geheimnis, dass dieses Problem vor allem Frauen betrifft; genau so bekannt ist, dass Frauen schlecht organisiert sind, häufig in Berufen arbeiten, die keinem GAV unterstehen – allein die Lösung über den GAV zu suchen, würde deshalb am Problem vorbeiziehen; die Frage muss auch politisch angegangen werden.

Es mag zwar einleuchtend sein, dass wir, um konkurrenzfähig zu bleiben, auch über Lohnsenkungen diskutieren müssen, nur darf dabei nicht übersehen werden, dass wir – in anderem Sinne – auch nicht konkurrenzfähig sind, wenn wir Löhne bezahlen, von denen die Leute nicht leben können. Neben der Frage eines ausreichenden Minimaleinkommens – gegenwärtig beschäftigt sich eine parlamentarische Arbeitsgruppe mit der Thematik – wäre endlich auch die Frage angemessener (= in vernünftiger Proportion zu den Kinderkosten stehender) Kinderzulagen anzugehen, einem ausgesprochenen Stiefkind der Sozialversicherung und einem Opfer des Föderalismus, haben wir doch mindestens 30 verschiedene Lösungen in der Schweiz! Genauso harren die Höhe der Halbwaisenrenten, die Berechnung der Ergänzungsleistungen für Familien oder die Höhe der Stipendien im Zusammenhang mit dem elterlichen oder ehelichen Einkommen einer sachgerechten Überprüfung.

Es ist davor zu warnen, die Problematik der Lohnhöhe ohne eine ganzheitliche Sicht, die auch die Lebenshaltungskosten der Arbeitnehmer und ihrer Familien berücksichtigt, anzugehen. Damit schaffen wir uns nur neue Probleme, die, weil über Steuergelder, wiederum von der Wirtschaft und dem einzelnen Steuerzahler berappt werden müssen (auch die Steuerbelastung ist schliesslich bei der Frage der Konkurrenzfähigkeit mitzuberücksichtigen), wobei, als Folge der Verarmung ganzer Bevölkerungsschichten, gleichzeitig ein kaum berechenbares Aggressionspotential geschaffen wird!

Der Präsident schliesst die Sitzung um 17.45 Uhr und dankt allen Teilnehmern und Teilnehmerinnen für ihr Interesse und ihre Mitwirkung. Er weist auf die morgige Demonstration der von Prof. FLEINER errichteten juristischen Datenbank hin und ladet alle zum Ehrenwein ein, der nunmehr vom Kanton Freiburg, vertreten durch Herrn Staatsrat AUGUSTIN MACHERET, Mitglied des Vorstandes, gespendet wird.

Sitzung vom Samstag, den 23. Oktober 1993,
in der Aula Magna der Universität Freiburg

III.

Begrüssung durch den Präsidenten und Vorschau auf die Juristentage 1994 in Zürich und 1995 in Schaffhausen

Ich möchte bei uns ganz herzlich willkommen heissen Herrn Bundesrat Prof. Dr. ARNOLD KOLLER, Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes. Er gibt uns die Ehre, die ganze Veranstaltung von heute morgen mitzuverfolgen. Seiner Ansprache im Anschluss an die Diskussionen sehen wir mit grosser Erwartung entgegen.

Ich begrüsse auch herzlich die Begleiter von Herrn Bundesrat KOLLER aus dem Bundesamt, die Herren HEINRICH KOLLER und BERNHARD EHRENZELLER.

Nun noch einige Worte zu den bevorstehenden beiden Juristentagen 1994 am 15./16. Oktober in Zürich und 1995 am 29./30. September in Schaffhausen. Für den Juristentag 1994 in Zürich konnten zum Thema "Die Sorgfalt der Bank im öffentlichen und privaten Recht" folgende Berichterstatter gewonnen werden:

Dr. FRANÇOIS CHAUDET, Rechtsanwalt und Professor, Lausanne
Prof. Dr. GÉRARD HERTIG, Genf
Dr. CHRISTIAN THALMANN, Rechtskonsulent des Schweizerischen Bankvereins, Zürich
Fürsprecher URS ZULAUF, wissenschaftlicher Adjunkt der Eidgenössischen Bankenkommission, Bern.

Der Juristentag in Schaffhausen wird je einem strafrechtlichen und einem zivilrechtlichen Thema gewidmet sein. Das Thema "Die Politisierung des Strafrechts und die Kriminalisierung des Alltags" wird von folgenden Berichterstattern behandelt werden: Prof. Dr. MARTIN KILLIAS, Lausanne, und Rechtsanwalt Dr. MARC FORSTER, Assistent am Bundesgericht, Lausanne, das Thema: "Die Treuhand" von den Herren Prof. Dr. LUC THÉVENOT, Genf und PD Dr. ROLF WATTER, Rechtsanwalt, Zürich.

Noch ein besonderes Wort des Dankes an die Adresse von Herrn Prof. THOMAS FLEINER von der Universität Freiburg. Er hat uns heute morgen mit seinen Helfern vom Institut für Föderalismus der Universität Freiburg auf eindrückliche und anschauliche Weise die von ihm ins Leben gerufene juristische Datenbank demonstriert, ein Projekt, das bereits einen hohen Reifegrad erreicht hat und sich für die schweizerische Rechtspraxis zu einer Informationsquelle ersten Ranges entwickelt.

IV.

Einführung in die Diskussion über das Thema "Der schweizerische Richter und das Europarecht" mit anschliessender Diskussion im Plenum

Professor WALTER KÄLIN, *Bern, Diskussionsleiter*

Der schweizerische Richter und das Europarecht ist das Thema des heutigen Morgens. Am Tag nach der ominösen Abstimmung habe ich mich gefragt, ob dieses Thema am Juristentag überhaupt noch von Interesse sein werde? Herr JACOT-GUILLARMOD spricht auf seiner ersten Seite des Referates davon "que le fil s'est cassé", er fügt dann allerdings auch an, "provisoirement". Heute ist sicher eine der Gelegenheiten, um diesen Faden wieder aufzunehmen.

Ich möchte den beiden Referenten an dieser Stelle für ihre ausgezeichneten umfassenden Arbeiten gratulieren, welche sicher über Jahre hinweg Grundlagenwerke bilden werden.

OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, *Professeur, Sous-directeur à l'Office fédéral de la justice, Berne/Neuchâtel, rapporteur de langue française*

Le droit européen interpelle le juge suisse. Il représente, pour ce juge, un environnement normatif, jurisprudentiel et institutionnel à certains égards nouveau. Il suscite donc quelques inquiétudes, mais représente un défi passionnant et l'occasion d'un partage culturel. Tout bien pesé, il me semble représenter, dans l'optique du juge suisse, une chance.

Depuis longtemps à vrai dire, le juge suisse applique et interprète le droit européen, entendu au sens le plus large de l'expression. D'où la première interrogation: quel est le chemin déjà parcouru?

J'ai d'abord tenté, dans mon rapport (ch. 3 p. 317-378), de dresser un bilan des premiers contacts du juge suisse avec le droit européen. Dans l'ensemble, cet acquis judiciaire me semble quantitativement non négligeable. Parfois, cet acquis judiciaire est d'ailleurs remarquablement créatif, mais il revêt malgré tout un caractère pointilliste.

Cette pratique jurisprudentielle révèle aussi certains problèmes d'adaptation. C'est la raison pour laquelle j'ai cru bon de me pencher, avec quelques détails et dans un langage sans détour – inutilement critique, diront certains –, sur trois points de contact particulièrement sensibles.

Le premier d'entre eux est la *pratique relative à la Convention européenne des droits de l'homme*. Je crois que ce premier groupe de questions est placé sous le signe d'une osmose constructive. Cette pratique remonte à deux décennies déjà; M. SCHWEIZER y a consacré de larges et riches développements. C'est aussi, de loin, le domaine le plus commenté.

Le deuxième point névralgique me paraît placé sous le signe d'une certaine inconséquence. Inconséquence à laquelle ne me paraît pas avoir seulement contribué le juge, mais le Parlement et l'exécutif: c'est la *relation des accords bilatéraux d'établissement avec la "Lex"*. En 1973, l'arrêt *Schubert* (ATF 99 Ib 39) a ouvert une ligne de jurisprudence que j'aurais tendance à considérer comme dangereuse. Vingt ans plus tard, nous nous trouvons confrontés aux mêmes difficultés. Preuve en est cet arrêt publié la semaine dernière dans la partie IV du Recueil des arrêts du Tribunal fédéral (ATF 119 IV 65, 71: opposabilité à un particulier d'un arrangement confidentiel non publié conclu entre la France et la Suisse, sans mention de la loi sur les publications officielles de 1986).

Le troisième point névralgique concerne la *pratique suisse relative à l'Accord de libre-échange de 1972 avec la Communauté*. Constructive sur certains points d'interprétation spécifiques – je pense en particulier à l'interprétation du protocole 3 de cet instrument – la jurisprudence fédérale donne plutôt l'impression, dans les affirmations de principe, d'un "*Alleingang*" *jurisprudentiel*. Cela nous paraît regrettable. Non pas, bien sûr, qu'il ne faille pas reconnaître au Tribunal fédéral le droit, qui est le sien, d'interpréter comme il l'entend un instrument qui fait partie de l'ordre juridique suisse. Mais bien davantage parce que le courant ne me semble pas passer entre les différents acteurs, suisses et européens, de cette interprétation judiciaire d'un même traité.

On peut donc se demander si le moment n'est pas venu de tirer les leçons du passé pour la pratique future. Car il s'est en effet passé deux décennies entre la signature de l'Accord de libre-échange, en juillet 1972, et le dernier arrêt rendu par le Tribunal fédéral sur ces questions, l'arrêt *PVC* de juillet 1992 (ATF 118 Ib 367), qui opposait l'Association française des producteurs d'eaux minérales au Conseil d'Etat fribourgeois. Depuis cette dernière date, la Cour de justice des Communautés européennes a rendu

quatre arrêts portant interprétation, non pas de l'Accord de libre-échange entre la Suisse et la Communauté, mais d'accords de libre-échange taillés selon le même patron: l'Accord de libre-échange avec la Suède (arrêt *Legros* du mois de juillet 1992, Rec. 1992, p. I-4625); l'Accord avec la Norvège (arrêt *Commission C. Italie* du 25 mai 1993, Rec. 1993, p. I-2738); et puis surtout, concernant l'Accord avec l'Autriche, deux arrêts importants: un arrêt *Eurim Pharm* du 1er juillet 1993 (Rec. 1993, p. I-3741) et un arrêt *Metalsa* du 1er juillet 1993 (Rec. 1993, p. I-3751) sur un problème qui intéresse directement la Suisse: les importations parallèles de produits pharmaceutiques. La liste n'est sans doute pas close. On m'a informé que le Tribunal de Dusseldorf venait de soumettre une question d'interprétation à la Cour portant à nouveau sur l'Accord avec l'Autriche, également dans une affaire de produits pharmaceutiques (affaire *Bona-pharma Arzheimittel GmbH*, aff. C-334/93). Cette affaire pose en même temps un problème d'interprétation de l'art. 23 de l'Accord, relatif à la concurrence, disposition à laquelle M. le Conseiller fédéral KOLLER a consacré une contribution dans les *Mélanges Deschenaux*.

Nous formons le voeu que ces récents éléments ouvriront de nouveaux horizons en Suisse. Non pas dans la direction d'une extension servile de l'interprétation communautaire en Suisse. L'arrêt *Metalsa* est précisément une preuve des limites, sur certaines questions, des possibilités de transposition des méthodes d'interprétation communautaires dans le contexte de l'Accord de libre-échange. L'apport essentiel de ces quatre arrêts de la Cour de Luxembourg réside ailleurs: simplement dans le fait que la portée des règles de droit européen y est effectivement discutée et que les conflits éventuels de pratiques ou législations nationales avec le droit européen y sont ouvertement abordés.

De quoi l'avenir sera-t-il fait? Nous avons considéré comme réaliste d'admettre que le droit communautaire, un jour ou l'autre, frappera à nos portes. Le "6 décembre" a simplement reporté une échéance inéluctable. Voilà pourquoi, dans une approche plus prospective, je me suis demandé dans deux chapitres centraux (ch. 4 et 5, p. 379-440), de quoi cet avenir serait fait. A l'aide du droit comparé et de l'examen de la pratique communautaire, j'ai tenté d'exposer les futures fonctions et responsabilités générales du juge suisse dans la mise en oeuvre du droit communautaire. Dans la même perspective, je me suis demandé quelles seraient les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle en Suisse.

Entre le passé et le futur, il y a le présent. Une situation intermédiaire, politiquement difficile, mais intéressante tant au niveau législatif, exécutif que judiciaire. Quel est, dans cette période qui nous sépare du droit communautaire (concrètement: d'une adhésion à l'EEE ou d'une entrée dans l'Union européenne), le rôle du juge suisse dans la mise en oeuvre du droit européen?

A mon avis, dans cette période intermédiaire, il y a place à la fois pour un rôle plus actif du juge et un rôle actif du législateur, voire du Constituant.

Bien entendu, il ne saurait être question, pour le juge, de vouloir remplacer le législateur, fédéral ou cantonal. Et encore moins de chercher à consoler par la jurisprudence des négociateurs ou des citoyens déçus. J'ai expressément souligné dans mon rapport (§ 60), les limites de la fonction juridictionnelle dans cette perspective. Il n'en demeure pas moins qu'en présence d'un traité international en vigueur pour la Suisse, – traité qui a reçu une approbation démocratique expresse ou tacite et qui a été publié –, le juge me semble avoir un devoir prioritaire: l'examiner, le mettre en oeuvre, l'interpréter à cette fin, fût-ce aux dépens d'une règle interne – législative ou constitutionnelle – qui lui serait contraire. Et le tout dans le cadre des règles générales qui forment la toile de fond de cette problématique: les art. 26, 27 et 31 de la Convention de Vienne, dispositions qui ont également un rôle essentiel à jouer dans l'interprétation de dispositions constitutionnelles fondamentales et sensibles, comme l'art. 113 al. 3 de la Constitution (dans ce sens: ATF 117 Ib 367, 372-373).

Quant au législateur, il a évidemment lui-même une fonction prioritaire et capitale (les exercices *Eurolex* et *Swisslex* en sont des illustrations frappantes). A moyen terme, le Constituant a certainement aussi un rôle à jouer. Raisons pour lesquelles je me suis risqué, au moment où l'on vient d'amorcer la révision totale de la Loi d'organisation judiciaire, sous la présidence du Directeur de l'Office fédéral de la justice, M. HEINRICH KOLLER, à quelques considérations et propositions sur la réforme du droit de procédure fédéral et sur l'éventuel aménagement de la juridiction constitutionnelle suisse. Je le répète ici: il ne s'agissait pour moi que de lancer quelques idées dans un débat qui est largement ouvert et qui, me semble-t-il, doit l'être encore davantage. Je mesure parfaitement les limites de mes propositions. Je m'y suis risqué, me rassurant à la pensée que seul celui qui ne prend pas position ne risque rien, ou ne risque pas de se tromper.

En résumé, et tel est l'objet de l'essai de synthèse contenu au chapitre 7 de mon rapport, le droit européen me paraît manifestement représenter un défi, mais aussi un enrichissement pour le juge suisse. Le droit européen est déjà, et il le deviendra toujours davantage, un rouage essentiel dans la construction d'une communauté du droit en Europe. Ce qui doit nous réjouir plus que toute autre considération, c'est que ce sera toujours l'individu qui sera le grand gagnant d'un droit européen protégé par le juge. Puissent les étudiants, les avocats, les magistrats bien sûr, en percevoir l'enjeu et faire preuve d'imagination, en exploitant les ressources immenses, à mon sens largement inexploitées, d'un droit qui exprime une vision culturelle et qui sert la cause de la paix et des droits de l'homme en Europe.

Professor RAINER J. SCHWEIZER, *St. Gallen, Berichterstatter deutscher Sprache*

Drei Fragen stehen heute vorrangig zur Diskussion:

- 1) Wie rezipieren und verwirklichen die Gerichte in der Schweiz europäisches Recht und wie wirken sie an den europäischen Rechtsentwicklungen mit?
- 2) Welche Anforderungen stellt das europäische Recht an die Gerichte in den europäischen Staaten?
- 3) Müssen wir uns auch nach den Möglichkeiten und den Grenzen der Verwirklichung des Europarechts durch Gerichte fragen?

Zu diesen drei Punkten möchte ich kurz Stellung nehmen:

1. Das europäische Recht ist eine vielfältig zusammengefügte, multipolare Rechtsordnung, die heute durch die beiden Gravitationszentren der gesamteuropäischen Grundrechtsgemeinschaft der EMRK einerseits sowie der weit ausgebauten westeuropäischen Union mit dem ihr ange schlossenen EWR andererseits geprägt ist. Dieses europäische Recht steht seinerseits in einem weiten Geflecht der internationalen Rechtsordnung, die namentlich durch die UNO-Rechtsetzung und durch die Weltwirtschaftsordnung des GATT wesentlich bestimmt wird. Die schweizerische Rechtsordnung darf auf längere Sicht betrachtet für sich in Anspruch nehmen, dass sie trotz politischen Auseinandersetzungen das europäische wie das übrige Völkerrecht bereitwillig und offen akzeptiert und rezipiert und dass sie insgesamt das Verhältnis des nationalen zum europäischen bzw. internationalen Recht bewusst völker- und europarechtsfreundlich ausgestaltet hat. Die im europäischen Vergleich geradezu vorbildhafte Praxis des Bundesgerichts und EVG zur EMRK belegt diese für einen Kleinstaat auf jeden Fall richtige Haltung deutlich.

2. Aufnahme, Entfaltung, Verwirklichung und Durchsetzung des Europarechts obliegen je länger je mehr den nationalen, staatlichen Gerichten. Die staatlichen Gerichte sind in erster Linie berufen, den ihr Recht suchenden Individuen Schutz zu gewähren gegenüber staatlicher Exekutivmacht wie gegenüber privaten Rechtsbrüchen. Über diese primäre Aufgabe des Individualrechtsschutzes hinaus haben die Gerichte aber im Europarecht besondere, qualifizierte Rechtsverwirklichungsaufgaben, die häufig komplexer sind als die Rechtsanwendung und Streitentscheidung aufgrund des nationalen Rechts. Das europäische Recht weist in vielen Staatsverträgen, in der EG zudem im sekundären "Gesetzes"-recht und durch die Präjudizien der supranationalen Gerichtsinstanzen den staatlichen Gerichten besondere, gestalterische Umsetzungs- und Konkretisierungsaufgaben zu. Es verlangt im weiteren, dass die Gerichte die unvermeidlichen Kollisionen zwischen dem europäischen und dem nationalen Recht durch Sicherstellung des Anwendungsvorrangs und durch Einfügung des europäischen Rechts ins nationale Recht überwinden.

Neben diesen besonderen Aufgaben der Rechtsumsetzung und der Reduktion von Kollisionen bestehen noch genuine innerstaatliche Anliegen an die Gerichte, etwa wenn sie besondere Ordnungs- und Sicherheitsgebote, Finanzinteressen oder spezifische kulturelle Bedürfnisse berücksichtigen müssen. Sowohl von den europäischen Rechtsschutz- und Rechtsverwirklichungsaufgaben wie von allfälligen nationalen Sonderinteressen her müssen die Gerichte schliesslich, ungeachtet des Einsatzes des nationalen Gesetzgebers, besondere Rechtsfortbildungsaufgaben im staatlichen Raum wahrnehmen. Dabei dürfen wir nicht übersehen, dass diese Rechtsfortbildung z.T. weit über die herkömmliche Lückenfüllung zum nationalen Recht hinausgeht und innerstaatlich nur durch den Gesetzgeber möglich wäre.

