

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	113 (1994)
<b>Rubrik:</b>	Protokoll der 128. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins = Procès-verbal de la 128e 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:** 05.02.2026

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

# Protokoll der 128. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

vom 15.-16. Oktober in Zürich

# Procès-verbal de la 128<sup>e</sup> assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

du 15-16 octobre à Zurich



Sitzung vom Samstag, den 15. Oktober 1994 im Hotel Zürich

Präsident:

Dr. ANDREAS GIRSBERGER, Rechtsanwalt, Zürich

Sekretäre/secrétaires:

SABINE FREYENMUTH, stud. iur., Winterthur  
PASCAL LANGONE, avocat, Lausanne

## I.

### **Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins Assemblée générale de la Société suisse des juristes**

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 15.00 Uhr mit folgenden Ausführungen:

Meine Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen. Im Namen des Vorstandes des Schweizerischen Juristenvereins heisse ich Sie in meiner Vaterstadt Zürich alle sehr herzlich willkommen. Besonders freut mich, dass von den über 300 angemeldeten Personen ein gutes Drittel auf die französische Schweiz entfällt. Je vous souhaite à tous une très cordiale bienvenue.

Es ist schon beinahe zu einer Tradition unserer Juristentage geworden, dass infolge der gedrängten Zeit auf eine namentliche Begrüssung aller unserer Ehrengäste verzichtet werden muss. Wenigstens hatten wir beim vorangegangenen Apéro im sonnenbeschienenen Hof des Landesmuseums ausgiebiger Gelegenheit, ihnen unsere Freude über ihre Teilnahme auszudrücken. Schon warten wir alle gespannt darauf, was uns der heutige Nachmittag mit den Vorträgen der vier Berichterstatter und der anschliessenden Diskussion im Plenum bringen wird. Bevor wir aber zu diesem wissenschaftlichen Teil übergehen, möchte ich das Wort Herrn Dr. HANS WEHRLI erteilen, der als Vertreter der städtischen Exekutive zu uns sprechen wird.

Dr. HANS WEHRLI, *Stadtrat, Zürich*

### Ius und Iustitia, die Rolle der Justiz als dritte Gewalt in der Drogenpolitik

Sehr geehrter Herr Präsident

Meine sehr verehrten Damen und Herren

Im Namen des Stadtrates von Zürich begrüsse ich Sie ganz herzlich in unserer Stadt zu Ihrem Juristentag 1994. Ihr Präsident, Herr Dr. GIRSBERGER, hat mich gebeten, ein Grusswort an Sie zu richten. Grussworte sind in aller Regel freundlich, mindestens höflich, manchmal sogar witzig. Noch so gerne hätte ich ein freundliches und fröhliches Grusswort an Sie gerichtet, z.B. heute abend am Ball, so wie ich das bei anderen Anlässen üblicherweise auch tue.

Wenn sich aber wenige hundert Meter vom Letten entfernt ein paar hundert Schweizer Juristen versammeln, kann ich einfach keine fröhlichen Worte finden. Wenige hundert Meter von hier steht hinter Gittern das Schulhaus Kornhausbrücke, mitten in der Drogenszene. Ich bin Schulkinder vorsteher der Stadt Zürich. Vor drei Wochen mussten meine Schulkinder während der Schulstunde im Klassenzimmer auf den Boden liegen, weil die Polizei anlässlich einer Razzia rund um das Schulhaus auf libanesische Dealer schiessen musste. Meine Schulumädchen werden von Freiern angemacht, meine Buben von arabischen und jugoslawischen Drogenhändlern belästigt. Meine Kindergarten gehen an verelendeten Süchtigen, an Spritzen, Blut, Erbrochenem und Exkrementen vorbei in den Kindergarten. Zweimal musste vor Schulbeginn ein Toter vor einem Schulhaus weggeschafft werden.

Nun, was haben Sie, meine Damen und Herren damit zu tun? Was geht Sie das an? Ich erwarte nicht, dass Sie das Drogenproblem lösen. Ich bin vielleicht der einzige Nichtjurist in diesem Saal. Ich bin aber legitimiert, Ihnen zu sagen, was die Nichtjuristen, was das Volk von Ihnen erwartet. Es ist in unserer Demokratie der Brauch, dass man auf das Volk hört, dass man auch den Nichtfachleuten zuhört. Ich erwarte nicht, dass Sie mir applaudieren. Ich erwarte aber, dass Sie mir zuhören.

Das Volk erwartet von den Juristen, von den Anwälten, den Strafverfolgungsbehörden, den Richtern, dass sie sich für die Gerechtigkeit einsetzen, dass sie die Freiheit und die persönliche Integrität der Menschen mit rechtlichen Mitteln schützen. Tun Sie das?

Die Bezirksanwälte lassen die Drogenhändler, die jedes Schulkind kennt, laufen, weil die Gefängnisse voll sind. Das ist zwar nach Gesetz verboten. Das ist eben Notrecht; Notrecht zu Gunsten der Verbrecher. Wenn dann endlich ein Gefängnis gebaut werden soll, so findet sich sicher ein Jurist, der einem vorrechnet, warum das nicht geht: Das Gefängnis stehe in der falschen Zone, die Zellen seien angeblich nicht menschenrechtskonform oder die Abstimmungszeitung sei tendenziös gewesen.

Die ausländischen Dealer werden nicht ausgeschafft, nicht einmal interniert, teils weil ein praktikables Gesetz fehlt, teils weil die gesetzli-

chen Möglichkeiten nicht ausgeschöpft werden. Ein überführter Drogengrosshändler wird freigesprochen wegen formeller Mängel beim Abhören seines Telefons. Strafen von Dealern werden reduziert, weil die Konzentration des beschlagnahmten Stoffes im Labor nicht genügend genau gemessen worden sei. Süchtige werden auf Rat des Psychiaters von der Gerichtskommission aus der geschlossenen Klinik entlassen, worauf sie innerhalb von Stunden Selbstmord begehen. Dagegen wird ein Arzt verurteilt, weil er als Arzt einem Süchtigen geholfen hat.

Sie werden mir antworten, es sei eben Ihre vornehme Pflicht und Schuldigkeit, das Gesetz anzuwenden und sich für Ihre Klienten einzusetzen; Gesetze zu erlassen und zu verbessern sei nicht Ihre Aufgabe.

Meine Damen und Herren! In einer Demokratie reicht das nicht. In der Demokratie ist die Justiz – und dazu zähle ich die Richter und die Anwälte – die dritte Gewalt. Diese Gewalt ist nicht nur ein Recht; sie ist eine Pflicht. Wenn Sie diese, Ihre Pflicht zur Gewalt nicht wahrnehmen, werden andere, nicht legitimierte, zwangsläufig zur Gewalt greifen. Dies beginnt mit den Dealern, der Drogenmafia, dem organisierten Verbrechen. Die Süchtigen folgen nach, und immer mehr greifen auch die geplagten Einwohner zu privater Polizei, Waffen, Wachhunden usw. Am Ende korrumptiert die Justiz sich selbst, weil sie ihr Machtmonopol nicht wirksam ausübt. Sie dürfen sich nicht verstecken hinter untauglichen Gesetzen und psychiatrischen Gutachten. Das Volk erwartet von Ihnen, dass Sie für Gerechtigkeit sorgen. Wenn das Gesetz dazu nicht mehr taugt, dann machen Sie eben Verbesserungsvorschläge. Wenn es übrigens um echte menschliche Not und Gerechtigkeit geht, so dürfen Sie auch einmal vom Buchstaben des Gesetzes abweichen. Das tut auch das Bundesgericht; man braucht ja solche Entscheide nicht gleich zu publizieren.

Es kann kein ius geben ohne iustitia. Wer mit dem ius sein Geld verdient, sich aber um die iustitia foutiert, der macht den Rechtsstaat kaputt.

Bald sind wir soweit, dass Notrecht zur Regel wird, weil die Justiz die Durchsetzung des Rechts und vor allem der Gerechtigkeit verunmöglicht. Schon heute zucken die Eltern und die Lehrer meiner Schulkinder im Kreis 5 nur noch mitleidig die Schultern, wenn ich ihnen erkläre, diese oder jene Massnahme sei aus rechtlichen Gründen nicht möglich. Rechtsstaat? Menschenrechte? die gibt es in unserem Stadtkreis 5 schon lange nicht mehr – oder höchstens noch für die Kriminellen. Ja, die Kriminellen, die werden noch geschützt vom Gesetz und von der Justiz, allenfalls durch Notrecht. Aber wer schützt das Volk? Wer schützt meine Schulkinder? Das Volk beginnt sich zu fragen, wozu wir überhaupt mit Steuergeldern soviele Juristen ausbilden, wenn die Gerechtigkeit in unserem Lande immer kleiner wird.

Es geht da keineswegs nur um die Drogenkriminalität. Nicht viel besser steht es in anderen Bereichen: Bei der Wirtschaftskriminalität, beim organisierten Verbrechen, bei den Sexualdelikten, sogar beim Mietrecht.

Der Rechtsstaat ist zum Rechtsmittelstaat geworden. Tröllerei und Rechtsmissbrauch sind an der Tagesordnung. Der Rechtsstaat führt sich damit selber ad absurdum. Ich bin besorgt über den Zustand der Justiz in der Schweiz.

Ich rufe Sie also auf: Tun Sie etwas für die iustitia! Und ich zitiere dazu das Wort unseres Schweizer Dichters JEAN-JACQUES ROUSSEAU: «Sei gerecht, und Du wirst glücklich sein!»

In diesem Sinne wünsche ich Ihnen allen, dass Sie glücklich werden, und zwar möglichst bald.

Der Präsident dankt Herrn WEHRLI für seinen eindringlichen Appell. Als Schulvorstand von Zürich hat Dr. WEHRLI einen sozialen Notstand aufgegriffen, der alle angeht.

## II.

**Referate der Berichterstatter und Diskussion zum Thema:  
Die Sorgfalt der Bank im öffentlichen und privaten Recht –  
Exposés des rapporteurs et discussion sur le sujet:  
La diligence de la banque en droit public et en droit privé**

M. FRANÇOIS CHAUDET, *avocat et professeur, Lausanne, rapporteur de langue française*

La responsabilité du banquier à raison du crédit, des conseils ou de son aide à la gestion, représente un de ces espaces sauvages et presque déserts, qui, chez l'explorateur, provoquent à la fois ivresse et angoisse.

Face au développement de plus en plus sophistiqué des instruments financiers et à l'accélération massive des opérations d'argent, ces domaines d'étude sont restés paradoxalement en arrière, comme une sorte de «Jurassic Park» où les dinosaures, contrairement à ce que vous pourriez penser, ne sont pas les banquiers, mais les grands principes dont le gigantisme annonce la fragilité et la mutation future.

Le premier étonnement vient de la rapidité avec laquelle on a passé d'un état de vacuité quasi totale à un activisme doctrinal qui n'est pas exempt d'un fumet de mode.

Selon deux experts financiers français, le thème de la responsabilité du banquier était «presque une curiosité juridique il y a trente ans». Il y a 10 ans, à Rio de Janeiro et à Sao Paulo, l'Association Henri Capitant consacrait ses travaux à «la responsabilité du banquier: aspects nouveaux». Dans son rapport de synthèse, Roger Houin ne déclarait-il pas: «La responsabilité du banquier dispensateur de crédits commence seulement à faire son apparition: dans les pays qui la connaissent, ses bases et ses

limites sont encore discutées; mais nombreux sont encore les droits qui l'ignorent»?

Et aujourd’hui, le temps pour l’éditeur d’imprimer nos rapports a suffi à permettre la publication de l’intéressante étude de M. ROGER BRÜGGE-MANN sur la responsabilité environnementale du donneur de crédit (RSDA, 2/94, p. 70 ss), marquée par la montée en puissance du banquier-tuteur ou du banquier-garant. Que ce soit dans le domaine du crédit, du conseil ou de l’aide à la gestion, l’émergence de ce que l’on appelle volontiers le «shadow director» s’apparente à la mise en scène d’une statue du commandeur dont la dramaturgie et la nouveauté séduisent certes, mais que les juristes devront contempler avec réserve et esprit critique, sans céder au plaisir de l’opéra.

Entre, d’une part, le banquier pur et dur qui est là «pour faire de l’argent» (propos du rapporteur général Derrida aux Journées brésiliennes au sujet du Canada), le droit bancaire étant «le droit du plus fort» et, d’autre part, la notion de service public chère au doyen Houin, mais aujourd’hui abandonnée par la doctrine française, il y a place pour inventer des solutions faisant la juste part des critères nombreux et contradictoires qui façonnent les activités bancaires.

La difficulté du sujet vient cependant de la très grande hétérogénéité de ces activités. Pas plus qu’il n’y a unicité de contrat bancaire, il n’y a unicité de diligence. De façon intuitive et empirique, mon collègue THALMANN et moi-même avons jugé opportun de diviser la matière. En menant notre étude, nous avons pu constater que cette décision, fort heureusement, correspondait à deux domaines d’activités caractérisés par leur forte différence sous l’angle de leurs effets économiques. C’est ainsi que les trois types de services regroupés dans mon étude (crédit, conseil et aide à la gestion) peuvent être qualifiés de services non indifférents: tous à leur manière exercent un effet de levier démultipliateur sur les forces et les moyens du client, sans rapport avec leur prix.

Le domaine du crédit suscite souvent la polémique, attisée par les attitudes parfois peu cohérentes ou peu rigoureuses que les banques ont pu adopter. Loin de constituer une opération neutre, il appelle la controverse, à commencer par la réglementation que lui réserve la loi: très clairement, la loi sur les banques subordonne le principe de la rentabilité à celui de la prudence. Sans vouloir donner au crédit une place essentielle et dynamique dans l’activité bancaire, la législation tend plutôt à limiter les risques qu’il saurait générer. Pourtant, le crédit est essentiel, tant pour la banque que pour l’entreprise qui l’utilise. A cet égard, il est aussi essentiel aujourd’hui de dépasser la représentation péjorative que l’on a pu se faire de l’emprunteur, qu’il devient nécessaire d’intégrer le risque au titre d’une variable essentielle du crédit. Plutôt que de nier ou d’exorciser le risque, il faut l’admettre et le domestiquer, dans une nouvelle vision que j’ai qualifiée d’actuarielle et qui induit une politique dynamique du crédit.

Ce crédit n'a pas toujours le même visage, ne serait-ce que par la première grande distinction que l'on peut effectuer: selon qu'il s'adresse au consommateur ou à l'entreprise, il entre dans une logique d'utilité différente. Il appelle de la part de celui qui l'octroie qu'il agisse avec une certaine dose de fidélité, variable en fonction de l'affectation du crédit. Dans le même ordre d'idées, la mesure de l'obligation de diligence du banquier se mesure à l'aune de l'égalité ou de l'inégalité de fait entre les parties, qui peut se caractériser par une relation de dépendance. Nous retrouvons ici la problématique exposée très récemment par BRÜGGMANN, quant au risque écologique: dans le domaine de la protection de l'environnement, mais aussi en droit commun, le juge civil sera nécessairement conduit à tirer les conséquences de droit privé pouvant découler pour la responsabilité du banquier de l'influence éventuelle qu'il exerce sur son client.

De notre deuxième sujet d'étude, relevons que malgré la distinction effectuée par le Tribunal fédéral, les notions de *renseignement* et de *conseil* sont très proches l'une de l'autre, notamment en ce qui concerne leurs conséquences. A notre avis, et nous rejoignons à cet égard les jurisprudences française et allemande, la banque répond ici contractuellement de ses actes. Sa responsabilité pour mauvais conseils n'est pas différente de sa responsabilité pour faux renseignements à la seule nuance que le conseil, de façon reconnaissable pour la banque, suggère un acte ou une abstention à celui qui le reçoit. Cette responsabilité deviendra intéressante lorsque divers devoirs de diligence entrent en jeu, concrets et contradictoires.

La problématique du conseil et du renseignement appelle également celle, plus intéressante au niveau de la diligence, du contenu de ceux-ci, soit de savoir quels faits la banque est autorisée à divulguer, voire quels faits elle a l'obligation de divulguer pour éviter la création d'un risque important. Si l'on rapproche cette problématique des nouvelles données en matière de création de risque, les questions d'une limite générale à l'obligation de discréption en présence d'un grand risque collectif, notamment criminel ou délictuel, et d'un aménagement de l'obligation de discréption pour la concilier avec l'existence incontestable d'un usage du renseignement, appelleraient une prise de position dans un proche avenir.

Notre dernier champ d'investigation s'est orienté vers la *participation à la gestion d'une entreprise tierce*. Qu'il soit organe ou auxiliaire de la banque, l'administrateur formel ou matériel envoyé en mission auprès d'une société cliente occupe souvent une position délicate: il s'expose au supplice intellectuel, éthique et juridique de devoir servir deux maîtres. A notre avis, les obligations de fidélité et de secret, cette dernière pouvant cependant aboutir à des conflits parfois pratiquement insolubles, permettront de modaliser les limites de l'action de cet envoyé particulier, et par là même ses devoirs de diligence. Cela ne signifie pas encore que leur conciliation sera toujours évidente! A l'heure actuelle, le moins que l'on puisse dire est que ce domaine ne brille pas par sa transparence: l'adoption

de nouvelles directives bancaires sur le régime applicable à ces conflits d'intérêts est nécessaire. Sans compromettre le respect du secret bancaire, elles tendront à l'obtention de la part des sociétés tierces d'un consentement éclairé quant au principe et à l'étendue du droit de l'administrateur représentant d'informer sa banque. Sur un plan plus général, c'est vers l'exigence d'une autorisation expresse du client en toute matière pour l'échange de données le concernant qu'il faut aujourd'hui orienter le débat.

Dans l'examen des trois activités précitées du banquier, je n'ai pu résister à opérer une très large digression dans le domaine des grands principes au sujet du fondement de sa responsabilité civile. Partant de cette réalité que le dommage causé éventuellement par la banque à un tiers est éminemment patrimonial, j'ai remis en question l'état actuel du droit quant à la condition d'illicéité au sens de l'article 41 CO. Critiquant la discrimination dont est victime le dommage purement économique, je plaide soit pour sa requalification, soit pour un large appel à des normes protectrices fondées en particulier sur l'article 3 LB. Je rejoins ici d'autres auteurs et notamment mon collègue HERTIG, pour qui est éminemment discutable la ligne de démarcation entre droit public et droit privé en ce qui concerne le fondement de l'obligation de diligence.

En conclusion, sans être un service public, pas plus à notre avis qu'une activité concédée par l'autorité (à l'exception éventuellement des banques cantonales), la profession de banquier sert cependant de facto un intérêt général et public. Le banquier n'est jamais un «commerçant comme les autres». Les attitudes contraires qu'il sera amené à adopter, écartelé qu'il est entre tant d'intérêts divergents, révèleront toutes de sa part, et c'est là son paradoxe, l'expression d'une certaine diligence. Le banquier n'est pas le «directeur de conscience économique» de son client et la banque n'a pas à s'immiscer dans la politique d'entreprise, en substituant ses propres choix à ceux de son client.

Cela étant, la diligence du banquier doit s'exercer très largement à propos de la cohérence du crédit avec la situation économique, financière et juridique de l'entreprise. L'importance exceptionnelle du crédit pour l'économie, la gravité exceptionnelle des décisions de son octroi, de son refus ou de son retrait, et le fait que les banques disposent de moyens d'information et d'investigation eux aussi exceptionnels doivent toujours rester à l'esprit lorsque l'on cherchera à dessiner les devoirs de diligence à leur charge. En accordant un financement, le banquier accomplit un acte qui n'est ni abstrait, ni purement relatif au client. Sa décision déploie des effets généraux sur l'ensemble des affaires et vis-à-vis des partenaires de l'emprunteur. Le banquier doit à l'intérêt de ses propres déposants, au respect des dispositions techniques de la législation bancaire, et au devoir de ne pas nuire fautivement à autrui, d'entourer sa décision des précautions et des mesures d'investigation destinées à le convaincre de l'utilité du crédit pour lui et pour le client, ainsi que de son absence de risques illicites pour les tiers.

Si la liberté contractuelle demeure le principe, tant la volonté de tenir compte d'une situation très particulière que celle de prévenir les abus, nécessite de pouvoir être concrétisée par la détermination de devoirs particuliers issus de l'ensemble du champ normatif positif, incluant les principes généraux et l'obligation spécifique d'activité irréprochable. C'est parce que la situation est exceptionnelle qu'elle appelle un certain comportement; celui-ci se laisse appréhender par le moyen de l'obligation de diligence qui permet de le faire entrer dans le champ normatif.

L'activité du banquier, dans ce qu'elle a de dynamique et d'éolutif, ne se prête pas à un carcan législatif strict. Citant M. STOUFFLET, je rappelerai qu'il «*n'est ni possible, ni souhaitable, d'insérer le banquier dans un réseau de normes rigides et contraignantes. Les banques ne doivent pas être téméraires. Il ne serait pas moins catastrophique qu'elles fussent timorées. Le risque est la matière dont est faite l'activité bancaire.*» Ainsi, l'obligation de diligence du banquier, *norme à contenu éminemment variable, dont la définition ne peut se faire par référence à un modèle unique et qui se dessine et se redessine sans relâche selon la situation de fait*, conduit-elle à des approches différencieras qui permettent de donner raison aux propos introductifs du professeur ARNOLDO WALD aux Journées brésiliennes: «*Le droit bancaire tâche de trouver le juste équilibre entre la liberté et la responsabilité des banquiers, entre les intérêts économiques et les principes moraux.*»

Dr. CHRISTIAN THALMANN, *Rechtskonsulent des Schweizerischen Bankvereins, Zürich, Berichterstatter deutscher Sprache*

Ich habe mit Herrn CHAUDET eine Arbeitsteilung vereinbart. Er hat den Kreditsektor behandelt, während ich den Anlagesektor untersucht habe.

Lassen Sie mich zunächst ein Wort sagen zum Begriff der Sorgfalt und zum Begriff der Sorgfaltspflicht.

Der Begriff der Sorgfalt ist sehr weit gefasst. Sorgfalt meint Aufmerksamkeit, Einsatz. Sorgfalt ist das Gegenteil von Fahrlässigkeit. Sorgfalt ist somit Voraussetzung rechtmässigen Verhaltens; sie wird von jedem erwartet. Demgegenüber ist der Begriff der Sorgfaltspflicht im allgemeinen Sprachgebrauch enger gezogen. Von Sorgfaltspflicht spricht man nur, wo die Sorgfalt nicht Voraussetzung, sondern Gegenstand rechtmässigen Verhaltens ist, wo der angemessene Einsatz für eine bestimmte Sache identisch ist mit der geschuldeten Leistung. Von Sorgfaltspflicht spricht man also nur, wo die geschuldete Leistung nicht in einem messbaren Erfolg besteht.

Sorgfaltspflichten sind also typisch für Aufträge und andere Geschäftsbesorgungsverhältnisse, und in diesem Sinne ist es üblich, von der Sorgfaltspflicht des Beauftragten, des Verwaltungsrates, des Arztes oder des Rechtsanwalts zu sprechen.

Wenn das zutrifft, was ich soeben gesagt habe, dann stellt der Juristenverein mit seinem heutigen Tagungsthema die Banken den Ärzten und Rechtsanwälten zur Seite; er ruft die Vorstellung wach von einem Gewerbe, das nicht einer gewöhnlichen kaufmännischen Tätigkeit nachgeht, sondern berufen ist, besondere Verantwortungen wahrzunehmen.

Ist diese Vorstellung gerechtfertigt? Ich glaube, man muss hier unterscheiden.

In vielen Bereichen des klassischen Bankgeschäfts geht es um klar umrissene vertragliche Pflichten. Die Bank schuldet einen bestimmten Erfolg. Sie muss beispielsweise ein Festgeld bei Fälligkeit zurückzahlen oder verkaufte Devisen rechtzeitig und am richtigen Ort liefern. Dafür muss sie ihr Können einsetzen; sie muss z.B. ihre Liquidität richtig bewirtschaften. Das ist Sorgfalt. Aber den Kunden interessiert diese Sorgfalt nicht, ihn interessiert nur die vertraglich zugesicherte Leistung. Nur wenn die Bank diese Leistung nicht erbringt, kann für den Kunden die Frage wichtig werden, ob das Ausbleiben der geschuldeten Leistung auf ein Verschulden der Bank, also auf Fahrlässigkeit oder anders gesagt: auf fehlende Sorgfalt der Bank zurückzuführen ist.

Ich habe mich daher bei der Behandlung des Einlage- und des Depotgeschäfts nur mit einem einzelnen, allerdings sehr wichtigen Aspekt der Sorgfalt der Bank abgegeben: mit der Pflicht zur Prüfung der Gläubigerlegitimation. Es geht dabei um folgendes: In der Regel vereinbart die Bank mit dem Kunden, dass die Identität des Kunden bei der Rückgabe von Vermögenswerten nur summarisch geprüft wird. Die Bank prüft nur die vereinbarten Identifikationsinstrumente. Es wird sich dabei in der Regel um die Unterschrift des Kunden oder um ein Sparheft handeln. Neuerdings kommen mehr und mehr auch elektronisch übermittelte Codes als Identifikationsinstrumente zur Anwendung. Weil der Kunde nur summarisch identifiziert wird, übernimmt die Bank, wenn der Kunde die herkömmlichen Identifikationsinstrumente verwendet, zum Ausgleich die Pflicht, quasi als Beauftragte des Kunden mit angemessener Aufmerksamkeit auf Anzeichen zu achten, die auf eine Fälschung, auf einen Missbrauch der Identifikationsinstrumente durch einen unberechtigten Dritten hinweisen könnten. Es stellt sich dabei die Frage nach dem Grad der Aufmerksamkeit, die die Bank schuldet. Die Praxis der Gerichte hat hier nicht immer mit dem nötigen Feingefühl und mit dem erforderlichen Verständnis für die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs operiert. Vor wenigen Jahren hat das Bundesgericht erklärt, die Bank gelte im Publikum als ein Hort der Sicherheit und schulde daher ein Höchstmaß an Aufmerksamkeit bei der Prüfung der Identität des Kunden. Dies kann nicht wahr sein. Mit Sorgfalt ist immer angemessene Aufmerksamkeit, angemessener Einsatz gemeint. Überspitzt könnte man formulieren: Bei Sorgfaltspflichten geht es immer um Optimierung, nicht um Maximierung. Man muss sich vor Augen halten, dass die Bank, die sich mit einem Rückzugsbegehrn ihres Kunden konfrontiert sieht, im Spannungsfeld gegensätzlicher Erwartungen des Kunden operiert: Steht der Kunde selbst am Schalter, so

erwartet er natürlich, schnell bedient zu werden und nicht etwa noch seinen Pass vorweisen zu müssen. Wofür hat er denn das Sparheft mitgebracht? Weist hingegen ein Unberechtigter das Sparheft vor, so geht der Kunde von der Erwartung aus, die Bank werde mit grösstmöglicher Aufmerksamkeit alle Anzeichen eines Missbrauchs registrieren und die Auszahlung beim geringsten Verdacht verweigern. Diese beiden Erwartungen des Kunden lassen sich nicht ohne weiteres unter einen Hut bringen.

Soviel zum Einlagegeschäft.

Obwohl die Anlageerwerbsgeschäfte zu einem wesentlichen Teil dem Auftragsrecht zuzuordnen sind, geben sie erstaunlich wenig her, wenn man sie unter dem Aspekt der Sorgfaltspflicht untersucht. Etwas anderes gilt für die Verträge, die den Transfer von Know-How von der Bank auf den Kunden zum Gegenstand haben und die auch vom Auftragsrecht beherrscht werden, also für die Anlageberatung und für die Vermögensverwaltung. Hier kreist in juristischer Beziehung fast alles um die Frage der Sorgfaltspflicht. Es ist unbestritten, dass die Bank in diesen Bereichen einen Erfolg nicht zusichert. Die Bank haftet also nicht schon, weil ihre Prognose über die Entwicklung des Dollarkurses nicht in Erfüllung gegangen ist oder weil das Portefeuille des Kunden an Wert verloren hat. Nur wenn nachgewiesen wird, dass die Bank bei ihrer Beratung oder bei der Verwaltung gegen Regeln der beruflichen Sorgfalt verstossen hat, kommt eine Haftung in Frage. Was das im einzelnen bedeutet, ist für einen Juristen nicht immer einfach zu beurteilen, und ich kann an dieser Stelle auch nicht in Ansätzen auf die Fragen eingehen, die sich hier stellen. Nur eine kurze Nebenbemerkung erlaube ich mir: Nicht selten wird, wenn es um «professionals» geht, versucht, das geschuldete Verhalten in der Form von Standesregeln oder Katalogen von «Sorgfaltspflichten» zu konkretisieren. Solche Standesregeln sind auch für den Juristen nützlich, aber sie sind praktisch nie imstande, das geschuldete Verhalten insgesamt zu umschreiben; Kataloge von Standesregeln erfassen das geschuldete Verhalten nur punktuell und sagen meistens nur, was man in einer bestimmten Situation nicht tun darf.

Dies zur Anlageberatung und Vermögensverwaltung.