3. Der rasche Aufbau der europäischen Rechtsordnung ab den 50er Jahren hat zuerst den materiellen Politikbereichen gegolten. Zunehmend hat das Europarecht aber – etwa durch die Justizverträge des Europarates oder mit dem EuGVUE und dem Lugano-Übereinkommen sowie in der EG mit sektoriellen Spezialvorschriften – auf die zwischenstaatliche Justizzusammenarbeit und die innerstaatlichen Rechtspflegeordnungen Einfluss genommen. Vor allem aber bilden die Strassburger und Luxemburger Rechtsprechung die massgeblichen Promotoren der Angleichung und Vereinheitlichung des nationalen Verfahrens- und Justizorganisationsrechts. Die richterlichen Vorgaben betreffen hauptsächlich die Gewährleistung eines freien Gerichtszugangs für die einzelnen Rechtssubjekte, die Sicherung einer unabhängigen und unparteilichen Justiz, die Durchführung von fairen transparenten Verfahren nach dem Grundsatz der Waffengleichheit sowie die Entwicklung von besonderen Rechten zur Verteidigung der privaten Parteien und zur Sicherung der Unschuldsvermutung aus strafrechtlichen Anklagen. Wenn wir heute die Einzelanforderungen an die staatlichen Gerichte nach Strassburger und Luxemburger Praxis zusammenstellen, so ergibt dies eine breite Palette von Geboten, allerdings nur eine Zwischenbilanz in einem sehr lebendigen Entwicklungsprozess. Bei der Rechtsprechung zu Art. 5 und 6 EMRK kann man heute immerhin eine gewisse Konsolidierung der in den letzten Jahren gewonnenen Positionen feststellen. Demgegenüber ist in der EG die Rechtsprechung des EuGH zu den mitgliedstaatlichen Justizaufgaben in starker Evolution. Während ursprünglich das Gemeinschaftsrecht für die mitgliedstaatliche Justiz wie für den indirekten, mitgliedstaatlichen Verwaltungsvollzug davon ausging, dass diese nach nationalen Regeln verfahren und dass das Gemeinschaftsrecht nur massgeblich sei, soweit das Diskriminierungsverbot zwischen nationalen und EG-Rechtsfällen und soweit das Effizienzgebot des Gemeinschaftsrechts erfüllt wird, gehen in der letzten Zeit der EuGH und zunehmend auch der Gemeinschaftsgesetzgeber dazu über, zur Verbesserung der Wirksamkeit des EG-Rechts mit spezifischen Vorgaben und Korrekturen unter der Berufung auf den Grundsatz der Gemeinschaftstreue, die nationale Rechtspflege zu bestim-

men. Wird etwa eine Richtlinie, die ein staatengerichtetes Rahmengesetz darstellt, von einem Mitgliedstaat nicht fristgerecht umgesetzt, so haben die Gerichte jedenfalls die Richtlinienvorschriften, die bestimmt und hinreichend genau sind und Einzelpersonen Rechtsansprüche gegen den Staat einräumen, von sich aus unmittelbar anzuwenden, und sie müssen notfalls den einzelnen für den Schaden aus einer Verzögerung der staatlichen Gesetzgebung Ersatz zusprechen. Bei der Betrachtung der EMRK und der EG-Rechtsprechung darf aber nicht übersehen werden, dass es in der Strassburger Praxis vorwiegend darum geht, gewisse verfahrensrechtliche Grundrechtspositionen in den Vertragsstaaten zu stärken, während es im EG-Recht schwergewichtig heute darum geht, die Wirksamkeit des europäischen Privat-, Straf- und Verwaltungsrechts in den Mitgliedstaaten durch alle Möglichkeiten richterlicher Konfliktlösung und Sanktionen zu sichern.

4. Auch bezüglich der praktischen Auswirkungen auf die Justizverfassung und die Prozessordnungen in Bund und Kantonen kann heute eine Zwischenbilanz gezogen werden. So sind dank der EMRK-Praxis unstreitig schon wichtige Reformen im Strafprozessrecht in den letzten Jahren in der Schweiz erreicht worden. Gegenwärtig richtet sich das Hauptaugenmerk auf die Ausweitung der Zivil- und vor allem der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Fällen, die in der Schweiz bisher traditionell nur in verwaltungsinternen Rechtspflegeverfahren beurteilt wurden. Diese Ausweitung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird sich bei einem EG-Beitritt fortsetzen. Auf jeden Fall besteht in den kommenden Jahren unsere Hauptaufgabe darin, die Verfahren und Zuständigkeiten gerichtlicher Normenkontrolle auszubauen. Das verlangt insbesondere, die Schranke der Kontrolle von Bundesgesetzen nach Art. 113 Abs. 3 bzw. Art. 114^{bis} Abs. 3 BV aufzuheben sowie die steigenden Aufgaben in der Verfassungs- und Europarechtspflege durch eine Revision der Beschwerdeverfahren der Bundesgerichtsbarkeit – notfalls mit Einführung eines Annahmeverfahrens – zu bewältigen.

5. Warum werden die schweizerischen Gerichte durch das europäische Justiz-Recht immer mehr in Anspruch genommen? Warum sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EVG neben den Rügen der Verletzung von Art. 4 BV diejenigen der Verletzung von Art. 5 und 6 EMRK bei weitem die Häufigsten? Warum kommt den nationalen Gerichten in der europäischen Rechtsentwicklung und Integration eine derart zentrale Rolle zu? Die Antwort liegt auf der Hand, aber sie ist doch wieder nicht so selbstverständlich. Die europäische Zusammenarbeit ist sowohl im Europarat wie besonders in der EG, aber auch in vielen Spezialorganisationen eine Zusammenarbeit durch Rechtsschöpfung und gemeinschaftliche Rechtsverwirklichung. Darüber hinaus ist die genuin europäische Lösung der zwischenstaatlichen und überstaatlichen Zusammenarbeit dadurch gekennzeichnet, dass nicht nur die Staaten Rechtssub-

jekte des Europarechts sind, sondern auch die Einzelpersonen Grundrechtsträger des europäischen Rechts oder Rechtssubjekte des westeuropäischen Integrationsrechts. Indem die einzelnen Individuen zudem ihre Rechtspositionen aus dem europäischen Recht gegenüber den Staaten wahrnehmen und diese gerichtlich zu erstreiten versuchen, setzen sie europaweit das europäische Rechtsangebot in Rechtswirklichkeit um, in einer Art und Weise, die weit über die traditionellen Möglichkeiten intergouvernementaler und administrativer Umsetzung von Völkerrecht in Landesrecht geht. Den massgeblichen Hebel zur Durchsetzung individueller Rechtsansprüche finden die Rechtssubjektive vor den nationalen Gerichten, nicht zuletzt mit der Berufung auf die Möglichkeiten und die Praxis der zwischenstaatlichen und supranationalen Konfliktenschlichtungs- und Rechtsprechungsorgane, namentlich der Gerichtshöfe von Luxemburg und Strassburg. Die wachsenden Anforderungen des europäischen Justizrechts erklären sich schliesslich daraus, dass es einer weit verbreiteten zeitgenössischen Überzeugung entspricht, dass materielle Gerechtigkeit etwa in Straffällen, privaten und wirtschaftlichen Auseinandersetzungen oder bei sozialen Sicherungsansprüchen vor allem durch geordnete und faire Verfahren erreicht werden kann. Indem die europäischen Justizorgane den besonderen Wert der Verfahrensgerechtigkeit hochhalten und absichern, müssen sie notwendigerweise auch dahinstreben, für Verfahren und Justizentscheidungen in zentralen Punkten einen einigermassen einheitlichen europäischen Standard aus den unterschiedlichen Grundsätzen und Traditionen der einzelstaatlichen Rechtsordnungen zu entwickeln. Allerdings darf auch nicht übersehen werden, dass es für die europäischen Rechtsetzungs- und Rechtsprechungsorgane häufig einfacher ist, durch die Zuweisung von Aufgaben und Auflagen an die staatlichen Gerichte die Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung und die Integration voranzutreiben, als durch politisch viel heiklere Entscheidungen, etwa im Sicherheitsbereich, im Umweltschutz oder in der Wirtschaftspolitik.

6. Es ist offensichtlich, dass eine Stärkung der Aufgaben der Gerichte zu einer gewissen Zurückdrängung von Möglichkeiten zum Regieren und von demokratischen Mitentscheidungsrechten führt. Doch sind dies meines Erachtens keine grundlegenden Probleme. Entscheidend sind heute vielmehr zwei Gesichtspunkte. Zum einen darf die dynamische Entwicklung des europäischen Justizrechts und die steigenden Verantwortungen für die schweizerischen Gerichte aus dem europäischen Recht nicht darüber hinwegtäuschen, dass den Möglichkeiten gerichtlicher Rechtsverwirklichungen auch Grenzen gesetzt sind, die sich allein schon aus der richterlichen Funktion der nachträglichen Streitentscheidung in Einzelfällen ergeben. Die schweizerischen Gerichte können ebensowenig wie die deutschen oder französischen Gerichte die entscheidenden Massnahmen zur Reduktion der grassierenden Arbeitslosigkeit in Europa oder zur Sicherung der Bodenbewirtschaftung bei Reduktion der Agrarüberschüsse leisten. Diese wichtigen Politikbereiche brauchen, wie verschiedene

andere, weiterhin uneingeschränkt vor allem eine politische europäische Kooperation und zwar eine Kooperation, in welche dringend auch die Länder von Mittel- und Osteuropa aufgenommen werden sollten. Das zweite und letzte Anliegen ist, dass die schweizerischen Gerichte mit ihren wachsenden europarechtlichen Verantwortungen auch entschlossen und umfassend vom eidgenössischen und kantonalen Gesetzgeber unterstützt werden. Schon im Interesse der allgemeinen Kenntnis des europäischen Rechts und aus Gründen der Rechtssicherheit ist es unerlässlich, dass die europarechtlichen Justizgrundsätze, Spezialvorschriften und Vertragsregeln nicht wiederum nur in Präjudizien und Grundsätzen des Bundesgerichts und EVG ihren Niederschlag finden, sondern durch den Gesetzgeber in präzise, klare und beständige Gerichtsorganisations- und Verfahrensvorschriften umgegossen werden. Auch wenn heute die Entwicklung des europäischen Rechts im Justizbereich keineswegs abgeschlossen ist, so ist sie doch so weit fortgeschritten, dass in der Schweiz in Bund und Kantonen in der Zivil-, Straf-, und Verwaltungsjustiz die entsprechenden Rechtsänderungen oder Totalrevisionen mit Aussicht auf längerfristigen Bestand verwirklicht werden können. Zu diesen europarechtlich bestimmten Rechtsreformen werden die Gerichte wie die Wissenschaft sicher das ihnen Mögliche beitragen.

JEAN-FRANÇOIS EGLI, *Président du Tribunal fédéral, Lausanne*

Le représentant du Tribunal fédéral voudrait vous exprimer sa vive gratitude pour l'attention que vous prêtez à notre juridiction et les aimables invitations que, traditionnellement, vous nous faites parvenir. Nous voudrions surtout vous dire notre reconnaissance pour l'apport scientifique majeur que constituent les travaux de la Société Suisse des Juristes, dont les tribunaux sont l'un des principaux bénéficiaires.

Cette reconnaissance, cette année, s'adresse tout spécialement à nos deux brillants rapporteurs qui nous ont entretenu d'un sujet si bien choisi. Leurs rapports sont si riches en informations et réflexions qu'ils demeureront longtemps un instrument de travail indispensable à ceux qui étudient ces questions. Ils ont aussi le mérite de susciter, chez nous, la réflexion et d'engager une sorte de dialogue entre les auteurs de ces rapports et les lecteurs, dialogue qui ne manquera pas d'être fructueux. L'ampleur en dépasse évidemment le cadre de notre séance.

Aussi voudrais-je me borner à quelques questions, quelques réflexions qui me paraissent revêtir une certaine importance.

Le premier point aura trait à la procédure suivie par le Tribunal fédéral. Le second point portera sur des critiques adressées à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le troisième point se rapportera à l'avenir de la juridiction constitutionnelle et enfin le quatrième à l'attitude du juge suisse face au droit conventionnel.

Sur la procédure à suivre par le Tribunal fédéral

Monsieur le Professeur SCHWEIZER a émis le doute que la procédure prévue par l'art. 36b de la Loi d'organisation judiciaire soit compatible avec l'art. 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans les cas où cette disposition exige des débats publics.

L'art. 36b est l'un des cas dans lesquels le Tribunal fédéral peut liquider des procédures par une voie que nous appelons de circulation. Le Tribunal fédéral a deux façons de rendre des décisions. Il y a, d'une part, les décisions qui se prennent en séance publique, avec une délibération publique préalable et, d'autre part, il y a une procédure écrite, qu'on appelle procédure de circulation, où les dossiers circulent avec une proposition écrite; si cette proposition rencontre l'adhésion des juges, elle devient la décision. Cette procédure par voie de circulation est prévue non seulement par l'art. 36b, mais également par l'art. 36a.

Quel est le problème? L'art. 6 § 1 de la Convention, dans son champ d'application, pose certaines exigences en ce qui concerne la publicité. L'art. 6 n'exige pas la publicité des délibérations (*Beratung*) du Tribunal, comme nous les connaissons au Tribunal fédéral dans une des variantes que connaît la loi, mais il exige la publicité des débats (*Parteiverhandlung*) et la publicité du prononcé du jugement. Mais c'est ici de la publicité des débats dont il s'agit.

Or, Monsieur SCHWEIZER pense qu'une pure procédure écrite, pour les affaires où il est nécessaire d'entendre les parties selon les exigences conventionnelles, ne suffirait pas. Je crois, et mon opinion est partagée par plusieurs de mes collègues, qu'il est possible de concilier ces deux exigences. Même dans les procédures qui normalement doivent se dérouler par voie de circulation, s'il est nécessaire d'entendre les parties, on peut les entendre séparément avant; puis, les parties étant entendues, le Tribunal décidera si oui ou non l'affaire peut se juger par voie de circulation, selon la procédure de l'art. 36a, de l'art. 36b ou, au contraire, s'il est nécessaire de procéder à une délibération publique, c'est-à-dire à une séance publique où les juges s'expriment devant le public. Ceci me paraît d'autant plus possible que les dispositions de la Loi d'organisation judiciaire, dans les différents types de recours que nous connaissons (et notamment dans le recours de droit public et le recours de droit administratif), permettent aux parties de demander des débats et permettent conséquemment à la Cour d'ordonner ces débats. Dans une hypothèse où l'art. 6 exigerait des débats publics, il est donc possible de procéder à ces débats publics, et ensuite de procéder selon l'une ou l'autre des voies. A mon avis, il n'y aurait pas de difficultés sur ce point. Je relève en outre que le Tribunal fédéral a déjà procédé aussi de cette façon-là.

Une remarque complémentaire s'impose encore sur ce point. D'après la jurisprudence des organes de Strasbourg, la publicité des débats n'est exigée que pour autant qu'il n'y ait pas été renoncé et, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une telle renonciation

peut se faire de manière tacite, par exemple du seul fait qu'un avocat, qui est censé connaître les lois, renonce à demander une séance publique. Cette jurisprudence permet d'éviter des débats fastidieux auxquels personne ne voit un grand intérêt.

Sur la jurisprudence du Tribunal fédéral

Monsieur JACOT-GUILLARMOD, avec un chaleureux enthousiasme pour ses thèses – que nous admirons –, distribue à la jurisprudence du Tribunal fédéral des bons et des mauvais points. Il ne nous appartient bien évidemment pas ici de plaider en vue de solliciter une meilleure notation de la part de l'assemblée. Là n'est pas notre propos, mais plutôt d'émettre quelques remarques d'ordre général.

Notre distingué rapporteur s'en prend surtout à la jurisprudence relative à l'absence d'effet direct de l'Accord de libre-échange d'une part, et d'autre part à la jurisprudence relative à la hiérarchie des normes, lorsque le législateur suisse a intentionnellement voulu ne pas observer un engagement international (jurisprudence "Schubert"), jurisprudence à laquelle Monsieur le Professeur JACOT-GUILLARMOD a fait allusion tout à l'heure.

Dans ces deux domaines, cette jurisprudence a été suivie au Tribunal fédéral par plusieurs cours et elle ne pourrait être modifiée qu'après un échange de vues et selon les modalités qui sont prévues dans la loi. Notre Tribunal ne se prévaut certes pas de l'inaffibilité. Quand il y a lieu, il examine les objections qui peuvent être adressées à sa pratique et lorsqu'il le faut, sa jurisprudence connaît également les évolutions qui sont nécessaires.

Monsieur le Professeur JACOT-GUILLARMOD relève que les considérations émises à propos de la nature juridique de l'Accord de libre-échange, sur lesquelles je ne veux pas me prononcer ici, n'étaient en général pas décisives pour la solution des cas soumis au Tribunal fédéral. Je crois pouvoir dire que tel était aussi le cas dans le dernier arrêt qu'il a cité, relatif aux bouteilles de PVC, où ce point n'a pas fait l'objet d'un développement central de la part du Tribunal fédéral.

Quant à la jurisprudence "Schubert", sans me prononcer sur sa pertinence, je voudrais seulement relever que, pour l'essentiel, elle est conforme, malgré tout, aux thèses de notre rapporteur, puisqu'elle pose en principe la règle de base de l'invalidité d'une loi fédérale contraire à un traité, et qu'elle n'y apporte un tempérament que dans l'hypothèse (rare) où le législateur fédéral a sciemment voulu ne pas respecter un engagement international. Or, sur ce point, encore aujourd'hui, il faut le reconnaître, les avis des juristes divergent. (On en trouve un récent exemple dans la "Festschrift" offerte à Monsieur le Conseiller fédéral KOLLER où, à côté de la contribution de Monsieur JACOT-GUILLARMOD, on peut lire une contribution du Professeur HANGARTNER qui tient cette jurisprudence pour juste.) Je ne me prononce naturellement pas sur le fond.

Ceci dit, je ne doute pas que les remarques critiques de nos rapporteurs ne manqueront pas d'être sérieusement examinées et prises en considération.

Sur l'avenir de la juridiction fédérale “de lege ferenda”, spécialement de la juridiction constitutionnelle

Les Etats européens qui nous entourent, dotés de législations plus récentes que la nôtre, connaissent tous un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Ce contrôle permet de faire respecter et sanctionner le principe de la hiérarchie des normes, soit de la suprématie de la Constitution.

Dans leurs nouvelles structures, les républiques de l'Europe centrale et de l'Europe orientale s'organisent selon le même schéma, avec une Cour constitutionnelle. A l'égard de ces pays, la Suisse apparaît un peu comme un parent pauvre. En cas d'adhésion de la Suisse à un système communautaire, le contrôle de la conformité du droit national au droit communautaire serait immanquablement exigé de nos organes nationaux – chacun en convient – nos rapporteurs nous l'ont rappelé. Dans un tel système, le maintien du principe de l'immunité des lois fédérales au regard de la Constitution (art. 113 et 114 bis Cst.) apparaîtrait comme un “corps étranger” et une règle incohérente. Nos éminents rapporteurs l'ont aussi justement montré.

A mon avis, l'introduction d'un contrôle constitutionnel pourrait être aménagé sans mettre en péril les intérêts supérieurs de l'Etat. S'il devait être introduit en Suisse, il s'inscrirait mal dans le cadre des structures judiciaires actuelles, où le contrôle constitutionnel des actes législatifs (cantonaux) s'exerce avant tout dans le cadre du recours individuel, au moment de l'adoption des actes législatifs ou de leur application à un cas particulier. Comment pourrait-on organiser un contrôle constitutionnel de la législation fédérale? Faudrait-il créer un organisme judiciaire nouveau, prévoir un contrôle préalable des actes législatifs (par exemple avant toute soumission au référendum), exclure ou admettre le recours individuel? Faudrait-il étendre ce contrôle au stade de l'exécution des lois (contrôle appelé “concret”)? Ce sont là autant de questions – essentielles pour l'organisation future des tribunaux fédéraux – auxquelles le législateur devra sans doute trouver des solutions.

A cet égard, il convient de se féliciter qu'une nouvelle commission d'experts ait été chargée d'étudier les problèmes liés à l'organisation du pouvoir judiciaire au niveau fédéral.

Sur l'attitude du juge suisse face au droit conventionnel

Nos splendides anciennes fontaines de la Justice montrent la justice aux yeux bandés. Cette image ne correspond plus guère à celle du juge actuel.

Sans doute celui-ci ne fait-il pas acception de personne mais, à côté de cela, il a les yeux grand ouverts sur le monde, soit sur un monde en évolution rapide. Les fonctions qui lui sont dévolues exigent qu'il s'y adapte. Il le fait non seulement en appliquant de nouvelles lois, mais aussi en prenant en compte le cadre social dans lequel elles sont exécutées.