Ich habe vorhin gesagt, die Anlageerwerbsgeschäfte seien wenig ergiebig, wenn man sie unter dem Gesichtspunkt der Sorgfaltspflicht der Bank untersucht. Ich muss diese Aussage präzisieren. Was ich sagte, gilt für die Ausführungsobligation. Unter einem anderen Gesichtspunkt sind die Anlageerwerbsgeschäfte als Anknüpfungspunkte für Sorgfaltspflichten der Bank von erheblicher Bedeutung. Was ist gemeint? Anlageerwerbsgeschäfte sind häufig dem Auftragsrecht zuzuordnen. Artikel 398 des Obligationenrechts verlangt nun aber nicht nur Sorgfalt bei der Ausführung des Auftrags, sondern schreibt dem Beauftragten auch eine Treuepflicht

vor. Der Beauftragte muss seine eigenen Interessen denjenigen des Auftraggebers unterordnen, und dazu gehört, dass er sich im Rahmen des wahrzunehmenden Interessenbereiches die Frage stellen muss, ob das Geschäft als solches den Interessen seines Auftraggebers dienen kann. Er muss den auf den Abschluss des Geschäfts gerichteten Willen seines Auftraggebers hinterfragen und den Auftraggeber auf Risiken aufmerksam machen, die er nicht kennt. Bei dieser aus dem Treuegebot folgenden Aufklärungspflicht handelt es sich strukturell ebenfalls um eine Sorgfaltspflicht. Die moderne Lehre neigt nun dazu, einem «professional» eine Nebenpflicht zur Aufklärung des Vertragspartners auch dort aufzuerlegen, wo ein für den Vertragspartner risikoreiches Geschäft nicht dem Auftragsrecht untersteht. Kriterium für die Existenz einer Aufklärungspflicht der Bank soll also nicht die Rechtsnatur des Anlageerwerbsgeschäfts sein, sondern die der Bank erkennbare Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden. Anders ausgedrückt: man kann weder sagen, dass ein dem Auftragsrecht zuzuordnendes Anlageerwerbsgeschäft immer eine Aufklärungspflicht der Bank mit sich bringt, noch lässt sich sagen, dass ein als Kaufvertrag zu qualifizierendes Anlageerwerbsgeschäft die Existenz einer Aufklärungspflicht der Bank ausschliesst.

Das Bundesgericht hat im Laufe der letzten zehn Jahre einige Unsicherheit gezeigt in der Umschreibung der Voraussetzungen und des Umfangs der Aufklärungspflicht der Bank. In der Lehre sind sowohl die Rechtsnatur wie auch der Umfang und die Voraussetzungen der Aufklärungspflicht umstritten. Ich habe daher der Aufklärungspflicht in meinem schriftlichen Referat ausführlich Raum gegeben. Dabei bin ich auf Schwierigkeiten gestossen. Diese hängen weniger mit der Aufgabe zusammen, die Aufklärungspflicht der Bank dogmatisch zu analysieren; sie liegen im Bankbereich vor allem darin begründet, dass die herrschende, vor allem deutsche Lehre keinen Unterschied macht zwischen der Aufklärung, die im Rahmen eines Anlageerwerbsgeschäfts geschuldet wird, und der Aufklärung des Kunden bei der Anlageberatung. Die herrschende Lehre versucht nicht zuletzt aus rechtspolitischen, d.h. anlageschutzpolitischen Gründen die Aufklärungspflicht der Bank als einen Anwendungsfall der Anlageberatung zu verstehen und die ausgedehnten Sorgfaltspflichten, denen die Bank bei der Anlageberatung unterliegt, auch für die Bestimmung des Umfangs der Aufklärungspflichten einer Bank im Rahmen von Anlageerwerbsgeschäften fruchtbar zu machen. Dies hat, mindestens in Deutschland, zu einer Verwischung der Konturen beider Geschäftsarten und zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit geführt. Ich habe mich hier zu einer Abgrenzung veranlasst gesehen. Stichwortartig möchte ich andeuten, worum es mir geht:

- Die Anlageberatung ist ein selbständiges Bankgeschäft, das in der Regel auf Initiative des Kunden zustande kommt; es bringt ausgedehnte Sorgfaltspflichten der Bank zur Entstehung und setzt den Willen des Kunden zum Gespräch voraus.

- Demgegenüber ist die Aufklärung eine Nebenleistung, zu der die Bank im Zusammenhang mit einem konkreten Anlagegeschäft verpflichtet sein kann; da in diesem Zusammenhang eine Gesprächsbereitschaft des Kunden nicht vorausgesetzt werden kann, muss sich die Aufklärung in einem einseitigen Hinweis von der Bank an den Kunden erschöpfen.
- Man kann von einer Aufklärungspflicht der Bank sprechen, aber nicht von einer Beratungspflicht. Die Bank muss frei sein, ob sie sich auf ein umfassendes Beratungsgespräch einlassen will; tut sie dies, so steht sie allerdings unter einer ausgedehnten Sorgfaltspflicht. Also Sorgfaltspflicht ja, aber Beratungspflicht nein.
- Die Aufklärungspflicht wird durch die Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden im Zusammenhang mit einem konkreten Anlageerwerbsgeschäft ausgelöst, nicht schon durch die Existenz einer Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden. Die blosse Tatsache, dass der Kunde bei der Bank ein Wertschriftendepot unterhält, löst also beispielsweise noch keine Pflicht der Bank zum Hinweis auf mögliche Risiken der Zusammensetzung seines Wertschriftenportefeuilles aus.

Ich habe bisher nur von Sorgfaltspflichten der Bank gesprochen, die auf vertraglicher Grundlage beruhen. Es gibt aber auch Sorgfaltspflichten der Bank, die aus allgemeinen Rechtspflichten fliessen. Die Bank schuldet nicht nur professionellen Einsatz im Interesse ihrer Kundenschaft; sie kann auch verpflichtet sein, ihre Aufmerksamkeit auf Interessen Dritter zu richten. Dass dies unter Umständen im Kreditsektor zum Thema werden kann, hat Herr CHAUDET gezeigt. Rücksichten auf Dritte sind aber vor allem im Angebereich angesagt. Der Kunde ist nicht immer König. Ich meine hier nicht, dass die Bank davon absehen muss, vorsätzlich bei Operationen mitzuwirken, durch die ihr Kunde Rechte Dritter verletzt. Dies ist eine Selbstverständlichkeit. Aus praktischer Sicht von weit gröserer Bedeutung und unter dem Gesichtspunkt der Sorgfaltspflicht ausschliesslich von Interesse ist der Fall der Bank, die ohne Wissen und Willen von ihren Kunden für Operationen missbraucht wird, die auf eine Verletzung von Rechten Dritter hinauslaufen. Je nach den Umständen wird sich hier eine Bank, auch wenn sie ohne Wissen und Willen handelt, den Vorwurf fehlender Aufmerksamkeit gefallen lassen müssen. Das klassische Beispiel ist die Bank, die Wertpapiere von ihrem Kunden zur Belehnung entgegennimmt, ein gültiges Pfandrecht aber nur erwirbt, wenn sie mit der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit den Anzeichen nachgegangen ist, die auf eine fehlende Berechtigung des Kunden an den übergebenen Vermögenswerten hinweisen. Dies gehört zum Einmaleins des Sachenrechts. Aber die Sorgfaltspflicht der Bank im Interesse des depossedierten Eigentümers ist nicht nur auf den Fall des dinglichen Rechtserwerbs beschränkt. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat unlängst in Anlehnung an die Praxis ausländischer Gerichte entschieden, dass auch eine Bank, die vom Kunden einen gestohlenen Check zum Inkasso entgegennimmt, schadenersatzpflichtig werden kann,

wenn sie es bei der Entgegennahme des Checks an der Aufmerksamkeit fehlen liess, die sie nach Art. 933 ZGB zu leisten gehabt hätte, wenn sie den Check zu eigenem Recht hätte erwerben wollen. Der Bereich der privatrechtlichen Sorgfaltspflichten der Bank zum Schutze von Interessen Dritter ist aber nicht unbegrenzt. Es sieht so aus, dass die Bank bei der Entgegennahme von Vermögenswerten zur blossen Aufbewahrung zwar öffentlichrechtlichen Sorgfaltspflichten, nicht aber solchen des privaten Rechts unterliegt.

Wir sind hier an einem Punkt angelangt, wo sich öffentlichrechtliche und privatrechtliche Sorgfaltspflichten der Bank berühren. Die öffentlichrechtlichen Sorgfaltspflichten und die Sorgfaltspflichten, denen die Bank nach privatem Recht im Interesse Dritter nachkommen muss, sind ähnlich strukturiert. Auch die Öffentlichkeit lässt sich als «Dritter» ansehen, auf den die Bank bei ihren Geschäften mit der Kundschaft Rücksicht nehmen muss.

Es wäre nun äusserst reizvoll, von hier aus weiterzugehen und eine Reihe weiterer Schnittstellen aufzuzeigen, an denen sich die öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Sorgfaltspflichten berühren, überschneiden oder gar miteinander in Konflikt geraten. Da meine Zeit abgelaufen ist, muss ich mir heute nähere Ausführungen dazu versagen.

Meine Damen und Herren, ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

M. GÉRARD HERTIG, *professeur, Genève, rapporteur de langue française*

#### I. Présentation du rapport d'URS ZULAUF

URS ZULAUF et moi-même avons convenu que chacun ne commenterait pas son propre rapport, mais celui de son co-rapporteur. J'ai dès lors le plaisir de présenter l'excellente contribution d'URS ZULAUF.

A cette fin, j'adopterai la structure qui a été la sienne, à savoir: a) Bases de la discussion relative à la diligence des banques en droit public; b) Portée de l'obligation de diligence au regard de la confiance dont bénéficient ou devraient bénéficier les banques.

#### A. Bases de la discussion

Il m'a semblé intéressant, dans cette section comme dans les deux suivantes, de présenter trois thèses qui sont de nature à retenir particulièrement l'attention.

1. La première thèse (pp. 382-383) est que la Loi fédérale sur les banques (LB) ne vise pas seulement la protection des créanciers («Gläubigerschutz»), mais a également pour objectif la garantie de la réputation de la place financière suisse («Vertrauensschutz»).

Cette thèse est, à mon avis, incontestable à l'heure actuelle (voir aussi mon propre rapport, pp. 260-264).

2. La deuxième thèse consiste à relativiser la portée du large pouvoir d'appréciation que le Tribunal fédéral reconnaît à la Commission fédérale des banques (CFB). En effet, cette dernière serait soumise à un contrôle judiciaire plus rigoureux qu'on le prétend généralement (pp. 431-432). A l'appui de cette thèse, URS ZULAUF relève que notre Haute Cour examine chaque fois à fond la motivation des décisions de la CFB, ainsi que les mesures ordonnées, et cela sans jamais se rallier à la solution choisie en invoquant un manque de connaissances techniques.

Cette thèse est particulièrement intéressante et mériterait de faire l'objet d'une analyse approfondie. Sa portée n'est cependant pas facile à établir. Il est en effet très difficile de vérifier sa concrétisation la plus marquante, à savoir déterminer le nombre et la nature des «mauvaises» décisions que la CFB n'a pas prises en raison de la crainte d'un contrôle judiciaire éclairé.

3. La troisième thèse concerne les organismes privés de mise en oeuvre des règles en matière de diligence. Concrètement, l'auteur relève (p. 435) le rôle important joué par la Commission de surveillance instituée par la Convention de diligence: ses interventions permettent une réduction notable du volume de travail de la CFB dans le domaine de l'identification du client.

Il est certainement heureux de voir l'auto-réglementation permettre de diminuer le fardeau de l'autorité administrative. On constatera cependant que cette décharge intervient principalement au niveau des formalités d'identification, non à celui de l'acceptabilité du client ou de ses opérations. Le rôle de la Commission de surveillance en matière de mise en oeuvre demeure ainsi relativement limité. Il sera intéressant de déterminer si les organismes privés de mise en oeuvre reconnus par la future Loi fédérale sur les bourses auront un rôle plus important à jouer.

## B. La protection des créanciers

URS ZULAUF relève d'entrée de cause que l'autorité de surveillance ne doit pas substituer son appréciation des affaires à celle de la direction de la banque (p. 445). Cela étant, trois thèses peuvent être mises en exergue.

1. La première thèse est que, d'une manière générale, on doit laisser les banques s'organiser comme elles l'entendent (p. 450). Toutefois, le pouvoir de délégation du conseil d'administration n'est pas illimité. En fait, à l'avenir, on pourrait constater une tendance de la CFB à restreindre ce pouvoir (p. 454).

D'un point de vue de principe, je n'ai pas d'objection à ce que l'on exige du conseil d'administration qu'il assume ses responsabilités. Cependant, il existe des limites pratiques au flux d'informations dont peuvent bénéficier les administrateurs – sauf à vouloir transformer le conseil d'administration en direction générale, ce qui n'est pas le but de l'exercice. Par ailleurs, une immixtion de l'autorité de surveillance

dans la répartition des compétences entre organes peut la placer dans une situation délicate à une époque où les actionnaires (notamment les investisseurs institutionnels) font davantage entendre leur voix. C'est dire que la CFB nous paraîtrait bien inspirée de ne pas faire preuve d'activisme dans ce domaine.

2. La deuxième thèse revient à affirmer que l'on ne saurait assez souligner l'importance du principe de la répartition des risques (p. 461). L'auteur remarque à ce propos que le seul respect des prescriptions légales ne suffit pas à garantir le caractère approprié de la gestion des risques (p. 458).

On ne saurait bien entendu contester la validité de cette thèse. Au vu des expériences récentes, on doit cependant préciser que ce n'est pas la prise de risque, mais des erreurs dans leur appréciation ou, plus simplement, des erreurs relatives à l'évolution de la situation économique qui sont souvent la cause première de la réalisation de pertes.

3. La troisième thèse est que, dans le domaine du crédit, la plus grande partie des pertes n'est pas due à des octrois erronés de crédits, mais à leur mauvaise surveillance (p. 469). A cet égard, la question de l'évaluation du crédit pose souvent des problèmes pratiques délicats et permet de constater des différences très importantes d'une institution de révision à une autre.

Cette thèse, qui a malheureusement trop souvent été ignorée en pratique, est particulièrement d'actualité au vu de l'importance accrue du risque crédit, notamment dans le cadre du recours à des instruments dérivés.

### C. La protection de la confiance

Les trois thèses que je désire mettre en évidence sont des thèses relatives à la diligence des banques concernant les opérations de leurs clients.

1. La première thèse revient à minimiser la divergence de vues entre la CFB et les auteurs critiquant sa pratique relative au devoir d'investigation de l'arrière-plan économique des opérations du client, notamment vu les aménagements récents des «tests» en la matière (p. 496).

On peut se réjouir de ce rapprochement, plus toutefois en raison de sa contribution à un apaisement des passions que parce qu'il permet une amélioration matérielle. En effet, la nouvelle formule demeure aussi vague que l'ancienne: les banques doivent rechercher l'arrière-plan économique et le but des transactions dont la forme ou le montant sont inhabituels eu égard au client cocontractant ou à la banque, dans la mesure où leur justification économique et leur légalité ne sont pas d'emblée reconnaissables. Toutefois, je ne saurais critiquer le maintien du recours à une formule relativement vague alors même que je relève dans mon propre rapport qu'une certaine insécurité juridique est souhaitable (pp. 292 ss).

2. La deuxième thèse est relative à l'assistance passive en matière de gestion de valeurs d'origine criminelle: une banque ne peut pas fermer les yeux et accepter des actifs dont l'origine criminelle est reconnaissable (p. 508). La difficulté est de définir l'origine criminelle, ce que la CFB a renoncé à faire jusqu'à présent. URS ZULAUF relève cependant que du point de vue de la CFB, l'acceptation d'avoirs non déclarés au fisc étranger continue à ne pas poser problème: il y va de la compétitivité de la gestion de fortune pour clients privés.

Cette conclusion est rassurante. Il ne faut toutefois pas oublier qu'il est en pratique souvent difficile de distinguer les délits fiscaux d'autres délits. De plus, d'un point de vue politique, la défense d'un tel point de vue à moyen ou long terme ne va pas de soi.

3. La troisième thèse concerne l'assistance active en matière de tromperie de tiers: il est clair, au vu de la confiance attachée aux déclarations des banques, qu'une telle assistance est inacceptable, tant s'agissant d'autorités suisses ou étrangères que de personnes privées (p. 514). Toutefois, cela ne veut notamment pas dire que la banque doit aller au-devant des désirs des autorités: il incombe à ces dernières de poser les bonnes questions (p. 515).

Cette approche est également rassurante. Toutefois, comme en matière d'assistance passive, de nombreuses incertitudes demeurent dès que l'on a affaire à un cas d'espèce.

Cela me permet de conclure en relevant que même dans le cadre d'une analyse poussée et aussi précise de la pratique de la CFB que celle de URS ZULAUF, on doit admettre que de nombreuses questions ne peuvent faire l'objet d'une réponse définitive. En droit public du moins, la diligence des banques est un devoir à géométrie sinon variable, du moins mouvante.

Fürsprecher URS ZULAUF, *wissenschaftlicher Adjunkt der Eidg. Bankenkommission, Bern, Berichterstatter deutscher Sprache*

Die Berichterstattung für die schweizerischen Juristentage beruht bekanntlich auf drei unabänderlichen Grundannahmen: Das erste Axiom besagt, dass alle Berichterstatter ihre Referate immer rechtzeitig abliefern. Ich bekenne hiermit meine Schuld. Die zweite Annahme beruht auf der ersten. Es wird davon ausgegangen, alle Interessierten hätten genügend Zeit, die Referate zu studieren. Diese Interessierten verstehen zudem, so wird als Drittes vorausgesetzt, mit derselben Leichtigkeit Texte in ihrer Muttersprache wie solche in der Sprache der Juristen jenseits des Rösti-grabens. Trotz der tiefen Wahrheit dieser Dogmen des Juristentages haben GÉRARD HERTIG und ich verabredet, nicht die eigenen Berichte kurz einzuführen, sondern diejenigen des Korreferenten. Damit sollen die genannten Grundwahrheiten nicht in Frage gestellt, sondern einzig die

Diskussion belebt werden. Selbstverständlich kann es sich nur um ein sonst so verpöntes Rosinenpicken handeln.

Prof. HERTIG beschränkt seine Erörterungen im wesentlichen auf die Sorgfalt der Banken in bezug auf ihre Verhaltenspflichten im Interesse ihrer Kunden und des Rufs des schweizerischen Finanzplatzes. Sehr zu Recht weist er allerdings besonders im Zusammenhang mit den Anforderungen an eine adäquate Organisation auf das Eigeninteresse der Banken an ihrer finanziellen Solidität hin.

Der Bericht prüft die Ziele des Bankengesetzes und des kurz vor der Verabschiedung stehenden Börsengesetzes unter rechtlichen, ökonomischen und politischen Gesichtspunkten. Er unterstützt dabei die herrschende Meinung, wonach die Bankengesetzgebung nicht nur den Gläubigerschutz, sondern auch den sogenannten Funktionsschutz bezweckt. Nachdem ich in meinem Bericht die gleiche Ansicht vertrete, wird meine Genugtuung darüber wenig überraschen. Es gilt aber in diesem Zusammenhang auf eine mehr terminologische Differenz hinzuweisen. In meinem Bericht habe ich den Ausdruck «Funktionsschutz» für die Bemühungen der Behörden, aber auch der Banken selbst vorbehalten, Systemkrisen im Bankgewerbe möglichst zu verhindern oder in ihren Auswirkungen zu beschränken. Nur am Rande sei erwähnt, dass auch in diesem Bereich viele Fragen offen sind. Demgegenüber habe ich für das Bestreben, das Vertrauen der Kunden und der in- und ausländischen Öffentlichkeit in ein korrektes Bankensystem zu bewahren, den Ausdruck «Vertrauenschutz» verwendet. In der Sache selbst besteht aber, soweit ich sehe, (auch) in dieser Hinsicht keine grundlegende Differenz zwischen den Berichten.

Zu Recht weist Prof. HERTIG auch in diesem Zusammenhang auf die politische Dimension der Diskussionen hin. Er meint, die Gefahren der Vereinnahmung der Aufsichtsbehörde durch die Beaufsichtigten («regulatory capture» auf Neudeutsch oder Neufranzösisch) sei auch in der Schweiz zu berücksichtigen, dürfe aber nicht überschätzt werden. Das gleiche Urteil trifft er bezüglich des Verfolgens sachfremder politischer Ambitionen durch die Aufsichtsbehörde. Als Betroffener freut mich natürlich diese Beurteilung. Bankenaufsicht spielt sich angesichts der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Interessen keinesfalls im politikleeren Raum ab. Dennoch zeugt gerade der Umstand der vorliegenden Berichte für den Schweizerischen Juristentag vom richtigen Bemühen, die Sorgfaltspflichten der Banken vor einem rechtlichen Hintergrund zu sehen und in rechtlich klar gestaltete Bahnen zu lenken.

Richtigerweise betont der Bericht von Prof. HERTIG auch die aussenwirtschaftliche Bedeutung der Sorgfaltspflichten. Die Frage der internationalen Konkurrenzfähigkeit stellt sich tatsächlich. Nur der Dumme will ganz allein weise sein. Das Problem wird insofern entschärft, als in verschiedenen Bereichen, welche die Sorgfaltspflichten der Banken betreffen, auf dem Wege von internationalem «soft law» Harmonisierungen zumindest im Ansatz erreicht wurden. Zum Teil konnte dabei von schweizerischer Seite eine Übernahme schweizerischer Vorschriften erfolgreich

angeregt werden. Beide Berichte erwähnen die Regeln zur Kundenidentifizierung und die Pflicht der Banken, den Hintergrund einzelner Transaktionen näher abzuklären, deren rechtmässiger Zweck nicht offensichtlich ist. Etwas weit scheint mir aber die Aussage zu gehen, jede Massnahme der Aufsichtsbehörde müsse sich zur Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes geradezu aufdrängen (S. 275). Sicher sind Konkurrenzaspekte immer zu berücksichtigen, aber eigentliche Wirtschaftsförderung kann nicht auch noch Aufgabe der Bankenaufsicht sein. Sie hat schon genügend, wenn nicht zuviele, divergierende Interessen wahrzunehmen.

Prof. HERTIG bejaht grundsätzlich die Gesetzmässigkeit der Interventionen der Bankenkommission in der Frage der Sorgfaltspflichten. Er schränkt aber beispielsweise ein, Massnahmen der Aufsichtsbehörde gegen Abweichungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen der Banken vom dispositiven Gesetzesrecht wären nur bei geradezu täuschenden AGB gesetzmässig. Abgesehen von der hoffentlich nicht naiven Annahme, dass dies relativ selten sein dürfte, scheint mir diese Einschränkung offene oder sogar nicht existierende Türen einzurennen. Die Bankenkommission hat sich bisher grundsätzlich nicht mit der Inhaltskontrolle von AGB befasst. Ich halte es auch für richtig, dass auch das künftige Börsengesetz entgegen ursprünglichen Vorstellungen die Bankenkommission nicht dazu zwingen dürfte. Hier bleibt der Zivilrichter in der Pflicht. Auch wenn Verhaltenspflichten für das Effektengeschäft m.E. zu Recht im Sinne von Doppelnormen Eingang ins Börsengesetz finden werden, sollte behutsam darauf geachtet werden, nicht ein Durcheinander schlimmstenfalls gegenseitlicher Anforderungen anzurichten. Dies schliesst ergänzende generelle Normen in Teilbereichen, sei es durch die Behörden, sei es durch Selbstregulierung, nicht aus. Regulatorischer Furor steht aber kaum bevor. Als Verwaltungsbehörde ist die Bankenaufsicht jedenfalls nicht berufen, über konkrete streitige Ansprüche zwischen Banken und ihren Kunden zu entscheiden. Dazu wäre auch das nicht kontradiktive Verwaltungsverfahren untauglich. Auf Wechselwirkungen zwischen Zivil- und Aufsichtsrecht habe ich in meinem Bericht verschiedentlich hingewiesen.

Zweifel äussert Prof. HERTIG an der Gesetzmässigkeit eines Einschreitens der Aufsichtsbehörde gegen sittenwidrige Handlungen eines Bankiers. Er hält das Einschreiten zwar aus verschiedenen Gründen für verständlich und berechtigt, aber nur dann für gesetzmässig, wenn die Handlung auch widerrechtlich oder standeswidrig ist oder wenn es sich um einen direkten schweren Verstoss gegen die guten Sitten handelt. Nur indirekte Sittenwidrigkeiten seien demgegenüber nicht zu beanstanden, da sie vom Gesetzgeber nicht spezifisch geregelt seien (S. 283). Ich bin nicht restlos überzeugt, ob damit endlich Klarheit auf diesem heiklen Gebiet erreicht ist. Verweist der Gesetzgeber wie in Art. 20 OR auf den Rechtsbegriff der Sittenwidrigkeit, verzichtet er eben gerade auf eine spezifische Regelung der Rechtswidrigkeit. Vielleicht aber ist diese Diskussion um Begriffe ohnehin wenig hilfreich. Bei der Beurteilung der

konkreten Massnahmen bestehen, so scheint mir, zwischen den Berichten nur in Einzelfragen Differenzen. Eine davon bildet die Beurteilung der wissentlichen Mitwirkung der Banken bei Schwarzgeldgeschäften im Immobilienhandel (S. 344, 515). Hier geht es nicht nur um Sittenwidrigkeit, sondern je nach den Umständen um die Mitwirkung bei klarerweise täuschenden, rechtswidrigen und sogar strafbaren Geschäften. Da fragt sich, ob eine nachträgliche Beanstandung der Aufsichtsbehörde, um mehr ginge es nicht, wirklich willkürlich sein soll, sogar angesichts der leider unbestreitbar hohen Verbreitung solcher Geschäfte.

In diesem wie anderen Zusammenhängen postuliert Prof. HERTIG grosse Zurückhaltung und jedenfalls nur ein ex post Einschreiten der Aufsichtsbehörde bei manifesten Missbräuchen. Dies entspricht weitgehend der gegenwärtigen Praxis. Allerdings ist der Unterschied zwischen ex post Entscheiden der Aufsichtsbehörde in Einzelfällen und ex ante Regeln wahrscheinlich weniger fundamental, als Prof. HERTIG anzunehmen scheint. Jede ex post Entscheidung, welche öffentlich bekanntgemacht wird, bildet ähnlich wie ein Urteil eines Gerichts eine ex ante Regel für die Zukunft.

Dies führt mich zu meiner letzten Bemerkung zu einem der aufregendsten Gedanken im Bericht von Prof. HERTIG. Er untersucht eingehend, auf welche Weise und mit welcher Normdichte die Sorgfaltspflichten der Banken am besten geregelt werden sollen (S. 285 ff.). Er kommt dabei zum Schluss, jede wirkliche Konkretisierung der sehr unbestimmten Rechtssätze, auf die sich die Bankenkommission heute stützt, bringe in der Regel mehr Nachteile als Vorteile. So führe die Konkretisierung zu Inflexibilität, Formalismus, Vollzugsproblemen, zur Verwischung der Verantwortlichkeiten und zum Ausschalten des gesunden Menschenverstandes und der Selbstverantwortung. Der Gewinn für die Rechtssicherheit sei demgegenüber klein. Eine «gewisse» Rechtsunsicherheit sei im Grunde gar erwünscht und erhöhe insbesondere die Gefahr willkürlicher Entscheide der Behörde nicht besonders. Vorzuziehen seien demgegenüber allgemein gehaltene Regeln. Dies sind für einen Verwaltungsrechtslehrer doch bemerkenswerte Aussagen. Aus ihnen spricht eine deutliche Skepsis gegenüber der Nützlichkeit generell abstrakter Verhaltensregeln überhaupt. Dafür habe ich ein gewisses aber nur ein gewisses Verständnis. Vielfach teilen auch die Beaufsichtigten diese Meinung. Jedenfalls ist die verbreitete Klage über abstrakte Drohungen allgemeiner Sorgfaltsnormen nicht immer zum Nennwert zu nehmen. Detaillierte Handlungsanweisungen werden noch mehr gefürchtet, unabhängig vom Grad der Praktikerbeteiligung bei ihrer Ausarbeitung. Das Verständnis für die Schwierigkeiten und Gefahren zu detaillierter Regeln darf aber nicht zum gänzlichen Verzicht jeglicher vorausschauender Regelbildung bei nachgewiesenem Handlungsbedarf führen. Der Wert der Rechtssicherheit ist gross. Auch wenn es schwer ist, muss zumindest versucht werden, sie zu erreichen. Ein tauglicher Ansatz könnte in der nachträglichen Kodifizierung von Fallgruppen liegen, welche in Einzelentscheiden entwickelt wurden. Die

von den Banken als Selbstregulierung geschaffene Sorgfaltspflichtvereinbarung wird als abschreckendes Beispiel misslungener Konkretisierung von Verhaltensregeln m.E. etwas zu negativ beurteilt. Ich betrachte sie für eine glückte Selbstregulierung, insbesondere was die Verfahrensordnung, die Sanktionen und den Vollzug betrifft. Allerdings muss man sich der Grenzen ihres Regelungsinhaltes bewusst sein und darf entsprechend nicht übertriebene Erwartungen daran knüpfen. Die mahnenden Worte von Prof. HERTIG werden aber in Zukunft mit Vorteil jene bedenken, welche umfassende Regeln über Verhaltenspflichten von Banken und anderen Finanzintermediären fordern.

Insgesamt rät der Bericht von Prof. HERTIG der Bankenkommission, in verschiedenen Punkten aktiv zu werden (natürlich mit der gebührenden Behutsamkeit). Er nennt insbesondere einzelne Fragen des Emissions- und des Vermögensverwaltungsgeschäfts, auf die ich hier nicht eingehen möchte. Er rät der Bankenkommission aber vor allem auch, in mehrerer Hinsicht nicht oder nicht mehr aktiv zu werden. Die Zukunft wird zeigen, ob der weise Rat in dieser und/oder in jener Richtung gehört wird. Erwägenswert bleibt er allemal.

Der Präsident dankt den Berichterstattern für ihre aus der Aktualität des Bankenrechts geschöpften Ausführungen und übergibt die Gesprächsleitung für die anschliessende Diskussion Herrn JEAN-PAUL CHAPUIS, Generalsekretär und Delegierter des Verwaltungsrats der Schweizerischen Bankiervereinigung.

**M. JEAN-PAUL CHAPUIS, *Delégué du Conseil d'administration de l'Association suisse des banquiers, Bâle, directeur des débats***

Mesdames, Messieurs. Nous avons un peu plus de trois quarts d'heure pour notre discussion. Je me permets de vous proposer d'entendre d'abord les interventions qui nous ont été signalées et ensuite quelques conclusions des rapporteurs.