C'est dans cet esprit que le juge suisse -habitué déjà à la pluralité des législations dans notre ordre fédéral –, ne devrait pas avoir de difficultés majeures à s'adapter aussi à un ordre supranational. L'introduction progressive de la Convention européenne des droits de l'homme en est une illustration. Dès lors que le droit conventionnel devient partie de notre ordre juridique d'application immédiate, nous avons à l'appliquer dans sa plénitude et sans restriction, parce que c'est notre droit et que notre pays s'est engagé à le respecter et non pas, comme on l'a dit, "pour éviter une condamnation". Nous n'avons pas peur du gendarme. Sans doute l'adoption de l'ensemble conventionnel nous oblige-t-il à modifier nos habitudes sur certains points. Mais c'est le prix à payer pour réaliser une certaine unification jugée dans l'ensemble bénéfique.

Je ne doute point que les juges suisses ne soient à même, de leur côté, de relever le défi de l'adaptation à un droit conventionnel européen (au besoin en prenant en compte les conseils des sages, tels que nos rapporteurs).

Je suis aussi certain que nos collègues juges s'y efforceront, en tâchant de répondre à vos voeux.

Puissent-ils, tous les juges de notre pays, répondre à cet appel: c'est là mon souhait.

Professor ENGELBERT NIEBLER, *Bundesverfassungsrichter a.D., München*

Zunächst freue ich mich, Ihnen die Grüsse der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages überbringen zu können. Der Kontakt zwischen dem Schweizerischen Juristentag und dem Deutschen Juristentag hat sich in den letzten Jahren erfreulich positiv entwickelt; ich darf Sie gleich einladen zum nächsten Deutschen Juristentag vom 20.–23. September 1994 in Münster. Herr Präsident GIRSBERGER hat die Freundlichkeit, die Themen in Ihren nächsten Mitteilungen zu veröffentlichen. Ich freue mich, Ihnen diese Grüsse überbringen zu können, weil ich mich als Bayer mit unserem Schweizer Nachbarn besonders verbunden fühle. Ich freue mich auch deshalb, weil ich seit Jahren die Ehre habe, am Schweizer Juristentag teilnehmen zu dürfen und so viele freundschaftliche Kontakte knüpfen zu können. Besonders freut es mich aber deshalb, weil ich – sozusagen als kleines Geschenk – das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Maastricht mitbringe. Und ich glaube, Sie gestatten mir, Ihnen kurz einige wesentliche Gedanken aus diesem Urteil zu zitieren. Das Gericht hat zunächst klargestellt, dass die Beteiligung an Wahlen

für den Bürger nicht nur bedeutet, dass er seine Stimme abgibt und den Kandidaten wählt, sondern, dass er dadurch auch an der Legitimation der Staatsgewalt mitwirkt, und die Legitimation gestattet es nicht, dass der Bundestag soviele Aufgaben an übernationale Gremien abgibt, dass das demokratische Prinzip des Grundgesetzes verletzt wird. Das Demokratieprinzip hindert zwar die Bundesrepublik nicht an einer Mitgliedschaft in einer übernational organisierten Gemeinschaft. Voraussetzung ist aber in diesem Falle, dass die Legitimation und die Einflussnahme innerhalb des Staatenbundes sichergestellt ist. Der Unionsvertrag begründet einen Staatenbund, jedoch keinen Staat, der sich auf ein europäisches Staatsbild stützen könnte; denn es ist zuförderst Sache der Mitgliedstaaten, die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch die europäische Union demokratisch zu legitimieren. Damit sind auch der Ausdehnung der Aufgabenbefugnisse der Europäischen Gemeinschaften vom Demokratieprinzip her Grenzen gesetzt. Es müssen also den nationalen Parlamenten – hier dem Deutschen Bundestag – erhebliche eigene Rechte verbleiben.

Der Vertrag folgt dem Prinzip der Einzelermächtigung; eine Frage, die bisher umstritten war. Er erlaubt also ein Tätigwerden der Union ausschliesslich auf der Grundlage ausdrücklicher vertraglicher Ermächtigung. Die Bundesrepublik unterwirft sich durch die Ratifikation des Vertrages nicht einem unüberschaubaren Automatismus zu einer Währungsunion. Der Vertrag eröffnet den Weg zu einer stufenweisen weiteren Integration der europäischen Rechtsgemeinschaft; es muss jeder Schritt entweder von Voraussetzungen, die für das Parlament voraussehbar sind, oder aber von einer weiteren parlamentarisch zu beeinflussenden Zustimmung der Bundesregierung abhängen. Eine Frage, die bei uns sehr umstritten war, weil man die Auffassung vertreten hat, die Bundesregierung könne ohne weiteres Rechte abtreten. Jetzt ist klargestellt, dass Rechte des Bundes oder der Länder nur mit Zustimmung der Parlamente abgetreten werden können. Und hier spielt das Parlament eine grosse Rolle. Inzwischen hat sich der Gedanke des Regionenschutzes ja nicht nur durch eine Änderung des Grundgesetzes durchgesetzt; es wird im Maastricht-Urteil voll anerkannt, dass auch die Länder der Bundesrepublik in dem Moment, in dem Rechte der Länder berührt werden, ein Mitspracherecht haben. Ich glaube, das ist eine Frage, die gerade auch für die Schweiz und für die Stellung der Schweizer Kantone eine ganz wesentliche Bedeutung hat. Somit sind weitere Änderungen oder Handlungserweiterungen der europäischen Gemeinschaft nicht mehr vom Zustimmungsgesetz zum Vertrag gedeckt; eine weitere Fortbildung, die ohne die demokratische Legitimation vorgenommen würde, wäre nicht verbindlich. Die deutschen Staatsorgane werden aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden. Und das Bundesverfassungsgericht behält sich ausdrücklich die Prüfung vor, ob sich Rechtsakte in europäischen Einrichtungen und ihre Organe an die Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen. Das Bundesverfassungsgericht wird seine Gerichtsbarkeit über die Anwendung

abgeleiteter Gemeinschaftsrechte in Deutschland in einem Kooperationsverhältnis zum Europäischen Gerichtshof ausüben, es behält sich jedoch vor, die Sicherung der grundlegenden Rechte der deutschen Verfassung auch weiterhin zu überprüfen.

Ich glaube, dass dieses Urteil ein wichtiger Schritt in die Richtung ist, dass die Debatte über weitere Vereinheitlichungen in Europa nicht mehr von Idealisten oder Illusionisten allein getragen, sondern sich künftig auf einer sachlichen Ebene abspielen wird. Ich glaube, dass gerade Bayern sich über dieses Urteil sehr freut; und es hofft, in jeder Form eine gute Zusammenarbeit auch mit der Schweiz in diesem Sinne zu erreichen.

Prof. KÄLIN

Besten Dank Herr Professor NIEBLER für Ihre Hinweise darauf, in welch exemplarischer Weise gerade das Deutsche Bundesverfassungsgericht sich immer wieder mit dem Thema unserer Tagung hier befasst. Diese Praxis, etwa auch die Solange-Urteile, zeigen ja, wie sehr gerade auch der Richter auf grundsätzliche Fragen des Verhältnisses zwischen den Mitgliedstaaten und der EG Einfluss nehmen oder sich dazu äussern kann. "Nous n'avons pas peur du gendarme" hat Herr Bundesrichter EGLI im Hinblick auf die europäischen Organe in Strassburg gesagt, wir haben einen solchen Polizisten hier. Es freut mich, das Wort an Herrn Professor TRECHSEL, Mitglied der Europäischen Kommission für Menschenrechte, zu übergeben.

Professor STEFAN TRECHSEL, Bern

Ich spreche nicht als Vertreter irgend einer Institution, ich habe auch weiter keine Grüsse zu übermitteln und wenn ich als "gendarme" spreche, muss ich sagen, dass ich diese Etikette mit gemischten Gefühlen trage. Ich möchte in erster Linie die Berichterstatter zu ihren hervorragenden, tief-schürfenden und auch ungemein konzentrierten Berichten beglückwünschen. Es ist kaum möglich, diesen Berichten mit wenigen Worten gerecht zu werden, demnach möchte ich einige wenige Bemerkungen aus der Sicht der Polizeibehörde – wenn wir nun dabei bleiben sollen – anbringen. Die erste Bemerkung betrifft sozusagen das Strafregister der Schweiz und des schweizerischen Richters, das m.E. viel blanker aussieht, als etwa aus der Sicht gewisser Journalisten. Die Presse stürzt sich jeweils – in moderner Sprache würde man sagen in geiler Manier – auf jede Verurteilung der Schweiz in Strassburg. Dass es zu solchen Entscheidungen kommt, ist eine Selbstverständlichkeit. Es ist eher erstaunlich, dass es zu wenig solchen Entscheidungen kommt, wenn die Vielfalt des schweizerischen Recht-lebens betrachtet und berücksichtigt wird, dass diese Vielfalt unter einen europäischen Hut passen soll. So ist z.B. die Art und Weise, wie das Bundesgericht die EMRK handhabt, vorbildlich und wird nicht nur von

mir als schweizerischem Mitglied der Kommission anerkannt. Aber auch die Art und Weise, wie die Schweiz ihre Fälle vor den europäischen Organen vertritt, zeugt von einem hohen Standard.

Als "gendarme" hat man nicht das Gefühl, dass einem eine Welle von Sympathien entgegenschwapppt, und es ist denn auch so, dass nicht selten Kritik an unserer Arbeit in Strassburg geübt wird. Dabei gestehe ich gerne ein, dass gewisse Entscheide als Zumutung betrachtet werden können. Als Zumutung in zweierlei Hinsicht: Einmal in der Hinsicht, dass mit den Entscheidungen Massstäbe angelegt werden, die gelegentlich als fremd empfunden werden und die Änderungen im innerstaatlichen Recht und in der Alltagspraxis der Richter verlangen. Eine Zumutung liegt aber auch gewissermassen in formeller Hinsicht in der Form einer erheblichen Rechtsunsicherheit vor. In diesem Zusammenhang habe ich mit freudigem Erstaunen gehört, dass nach der Meinung meines lieben Freundes und Kollegen SCHWEIZER, die Rechtsprechung zu Art. 5 und 6 EMRK nunmehr als gefestigt angesehen werden kann. Ich muss gestehen, dass ich als Schwimmer in diesem Strom diese Ansicht nicht teilen kann. Eine der neusten Klippen ist etwa die Anwendung von Art. 6 im Patenterteilungsverfahren. Die Rechtsunsicherheit entsteht auch dadurch, dass vor allem der Gerichtshof den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK unentwegt ausgedehnt hat und zwar für Bereiche, für welche er ursprünglich nicht gedacht war. Ich sehe dieser Entwicklung nicht mit Freude entgegen, aber es fährt ein europäischer Zug, der wohl nicht aufzuhalten ist und dem die Schweiz nicht ausweichen kann.

Zum Schluss kann ich lediglich anfügen, dass ich bei den Beobachteten auf Verständnis für die Beobachter hoffe und möchte die Schweizerischen Richter noch einmal zu ihrer Art und Weise beglückwünschen, wie sie mit dem europäischen Recht umgehen.

RUDOLF RÜEDI, *Bundesrichter, Präsident des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Luzern*

Gegenstand meines Diskussionsbeitrages bildet ein für die Praxis wichtiger Aspekt der Rechtsprechung aus Strassburg. Nämlich die von beiden Berichterstattern behandelte, von Herrn Präsident EGLI und auch von Herrn Prof. TRECHSEL angeschnittene Frage des *Verzichts* auf öffentliche Gerichtsverhandlungen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, namentlich im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor Bundesgericht und auch vor dem EVG.

Grundlage bildet das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Sachen Schuler-Zgraggen vom Juni dieses Jahres. Dieses Urteil betrifft das Sozialversicherungsrecht des Bundes, hat aber m.E. generelle Gültigkeit.

Um was geht es?

Mit dem Urteil wurde eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes gemäss Art. 14 EMRK durch die Schweiz bei der Invaliditätsbemessung von Frauen in der Invalidenversicherung festgestellt. Die konventionswidrige Praxis steht hier nicht zur Diskussion, immerhin ist festzustellen, dass das EVG bereits zwei Jahre vor dem Entscheid aus Strassburg die Praxis geändert hat (BGE 117 V 194).

Aus dem Urteil Schuler-Zgraggen ergibt sich anderes, nicht weniger Wichtiges. Zunächst, dass der sachliche Anwendungsbereich der Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK grundsätzlich für das gesamte Gebiet des Bundessozialversicherungsrechts zu bejahen sein wird.

Das Urteil ist aber hauptsächlich deswegen sehr bemerkenswert, als der Gerichtshof, soweit zu sehen ist, zum ersten Mal allgemeingültige Grundsätze zum Verzicht auf das Gebot der Öffentlichkeit der Verhandlungen (zu unterscheiden von den Beratungen) aufgestellt hat. Zu unterstreichen ist, dass nach dem Urteil des Gerichtshofes die Schweiz diesbezüglich die Konvention nicht verletzt hat, obwohl weder vor der kantonalen Vorinstanz noch vor dem EVG eine öffentliche Verhandlung stattgefunden und obwohl auch das EVG Rechts- und Tatfragen frei überprüft hatte.

Unbestritten ist, Herr. Prof. SCHWEIZER hat darauf hingewiesen, dass ein konventionskonformes Gericht eine öffentliche Verhandlung vornehmen muss, weshalb vor allem die *erstinstanzlichen* Gerichte zur Durchführung publikumsöffentlicher Parteiverhandlungen verpflichtet sind.

Für das Rechtsmittelverfahren auf *Bundesebene* vertritt Professor SCHWEIZER, der ja seit Jahren am EVG als nebenamtlicher Bundesrichter wirkt, die bestimmte Auffassung, dass auch das EVG – und zwar unabhängig von wahrscheinlich konventionswidrigen Zirkulationsverfahren gemäss Art. 36b OG – publikumsöffentlich zu verhandeln hat.

Müsste jedoch unser Gericht, das gemäss Art. 132 OG im Streit um Versicherungsleistungen nicht nur die Rechtskontrolle, sondern auch die volle Sachverhaltskontrolle vorzunehmen hat, in jedem Prozess eine öffentliche Parteiverhandlung durchführen, wäre der Gerichtsbetrieb praktisch lahmgelegt. Herr Prof. JACOT-GUILLARMOD hat in seinem Bericht darauf hingewiesen.

Dem Gerichtshof in Strassburg ist nun offensichtlich im Urteil Schuler-Zgraggen nicht entgangen, dass der Konventionsanspruch auf Öffentlichkeit des Verfahrens im Spannungsfeld zu andern Prinzipien steht.

Ein ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht ist nach dem klaren Wortlaut des Urteils möglich, wenn der Prozess keine Fragen öffentlichen Interesses aufwirft, die eine Verhandlung nötig machen. Ein Verzicht ist namentlich zulässig, wenn die im Prozess behandelte Materie eine hohe Technizität aufweist, wenn der Bürger aus Gründen des Schutzes des Privatlebens kein Publikum wünscht und – das ist besonders wichtig in unserem Zusammenhang – wenn die Effizienz der Justiz in Frage steht. Diesbezüglich wird im Urteil aus Strassburg sehr deutlich ausgeführt, dass die systematische Durchführung von öffentlichen Verhandlungen der im Sozialversicherungsrecht wichtigen Raschheit des Verfahrens zuwider-

laufen und die Erledigung eines Streites innert angemessener Frist sogar vereiteln könnte.

Entgegen Prof. SCHWEIZER, der die Verzichtsproblematik sehr zurückhaltend beurteilt, wird – in Respekt vor der Autorität der Rechtsprechung des Gerichtshofes in Strassburg – von diesen von Strassburg eingeräumten Verzichtstatbeständen Gebrauch zu machen sein. Das Urteil Schuler-Zgraggen ist – m.E. auch für die erstinstanzlichen Gerichtsverfahren – zu konkretisieren. Dazu gehört auch die Frage, ob auf eine öffentliche Verhandlung verzichtet, wer keinen entsprechenden Antrag stellt, bzw. ob das Gericht trotz Antrag auf eine Verhandlung verzichten kann.

Voll und ganz zuzustimmen ist indessen Prof. SCHWEIZER, dass das Öffentlichkeitsgebot als Grundrecht des Einzelnen und als Voraussetzung für das Vertrauen in das Funktionieren der Justiz nicht beliebig zur Disposition steht. Und Prof. JACOT-GUILLARMOD betont mit Recht, dass jetzt eine vertiefte und umfassende Reflexion über die Thematik notwendig ist. Das EVG wird in Kürze seinen Beitrag dazu leisten!

Professeur DOMINIQUE PONCET, *Genève*

Quelques mots seulement, parce que d'autres bien plus qualifiés que moi pourraient s'exprimer ici. Puisque vous me faites l'honneur de me donner la parole, je la prendrai sans en abuser et vous renouvellerai la promesse qu'Henri VIII faisait toujours à ses épouses: "I shall not keep you long", "Je ne vous retiendrai pas longtemps".

Deux mots seulement qui s'adressent aux jeunes juristes et aux jeunes avocats pour leur dire, en paraphrasant Malraux qui disait que le 21^e siècle sera mystique ou ne sera pas, que le juriste suisse du 21^e siècle, et on y arrive, sera européen ou ne sera pas.

Je pense que pour nous, les juristes et les avocats en particulier, ce n'est pas aujourd'hui une question de préférence, de goût, de philosophie, c'est devenu une question de survie.

Je suis convaincu qu'en particulier l'avocat suisse qui ne se sera pas pénétré de ce droit européen – il ne s'agit pas aujourd'hui de l'appliquer, mais il s'agit déjà de le connaître – ne pourra pas survivre. Dans nos cabinets, tous les jours, nous voyons arriver des contrats pour lesquels la connaissance du droit européen est indispensable. Le juriste suisse et l'avocat suisse qui ne se seront pas familiarisés avec cela ne pourront pas survivre. Voilà l'appel que j'adresse à nos jeunes confrères en particulier, et voilà pourquoi aussi je dis aux conférenciers toute notre reconnaissance, car ils nous font découvrir pour beaucoup une terre "ignota", dont on ne savait rien. Ils l'ont visitée, ils l'ont explorée. Ils nous permettent maintenant de nous y rendre en connaissant le chemin et sans nous perdre dans la brousse.

En me tournant vers les magistrats, je voudrais leur dire que j'appartiens à une génération qui a connu le "juge genevois". Je sais bien que c'est

toujours le “Sonderfall”, mais j’ai connu le “juge genevois” devant le droit suisse. Il n’y a pas si longtemps – d’ailleurs c’est frappant de voir que nous continuons de dire en Suisse le Code pénal suisse et le Code civil suisse –, j’ai connu le “juge genevois” de la génération précédente, celle qui, par exemple, avait voté à la majorité des cantons le refus du Code pénal suisse. Je ne l’apprends à personne ici: il a été accepté parce que la majorité des votants l’a voulu et parce que ce n’était pas une modification de la Constitution.

J’ai connu des magistrats dont la lecture unique, enrichissante certes, mais dont la lecture unique était la Semaine judiciaire. Cette excellente publication ne fournit cependant pas, dans la diététique du juriste, toutes les composantes d’un menu bien composé. J’ai connu – et l’anecdote est authentique – un juge de la Cour, à Genève, qui, pour marquer quand même qu’il s’intéressait à la littérature d’expression allemande, avait un jour demandé à un commis de la Cour de lui apporter l’“Oscar Schoenenger”.

C’est ce que nous avons vécu il n’y a pas si longtemps. De même, je m’adresse toujours aux jeunes, nous avons vécu l’expulsion d’un Suisse d’un canton, parce qu’il était privé des droits civiques ou qu’il avait été condamné plusieurs fois, deux fois plus précisément.

Tout cela nous paraît aujourd’hui totalement anachronique. Je suis convaincu qu’il ne faudra, et l’accélération est toujours plus grande, que quelques années pour que la “lokale Jurisprudenz” dans laquelle, malheureusement, quelques-uns d’entre nous se complaisent encore, apparaisse tout aussi anachronique que ce que je viens d’évoquer.

Je dois donc dire, hélas, non plus au nom de la jeune génération, mais de la génération passée parlant pour la future, tout mon espoir dans cette Europe que nous voyons se créer et toute notre reconnaissance à tous ceux qui nous permettent de la découvrir et de ne pas s’y égarer.