**M. ALAIN HIRSCH, *avocat et professeur honoraire, Genève***

J'aimerais aborder deux aspects particuliers de la diligence des banques dans le domaine de la gestion de fortune: l'un en droit privé et l'autre en droit public.

*En droit privé*, M. THALMANN nous propose de distinguer nettement les divers types de contrats possibles entre la banque et son client, dans le domaine de la gestion de fortune. Ainsi, notre rapporteur souhaite distinguer l'obligation de diligence de la banque lorsqu'elle agit comme gérante de fortune, avec une obligation générale de surveiller le portefeuille de son client («Vermögensverwaltung»), et lorsqu'elle agit comme conseillère pour un placement, avec l'obligation ponctuelle de donner un conseil

déterminé («Anlageberatung»). De même, notre rapporteur nous propose de distinguer les obligations de la banque lorsqu'elle agit comme commissionnaire (mandataire) et lorsqu'elle vend à ses clients des titres «nostro» (agissant alors comme vendeur).

Sur le plan juridique, l'argumentation de notre rapporteur est parfaitement convaincante. J'ai toutefois quelque peine à le suivre, car en réalité, les rapports entre les banques et leurs clients ne respectent pas cette logique juridique. La difficulté de ces distinctions apparaît d'ailleurs dans la conclusion du rapport, où M. THALMANN relève lui-même la nécessité d'une situation claire aussi bien pour la banque et le client..., tout en reconnaissant qu'en pratique, il est souvent difficile de distinguer, lors d'un entretien entre la banque et son client, quelle est exactement la nature de la prestation offerte par la banque.

Notre rapporteur a certainement raison de souhaiter que les obligations des banques soient clairement définies. Nous pensons que c'est la pratique bancaire elle-même (et non pas la doctrine juridique, comme notre rapporteur semble le dire) qui conduit à confondre trop souvent les cas dans lesquels la banque assume une responsabilité générale pour la gestion de fortune et ceux dans lesquels elle donne seulement certains conseils (ou les cas dans lesquels la banque agit comme commissionnaire ou comme vendeur).

Dans la dernière phrase de son rapport, M. THALMANN écrit «Es muss grundsätzlich Sache des Kunden sein, die Bank wissen zu lassen, ob und wann er von ihrer Erfahrung und ihrem Wissen Gebrauch machen will». A notre avis, c'est au contraire à la banque qu'il incombe de veiller à la clarté de ses rapports avec ses clients. Si cette clarté n'existe pas en fait, on ne peut pas l'introduire après coup par des distinctions juridiques, si logiques soient-elles. On pourrait, bien entendu, m'objecter qu'en pratique, il est très difficile d'opérer ces distinctions et qu'au contraire, la concurrence qui règne dans le domaine de la gestion de fortune pousse plutôt les banques à offrir simultanément des services variés et flexibles. Mais si tel est le cas, le droit ne peut que prendre acte de cette situation: il ne peut pas rectifier la réalité.

*En droit public*, M. HERTIG insiste sur la différence entre deux actions possibles de l'autorité de surveillance: l'action «ex ante» et l'action «ex post». On considère généralement que l'action «ex ante» est beaucoup plus «interventionniste», car l'autorité établit ici d'avance des règles générales sur le comportement des banques. Au contraire, l'action «ex post» se borne à sanctionner après coup les abus, dans des cas concrets: la nécessité d'une telle mesure est donc plus facilement admise.

Notre rapporteur est en principe plutôt favorable à une action «ex post» de l'autorité de surveillance, sans nous dire précisément si c'est parce qu'elle serait *vraiment* moins interventionniste (ou seulement «*conceptuellement*» plus interventionniste, comme il l'écrit à la page 315?) ou si c'est simplement parce qu'elle sera mieux acceptée par les intéressés.

A mon avis, le rapport de M. HERTIG nous montre, au contraire, que la différence entre ces deux actions de l'autorité n'est pas toujours importante, comme d'ailleurs M. ZULAUF vient de le dire il y a quelques minutes. Ainsi, par exemple, pour l'application de l'article 11 de la loi sur les bourses prévoyant des «règles de conduite» pour les négociants en titres, notre rapporteur propose que l'action de l'autorité de surveillance soit uniquement faite «ex post» (page 319). Mais il ajoute que cette pratique pourrait parfaitement conduire à donner des «indications générales» pouvant s'appliquer à l'avenir dans d'autres cas du même genre. Il est vrai que ces «indications générales» pourraient rester plus vagues (et donc plus flexibles) qu'une réglementation «ex ante». En revanche, les effets généraux résultant («ex post») de décisions prises pour sanctionner des abus pourraient se révéler pratiquement plus gênants que des règles adoptées «ex ante», dès lors que l'autorité rédigerait les motifs de sa décision en s'inspirant essentiellement de certains abus qu'elle a constatés dans un cas particulier.

Au sujet des émissions de titres, notre rapporteur exclut aussi la possibilité d'une intervention administrative «ex ante», en relevant ici que le marché primaire a été exclu du champ d'application de la loi sur les bourses. Mais il relève aussitôt qu'une intervention «ex post» de l'autorité serait possible (et même souhaitable), en contrôlant le comportement des banques participant à des syndicats d'émission. M. HERTIG mentionne notamment la possibilité de contrôler «ex post» la transparence des prospectus d'émission ainsi que l'institution d'un représentant qualifié des obligataires. Il me semble que, pour la transparence du prospectus, un contrôle «ex post» peut compromettre davantage la sécurité juridique que l'établissement de règles générales «ex ante». Quant à la désignation d'un représentant des obligataires, s'il est vrai que son absence peut seulement être déplorée dans des cas particuliers où son intervention aurait été nécessaire, il s'agirait pratiquement d'une règle générale destinée à s'appliquer dans tous les cas à l'avenir.

Dans le domaine de la *gestion de fortune*, notre rapporteur propose également que l'autorité limite son intervention à un contrôle «ex post», en vérifiant que la banque a bien donné certaines informations nécessaires à ses clients: notamment sur les modalités de sa rémunération et sur le risque qu'un placement déterminé puisse difficilement être réalisé en cas de besoin, le marché n'étant pas assez liquide. Ici encore, un contrôle «ex post» ne peut que déboucher sur des règles générales s'appliquant à l'avenir.

En définitive, je ne crois pas que la méthode de l'intervention «ex post» soit toujours préférable à l'intervention «ex ante». Certes, une intervention systématique «ex ante» peut conduire l'autorité à réglementer de manière trop générale, trop théorique, en ignorant les réalités de la pratique. Mais il est tout aussi vrai que certaines interventions «ex post» peuvent déployer à l'avenir des effets d'autant plus gênants qu'il n'ont pas été prévus. J'aurais donc tendance à penser que les deux méthodes doivent être judicieusement combinées, ce qui revient aussi à dire qu'il faut viser, si

possible, à la fois une certaine sécurité juridique et une certaine flexibilité dans l'application du droit.

Pour être plus précis, une bonne solution pourrait consister à ce que les organisations professionnelles (et notamment l'Association suisse des banquiers) adoptent «ex ante» des règles générales, alors même que la loi fédérale sur les bourses ne prévoit pas expressément l'autorégulation dans ce domaine (contrairement à l'organisation du marché boursier). L'autorité de surveillance serait naturellement consultée par les organisations professionnelles, mais elle ne prendrait pas elle-même l'initiative de ces interventions «ex ante» (et ne serait pas formellement liée à l'avenir par leur adoption). L'autorité de surveillance aurait la responsabilité directe de surveiller le respect de la loi et des règles professionnelles et de prendre le cas échéant les sanctions nécessaires. Si ces cas particuliers révélaient l'utilité d'adopter de nouvelles règles générales, les organisations professionnelles compléteraient les règles qu'elles avaient adoptées. Est-ce un compromis bénéfique acceptable?

**Dr. WERNER DE CAPITANI, Rechtskonsulent der Schweizerischen Kreditanstalt, Zürich**

Das Bankengesetz von 1934 war als Gläubigerschutzgesetz konzipiert. Um nach den turbulenten späten 60erjahren diese Zwecksetzung zu verdeutlichen, wurde das Gesetz 1971 ergänzt. Nach Art. 3 Abs. 2 lit. a darf eine Bank nur dann ihr Geschäft betreiben, wenn sie Gewähr bietet für eine einwandfreie Geschäftsführung.

Aus diesem Gewährsgebot las die EBK bald einmal heraus, das Bankengesetz bezwecke neben dem Gläubigerschutz auch den «Schutz des Vertrauens in die Banken und des Rufes und Ansehens des Finanzplatzes» (ZULAUF Rz. 24), und sie berief sich bei der Massregelung von Banken verschiedentlich auf dieses Kriterium, das der Phantasie offensichtlich wenig Grenzen setzt.

Nun sagt HERTIG (S. 261, 353 Ziff. 2) dezidiert, heute stehe fest, dass dieser sogenannte Funktionsschutz auch ein Zweck des Bankengesetzes sei. Danach würde sich eine Diskussion erübrigen. Da aber HERTIG (S. 261 f.) wie auch ZULAUF (Rz. 19 ff.) sich bemühen, ihre Behauptungen zu untermauern, sei dennoch ein leises Aufmucken gestattet.

Die Vertreter der EBK haben bisher versucht, diese Zweckausweitung mit Auslegungskünsten zu beweisen. Offenbar befriedigte der Erfolg nicht; ZULAUF wählt nämlich einen anderen Weg. Er argumentiert damit, der Gläubigerschutz sei nicht der einzige Zweck des Gesetzes, und er führt eine stattliche Reihe weiterer Zwecke auf (Rz. 21). Niemand wird bestreiten, dass das an sich zutrifft. Der kleine Unterschied besteht darin, dass das Bankengesetz für jeden der aufgelisteten Nebenzwecke eine entsprechende Grundlage bereithält, und genau das fehlt eben beim Vertrauens- und Rufschutz.

HERTIG scheint den Funktionsschutz in einem engeren Sinn zu verstehen, nämlich als Schutz des guten Funktionierens des Bankensystems (S. 353 Ziff. 2). Damit habe ich etwas weniger Mühe. Zwar wird auch damit nicht die einzelne Bank angepeilt, wie das die Meinung des Gewährsgebotes ist; aber ein stabiles Bankensystem als Ganzes liegt sicher letztlich auch im Interesse der Gläubiger jeder einzelnen Bank. Ähnliches lässt sich aus der mikroökonomischen Begründung von HERTIG herauslesen (S. 261 ff., 353 Ziff. 3). Denn wenn es um die Schaffung eines Informationsgleichgewichtes oder um die Verhinderung von Bankkollapsen geht, so sind das Anliegen, die in einem weiten Sinne auch dem Gläubigerschutz dienen können. Dafür brauchen wir den Schutz des Finanzplatzes nicht zu bemühen.

An der Spruchpraxis der EBK, die sich auf diesen Schutz des Finanzplatzes beruft, beunruhigt mich als Praktiker am meisten die Unvorhersehbarkeit der Entscheide, und ich kann das Vergnügen von HERTIG an diesem Zustand der *insécurité juridique* ebensowenig teilen wie Herr ZULAUF. Denn – wie dieser verschämt antönt (Rz. 77, 79) – die EBK betrachtet sich ja nicht so sehr als an das Gesetz gebunden; im Interesse der «zukünftigen Verhinderung von Missständen nach den Zwecken der Aufsicht» (Rz. 79) beanstandet sie auch Verhaltensweisen, die das Gesetz nicht oder noch nicht verbietet. Es fragt sich, ob der Grundsatz der Legalität der Verwaltung für die EBK nicht gilt.

Dazu kommt, dass uns diese Haltung in ziemlich unheimliche Nähe zum Bereich moralischer oder weltanschaulicher Meinungen der Kommission bringt, die bekanntlich einige Ausrutscher zur Folge hatten. Damit ist die Rechtsunsicherheit total. Noch heute schaudert mich beim Gedanken, dass die SKA schon Pressekonferenzen an ausländischen Finanzzentren abgehalten hat. Wer garantiert mir, dass die EBK das nicht als Verhalten wertet, das dem Ansehen des Finanzplatzes Schweiz schadet? Oder was hindert die EBK daran, sich unter Berufung auf dieses Ansehen auch in die Geschäftspolitik einer Bank einzumischen? Geht es sie etwas an, wenn die SBG unter heftigem Geraschel im Blätterwald die Einführung von Einheitsaktien vorschlägt?

Der Spielraum ist allzu gross, den die EBK sich auf diese Weise angemasst hat. Man sollte deshalb langsam an die Beerdigung des Funktionsschutzes denken. Das umso eher, als die einzelnen Entscheide zeigen, dass die Anrufung des Finanzplatzes jeweils eine unnötige kosmetische Draufgabe, in heutiger Sprache eine Worthülse war. Selbst im vielzitierten Schiffshypothekenfall (BGE 111 Ib 126) hätte sich das Verhalten der betreffenden Bank ohne weiteres als sittenwidrig nach OR 20 und damit als Missstand im Sinne von BankG 23<sup>ter</sup> bezeichnen und rügen lassen.

Wohin der allzu lockere Umgang mit Normen führt, das ergibt sich aus dem Beitrag von CHAUDET. Dieser Beitrag macht mich insofern etwas ratlos, als in der partie générale viele geradezu futuristische Thesen über die Haftung einer Bank aus mangelnder Sorgfalt aufgestellt werden; aber

in der partie spéciale lesen wir dann meist, dass sie der Rechtslage in der Schweiz nicht entsprechen.

Anders verhält es sich offenbar mit der Gewährsbestimmung. Hier bleibt CHAUDET bei seiner innovativen Ansicht, das sei eine Norm, deren Verletzung eine Widerrechtlichkeit nach OR 41 bilde. Die EBK hat ja aus dem Gewährsgebot abgeleitet, eine Bank sei verpflichtet, bei unüblichen Transaktionen sich über deren wirtschaftlichen Hintergrund zu informieren. Daraus folgert CHAUDET, wer sich bei einer Kreditgewährung nicht nach den wirtschaftlichen Hintergründen des Kreditbegehrens erkundige, könne zivilrechtlich haftbar werden, und das wohlgerichtet nicht nur dem Kreditnehmer gegenüber, sondern aufgrund der Schaffung einer apparente dignité de crédit sogar Dritten gegenüber (Rz. 49, 126, 134). Nun ist Ihnen allen bekannt, dass die Banken sich durchaus für die Bonität des Schuldners und in der Regel auch für den Zweck des angesuchten Kredites interessieren. In der Tat meint CHAUDET mehr als das. Er spricht vom octroi fautif d'un crédit nuisible (Rz. 109) und nennt als Beispiele unter anderem den zu hohen (Rz. 126) und den zu geringen Kredit (Rz. 128). Er plädiert also recht eigentlich für eine Bevormundung des Kreditnehmers; die Bank soll entscheiden nicht bloss, ob er kreditwürdig ist, sondern welches sein eigentlicher Kreditbedarf ist. Unsere Kunden werden das mit Begeisterung zur Kenntnis nehmen. Dazu kommt, dass uns ein solches Postulat in bedenkliche Nähe zu strukturpolitischen Entscheiden bringt; und davon sollen die Banken die Hände lassen.

Zu ergänzen ist, dass CHAUDET mit diesen Ansichten ohnehin nur einen Teil des Kreditgeschäftes erfasst. Ich würde es überhaupt als Mangel dieses Beitrages bezeichnen, dass er sich zu den Grosskrediten kaum äussert. Dabei stellen sich interessante Sorgfaltfragen etwa beim Konsortialkredit (dürfen sich die Konsorten auf die Hintergrundabklärung durch die federführende Bank verlassen?) oder beim Rahmenkredit, der einem international tätigen Konzern eröffnet wird und von dem weltweit alle Konzerngesellschaften ziehen können. Auch hätte ich gerne erfahren, was man bei einem Betriebskredit erfragen muss, der zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs dient (vgl. Rz. 88 und 102).

Das führt mich dazu, dass ich CHAUDET bei dieser Fruktifizierung des Gewährsgebotes die Gefolgschaft verweigern muss. Im übrigen sind heute die Fragen um Herkunft und Verwendung von Vermögenswerten Gegenstand der Geldwäschereibestimmungen des StGB, so dass sich der Bezug des Gewährsgebotes ohnehin erübrigkt.

Dr. RAINER SCHUMACHER, *Rechtsanwalt, Baden*

Die strenge *Informationspflicht* der spezialisierten Dienstleistungsunternehmen liegt im Trend. Zu Recht wird sie auch von Prof. CHAUDET bei

der Behandlung des *Kredites* hervorgehoben<sup>1</sup>. Bei der Gewährung von *Baukrediten* besteht in der Praxis ein grosses *Informationsdefizit*. Das ist besonders schmerzlich, weil Baukredite einen wichtigen Teil des Bankbetriebes bilden und häufig zum Retail-Geschäft gehören, das früher als das Geschäft mit dem «kleinen Mann» bezeichnet wurde, der ein einziges Mal in seinem Leben als Bauherr oder Käufer eines neuen Hauses oder einer neuen Eigentumswohnung einen Immobilienkredit benötigt und deshalb unerfahren ist. Er hat deshalb regelmässig keine Ahnung vom *Bauhandwerkerpfandrecht*. Obwohl die Bank in Art. 837 ff. ZGB nicht ausdrücklich erwähnt ist, belasten Bauhandwerkerpfandrechte meistens Bau- und Kaufobjekte, die mit Hilfe eines Bankkredites teilweise finanziert wurden. Ansprüche aus dem *Vorrecht* gemäss Art. 841 ZGB richten sich fast ausschliesslich gegen Banken.

Ein *Beispiel* für dieses Informationsdefizit, stellvertretend für viele ähnliche Fälle und mit einem nationalen Bezug: Eine Regionalbank gewährt einem Koch, Angestellter in einer Kantine, einen Baukredit von Fr. 600'000.— für den Umbau eines Hauses durch einen Ein-Mann-Totalunternehmer, ohne die Vorlage eines schriftlichen Werkvertrages zu verlangen. Der Baukredit wird in pauschalen Tranchen diesem Totalunternehmer ausbezahlt. Weder beim Abschluss des Kreditvertrages noch bei dessen Benutzung wird der Koch auf das Risiko von Bauhandwerkerpfandrechten aufmerksam gemacht, die ihm dann plötzlich hereinschneien, wie aus einer Schneekanone geschleudert. Die Bank ahnt, dass ihr kleiner Kunde nicht mit ihr prozessieren will, und lehnt ein Gespräch unter der Leitung des Banken-Ombudsmannes ab, worauf dieser sich mit bedauerndem Achselzucken als unzuständig erklärt.

Das *Bundesgericht* hat in den letzten Jahren die Anforderungen an die Aufklärungs- und Beratungspflicht des Beauftragten zusehends *verschärft*. Aus der Treue- und Sorgfaltspflicht, welche auch die Bank ihrem Kunden schuldet<sup>2</sup>, ergibt sich, dass Interessen des Kunden umfassend zu wahren sind und alles zu unterlassen ist, was diesem Schaden zufügen könnte. Der Fachmann hat *unaufgefordert* und *rechtzeitig* sowie *umfassend* aufzuklären und insbesondere auf mögliche Risiken hinzuweisen<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> FRANÇOIS CHAUDET, ZSR 1994 II, S. 74.

<sup>2</sup> FRANÇOIS CHAUDET, ZSR 1994 II, S. 72; *obligation de fidélité*; gemäss DIETER ZOBL, Der Baukreditvertrag, BR 1987, S. 3 ff., insbesondere S. 4 mit Verweisungen auch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Fussnote 14, ist der Baukreditvertrag ein *Innominatekontrakt*, auf den auch die Vorschriften über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) anwendbar sind; zu den grundsätzlich ausserordentlich hohen Anforderungen an die Sorgfalts- und Treuepflicht inkl. Informationspflicht der Banken vgl. auch WOLFGANG WIEGAND, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der ABG-Problematik, in: Aktuelle Probleme im Bankrecht, Bern 1994, S. 140 f.

<sup>3</sup> Vgl. beispielsweise BGE 115 II 65 und 67, 116 II 521 ff.; vgl. auch den von FRANÇOIS CHAUDET, ZSR 1994 II, S. 29 zitierten, unveröffentlichten Entscheid des Kantonsgerichtes des Kantons Waadt vom 23. November 1989.

Das Rechtsinstitut des Bauhandwerkerpfandrechtes will in erster Linie *präventiv* wirken. Es will sicherstellen, dass der Baukredit den wertvermehrenden Unternehmern zugute kommt und nicht zweckentfremdet wird. Bauhandwerkerpfandrechte sollen *verhütet* und *nicht eingetragen* werden. Dazu können die Banken einen noch stärkeren Beitrag als bis anhin leisten, indem sie *aufklären* und *beraten*<sup>4</sup>. Aufklärung bedeutet, die Unwissenheit vieler, auch an sich geschäftserfahrener Bankkunden über das Bauhandwerkerpfandrecht beseitigen. Beratung bedeutet, dass den Baukreditkunden effiziente Schutzmassnahmen empfohlen werden<sup>5</sup>. Dies liegt auch im Interesse der Banken. Nicht nur haften sie wegen Verletzung ihrer *Informationspflicht*<sup>6</sup>, wenn sie ihre Klienten nicht über das Risiko von Bauhandwerkerpfandrechten aufklären, sondern sie können auch gegenüber den Unternehmern ersatzpflichtig werden, wenn diese ein Vorrecht gemäss Art. 841 ZGB besitzen.

Dass die nötige Aufklärung und Information noch allzu häufig fehlt, führe ich teilweise auf eine mangelnde, lückenhafte Instruktion des Bankpersonals zurück. Eine Aufklärungs- und Ausbildungslücke möchte ich mit meinem Appell schliessen helfen.

M. JEAN HEGETSCHWEILER, *avocat, Genève*

Les excellents travaux des rapporteurs ont permis de mieux définir les contours du devoir de diligence. Qu'ils en soient remerciés.

Dans la pratique, il arrive que le lésé rencontre sur son chemin des obstacles que le débat académique ne connaît pas. Ainsi dans un cas récemment soumis aux Tribunaux, le lésé a réussi à convaincre le juge que le devoir de diligence n'a pas été respecté. Et pourtant le Tribunal a refusé le dédommagement: la preuve que les pertes subies étaient dues aux actes illicites accomplis n'a pas été rapportée. La banque s'était contentée de déclarer qu'elle avait remis tous les documents en sa possession et que ceux que le demandeur réclamait n'existaient pas (il s'agissait de documents internes permettant d'identifier qui était l'auteur des opérations boursières, comment les titres achetés étaient répartis entre les différents clients).

Certains comptes recevaient tardivement des attributions d'opérations favorables, alors que d'autres comptes se voyaient attribuées «les déchets». Ces derniers généraient les pertes. Or cette documentation-là, seule la banque la possède.

---

<sup>4</sup> Vgl. FRANÇOIS CHAUDET, ZSR 1994 II, S. 62: obligation de conseil.

<sup>5</sup> Vgl. beispielsweise RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Auflage, Zürich 1982, Nr. 496 ff.

<sup>6</sup> Vgl. FRANÇOIS CHAUDET , ZSR 1994 II, S. 74.

Dans son ouvrage sur le droit bancaire, le professeur PETER NOBEL cite un arrêt du Tribunal fédéral, non publié, datant du 20 octobre 1978 qui impose à la banque de collaborer sur le plan de la documentation même si les rapports entre elle et son client sont terminés.

Voilà me semble-t-il un cas d'application d'un aspect spécifique du devoir de diligence; votre opinion m'intéresserait.

(PETER NOBEL «Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz», Bern 1979 pages 306 f.)

Der Gesprächsleiter, M. JEAN-PAUL CHAPUIS, gibt den Berichterstattern Gelegenheit zu ergänzenden Stellungnahmen.

Dr. CHRISTIAN THALMANN

Herr Professor HIRSCH, ich habe ein gewisses Verständnis für Ihre Bemerkung. Sie haben mich aber an einem zentralen Punkt angegriffen, und ich möchte darum nochmals kurz erklären, warum ich in meinem Referat auf begriffliche Unterscheidungen so sehr Wert gelegt habe. Wenn man sich in der Literatur umsieht, stellt man nämlich eine bedenkliche Tendenz zur «Verflüssigung der Kategorien» fest: Diese Tendenz beruht nicht nur auf Schludrigkeit, sie ist auch durch rechtspolitische Absichten motiviert. Dies zeigt sich etwa in der deutschen Theorie zur Aufklärungspflicht der Bank, wo man zwischen der Beratung im Sinne eines Vertrages auf Leistung von Information und der vorvertraglichen Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit Anlageerwerbsgeschäften schon darum nicht unterscheiden will, weil man die umfassenden Sorgfaltspflichten der Bank bei der Anlageberatung auf den Fall der vorvertraglichen Aufklärung übertragen möchte. Dabei handelt man sich aber eine kolossale Rechtsunsicherheit ein. Ein anderes Feld, das von Herrn Professor HIRSCH angesprochen wurde, ist das Auftragsrecht. Es wird immer wieder behauptet, das gesamte Bankvertragsrecht sei vom Auftragsrecht beherrscht. Auch diese Tendenz ist rechtspolitisch motiviert. Wenn man die Bank schlechthin als Beauftragte anspricht, so gibt einem dies natürlich das Gefühl, man könne die Bank schon wegen der in Art. 398 OR ausdrücklich vorgesehenen Sorgfaltspflicht besonders stark in Pflicht nehmen und besonders hohe Anforderungen an sie stellen. Doch wir kommen nicht darum herum, im Bankvertragsrecht zu unterscheiden zwischen Rechtsgeschäften, die dem Auftragsrecht zugehören, und solchen, für die das eben nicht gilt. Was nicht ausschliesst – das habe ich auch versucht darzustellen –, dass man gelegentlich gewisse Elemente aus dem Auftragsrecht, nämlich die Treuepflicht, auf die nicht vom Auftragsrecht beherrschten Bereiche des Bankvertragsrechts überträgt. Und da kommt man dann zu subtilen, nach Meinung von Herrn HIRSCH vielleicht allzu subtilen gedanklichen Unterscheidungen und setzt sich dem Vorwurf aus, Begriffsjuristerei zu betreiben. Aber irgendwo muss man ja einmal anfangen zu denken. Es ist unbefriedigend, wenn aus dem komplexen Bankvertragsrecht ein Einheitsbrei gemacht wird.

Herr HIRSCH hat vor allem bemängelt, dass meine juristische Unterscheidung zwischen dem Vermögensverwaltungsauftrag mit Überwachungspflicht und der Anlageberatung als einem einmaligen Geschäft, das keine Pflicht zur nachfolgenden Überwachung in sich schliesst, der Realität nicht immer entspreche. Ich stimme dem zu. Wenn eine Bank laufend mit ihrem Kunden in Kontakt steht, kann der Eindruck beim Kunden entstehen, die Bank überwache sein Konto. Hier sollte die Bank zwischen sich und dem Kunden Klarheit darüber schaffen, wer für die Überwachung des Vermögens zuständig und verantwortlich sein soll. Dies ist ja auch das Anliegen der Richtlinie der Bankiervereinigung zum Verwaltungsauftrag. Dort wird deutlich gesagt, ein Verwaltungsauftrag müsse schriftlich erteilt werden. Die Richtlinie will sich damit natürlich nicht in Widerspruch setzen zum zivilen Auftragsrecht, das ja die mündliche Erteilung eines Auftrags zulässt. Gemeint ist vielmehr, dass die Bank den Kunden im richtigen Moment vor die klare Frage stellt: Soll ich nun Dein Vermögen überwachen, oder tust Du es? Liegt die Verwaltung aber einmal bei der Bank, so sollte der Kunde deren Anlagepolitik nicht durch eigene Dispositionen stören. Eine Bank tut gut daran, wenn sie dies nicht zulässt.

Ich bin also einverstanden mit Herrn Professor HIRSCH, wenn er feststellt, dass in der Bankpraxis die Grenzen zwischen den Geschäften und den Verantwortlichkeiten nicht immer deutlich gezogen werden. Abhilfe müsste aber gesucht werden nicht über einen Verzicht der Theorie auf klare Unterscheidungen, sondern dadurch, dass in der Praxis deutlicher als bisher Klarheit darüber geschaffen wird, wer wofür verantwortlich ist. Wenn ich Herrn HIRSCH richtig verstehe, wünscht er sich, dass die Bank auch einen Beitrag leistet zur Schaffung klarer Verhältnisse, und in diesem Punkt gehe ich mit ihm einig. In diesem Sinne ist dann wohl auch der letzte Satz meines schriftlichen Referats zu präzisieren.

#### M. FRANÇOIS CHAUDET

Quelques commentaires, puisque le droit privé a failli passer dans l'ombre et qu'il suscite visiblement moins d'interrogations fondamentales que le droit public. C'est du moins le sentiment que je retire des dernières interventions.

Permettez-moi donc de revenir essentiellement sur les propos de M. DE CAPITANI, propos que j'attendais, non pas qu'il me fussent annoncés, mais parce qu'ils étaient dans l'air: il y a des choses, des sujets, des tabous qu'on ne touche pas sans provoquer des phénomènes de rejet. Ces derniers me paraissent dans l'ordre des choses. Je tiens d'ailleurs à souligner que je suis très reconnaissant à M. DE CAPITANI de m'avoir facilité en partie mon étude par les renseignements qu'il m'a fournis. Je veux revenir essentiellement à deux points qu'il a soulevés.

Au fond, il fait à mon rapport un premier reproche, à savoir que mes thèses sont futuristes ou utopistes et ne correspondent pas à l'état actuel

du droit suisse. Je rappelle que, dans l'introduction de mon rapport, j'ai relevé la difficulté qu'il y a à parler de la banque au moment où celle-ci est dans la tourmente. Je ne veux pas évoquer des cas concrets; ils sont dans l'esprit de chacun. Il est extrêmement difficile d'aborder aujourd'hui la tentative d'une théorie du crédit en dehors des articles 1 ss CO, c'est-à-dire si l'on cherche à sortir de la dimension purement technique de l'instrument juridique du crédit, ou si l'on essaie d'aller plus loin, c'est-à-dire vers une théorie finaliste du crédit. C'est difficile de le faire dans la présente époque et j'ai personnellement tenté un grand effort de résister à toutes les tendances un peu affectives qui se manifestent en ce moment à ce sujet. Je voudrais dire à M. DE CAPITANI que ce ne sont pas mes thèses qui sont futuristes, c'est la doctrine suisse qui est en retard et en très grand retard par rapport, d'une part, à l'état des droits des grands Etats développés et, d'autre part, à la position de la place financière suisse. Bien avant les tourments actuels du crédit, les jurisprudences française et allemande, ainsi que les doctrines de ces pays, ont consacré une partie de leurs efforts à maîtriser ce problème. Il m'a paru dès lors intéressant non pas d'aller chercher des modèles et de les copier, mais de voir dans quelle mesure on peut faire un pont entre des idées dont je reconnais en partie le caractère futuriste et l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence suisse. En deuxième lieu, j'ai cherché à établir un pont entre le droit positif et le problème particulier causé par les dommages financiers causés à des tiers par des crédits qui, quoiqu'on en dise, paraissent aujourd'hui totalement injustifiés, injustifiables pour ne pas dire scandaleux, à savoir des crédits qui n'auraient jamais dû être accordés.

Face à cette situation, le juriste a deux attitudes possibles: soit fermer les yeux et ne pas aller plus loin que le stade de la réponse technique ou se dire qu'il faut créer une norme permettant de sanctionner ce type de situation. A partir du moment où l'on propose d'appliquer l'article 3 de la loi sur les banques comme norme protectrice, cela signifie-t-il que l'on tombe dans cette extrémité de la mise du client sous tutelle, «Bevormundung des Kreditnehmers»? Je souhaite ici rappeler un mot important de mon rapport: si l'on a toujours considéré que le crédit était «intuitu personae», je crois que l'on n'a jamais écrit et que l'on n'a jamais dit qu'il était aussi «intuitu rei». Au fond, tout l'effort de mon rapport tend à replacer le crédit dans son contexte économique, matériel, afin de ne pas en faire un acte abstrait.

Voilà en guise de conclusion ce que je souhaite répondre. Si j'ai senti un peu de nervosité sur ma droite, vous me permettrez de répondre à M. DE CAPITANI et aux autres banquiers qu'il y a dans ma démarche un élément essentiel dans le sens du libéralisme économique, à savoir de chercher des réponses dans le droit privé à une époque où l'on a fâcheusement tendance à chercher toutes les solutions sur le terrain du droit public.

Je vous remercie.

**M. GÉRARD HERTIG**

ALAIN HIRSCH relève que la différence entre interventions *ex ante* et *ex post* n'est pas toujours importante, l'approche *ex post* n'étant d'ailleurs pas nécessairement préférable. Dès lors, il suggère de combiner les deux méthodes, par exemple en laissant les organisations professionnelles adopter *ex ante* des règles générales.

J'ai relevé dans mon rapport (p. 315) que les approches *ex ante* et *ex post* peuvent coexister et que, d'un point de vue pratique, elles se distinguent parfois davantage par le moment où les exigences de l'autorité de surveillance sont explicitées que de toute autre manière. J'ai également indiqué (p. 297) qu'un recours accru à l'autorégulation en raison de la non formulation d'exigences précises par l'autorité de surveillance ne devrait pas porter atteinte à la compétitivité da la place financière.

C'est dire que nos conceptions ne sont pas fondamentalement différentes. Cependant, il me semble important de souligner le caractère préférable de l'adoption d'une approche essentiellement *ex post* par l'autorité du surveillance, notamment dans l'hypothèse où cette dernière estimerait (à tort ou à raison) que l'autorégulation ne fonctionne pas de manière satisfaisante. En effet, les approches *ex ante* et *ex post* font alors plus que se différencier «conceptuellement»: leur impact *pratique* peut être notablement différent, du moins si l'on admet qu'une certaine insécurité juridique est souhaitable.

En premier lieu, le choix d'une approche avant tout *ex post* se manifeste inévitablement par une diminution quantitative de la production normative. L'article 11 de la loi sur les bourses en fournit un bon exemple. Dans un régime *ex post*, cette disposition peut être considérée comme suffisamment explicite pour qu'il ne soit pas nécessaire de la préciser par voie d'ordonnance, de circulaire ou de directive. En revanche, dans un régime *ex ante*, l'autorité de surveillance aura de la peine à éviter d'élaborer des précisions normatives qui, si l'on ne veut pas se borner à exprimer des évidences, seront nécessairement détaillées – et présenteront dès lors les inconvénients mentionnés dans notre rapport (pp. 292ss).

En deuxième lieu, le choix d'une approche avant tout *ex post* permet de se borner à fournir de simples indications générales, ce qui se traduit par une amélioration qualitative (flexibilité) de l'intervention de l'autorité de surveillance. Un bon exemple en est fourni par mes propositions relatives aux émissions publiques et à la gestion de fortune (pp. 345 ss). Elles n'ont pas, dans ma conception, à déboucher sur des règles générales, mais sont suffisamment explicites pour qu'elles n'aient pas à être précisées.

Bien entendu, cela signifie que l'autorité de surveillance devra veiller à réduire au minimum les considérants juridiques de ses décisions: à défaut, le risque existe de voir les abus constatés dans un cas particulier faire l'objet de généralisations malvenues. On notera toutefois que ce risque se matérialise déjà dans la pratique actuelle de la CFB (voir mon rapport p. 292). Par ailleurs, si l'on admet que les décisions da la CFB

n'ont pas *per se* une mission normative (caractère souhaitable d'une certaine insécurité juridique), on doit reconnaître que, dans les situations abusives, les faits parlent d'eux-mêmes et que le respect de l'article 4 CST n'exige pas de longs développements juridiques. En conséquence, l'adoption d'une approche avant tout *ex post* par l'autorité de surveillance ne présente pas, à cet égard, d'inconvénient notable par rapport à une approche avant tout *ex ante*.

#### Fürsprecher URS ZULAU

Herr DE CAPITANI hat mich etwas beunruhigt. Er hat mich so glimpflich behandelt, dass ich fast Angst haben muss, etwas falsch gemacht zu haben. Aber Spass beiseite. Herr DE CAPITANI hat im Sinne eines ceterum censeo die alte Diskussion über den Zweck der Bankenaufsicht aufgenommen. Er bezweifelt das Ziel, welches ich im Referat Vertrauens- oder Rufschutz genannt habe (S. 378 ff. und 473 ff.). Gemeint ist der Schutz des Vertrauens der Kunden und der in- und ausländischen Öffentlichkeit in ein korrektes Bankensystem. Davon ist nach meiner Auffassung der Funktionsschutz zu unterscheiden, nämlich das Bestreben, Kettenreaktionen nach einem Bankzusammenbruch im Interesse des Bankensystems und der gesamten Volkswirtschaft zu vermeiden. Andere Autoren verwenden jedoch Vertrauens- und Funktionsschutz synonym.

Ich hege leise Zweifel, ob Herr DE CAPITANI tief im Grunde seines Herzens wirklich daran glaubt, wenn er den Vertrauensschutz anzweifelt. Zum einen ging er wenig auf die im Referat vorgebrachten Argumente ein. Nehmen zum anderen wir einmal an, wir würden das Rad der Praxis und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zurückdrehen und die Aufsichtstätigkeit strikt nur auf den Schutz der Gläubiger ausrichten. Zulässig wäre, was nicht direkt und unmittelbar die Gläubiger gefährdet. Käme nicht bald der Ruf nach mehr Vertrauensschutz durch die beaufsichtigten Banken selbst? Würden sie nicht zurückwünschen, was sie nun angeblich ins Pfefferland wünschen? Vielsagend ist in dieser Hinsicht die Reaktion der Banken auf die geplante Geldwäschereigesetzgebung des Bundes. Sie lautete verkürzt: Wir Banken brauchen keine neuen Regeln, da wir bereits den Regeln der Bankenaufsicht unterstehen. Der Vertrauensschutz ist auch international weitgehend unbestritten. So kann zum Beispiel Geldwäscherei in einer Bank weltweit keinen Bankaufseher kalt lassen.

Unterstützen möchte ich Herrn DE CAPITANI aber in seiner Kritik an der von Professor CHAUDET postulierten «Drittschutzwirkung» der aufsichtsrechtlich postulierten Sorgfaltspflicht zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe (S. 38 f.). Diese Pflicht wurde im Interesse der Bank selbst und ihrer Gläubiger formuliert, sowie um im Sinne des Vertrauensschutzes zu verhindern, dass die Banken sich an rechts- oder sittenwidrigen Handlungen ihrer Kunden beteiligen. Es ginge aber meines Erachtens zu weit, daraus eine Verbotsnorm im Sinne des Haftpflichtrechts zum Schutz

der Geschäftspartner der Bankschuldner abzuleiten. Überhaupt habe ich etwas Mühe mit einer derart ausgedehnten Vertrauenshaftung. So ist doch der Umstand, dass eine Bank einem bedrängten Schuldner noch mehr Kredit gibt, keineswegs vertrauensfördernd, eher im Gegenteil. Die Aufsichtsbehörde muss schon zufrieden sein, wenn die Banken in ihrem eigenen und im Interesse ihrer Einleger die Kreditprüfung sorgfältig vornehmen. Nur in Ausnahmefällen sollten aber die Schuldner und ihre Geschäftspartner etwas aus der unsorgfältigen Kreditprüfung einer Bank ableiten können.

M. JEAN-PAUL CHAPUIS, *directeur des débats*

Mesdames et Messieurs, il ne me reste plus qu'à terminer presque à l'heure avec l'espoir que les nombreux responsables de banques qui sont dans cette salle malgré ce qu'ils ont lu dans les rapports et entendu cet après-midi iront à leurs bureaux lundi. Je vous remercie.



Sitzung vom Sonntag, den 16. Oktober 1994,  
im Hotel Zürich

### **III.**

#### **Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins Assemblée générale de la Société suisse des juristes**

Der Präsident eröffnet die 128. Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins um 9.00 Uhr. Er begrüßt sehr herzlich den Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Herrn Bundesrat ARNOLD KOLLER, dessen Ansprache den offiziellen Teil beschliessen wird, und Herrn MARTIN VON WALTERSKIRCHEN vom Generalsekretariat des EJPD. Ihre persönliche Teilnahme am ganzen heutigen Anlass ist ein Beweis für das produktive Zusammenwirken, das die Beziehungen zwischen EJPD und Juristenverein seit jeher auszeichnet.

Als Stimmenzähler werden gewählt:

BERND MOSSNER, Dr. iur., Zürich  
DANIEL GIRSBERGER, Dr. iur., Zürich

Traktanden

1. Bericht des Präsidenten
2. Jahresrechnung und Revisionsbericht  
Abnahme der Jahresrechnung
3. Voranschlag 1994/95
4. Festsetzung Jahresbeitrag 1994/95

5. Bericht der Stiftung Rechtsquellenfonds
6. Bibliographie des Schweizerischen Rechts
7. Vontobel-Preisfonds
8. Neuwahlen in den Vorstand

Vorschläge:

FRANÇOIS DESSEMONTET, Professeur, Lausanne;  
 CHRISTOPH LEUENBERGER, Kantsrichter, St. Gallen;  
 BEATRICE WAGNER PFEIFER, Advokatin, Basel

Wahl des Präsidenten

Vorschlag:

ALAIN WURZBURGER, Bundesrichter, Lausanne

9. Überreichung der Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

### *1. Bericht des Präsidenten – Rapport du président*

Der Schweizerische Juristenverein wurde 1861 in Luzern gegründet, laut Protokoll mit dem obersten Ziel «der Erreichung eines einheitlichen Rechts zum Nutzen und Segen des Vaterlandes».

Ein Jahr danach, am 9. September 1862, fand dann in Zürich der erste Schweizerische Juristentag statt. Zwei statutarische Zwecke wurden in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht als Verbandsorgan hervorgehoben, nämlich

- die Hebung des Juristenstandes
- die Förderung der schweizerischen Rechtsentwicklung.

Gegenüber ursprünglich rund 100 Vereinsangehörigen – schweizerischen Juristen aus allen Tätigkeitsgebieten des Rechts – weist der Juristenverein heute einen Bestand von nahezu 4'000 Mitgliedern auf, und wir hoffen, dass diese Zahl durch den kontinuierlichen Beitritt aus den Reihen des juristischen Nachwuchses bald einmal die magische Grenze von 4'000 überschritten haben wird.

Im abgelaufenen Vereinsjahr ist uns eine Reihe geschätzter Kolleginnen und Kollegen durch den Tod entrissen worden. Ich bitte Sie, sich zum Gedenken an die Verstorbenen zu erheben.

In der hier zur Diskussion stehenden Vereinsperiode vom 1. Juli 1993 bis 30. Juni 1994 hat sich der siebenköpfige Vorstand neben den laufenden Alltagsgeschäften hauptsächlich mit folgenden Aufgaben befasst.

Planung, Organisation und Durchführung der Jahreskongresse

- a) Der Kongress vom 22./23. Oktober 1993 in Fribourg mit seiner auf das Europarecht ausgerichteten Thematik ist auf grosses allgemeines Interesse gestossen und wirkt heute noch in den vier Referaten nach, die

- teilweise geradezu die Dimensionen eines umfassenden Kompendiums auf dem betreffenden Sachgebiet angenommen haben.
- b) Was den diesjährigen Kongress vom 15./16. Oktober 1994 betrifft, so freut uns, dass eine Rekordzahl von Teilnehmern und Teilnehmerinnen der Einladung nach Zürich gefolgt sind, um einander hier zu begegnen und sich mit einem besonders aktuellen Rechtsgebiet zu befassen.
  - c) Der Juristentag vom 29./30. September 1995 in Schaffhausen, für den der einheimische Juristen-Verein bereits mit den Vorbereitungen begonnen hat, wird mit den Themen: Die Politisierung des Strafrechts und die Kriminalisierung des Alltags sowie: Die Treuhand, sowohl die Zivil- als auch die Strafrechtler ansprechen.
  - d) Ein Novum wird der Juristentag vom 7./8. Juni 1996 in Lausanne bringen. Das schon vor einiger Zeit konzipierte Thema: Die Stellung des Anwalts in der heutigen Gesellschaft, zog nämlich nach sich, dass der Schweizerische Juristenverein und der Schweizerische Anwaltsverband beschlossen haben, den wissenschaftlichen Teil des Anwaltstages und des Juristentages zusammenzulegen. Damit wird zugleich auch die geistige Verbundenheit der beiden Organisationen bekundet. Die einzigartige Möglichkeit, den Kongress im modernen Musée et Centre d'Etudes Olympiques in Lausanne (Ouchy) mit seinen für eine solche Veranstaltung idealen Einrichtungen durchzuführen, legte es nahe, zusätzlich ein Thema aus dem Gebiet des Sportrechts (Der Sportler – Mensch oder Ware) bearbeiten zu lassen, wofür bereits zwei besonders qualifizierte Vertreter des juristischen Nachwuchses gewonnen werden konnten. Mit der Wahl des Datums im Juni kommen wir den Bedürfnissen des Schweizerischen Anwaltsverbandes entgegen, der strenger an seinen statutarischen Versammlungstermin gebunden ist als wir. Bei unserem Verein hatten auch frühere Juristentage schon im Sommer anstatt im Herbst stattgefunden.
  - e) Für den Juristentag 1997 sind wir mit den Tessiner Juristen im Gespräch. Als Datum ist das Wochenende des 26./27. September und als Tagungsort Lugano (Palazzo dei Congressi) vorgesehen. Die Themen und weitere Einzelheiten hoffen wir unseren Mitgliedern im Zirkular vom Januar 1995 bekanntgeben zu können.

### Mitwirkung bei verwandten Organisationen

Der Juristenverein wirkt teils durch Mitglieder seines Vorstandes, teils durch andere von ihm bezeichnete Delegierte bei folgenden Organisationen mit.

- Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften (SAGW), Bern
- Schweizerische Juristische Datenbank, Bern
- Schweizerischer Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, Bern
- Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Lausanne

### – Schweizerische Landesbibliothek, Bern

Namentlich die Teilnahme an den relativ häufigen Sitzungen und Veranstaltungen der SAGW ist mit einem erheblichen Engagement verbunden. Es schliesst die Möglichkeit einer Mitarbeit bei den nationalen Forschungsprogrammen ein und reichte im abgelaufenen Präsidialjahr bis zur Beschäftigung mit der neuen eidgenössischen Maturitätsordnung im Rahmen einer dafür eingesetzten Studiengruppe.

### Beziehungen zu ausländischen Juristenvereinen

Kongresstourismus haben der Vorstand und seine Mitglieder allein schon aus Gründen der Kostenersparnis nie betrieben. Im Zeitalter des sich öffnenden Europa drängt sich aber eine Kontaktpflege mit den ähnlich wie der Schweizerische Juristenverein entstandenen und gewachsenen Organisationen Österreichs und Deutschlands auf. In den übrigen Nachbarstaaten der Schweiz haben sich noch keine entsprechenden Zusammenschlüsse gebildet. Am Besuch des diesjährigen Deutschen Juristentags vom 20.-23.9.1994 in Münster verhindert, konnte der Präsident am Österreichischen Juristentag vom 17.-20.5.1994 als Guest (im übrigen auf eigene Rechnung) unmittelbar vor der Volksabstimmung über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union teilnehmen. Die Präsidenten der beiden Nachbarorganisationen, Rechtsanwalt Prof. Dr. HANS-JÜRGEN RABE vom Deutschen Juristentag und Rechtsanwalt GERHARD BENN-IBLER vom Österreichischen Juristenverein halten Gegenrecht und beeilen unseren diesjährigen Juristentag in Zürich mit ihrer Anwesenheit, worüber wir uns sehr freuen.

### Mitgliedschaft beim Schweizerischen Juristenverein

Es ist ein Wunsch und Anliegen des Vorstandes, jeder Juristin und jedem Juristen der Schweiz die Gelegenheit zum Beitritt nahezubringen. Die schweizerischen Juristen gehören je nach ihrem Tätigkeitsbereich ihrem spezifisch darauf bezogenen Berufsverband an. Das Besondere beim Schweizerischen Juristenverein ist es, berufsgattungsüberschreitend weibliche und männliche Juristen, mit welcher rechtlichen Tätigkeit sie sich auch immer beschäftigen, in einem umfassenden Verein zusammenzuschliessen, der wie schon bei der Gründung im Jahre 1861 den Zweck hat, die Kollegialität zu pflegen, den Berufsstand zu heben und die Rechtsentwicklung zu fördern. Der Vorstand legt deshalb jedem Mitglied ans Herz, in seinem Umkreis auf den ethischen und praktischen Wert einer Zugehörigkeit zum Juristenverein aufmerksam zu machen. Je mehr wir dem Wunschziel nahekommen, alle schweizerischen Juristinnen und Juristen zu unseren Mitgliedern zu zählen, desto grösser wird der gegenseitige berufliche, geistige und menschliche Gewinn ausfallen.

*Mutationen*

Dem Verein sind beigetreten

Stand: Juli 1994

*Zürich*

ANDEREgg KARIN, lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Seegräben  
BÄCHTOLD RAHEL, lic. iur., Rechtsanwältin, Zürich  
EFFENBERGER JULIUS, Dr., Rechtskonsulent, Zürich  
GADIENT DIEGO, lic. iur., Rechtsanwalt, Seegräben  
GLAUS HANNES, Dr., Rechtsanwalt, Zürich  
GUBLER MORITZ, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
HANGARTNER SANDRO, stud. iur., Zürich  
HEIDBRINK INGO, lic. iur., Pfäffikon  
HOLENSTEIN STEFAN, lic. iur., Zürich  
JELMINI ELENA, Rechtsanwältin, Zürich  
KÖHLER PETER, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
KROLL MARKUS J., Dr., Zollikon  
MEIER ROLF, Rechtsanwalt, Feldmeilen  
MEILI THOMAS, lic. iur., Zürich  
MÜLLER A., lic. iur., Rechtsanwältin, Zürich  
MÜLLER-BLASER EVELYN, lic. iur., Zürich  
NAEGELI STEFAN D., lic. iur., Rechtsanwalt, Meilen  
NIEDERMANN MARCO, Dr./LL.M., Rechtsanwalt, Zürich  
OLGIATI LORENZO, lic. iur., Zürich  
PETITPIERRE DANIEL, Dr. iur., Rechtskonsulent, Winterthur  
PINNA ROSSANO, Rechtsanwalt, Zürich  
STUMM ANDREA, Fürsprecher, Zürich  
UNHOLZ STEFAN, Rechtsanwalt, Winterthur  
WATTER ROLF, Dr., Rechtsanwalt, Zürich  
WIDMER CHRISTOPH, lic. iur., Zürich  
ZENGER URSt, lic. iur., Uster

*Bern*

ANGEL DANIELLE, Dr., Jurist, Bern  
BURGER-BONO SIBYLLE, Fürsprecherin, Bern  
GIGANDET JACQUES-ALAIN, lic. en droit, avocat, La Neuveville  
GILLIOZ FRANÇOIS, Rechtsanwalt, Bern  
GRABER CHRISTOPH BEAT, Dr., Rechtsanwalt, Bern  
HERREN THOMAS, Fürsprecher, Bern  
KOCHER MARTIN, Fürsprecher, Lyss  
LINDENMANN JÜRG, Fürsprecher, Bern  
MEYLAN MARIE-CLAUDE, lic. iur., Bern  
PARRINO FRANCESCO, Jurist, Biel-Bienne  
STREIT WALTER, Fürsprecher, Zimmerwald  
WALTHER FRIDOLIN MICHAEL, Fürsprecher, Zollikofen

*Luzern*

BÜHLER GREGOR, lic. iur., Rechtsanwalt, Ruswil  
HEER-HENSLER MARIANNE, Dr., Staatsanwältin, Luzern  
MARTI URSULA M., lic. iur., Luzern  
RUDOLF URS, lic. iur., Rechtsanwalt, Emmenbrücke  
THOMA CORNEL, lic. iur., Meggen

*Schwyz*

BÖSCH MATHIS, lic. iur., Brunnen

*Zug*

BAUMANN ANDREAS, lic. iur., Rechtsanwalt, Zug  
KLAAS STEFAN, Dr., Rechtsanwalt, Baar  
SCHNADT PHILIPPE H.M., Rechtsanwalt, Zug  
ZWICKY MARKUS, Rechtsanwalt, Zug

*Freiburg*

CHASSOT ISABELLE, avocate, Granges-Paccot  
FELDER DANIEL, avocat, LL.M., Fribourg  
HAENNI PETER, Prof., Dr. iur., Murten  
JENNY GENEVIEVE, lic. en droit, Marly  
KRAUSKOPF PATRICK, lic. en droit, Fribourg  
MURER ERWIN, Prof., Dr. iur., Murten  
OVERNEY ALEXIS, avocat, Fribourg  
RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Dr. en droit, Fribourg  
TUDOR POP, Fribourg

*Solothurn*

FERAUD MICHEL, lic. iur., Bundesrichter, Nennigkofen  
RYSER-ZWYGART F., Dr., Fürsprech und Notar, Solothurn

*Basel-Stadt*

BREITENMOSER STEPHAN, Dr., Advokat, Basel  
CHRIST EVA, lic. iur., Basel  
DORMANN BESSNICH A., Dr., Advokatin, Basel  
DÜRR DAVID, Dr., Advokat und Notar, Basel  
DUSSY DAVID, Dr. iur., Basel  
HÄUSLER TOM, lic. iur., Advokat, Basel  
MÜNCH PETER, Dr. iur., Basel  
RUTISHAUSER PATRICK, lic. iur., Advokat, Basel

*Basel-Landschaft*

GMÜNDER MARCEL, Dr., Rechtsanwalt, Bubendorf

*Schaffhausen*

FRIEDLI FELIX, lic. iur., Schaffhausen

*Appenzell A.Rh.*

OEXL OLIVIER, lic. iur., Trogen

*St. Gallen*

BÖSCH KATHARINA, stud. iur., St. Gallen

DÖRIG ADRIAN, lic. iur., St. Gallen

FEUERSTEIN NICOLA, Dr., St. Gallen

GLANZMANN LUKAS, lic. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen

KÜRSTEINER JOACHIM, lic. iur., Marbach

SCHMID WALTER, lic. iur., Heerbrugg

VORBRODT SIBYLLE ARLETTE, lic. iur., St. Gallen

*Graubünden*

CATHOMEN PEDER, lic. iur., Rechtsanwalt, Chur

*Aargau*

FRÜH VERA, stud. iur., Baden

SAXER RAINER, lic. iur., Wohlen

*Thurgau*

PARIZZI CLAUDIO, lic. iur., Oberwangen

*Ticino*

CELIO ALFREDO, lic. in diritto, Breganzona

DELMUE, NICOLA, Giurista, Sementina

MUELCHI DAVID, lic. iur., Lugano

POZZI ANDREA, avvocato, Lugano

*Vaud*

BESSO LAURENT M.J., lic. en droit, notaire, Lausanne

BOSSHARD PIERRE-YVES, avocat, Morges

CHAUDET FLORIAN, étud. en droit, Perroy

CHERPILLOD OLIVIER, lic. en droit, avocat, Nyon

COUTAZ THIERRY, juriste, La Tour-de Peilz

DAMIZIA MARCO, étud. en droit, Lausanne

DOERIG EDGAR, lic. en droit, Lausanne

ETTER LAURENT, lic. en droit, Blonay

FELDMANN MATTHIAS, lic. en droit, Lausanne

GOLAY OLIVIER, notaire, Montreux

JOMINI ANDRÉ, lic. en droit, Lausanne

JORNOD MARYSE, avocate, Dr. en droit, Lausanne

KISTLER MARLENE, lic. en droit, Renens

KOCH ANABELLE, Assistante, Pully  
 KOHLI DIDIER, Dr. en droit, notaire, Lausanne  
 LOGOZ FRANÇOIS, Dr. en droit, avocat, Lausanne  
 MULLEGG MARC, lic. en droit, juriste, Lausanne  
 MUSTAKI GUY, Dr. en droit, avocat, Lausanne  
 PIGUET CYRILLE, avocat-stagiaire, Lutry  
 RAMER PHILIPPE, lic. en droit, juriste, Gland  
 ROCH ALAIN, lic. en sc. pol., Lausanne  
 SALOME ISABELLE, lic. en droit, Bougy-Villars

#### *Valais*

EVEQUOZ JACQUES, notaire, Conthey  
 GROSS JEAN-FRANÇOIS, lic. en droit, Martigny  
 NEEMAN ABA, lic. en droit, avocat, Monthey

#### *Neuchâtel*

BOIL CHRISTELLE, étud. en droit, Peseux  
 FELD LAURENT, lic. en droit, Neuchâtel  
 KADDOUS CHRISTINE, lic. en droit, Neuchâtel  
 PAYOT PIERRE, étud. en droit, Neuchâtel  
 RATHGEB ASTRID, juriste, Boudry  
 SCHALLER NICOLAS, lic. en droit, Neuchâtel  
 WYLER ERIC, Prof. Assis., Neuchâtel

#### *Genève*

CAMBI ALESSANDRA, lic. en droit, avocate, Genève  
 DUNAND JEAN-PHILIPPE, Genève 4  
 FILLIEZ FABRICE, lic. en droit, juriste, Genève  
 GERBER ALEXANDRA, lic. en droit, Meyrin  
 GURRY-VEIT SYLVIE, lic. en droit, Genève  
 OCHSENBEIN-BERTHOLET M., lic. en droit, avocat, Genève  
 SCHAER MARKUS, lic. en droit, Genève  
 SUDAN CHRISTOPHE, lic. en droit, Carouge  
 SZALAI ZOLTAN, lic. en droit, avocat, Genève

#### *Ausland*

HIRSBRUNNER SIMON, lic. iur., B-Bruxelles

#### Gestorben sind folgende Mitglieder

Stand: Juli 1994

Eintrittsjahr

1961 ACKERMANN JOSÉ, avocat, Fribourg  
 1975 AGUSTONI OLIVIO, avvocato, Lugano-Massagno  
 1980 ANDREY JEAN ALOYS, notaire, Fribourg

- 1932 BEGUELIN JEAN, Dr. en droit, Neuchâtel  
 1960 BIANCHI ANGELO, avvocato notaio, Lugano  
 1951 FLATTET GUY, Prof., Dr. en droit, Lausanne  
 1952 FREY JAKOB, Dr. iur., Advokat, Basel  
 1923 FRICK WILHELM, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zollikon  
 1966 GIGANDET JACQUES, avocat et notaire, Les Genévez  
 1961 HÜRLIMANN HANS, Dr., alt Bundesrat, Zug  
 1959 KELLER KONRAD, Dr., Rechtskonsulent, Zürich  
 1954 KRAUER HUGO, Dr., Zürich-Wollishofen  
 1943 LOTZ PETER, Dr. iur., Advokat, Basel  
 1941 MARIOTTI GIACOMO, dott. in legge, Locarno  
 1990 MEIER ERICH, Gerichtsberichterstatter, Dietlikon  
 1947 PAVILLON JEAN, notaire, Nyon  
 1956 PETER-RUETSCHI TINA, Dr., Zürich  
 1959 PIGUET OLIVIER, Dr. en droit, avocat, Yverdon  
 1961 POZZI MARIO, dott., avvocato e notaio, Lugano  
 1961 RUTZ ALOIS, Dr., Gerichtspräsident Buetschwil  
 1955 SCHMID-PIANTINI ANATOL, Dr., Luzern  
 1957 SCHWAAR GILBERT, Dr. en droit, avocat, Lausanne  
 1973 SEYDEL JOACHIM, Dr., Jurist, Basel  
 1952 SPRECHER JOSIAS, Dr. iur., Advokat, Langwies  
 1931 STOFER, HELLMUT, Dr., Basel  
 1911 WASMER ERNST, Dr., Zürich  
 1982 WEBER HANS PETER, Dr., Bezirksrichter, Zürich  
 1924 WÜTHRICH ERNST, Dr. iur., Oberrichter, Solothurn