Professor PAUL RICHLI, *Basel*

Die beiden Berichterstatter sind zwar schon reichlich mit Dank und Anerkennung eingedeckt worden, aber ich möchte es dennoch nicht versäumen, auch meinerseits bestens für die beiden Referate zu danken, die uns das europäische Recht näher gebracht haben oder umgekehrt gesagt, uns dem europäischen Recht näher gebracht haben. Das europäische Recht ist, wie der Herr Vorsitzende bereits betont hat, ja nicht nur für die Gerichtspersonen von Bedeutung, sondern für uns alle, die uns mit schweizerischem Recht beschäftigen und uns fragen, welche Bedeutung nun das europäische Recht für unser nationales Recht entfalte.

Herr JACOT-GUILLARMOD gestaltet sein umfassendes Referat geradezu als Plädoyer für Europa. Er versucht auch gleich die eigentlich noch zu wenig zusammenarbeitenden Bereiche Strassburgs einerseits und Brüssel und Luxemburgs andererseits etwas zusammenzubringen und das Ge-

spräch etwas anzuregen. Die Stossrichtung des Referates ist eindeutig, ist klar, ist offen und man kann sich damit auseinandersetzen und selber Position beziehen.

Herr SCHWEIZER ist mit Bezug auf sein Bekenntnis zu Europa zurückhaltender. Für ihn steht Strassburg im Vordergrund. Noch nicht gleichermaßen ausgemacht ist für ihn, ob der Weg auch nach Brüssel und Luxemburg führen solle.

Ich möchte aus den beiden Referaten je einen Punkt herausgreifen und dann mit einer allgemeinen Schlussbemerkung schliessen.

Zunächst zum französischsprachigen Referat. Herr JACOT-GUILLARMOD erörtert im 6. Kapitel Mittel und Wege der Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung. In diesem Kontext kommt namentlich auch zur Sprache, ob und inwieweit das Freihandelsabkommen Schweiz-EWG fruchtbar gemacht werden könne. Im Blickfeld steht unter anderem Artikel 23 FHA, der grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen mit dem guten Funktionieren des Abkommens prinzipiell für unvereinbar erklärt. Es wird die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit dieser Bestimmung gestellt. Das hätte zur Folge, dass sich Unternehmen vor nationalen Gerichten direkt auf Artikel 23 des Freihandelsabkommens berufen könnten, um ihnen unliebsame Wettbewerbsbeschränkungen anzugreifen. Herr JACOT-GUILLARMOD ist einer solchen unmittelbaren Anwendbarkeit positiv gesinnt. Demgegenüber wissen wir, dass das Bundesgericht jedenfalls bis heute eine reservierte Haltung einnimmt und die unmittelbare Anwendbarkeit verneint.

Mir will scheinen, das Bundesgericht im besonderen und schweizerische Gerichte im allgemeinen hätten keinen Grund, um von dieser reservierten Haltung abzuweichen. Tatsächlich ist Art. 23 des Freihandelsabkommens ausserordentlich vage formuliert und lässt z.B. die Frage der Freistellungsmöglichkeiten offen. Artikel 23 ist zwar im Anschluss an die Wettbewerbsbestimmungen im EWG-Vertrag Art. 85/86 formuliert, aber eben doch nicht übereinstimmend konzipiert, vor allem bleibt offen, welches die Rechtsfolgen einer Unvereinbarkeit mit dem Freihandelsabkommen seien. Ein Gericht wäre zweifellos überfordert, wenn es diese Bestimmung aus dem Stand heraus unmittelbar entfalten müsste. Wollte es die postulierte unmittelbare Anwendbarkeit bejahen, so müsste es sich mehr oder weniger sklatisch an der Praxis der EG-Kommission und des EG-Gerichtshofes zu Art. 85 f. EWGV orientieren, ja diese übernehmen. Das wäre m.E. ein mehr als fragwürdiges Vorgehen, und zwar aus folgenden Gründen: Einmal ist die Funktionalität des EWG-Vertrages eine andere, viel weitergehende als diejenige des Freihandelsabkommens. Zum anderen sieht einer solchen direkten Anwendung aber vor allem der Umstand entgegen, dass Artikel 23 innerhalb des Gemischten Ausschusses des Freihandelsabkommens kaum thematisiert worden ist. Das bedeutet nichts anderes, als dass sich die zuständigen politischen und Verwaltungsinstanzen der Schweiz und der EG mit Bezug auf Art. 23 bis heute desinteressiert zeigten. Die EG selber zog und zieht es vor, wo

immer möglich auch auf Schweizerische Unternehmen die Wettbewerbsbestimmungen des EWG-Vertrages anzuwenden, dies unter Berufung auf das Auswirkungsprinzip. Unter diesen Umständen scheint es mir sachgerechter, wenn dieser Weg beschritten wird, der mittlerweile auch aufgenommen worden ist. So wird das schweizerische Kartellrecht nun auf dem Wege der Kartellgesetzrevision europäischen Standards angenähert.

Herr SCHWEIZER macht in seinem Referat auf die Praxis der EMRK-Organe aufmerksam, auch Verwaltungshandeln überprüfbar zu machen, das sich nicht in einer Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes oder einem kantonalen Pendant niederschlägt, sondern eben schlichtes Verwaltungshandeln sein kann, angesprochen sind vor allem faktische Grundrechtsbeschränkungen. Der Referent postuliert, dass auch in der schweizerischen Rechtsprechung nun eine vergleichbare Grosszügigkeit Platz greifen solle. Das Anliegen verdient in der Sache volle Unterstützung. Allerdings halte ich dafür, der überzeugendere Weg bestehe darin, verfüigungsfreies Staatshandeln mit einer Klage oder Beschwerde anfechtbar zu machen. Die Ausweitung der Verfügungsgriffe hätte im Vergleich dazu den Nachteil, dass die Verfügung alle Konturen zu verlieren drohte und dann auch keiner einheitlichen Regelung mehr unterstellt werden könnte. Es würde sich im Zusammenhang mit der Totalrevision des OG, die mittlerweile an die Hand genommen wurde, Gelegenheit ergeben, diese Frage sachgerecht zu regeln.

Das Thema des heutigen Tages "Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht" fordert geradezu zur Stellungnahme heraus. Aus meiner Sicht ist eine europaoffene Haltung Gebot der Stunde. Das sollte sich auch in der Rechtsprechung niederschlagen. Helvetischer Tradition entspricht es, wenn dies überlegt und behutsam geschieht. Dabei ist dem Verlaufsmuster der schweizerischen und europäischen Entwicklung Rechnung zu tragen. Dieses lehrt, dass die jeweils höhere rechtliche Ebene strukturell überlegen ist und erfolgreich auf die Ausweitung und extensive Interpretation von Kompetenzen drängt.

Sei dies dadurch, dass man Einzelkompetenzen auf dem legislatorischen Wege von den unteren Ebenen an sich holt oder durch Ausdehnung bzw. entsprechende Rechtsprechung Kompetenzen auf der höheren Ebene ansiedelt. Dies ist ein Verfahren, das als solches sicher zu vernünftigen, ja richtigen Ergebnissen im Einzelfall führt. Es gibt dafür im Einzelfall immer gute Gründe. Betrachtet man aber das Gesamtbild, so ist das Ergebnis nicht durchwegs überzeugend und befriedigend: Es ist nicht sicher, dass der Föderalismus in der Schweiz oder auch der Regionalismus in Europa hinreichend institutionell abgesichert ist gegenüber dem Integrationszug der jeweils höheren Ebene. Es scheint mir, dass sich in einem späteren Zeitpunkt die Frage stellen und Gegenstand von Beratungen sein könnte, ob nicht die jeweils tiefere rechtliche Ebene institutioneller Sicherungen bedürfe, weil die höhere Ebene zu viele Kompetenzen an sich zieht.

Auf nationaler Ebene müssen wir dafür Sorge tragen, dass der Föderalismus noch Substanz behält und die Kantone kompetenzmässig nicht zur Bedeutungslosigkeit absinken. Auf europäischer Ebene ist ebenfalls darüber zu wachen, dass die Staaten nicht über Gebühr zurückgedrängt werden. In diesem Kontext ist nun bedeutungsvoll, dass im Maastrichter Vertrag das Subsidiaritätsprinzip eingefügt worden ist. Man darf – gerade auch aus schweizerischer Sicht – gespannt sein, wie dieses nun in Rechtssetzung und Rechtsprechung umgesetzt wird. In diesem Sinne ist nun tatsächlich auch das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts, von dem heute schon die Rede war, hochinteressant. Allerdings nicht im Sinne des Subsidiaritätsprinzips, sondern in der Markierung der nationalen Selbständigkeit. Ich möchte meinen, dass jedenfalls auch darauf Bedacht zu nehmen ist, dass die Sicherung der gliedstaatlichen Ebene – der kantonalen Ebene in der Schweiz, der regionalen gliedstaatlichen Ebenen in Europa – hinreichend Berücksichtigung finden sollte.

Professor THOMAS COTTIER, *Bern und Neuenburg*

Nachdem Herr Kollege RICHLI soeben für eine gewisse Zurückhaltung bei der Auslegung insbesondere der Wettbewerbsbestimmungen des Freihandelsabkommens der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft von 1972 (FHA) plädiert hat, möchte ich im Anschluss an die Thesen meines Freundes und Kollegen OLIVIER JACOT-GUILLARMOD einige weitere Überlegungen zugunsten der direkten Anwendbarkeit und ihrer hervorragenden Bedeutung für die Stellung des Europarechts in der Schweiz anfügen. Die ausgezeichneten Berichte, welche den heutigen Juristentag zu einem hoffnungsvollen europarechtlichen Festtag machen, bilden dazu eine ausgezeichnete Grundlage. Ich möchte auch Herrn Kollege SCHWEIZER für seinen eindrücklichen Beitrag danken. Beide Autoren haben für die künftige schweizerische Praxis sowie Lehre und Forschung bedeutende Grundsteine gelegt.

Es ist kein Zufall, dass Juristinnen und Juristen in der Schweiz mit dem Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention heute relativ gut vertraut sind und diese völkerrechtlichen Garantien erfreulich stark im Bewusstsein und vor allem auch der Gerichtspraxis verankert sind. Umgekehrt ist dies für die wirtschaftlichen Instrumente, insbesondere das Freihandelsabkommen, aber auch für zahlreiche weitere Abkommen, einschliesslich des GATT, noch kaum der Fall. Das hat seinen wesentlichen Grund in der noch wenig entwickelten direkten Anwendbarkeit dieser Abkommen in der gerichtlichen Praxis. Es ist offensichtlich, dass die direkte Anwendbarkeit klarerweise das zentrale Scharnier für die Bedeutung eines Vertrages für Anwälte und Richter ist. Wo sie abgesprochen wird, bleiben die Wirkungen des Vertrages auf der zwischenstaatlichen, oft nicht durchsetzbaren Ebene stecken. Das praktische, forensische Interesse entfällt. Die Bestimmungen werden nicht zum Bestandteil eines

lebendigen innerstaatlichen Rechtslebens; sie beschränken sich auf das Interesse der Handelsdiplomatie, der Wirtschaftsverbände und der Wissenschaft. Dem einzelnen Rechtsuchenden und seinem Anwalt bleiben sie demgegenüber graue Theorie. In diesem Sinne sei auch hier an die Auffassung des Bundesrates erinnert, der sich bereits 1988 im Rahmen seines damaligen Europaberichtes gerade aus diesen Gründen für eine Verstärkung der direkten Anwendung des Freihandelsrechts ausgesprochen hat (BBl 1988 III 249, 348). Im EWR Vertrag gehört sie wie innerhalb der Union selbst zu den Axiomen des Vertragswerkes. Ihre Schrittmacherfunktion kann und muss gerade nach dem 6. Dezember 1992 im Rahmen des geltenden Freihandelsabkommens und auch der EFTA Konvention in Hinblick auf die kommenden Jahre des fortgesetzten bilateralen Verhältnisses sowie vor allem auch im Rahmen einer notwendigen Revitalisierung des schweizerischen Wirtschaftsrechts neu aktiviert und überdacht werden.

Die bisherige Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der Auslegung des Freihandelsabkommens veranlasst, nach einem tieferen Sinnzusammenhang zu suchen, als dies die bekannten operationellen Kriterien der Justizabilität (hinreichende Bestimmtheit und Eignung direkter Anwendbarkeit) zu vermitteln vermögen. Gewiss, diese bleiben als unmittelbare Beurteilungskriterien wichtig, vermögen aber der Sache allein nicht auf den Grund zu gehen. Das zeigt sich etwa darin, dass sich die gleiche Frage der Unterscheidung zwischen anspruchsgrundlegenden und programmatischen Normgehalten auch im Landesrecht stellt, wie etwa die Grundrechtslehre und namentlich die frühere Debatte um die sozialen Grundrechte gezeigt hat. Die Unzulänglichkeit zeigt sich aber auch im allgemeinen Völkerrecht, wo die Möglichkeit der direkten Anwendbarkeit im Rahmen der dualistischen Theorie und Tradition a priori ausgeschlossen bleibt. Sie zeigt sich aber auch im Gemeinschaftsrecht selbst, wo die Grundsätze des Vorranges und der direkten Anwendung Ausdruck einer besonderen, letztlich bundesstaatlichen Finalität des Rechts der Europäischen Union sind und nicht ohne weiteres auf andere Beziehungen Anwendung gefunden haben. Es bedarf, mit andern Worten, letztlich einer selbständigen Begründung.

Bei den Arbeiten am Entwurf für ein Binnenmarktgesetz ist mir der Gedanke gekommen, dass der auf der Handels- und Gewerbefreiheit beruhende Anspruch auf Zugang zu Drittmarkten, also in andern Kantonen und Gemeinden, seine Grundlage letztlich darin findet, dass die von Einschränkungen betroffene auswärtige Person im Entscheidungsprozess, im politischen Prozess des betreffenden Gemeinwesens, nicht oder jedenfalls nicht hinreichend repräsentiert ist. Es liegt in der politischen Ökonomie begründet, dass Lösungen oftmals auf Kosten auswärtiger Personen gefunden werden. *Les absents ont toujours tort* vermag auch hier zu gelten. Ob es sich um Beschränkungen bei der Zulassung zu öffentlichen Beschaffungen einer Gemeinde handelt, um den Zugang zur Ausübung des Lehrerberufs in einem Kanton, ob es sich auf Bundesebene um

Beschränkungen der Agrarimporte aus Entwicklungsländern und schliesslich um die Gefahr einer Festung Europas oder die Abschottung anderer grosser Märkte handelt: Protektionismus hat juristisch und verfahrensmässig seine Grundlage in fehlenden innenpolitischen Einfluss- und Repräsentationsmöglichkeiten auswärtiger Anbieterinnen und Anbieter. Ich glaube, das gilt in besonderem Masse gerade dort – und damit auch in der Schweiz –, wo Politik im wesentlichen Konsenspolitik unter den Beteiligten ist. Aus dieser Sicht wird die Bedeutung von durchsetzbaren Rechten auf Marktzugang Dritter offensichtlich: sie bilden den Ausgleich zu Partizipationsdefiziten. Sie haben eine komplementäre, ausgleichende Aufgabe. Sie gleichen fehlende Teilhabe aus. Darin erklärt sich wesentlich, weshalb heute im Zuge einer durch Kommunikationsmittel immer stärker globalisierten Wirtschaft zunehmend mehr Bereiche des Lebens völkerrechtlich erfasst und zum Gegenstand von Verhandlungen gemacht werden. Das gilt sowohl weltweit (GATT) wie im regionalen Kontext (EU, NAFTA).

Wesentlich ist nun, dass diese Rechte erfolgreich wohl nur durch eine jeweils übergeordnete Rechtsordnung vermittelt und vor allem durchgesetzt werden können. Das gilt für das innerstaatliche Recht mit der Handels- und Gewerbefreiheit und andern für den Binnenmarkt relevanten Grundrechten des Bundes, namentlich für die Niederlassungsfreiheit. Es gilt aber mit Bezug auf das Bundesrecht ebenso für die staatsvertraglich vermittelten Ansprüche. Verhandlungen werden gesucht und geführt, um den Marktzugang durch die Einräumung derart kompensatorischer Rechte zu verbessern. Verträge werden abgeschlossen, um letztlich ein gemeinsames Interesse zu mehren. Und dieses besteht vorliegend gerade darin, dass man sich gegenseitig diese für den Marktzugang wichtigen Rechte einräumt. Wird ihre unmittelbare Anwendung verneint, so entsteht, wie dies OLIVIER JACOT-GUILLARMOD schon früh ausgedrückt hat, ein *protectionnisme judiciaire*, mit dem die repräsentativen Defizite verstärkt und indirekt Sonderinteressen geschützt werden. Es fehlt die ausgleichende Funktion. Es fehlt damit ein wichtiges, richterlich durchsetzbares Element einer vertikalen Gewaltenteilung und Gewaltenttarierung, gerade auch im Sinne einer umfassend verstandenen These von *checks and balances* in der Demokratie in ihren internationalen Bezügen der Weltwirtschaft oder des europäischen Wirtschaftsraumes.

Diese Rechte sind nicht nur von zentraler Bedeutung aus der Sicht der einzelnen betroffenen Person. Sie sind ebenso wichtig – ja lebenswichtig – aus der Sicht der Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft. Die direkte Anwendbarkeit einer Norm nützt, wie das Prof. E.U. PETERSMANN in seinen Schriften immer wieder betont hat, vor allem der betreffenden Volkswirtschaft selbst. Man erkennt hier ihre hohe Bedeutung für die Erhaltung und Entfaltung der Wettbewerbsfähigkeit, und damit letztlich der Überlebensfähigkeit eines Landes. Richterin und Richter sollten sich daher in Fragen der direkten Anwendbarkeit nicht im Hinterkopf von Überlegungen zur Reziprozität in der Handelspolitik leiten lassen. Das gilt

auch für die Justiz der wirtschaftlichen Grossmächte. Es gilt aber ganz besonders für den Kleinstaat, dessen Überleben langfristig wesentlich von der täglichen Erhaltung und Entfaltung seiner Wettbewerbsfähigkeit im Innern wie gegen Aussen abhängt.

In diesem Lichte ist Art. 23 des Freihandelsabkommens (FHA) von 1972 – die Bestimmungen über den Wettbewerb – ein aufschlussreiches Beispiel. Ich möchte hier die Ausführungen von Professor JACOT-GUILLARMOD unterstützen und ergänzen. Es handelt sich, mehr als bei den Massnahmen gleicher Wirkung von Art. 13 und den Ausnahmen in Art. 20 FHA, um eine Bestimmung, deren Gehalt nicht ohne weiteres ersichtlich ist. Das muss aber nicht zum Schluss führen, dass es sich hier lediglich um eine programmatiche, nicht justizable Norm handelt, ganz abgesehen davon, dass der Wortlaut so unbestimmt gar nicht ist. Vielmehr muss nach Sinn und Zweck der Bestimmung im Rahmen des Abkommens gefragt werden. Wettbewerbsbestimmungen haben m.E. wie auch die andern Vorschriften über nicht-tarifäre Hemmnisse im Rahmen der Freihandelsabkommen primär die Aufgabe, zu verhindern, dass der gemachte Zollabbau und die damit erreichte Erleichterung des Marktzuganges nicht anderweitig durch andere Massnahmen wiederum neutralisiert wird. Sie haben, mit andern Worten, eine flankierende Funktion. Nicht mehr und nicht weniger. Sie beinhalten also weder die Übernahme der Wettbewerbsbestimmungen des EG Rechts, noch beschränken sie sich auf den Hinweis auf das geltende Kartellrecht der Schweiz. Das Verbot gewisser Absprachen muss m.E. dahin ausgelegt werden, dass es punktuell – und ohne darin ein ordnungspolitisches Modell zu erblicken – dort greift, wo private Absprachen und Konzertierungen mit der andern Hand wieder nehmen, was die andere durch die Liberalisierung staatlicher Beschränkungen (z.B. Zollabbau, Harmonisierung von Normen etc.) gegeben hat? Es dürfte sich lohnen, diese Lesart der Bestimmung zu vertiefen und abzuklären, inwieweit fallweise Importkartelle unter diesem Aspekt durch die direkte Anwendbarkeit der Bestimmung in Verbindung mit den vom Kartellgesetz vorgesehenen Rechtsfolgen in Pflicht genommen werden können. So besehen kann auch Art. 23 FHA justitiabel sein, ohne dass eine Überforderung der Gerichte eintreten muss. Die Bestimmung erlaubt es den Gerichten, das Fallrecht wie in andern Bereichen der Rechtsordnung schrittweise und behutsam im Dialog mit der Lehre zu entwickeln. Es geht auch hier darum, die Rechte des Marktzuganges Dritter flankierend zu schützen und zu verhindern, dass die eine Hand auf Grund des innerstaatlichen Konsenses (d.h. einer bislang kartellfreundlichen Regelung) wieder nimmt, was die andere gegeben hat. Vielleicht vermögen morgen ein neues Kartellgesetz, ein revidiertes Freihandelsabkommen oder gar die Bestimmungen des EG Rechts im Rahmen des EWR oder eines Beitritts, diese Aufgaben in der Schweiz wahrzunehmen. Solange dies noch nicht der Fall ist, sollte das Potential einer unmittelbaren Anwendung von Art. 23 FHA nicht vergessen bleiben und die heute noch vorherrschende Auffassung aus den genannten tieferen Gründen wirt-

schaftsvölkerrechtlicher Ansprüche neu überdacht werden (siehe dazu auch meine Ausführungen in: Die Bedeutung des GATT im Prozess der europäischen Integration, in: O. JACOT-GUILLARMOD, D. SCHINDLER, T. COTTIER, EG-Recht und schweizerische Rechtsordnung, Beihefte zur ZSR, Heft 10, Basel 1990, S. 140, 180 Anm. 126 m.w.H.).