Demissionen liegen vor

Eintrittsjahr

- 1989 AEBERHARD JOERG, Fürsprecher und Notar, Olten  
 1983 AUBERT PIERRE, juriste, Peseux  
 1983 BAENZIGER DANIELA, lic. iur., Zürich  
 1987 BATTEGAY OSCAR, lic. iur., Basel  
 1986 BERGMANN, MICHEL, juriste, Lausanne  
 1962 BERNHARD ROBERTO, Dr., Winterthur  
 1961 BERTHOUD ALAIN, Dr. en droit, avocat, Areuse  
 1970 BESSERT MAURICE, lic. en droit, Itravers / Grone  
 1960 BIERI HANS-WALTER, Fürsprecher, Koeniz  
 1981 BINDELLA FIAMMA, lic. iur., Lugano  
 1983 BLAETTLER STEFAN, lic. iur., Koeniz  
 1965 BOAND FREDY, avocat, La Chaux-de-Fonds  
 1980 BOINAY GABRIEL, juge au tribunal, Porrentruy  
 1980 BOLLA-VINCENZ CLAUDIA, Dr., Fürsprecherin, Ittigen  
 1982 BONARD PAUL, lic. en droit, Lutry  
 1963 BRAENDLI PAUL, eidg. Beamter, Ortschwaben  
 1951 BRAND HUGO, Fürsprecher, Bern

- 1952 BRANDT ANDRÉ, avocat et notaire, La Chaux-de-Fonds  
1985 BRODBECK PETER, Advokat, Liestal  
1969 BUCHLI HEINZ PETER, Dr., Chur  
1983 CELIO GIOVANNI, Faido  
1968 CHAPPAZ CLAUDE, avocat, notaire, Martigny  
1961 COUCHEPIN BERNARD, avocat, notaire, Martigny-Ville  
1984 CRETTI SIBILLA, lic. iur., Fürsprecher, Bern  
1986 CUCCIO ROANNE, juriste, Lausanne  
1988 DAINA SANDRO, lic. en droit, Neuchâtel  
1985 DE CHAMBRIER LORAINE, lic. en droit, Chêne-Bougeries  
1980 DEMIERRE ERIC, notaire, Genève  
1956 DERRON GEORGES, Dr. en droit, avocat, Lausanne  
1986 DOSWALD IVO, Zürich  
1990 DUNAND CHRISTINE, Collonge  
1960 DUSS JOSEPH, Dr., Rechtsanwalt, Schuepfheim  
1989 FINK DANIEL, lic. iur., Schaffhausen  
1984 FLURI KURT, Fürsprecher und Notar, Solothurn  
1976 FONTANET MARGUERITE, Dr. en droit, Genève  
1961 FROTE CHARLES, avocat, Biel/Bienne  
1988 FURRER ANDREAS, juriste, Bern  
1985 GASSMANN ROCHUS, lic. iur., Egg bei Zürich  
1983 GIRAUT FLORENCE, Fribourg  
1992 GOETZ LUKAS, lic. iur., Münchenstein  
1978 HAUG ULRICH, Fürsprecher, Langnau am Albis  
1982 HOFSTETTER KARL, lic. iur., Luzern  
1983 HOLTZHAUER-GAMMA OLGA, lic. iur., Ammerswil  
1960 HONEGGER PETER, Dr., Rechtsanwalt, Kappel a.A.  
1978 HOOGENVOUD-RICHARD D., avocate, Corminboeuf  
1976 HUNGERBÜHLER HANS, Dr., e. Staatsanwalt, Basel  
1981 IMESCH-PFLUEGL HENRIETTE, lic. iur., Schaffhausen  
1958 JACCARD MARC, Dr. en droit, Prangins  
1985 JENT ADRIAN, Dr., Staatsanwalt, Liestal  
1956 JULLIARD HORACE, lic. en droit, Coppet  
1982 JUNOD CHRISTINE, lic. en droit, Plan-les-Ouates  
1990 KAECH BRUNO, lic. iur., Luzern  
1981 LEYRER MARCUS, Jurist, Luzern  
1981 LIPP KURT, Abtwil  
1987 MAJENDIE DOMINIC, Genève  
1958 MANUEL ANDRÉ, Dr. en droit, avocat, Lausanne  
1980 MATHIER GERMANN, Dr., Anwalt u. Notar, Visp  
1988 MEULI-LEHNI ROSWITHA, lic. iur., Rechtsanwältin, Meggen  
1958 MEYER RENÉ, Dr. en droit, avocat, Lausanne  
1978 MÜLLER HEINRICH A., Dr., Rechtsanwalt, Rüschlikon  
1975 MÜLLER JOHN HENRY, Dr., Jurist, Zürich  
1986 NAEF ROLF, Ob. Gerichtssekretär, Zürich  
1965 NARDIN ANDRÉ, lic. en droit, avocat, La Chaux-de-Fonds

- 1979 ODERMATT BERNARD., lic. iur., Murten  
1986 OTAZO EDUARDO, lic. iur., Zürich  
1971 PASCHE JEAN-FRANÇOIS, lic. en droit, Grand-Saconnex  
1949 PASCHOUD JEAN-FELIX, Dr. en droit, avocat, Lausanne  
1986 PFISTER LUKAS, Dr., Rechtsanwalt, Zürich  
1983 PITTEL PAUL-HENRI, Lausanne  
1973 PORAWSKI TADEUSZ, lic. iur., Basel  
1972 REYMOND-DEMING EVELYNE, avocate, Genève  
1977 ROGGER BEAT, Rechtsanwalt, Luzern  
1979 ROHNER JÜRG, Rechtsanwalt, Winterthur  
1968 ROTH URS, Fürsprecher, Bern  
1963 RYTZ-HINDERMANN Werner, Dr., Advokat, Riehen  
1966 SANTSCHI WILLY, Notar, Thun  
1945 SCHAUWECKER HANS, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
1965 SCHERRER HANS, Rechtsanwalt, Teufen  
1971 SCHMID CHRISTIAN, Dr., Rechtsanwalt, Chur  
1969 SCHOCH HANS, lic. iur., Steuerkommissär, Stetten  
1985 SPOTHELFER PASCAL, lic. iur., Bottmingen  
1981 STADLIN MARKUS W., Advokat, Bettingen  
1960 STEULLET ALBERT, procureur, Moutier  
1960 TOMBET ANDRÉ, Genève  
1983 TRANINI EZIO, lic. en droit, Fontaines  
1983 VEUTHEY FRANÇOIS, lic. en droit, Martigny  
1986 VEUVE DANIEL, avocat-stagiaire, Corcelles  
1982 VIRCHAUX ALAIN, lic. en droit Neuchâtel  
1959 VOGT HANS-UELI, Zürich  
1987 VOIROL-HAUSER CHRISTINE, lic. en droit, Bern  
1959 VON SCHULTHESS HANS-C., Dr., Rechtsanwalt, Zürich  
1984 WAGNER-MESCIACA DENISE, avocate, Genève  
1988 WEBER RENAUD, lic. iur., Biel/Bienne  
1989 WEIBEL KATRIN, Bolligen  
1959 WIDMER ERNST, Dr., Rechtsanwalt, Ebmattingen  
1975 WOLPERT-LOOSLI COLETTE, avocate, Wörthsee/Steinbach  
1983 WÜSTINER HANSPETER, lic. iur., Zollikon  
1960 ZAPPIA RICCARDO P., Dr., Zürich  
1971 ZIHLMANN PETER, Dr., Advokat, Riehen  
1957 ZWIMPFER BEAT, Dr., Winterthur

## 2. Jahresrechnung 1993/94 und Revisionsbericht

Die Jahresrechnung präsentiert sich folgendermassen:

### I. Allgemeine Rechnung

*Bilanz per 30. Juni 1994*

Aktiven	Fr.
Kassa . . . . .	2'660.25
Postcheck . . . . .	17'751.79
Waadtl. Kantonalbank . . . . .	251'551.00
Verrechnungssteuer . . . . .	9'548.14
Wertschriften . . . . .	110'000.00
Transitorische Aktiven . . . . .	2'540.00
	<u>394'051.18</u>

Passiven	Fr.
Transitorische Passiven . . . . .	51'330.70
Rückstellung Publikationen . . . . .	200'000.00
Kapital	
Vortrag 1.7.93 . . . . .	176'553.79
Verlust 1993-94 . . . . .	-33'833.31
	<u>142'720.48</u>
	<u>394'051.18</u>

*Erfolgsrechnung 1993/94*

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge . . . . .	188'900.00
Beitrag SAGW . . . . .	8'000.00
Verkauf von Publikationen . . . . .	463.50
Wertschriftertrag . . . . .	9'075.00
Bank- & Postcheckzinsen . . . . .	589.91
	<u>207'028.41</u>

Ausgaben	Fr.
Druckkosten Referate/Protokolle . . . . .	157'916.35
Übersicht der Literatur über das Schweizerische Recht . . . . .	29'695.20
Schweiz. Juristentag . . . . .	19'390.05
Vergütung an Referenten . . . . .	4'500.00
Spesen des Vorstands . . . . .	1'839.29
Zirkulare und Drucksachen . . . . .	8'789.00
Archivar und Buchhaltung . . . . .	11'000.00
Post- und Bürospesen . . . . .	1'319.35
Beiträge . . . . .	4'500.00
Bankspesen . . . . .	774.87
Steuern . . . . .	<u>1'137.70</u>
	<u>240'861.72</u>
Ausgabenüberschuss	<u>-33'833.31</u>

## II. Fonds Dr. Arnold Janggen

*Bilanz per 30. Juni 1994*

Aktiven	Fr.
Waadt. Kantonalbank, Kontokorrent . . . . .	5'512.00
Verrechnungssteuer . . . . .	272.61
Wertschriften . . . . .	0.00
	<u>5'784.61</u>
Passiven	Fr.
Kreditoren «Juristenverein» . . . . .	2'540.00
Kapital	
Vortrag 1.7.93 . . . . .	8'981.85
Verlust 1993/94 . . . . .	-5'737.24
	<u>3'244.61</u>
	<u>5'784.61</u>
Einnahmen 1993/94	Fr.
Wertschriftenertrag . . . . .	487.50
Bankzinsen . . . . .	<u>15.68</u>
	<u>503.18</u>
Ausgaben 1993/94	Fr.
Wissenschaftliche Preise . . . . .	6'000.00
Bankspesen . . . . .	<u>240.42</u>
	<u>6'240.42</u>
Ausgabenüberschuss	<u>-5'737.24</u>

## 3. Voranschlag für die Geschäftsperiode vom 1. Juli 1994 bis 30. Juli 1995

### III. Budget 1994/95

	Mitgliederbeitrag	
	Fr. 50.-	Fr. 60.-
Einnahmen	Fr.	Fr.
Mitgliederbeiträge . . . . .	195'000.00	234'000.00
Beitrag SAGW . . . . .	5'000.00	5'000.00
Verkauf von Publikationen . . . . .	3'000.00	3'000.00
Wertschriftenertrag . . . . .	7'500.00	7'500.00
Bank- & Postcheckzinsen . . . . .	500.00	500.00
Einmalige Gönnerbeiträge für JT 94 . . . . .	20'000.00	20'000.00
	<u>231'000.00</u>	<u>270'000.00</u>

Ausgaben	Fr.	Fr.
Druckkosten Referate/Protokolle*	170'000.00	170'000.00
Übersicht der Literatur über das Schweizerische Recht	40'000.00	40'000.00
Schweiz. Juristentag	27'000.00	27'000.00
Vergütung an Referenten	1'500.00	1'500.00
Spesen des Vorstands	2'500.00	2'500.00
Zirkulare und Drucksachen	10'000.00	10'000.00
Archivar und Buchhaltung	11'000.00	11'000.00
Post- und Bürospesen	1'500.00	1'500.00
Beiträge	4'500.00	4'500.00
Bankspesen	1'000.00	1'000.00
Steuern	1'000.00	1'000.00
	<u>270'000.00</u>	<u>270'000.00</u>
Ausgabenüberschuss	<u>-39'000.00</u>	<u>000'000.00</u>

\* = incl. Versand

Auf ein Verlesen des Berichts der Rechnungsrevisoren, der Rechtsanwälte MADELINE-CLAIRES LEVIS und FRANÇOIS MAGNIN wird verzichtet. Die Rechnungsrevisoren empfehlen, die vorliegende Jahresrechnung zu genehmigen. Ihre mit der Rechnungsprüfung verbundene Arbeit wird mit Beifall verdankt.

Die Jahresrechnung wird genehmigt. Anstelle des demissionierenden Herrn MAGNIN wird neben Frau LEVIS Herr ANGELO RUGGIERO, avocat-stagiaire, Etude de HALLER, LAFFELY, MAGNIN, COLOMBINI, Lausanne, gewählt.

#### 4. Jahresbeitrag 1994/95

Der Vorstand schlägt eine Erhöhung auf Fr. 60.– vor, was sich hauptsächlich im Hinblick auf die gestiegenen Druck- und Versandkosten rechtfertigt. Dieser Antrag wird von der Versammlung einstimmig und ohne Stimmenenthaltung angenommen.

#### 5. Bericht der Stiftung Rechtsquellenfonds

Prof. CLAUDIO SOLIVA, Zürich

Dem mit Rücksicht auf das gedrängte Programm der Tagungsmappe ausnahmsweise schriftlich beigelegten Tätigkeitsbericht Ihrer Rechtsquellenstiftung (hier nachfolgend) konnten oder können Sie entnehmen, dass noch im laufenden und z.T. im kommenden Jahr der bereits über 80 Bände umfassenden «Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen» noch

Editionen aus den Kantonen Zürich, Bern, Luzern und St. Gallen eingegliedert werden und dass weitere Manuskripte aus den Kantonen Fribourg, Graubünden und Waadt vor ihrem Abschlusse stehen.

Ich möchte hier nur noch zwei wesentliche Anfügungen bringen:

1. Um nicht nur mit trockenen Aufzählungen aufzuwarten und um Ihnen auch unsere «Wirklichkeitsbezogenheit» unter Beweis zu stellen, habe ich von dem im Druck stehenden Band «Die Rechtsquellen der Stadt Willisau» ein Probeexemplar herstellen lassen und zum Vorzeigen mitgenommen – ein Wälzer von über 720 hochinteressanten Seiten; was fehlt, ist nur noch die schöne Goldprägung auf dem Rücken des Bandes. Ich konnte sie nur deshalb nicht anbringen lassen, weil das renommierte Verlagshaus Sauerländer die Herausgabe des dazu erforderlichen Präge-Clichés (notabene Eigentum der Rechtsquellenstiftung!) aus mir völlig unverständlichen Gründen verweigert hat! Aber immerhin: Der Band ist hier, und Sie können auf Wunsch Einsicht in das eindrückliche Werk nehmen. Er ist ein wichtiger Markstein in unserer bedeutsamen Sammlung: Der erste Rechtsquellenband aus der Inneren Schweiz!
2. Die zweite Anfügung gilt unserem heutigen Wahlgeschäft:  
Prof. Dr. iur. HANS RUDOLF HAGEMANN von Basel sah sich veranlasst, seinen Rücktritt aus dem Stiftungsrat zu erklären, um – wie er es formuliert – einem jüngeren Kollegen Platz zu machen. Wir haben diese Entscheidung respektvoll – wenn auch mit grösstem Bedauern – zur Kenntnis zu nehmen. Ein paar wenige Worte aufrichtigen Dankes sind hier aber angezeigt.

Herr Kollege HAGEMANN war Mitglied der Rechtsquellenkommission (und seit der Gründung der Stiftung des Stiftungsrates) seit mehr als einem Viertel-Jahrhundert – genau seit der Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins vom 24. September 1967. Da ich selbst nur wenig später dazu kam, kann ich auf mehr als zwei Jahrzehnte einer schönen und, zufolge mannigfacher Anregungen, auch überaus wertvollen Zusammenarbeit mit HANS RUDOLF HAGEMANN, dem wir nebst vielen Aufsätzen auch ein doppelbändiges Prachtwerk über das «Basler Rechtsleben im Mittelalter» (1981 und 1987) verdanken, zurückblicken.

Es ist nicht so lange her, dass ich von HANS RUDOLF HAGEMANN gelesen habe als einem der «reichsten und klügsten Schweizer». Um ersteres habe ich mich in seinem wie auch in anderen Fällen nie gross gekümmert; das zweite bedarf m.E. einer gewissen Präzisierung: Sicher wird jedermann HANS RUDOLF HAGEMANN als «klugen Zeitgenossen» bezeichnen; uns aber muss daran liegen, ihn als den herausragenden Juristen, als einen überaus kompetenten Rechtshistoriker und als einen vor allem auch menschlich absolut vorbildlichen Kollegen in unserem Kreise zu werten. Im jetzigen Zeitpunkt wissen

wir nicht, wie ihn zu ersetzen – das werden wir uns reiflich zu überlegen haben. Dem scheidenden Kollegen aber gebührt unser aufrichtiger und herzlicher Dank.

### Tätigkeitsbericht der Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins

Zur Zeit lässt die Stiftung in jedem dritten Schweizerkanton Rechtsquellen sammeln, sichten und edieren. Da es sich um ein Forschungsvorhaben von nationaler Bedeutung (mit grosser, auch internationaler Anerkennung) handelt, trägt der Schweizerische Nationalfonds verdankenswerterweise wesentlich zu dessen Unterstützung bei. In den letzten Jahren konnte die Leistung infolge systematischer Weiterbildung und Betreuung der Mitarbeiter und auch dank einer gestrafften administrativen und wissenschaftlichen Leitung merklich gesteigert werden. Noch in diesem und z.T. im kommenden Jahr sollen der Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen mit ihren über 80 Bänden noch Editionen aus den Kantonen Zürich, Bern, Luzern und St. Gallen eingegliedert werden.

Zum Stand der einzelnen, vor der Herausgabe stehenden Projekte:

- *Der Zürcherband «Neuamt»*, bearbeitet von Dr. THOMAS WEIBEL. Der Satz steht schon seit März dieses Jahres; das Doppelregister (Namen- und Ortsregister; Sachregister und Glossar) geht demnächst in Satz. Erscheinen anfangs 1995.
- *Bern: Burgdorf*. Das umfangreiche Manuskript von Dr. ANNE-MARIE DUBLER wird einen Doppelband erfordern. Das Manuskript der Texte ist im Satz — das Register im Entstehen. Erscheinen gegen Ende 1995.  
*Bern: Biel und Erguel*. Das Manuskript von Dr. PAUL BLOESCH ist mit Scanner elektronisch erfasst und z.T. schon im Satz; Registerarbeiten sind begonnen. Erscheinen kaum vor 1996.
- *Luzern: Stadt und Amt Willisau*. Hierfür sind unter Einschluss eines Zentralregisters und Einleitung drei Bände vorgesehen. Der Band Willisau-Stadt, bearbeitet von Dr. AUGUST BICKEL, ist im Druck und wird noch dieses Jahr (als erster Band der Rechtsquellen aus der Innenschweiz) im Druck erscheinen.
- *Luzern: Amt und Vogtei Weggis*. Die Bearbeitung von Dr. MARTIN SALZMANN, dem wissenschaftlichen und administrativen Leiter des Unternehmens, ist gesetzt und umbrochen; sie wird 1995 in Druck gehen.
- *St. Gallen: Stadtrechte*. Ein erster Band in der Bearbeitung von Dr. MAGDALEN BLESS unter Mitarbeit von Dr. STEFAN SONDEREGGER mit vier Stadtrechten aus dem Mittelalter und der frühen Neuzeit wird wohl noch dieses Jahr erscheinen. Ein zweiter Band, bearbeitet von Dr. ERNST ZIEGLER, Mitglied der Rechtsquellenkommission, wird zu Beginn des kommenden Jahres in Druck gehen.

Daneben stehen noch Manuskripte aus Fribourg, Graubünden und der Waadt vor ihrem Abschluss, eine reiche Ernte wird bald einzubringen sein.

#### *6. Bibliographie des Schweizerischen Rechts*

Die periodische Herausgabe dieser Publikation hatte dem Vorstand gewisse Sorgen in finanzieller Hinsicht bereitet. Ihr Wert besteht darin, dass die in der Schweiz erscheinenden juristischen Veröffentlichungen jeweils auf den neuesten Stand gebracht und in einer handlichen Broschüre zusammengefasst werden, die sich auch durch ihre Ausgestaltung optisch in die vom Verlag Helbing & Lichtenhahn Basel betreute Reihe des Juristenvereins einfügt. Es ist gelungen, durch eine neue vertragliche Regelung mit Helbing & Lichtenhahn sowie mit der Universität Genf, bei der die Daten gesammelt und verarbeitet werden, eine Lösung zu finden, welche die Beibehaltung der Bibliographie als eines eingebürgerten Bestandteils des wissenschaftlichen Programms ermöglichen soll.

#### *7. Vontobel-Preisfonds*

Ein Vermächtnis des 1945 verstorbenen St. Galler Rechtsanwalts Dr. ARNOLD JANGGEN hatte damals zur Bildung eines «Janggen-Fonds» geführt, mit dem Zweck, qualitativ hochstehende Doktorarbeiten zu prämieren. Die eingereichten Dissertationen wurden jeweils zur Beurteilung und Auszeichnung zwischen dem Schweizerischen Juristenverein und der Prof. Walther Hug-Stiftung zur Förderung der rechtswissenschaftlichen Forschung aufgeteilt. Die Mittel dieses Fonds sind bis auf einen kleineren noch verbliebenen Betrag erschöpft. Kontakte zu den Herren Dr. HANS und Dr. HANS DIETER VONTobel ergaben, dass auf Veranlassung der Vontobel-Stiftung ein Nachfolgefonds gebildet werden kann, nicht mehr zum Zweck der jährlichen Prämierung von Dissertationen (dieser Bereich soll der Walther Hug-Stiftung überlassen bleiben), sondern zum Zweck der «Ehrung und Auszeichnung hervorragender juristischer Publikationen von Praktikern». Der Juristenverein will damit in Verbindung mit der Vontobel-Stiftung juristische Leistungen auszeichnen, die für die Praxis einen wirklichen, echten Beitrag bedeuten. Den Herren VONTobel und der Vontobel-Stiftung gebührt Dank für die zusammen mit dem Vorstand des Juristenvereins in dieser Richtung ergriffene Initiative.

## 8. *Neuwahlen in den Vorstand*

Für die ausscheidenden Herren ANDREAS GIRSBERGER, AUGUSTIN MACHERET und PIERRE MÜLLER sind als Nachfolger vorgeschlagen:

FRANÇOIS DESSEMONTET, Professor, Lausanne

CHRISTOPH LEUENBERGER, Kantonsrichter, St. Gallen

BEATRICE WAGNER PFEIFER, Advokatin, Basel

Sie stellen sich für das Mandat zur Verfügung. Die Versammlung wählt sie einstimmig und mit Akklamation.

Der Präsident würdigt die grossen Verdienste, die sich die Herren Prof. MACHERET und Bundesrichter MÜLLER für den Schweizerischen Juristenverein erworben haben. Herr Bundesrichter MÜLLER gehört dem Vorstand seit 1988 an. Er hat sich nicht nur als Quästor unermüdlich für die finanzielle Seite eingesetzt, sondern stets auch überall dort grössten Einsatz geleistet, wo es besondere Aufgaben zu bewältigen galt, so z.B. beim Erstellen der gedruckten Protokolle, bei den Verhandlungen betreffend die Bibliographie des Schweizerischen Rechts, bei den Vorbereitungen der Jahreskongresse und bei noch vielem anderem mehr. Er war ein langjähriges unentbehrliches Vorstandsmitglied, dem für sein stetiges Wirken nicht genug gedankt werden kann. Herr Prof. MACHERET – dem Vorstand 1991 beigetreten – fügte sich dem Gremium mit seiner Kompetenz, Liebenswürdigkeit und menschlichen Wärme ebenfalls in bester Weise ein. Den Juristentag 1993 in seiner Heimatstadt und an seiner Wirkungsstätte Fribourg hatte er wesentlich mitgestaltet. Seine Wahl in den Regierungsrat und seine bald darauf erfolgte Übernahme des Präsidiums dieser Behörde zwingt ihn, auf eine weitere Mitarbeit im Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins zu verzichten, was allseits bedauert wird. Auch ihm gebührt Dank und Anerkennung. Als Nachfolger im Amt des ausscheidenden Präsidenten ANDREAS GIRSBERGER stellt sich Herr Bundesrichter ALAIN WURZBURGER zur Verfügung, der am Juristentag 1993 in Fribourg die Nachfolge von Herrn PHILIPPE ABRAVANEL angetreten hatte, und zwar sogleich als Vizepräsident. In dieser Funktion hat Herr WURZBURGER bereits entscheidende Impulse für die kommenden Vereinsjahre gegeben und sich souverän mit den Geschäften vertraut gemacht. Herr WURZBURGER wird von der Versammlung einstimmig und mit grossem Beifall als Präsident gewählt.

Dr. ALAIN WURZBURGER, *Juge fédéral, Lausanne*

A l'occasion du départ de M. le Président ANDREAS GIRSBERGER

Mesdames, Messieurs,

Si je souhaite d'abord vous remercier de la confiance que vous me témoignez, ma première tâche sera facile, puisqu'il s'agit de remercier notre

Président sortant pour son dévouement à la tête de notre société. Tâche facile, car s'est sans peine que viennent les mots pour dire que Me ANDREAS GIRSBERGER a été un excellent Président: sans grandes démonstrations, il a effectué un important travail qui s'est notamment concrétisé lors des derniers Congrès de Lucerne et de Fribourg, comme aujourd'hui à Zurich. Elegant et racé, fin juriste sans aucune pédanterie, Me GIRSBERGER est de ceux qui se mettent au service d'autrui d'une manière qui paraît naturelle, alors que cette grande qualité ne va pas toujours de soi aujourd'hui.

Permettez-moi de rappeler que Me GIRSBERGER est né en 1930 à Zurich, où il a fait l'essentiel de ses études. Si, dans son jeune âge, il écrivait des poèmes, c'est finalement au droit qu'il s'est consacré. Etudiant à Zurich, non sans détour par Genève où il fut l'élève du Professeur YUNG, il obtint son doctorat en 1955 avec une thèse dirigée par le Professeur OFTINGER sur: «Die dingliche Surrogation». Il mettra à profit un séjour à Harvard non seulement pour acquérir un LL.M. mais pour se marier avec Me BETTINA GIRSBERGER, qui partagea sa vie mais fera plus tard «bureau à part». Attiré par le droit des assurances et le droit de la responsabilité, Me GIRSBERGER sera d'abord associé pour finalement pratiquer le barreau seul, selon les concepts qui font de lui un avocat humaniste, imprégné de hautes valeurs morales. Dévoué, il fut Président de la Société suisse d'assurance et de l'Association des juristes zurichoises. A part de nombreux articles, il s'est illustré par son rapport présenté à notre Congrès de 1986 à Zoug sur: «Der Reisevertrag». Rapport remarquable, et, de plus, déposé à temps, avec le nombre de pages souhaité par le Comité. Qualité d'exac-titude qui, malheureusement, tend parfois à se perdre.

Créateur, attaché aux contacts humains, Me GIRSBERGER quitte la présidence après avoir beaucoup donné. Nous le remercions du fond du coeur et n'avons qu'un souhait: qu'il continue à faire bénéficier notre société de son appui. C'est dans ce sens que je lui dis: au revoir Monsieur le Président.

## 9. Überreichung der Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Prof. HANS-ULRICH WALDER, Zürich

Herr Präsident des Schweizerischen Juristenvereins, Herr Bundesrat, Frau Bundesrichterin und Herren Bundesrichter, liebe Kolleginnen und Kollegen, sehr verehrte Damen und Herren

Was gibt es schöneres als ein Geschenk übergeben zu dürfen! Ist dieses zudem nicht einfach irgendwo, und sei es mit noch so viel Liebe, ausgesucht worden, sondern aus eigenem Tun hervorgegangen, so wird die Freude des Gebenden noch grösser. Am allergrössten aber wird seine oder ihre Freude sein, wenn das Präsent dem entspricht, was seitens der Empfängerschaft etwa erwartet wird. Dass dies so sei, ist der herzliche

Wunsch der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, in deren Namen ich die Ehre habe, Ihnen, Herr Präsident, zu Handen des Schweizerischen Juristenvereins und seiner sich in unserer Stadt versammelnden Mitglieder die Festgabe «Aspekte des Wirtschaftsrechts» zu überreichen.

Handelt es sich überhaupt um ein «erwartetes Präsent»? Man müsste meinen, es sei so, hat doch der Vereinschronist Prof. HANS FRITZSCHE den sich heute wiederholenden Vorgang, wie er erstmals in Basel 1879 stattfand, als nobile officium der Fakultät einer Universitätsstadt bezeichnet, das ihre Wahl als Tagungsort festlich honorieren soll. Er ist aber noch mehr als das, wie sich erneut gezeigt hat. Die Festgabe wurde zur Gelegenheit, im Zusammenwirken mit Fakultätskollegen etwas aus der eigenen Werkstatt zu einem Generalthema beizutragen. Gelegenheit ist sie auch, um den negativen Attributen, mit denen Finanz- und Wirtschaftszentren im allgemeinen und Zürich im besondern nicht selten versehen werden, ein positives Signal gegenüberzustellen.

Wirtschaftsrecht bedeutet ja nicht nur, dass wir uns kalt rechnend mit dem Austausch und mit dem Verwalten von Gütern beschäftigen; es hat vielmehr seine dogmatischen Grundlagen wie jede andere Rechtsdisziplin. Die vom Schweizerischen Juristenverein besonders gepflegte Arbeit an der Rechtsentwicklung findet hier ein reiches Wirkungsfeld. Die wachsende Rolle, die dem Wirtschaftsrecht angesichts der ständig sich erweiternden Handelsräume zukommt, bedingt aber auch ein verantwortungsbewusstes Mitdenken bei der Gewichtung der beteiligten Interessen und damit Rücksicht auf die ethischen Grundwerte. Dass in diesem Sinne mit engagiertem Einsatz ans Werk gegangen wurde, dafür danke ich meinen Mitherausgebern, den Kollegen TOBIAS JAAG und DIETER ZOBL, der Autorin und den Autoren samt allen Helfenden angelegentlich, ebenso dem Schulthess Polygraphischen Verlag mit den Hauptverantwortungs trägern WERNER STOCKER und BÉNON EUGSTER. Bei aller Freude muss ich unseren Herrn Präsidenten um Entschuldigung dafür bitten, dass er als Romand keinen Beitrag in französischer Sprache finden wird. Wir sind an unserer Fakultät nun einmal so einsprachig, dass selbst unser italienischer Kollege eine deutsch geschriebene Abhandlung vorlegte. Die Ehre der Einheimischen vermag gerade noch der englischsprachige Aufsatz zu retten, der uns an die Internationalität des Wirtschaftsrechts erinnert, der übrigens der mittlere Teil der Festgabe gewidmet ist.

Nun aber zurück zur Freude am gegenwärtigen Moment. Sie sollte mir eigentlich ins Gesicht geschrieben stehen, ist sie doch nicht nur amtlicher, sondern auch persönlicher Natur. Um mit letzterem zu beginnen: Vor etwa vierzig Jahren, als wir gemeinsam vor Examinatoren türen bangten, konnten weder der scheidende Präsident ANDREAS GIRSBERGER und seine liebe Gattin BETTINA noch der Sprechende ahnen, dass sie sich einst auf diesem feierlichen Parkett wieder finden würden als Kulmination langer Jahre freundschaftlicher Verbindung. Doch auch der nun folgende amtliche Teil der Freude hat eine persönliche Note. Dass nämlich eine Festgabe über

Wirtschaftsrecht ausgerechnet einem brillanten Prozessualisten übergeben werden darf und das noch durch einen anderen Prozessualisten, das ist alles andere als selbstverständlich. Ich könnte auch sagen: es geschieht dem Wirtschaftsrecht eigentlich recht.

Herr Bundesrichter WURZBURGER, im Namen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Almae Matris Turicensis, übergebe ich Ihnen hiermit ein Exemplar der Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994 mit den besten Wünschen für noch viele ergebnisreiche Juristentage und für Ihre hoffentlich beglückende Präsidialzeit im besondern.

## IV.

### **Podiumsdiskussion: Bankrecht – heute und morgen Débat: Le droit bancaire – aujourd’hui et demain**

Gesprächsleitung: Prof. Dr. MARIO GIOVANOLI, *Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Basel*

Prof. Dr. MARIO GIOVANOLI

Obwohl das Bankrecht als Inbegriff eines berufsspezifischen Rechtsgebiets gilt, geht es trotzdem die Allgemeinheit an: in der modernen Gesellschaft sind sowohl der Staat und die Wirtschaft als auch jeder Einzelne auf ein gut funktionierendes Bankensystem angewiesen. Deshalb ist von grösster Wichtigkeit, dass – neben den steuerlichen – auch die rechtlichen Rahmenbedingungen der Banktätigkeit stimmen, und zwar sowohl deren öffentlichrechtliche als auch privatrechtliche Komponente.

In den letzten Jahren ist auf dem Gebiet des Bankrechts eine rasante Entwicklung eingetreten. Auf internationaler Ebene sind insbesondere zwei Tendenzen zu beobachten. Zum einen hat die verstärkte Internationalisierung der Banktätigkeit die grenzüberschreitende Harmonisierung des Bankaufsichtsrechts (insbesondere im Rahmen des Basler Komitees) zur Folge gehabt. Zum anderen hat die sogenannte Deregulierung zur Aufhebung störender Schranken zwischen einzelnen Finanzmärkten, aber gleichzeitig zu einer gewissen Neuregulierung auf höherer Ebene geführt. Diese Grundtendenzen haben auch in der Schweiz ihren Niederschlag gefunden, so zum Beispiel in der Einführung der Amtshilfe zwischen Bankaufsichtsbehörden, in der vollständigen Überarbeitung des Anlagefondsrechts, in der Einführung eines eidgenössischen Börsenrechts (praktisch gleichzeitig mit der bevorstehenden Eröffnung der Elektronischen Börse Schweiz) und schliesslich in der Ausweitung des strafrechtlichen Instrumentariums zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. Insge-

samt ist ein beträchtlicher Schub zusätzlicher Regulierung festzustellen. Angesichts dieses «Leitmotivs» ist in Anspielung auf die Opern von Wagner nur zu hoffen, dass die mit dem Rheingold des Finanzplatzes Schweiz begonnene Entwicklung nicht zu einer Götterdämmerung führen möge.

Für eine Standortbestimmung und einen Ausblick auf dem Gebiet des Bankrechts scheint der heutige Zeitpunkt besonders angezeigt. Wo stehen wir heute? Sind wir für die Zukunft gerüstet? In einem Zeitpunkt, wo die Schweiz in bezug auf den Integrationsprozess in Europa eher etwas abseits steht, ist es besonders wichtig, dass aus der gegebenen Situation das Beste herausgeholt wird und keine Möglichkeit für Zukunftsentwicklungen verbaut wird. Wir haben das Glück, dass sich für die Paneldiskussion namhafte Spezialisten zur Verfügung gestellt haben, die diese Fragen von verschiedenen Blickpunkten aus erörtern können: Vertreter der EBK, der Schweizer Bankiervereinigung, je von einer Grossbank, einer Kantonalbank und einer Privatbank sowie aus akademischer Warte und aus der Sicht der Advokatur.

Zur Einleitung der Diskussion gestatte ich mir, einige absichtlich pointiert formulierte Fragen zu stellen, die in keiner Weise als Stellungnahme zu werten sind und möglicherweise zu unterschiedlichen Meinungsäusserungen der Teilnehmer an der Paneldiskussion führen können:

1. Ist die immer grössere Regulierungsdichte im Bankrecht optimal, oder ist die Schweiz nicht nur «overbanked», sondern auch «overregulated»? Birgt diese Entwicklung etwa die Gefahr, dass die Schweizer Banken zwar eine grosse Zukunft vor sich haben, aber vor allem im Ausland? Oder gibt es in gewissen Bereichen – wie etwa im Nichtbankensektor – ein Regulierungsdefizit, das auch eine Konkurrenzungleichheit zulasten der bereits regulierten Bereiche schafft?
2. Wie autonom ist der Schweizer Gesetzgeber angesichts der Deregulierung und der Internationalisierung heutzutage noch auf dem Gebiet des Bankrechts? Was bleibt nach den vielen «*leges americanae vel europeae*» vom «*ius helveticum*» übrig?
3. Ist auf dem Gebiet des Bankrechts von einem Einbruch des öffentlichen Rechts in die Domäne des Privatrechts zu sprechen? Oder sollten die Begriffe «privatrechtliche Sorgfaltspflicht» (franz. diligence) und «öffentlichrechtliche Sorgfaltspflicht» (franz. eigentlich vigilance eher als diligence) nicht sorgfältig getrennt werden, weil es sich trotz gleichlauender Bezeichnungen um etwas grundsätzlich anderes handelt?
4. Was ist von der zunehmenden Anzahl strafrechtlicher Bestimmungen im Bankenbereich zu halten? Wurde diesbezüglich aus politischen Gründen nicht bis zu einem gewissen Grade einer publikumswirksamen Modeerscheinung gehuldigt? Besteht die Gefahr, dass das Bankaufsichtsrecht teilweise zu einem Bankkundenaufsichtsrecht umfunktioniert wird?

5. Ruft die explosionsartige Entwicklung der Finanzderivate nach einer weiteren Regulierung? Oder liegt es vielmehr an den Banken, die erforderlichen Massnahmen zur Meisterung der entsprechenden Risiken zu ergreifen?
6. Im Gegensatz zur insgesamt zunehmenden Regulierungsdichte steht die Privatisierungsdiskussion im Bereich der Kantonalsbanken. Hier stellt sich die Frage, ob eine Staatsgarantie für Kantonalsbanken noch zeitgemäß ist. Kann sie vom Standpunkt gleicher Konkurrenzbedingungen noch gerechtfertigt werden? Könnte sie gewisse Institute nicht dazu verleiten, übermäßig riskante Geschäfte einzugehen?

Darf ich nun die Diskussionsteilnehmer auffordern, sich zu diesen brennend aktuellen Fragen zu äussern?

Prof. Dr. PETER NOBEL, *Rechtsanwalt, Zürich*

Bevor von der Zukunft des Bankrechtes in der Schweiz die Rede ist, soll an einige systematische Grundprinzipien erinnert werden. Die Dynamik, die das Gebiet erfasst hat, erleichtert den Überblick über die Rechtslage freilich nicht.

Aufsichtsrechtlich ist die EBK als eine ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Milizkommission mit einem professionellen sog. «Sekretariat» zuständig. Die direkte kontinuierliche Aufsicht erfolgt aber durch die zugelassenen Revisionsstellen, die als «verlängerter Arm» der EBK wirken<sup>7</sup>, aber von den Banken berufen und bezahlt werden und sich mithin in einer eher unangenehmen Doppelfunktion befinden. Das System hat sich grundsätzlich bewährt.

Die Arbeit der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) ist sodann von derjenigen der Schweizerischen Nationalbank (SNB) klar abgegrenzt; die SNB ist für die Liquidität des Banksystems, die EBK für die Solvenz der einzelnen Banken zuständig. Enge Kontakte bei Bankkrisen sind angezeigt, da Liquidationsengpässe sich von Solvenzkrisen nicht immer sofort leicht abgrenzen lassen<sup>8</sup>.

Die EBK ist primär für das bankgesetzliche Ziel des Gläubigerschutzes tätig, doch ist ihr zunehmend auch die mit der «Gewährsanforderung» nur schwach konturierte funktionelle Rolle des Schutzes des Vertrauens in den Finanzplatz Schweiz zugewachsen<sup>9</sup>.

Bei neuen gesetzgeberischen Arbeiten ist zunehmend nicht nur eine rechtsvergleichende, sondern eine harmonisierende, internationalistische Zielrichtung in den Vordergrund getreten. Zahlreiche Entwicklungen des

<sup>7</sup> EBK-Jahresbericht 1978, S. 21.

<sup>8</sup> Vgl. auch PETER NOBEL, Die Nationalbank als Lender of Last Resort, in: FG zum Schweizerischen Juristentag 1994 (Zürich 1994), 497 ff., insbes. 506 ff.

<sup>9</sup> BGE 116 I<sup>b</sup> 331 ff.

internationalen Bankenrechts gehen von der Gruppe für Bankrechtsfragen im Schosse der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) aus, die schweizerischerseits von der EBK zusammen mit der SNB beschickt wird. Beispiele sind hier die konsolidierte Überwachung<sup>10</sup> und die Eigenmittelvorschriften<sup>11</sup>. Auch für die Rechnungslegung und Publizität ist eine möglichst weitgehende internationale Angleichung beabsichtigt worden. Die Amtshilfe, die sich in allen drei revidierten bzw. neuen Gesetzen findet (Art. 23<sup>sexies</sup> BankG, Art. 63 AFG<sup>12</sup>, Art. 38 BEHG<sup>13</sup>), eröffnet ein neues Kapitel über die internationale Rechtshilfe. Probleme wird vor allem die Abgrenzung von der Strafrechtshilfe mit sich bringen.

Insbesondere fällt aber auf, dass ein grosser Teil der neueren Bankrechtsentwicklung im weiteren Sinne auf einen internationalen Schub zurückzuführen ist. Die Kriminalisierung der Geldwäscherei hat als «Sorgfaltspflicht bei Finanzgeschäften» Einzug ins Strafrecht gehalten (Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB); es ist jetzt soeben noch durch ein Melderecht des Financiers erweitert worden (Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB), und mit dem Entwurf zum Geldwäschereigesetz steht gar eine Meldepflicht vor der Tür<sup>14</sup>. Auch die Auswirkungen der Unterzeichnung des Abkommens Nr. 141 des Europarates sind noch wenig zu überblicken<sup>15</sup>.

Der Kampf gegen das organisierte Verbrechen hat sodann mit dem neuen Einziehungsrecht (Art. 59 StGB) und der kriminellen Organisation, insbesondere deren Unterstützung (Art. 260<sup>ter</sup> Ziff. 1 Abs. 2 StGB), durchaus auch für Banken Relevantes hinzugefügt<sup>16</sup>.

Daneben ist zunehmend auch die Herausbildung eines eigentlichen Finanzmarktstrafrechtes zu vermerken, so im Insiderbereich (Art. 161 StGB) und jetzt bald mit der Kursmanipulation (geplant als Art. 161<sup>bis</sup> StGB).

Ob unter dem neuen AFG, dem BEHG und dem revidierten BankG das Verwaltungsverfahren für letztlich zivilrechtliche Schadenersatzzwecke eingesetzt werden kann, wird eine interessante Frage darstellen.

Die EBK hat bislang konsequent versucht, sich nicht in zivilrechtliche Händel einzulassen, allerdings unter dem Vorbehalt, dass deren massives

<sup>10</sup> Grundsätze für die Beaufsichtigung der ausländischen Niederlassungen von Banken, Konkordat vom Mai 1983 mit Ergänzungen vom April 1990 und Juni 1992.

<sup>11</sup> Eigenkapitalvereinbarung von 1988.

<sup>12</sup> Revidiertes Anlagefondsgesetz vom 18. März 1994, BBl 1994 II 297 ff. (SR 951.31).

<sup>13</sup> Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel. Voraussichtliche Inkrafttretung: 1. Januar 1996, möglicherweise 1. Juli 1995.

<sup>14</sup> Vorentwurf zu einem Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom Januar 1994, Art. 8.

<sup>15</sup> Übereinkommen über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8. November 1990 (SR 0.311.53); vgl. insbesondere die Überwachung von Bankkonten (Art. 4 Abs. 2) und die Übermittlung von Spontaninformationen ans Ausland (Art. 10).

<sup>16</sup> Vgl. zur kürzlichen Revision des Strafgesetzbuches BBl 1994 II 274 ff. sowie die Botschaft dazu in BBl 1993 III 277 ff.

oder wiederholtes Auftreten auch Zeichen eines organisatorischen oder personellen Missstandes in einer Bank sein kann.

Was wird nun die Zukunft sein? Ich wage hier einige Thesen:

1. Bankenrecht ist heute eine internationalistische Materie, vor allem unter dem Einfluss der Arbeiten im Schosse der BIZ und auch der EU. Auch dieser Rechtsbereich wird sich zunehmend weiter internationalisieren, und die Schweiz muss hier im Weltorchester nicht blass europäisch mitspielen. Dies trifft sowohl für formelle Aspekte wie «home country control», single license oder konsolidierte Überwachung zu, wie auch für materielle Fragen beispielsweise betreffend Eigenmittelunterlegung von Kredit- und Marktrisiken.

2. Auch wenn Vespasian – der übrigens teilweise in der Schweiz (Aventicum) gelebt haben soll – gegenüber den Kritikern an seiner Toilettensteuer gesagt hat «pecunia non olet», ist heute strafrechtlich unterstützte «Ethisierung» die Devise. VSB<sup>17</sup> und Gewährspflicht waren nur der Anfang; heute geht es um Geldwäsche und organisiertes Verbrechen, aber auch um spezielles Finanzstrafrecht wie Insiderdelikte und Kursmanipulation.

Trotz zunehmender Strafrechtsorientierung dürfte die präventive Komponente aber von grösserer Bedeutung als die repressive sein.

3. Die internationale Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden und die Amtshilfe werden grosse Bedeutung gewinnen und einen Teil des «Image» der Schweiz im Ausland bilden.

Mühe wird die Abgrenzung zur Strafrechtshilfe bereiten, zumal diese längst für Verwaltungsverfahren missbraucht wird.

4. Der Finanzplatz ist legislatorisch an sich jetzt gut gerüstet; Defizite sind aber ausserhalb des regulierten Sektors zu verzeichnen.

5. Das Aufsichtssystem besteht aus einer ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Expertenkommission mit ihrem Sekretariat und vor allem den anerkannten Revisionsstellen als dem «verlängerten Arm»<sup>18</sup>. Diese Ordnung hat sich im wesentlichen bewährt.

Es ist nicht zu vermuten, dass in naher Zukunft grössere Systemumstellungen erfolgen werden, nachdem auch die Börsenaufsicht der EBK anvertraut wird<sup>19</sup>.

Mit dem Börsengesetz nimmt aber die Komponente der Selbstorganisation<sup>20</sup>, die bisher schon unter der VSB gepflegt wurde, an Bedeutung zu.

---

<sup>17</sup> Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken in der aktuellsten Fassung von 1992.

<sup>18</sup> Vgl. FN 7.

<sup>19</sup> Art. 32 BEHG.

<sup>20</sup> Art. 4 BEHG.

6. Es ist zu hoffen, dass die Verwaltungsverfahren in Zukunft nicht als «Discovery» für zivilrechtliche Zwecke einsetzbar sein werden und es bei der bisherigen Zurückhaltung der Einräumung von Partierechten von Anlegern und Kunden im Verwaltungsverfahren bleibt.
7. Es dürfte nicht dazu kommen, dass die EBK Kompetenzen zu zivilrechtlichen Streitfragen erhalten wird (wie etwa die belgische Aufsichtsbehörde, die auch als Ombudsstelle wirkt) oder an sich zu ziehen versucht. Wenn nicht eigentliche Missstände vorliegen, dürfte es auch nicht zu einer verwaltungsrechtlichen Kontrolle zivilrechtlicher Verhaltenspflichten kommen.

Das Parlament hat zu Recht auch die aufsichtsrechtliche Genehmigung der AGB von Effektenhändlern bei der Behandlung des Börsengesetzes gestrichen<sup>21</sup>.

**JEAN-PAUL CHAPUIS, Délégué du Conseil d'administration de l'Association suisse des banquiers, Bâle**

Les quelques remarques que je voudrais présenter se concentrent sur quatre domaines évoqués par le Professeur GIOVANOLI et le Professeur NOBEL:

#### 1. L'internationalisation des normes applicables aux affaires bancaires

L'un des phénomènes marquants de ces dernières années dans le droit bancaire est à mon avis la perte d'autonomie des législateurs nationaux.

Toutes les adaptations récentes de la loi sur les banques et de l'ordonnance et celle qui va encore venir avec le programme GATTLEX, sont déterminées par des normes convenues sur le plan international sans même qu'il s'agisse souvent d'accords formels et contraignants.

Je donne rapidement quelques exemples:

- Les règles sur la domination étrangère ont été modifiées dans le sens d'un assouplissement de la définition de banque étrangère, qui repose maintenant sur la notion de «participation qualifiée» issue du droit communautaire.
- Les banques étrangères en Suisse ont reçu l'autorisation de transmettre à leur société-mère à l'étranger les informations nécessaires à la surveillance du groupe. La nature des informations a toutefois été précisée de façon que les banques étrangères ne soient pas soumises à des pressions qui auraient affaibli leur capacité de concurrence.
- L'entraide administrative entre autorités de surveillance a été introduite pour donner une base légale à la transmission par la Commission fédérale des banques à des autorités de surveillance étrangères d'infor-

---

<sup>21</sup> Vgl. dazu noch Art. 11 Abs. 3 des bundesrätlichen Entwurfes, BBI 1993 I 1449.

mations et de documents, à des fins de surveillance des marchés et des intermédiaires.

- Une nouvelle révision de la Loi fédérale sur les banques, dans le cadre de GATTLEX, modifiera la règle de réciprocité, en ce sens que la loi est adaptée par avance au régime qui découlera de l'accord GATS, dont on sait qu'il fera encore l'objet de négociations durant six mois à compter de l'entrée en vigueur des accords de l'Uruguay-Round.
- La loi sur les bourses, dont l'examen par les Chambres fédérales est près de s'achever, s'oriente nettement d'après les conceptions anglo-saxonnes de la surveillance des marchés.
- La révision des exigences de fonds propres des banques suit les décisions du Comité de Bâle.

Dans tout cela, les Chambres fédérales voient leur autonomie considérablement restreinte. Le législateur n'est plus celui qu'on pense.

Je ne critique pas du tout cette situation. L'harmonisation internationale est absolument nécessaire avec la globalisation des marchés. Mais la formation des lois en est profondément modifiée.

Si le législateur international est la Communauté européenne, on se retrouve dans un système familier. Une administration (la Commission) prépare les lois, entend les intéressés (c'est-à-dire la Fédération bancaire de la Communauté européenne) et soumet les directives à une procédure d'approbation (Conseil et Parlement).

Différente est la situation lorsqu'un Comité comme le Comité de Bâle, dans le cadre de la Banque des Règlements Internationaux, ou l'IOSCO, détermine des règles qui doivent être reprises par les législateurs nationaux, sous peine de pénaliser les établissements financiers du pays sur d'autres marchés. Ces règles ne suivent pas une procédure normale d'approbation.

Autre exemple: le Groupe d'action financière des G10 qui a établi des règles internationales sur le money laundering et en contrôle même l'application, en dehors de tout mandat donné par un traité international.

Une association bancaire comme celle que je représente n'a pas beaucoup de problèmes: nous trouvons toujours les voies et moyens de nous faire entendre. Comme juriste, on peut s'inquiéter de ce désordre; le citoyen, lui, n'a plus de prise sur une législation souvent appelée à restreindre considérablement sa liberté. Les rapports présentés hier l'ont montré: les obligations nouvelles imposées aux banques par des normes pénales ou administratives ne visent souvent pas du tout la gestion de leurs affaires, mais un contrôle des affaires financières des individus et des entreprises qui sont leurs clients. Il ne faut pas s'étonner que ceux-ci n'aient une très haute opinion de la sécurité du droit qu'offre ce pays.

## 2. Multiplication des normes traitant les mêmes matières

Les normes qui contraignent ou incitent les banques à exercer un contrôle plus étroit sur leur clientèle se multiplient et se recouvrent. La même matière fait l'objet de dispositions pénales et parallèlement de normes de droit administratif, ce qui est source d'insécurité pour les assujettis. Exemples:

- L'art. 305<sup>bis</sup> CPS et la circulaire de la Commission fédérale des banques: une banque se fonde sur les critères fixés par la CFB. Les autres intermédiaires doivent-ils s'y référer? S'ils le font, quelle sécurité leur est offerte en cas d'enquête pénale, notamment par rapport aux banques?
- Quelle est la portée de l'autorégulation? La Convention de diligence recouvre-t-elle vraiment les exigences de l'art. 305<sup>ter</sup> CPS? Les autres intermédiaires peuvent-ils s'y référer?

## 3. Identification de la clientèle et relations entre les banques et les gérants de fortunes et fiduciaires

Dans le régime applicable en Suisse (ce qui n'est pas le cas dans la plupart des autres pays) les banques sont tenues à l'observation des règles d'identification de l'ayant droit économique, également à l'égard d'entreprises, gérants de fortune et fiduciaires, qui sont leurs concurrents sur le marché de la gestion de fortunes. Aucune des solutions élaborées dans le cadre du chiffre 25 de la Convention de diligence n'est satisfaisante.

Il est urgent que tous les professionnels soient dans ce domaine soumis aux mêmes règles. A première vue, ce devrait être le cas pour les art. 305<sup>bis</sup> et 305<sup>ter</sup> CPS, mais l'égalité s'arrête dès qu'on aborde les mesures d'exécution. Seule une loi sur les services financiers unifiant les règles applicables à tous ceux qui font le même métier permettrait une rationalisation. Il serait alors possible, notamment, que les opérations entre professionnels puissent se dérouler sans formalités.

## 4. Responsabilité du banquier pour les actes ou les omissions de son client

La substitution de la banque à son client, lorsqu'il s'agit de supporter les risques de l'entreprise du client, au-delà de l'engagement pris pour le montant du crédit, a deux conséquences:

- Les risques des banques augmentent quand les crédits sont accordés à des entreprises à haut risque, et cela pour des montants qui ne peuvent pas être chiffrés. L'engagement de la responsabilité de la banque à l'égard de tiers se fait au préjudice des propres créanciers de la banque.
- L'orientation du crédit peut être influencée par cette responsabilité uniquement appréciable par des calculs actuariels.

Dr. URS ROTH, *1. Rechtskonsulent der Schweizerischen Bankgesellschaft, Zürich*

Thema: Ausweitung des Funktionsschutzgedankens (Moralbegriffe)

Das Bankengesetz enthält keinen Zweckartikel, historisch stand aber der Gläubigerschutzgedanke im Vordergrund: BEHG beweckt Anlegerschutz und Schutz der Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte EBEHG 1). Funktionsschutzgedanke (Individual- und Kollektivschutz) steht im Vordergrund. Weil BEHG nicht eigentlich Gläubigerschutz im Sinne des Schutzes vor Kursverlusten bezeichnen kann.

Begründung des Funktionsschutzgedankens als Gesetzeszweck des BankG neben Gläubigerschutz (ZULAUF):

- Gläubigerschutz bedingt gewissen Umfang an Funktionsschutz
  - BankG beinhaltet nicht nur Gläubigerschutznormen, sondern auch andere z.T. Gegenstand des materiellen Privatrechts bildende Normen
- Das ist zwar richtig, geht aber am Problem vorbei:

Kritisiert wird nicht, dass das BankG andere als Gläubigerschutznormen enthalten kann; es fragt sich aber

- ob sich aus dem Umstand, dass das BankG andere als Gläubigerschutznormen enthalten kann, ableiten lässt, dass selbst bei Absenz konkreter Gesetzesnormen eine Regelungskompetenz der Aufsichtsbehörden besteht, die sich auf einen nicht näher definierten Funktionsschutzgedanken stützt.
- Kritisiert wird somit, dass die Praxis zum Funktionsschutz praktisch ausschliesslich aus der allgemeinen Formulierung in BankG 3 Abs. 2 lit. c abgeleitet wird, wonach die leitenden Bankorgane Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung bieten müssen, und dass die EBK in BankG 23<sup>ter</sup> Abs. 1 die Kompetenz erhält, Verfügungen nicht nur bei Verletzung des Gesetzes, sondern auch bei sonstigen Missständen zu erlassen. Die EBK hat bekanntlich auf der Grundlage dieser unbestimmten Rechtsbegriffe weitgehende Rundschreiben, d.h. Empfehlungen und Verfügungen erlassen.

Von den Banken wurde immer wieder vorgeschlagen, den unbestimmten Rechtsbegriff der Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung und der sonstigen Missstände zu eliminieren und statt dessen präziser zu definieren, dass die leitenden Organe Gewähr für die Einhaltung der gesetzlichen Ordnung und der Standesregeln sowie der Statuten und Reglemente bieten müssten. Erfreulicherweise hat diese Definition Eingang in BEHG 3 bezüglich der Börsen, leider aber nicht in BEHG 10 bezüglich der Effektenhändler gefunden.

Diese Definition hat den Vorteil der Klarheit und deckt alles Wesentliche ab. Der Gläubigerschutzzweck ist bereits ein sehr weiter Zweck. Er erlaubt nach der in diesem Bereich kaum kritisierten Praxis der EBK ein Eingreifen der Aufsichtsbehörden gegen normwidriges Verhalten von

Bankorganen, wenn dieses nicht gerade völlig irrelevant für die Berufstätigkeit des Bankiers ist. Die Banken können sich aber mit zwei Auffassungen der Behörden (vgl. dazu die Referate ZULAUF und HERTIG) nicht abfinden, nämlich

- dass ihre Tätigkeit zusätzlich auch einer von den Aufsichtsbehörden einseitig dekretierten moralischen Ordnung genügen müsse und
- dass unbestimmte Rechtsbegriffe im Hinblick auf eine flexible Aufsichtstätigkeit wünschbar seien.

Denn die Banken haben bei Verstößen gegen diese Moralvorschriften, die flexibel auf den Einzelfall erlassen werden können, Sanktionen zu gewärtigen, die bis zum Bewilligungsentzug gehen können, somit irreversibel sind.

Unbestimmte Rechtsbegriffe bringen Rechtsunsicherheit: Die Bank als Rechtsunterworfene muss in ihrem heutigen Handeln unbekannte Einzelfall-Normen in der Zukunft gewärtigen.

Ausdruck der von der Bank zu beachtenden Moral ist die gesetzliche, standesrechtliche, statutarische und reglementarische Ordnung – dazu gehört auch die Unsittlichkeit, wie sie im schweizerischen Recht definiert ist – und nicht eine von den Aufsichtsbehörden einseitig dekretierte Moralordnung.

Einzelfalljurisprudenz ohne klare gesetzliche Grundlage birgt die Gefahr, dass politischer Opportunität und Modeströmungen gefolgt wird. Gilt zur Beurteilungszeit noch die gleiche Moral wie bei Durchführung des Geschäfts?

Zum Problem «Soft Law»:

- Unbestreitbar spielt «Soft Law» eine immer grössere praktische Rolle: z.B. FATF-Empfehlungen des Basler Komitees der Bankaufsichtsbehörden.
- Problematisch ist, wenn derartiges «Soft Law» ausserhalb des rechtsstaatlichen Normgebungsprozesses implementiert und dem Sanktionsystem des Gesetzes unterworfen wird: z.B. FATF-Richtlinien. Damit erhalten Resultate einer irgendwie zusammengesetzten, möglicherweise internationalen Arbeitsgruppe plötzlich faktische Gesetzeskraft.
- Anders als bei der Aushandlung formeller Staatsverträge, die in der Regel den Ratifizierungsprozess bestehen müssen, folgen die Verhandlungen solcher Arbeitsgruppen häufig nicht dem Prinzip des kleinsten gemeinsamen Nenners, sondern demjenigen des grössten gemeinsamen Vielfachen.
- Problematisch wird dies insbesondere, wenn sich Gesetzesrecht und «Soft Law» widersprechen, z.B. Meldepflicht gemäss FATF-Richtlinien vor Einführung des Melderechts im StGB. Die «Geldwäscherei-Richtlinien» der EBK konnten sich nur mittels Hakenschlagen aus diesem ungemütlichen Dilemma befreien.