VERENA BRÄM, *Oberrichterin, Kilchberg*

Ich spreche gewissermassen als Mitglied des Fussvolkes zu Ihnen, nämlich als Mitglied eines kantonalen Gerichts, ich bin zudem weder Professor noch eben Bundesrichter.

Ich möchte vorbemerkungsweise beifügen, dass ich für Europa bin und am 6. Dezember "ja" gestimmt habe. Dies nicht aus Idealismus, sondern aus praktischen Überlegungen, weil ich davon überzeugt bin, dass sich die Schweiz der Entwicklung in Europa nicht entziehen kann. Und auch ich bin den Autoren für ihre ausgezeichnete Arbeit zu Dank verpflichtet; namentlich die Arbeit von Prof. SCHWEIZER wird auch für den Praktiker ausserordentlich wertvoll sein. Trotzdem möchte ich zwei kritische Bemerkungen anbringen:

Die erste wäre die, dass Rechtsprechung nicht nur an den obersten Gerichten stattfindet, sondern vor allem auf den unteren Stufen. Hier ist die Aufgabe des Richters vor allem und in allererster Linie *Streiterledigung*; er ist berufen, den *Rechtsfrieden* wieder herzustellen. Das wird mit der Zunahme der Regelungsdichte immer schwieriger, und ich frage mich daher – ich weiss keine Antwort auf diese Frage, aber ich denke, man muss sie stellen –, ob es wirklich richtig ist, dem Richter in einer ganz generellen Weise "die Entfaltung der materiellen Ziele und Leitentscheidungen des jeweiligen Europarechts" zu übertragen (Prof. SCHWEIZER, S. 640) und den eigentlichen Zweck der Rechtsanwendung, nämlich die Herstellung des Rechtsfriedens, die Streiterledigung, nur so in Klammer noch gerade zuzulassen. Das Ergebnis derartiger Prioritäten kann auf einen Rechtsunfrieden hinauslaufen und letztlich zu einer chaotischen Entwicklung führen. Die Europaebene eröffnet den Parteien und ihren Anwälten – entschuldigen Sie diesen etwas despektierlichen Ausdruck – eine weitere "Trickkiste", mit der für den Standpunkt ihres Klienten etwas herausgeholt wird, aber im Ergebnis sicher nicht einer raschen Bereinigung der Situation gleichkommt.

Die zweite kritische Bemerkung betrifft die Rechtsprechung zu den Verfahrensgarantien der EMRK und dem Richterbild, das sich aus dieser Rechtsprechung ergibt. Sie widerspricht meiner Meinung nach dem schweizerischen Verständnis eines Richters. Ich denke hier vor allem an die Bestimmungen und die Rechtsprechung gewisser oberer Gerichte zur Vorbefasstheit des Richters. Es zeichnet sich hier eine eigenartige *Ambivalenz* ab. Wir bewegen uns einerseits auf einen Richterstaat zu. Eine Einrichtung, die dem schweizerischen Recht fremd ist. Es werden nämlich

dem Richter Aufgaben übertragen, an ihn delegiert, die eigentlich in einem demokratischen Staat, und das sind wir nun in der Schweiz einstweilen noch, vom politischen Entscheidungsträger wahrgenommen werden sollten. Anderseits aber werden diesem Richter, durch die sehr strengen formalen Anforderungen an das faire rechtsstaatliche Verfahren sehr deutliche, eigentlich ein Stück weit unerträgliche Schranken gesetzt. Dem Richter wird gewissermassen die Rolle des Schiedsrichters im Fussballspiel zugespielt. Er darf noch ein Goal pfeifen, aber nicht in irgendeiner Weise gestaltend in das Spiel und in den Spielablauf eingreifen.

Ich empfinde dies, und ich weiss mich mit vielen auch jüngeren Kollegen einig, als vielleicht ungewollten, aber schmerzlichen Vertrauensentzug. Falls dies der Preis sein sollte, der, um die Worte von Bundesrichter EGLI zu brauchen, für Europa zu zahlen ist, so möchte ich dafür plädieren, dass er durch eine "vernünftige", d.h. massvolle Anwendung der Grundsätze zu den Garantien eines rechtsstaatlichen Verfahrens nicht allzu hoch ausfällt.

Prof. SCHWEIZER

Ich möchte Ihnen zuerst ganz herzlich danken, dass Sie mir die Gelegenheit gegeben haben, ein so faszinierendes Thema bearbeiten zu können. Ich danke vor allem für die reichen Anregungen und die verschiedenen Kritiken der heutigen Diskussion. Drei Punkte möchte ich kurz ansprechen:

Erstens: Die Rechtsprechung zu Art. 5 und 6 EMRK wurde heute mehrmals angesprochen. Warum gewinnt diese in der europarechtlichen Entwicklung eine so grosse Bedeutung? Ich kann dies vielleicht mit folgendem Hinweis erklären: Aufgrund von Art. F Abs. 2 des Maastrichter Vertrages werden nun die EMRK mit ihren Justizgrundsätzen als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts zur Geltung kommen. So dass also die Auseinandersetzung mit der EMRK im Justizbereich auch im Hinblick auf einen Beitritt zur EG von hoher Bedeutung ist.

Zweitens: Ein Wort zur Öffentlichkeit des Verfahrens. Mit Bezug auf das Votum von Herrn RÜEDI möchte ich ihm entgegnen, dass die Strassburger Rechtsprechung nicht à la lettre, sondern aufgrund der verschiedenen nationalen Umsetzungsprozesse in deren Sinne und Geist übernommen werden sollte. Gerade mit dem Verzicht auf die Öffentlichkeit des Verfahrens ist vorsichtig umzugehen. Herr RÜEDI hat deutlich gemacht, dass der Verzicht der Parteien und der Verzicht des Gesetzgebers zweierlei sind. Ich meine aber, dass im zweitinstanzlichen Verfahren, wo vielfach noch wesentliche Sachverhaltsfragen strittig sind oder noch neue Tatsachen hinzukommen können, eine Verhandlung im Dienste des Entscheidungsverfahrens stattfinden sollte.

In diesem Zusammenhang hat Herr Bundesgerichtspräsident EGLI heute eine Kombination zwischen Verhandlung und Zirkulationsverfahren signalisiert. Ich bin aber überzeugt, dass die Gerichtspraxis eine EMRK-konforme Lösung finden wird.

Drittens: Das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit ist heute vielleicht weniger zur Sprache gekommen, bleibt aber ohne Zweifel in den nächsten Jahren ein Hauptthema. Wir wissen, dass es auch in einzelnen Staaten der EG mit diesem Thema Schwierigkeiten gibt. Diese lassen sich einigermaßen lösen, weil das EG-Recht nicht Geltungsvorrang, sondern Anwendungsvorrang beansprucht. So können sich Länder ohne volle Geschehenskontrolle mehr oder weniger durchmanövriren. Es ist aber im Hinblick auf den späteren Integrationsweg der Schweiz nötig, diese volle Normenkontrolle auch hier herzustellen. Wir haben im letzten Jahr aus völlig verständlichen Gründen betreffend die Justizfragen nicht alle Probleme lösen können und uns auf das allernötigste beschränkt. Mir scheint, dass wir jetzt die Chance haben, dies in den nächsten 1-3 Jahren in etwas breiterer und vertiefter Weise nachzuholen und uns entsprechend auszurichten.

Prof. OLIVIER JACOT-GUILLARMOD

Permettez-moi quelques observations en enchaînant spontanément sur ce que vient de dire mon collègue SCHWEIZER.

Comme on pouvait le prévoir, la Convention européenne des droits de l'homme se trouve au centre des débats de ce matin. Cela n'a rien d'étonnant: cette convention est l'instrument de droit européen le plus connu des juristes suisses puisqu'elle fait l'objet dans notre pays, depuis 1974, d'un riche dialogue judiciaire entre Lausanne, Lucerne et Strasbourg. Je résiste donc difficilement à la tentation de faire quelques remarques aussi dans l'optique d'un observateur – et acteur occasionnel – venu de "Berne".

On vient d'évoquer à plusieurs reprises la *garantie de publicité* de l'article 6 de la Convention. Que ce problème fasse l'objet de débats si intenses, quoi de plus normal? Il y a, d'un côté, les principes; et, de l'autre, les préoccupations légitimes de praticiens confrontés à des questions concrètes. En représentant le Conseil fédéral devant la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, mes collègues et moi nous efforçons toujours de souligner ces aspects pratiques. De toute évidence, le dialogue doit être poursuivi et il faut se féliciter que les tribunaux fédéraux (le Président RÜEDI y a fait une allusion tout à l'heure) souhaitent poursuivre ce dialogue avec Strasbourg en toute franchise. J'imagine que MM. TRECHSEL et WILDHABER, de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, ne peuvent que se féliciter de cet esprit de

collégialité, qui n'exclut pas une dimension critique dans un débat où les opinions se pèsent autant que se hiérarchisent (art. 60 CEDH).

Il me paraît utile de rappeler qu'en matière de publicité, un premier problème pratique important a été évacué à propos du second volet de la garantie de l'art. 6 de la Convention: c'est-à-dire la *publicité du prononcé du jugement*. Au départ, il y avait aussi, sur cette question plus technique, une assez grande incertitude. D'un côté, l'exigence très claire du texte de la Convention, qui semblait ne pouvoir souffrir aucune exception; de l'autre, les exigences de la pratique, qui suggéraient fortement d'admettre que s'agissant d'un tribunal de cassation, ne statuant que sur des questions de droit, le prononcé public d'un arrêt, le cas échéant devant une salle vide, n'apportait aucune garantie fondamentale en matière de droits de l'homme. Mieux valait veiller à mettre cette jurisprudence à disposition du public intéressé. Tel fut le débat – à propos du Tribunal militaire suisse de cassation – dans l'affaire *Sutter c/Suisse*, objet d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 février 1984 (Série A n° 74). Sans que ce fût aux dépens du respect des principes, le pragmatisme a triomphé dans cette affaire, et c'est tant mieux.

S'agissant du premier volet de la garantie de la publicité, celui de la *publicité des débats*, le débat est encore ouvert sur plusieurs points. L'arrêt *Schuler Zgraggen c/Suisse*, objet d'un arrêt de la Cour de Strasbourg du 24 juin 1993 (Série A n° 263) ne représente qu'une étape d'un débat qui intéresse tous les Etats parties à la Convention, mais une étape importante dans l'optique de notre pays. Avec sagesse, la Cour a rappelé (au paragraphe 58 de son arrêt) que si la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 de la Convention, "ni la lettre ni l'esprit de ce texte n'empêchent une personne d'y renoncer de son plein gré de manière expresse ou tacite, mais pareille renonciation doit être nonéquivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important". Dans le cas d'espèce, la Cour n'a pas constaté de manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention en matière d'oralité et de publicité: notamment parce que le problème d'assurance-invalidité ne présentait pas un intérêt public rendant nécessaire des débats; qu'hautement technique, ce débat se prêtait mieux à des écritures qu'à des plaidoiries; qu'enfin, le caractère médical et intime des problèmes litigieux aurait sans doute dissuadé l'intéressé de souhaiter la présence du public. Par ailleurs, la Cour n'a pas ignoré la circonstance qu'en matière d'assurances sociales, les autorités nationales peuvent légitimement tenir compte "d'impératifs d'efficacité et d'économie". L'arrêt *Schuler-Zgraggen* offre ainsi le *cadre d'un nouveau débat*: il faut y voir un appel à un dialogue avec les juridictions nationales, qui sauront sans doute faire un usage opportun de la marge de manoeuvre qui leur est laissée par Strasbourg. Espérons qu'ici aussi, le pragmatisme ne sera pas sacrifié sur l'autel de principes abstraits. Nous attendons en tout cas avec intérêt la prochaine contribution que semble être sur le point d'apporter le Tribunal fédéral des assurances, si

j'ai bien compris les propos de son président tout à l'heure n.d.l.r.: arrêt du 20 décembre 1993, ATF 119 V 375].

Ma deuxième remarque, plus critique, portera sur la *pratique relative à l'Accord de libre-échange*. Il est quand même saisissant, sur le plan des généralités, de constater qu'un accord approuvé par le peuple et les cantons en 1972 fasse encore si peur aux juristes une vingtaine d'années plus tard. Force est de constater que le droit international économique, dont parlait mon collègue COTTIER tout à l'heure, est encore le parent pauvre du droit européen en Suisse. Ce qui m'étonne et m'inquiète surtout, c'est que nous ayons manqué les plus belles occasions d'exploiter judiciairement les virtualités de ce droit du libre-échange qui, après tout, constitue la seule passerelle juridique importante que nous ayons aujourd'hui avec la Communauté. Les articles 13 et 20 de l'Accord de libre-échange (qui sont le pendant des articles 30 et 36 du Traité instituant la Communauté européenne) ont été émoussés par une interprétation judiciaire frileuse opérée en vase clos. L'une des conséquences, c'est que le débat relatif à la concurrence reste un tabou. L'intervention de mon collègue RICHLI tout à l'heure est significative de l'extrême sensibilité que nous avons, en Suisse, en matière de concurrence. Certes, l'article 23 de l'Accord de libre-échange n'équivaut pas, au niveau des sanctions, aux articles 85 et 86 du Traité CE. J'ai fait allusion, tout à l'heure, à l'étude que le chef du DFJP a consacrée à l'époque à cette question, en se prononçant clairement contre l'application directe de cette disposition. Je ne prétends assurément pas que l'on puisse transformer, sous prétexte d'interprétation, les effets juridiques de l'article 23 en ceux des articles 85 et 86 CE. Ce que je prétends seulement, c'est qu'on ne peut pas tout simplement évacuer du débat judiciaire national une disposition qui pose clairement un principe (sont "incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord" certains comportements précisément énumérés) en laissant ouvertes, dans une large mesure, les conséquences juridiques qui peuvent en être tirées dans un débat judiciaire. On ne saurait donc déduire de l'alinéa 2 de l'art. 23 que la procédure internationale à laquelle cette disposition renvoie (art. 27 ALE: saisine du Comité mixte) soit exclusive de toute intervention du juge national se fondant sur l'alinéa 1^{er}. Bref, il me semble y avoir, entre le noir de l'application directe et le blanc de la non-application directe de l'Accord de libre-échange, des zones grises auxquelles me semble appartenir l'art. 23 de cet instrument. C'est en cela que l'arrêt *Adams* de 1978 me paraît critiquable (ATF 104 IV 175). Le droit de la concurrence doit être envisagé comme un tout, avec des composantes de droit interne et des composantes de droit international. Il est grand temps que des passerelles soient jetées entre les règles fédérales (notamment les art. 42 et 43 de la Loi fédérale sur les cartels, qui n'ont pas trouvé à s'appliquer jusqu'ici) et les règles européennes ou internationales, que les particuliers ont un droit légitime de pouvoir jeter dans le débat judiciaire national.

Ma troisième remarque portera sur le *rôle du juge national comme relais des aspirations démocratiques des peuples européens dans le processus d'intégration européenne*. On a évidemment beaucoup parlé, ce matin, de l'arrêt rendu le 12 octobre 1993 par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. Bien entendu, on peut se féliciter, sur le principe, qu'une Cour constitutionnelle souligne l'importance qu'elle attache aux cautèles parlementaires nationales d'un processus d'intégration européenne dont on veut garantir une légitimation démocratique optimale. Après tout, le droit européen en général n'a-t-il pas profité des coups de semonce portés par la Cour constitutionnelle allemande à propos de la garantie des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire? Il est aisément d'interpréter ainsi, avec le recul de deux décennies, les arrêts *Solange I* du 29 mai 1974 et *Solange II* du 22 octobre 1986. Dans son rapport distribué le 10 octobre, soit deux jours avant le prononcé de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande, M. SCHWEIZER utilise une formule qui ne me paraît pas innocente (p. 633-634). Pour lui, aussi longtemps qu'il n'y a pas de légitimation démocratique autonome suffisante du processus d'intégration européenne ("solange ..."), l'ordre juridique communautaire restera en dernière analyse dépendant des constitutions des Etats membres.

Je voudrais quand même souligner ce qu'une telle ligne de pensée signifie pour un lien communautaire beaucoup plus fragile qu'il n'y paraît au premier abord, comme l'a bien perçu le journaliste qui a rendu compte de la décision allemande dans la NZZ du 13 octobre dernier. En définitive, les sensibilités démocratiques nationales des Etats membres de l'Union européenne, exprimées à l'occasion de la procédure d'approbation, trouvent leur limite, une fois le traité entré en vigueur, dans le respect du principe de fidélité communautaire inscrit à l'art. 5 du Traité CE (*Gemeinschaftstreue*). Que nous puissions nous réjouir, avec des arrière-pensées, du signal politique qu'exprime la décision judiciaire allemande du 12 octobre est une chose. Mais reconnaissions aussi que le fait, pour un Etat membre, de se réservier le droit, *pro futuro*, de contrôler la constitutionnalité d'actes *communautaires* au regard des critères d'*une* démocratie parlementaire *nationale* pose un problème fondamental de loyauté. Car l'Allemagne n'est que l'un des douze membres de l'Union européenne instituée par le Traité de Maastricht qui entrera en vigueur le 1^{er} novembre prochain. Or cette entrée en vigueur fait suite à des procédures nationales d'approbation démocratique *differentes*, mais de valeur foncièrement *égale* considérées rétrospectivement. Or mettons-nous à la place de ce citoyen danois qui, par hypothèse, aurait voté "non" lors du premier référendum organisé dans son pays et qui, rassuré par les aménagements apportés entretemps au Traité de Maastricht en faveur du Danemark, aurait glissé un oui dans l'urne lors du deuxième référendum. A sa place et sous le strict angle de la *démocratie*, je trouverais assez extraordinaire que l'on prétende aujourd'hui en Allemagne, par l'effet d'une décision *judiciaire* nationale rendue dans un pays où l'approbation du Traité de Maastricht n'a pas donné lieu à référendum, pouvoir lier la légitimité du stade d'intégration communau-

taire provisoirement atteint au respect des canons démocratiques d'un Etat membre. Curieuse démocratie de substitution que celle où, à la clarté (et aux risques) de votes démocratiques parlementaires ou référendaires s'exprimant par oui ou par non, on préfère le "oui mais" d'une juridiction nationale conditionnant l'*avenir*.

Quatrième et dernière remarque, qui sera en même temps ma conclusion. Nous avons eu la chance, cette année, de discuter à Fribourg deux thèmes européens proposés par la Société suisse des juristes. Je voudrais pour ma part former le voeu que lors d'une prochaine échéance, par exemple au tournant du millénaire, la Société suisse des juristes consacre ses travaux à un thème qui pourrait par exemple être "*Droit constitutionnel suisse et droit constitutionnel européen*". Le thème pourrait être examiné dans trois perspectives complémentaires, à l'aide chaque fois de deux rapporteurs qui se pencheraient sur la branche législative, la branche exécutive et la branche judiciaire de cette vaste problématique.