M. CHARLES-ANDRÉ JUNOD, *professeur et avocat, Genève*

Je voudrais vous livrer, dans le temps très restreint qui m'est imparti, quelques réflexions de praticien du droit bancaire sur les tâches d'auxiliaire de la poursuite pénale qui sont de plus en plus souvent dévolues au banquier. Faute de temps, je me confinerai à la nouvelle disposition figurant à l'article 305<sup>ter</sup> alinéa 2 CPS, entrée en vigueur le 1er août dernier. Cette norme me paraît fort problématique, quand bien même elle était destinée notamment à dissiper la fâcheuse insécurité juridique résultant du conflit entre l'infraction de blanchissage statuée à l'article 305<sup>bis</sup> CPS (auquel elle se rattache matériellement) et l'obligation de secret professionnel pesant sur la plupart des agents financiers visés à l'article 305<sup>ter</sup> CPS. En lui-même, cet objectif est d'autant plus louable que l'acuité de ce conflit me semble bien supérieure à l'évaluation qu'en font les «porteparole»scientifiques de la CFB (MM. URS ZULAUF et DANIEL ZUBERBÜHLER); plus précisément, je ne pense pas que l'article 34 CPS relatif à l'état de nécessité pouvait être invoqué par la banque pour légitimer une communication constitutive d'une violation du secret bancaire (cf., dans ce sens, MARLÈNE KISTLER, *La vigilance requise en matière d'opérations financières*, Lausanne 1994, page 102).

Je me demande néanmoins si, comme parfois en médecine, le remède n'est pas pire que le mal, tant est grande l'indétermination de la condition à laquelle est subordonné ce droit de communication de l'intermédiaire financier, à savoir l'existence d'*«indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime»*. Les «éclaircissements» fournis par le Message du Conseil fédéral ne sont, par la force des choses, guère lumineux, ni – conséquemment – propres à dissiper le dilemme du banquier; ils ont toutefois le mérite de faire clairement ressortir à quel point cette norme pénale fait du banquier un *«Hilfspolizist»* (pour reprendre la formule de DANIEL ZUBERBÜHLER), puisqu'il est indiqué que ces indices *«équiva(lent) à ceux qui, en règle générale, justifient l'ouverture d'une enquête de police»* (FF 1993 III 317 – c'est moi qui souligne). Sans avoir de meilleure formulation à proposer, je me demande sérieusement si, en raison des effets pervers de cette norme, le *statu quo ante*, qui laissait au banquier le choix (certes cornélien) de trancher entre son obligation de discréption envers son client et son devoir civique de prévenir un crime grave ou d'éviter qu'il ne demeure impuni, n'était pas préférable à tout prendre. Seule la jurisprudence permettra de répondre à cette question, et j'en viens ainsi à l'objet principal de mon propos.

Nos rapporteurs de droit public ont évoqué, avec une louable prudence (puisque aussi bien il est évident qu'ils s'avancraient sur un terrain miné) le problème des éventuels *«competitive disadvantages»* engendrés par cette extension progressive, maintenant par voie législative, des obligations déduites, à la charge des banques, de la *«garantie d'une activité irréprochable»*, dans le sens notamment de ce que M. ZULAUF a appelé le *«Vertrauenschutz»*, c'est-à-dire la protection du système bancaire lui-

même. Ils ont relevé à juste titre que, d'une manière générale, la législation suisse, sauf probablement en matière d'identification de l'ayant droit économique, n'allait guère au-delà, à l'heure actuelle, des règles qui prévalent sur la plupart des autres places financières importantes, ce que confirme l'analyse de MARLÈNE KISTLER sous l'angle des articles 305<sup>bis</sup> et 305<sup>ter</sup> CPS.

M. HERTIG a toutefois observé judicieusement qu'une telle analyse ne peut pas se confiner aux textes légaux ou réglementaires, mais qu'elle devait impérativement intégrer l'application qui en est faite; il a prudemment ajouté que les éléments d'appréciation nécessaires lui paraissaient faire défaut (cf. pp. 307-309).

Dès lors que j'ai été invité à m'exprimer aujourd'hui en ma qualité non point de professeur de droit public, mais d'avocat actif dans le secteur bancaire, je ne reviendrai pas sur les problèmes d'ordre constitutionnel que suscite toujours, à mes yeux, cet élargissement des objectifs de la législation bancaire de police administrative. Je ne puis cependant m'empêcher de noter au passage que je persiste à penser que ces problèmes n'ont pas qu'un caractère théorique, ainsi que nos rapporteurs (tant de droit privé que de droit public) l'ont affirmé, mais qu'ils ont nécessairement une incidence pratique considérable au niveau de l'interprétation des normes en jeu (également de droit privé), plus particulièrement dans la perspective du principe de la proportionnalité. Or, c'est sous l'angle de l'interprétation et de l'application de ces diverses normes légales, réglementaires ou déontologiques que j'éprouve des craintes sérieuses quant aux «*competitive disadvantages*» que le système bancaire helvétique me paraît s'infliger. N'étant tenu par aucun devoir de réserve et partant de l'idée que les vues que je vais exprimer ne me vaudront pas d'être considéré comme n'offrant plus la «garantie d'une activité irréprochable», je serai moins prudent que mon collègue et ami GÉRARD HERTIG.

Il est notoire que la Suisse s'est faite, au plan international, une solide réputation de *Vertragstreue*: dans maints domaines, nous avons ratifié beaucoup moins de conventions que d'autres Etats industrialisés, mais nous appliquons celles que nous avons ratifiées avec une grande rigueur – ceci expliquant cela. Un certain nombre d'exemples vécus me donnent à penser qu'il n'en va guère autrement dans notre domaine. Faute de temps, je n'en mentionnerai que deux:

- a) le premier concerne l'élimination – à l'initiative de la Commission fédérale des banques (ci-après: CFB) – de la fameuse «Formule B» que tolérait encore la Convention relative à l'obligation de diligence des banques de 1987. Je m'empresserai de relever que cette élimination me paraît correspondre, de manière générale, à une délimitation tout à fait convenable du champ d'application du secret professionnel de l'avocat, alors que je n'en dirai pas autant de la solution, d'une rigidité absurde, que d'aucuns (CFB ou Association suisse des banquiers?) ont tout d'abord tenté d'imposer à propos de la «Formule R», relative aux opérations bancaires qu'un avocat est amené à faire dans l'exercice

normal de sa profession. Le problème ayant entre-temps été résolu de façon à peu près acceptable, je ne m'y arrêterai pas, mais relèverai néanmoins que les difficultés susvisées me semblent révélatrices des «dérapages» auxquels conduit le souci de perfectionnisme qui anime trop souvent les autorités chargées de l'application des normes qui m'occupent ici. Ce qui me paraît plus difficilement acceptable, c'est que des établissements bancaires de premier ordre de pays «liés» par les mêmes conventions ou recommandations internationales que la Suisse continuent à faire application de solutions analogues à notre défunte «Formule B», lorsqu'ils estiment pouvoir faire confiance à la vigilance et à la perspicacité du titulaire formel du compte, c'est-à-dire pratiquement du gérant de la fondation ou société de domicile au nom de laquelle le compte est ouvert. On ne saurait s'étonner qu'un certain nombre de tels comptes aient dès lors quitté notre pays, non point parce que leur ayant droit économique aurait en quoi que ce soit à redouter dans la perspective des articles 305<sup>bis</sup> ou 305<sup>ter</sup> CPS, mais simplement parce que – désireux de s'assurer une confidentialité maximale, pour des raisons le plus souvent d'ordre fiscal, mais parfois aussi d'ordre familial – il ne voulait pas courir le risque d'une «fuite» toujours possible, comme une affaire genevoise célèbre l'a montré, dont la conclusion judiciaire (ATF 115 II 72 ss) n'est évidemment pas de nature à le rassurer;

- b) mon second exemple intéresse l'identification de l'ayant droit économique dans le cas d'une structure assurément moins fréquente dans notre pays que celle d'une fondation (pratiquement toujours liechtensteinoise) ou d'une simple société de domicile, à savoir celle d'un «discretionary trust» de droit anglo-saxon. Le chiffre 36 du «Commentaire» de la CDB de 1992 s'est occupé de la question, et l'a résolue d'une manière qui constitue une autre illustration du perfectionnisme qui me préoccupe, puisqu'il exige que la banque s'enquière de l'identité non seulement du «fondateur effectif» (donc du «Settlor»), mais également des «personnes habilitées à donner des instructions au cocontractant ou à ses organes» (formule qui, dans le cadre d'un «discretionary trust», me remplit de perplexité), «des personnes pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires», qui ne sont donc pas des ayants droit à proprement parler, et des éventuels «protecteurs». Les exigences formulées à cet égard dans plusieurs pays étrangers, anglo-saxons notamment, sont nettement moins lourdes.

D'autres exemples pourraient être cités, qui mettraient en évidence le caractère très tatillon de la pratique de la Commission de surveillance de la CDB par rapport à celle suivie sur d'autres grandes places financières, ainsi pour ce qui est des comptes d'attente et des délais de régularisation d'une documentation initialement incomplète. J'ajouterais que ce zèle perfectionniste et «realitätsfremd» n'est pas propre à ladite Commission, mais se retrouve également chez certaines autorités cantonales. Il en va

ainsi, à mes yeux, pour l'exigence parfois exprimée par les autorités genevoises de poursuite pénale que les banques soient à même de les renseigner sur les ayants droit économiques non seulement des comptes ouverts chez elles, mais également de ceux ouverts auprès des autres sociétés du groupe auquel elles appartiennent, tant en Suisse qu'à l'étranger. Outre qu'une telle exigence est susceptible d'entrer en conflit avec certaines réglementations étrangères, elle me paraît méconnaître largement les contraintes pratiques de la gestion d'un groupe bancaire international.

Ces observations m'amènent à redouter que l'application de la nouvelle norme très indéterminée de l'article 305<sup>ter</sup> alinéa 2 CPS ne donne matière à des «dérapages» analogues. J'ai été frappé, à la lecture de plusieurs des meilleures études consacrées à ces problèmes, sans doute parce qu'elles émanent soit de collaborateurs du Secrétariat de la CFB, soit de pénalistes, de constater à quel point elles oubliaient que *l'obligation primordiale des banques*, en leur qualité de mandataires et de dépositaires, consiste dans un *devoir de fidélité envers leurs clients*, dont il leur incombe de sauvegarder les intérêts. Il peut certes arriver que ces intérêts, qui doivent être présumés légitimes, se révèlent gravement contraires à l'ordre public, et c'est alors à bon droit que l'ordre juridique, au travers notamment des articles 260<sup>ter</sup> et 305<sup>bis</sup> CPS, interdit aux banques de prêter leur concours à des activités *criminelles* et fait appel à leur collaboration, *dans le cadre de la procédure pénale*, pour assurer la répression de celles-ci.

C'est, me semble-t-il, une tout autre politique que de vouloir mettre en oeuvre les banques au niveau de *l'engagement d'une enquête policière*, comme l'indique expressément le Message précité du Conseil fédéral. Il est légitime et nécessaire que la police ouvre des enquêtes sur la base d'indices même ténués et, *pour autant que le secret de l'enquête soit rigoureusement sauvegardé* (ce que certains magistrats tendent aujourd'hui, sous la pression des médias, à oublier parfois), cette légitimité n'est en rien affectée par le fait qu'après vérification, les soupçons se révèlent infondés. Il est, en revanche, tout à fait inacceptable à mes yeux qu'une telle enquête tournant court soit ouverte à la suite d'une communication du banquier du client contre lequel elle sera dirigée; hormis les cas où il dispose d'indices *proches d'une véritable preuve*, où ses soupçons confinent la certitude, le banquier ne saurait être tenu de *trahir* la confiance que lui a témoignée son client. Je suis, à cet égard, particulièrement choqué par la 17ème recommandation du GAFI qui prescrit que cette communication du banquier à l'autorité de poursuite pénale doit intervenir *sans avis* au client et qui a été reprise par les Directives de la CFB du 18 décembre 1991 (ch. 24)! Encore une fois, une telle norme se justifie en présence de la quasi-certitude d'une activité criminelle du client; elle est, en revanche, *intolérable* en présence de simples indices qui pourront se révéler infondés.

Je ne veux pas aborder les problèmes liés à la responsabilité du banquier découlant d'une telle trahison de la confiance du client. Je dois néanmoins

relever que la façon dont le Message du Conseil fédéral traite la question me paraît fort légère, et non dépourvue d'un certain sel, en regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 101 alinéa 3 CO (que le Prof. FRANÇOIS CHAUDET a justement critiquée; Rapport, p. 21-25), lorsque le Conseil fédéral recommande aux banques d'exclure cette responsabilité au moyen de leurs conditions générales! Je tiens en revanche à souligner que les risques d'atteinte sérieuse aux intérêts légitimes des clients ne sont aucunement théoriques; le caractère très récent de l'article 305<sup>ter</sup> alinéa 2 CPS ne permet évidemment pas d'en donner déjà des exemples topiques. J'en citerai néanmoins deux tirés du droit antérieur:

- a) le premier est probablement issu des Directives susvisées de la CFB du 18 décembre 1991. On sait qu'à la suite de certains «Betriebsunfälle» susceptibles d'avoir des conséquences financières très lourdes, certains organes de révision bancaire ont aujourd'hui tendance à avoir peur de leur ombre. En présence d'un compte suspect, dont la banque avait résolu de se séparer, le réviseur a exigé qu'elle dénonce le client à l'autorité pénale; suite à cette communication, une enquête pénale (judiciaire) a été ouverte, au terme de laquelle (et de quelques dizaines de milliers de francs de frais de voyage et d'avocat!) le client a justifié de son honorabilité, si bien que la procédure a été close, bien entendu non sans qu'il ait su que ses tribulations judiciaires helvétiques étaient imputables à son banquier! Il est aisément d'imaginer les sentiments d'un tel client à l'égard du système bancaire suisse;
- b) le second exemple est issu d'un cas d'entraide pénale internationale. Dans les documents d'un groupe de trafiquants de drogue, la police avait trouvé ce qui lui a paru être un numéro de téléphone dont elle a établi qu'il correspondait à celui d'une des quelques dizaines de lignes téléphoniques d'un *broker* actif dans le secteur des changes; elle a conséquemment inclus le nom de ce *broker* dans une ordonnance de blocage adressée à toutes les banques de la place et visant une vingtaine de personnes. Aussitôt «mis à l'index» par la plupart des banques qui étaient ses clientes, ledit courtier a vu son volume d'affaires se tarir inexplicablement d'un jour à l'autre! Il lui a fallu pas mal d'efforts et près d'une semaine pour amener le juge d'instruction à reconnaître qu'il était totalement étranger au trafic de drogue incriminé et que le numéro à l'origine de la mesure n'était certainement pas celui d'une de ses nombreuses lignes téléphoniques. N'ignorant pas la fable du pot de terre contre le pot de fer, ce courtier n'a pas voulu réclamer à l'autorité cantonale la réparation du préjudice de plusieurs centaines de milliers de francs qu'il avait subi.

Ce sont ces quelques exemples et ces réflexions qui m'amènent à conclure en exprimant le voeu que les tentations perfectionnistes que j'ai dénoncées et qui me semblent empreintes d'un certain masochisme helvétique n'aboutissent point, à force de voir dans la banque un service public, à paralyser un des secteurs les plus performants de notre

économie nationale, avec ce résultat contre lequel URS ZULAUF lui-même mettait en garde à la fin de son rapport:

«Ohne Kunden, keine Bank und kein Vertrauensschutz».

**M. SYLVAIN MATTHEY, avocat, juriste chez MM. Pictet & Cie, Genève**

Les normes suisses contre le blanchiment: état des lieux et perspectives

## 1. La Suisse, précurseur dans la lutte contre le blanchiment

La libre circulation des capitaux, encouragée par de nombreux instruments internationaux, la globalisation des marchés financiers et l'utilisation des moyens modernes de télécommunication, en facilitant et en accélérant les transferts de fonds, peuvent aussi rendre plus difficile l'identification de leur origine par les intermédiaires financiers. Cette tâche est d'autant plus délicate que les capitaux sont généralement «préblanchis» lorsqu'ils parviennent à s'introduire dans le système bancaire. Les grandes places financières internationales sont ainsi particulièrement exposées au risque de voir leurs services utilisés abusivement par des organisations criminelles aux fins de recycler leurs gains illicites.

Le développement de la criminalité organisée à l'échelle internationale et le phénomène du blanchiment de fonds qui lui est lié préoccupent, à juste titre, les pouvoirs publics et les agents économiques. En Suisse également, il s'agit d'une réalité qui affecte le système financier, mais aussi d'autres branches de l'économie<sup>22</sup>. La Suisse et ses banques ont réagi de manière précoce en se dotant d'un ensemble de normes visant à prévenir et à réprimer l'utilisation abusive du système bancaire à des fins de blanchiment. Notre pays a été le premier en Europe à mettre en vigueur une législation pénale fondée sur une conception extensive du blanchiment. La Suisse est partie à plusieurs accords internationaux en la matière, notamment la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, du 20 décembre 1988, et la Convention no 141 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation du produit du crime, du 8 novembre 1990<sup>23</sup>. Elle est un membre actif du Groupe d'action financière des pays industrialisés contre le blanchiment (GAFI).

## 2. La Convention de diligence (CDB)

Dès 1977, les banques suisses se sont donné un code de déontologie, par lequel elles s'engagent notamment à vérifier l'identité de leurs cocontrac-

---

<sup>22</sup> Cf. à ce sujet le rapport publié en octobre 1993 sous l'égide de l'Office fédéral de la justice, intitulé «Die Bedeutung des organisierten Verbrechens in der Schweiz».

<sup>23</sup> Cf. message du Conseil fédéral in FF 1992 VI 8.

tants et à établir, le cas échéant, l'identité de l'ayant droit économique véritable des fonds déposés. Elles sont à l'origine de la codification de ce principe fondamental de l'activité bancaire et de gestion de fortune: «know your customer», telle est la règle d'or<sup>24</sup>.

Révisée et renforcée à trois reprises, en 1982, 1987 et 1992, la CDB prévoit des amendes jusqu'à 10 millions de francs suisses. Plusieurs dizaines d'enquêtes ont été ouvertes depuis sa création et de nombreuses amendes infligées, le plus souvent pour des infractions à caractère formel<sup>25</sup>.

### 3. Les articles 305<sup>bis</sup> et <sup>ter</sup> du Code pénal

Depuis le 1er août 1990, les art. 305<sup>bis</sup> et 305<sup>ter</sup> CPS répriment le blanchiment intentionnel de capitaux et sanctionnent tous les intermédiaires financiers professionnels qui omettent de vérifier avec la vigilance requise l'identité de l'ayant droit économique. Ainsi, l'obligation de diligence en matière d'identification de la clientèle s'applique désormais à l'ensemble des personnes qui reçoivent professionnellement des valeurs patrimoniales de tiers, et non plus seulement aux banques. Le message cite expressément les fiduciaires, les conseillers en placement, les gérants de fortune indépendants, les agents de change, les marchands de métaux précieux et les avocats d'affaires<sup>26</sup>. En ce qui concerne les règles de conduite pratiques à suivre pour se conformer au devoir de vigilance, le législateur s'est toutefois contenté de renvoyer à la Convention de diligence des banques<sup>27</sup>.

Dans le cadre d'un second train de mesures contre la criminalité organisée, les Chambres fédérales ont introduit un article 305<sup>ter</sup>, al. 2 CPS, qui confère aux professionnels de la finance le droit de faire part de leurs soupçons aux autorités de poursuite pénale lorsqu'ils découvrent des indices de blanchiment. Cette nouvelle disposition est entrée en vigueur le 1er août 1994<sup>28</sup>. L'instauration d'une obligation de dénonciation dans le Code pénal a, en revanche, été refusée par le Parlement.

---

<sup>24</sup> De nombreux instruments juridiques internationaux s'inspirent de la Convention de diligence, notamment la Directive européenne du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, les recommandations du GAFI d'avril 1990 et la Déclaration de principe des Gouverneurs des banques centrales du G 10 en décembre 1988.

<sup>25</sup> Voir les rapports d'activité de la Commission de surveillance de la CDB, publiés dans «Wirtschaft und Recht» 1980, p. 2895 ss; 1984, p. 157 ss; 1988, p. 163 ss; et dans la «Revue suisse de droit des affaires» 2/1993.

<sup>26</sup> FF 1989 II 989.

<sup>27</sup> Sur les art. 305<sup>bis</sup> et 305<sup>ter</sup> CPS, cf. URSULA CASSANI, FJS 135.

<sup>28</sup> Sur l'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2 CPS, cf. le Message du Conseil fédéral, FF 1993 II 269.

#### 4. Directives de la CFB

Les directives de la Commission fédérale des banques (CFB) contre le blanchiment de capitaux, entrées en vigueur le 1er mai 1992, se fondent – de manière d’ailleurs contestable – sur les «garanties d’une activité irréprochable» au sens de l’art. 3, al. 2, lit. c de la loi sur les banques. Elles contiennent des éléments d’interprétation des art. 305<sup>bis</sup> et <sup>ter</sup> CPS. Les directives obligent les banques à former leur personnel, à édicter les instructions internes nécessaires et à instituer un service chargé de la lutte contre le blanchiment. Elles donnent, à l’aide d’un catalogue d’indices, des recommandations concrètes en vue d’éviter l’implication de la banque dans une opération de blanchiment. Si l’acceptation par négligence d’avoirs illégalement acquis ne peut donner lieu à une poursuite pénale pour blanchiment actif au sens de l’art. 305<sup>bis</sup> CPS, elle peut en revanche, selon l’autorité de surveillance, contrevir aux garanties d’une activité irréprochable. La banque s’expose alors aux sanctions administratives fondées sur les art. 23<sup>ter</sup> ss LB, qui peuvent aller jusqu’au retrait de son autorisation et à sa fermeture pure et simple. Comme la CDB, les directives de la CFB ne s’appliquent directement qu’aux banques, à l’exclusion des autres intermédiaires financiers<sup>29</sup>.

#### 5. Un nouveau projet de loi contre le blanchiment

L’Administration fédérale a ouvert, début 1994, une procédure de consultation sur un nouveau projet de «loi fédérale sur le blanchissage d’argent (LBA)». Le principal objectif du projet est d’étendre à l’ensemble des professionnels de la finance soumis à l’art. 305<sup>ter</sup> CPS les principes de la Convention de diligence – ainsi que, dans une moindre mesure, ceux des directives de la CFB – en matière d’identification de la clientèle et d’établissement de l’identité des ayants droit économiques. Toutes les études récentes démontrent en effet que des efforts importants et fructueux ont été accomplis dans le secteur bancaire au sens strict et que la lutte contre le blanchiment doit se diriger désormais de façon prioritaire sur les activités parabancaires, voire sur d’autres branches économiques. Les recommandations internationales vont dans le même sens<sup>30</sup>.

Malheureusement, le projet est affecté de carences majeures et n’est pas propre à atteindre les objectifs qu’il poursuit. Il a d’ailleurs suscité de vives critiques lors de la procédure de consultation.

Le commentaire à l’appui du projet affirme que la loi, sous réserve d’un devoir de communication, n’imposerait pas d’obligation matérielle nouvelle aux banques, déjà soumises à la Convention de diligence. C’est oublier que la LBA modifierait fondamentalement la nature juridique des

<sup>29</sup> Cf. rapports de gestion de la CFB 1989, p. 168 ss; 1990, p. 162 ss, 1992, p. 227 ss; 1993, p. 132 ss.

<sup>30</sup> Cf. notamment le dernier rapport annuel 1993-94 du GAFI, du 16.6.1994.

règles de conduite applicables aux banques: à une convention de droit privé et à des directives administratives spécifiques se substituerait – ou s’ajouteraient – des dispositions légales, de portée générale, assorties de sanctions pénales. En codifiant la Convention de diligence dans une loi – de manière d’ailleurs très approximative – la LBA la priverait de sa raison d’être. Les banques ne seraient certainement pas disposées à s’exposer à un cumul inéquitable de sanctions. Or, il est plus que douteux qu’un appareil normatif comprenant la LBA, mais dont la Convention de diligence et la longue pratique qui s’y rattache auraient disparu, soit plus performant que celui dont nous disposons aujourd’hui.

Il est surtout illusoire de prétendre astreindre les parabanques à des règles comparables à celles de la CDB et des directives de la CFB, aussi longtemps que ces «autres financiers» ne seront pas soumis à un statut légal clair et ne feront pas l’objet de prescriptions en matière d’autorisation, de surveillance officielle, de contrôle interne et de révision équivalentes à celles de la loi sur les banques. En réalité, seules les entreprises déjà soumises à une surveillance administrative sur le plan fédéral (banques, assurances, fonds de placement) seraient effectivement contrôlées, sous l’angle des obligations découlant de la LBA. La prétendue égalité de traitement ambitionnée par le projet est donc une fiction.

Au surplus, le projet est un florilège de notions vagues et de termes non définis juridiquement. L’utilisation dans une loi fédérale du concept d’«ayant droit économique», étranger au droit suisse, doit en particulier être combattue.

Enfin, l’art. 8 du projet de LBA propose l’introduction d’un «devoir de communication» aux autorités de poursuite pénale en cas de soupçons du financier. Le débat droit-obligation peut sembler académique, notamment pour les banques assujetties à la surveillance de la CFB. Cependant, l’obligation de dénonciation, en chargeant les établissements financiers d’une fonction d’auxiliaires de police, les placerait dans une position pour le moins ambiguë vis-à-vis de leur clientèle privée<sup>31</sup>. Par ailleurs, le Parlement vient à peine d’accepter l’introduction dans le Code pénal d’un droit de communication. La recommandation no 16 du GAFI laisse d’ailleurs aux Etats le soin d’instaurer un droit ou une obligation de communication.

D’un point de vue pratique, l’art. 8 LBA est en outre inapplicable. Ainsi, comment concilier le devoir de communiquer, prévu par l’al. 2 même lorsque la relation n’est pas nouée, avec l’interdiction d’informer la personne concernée pendant 5 jours ouvrables, prévue par l’al. 3? Et comment la banque pourrait-elle prétendre retenir «tous les documents afférents» lorsqu’elle refuse d’établir des relations d’affaires avec un nouveau client, tout en se conformant à l’interdiction qui lui est faite d’informer cette personne de la dénonciation à l’autorité pénale?

---

<sup>31</sup> Cf. l’article de Mes P.C. HONEGGER et M.A. FREY: «Der Bankangestellte – Diener zweier Herren?», in NZZ du 23.9.1994.

En l'état, le projet de LBA constitue donc un facteur d'insécurité juridique supplémentaire. En dehors du secteur bancaire, le respect du «devoir de vigilance» institué par le Code pénal appelle certainement des éclaircissements. Au préalable, les activités parabanares et financières concernées doivent être dûment définies et surveillées. L'avant-projet de loi sur les services financiers, élaboré en 1991 sur mandat du Département fédéral des finances et dont on est sans nouvelles depuis, pourrait être réactivé dans ce but. Ce n'est qu'une fois les professions parabanaires dotées d'un statut légal clair que des règles de comportement pourront se développer de façon coordonnée. Une large part devra être laissée à l'autoréglementation, afin de tenir compte des particularités de chaque type d'activité.

## 6. Nouvelles pratiques en matière d'investigations

Le Ministère public de la Confédération a adressé, le 5 septembre dernier, à toutes les banques de Genève, Zurich et du Tessin une ordonnance leur enjoignant de lui faire connaître l'existence éventuelle d'avoirs bancaires déposés au nom ou pour le compte de 60 personnes nommément citées, soupçonnées par un Ministère public étranger d'appartenir à un clan mafieux se livrant au trafic de drogue. Le Procureur de la Confédération a fait savoir que, dans le cas où le résultat des recherches serait positif, le séquestre sera ordonné et une procédure de confiscation fondée sur l'art. 59 nouveau CPS introduite. L'ordonnance est fondée sur les art. 101<sup>bis</sup> et 259 PPF, 19 et 24 de la loi sur les stupéfiants et 305<sup>ter</sup>, al. 2 CPS (droit de dénonciation). Elle interdit aux banques destinataires d'informer, le cas échéant, les personnes concernées. Elle ne comporte pas d'indication des voies de recours.

Au vu des nombreuses interrogations que suscite cette procédure, basée sur des dispositions récemment entrées en vigueur, une trentaine de banques interpellées ont déposé deux recours, l'un devant la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral fondé sur l'art. 105<sup>bis</sup>, al. 2 PPF, et l'autre, fondé sur les art. 14, al. 1 PPF et 72, lit. b LPA, au Conseil fédéral, chargé de la surveillance du Procureur général de la Confédération. Les principaux arguments invoqués sont les suivants:

- l'ordonnance attaquée élude les règles de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. En l'absence d'une demande d'entraide circonstanciée visant des personnes déterminées pour des faits précis, la demande revêt un caractère exploratoire («fishing expedition») contraire au principe de la proportionnalité et à la jurisprudence<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Cf. notamment les art. 28 EIMP et 10 OIMP, et l'arrêt rendu par la 1ère Cour de droit civil du TF dans une affaire Commune de Milan contre banques tessinoises le 19 juin 1993 (réf. I A 211/1992).