Professor LUZIUS WILDHABER, *Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Basel*

Ich bedanke mich vielmals für die überaus freundliche Begrüssung und für die Anregung und Bereicherung, die ich aus den vorzüglichen beiden Referaten und aus der Diskussion erfahren durfte. Aus der Optik von Strassburg ist man sich natürlich der dialektischen Natur des Prozesses der Europäischen Menschenrechtsverwirklichung sehr bewusst. Man bedenkt die Stellung des schweizerischen Richters gegenüber dem europäischen Recht, fühlt sich aber auch als europäischer Richter vor dem schweizerischen Recht. Wenn man etwa im Falle Schuler-Zgraggen zu entscheiden hat, so weiss man natürlich, dass es aufgrund der früheren Fälle Benthem, Deumeland und Feldbrugge, aber auch aufgrund der neuesten Entscheide Salerno und Lombardo ziemlich klar ist, dass Sozialfürsorge- und Sozialversicherungsfragen dem Art. 6 EMRK unterstellt werden. Was der Entscheid im übrigen im Detail besagen wird, werden sowohl das Eidgenössische Versicherungsgericht wie wir selbst in Strassburg noch eingehend bedenken und konkretisieren müssen, und man kann nur sagen, dass es nicht leicht sein wird, stets die richtigen Antworten zu finden.

Ihnen, sehr geehrte Frau Oberrichterin BRÄM, möchte ich's versichern, dass das Richterbild des europäischen Richters in Strassburg wohl nicht sehr viel anders ist als dasjenige, das in der Schweiz vorherrscht. Gewisse Schwierigkeiten oder Dialogbedürftigkeiten entstehen viel eher aus der Natur der Grundrechtskonkretisierung heraus. Es ist ja nicht nur so, dass einzig und allein Europa Rechtsunsicherheiten mit sich gebracht hätte. Wenn man das Lehrbuch FLEINER/GIACOMETTI mit der heutigen Realität der Grundrechtsprechung vergleicht, so wird ersichtlich, dass auch die Schweizer Rechtsordnung nicht den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit

vor alle anderen Gesichtspunkte gestellt hätte. Es ist wohl mehr aus der Natur der Realisierung der Menschenrechte heraus zu erklären, dass die Gerichte mit der stetigen Anpassung an die geänderten sozialen Verhältnisse betraut sind. Das Strassburger System ist auf das stetige Mitmachen der nationalen Ordnungen und darin besonders der nationalen Gerichte angewiesen, bei aller Anerkennung der spezifischen Rolle, welche darüber hinaus dem Gesetzgeber und der Exekutive zufällt.

Lassen Sie mich noch eine kurze Bemerkung zur sogenannten Schubert-Rechtsprechung machen. Ich bin nicht ganz davon überzeugt, dass ein Rütteln am Falle Schubert einer Praxisänderung gleichkäme, die eine Befassung des Plenums erfordern müsste. Es gibt sehr viel mehr Entscheide des Bundesgerichts, welche vorbehaltlos vom Vorrang des Völkerrechts ausgehen, als es Schubert-Entscheide gibt. Der Fall Schubert beruft sich auf den Entscheid Frigerio, der seinerseits in erster Linie Ausdruck des Vorrangs des Völkerrechts ist. Im Schubert-Urteil ist gesagt, dass das Bundesgericht die spätere landesrechtliche Norm vorgehen lassen müsse, wenn es absolut klar sei, dass der Gesetzgeber den Vorrang des Landesrechtes beabsichtigt habe. Wer aber die historischen Hintergründe des Schubert-Urteils untersucht, muss feststellen, dass es eben nicht die Absicht des Gesetzgebers war, in diesem Falle Völkerrecht zu verletzen. Für meinen Begriff sollte man daher die Schubert-Rechtsprechung ähnlich deuten, wie das neueste Maastricht-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts, nämlich als Warnung, dass die europäische Entwicklung im demokratischen Rechtsstaat verankert bleiben müsse und dass es gefährlich sei, Entwicklungen anzubahnen, welche darauf keine Rücksicht mehr nehmen würden. Dazu lässt sich freilich sagen, dass das Maastricht-Urteil auf den Solange 1-Beschluss des Bundesverfassungsgericht zurückgreifen kann, dass aber der Solange 1-Beschluss durch Solange 2 abgelöst worden ist. Demzufolge scheint es durchaus denkbar, dass auf das Maastricht 1-Urteil ein Maastricht 2-Urteil folgen wird, und es könnte vielleicht sogar nach Schubert 1 einen Fall Schubert 2 geben. Auch hier sehen wir letzten Endes wieder die dialektische Natur der Rechtsfortbildung im Bereich der europäischen Rechtsharmonisierung und des Menschenrechtsschutzes.

Schriftlich eingereichte Voten:

Dr. ARNOLD MARTI, Schaffhausen

Als einer der direkt Angesprochenen und Betroffenen, nämlich als Mitglied eines kantonalen Ober- und Verwaltungsgerichtes, möchte ich es nicht versäumen, einerseits dem Schweizerischen Juristenverein zur Wahl des Tagungsthemas und andererseits den heutigen Referenten für ihre vorzüglichen Berichte zur Lage der Schweizer Justiz in einem veränderten europäischen Umfeld herzlich zu danken. Gerade für die meist unter einer

sehr grossen Geschäftslast leidenden Richter ist es ja kaum möglich, sich selbst einen Überblick über die zum Teil neuartige und sich sehr dynamisch entwickelnde Materie des Europarechts zu verschaffen. Aber die Wahl des Tagungsthemas verdient auch deshalb lobende Erwähnung, weil es ohne Zweifel einen gewissen Mut brauchte, das politisch noch in einem stark gärenden und polarisierenden Stadium befindliche Thema des Verhältnisses unserer schweizerischen Institutionen zum europäischen Recht zum Tagungsthema zu machen. M.E. ist ein solches Engagement der Schweizer Juristinnen und Juristen für die Sache des europäischen Rechts aber dringend nötig, da vielerorts noch wenig Verständnis und Vertrauen gegenüber dem vermeintlich "fremden" Recht und den zu Unrecht als "fremde" Richter empfundenen Rechtsschutzinstanzen besteht (nach dem Motto: "was kümmert uns der Europäische Gerichtshof und die Europäische Kommission für Menschenrechte..."). Eine Kluft zwischen Volk und Recht, wie sie ähnlich bei der Rezeption des römischen Rechts zu Beginn der Neuzeit festzustellen war, muss aber unbedingt vermieden werden. Sie hätte für Recht und Politik in unserem demokratischen Staat verhängnisvolle Auswirkungen. Einen Vorgeschnack davon haben wir ja im Zusammenhang mit der EWR-Abstimmung vom 6. Dezember 1992 erhalten!

Gestatten Sie, dass ich noch in einem Punkt nachdopple, den bereits die Vertreter der eidgenössischen Gerichte aufgenommen haben und der mir als Richter, aber auch als mit diesem Thema wissenschaftlich befasster Jurist, bei aller Europarechtsfreundlichkeit doch etwelche Sorgen bereitet. Insbesondere Prof. SCHWEIZER hat in seinem Bericht sehr deutlich darauf aufmerksam gemacht, dass im (heute sehr weiten) Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine Pflicht zur Durchführung öffentlicher mündlicher Verhandlungen zumindest vor einer Gerichtsinstanz besteht, welche Pflicht nicht einfach zur Disposition der Parteien gestellt werden könne (Prof. JACOT-GUILLARMOD scheint in dieser Frage allerdings, wenn ich ihn recht verstanden habe, etwas weniger kategorisch zu sein). Wenn die Auffassung von Prof. SCHWEIZER zutrifft, werden die in der Schweiz auf verschiedenen Ebenen nicht zuletzt im Hinblick auf die Europatauglichkeit des schweizerischen Rechts im Gang befindlichen Bemühungen zur Verfahrensbeschleunigung insbesondere im Bereich der projektbezogenen Bewilligungsverfahren stark erschwert oder gar verunmöglicht, weil die Verwaltungsgerichte entweder personell stark ausgebaut oder aber noch längere Verfahrensdauern in Kauf genommen werden müssen. Ich bin mir bewusst, dass wir in der Schweiz das Prinzip der Schriftlichkeit insbesondere in der Verwaltungsrechtspflege verglichen mit dem Ausland sehr weit getrieben haben. Soweit es nicht auf den persönlichen Eindruck der Richter ankommt (wie z.B. bei Einvernahme von Parteien und Zeugen und bei der Durchführung von Augenscheinen) oder die Parteien auf eine mündliche Verhandlung besonderen Wert legen, erlaubt jedoch das schriftliche Verfahren eine sehr rationelle und gleichzeitig sehr sorgfältige Instruktion und Entscheidfindung. Dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit kann durch eine gute Publikationspraxis,

allenfalls durch eine öffentliche Urteilsverkündung und insbesondere durch ein Einsichtsrecht in ergangene Entscheide genügend Rechnung getragen werden. M.E. sollte es daher den Parteien, zu deren Schutz die Öffentlichkeitsgarantie ja primär besteht, auch im Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK grundsätzlich überlassen bleiben, ob sie die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung beanspruchen wollen. Der mehrfach erwähnte Entscheid Schuler-Zgraggen vom 24. Juni 1993 scheint mir ein solches Vorgehen nicht auszuschliessen und es liesse sich so ein europarechtlicher Zielkonflikt (Verfahrensbeschleunigung versus EMRK-Verfahrensgarantien) einigermassen befriedigend lösen.

Bundesrichter M. SCHUBARTH, Lausanne

Gestatten Sie mir, in meiner Eigenschaft als Mitglied des zukünftigen Oberlandesgerichtes Schweiz/Suisse/Svizzera/Svizra folgende kurze und vorläufige Überlegungen:

“Europäisches Recht”, das bedeutet eine Tendenz zur Rechtsvereinheitlichung. Diese steht in einem Spannungsverhältnis zu dem, was in der Vielfalt der europäischen Völker gewachsen ist. Die Dänen haben etwa eine andere Grundeinstellung zum Umweltschutz als etwa die Franzosen. Die Urner haben eine andere Einstellung zur Erhaltung ihres Lebensraumes als die Verkehrstechnokraten in Brüssel. Die Griechen haben eine andere Tradition in bezug auf den Schutz ihrer grösstenteils griechisch-orthodoxen Bevölkerung vor religiöser Zudringlichkeit durch Zeugen Jehovas als die nicht-orthodoxe Mehrheit des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (vgl. Urteil vom 25. Mai 1993 i.S. Kokkinakis/Grèce). Die Europäische Menschenrechtskommission geht offenbar davon aus, die Schweiz hätte ihr Sexualstrafrecht (konkret: Art. 204 StGB a.F.) schneller ändern müssen, als sie es getan hat (Entscheid 17160-90 vom 14.1.1993). Je mehr Länder dem Europarat oder der Europäischen Gemeinschaft beitreten werden, desto grösser die Gefahr, dass sich die Spannung zwischen europäischen Vereinheitlichungstendenzen und dem historisch Gewachsenen verstärken wird. Die zukünftige Entwicklung Europas wird im entscheidenden Masse davon abhängen, ob die europäischen Rechtsgestalter und die europäischen Rechtsanwender sich dieser Problematik hinreichend bewusst sind. Sie sollten deshalb eine national gewachsene Regelung auch dann akzeptieren, wenn sie als europäischer Gesetzgeber eine andere Regelung vorziehen würden. Dänische Vorschriften in bezug auf den Umweltschutz sollten deshalb nicht in Frage gestellt werden können mit dem Argument, solche Vorschriften würden den ausländischen Produzenten die Teilnahme am dänischen Markt erschweren oder gar verunmöglichen. Wer meint, es liege im wirtschaftlichen Interesse sowohl des süddeutschen Kartoffelbauers wie auch der lombardischen Kartoffelwäscherinnen (das Beispiel stammt aus einem satirischen TV-Beitrag des Kabarettisten Franz Hohler), dass die süddeut-

sche Kartoffel in 40-Tonnen-Lastwagen in die Lombardei transportiert werden kann (der dann leer wieder zurückfährt und möglicherweise einige Tage später noch einmal leer herunterfährt, um die inzwischen gewaschene und getrocknete süddeutsche Kartoffel zum Zwecke der Verspeisung und Verdauung in süddeutschen Mägen wieder zurückzuführen), der sollte auch alle, vor allem ökologischen Nachteile einer derartigen Wirtschaftspolitik in Rechnung stellen und sich insbesondere mit der Frage auseinandersetzen, ob eine solche Politik – bis zum Exzess durchgezogen – nicht eine zweite Schlacht am Morgarten provozieren wird. Und geht es wirklich an, dass eine Mehrheit von nicht-orthodoxen Richtern darüber befindet, wie der religiöse Friede in einem Staate, der von der griechisch-orthodoxen Tradition geprägt ist, zu gewährleisten ist?

Der Rechtsphilosoph MAX ERNST MAYER hat vor 90 Jahren gesagt: "Die Rechtfertigung des Rechts und in Sonderheit die Verbindlichkeit der Gesetze beruht darauf, dass die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt." (Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903, S. 16.). Mögen sich diejenigen, die zur Gestaltung des europäischen Rechtes berufen sind, dieses Zusammenhangs stets bewusst sein.

Dr. HANSJÖRG SEILER, Münsingen, zum Referat von Prof. O. JACOT-GUILLARMOD

Als der ominöse "Gewisse", welcher mit Vorliebe anachronistische juristische Helvetismen zelebriert und an welchen der Referent seine erste und (fast) letzte Fussnote adressiert (Referat S. 247 Anm. 1, S. 542 Anm. 210), erlaube ich mir einige Bemerkungen zum Referat von Prof. JACOT-GUILARMOD:

Das ganze Referat ist geprägt von einer durchgehenden Begeisterung für die europäische Integration. Das verführt den Referenten dazu, gewisse juristisch gebotene Differenzierungen zu unterlassen. So fasst er unter dem Begriff "Europarecht" weitgehend unterschiedslos EG-, Europarats- und EWR-Recht sowie alle bi- und multilateralen Verträge mit europäischen Partnern zusammen (S. 258 f., 448).

Zunächst gibt es keinen juristisch haltbaren Grund dafür, Verträge mit europäischen Staaten anders zu qualifizieren als Verträge mit aussereuropäischen Staaten. Sodann ist es auch nicht angebracht, EG-Recht einerseits, EWR-Recht und FHA andererseits hinsichtlich ihrer Ziele und Wirkungen in den gleichen Topf zu werfen. Der EuGH hat bekanntlich klar festgehalten, dass der EWR nicht die gleichen Ziele verfolgt wie die EG (sonst hätte es ja auch nie einen vernünftigen Grund dafür gegeben, einen EWR anzustreben, anstatt direkt der EG beizutreten!), dass der EWR rein völkerrechtlich ist und keine supranationalen Elemente enthält und dass insbesondere die EG-rechtlichen Grundsätze der unmittelbaren Wirkung und des Vorrangs im EWR nicht kraft "Europarecht", sondern

nur kraft jeweiliger (nationaler) Rechtsordnung gelten (EuGH Gutachten 1/1991, 14.12.91, Slg. 1991 I-6101 ff., besonders Rdnr. 15, 20, 28 f.). Ich bin einverstanden, dass im Falle eines EG-Beitritts der Schweiz die EG-rechtlichen Regeln über unmittelbare Wirkung und Vorrang unmittelbar auch in der Schweiz gelten würden (so schon SEILER, EG, EWR und schweizerisches Staatsrecht, Bern 1990, S. 77 f.; SEILER, SJZ 1992 383), dies aber eben nur, weil das EG-Recht eine besondere, vom allgemeinen Völkerrecht verschiedene Qualität hat. Bezuglich des übrigen "Europarechts" (und das EWR-Recht, wenn es für die Schweiz verbindlich wäre) gelten aber diese spezifisch EG-rechtlichen Regeln nicht, sondern bleibt – wie im allgemeinen Völkerrecht (dazu KÄLIN, ZBJV 124^{bis}, 53 f.) – das innerstaatliche Verfassungsrecht massgebend für die innerstaatliche Regelung des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht.

Die Frage der *unmittelbaren* Wirkung ist einerseits (gerade im EG-Recht; Art. 189.2/3 EWGV und Praxis dazu) eine positivrechtliche; andererseits ist es eine rechtstheoretische Frage, ob eine an sich höherrangige Norm aufgrund ihrer Normstruktur und ihres Normgehalts geeignet sein kann, einer tieferrangigen zu derogieren. Diese Frage hat nichts zu tun mit Monismus oder Dualismus; sie stellt sich nicht nur im Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht, sondern auch landesintern z.B. im Verhältnis zwischen eher programmatisch oder als Gesetzgebungsaufträge formulierten Verfassungsbestimmungen und subkonstitutionellem Recht; sie kann nicht nur unter dem Aspekt der Normhierarchie betrachtet werden, sondern muss auch den Aspekt der Rechtssicherheit berücksichtigen. Gewiss kann man bezüglich der unmittelbaren Wirkung einiger Bestimmungen des FHA-EWG anderer Ansicht sein als das Bundesgericht, aber im allgemeinen kann es (entgegen dem Referat, S. 450, 543) keine Vermutung für (und auch keine gegen) die unmittelbare Wirkung geben.

Bezuglich des *Anwendungsvorrangs* bleibt ausserhalb des EG-Rechts Artikel 113 BV massgebend. Ich habe meine Auffassung zu dieser Bestimmung und zu der vom Referenten kritisierten Schubert-Praxis dargelegt (SJZ 1992, 377-387) und brauche hier nicht näher darauf einzugehen, da das Referat dazu kaum neue Gesichtspunkte anführt. Klar zurückweisen muss ich aber die Behauptung des Referenten, meine Auffassung stehe im Widerspruch zur historischen Entstehung (S. 377 Anm. 264): Die heute in Art. 113 BV geregelte Staatsrechtsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts ersetzte bekanntlich die in der BV von 1848 enthaltene Kompetenz der Bundesversammlung, über staatsrechtliche Streitigkeiten zu befinden (Art. 74 Ziff. 8, 15 und 16 der BV von 1848). Die Übertragung dieser Zuständigkeit auf das Bundesgericht war Gegenstand heftiger Kontroversen zwischen den vom amerikanischen Gewaltenteilungsdenken beeinflussten Staatsrechtlern, welche die Gerichtsbarkeit als eigene "Gewalt" neben das Parlament stellen wollten, und den am französischen und Regenerations-Staatsrecht Orientierten, welche die Staatsrechtsgerichtsbarkeit weiterhin der Bundesversammlung vorbehalten wollten (vgl. Bul-

letin Verhandlungen der eidg. Räte 1872 NR 298 ff., StR 477 ff., Verhandlungen NR-Kommission 1873, 56 f.). Absatz 3 von Artikel 113 BV war ein Kompromissvorschlag, um diese Seite dazu zu bewegen, der Übertragung der Staatsrechtsgerichtsbarkeit auf das Bundesgericht zuzustimmen. Zwar wurde dabei der Fall eines späteren vertragswidrigen Bundesgesetzes nicht ausdrücklich erwähnt, aber die Zielsetzung ist klar: Es soll vermieden werden, dass das Bundesgericht sich über Entscheide der Bundesversammlung hinwegsetzen kann – was genau der Schubert-Praxis und meiner Interpretation entspricht.

Der Referent geht von einem fundamentalen Unterschied aus zwischen dem Verhältnis Verfassung-Gesetz einerseits, Vertrag-Gesetz andererseits (S. 302, 368). Verfassungsrechtlich sind aber eben diese beiden Verhältnisse durch Art. 113 BV genau gleich geregelt. Verfassungspolitisch sprechen gute Gründe für die Auffassung des Referenten – ebenso gute aber auch dagegen, insbesondere Gründe des demokratisch motivierten Legalitätsprinzips. Der Referent tut diese Überlegungen knapp ab, als angeblich verfehlte nationalstaatliche Konzeption der Legalität (S. 301 f., 395).

Ich habe den Eindruck gewonnen, dass im ganzen Referat das Völkerrecht, insbesondere das Europarecht, als etwas fast metaphysisch Überhöhtes betrachtet wird; abstrahiert von seinem Entstehungsgrund, seine höhere Legitimität allein schon daraus ziehend, dass es der Integration dient. Das trägt dem Umstand zuwenig Rechnung, dass Integration und Binnenmarkt vernünftigerweise nicht Selbstzweck sein können und dass jedes Recht – nicht nur das nationale, sondern auch das Völkerrecht und insbesondere das EG-Recht – Menschenwerk ist und der Durchsetzung ganz bestimmter Interessen und Machtansprüche dient. Ohne ideologiekritische und demokratietheoretische Reflexion über die Legitimität dieser Interessen und der damit verbundenen Partizipationsansprüche kann das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht nicht befriedigend gelöst werden – und zwar zunehmend weniger, je bedeutsamer das Völkerrecht wird. In dem umfangreichen Referat vermisste ich diese Reflexion.

V.

Hommage offert à la Société suisse des juristes à l'occasion de son assemblée générale par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

Professeur PIERRE TERCIER, *Fribourg*

Le Congrès auquel vous participez a été préparé, organisé, géré par les juristes fribourgeois. La Faculté de Droit de l'université de Fribourg ne pouvait rester inactive. Elle vous offre un volume de Mélanges consacré à des aspects du droit européen.

Ce volume est la preuve d'une double conviction. La première, c'est que le droit européen fait partie des matières essentielles auxquelles il est indispensable que nous formions la génération de juristes qui viendra. Les facultés de droit seront européennes, ou elles ne le seront pas, et cela vaut pour la Suisse aussi. La deuxième conviction, c'est le fait que le droit européen ne doit pas rester une matière réservée, opposition oligopolistique de quelques spécialistes.

S'il est vrai qu'il y a des problèmes propres touchant notamment les institutions, le droit européen doit être pris en charge par chaque professeur dans sa matière. C'est le choix que nous avons fait dans l'organisation de notre faculté. La preuve tangible de ce choix, c'est le fait que presque tous les professeurs qui enseignent actuellement le droit positif à la faculté de droit de Fribourg, auxquels se sont joints les professeurs titulaires et quelques chargés de cours, ont préparé une contribution de ces *Mélanges*.

Ils vous sont offerts Monsieur le Président, à la Société Suisse des Juristes d'abord, et également à M. le Conseiller fédéral Koller, nous ne pouvions pas ne pas associer à cet hommage le Chef du département de justice et police dont les convictions européennes nous réjouissent tous, et surtout nous donnent le plus grand espoir que nous pourrons vraiment intégrer pleinement le droit européen conformément à notre mission, conformément à notre position.

VI.

Vortrag von Bundesrat Arnold Koller, Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements

Die Schweiz vor der Herausforderung des europäischen Rechts

I. Die Schweiz und die "Europäisierung" des Rechts

“Auch Rom wurde nicht in einem Tag erbaut!” pflegen wir uns Mut zuzusprechen, wenn die Verwirklichung eines Projektes nicht so rasch voranschreitet, wie wir es uns erhoffen. Das geflügelte Wort erinnert daran, dass grosse Vorhaben einer Zeit des Werdens und der Reifung bedürfen. Und es deutet an, dass das gute Gelingen abhängt vom tatkräftigen Zusammenwirkungen vieler Personen und um beim historischen Bild zu bleiben: Auch das Römische Recht nahm nur langsam und allmählich Gestalt an, bevor JUSTINIAN es – in einem noch heute beeindruckenden gesetzgeberischen Akt – zu einer umfassenden Kodifikation vereinigen liess, die das europäische Rechtsleben dann über Jahrhunderte hinweg nachhaltig prägte.

Einen vergleichbar einheitlichen "Rechtsraum" haben wir im heutigen Europa noch nicht. Doch wer die Rechtsentwicklung in Europa seit dem Zweiten Weltkrieg überblickt, der wird unschwer feststellen, dass erstmals seit den "hohen Zeiten" des Römischen Rechts wieder der Gedanke eines gemeinsamen Rechts für die in Europa lebenden Menschen erfolgreich Fuss gefasst hat. Die im Rahmen des Europarates ausgearbeitete Europäische Menschenrechtskonvention gewährleistet einen einheitlichen europäischen Mindeststandard im Bereich der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Ein eigens eingerichtetes justizförmiges Kontrollsyste – unterstützt durch die nationale Gerichtsbarkeit – stellt die einheitliche Geltung und Beachtung dieser europäischen Grundsrechtscharta sicher. Im Rahmen der europäischen Gemeinschaften wurde ein Binnenmarkt geschaffen, der zur Zeit 12 Staaten und weit über 300 Millionen Menschen zusammenfasst, Anbieter wie Konsumenten, Arbeitgeber wie Arbeitnehmer. Der gemeinsame Markt wird getragen vom Gemeinschaftsrecht, das eine eigenständige supranationale Rechtsordnung bildet und den uneingeschränkten Vorrang vor dem nationalen Recht beansprucht. Mit dem in einer Woche zu erwartenden Inkrafttreten des Maastrichter Vertragswerkes werden sich die EG weiterentwickeln zur Europäischen Union. Aufgrund des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum werden demnächst sechs der sieben Mitgliedstaaten der EFTA am Binnenmarkt der EG teilhaben, der auch ein gemeinsamer "Rechtsraum" ist. Im Rahmen des Europarates sind sodann zahlreiche Übereinkommen entstanden, welche eine weitere europaweite Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Rechts anstreben. Die KSZE bietet ein gesamteuropäisches Forum in Fragen der Sicherheitspolitik. Und auch viele bilaterale Abkommen atmen "europäischen" Geist. In Europa sind heute die nationalstaatlichen Grenzen in vielen Bereichen nicht mehr zugleich "Rechtsgrenzen". Diese "Europäisierung" des Rechts – wie ich den epochalen Vorgang nennen will – hat in der Vergangenheit wertvolle Dienste nicht nur für die europaweite Festigung der Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit geleistet, sondern auch für den Schutz der Menschenrechte, die Friedenssicherung, den Minderheitenschutz und die Wohlstandsförderung in Europa. Der Prozess der "Europäisierung" des Rechts ist – wenn nicht alles täuscht – bei weitem noch nicht abgeschlossen. Zwar besteht noch kein Konsens über das anzustrebende Mass an Rechtseinheit und Homogenität und über den einzuschlagenden Weg. Feststehen dürfte indessen, dass der "Europäische Rechtsraum" noch eine lange Zeit weiteren Auf- und Ausbaus erleben wird. Nicht zuletzt wegen dieses prozesshaften Charakters bedeutet die "Europäisierung" des Rechts aus nationaler Perspektive für uns alle eine ganz grosse Herausforderung und zudem eine eigentliche Daueraufgabe.

Die Schweiz beteiligt sich aktiv am Aufbau des europäischen Rechts, vorab im Rahmen des Europarates, aber auch darüber hinaus. Im wirtschaftlichen Bereich ist zwar am 6. Dezember des vergangenen Jahres ein grösserer integrationspolitischer Schritt im ersten Anlauf gescheitert.

Doch dieser bedauerliche Rückschlag darf keineswegs als Absage der Schweiz an Europa und das europäische Recht insgesamt gedeutet werden. Abgelehnt wurde der EWR – nicht mehr und nicht weniger. Dieses Nein von Volk und Ständen kann weder einen politischen Stillstand noch viel weniger einen “Rechts-Stillstand” bedeuten. Denn die europäische Integration schreitet weiter voran! Ob wir es wahrhaben wollen oder nicht: Aus faktischen Gründen wird unser mitten in Europa gelegenes Land zwangsläufig von diesem Prozess der Europäisierung des Rechts erfasst. Damit nimmt auch unweigerlich die Bedeutung des europäischen Rechts für die Schweiz zu. Es ist daher nur konsequent, dass der Bundesgesetzgeber – im Rahmen des sogenannten *Swisslex*-Paketes – die Harmonisierung unserer Wirtschaftsgesetzgebung mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaften weiter vorantreibt, um die Nachteile einer Nichtteilnahme unseres Landes am Europäischen Wirtschaftsraum möglichst gering zu halten. Denn die Angleichung unseres Rechts an jenes von EG und EWR macht auch ohne Mitgliedschaft durchaus Sinn. Sie nützt unserer exportabhängigen Wirtschaft und entspricht der Wertverwandtschaft schweizerischen und europäischen Rechts. Ich bin daher als Justizminister sehr froh, dass noch kein Jahr nach Ablehnung des EWR-Vertrages die parlamentarischen Beratungen für 24 der insgesamt 27 *Swisslex*-Vorlagen erfolgreich abgeschlossen sind, und wenn nicht alles täuscht, werden wir die Möglichkeit haben, die meisten von ihnen auf den 1. Januar 1994 in Kraft zu setzen. Die Schweiz macht damit einen gewaltigen Sprung in Richtung einer besseren Europaverträglichkeit unseres Rechts.

Eher im stillen verläuft die nicht minder wichtige Anpassung des kantonalen und des Bundesrechts an die weiterentwickelten Anforderungen der EMRK. Auch bei all diesen Entwicklungen und Anpassungen bestätigt sich immer wieder, dass unser schweizerisches Recht und das europäische Recht von denselben Werten und Gerechtigkeitsprinzipien getragen werden. Die “Europäne” unseres Rechts ist zwar von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet verschieden und darf auf einigen Gebieten, die besonders an den Nationalstaat gebunden sind, auch ruhig so bleiben. Gerade in für unsere Rechtsordnung so zentralen Bereichen wie den Grundrechten und dem Recht einer sozialen Marktwirtschaft sind die Übereinstimmungen glücklicherweise aber schon heute gross. Die Harmonisierung des schweizerischen mit dem europäischen Recht folgt somit im Rahmen – und ich kann das nicht genug betonen – eines einheitlichen Wertesystems und ist daher in keiner Weise systemverändernd.

II. Die Rolle des Richters bei der Verwirklichung des europäischen Rechts

Von der “Europäisierung” unserer Rechtsordnung wird nicht nur die Ebene der Gesetzgebung erfasst, sondern selbstverständlich auch die Tätigkeit des schweizerischen Richters. Dies geschieht heute schon und

wird künftig noch in vermehrtem Masse nötig sein. Die beiden Referenten des heutigen Tages, die Herren Prof. JACOT-GUILLARMOD und SCHWEIZER, haben dies mit grossem Engagement und mit unterschiedlicher Akzentsetzung eindrücklich dargetan, wofür beiden, auch im Namen des Bundesrates, herzlich zu danken sei. Dank gebührt auch den beiden Berichterstattern des gestrigen Tages, den Herren Prof. AUBERT und Privatdozent Dr. STÖCKLI, die mit ihren wertvollen Beiträgen zur europäischen Dimension des Arbeitsrechts ebenfalls wichtige Anregungen und Impulse für die wissenschaftliche Diskussion und die künftige Rechtsprechung und Gesetzgebung gegeben haben. Ich möchte in diesen Dank auch gerne und ausdrücklich die Fakultät meiner, oder einer meiner alma mater hier einschliessen und für die soeben überreichte Festgabe herzlich danken.

Das Europarecht nimmt nicht nur die beteiligten Staaten in die Pflicht, es spricht darüber hinaus oftmals die Individuen direkt an, gewährt ihnen einklagbare Rechte. Die Referenten haben zu Recht hierauf viel Gewicht gelegt. Dadurch erlangen die einzelne Bürgerin, der einzelne Bürger die Stellung eines Subjekts der europäischen Rechtsordnung. Der nationale Richter ist mit der Aufgabe betraut, diese Position des Individuums zu schützen. Im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention ist dies für uns bereits zur alltäglichen Realität geworden. Im Gemeinschaftsrecht der EG wird das nationale Rechtsschutzsystem wohl noch umfassender in den Dienst der Verwirklichung des europäischen Rechts gestellt. Diese "Indienstnahme" des Justizsystems trägt massgeblich bei zur richtigen und einheitlichen Anwendung des europäischen Rechts in den beteiligten Rechtsordnungen und leistet damit einen unschätzbarbeitlichen Beitrag zum Gelingen der europäischen Integration insgesamt. Ohne die aktive und innovative Mitarbeit der Gerichte wäre der Europäische Integrationsprozess zweifellos lange nicht soweit fortgeschritten, wie er es heute in Europa ist.

Unsere schweizerischen Richterinnen und Richter sind zwar heute nicht in gleicher Weise in die Rechte und Pflichten ihrer "europäischen" Kolleginnen und Kollegen in den Mitgliedstaaten der EG eingebunden. Doch auch ihre Aufgabe hat sich im Laufe der letzten Jahre verändert – teils unmerklich, teils sprunghaft, wie etwa mit dem Beitritt der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention im Jahre 1974. Neben die angestammte richterliche Aufgabe, Streit zu schlichten und Frieden zu stiften, tritt auch für den schweizerischen Richter immer mehr und immer intensiver eine weitere Funktion: die Einordnung des europäischen ins schweizerische Recht; die Handhabung des nationalen Rechts im Lichte der europarechtlichen Anforderungen, die Durchsetzung des unmittelbar anwendbaren europäischen Rechts, die Auflösung von Normwidderprüchen oder auch die europarechtsfreundliche Auslegung von schweizerischen "Parallelerlassen" (*Swisslex*). Die "Pflege des Rechts", welche wir den Gerichten anvertraut haben, umfasst heute nicht nur die Pflege des schweizerischen, sondern eben auch des uns verpflichtenden europäi-

schen Rechts. Dieser Brückenschlag ist eine sehr anspruchsvolle Aufgabe, dessen bin ich mir voll bewusst, und sie haben dessen ja auch Ausdruck gegeben. Den schweizerischen Richter trifft sie immerhin – dank unserer föderalistischen Staatsstruktur – nicht ganz unvorbereitet. Denn unsere Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte sind es gewohnt, im Rahmen der Rechtsanwendung das kantonale Recht in Einklang mit dem übergeordneten Bundesrecht zu bringen und durch Ausräumen von Widersprüchen die verschiedenen Rechtsebenen miteinander “zu versöhnen”.

Eine Grundvoraussetzung dafür, dass der schweizerische Richter diese Brückenschlagfunktion zugunsten des europäischen Rechts überhaupt wirksam auszuüben vermag, ist die Anerkennung des grundsätzlichen Vorrangs des internationalen Rechts vor dem nationalen Recht sowie die Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit der dafür geeigneten völkerrechtlichen Regeln. In der Schweiz ist die verfassungsrechtliche Ausgangslage in dieser Hinsicht ja glücklicherweise sehr vorteilhaft. Der Vorrang des internationalen vor dem nationalen Recht wird in Praxis und Rechtslehre immer mehr anerkannt. Die monistische Tradition, in der unsere Rechtsordnung steht, bietet überdies eine solide Grundlage für die unmittelbare Anwendbarkeit von dafür geeigneten Bestimmungen des Völkerrechts. Insoweit verfügt die schweizerische Rechtsordnung über viel viel günstigere structures d'accueil (WAELBROECK) als andere EG- oder EWR-Staaten.

Immerhin: Die rechtswissenschaftliche Diskussion um die Auslegung und Handhabung von Art. 113 Abs. 3 BV, welcher der Dritten Gewalt aus vorab demokratischen Gründen einen bestimmten Platz im Gefüge der Staatsgewalten zuweist, scheint nicht abgeschlossen zu sein. Der Grundtenor der neueren Debatte ist aber erfreulicherweise völkerrechtsfreundlich. Die Bedeutung von Art. 113 Abs. 3 im internationalen Verhältnis wird zunehmend relativiert. Ähnliche Tendenzen zeigen sich in der jüngeren Rechtsprechungsentwicklung. Zwar wurden verschiedentlich Urteile gefällt, in welchen nationales Gesetzesrecht, trotz Völkerrechtswidrigkeit Anwendung fand, – bedauerliche Sündenfälle für die einen, stolzer Ausdruck der schweizerischen Souveränität für die anderen. Doch unsere höchsten Richter setzen deutliche völkerrechtsfreundliche Signale: So hat gerade das Eidgenössische Versicherungsgericht in einem jüngsten Urteil (vom 25. August 1993) seine vielfach kritisierte “Courtet”-Praxis (BGE 111 V 201) aufgegeben und einer staatsvertraglichen Bestimmung die bisher vorenthalte unmittelbare Anwendbarkeit zuerkannt – dies ungeachtet einer entgegenstehenden bundesgesetzlichen Vorschrift, nämlich Art. 7 IVG. Und erlauben sie mir hier doch noch eine Klammer zu öffnen:

Wenn mein werter Mitarbeiter Herr Professor JACOT-GUILLARMOD soeben ausgeführt hat, er wisse, dass sich sein Chef gegen die unmittelbare Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens ausgesprochen habe, so hat dies mir aufgezeigt, wie stark wir eben doch emotionell in dieser Diskussion engagiert sind und wie wichtig dabei der nüchterne wissenschaftliche

Diskurs wird. Ich bin heute noch der Meinung, dass sich Art. 23 des Freihandelsabkommens nicht für eine unmittelbare Anwendung eignet, aber möchte nie die These unterschrieben haben, dass das ganze Abkommen dafür nicht geeignet sei. Ich bin im Gegensatz im Rückgriff auf meine wissenschaftlichen Arbeiten noch heute der Meinung, dass es andere Artikel im Freihandelsabkommen gibt, die sich bedeutend besser für eine unmittelbare Anwendbarkeit als der genannte Art. 23 eignen.

III. Grenzen der richterlichen Integrationsfunktion im demokratischen und föderalistischen Gemeinwesen

Doch ich will hier nicht weiter – obwohl es natürlich verlockend wäre – auf solche Detailfragen eingehen.

Vielmehr möchte ich ihre Aufmerksamkeit auf einen anderen Gesichtspunkt lenken, der für die Bestimmung der Rolle des schweizerischen Richters bei der Verwirklichung des europäischen Rechts (ja des internationalen Rechts überhaupt) von zentraler Bedeutung ist. Die Integrationskraft der Dritten Gewalt stösst zweifellos an gewisse Grenzen. Es sind vor allem die Grenzen des demokratischen, gewaltenteilenden Rechtsstaates. Die Harmonisierung des schweizerischen mit dem europäischen Recht ist zwar eine gemeinsame Aufgabe von Gesetzgeber und Richter, aber der Vorrang muss aus grundsätzlichen Überlegungen beim Gesetzgeber bleiben. Lassen sich mich dies anhand eines Vergleichs und anhand dreier Problemfelder kurz veranschaulichen.

Zunächst zum Vergleich. Die schweizerischen Gerichte, besonders das Bundesgericht, haben sich bekanntlich immer wieder mit Normkonflikten zwischen dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht auseinanderzusetzen. Obwohl der Vorrang des Bundesrechts vor dem kantonalen Recht und das Prinzip der unmittelbaren Anwendbarkeit des Bundesrechts absolut unbestritten sind, treten beim Ausglätten der Widersprüche gelegentlich unüberwindliche praktische Schwierigkeiten auf. Denken Sie nur an die steuerrechtliche cause célèbre aus dem Jahre 1984, den Fall Hegetschweiler betreffend die Gleichbehandlung von Ehepaaren und Konkubinatspaaren im Steuerrecht (BGE 110 Ia 7 ff.). Das Bundesgericht signalisierte zwar zu Recht verfassungsrechtliche Bedenken gegen die vom Gesetzgeber getroffene Lösung; es sah sich aber ausserstande, mit seinem Urteilsspruch direkt die kantonale Rechtslage den bundesrechtlichen Anforderungen anzupassen, weil dafür dem kantonalen Gesetzgeber ein bedeutender Spielraum verblieb. Der Brückenschlag zwischen den beiden Rechtsebenen blieb dementsprechend (vorerst) unvollendet. Zahlreiche weitere Beispiele, in denen die Judikative eine bundesstaatliche Integrationsfunktion nur begrenzt wahrnehmen konnte, belegen, dass die Rechtsprechung hier an immanente Grenzen stösst und dass es vor allem der Gesetzgeber ist, der für den Einklang der beiden Rechtsebenen zu sorgen hat. Die Anerkennung des Vorrangprinzips und des Prinzips der

unmittelbaren Anwendbarkeit – dies meine Folgerung aus unseren bundesstaatlichen Erfahrungen – sind zwar notwendige, nicht aber hinreichende Bedingungen für eine Harmonisierung der Rechtsebenen im Wege der Rechtsprechung; eine Erkenntnis, die meines Erachtens mutatis mutandis auch für das Verhältnis von europäischem und schweizerischem Recht bedeutsam ist.

Die immanente Begrenzung der Integrationskraft des schweizerischen Richters geht meines Erachtens hauptsächlich auf drei Wurzeln zurück, eine sachlich-funktionelle, eine demokratische und eine föderalistische. Erlauben Sie mir, diese drei Gesichtspunkte kurz zu beleuchten.

Eine erste Begrenzung ergibt sich aus der Funktionsweise der Dritten Gewalt, aus ihrer typischen Aufgabenstellung und ihrer Organisations- und Arbeitsweise. Gerichte werden nicht aus eigener Initiative tätig, sondern nur auf Klage oder Beschwerde hin. Schon allein deshalb kann die Vermittlerrolle der Judikative zwischen den Rechtsebenen stets nur eine begrenzte sein. Prozess und Prozessrecht sind auf die Beilegung konkreter Streitfälle zwischen bestimmten Beteiligten ausgerichtet; die Parteien bestimmen meistens auch den Streitgegenstand. Naturgemäß steht für den Richter das Anliegen im Vordergrund, eine gerechte Lösung für den Einzelfall zu finden. Die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der fallübergreifenden prospektiv ausgerichteten Vermittlungs- und Integrationsrolle sind daher von Anfang nicht optimal. Hinzu kommt, dass eine Diskrepanz zwischen dem internationalen und dem nationalen Recht sich oft und nicht einfach dadurch beheben lässt, dass eine nationale Vorschrift unangewendet bleibt, erforderlich ist vielfach darüber hinaus eine nationale “Ersatzregelung”, welche den internationalen Rechtsgedanken im nationalen Recht umsetzt. Glücklicherweise weist zwar die schweizerische Rechtstradition dem Richter recht grosszügig die Rolle des “Ersatzgesetzgebers” zu; der weit über unsere Landesgrenzen hinaus berühmte Art. 1 Abs. 2 ZGB bringt dies anschaulich zum Ausdruck. Wenn aber die Spannweite zwischen den europarechtlichen Anforderungen und der aktuellen nationalen Rechtslage zu gross ist, so sind in der Regel die Gestaltungsmöglichkeiten der Judikative überfordert. Ganze Rechtsinstitute “europäisch zu imprägnieren” und umzubilden, strukturelle Probleme im Rechtsschutzsystem zu beseitigen oder gar nationale Spezialgesetzgebungen – wie etwa das schweizerische Kartellrecht – im Sinne des übergeordneten europäischen Rechts “umzukrempeln”, übersteigt die Möglichkeiten und die Legitimation der Dritten Gewalt. Das gerichtliche Verfahren ist nicht dazu berufen, grössere “Regelungsdefizite” auszugleichen. Es fehlt das erforderliche umfangreiche Instrumentarium, oft sicher auch das spezifische Sachwissen, um Handlungsalternativen herauszuschälen und um Handlungsfolgen einigermassen verlässlich abzuschätzen. Allein der Gesetzgeber vermag in derartigen Konstellationen die Anpassungsaufgabe optimal zu erfüllen, allein er vermag mittels generell abstrakter Normierung Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit hinreichend und auf Dauer sicherzustellen.

Ein zweiter, für unser politisches System besonders wichtiger Aspekt gesellt sich hinzu: Dem schweizerischen Richter sind bei der Vermittlung zwischen den Rechtsebenen vor allem demokratische Grenzen gesetzt. Nach unserem Demokratieverständnis ist es Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, die grundlegenden rechtlichen Festlegungen zu treffen, die politischen Bewertungen vorzunehmen und unter mehreren Handlungs- und Regelungsalternativen zu wählen. Das europäische Recht besteht bekanntlich nicht nur aus unmittelbar anwendbarem Recht. Vielmehr schafft das europäische Recht in erheblichem Ausmass lediglich Rahmenregelungen, oder es beschränkt sich gar auf die Festlegung von minimal standards, so dass auf nationaler Ebene Raum bleibt für wichtige, "politische" Entscheidungen. Dies gilt namentlich auch für das "europäische Binnenmarktrecht", wie unsere Erfahrungen im Rahmen von *Eurolex* und *Swisslex* bestätigen. Es ist daher unter demokratischem Gesichtswinkel in erster Linie Aufgabe des nationalen Gesetzgebers, diese Regelungsspielräume auszufüllen. Dies anerkennt auch die Rechtspraxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften. So hat der EuGH im Falle einer gemeinschaftsrechtswidrigen Untätigkeit eines nationalen Gesetzgebers davon abgesehen, die mitgliedstaatlichen Gerichte dazu zu verpflichten, in die Rolle eigentlicher "Ersatzgesetzgeber" zu schlüpfen. Es werden vielmehr andere Wege gesucht, um die Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten sicherzustellen, so neuerdings etwa durch Gewährung eines gemeinschaftsrechtswidrigen Staatshafungsanspruchs. Die aus demokratischer Sicht fundamentale Regel, dass die Rolle der richterlichen Gewalt bei der Realisierung von Gesetzgebungsaufrägen eine begrenzte ist, wird somit auch vom europäischen Recht bestätigt. Umso wichtiger ist, dass nicht nur der Richter, sondern eben auch und in erster Linie der Gesetzgeber seine Regelungsaufgabe in "europäischer Gesinnung" angeht.

Die "Integrationsfunktion" der Dritten Gewalt, speziell des Bundesgerichts, stösst zudem, und das ist mein dritter Gesichtspunkt, aus föderalistischen Gründen an immanente Grenzen. Die Verantwortung für die "Europarechtskonformität" der kantonalen Rechtsordnung liegt nach unserem eingelebten Föderalismusverständnis primär bei den Kantonen. Es ist in erster Linie deren Sache, die Widerspruchsfreiheit zwischen dem internationalen und dem "eigenen", kantonalen Recht herzustellen und die für die Verwirklichung des europäischen Rechts erforderlichen Regelungen und Institutionen zur Verfügung zu stellen. Diese Auffassung ist nicht nur für die Bewahrung der Lebenskraft des schweizerischen Föderalismus wesentlich, sie entspricht auch dem Subsidiaritätsgedanken, der im europäischen Recht jetzt immer mehr Fuss fasst. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist offenkundig bestrebt, diese kantonalen Spielräume zu wahren. Diese sinnvolle föderalistische Zurückhaltung wird nun aber hart auf die Probe gestellt, wenn das kantonale Recht den Anforderungen des übergeordneten Rechts nicht mehr gerecht wird. Stellt das kantonale Recht eine erforderliche Regelung oder Vorschrift nicht zeitgerecht zur

Verfügung, so gerät das Bundesgericht in ein Dilemma: zwischen den Anforderungen des übergeordneten Rechts zum einen, der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung zugunsten einer föderalistischen Staatsordnung zum andern. Das Bundesgericht sieht sich in diesem Dilemma gelegentlich genötigt, föderalistische Erwägungen zurückzustellen. Diesem unerfreulichen Dilemma entgeht man nur durch gesetzgeberische und zwar rechtzeitige gesetzgeberische Massnahmen: Entweder, indem der kantonale Gesetzgeber seinerseits zeitgerecht europarechtskonforme Normen bereitstellt. (Hier stellt der Bund seine Unterstützung gerne zur Verfügung wie etwa bei der Vorbereitung des EWR-Beitritts im Kontaktgremium Bund-Kantone.) Oder aber wenn sich dies aus sachlichen Gründen zwingend aufdrängt, indem eine (einheitliche) Bundesregelung geschaffen wird.

Mein Fazit aus diesem kurzen und keineswegs vollständigen Problemaufriss. So wichtig die Rolle des Richters bei der notwendigen "Europäisierung" unseres Rechts auch ist, aus sachlich-funktionellen, demokratischen und föderalistischen Gründen sind der Rechtsprechung bei dieser Aufgabe eben auch immanente Grenzen gesetzt.

IV. Die gesetzgeberische Dimension "Europäisierung" des Rechts

Was ist vorzukehren, um diesen Schwierigkeiten entgegenzuwirken, um dem Dilemma des Richters vorzubeugen? In erster Linie, ich habe es schon gesagt, ist der Gesetzgeber zum Handeln aufgerufen. Das A und O der rechtlichen Integration ist die Übereinstimmung unseres gesetzten Rechts mit den Anforderungen des europäischen Rechts; nicht nur um unsere internationalen Verpflichtungen getreu zu erfüllen, sondern eben auch – dies ist mit Nachdruck zu betonen – um unseren Gerichten letztlich unlösbare Aufgaben zu ersparen. Den Einklang herzustellen, dürfte heute dank der "grossen Europänähe" unseres Rechts in vielen zentralen Rechtsgebieten eigentlich keine grossen Schwierigkeiten bereiten. Die Annäherung des schweizerischen Rechts an das europäische bedeutet heute keinen legislativen "Quantensprung". Einklang und Widerspruchsfreiheit einmal herzustellen ist das eine, diese Übereinstimmung permanent aufrecht zu erhalten ist das andere, ungleich schwierigere Unterfangen. Denn das europäische Recht, vor allem auch dasjenige der EG, ist in ständiger Entwicklung, wie am offensichtlichsten der seit dem Sommer 1991 weiterentwickelte *acquis communautaire* zeigt, der bereits wieder bedeutend mehr als 300 Rechtsakte (wenn viele darunter auch vorwiegend technischer Natur) umfasst. Die Rechtsprechung in Strass- und Luxemburg festigt sich erst allmählich. Ständig werden neue europarechtliche Anforderungen an das nationale Recht formuliert, entstehen neue Anpassungsbedürfnisse, nicht selten ausgelöst durch Urteile der europäischen Gerichtshöfe, welche formell gar nicht die Schweiz, sondern einen anderen europäischen Vertragsstaat betreffen. Im fortschreitenden Prozess der

Schaffung eines "Europäischen Rechtsraums" hat sich daher nicht nur die Aufgabe des Richters, wie das ausführlich dargelegt worden ist, sondern meines Erachtens auch die Aufgabe des nationalen Gesetzgebers grundlegend gewandelt. Daraus ergeben sich Konsequenzen für das Rechtsetzungsverfahren. Zum festen Bestandteil des Gesetzgebungsverfahren auf Bundesebene gehört zwar bekanntlich bereits seit dem Jahre 1988 (also schon vor der Aufnahme der EWR-Verhandlungen), dass das Verhältnis einer vorgeschlagenen Rechtsänderung zum europäischen Recht geprüft wird. Künftig wird die aktive Beobachtung und Umsetzung der europäischen Rechtsentwicklung aber noch viel stärker als bisher in den Vordergrund rücken müssen. Das allein genügt aber nicht, wenn der Abstand zwischen dem schweizerischen und dem europäischen Recht nicht rasch wieder gross, politisch vielleicht erneut unüberwindbar werden soll. Zur Zeit lasse ich daher überprüfen, ob und in welcher Art und Weise nicht ein zweites *Swisslex*-Paket das geeignete Gefäß für eine weitere Etappe der "Europäisierung" unseres Rechts darstellen kann. Eine weitere Schlussfolgerung aus dieser Wandlung auch für den Gesetzgeber.

Das Gesetzgebungsverfahren bedarf zudem meines Erachtens unbedingt einer Beschleunigung, und zwar sowohl auf Bundes- wie auf kantonaler Stufe. Denn nur so lässt sich sicherstellen, dass der Gesetzgeber seine Entscheidungen in wichtigen, politischen Fragen der Rechtsharmonisierung rechtzeitig treffen kann, nur so lässt sich eben vermeiden, dass der schweizerische Richter – à contre-coeur – in die ungeliebte Rolle des "Ersatzgesetzgebers" gedrängt wird. Im Rahmen der angekündigten zweiten Phase der Regierungsreform, die der Überprüfung der politischen Führungsstrukturen unseres Landes gilt, also eine eigentliche "Staatsleitungsreform" bringen soll, ist nicht zuletzt aus diesem Grunde die Reform des Rechtsetzungsverfahrens auf Bundesebene ein zentrales Thema.

In dritter Linie gilt es schliesslich, das Gerichtsorganisations- und Verfahrensrecht den neuen europarechtlichen Herausforderungen anzupassen. Gewisse Massnahmen sind bereits verwirklicht, andere in die Wege geleitet, so etwa die Anpassung unseres Justizsystems an die Rechtsschutzerfordernisse des Art. 6 der EMRK. Weitere Verbesserungen der rechtlichen und faktischen Rahmenbedingungen der Dritten Gewalt werden zur Zeit weiter geprüft. Ich habe im vergangen Juni bekanntlich eine Expertenkommission damit beauftragt, konkrete Vorschläge für eine Totalrevision der Bundesrechtspflege auszuarbeiten. Diese Expertenkommission, welche unter der Leitung von Herrn Direktor Heinrich Koller arbeitet, wird sich auch der verschiedenen europarechtlichen Anliegen anzunehmen haben. Die rechtswissenschaftliche Diskussion hat in sehr verdankenswerter Weise eine reichhaltige Palette an Reformpostulaten und Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt. Jenseits aller Einzelfragen wird bei diesen Reformarbeiten die Funktion des Justizsystems als ganzes im Auge zu behalten sein. Im Rahmen dieser Reformarbeiten wird natürlich auch zu überdenken sein, ob der "berühmtberüchtigte" Art. 113 Abs. 3 BV weiterhin in der heutigen Form Bestand haben soll.

V. Zur bedeutsamen Rolle der Justiz

Und nun zurück zur Rolle des Richters. Realistischerweise muss damit gerechnet werden, dass es dem unter Zeitdruck und unter dem Zwang zum politischen Kompromiss stehenden Gesetzgeber nicht durchwegs gelingen wird, die notwendige “Europäisierung” unseres Rechts optimal sicherzustellen. Es wird daher wichtige Aufgabe des Richters bleiben, das vom Gesetzgeber Gedachte im konkreten Streitfall zu Ende zu denken. Es wird sich auch kaum vermeiden lassen, dass gewisse Normwidersprüche und -konflikte erst im Rahmen gerichtlicher Verfahren zutage treten. Ja, der gerichtliche Prozess wird gerade aufgrund der Europäisierung unseres Rechts nach wie vor das Entdeckungsverfahren par excellence für normative Ungereimtheiten und Widersprüche bleiben.

Auch wenn ich der Überzeugung bin, dass die Umsetzung des europäischen Rechts in das schweizerische Recht primär in die Verantwortung des Gesetzgebers fällt, ist dies keineswegs ein Plädoyer für einen übermässigen judicial self-restraint. Die Aufgabe des schweizerischen Richters bleibt bedeutsam. Der Richter kann und soll im rechtlichen Integrationsprozess eine wichtige und innovative Rolle spielen; er kann und soll bei der Beurteilung von Einzelfällen Mitverantwortung für die Verwirklichung des europäischen Rechts übernehmen. Der Richter kann und soll die Arbeit des Gesetzgebers in europäischem Geiste zu Ende denken und vollenden, Verstösse gegen das “europäische Recht” aufdecken und Normwidersprüche ausräumen. Grundlegende politische Entscheidungen wie etwa das Votum vom 6. Dezember 1992 sind dabei selbstredend zu respektieren.

Anderseits bleibt der Gesetzgeber gerade bei der Harmonisierung des schweizerischen mit dem europäischen Recht auf den Richter angewiesen. Legislative und Judikative stehen hier meines Erachtens mehr in einem Verhältnis der Ergänzung als in einem Verhältnis der Konkurrenz zueinander. In einem fruchtbaren Dialog spornen sie einander an und beeinflussen sich wechselseitig – im Sinne eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens.

Eine neuartige Gelegenheit übrigens, diese Mitverantwortung wahrzunehmen, wird sich unseren Gerichten demnächst bei der Anwendung der 27 Swisslex-Erlasse bieten. Ich bin zuversichtlich, dass die Interpretation dieser Gesetze ganz in “europäischem Geiste” geschehen wird. Die Berichte der Herren AUBERT und STÖCKLI, die gestern hier referierten, enthalten für das Gebiet des Arbeitsrechts wertvolle Vorarbeiten und Anregungen. Zur Mitverantwortung unserer Gerichte, speziell des Bundesgerichts, gehört es meines Erachtens ebenfalls, die Rechtsprechung der obersten “europäischen Gerichtshöfe” einerseits zu beachten, andererseits sich aber auch kritisch mit ihnen auseinanderzusetzen. Der schweizerische Richter darf und soll sich durchaus als kritische Instanz gegenüber der “europäischen Rechtsprechung” verstehen und betätigen. Es gehört zur Aufgabe unserer Gerichte, mit den europäischen Rechtsprechungsinstan-

zen – bei allem Respekt – in einen konstruktiv-kritischen Dialog zu treten, nicht anders als sich dies im Verhältnis von kantonalen Gerichten und dem Bundesgericht mit Gewinn für beide Seiten in unserem Lande eingelebt hat.

Herr Präsident, meine Damen und Herren, lassen Sie mich den Bogen zurückschlagen. Zwar ist die Schweiz im “Europäischen Rechtsraum” nicht überall verankert, unsere Rechtsordnung von der fortschreitenden “Europäisierung” nicht voll erfasst. Doch die europäische Integration der Schweiz schreitet – wenn auch mit Rückschlägen wie am vergangenen 6. Dezember – stetig voran. Dies geschieht gerade auch im Rahmen der Rechtsprechung, zwar nur selten in spektakulärer Weise, vielmehr meist eher im stillen und verborgenen: Hier eine europarechtsfreundliche Auslegung einer schweizerischen Vorschrift, da die Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit einer europäischen Norm, dort die Feststellung der Europarechtswidrigkeit einer Bestimmung, manchmal sogar die Nichtanwendung einer nationalen Gesetzesvorschrift, die dem europäischen Recht widerspricht. Darin liegt der – äusserst wertvolle – Beitrag der Justiz im langandauernden, organischen Prozess der “Europäisierung” unseres Rechts. “Rom wurde nicht in einem Tag erbaut.” Auch das grosse Projekt, in Europa erneut eine weitestgehend gemeinsame Rechtsordnung zu schaffen – und damit eine grosse europäische Rechtsgemeinschaft zu bilden – braucht Zeit und sehr sehr viele “Handwerker”. Gefordert sind in unserem Land vorerst Regierung, Parlament und Volk. Nicht minder wichtig ist aber auch der Beitrag der Justiz im weitesten Sinne. Nur in ständiger und beharrlicher Zusammenarbeit aller drei Gewalten werden wir die von unserem Volk gewollte und im Interesse aller Bürgerinnen und Bürger liegende “Europäisierung” des Rechts verwirklichen. Ich möchte daher noch einmal den Autoren für die gründlichen Studien zum diesjährigen Juristentag und dem Schweizerischen Juristenverein für Aufgabenstellung und die heutige wertvolle Diskussion ganz herzlich danken.

VII.

Schlusswort des Präsidenten

Wir sind am Ende unserer Tagung angelangt. Ich darf die heutigen Diskussionen und die Ansprache von Herrn Bundesrat Koller als eine Sternstunde des diesjährigen Juristentages bezeichnen. Die gestern nachmittag von den Referenten mündlich vorgetragenen Zusammenfassungen ihrer Referate und die gedruckten Referate selber haben in den vielfältigen Voten ein Echo ausgelöst, das zeigt, welchen Anklang die Bearbeitung aktueller Themen durch den Verein in Juristenkreisen findet. Ich wünsche den Teilnehmern beim anschliessenden gemeinsamen Mittagsmahl in der Mensa der Universität einen frohen geselligen Ausklang und erkläre den Juristentag 1993 damit als geschlossen.

Verzeichnis der Diskussionsteilnehmer – Liste des participants aux débats

AUBERT G., Genève
BRÄM V., Kilchberg
COTTIER Th., Bern
EGLI J.-F., Lausanne
GEISSBÜHLER-BLASER A., Ittigen
GREBER P.Y., Genève
JACOT-GUILLARMOD O., Bern
JÄGGI TH., Bern
KÄLIN W., Bern
MARTI A., Schaffhausen
MINELLI L.A., Forch
MURER E., Murten
NIEBLER E., München
PONCET D., Genève
RICHLI P., Basel
RÜEDI R., Luzern
SEILER H., Münsingen
SCHUBARTH M., Lausanne
SCHWEIZER R.J., St. Gallen
SPIRA R., Lucerne
STAHELIN A., Basel
STÖCKLI J.-Fr., Zürich
TRECHSEL St., Bern
WILDHABER L., Basel