- L'art. 305<sup>ter</sup>, al. 2 CPS, entré en vigueur le 1er août 1994, confère aux professionnels de la finance un droit de dénonciation; l'introduction d'une obligation, par le biais de la LBA, est vivement discutée. L'ordonnance attaquée, en cherchant à contraindre les banques à exercer leur droit sur la base de soupçons qu'elles n'ont pas elles-mêmes conçus, le transforme de facto en une obligation.
- L'art. 59 nouveau CPS permet le séquestre d'avoirs, d'origine délictueuse ou non, sur lesquels une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition, y compris à titre conservatoire, et également à la requête d'une autorité étrangère. Le lien avec une infraction déterminée n'a plus à être établi et il n'est pas nécessaire que des actes délictueux aient été commis en Suisse. Mais aux termes du message du Conseil fédéral, la confiscation d'avoirs appartenant à une organisation criminelle étrangère presuppose une demande d'entraide judiciaire et une décision de confiscation prise par l'autorité étrangère compétente<sup>33</sup>. Or en l'espèce, l'ordonnance attaquée semble avoir été rendue en dehors d'une demande régulière d'entraide judiciaire et n'indique nullement que les personnes visées aient été convaincues d'appartenir à une organisation criminelle, mais fait seulement état de renseignements obtenus dans le cadre d'une instruction en cours à l'étranger.

Dans un délai record, la Chambre d'accusation du TF a rendu et publié un arrêt par lequel elle refuse d'entrer en matière, considérant que l'ordonnance ne constitue pas une mesure de contrainte au sens de l'art. 105<sup>bis</sup>, al. 2 PPF, mais une simple demande de renseignements dans le cadre d'une enquête préliminaire, pour laquelle le Ministère public fédéral est compétent. L'énumération des mesures de contrainte aux art. 45 ss. PPF est exhaustive et le recours n'est pas ouvert contre d'autres actes de la police judiciaire. Le recours devant le Conseil fédéral est encore pendant.

Cet arrêt pose davantage de problèmes qu'il n'en résout. En évitant de se prononcer sur les arguments de fond invoqués par les recourants, le Tribunal fédéral crée une insécurité juridique au sujet de l'interprétation des nouvelles règles de la procédure pénale fédérale et du Code pénal. On peut raisonnablement soutenir d'autre part que l'ordonnance attaquée équivaut matériellement à une mesure coercitive (séquestre). Dans l'hypothèse en effet où des avoirs au nom des personnes visées seraient déposés auprès d'une banque destinataire de l'ordonnance, on conçoit difficilement que celle-ci ne bloque pas immédiatement les fonds. A défaut d'une telle mesure, elle risquerait en effet de se voir reprocher, en cas de transfert, une entrave à la confiscation des fonds constitutive du délit de blanchiment au sens de l'art. 305<sup>bis</sup>, ch. 1 CPS. L'autorité de surveillance pourrait également lui infliger une sanction administrative pour manquement à ses directives.

---

<sup>33</sup> FF 1993 III 309 ss.

Il reste à espérer que les discussions en cours entre le Ministère public de la Confédération et l'Association suisse des banquiers permettront de définir les modalités d'une collaboration loyale et efficace, mais respectueuse des fondements de notre ordre juridique et de la sphère privée de la clientèle honnête. La suspicion et la délation ne sauraient être érigées en système et se substituer, dans les relations bancaires, aux principes de confiance et de confidentialité.

## 7. Conclusion

La lutte contre la criminalité organisée et le blanchiment des capitaux qu'elle génère, y compris par des mesures préventives, est dans l'intérêt des banques et des autres établissements financiers. La Suisse l'a compris avant d'autres pays. Mais ces dernières années ont vu croître et embellir un véritable maquis de normes, facteur d'insécurité juridique. Ces dispositions de nature diverses se recoupent et se chevauchent partiellement. Leur mise en pratique suppose de la part des établissements concernés un effort de formation considérable et de longue durée. Il convient par conséquent de ne pas légiférer dans la précipitation. La volonté louable de renforcer la lutte contre le crime organisé n'est pas toujours exempte de dérapages.

Le projet de loi sur le blanchissage dans le secteur financier a le mérite de mettre en évidence une lacune réelle: l'absence d'un contrôle efficace sur certaines activités parabancaires. Il n'en constitue pas moins une cote mal taillée. Sans un réexamen complet, son adoption entraînerait vraisemblablement l'abrogation de la Convention de diligence, sans accroître l'efficacité de la lutte contre le blanchiment dans le secteur financier non bancaire.

Prof. Dr. DIETER ZOBL, Zürich

Derivate

Wie kürzlich in der Finanzpresse vermerkt wurde, steht das Bankgeschäft in den 90er Jahren im Zeichen der Derivate.

I. Die derivativen Finanzgeschäfte haben in den letzten Jahren enorm zugenommen; weltweit haben diese Kontrakte, zu denen Swaps, Optionen Futures und davon wiederum abgeleitete Produkte gehören, die Marke von 10'000 Mrd. \$ überschritten. Nach den Berechnungen der deutschen Bundesbank machten die derivativen Geschäfte 90% des Geschäftsvolumens aller deutschen Banken aus (NZZ vom 21.10.1993, S. 34). Für die Schweiz fehlen mir zuverlässige Zahlenangaben; die hiesigen Verhältnisse dürften sich aber ähnlich gestalten. Solche Zahlen und Feststellungen werfen die Frage auf, welche Risiken mit diesen Geschäften verbunden sind und ob die *lex lata* diese Transaktionen, im Hinblick auf grundlegende

Ziele der Bankgesetzgebung (Anleger- und Funktionsschutz) genügend erfasst.

II. So ist es denn nicht verwunderlich, dass diese rasante Entwicklung des derivativen Geschäfts zu einem Unbehagen verschiedener Bankaufsichtsbehörden und Zentralbanken geführt hat. Die Produktevielfalt und die Komplexität der einzelnen Derivate führen zweifellos zu einer gewissen Unübersichtlichkeit. Die auf diesem Gebiet tätigen Finanzingenieure sind sehr innovativ, und es folgen in kurzen Abständen immer wieder neue Produkte, die nicht nur für den Laien, sondern auch für den Bankfachmann zumindest aufs erste unverständlich erscheinen. Dennoch wird namentlich in der Finanzpresse von einem «kalkulierten Risiko» gesprochen. Die Risikolage ist kurz wie folgt zu analysieren:

1. Zunächst darf man auch vor den komplexesten Derivaten in privatrechtlicher Hinsicht nicht kapitulieren. Eine «Entmystifizierung» der einzelnen Konstruktionen in zivilrechtlicher Hinsicht führt regelmässig zu nüchternen Ergebnissen, indem sich diese Geschäfte in allgemein verständliche Komponenten zerlegen lassen.
2. Aus den Nominalwerten, die in der Tat schwindelerregende Höhen erreichen können, kann nicht auf die effektive Risikolage geschlossen werden. Das tatsächliche Risiko zeigt sich erst im Zeitpunkt der Vertragserfüllung oder einer vorzeitigen Glattstellung, in welchem eine bestimmte Nettoforderung zur Debatte steht. Das damit verbundene Verlustrisiko wird international auf weniger als 3 % der Nominalvolumina geschätzt.
3. Sodann ist auf Massnahmen hinzuweisen, welche eine noch weitere Verringerung des Risikos bezeichnen. Es betrifft dies namentlich die sog. Netting-Vereinbarungen. Diese haben u.a. die Funktion, im Insolvenzfall einer Bank die zwischen dieser und andern Banken bestehenden derivativen Positionen glattzustellen und in ihren Netto-Beträgen aufzurechnen. Damit soll u.a. verhindert werden, dass eine Konkursverwaltung auf die Idee kommt, die für sie erfolgversprechenden Positionen herauszugreifen und zu erfüllen, während in die übrigen derivativen Geschäfte nicht eingetreten würde. Es geht also um die Verhinderung des sog. cherry picking. Diese Vereinbarungen werden von vielen ausländischen Rechtsordnungen anerkannt, und sie sind gemäss einer Untersuchung von mir auch in der Schweiz zulässig. Damit stellt sich die konkrete Frage nach einem Handlungsbedarf de lege ferenda.

III. In *privatrechtlicher Beziehung* besteht m.E. kein Normdefizit, lassen sich doch alle derivativen Geschäfte als Innominateverträge erfassen, und es können die Regeln bestimmter gesetzlich geregelter Vertragstypen z.T. analog angewendet werden. Eine besondere Regelung wäre denn auch nicht sinnvoll, werden ja stets neue Produkte «erfunden».

IV. Im *aufsichtsrechtlichen Bereich* sollte ein organisatorisch und mit ausreichend Eigenkapital unterlegtes Risiko-Management sichergestellt werden. Ohne funktionierende Infrastruktur sollte dieses Geschäft nicht betrieben werden dürfen. Diese Postulate dürften für die Banken über das Bankengesetz, für die Effektenhändler durch das im Entwurf vorliegende Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz) realisiert werden. Immerhin ist zu beachten, dass durch das Börsengesetz nur Effekten, d.h. vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Derivate erfasst werden. Massgeschneiderte Derivate fallen dagegen nicht darunter (vgl. Art. 2 lit. a Börsengesetz). Die entsprechende Lücke könnte und müsste durch den Erlass eines Finanzdienstleistungsgesetzes gefüllt werden. Nur so wäre es möglich, entsprechende Auswüchse zu bekämpfen.

V. Im *Insolvenzrecht* sollte klar gestellt werden, dass die Netting-Vereinbarungen anerkannt sind. Obwohl dies nach meiner Ansicht bereits heute der Fall ist, wird in der gegenwärtigen SchKG-Revision vorgesehen, Art. 211 SchKG in dem Sinne zu ergänzen, dass die Konkursverwaltung in solche Geschäfte nicht mehr eintreten kann; sie werden von Gesetzes wegen glattgestellt.

Dr. KURT LANGHARD, *Stv. Direktor der Zürcher Kantonalbank, Zürich*

Ist die Staatsgarantie noch zeitgemäß?

Die vom Diskussionsleiter gestellte Frage, ob die Staatsgarantie noch zeitgemäß sei, kann so nicht beantwortet werden. Vielmehr ist eine Antwort auf die Frage zu finden, ob Kantonalbanken selbst noch zeitgemäß seien. Dann erscheint die Staatsgarantie nur als eines der Elemente, die in die Betrachtung einzubeziehen sind. Neben ihm stehen als weitere Charakteristika von Kantonalbanken ihr öffentlicher Leistungsauftrag, ihre besondere rechtliche Organisationsform und ihre von der Überwachung anderer Banken verschiedene Kontrolle. Diese Merkmale bedingen einander zum Teil, weshalb sie in ihrer Gesamtheit darauf hin zu überprüfen sind, ob sie noch zeitgemäß seien.

Das Thema der Diskussion «Bankrecht heute und morgen» stellt sich für die Kantonalbanken zum Teil konkret und zum Teil hypothetisch in verkürzter Form als Frage «Kantonalbank heute – und morgen?» Aus verschiedensten, hier als bekannt vorausgesetzten Gründen ist in den letzten Jahren die Diskussion darüber entbrannt, ob die Kantonalbanken zu privatisieren seien. Zum Teil gründet sie in weltanschaulich-politischen Überzeugungen, zum Teil wurde sie ausgelöst durch die infolge Misswirtschaft herbeigeführte Sanierungsbedürftigkeit einzelner Institute. Den Juristen interessiert weniger die Frage, weshalb zu privatisieren sei, sondern in welcher Form, und welche Auswirkungen eine Privatisierung auf einige typische Rechtsinstitute der Kantonalbanken haben werde.

Ob privatisiert werde und ob das Ziel die gänzliche oder blass teilweise Privatisierung sei, ist eine Frage, die vom jeweiligen kantonalen Souverän zu entscheiden ist. Dieser steht im typischen Fall vor folgender Ausgangslage: Seine Kantonalbank ist als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt organisiert. Sie hat einen öffentlichen Leistungsauftrag und ist mit der direkten oder subsidiären Staatsgarantie für sämtliche Verbindlichkeiten ausgestattet. Sie steht unter der Oberleitung eines Gremiums, das von den politischen Behörden des Kantons bestimmt wird. Die Revision erfolgt nicht durch eine externe Revisionsstelle im Sinne des Bankengesetzes, sondern durch ein internes Inspektorat. Das Grundkapital wird ihr vom Kanton als Dotationskapital zur Verfügung gestellt, das zu verzinsen ist. Ein Teil des Reingewinnes wird dem Kanton abgeliefert. Dafür geniesst sie Steuerfreiheit in Kanton und Gemeinden. Ihre Rechtsgrundlage findet diese Struktur in Art. 31<sup>quater</sup> Abs. 2 BV und Art. 3 Abs. 4 BaG bzw. Art. 3a revBaG sowie in den jeweiligen Kantonsverfassungen und der kantonalen Gesetzgebung.

Die im Rahmen von Swisslex durchgeführte Teilrevision des Bankengesetzes hat an diesem Bild nur einige geringfügige, rechtlich allerdings ungewöhnliche Korrekturen angebracht: der heute gültige Art. 3 BaG, der die Bewilligungsvoraussetzungen zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bank enthält, findet nach Art. 3 Abs. 4 BaG auf Kantonalbanken keine Anwendung. Dies bedeutet insbesondere, dass die Eidgenössische Bankenkommission nicht befugt ist zu prüfen, ob die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Eine der Aufsicht der EBK, notabene einer klassisch polizeilichen Aufsicht analoge Aufsicht, besteht in keinem Kanton. Die Kantonalbanken stehen vielmehr unter einer Aufsicht, die Elemente politischer und polizeilicher Aufsicht mit verschiedenen Formen der Rechnungs- und Geschäftsprüfung vermischt.

Auf Veranlassung der Kantonalbanken selbst nahm der eidgenössische Gesetzgeber anlässlich der eben durchgeführten Teilrevision des Bankengesetzes Art. 3a Abs. 2 revBaG ins Gesetz auf, der vorsieht, dass die Kantone die bankengesetzliche Aufsicht über ihre Kantonalbank vollumfänglich der Eidgenössischen Bankenkommission übertragen dürfen. Voraussetzung dazu ist, dass sie die Anforderungen von Art. 3 Abs. 2 und 3 BaG erfüllen und, so die Schlussbestimmungen in Abs. 4, binnen drei Jahren nach Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen eine ausserhalb des Unternehmens stehende Revisionsstelle eingesetzt haben. In welcher Form dies zu geschehen hat, bestimmt sich nach kantonalem Recht. Die fakultative Übertragung einer kantonalen Kompetenz im Polizeirecht auf eine Bundesbehörde stellt ein staats- und verwaltungsrechtliches Novum und Unikum dar. Es musste auf Seiten des Bundes vorerst durch Art. 3a Abs. 2 BaG die Kompetenz des Bundes geschaffen werden, eine solche Delegation überhaupt annehmen zu können. Eine quasivertragliche Übertragung der Aufsichtskompetenz, wie sie 1992 vor allem in Genf diskutiert

worden war, hätte nicht kantonales, aber wegen der abschliessenden Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen sowie wegen des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit, Bundesrecht verletzt.

Wird die Aufsicht über eine Kantonalbank der Eidgenössischen Bankenkommission übertragen, fehlt dieser allerdings die Sanktionsmöglichkeit gegenüber einer Kantonalbank. Art. 3a Abs. 2 revBaG erweist sich als *lex imperfecta*. Insbesondere kann die Eidgenössische Bankenkommission bei Nichteinhaltung der Gewährsvorschriften einer Kantonalbank die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit nicht entziehen. Nicht geklärt ist, wie Verfüγungen der Eidgenössischen Bankenkommission gegenüber Kantonalbanken durchgesetzt werden sollen. Ist eine Bank in Form der Aktiengesellschaft organisiert, ist es deren Verwaltungsrat, der die Anordnungen in die Wirklichkeit umsetzen muss. Wie aber bei den Kantonalbanken? Kann die Eidgenössische Bankenkommission als eidgenössische Polizeibehörde einem kantonalen Bankrat bindende Anweisungen erteilen? Der Kanton Solothurn glaubt, diese Frage dadurch lösen zu können, dass er den Regierungsrat oder allenfalls eine vom Kantonsrat gewählte kantonsräliche Kommission damit betraut, der Eidgenössischen Bankenkommission «Rechtshilfe in der Vollstreckung der in Rechtskraft erwachsenen Anordnungen und Auflagen» zu leisten (Entwurf zu einem Gesetz über die Solothurner Kantonalbank § 15 Abs. 1; RRB Nr. 2334 vom 9. August 1994).

Die Privatisierung einer als Anstalt organisierten Kantonalbank kann ganz oder teilweise erfolgen. Teilweise, indem sie in eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft nach Art. 763 OR überführt wird, oder gänzlich, indem ihre Aktiven und Passiven in eine zu gründende Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 ff. OR eingebbracht werden. In allen Kantonen setzt dies eine entsprechende Anpassung des kantonalen Rechts voraus, sei es auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe.

Mit Vollzug der Privatisierung verliert die Bank den Status einer Kantonalbank im Sinne von Art. 3a Abs. 1 revBaG; ihre Firma ist, da nunmehr unwahr, zu ändern und die Staatsgarantie aufzuheben. Letzteres ist nun aber nicht einfach: Aus der Sicht eines Kantonalbankkunden stellt die Staatsgarantie einen wesentlichen Vertragsbestandteil dar. Ihre Abschaffung durch den Kanton als Garanten verunmöglicht der nunmehr privatisierten Bank, die von ihr übernommenen Verpflichtungen vertragskonform zu erfüllen. Leicht lösbar ist das Problem bei den von der Bank jederzeit kündbaren Beziehungen wie etwa im Konto- oder Depotgeschäft. Nach dem Grundsatz in *maiore minus* dürfte eine Weiterführung der Beziehungen ohne Änderungskündigung zulässig sein, wenn der Wegfall der Staatsgarantie der Kundschaft unter Hinweis auf die jederzeitige Kündbarkeit der vertraglichen Beziehungen mitgeteilt wird. Anders bei Verbindlichkeiten mit fester Laufzeit über den Zeitpunkt der Privatisierung hinaus. Unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben wäre für eine Weitergeltung der Staatsgarantie zu plädieren. Dem kann unter Bezugnahme auf den Gleich-

heitsgrundsatz und die Handels- und Gewerbefreiheit entgegengehalten werden, die Haftung eines Kantons für Verbindlichkeiten, die auf eine seiner Einflussnahme gänzlich entzogene Bank übergegangen sind, entbehre einer Rechtfertigung.

Solange eine Kantonalbank in ihrer heutigen Form mit den ihr wegen ihres öffentlichen Leistungsauftrages auferlegten Einschränkungen der freien Geschäftstätigkeit organisiert ist, lässt sich die Staatsgarantie als Korrelat dieser Wettbewerbshemmnisse rechtfertigen. Sollten diese Beschränkungen, sei es im Rahmen der Privatisierung oder einer sonstigen Liberalisierung dahinfallen, ist die Staatsgarantie nicht mehr gerechtfertigt.

Prof. Dr. MARIO GIOVANOLI

Pour conclure ce débat, qui a mis en relief de multiples facettes de ce domaine en pleine évolution qu'est le droit bancaire et financier, je voudrais remercier les participants de leurs interventions très intéressantes, qui ne manqueront pas stimuler la réflexion. Sans doute est-il prématué de porter un jugement sur les multiples changements qui sont intervenus dans la réglementation applicable dans ce secteur et de prévoir l'évolution ultérieure. Il faut se souvenir toutefois qu'en droit bancaire aussi, la politique est l'art du possible. Mais il est évident que tout ce qui est possible n'est pas nécessairement désirable. Merci de votre attention.

## V.

### **Ansprache von Bundesrat ARNOLD KOLLER, Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements**

#### *Sorgfaltspflichten der Banken und der Politik*

Meine Herren Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins  
Herr Bundesgerichtspräsident

Meine Damen und Herren

Der gute Ruf und das längerfristige Gedeihen des Finanzplatzes Schweiz hängen einerseits von der Sorgfalt der Banken, andererseits von der Sorgfalt der Politik ab. Zur Sorgfaltspflicht der Banken aus privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Sicht liegen uns in bewährter Manier des Schweizerischen Juristenvereins einlässliche und eindrückliche Referate vor, die ich den Autoren bestens verdanken möchte.

Zur Sorgfaltspflicht der Politik gegenüber dem Finanzplatz Schweiz zu sprechen, legt schon die volkswirtschaftliche Bedeutung der Banken für unser Land nahe.

Vorerst möchte ich den Herren Präsidenten, dem scheidenden wie dem neugewählten, und allen hier versammelten Mitgliedern des Schweizerischen Juristenvereins die Grüsse und den Dank des Bundesrates überbringen, und ich wünsche vor allem auch dem neuen Präsidenten sehr viel Erfolg bei der Führung der Geschäfte.

Für die Schweizer Volkswirtschaft ist der Finanzdienstleistungssektor, insbesondere die Banken, von zentraler Wichtigkeit. Hier arbeiten über 115'000 Personen. Die Bilanzsumme der Schweizerbanken beträgt im langfristigen Mittel etwa das Dreifache unseres Bruttosozialprodukts. Jeder Mitarbeiter erbringt im Jahre 185'000 Fr. Bruttowertschöpfung, womit die Produktivität der Banken in etwa das Doppelte des schweizerischen Durchschnitts beträgt. Am Ertragsbilanzüberschuss der Schweiz lagen die Banken 1993 mit 9,3 Milliarden Franken an erster Stelle.

Auch im internationalen Vergleich haben wir alle Veranlassung, auf den Finanzplatz Schweiz, der den hervorragenden fünften Platz einnimmt, stolz zu sein. Dies umso mehr, als die Schweiz punkto Volkseinkommen ja erst an 17. Stelle steht. Unsere Banken haben es somit verstanden, einer unter zunehmend globalen Vorzeichen operierenden Realwirtschaft die erforderlichen internationalen Kapitalmarktstrukturen zur Verfügung zu stellen. Sie verwalten ausländische Kundengelder in einer Größenordnung von über 2 Billionen Franken. Daraus entsteht eine auch international äusserst beachtliche Placierungskraft, die den Effektenhandel stimuliert und Anreize für weitere Innovationen schafft. Von alledem profitiert letztlich auch das schweizerische Kreditgeschäft und damit unsere Realwirtschaft. Der Standort Schweiz geniesst heute bei Banken einen ausgezeichneten Ruf. Die hohe politische und wirtschaftliche Stabilität der Schweiz sind Eckpfeiler unseres Wohlstandes.

Eine ganz wesentliche Standortbedingung auch, aber nicht nur für den Bankensektor, sind gesunde makroökonomische Verhältnisse. Die Teuerung, die derzeit unter einem Prozent liegt, wurde, unter der Führung der Nationalbank, erfolgreich bekämpft. Es liegt nun an Exekutive und Legislative, den in kurzer Zeit stark defizitär gewordenen Staatshaushalt wieder in den Griff zu bekommen. Wir müssen für Ende dieses Jahres mit einem Haushaltsdefizit von 7 bis 8 Milliarden Franken rechnen. Im letzten Jahr machte die Neuverschuldung der öffentlichen Hände rund 17 Milliarden Franken aus, womit die Schweiz, lange Zeit ein finanzpolitisches Musterland, das Maastrichter Verschuldungskriterium nicht mehr erfüllt hat. Der Schuldenberg der öffentlichen Hand – also Bund, Kantone und Gemeinden zusammen – betrug zu Beginn des laufenden Jahres 151 Milliarden Franken, wovon etwa die Hälfte auf das Konto des Bundes gehen. Inzwischen wendet der Staat tagtäglich 20 Millionen Franken allein zur Bezahlung seiner Schuldzinsen auf. Gewiss, im Vergleich zum Ausland ist unsere Staatsquote von 31,5% noch attraktiv, weisen im Verhältnis von Bruttoinlandprodukt (BIP) zu Staatsausgaben doch lediglich die USA und Japan bessere Zahlen aus. Dennoch hat der Bundesrat die Alarmglocke gezogen, und er ist – wie seine jüngsten Entscheide

zeigen – auch fest entschlossen, Remedur zu schaffen. Besonders schwerwiegend ist der Umstand, dass mindestens die Hälfte des Ausgabenüberschusses nichts mit der seit 1991 anhaltenden Rezession zu tun hat. Bleibt dieser strukturelle Defizitsockel von rund 4 Milliarden Franken bestehen, so könnte das Vertrauen ausländischer Anleger in die Schweiz untergraben werden, was uns insofern teuer zu stehen käme, als die Zinsforderungen für bei uns angelegte Gelder steigen würden. Der Bundesrat ist daher der festen Überzeugung, dass eine finanzpolitische Kurskorrektur unbedingt nötig ist und auch kurzfristig Erfolge unerlässlich sind.

Die Sorgfaltspflicht der Politik gegenüber dem Finanzplatz Schweiz kann man also dahingehend zusammenfassen, dass die Politik

- a) für gesunde makroökonomische Verhältnisse und
- b) für international wettbewerbsfähige Rahmenbedingungen der Schweizer Banken zu sorgen hat.

Für letzteres Anliegen zu sorgen mag die Berufung des Vorstehers des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes beschränkt erscheinen. Dass es dem Bundesrat aber auch damit ernst ist, hat er gerade jüngst anlässlich der Verabschiedung der Mehrwertsteuerverordnung bewiesen, indem er sämtliche ins Ausland erbrachten Dienstleistungen inkl. der Treuhandgeschäfte für ausländische Kunden von der Mehrwertsteuer befreit hat.

Eine traditionell wichtige Rolle spielt auch die Gewährleistung des Bankgeheimnisses. Entgegen vereinzelter anderslautender Zeitungsmeldungen im Zusammenhang mit jüngsten Verhandlungen mit den Vereinigten Staaten, hat der Bundesrat keineswegs die Absicht, zu einer Lockerung des schweizerischen Bankgeheimnisses anzusetzen. Dieses muss zwar aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls im Zusammenhang mit Strafverfolgungen weichen, sonst behält es aber seine Legitimation. Damit komme ich auf das Problem, das mich als Justizminister in den letzten Jahren besonders stark beschäftigt hat.

Die unbestrittene Bedeutung und Qualität des Finanzplatzes Schweiz hat, wie wir alle wissen, auch ihre Schattenseiten. Die Schweizer Banken und ihre exzellenten Dienstleistungen sind nicht nur für die legale Wirtschaft attraktiv. Es suchen auch Gelder, die aus krimineller Tätigkeit stammen, in der Schweiz nach einer Anlage. Gelder, mit denen der Finanzplatz Schweiz im Interesse seines guten Rufes und aus übergeordneten Interessen der Verbrechensbekämpfung nichts zu tun haben will und darf. Von besonderer Bedeutung ist dabei der Drogenhandel, dessen grausame Folgen gerade hier in Zürich besonders drastisch zutage treten.

Bei seinem Bemühen, Gelder krimineller Herkunft von der Schweiz fernzuhalten, liess sich der Bundesrat stets von der Einsicht leiten, dass Geldern krimineller Herkunft eine grosse gesellschaftspolitische Sprengkraft innewohnt. Sie können zudem erhebliche Verzerrungen auch am Kapitalmarkt bewirken. Da bei der Abschätzung des Kapitalvolumens, von dem ich spreche, auch die Erträge der vorangehenden Jahre mitbe-

rücksichtigt werden müssen, kommt ein neuerer Bericht des Europäischen Parlaments auf einen Betrag von über 800 Milliarden Dollar, der pro Jahr vom organisierten Verbrechen in irgendeiner Form investiert wird. Diese Summe entspricht knapp einem Viertel des Ertrags des gesamten Welt- handels.

Angesichts dieser grössten neuen Bedrohung der freien Gesellschaft und unserer rechtsstaatlichen Demokratien galt und gilt es gerade auch in der Schweiz, möglichst vorausschauend zu handeln. Dem Schweizerischen Juristenverein kommt das Verdienst zu, bereits im Jahre 1985 aufgrund der schriftlichen Referate der Herren SCHMID und ROBERT über Fragen der Wirtschaftskriminalität – und darum geht es ja in diesem Zusammenhang – ausführlich diskutiert zu haben. Der damalige Staatsanwalt BERNASCONI hat schon damals zu Recht geltend gemacht, der Vorentwurf zur Revision des Vermögensstrafrechts enthalte keinen spezifischen Geldwäschereistraftatbestand, obwohl es dringend nötig wäre, die Geldwäscherei strafrechtlich besser zu erfassen. Der Gesetzgeber hat dann, Sie wissen es, trotz aller Unkenrufe in diesem Falle rasch gehandelt. Während nämlich das Vermögensstrafrecht im normalen schweizerischen Gesetzgebungstempo weiterbehandelt wurde und jetzt auf den 1. Januar 1995 in Kraft gesetzt werden kann, wurde die Geldwäscherei herausgenommen und beschleunigt behandelt.

*Am 1. August 1990* traten in der Schweiz Strafbestimmungen gegen die Geldwäscherei in Kraft. Die Schweiz war damit das erste Land in Europa mit einer solchen Gesetzgebung. Dabei beschränkten wir uns nicht darauf, die Geldwäscherei unter Strafe zu stellen. Wir drohten und drohen auch jenen Strafe an, die Vermögenswerte annehmen, anlegen oder zu übertragen helfen, ohne sich um die Identität des wirtschaftlich Berechtigten zu kümmern. Die Schaffung dieses Gefährdungsdeliktes erlaubte es uns, damals auf den unter dem Druck der Ereignisse von vielen geforderten, rechtsdogmatisch aber sicher problematischen Tatbestand der fahrlässigen Geldwäscherei zu verzichten. Dieser Verzicht war meines Erachtens richtig und nötig, wollte man nicht viele *kleine* Bankangestellte dem letztlich unberechenbaren Strafrisiko der fahrlässigen Geldwäscherei aussetzen.

Vor etwas mehr als zwei Monaten, am *1. August 1994*, sind sodann Strafbestimmungen in Kraft getreten, die es nun erlauben, gegen die Mitglieder krimineller Organisationen vorzugehen und – wesentlich effizienter als bisher – unrechtmässig erworbenes Vermögen einzuziehen. Diese Bestimmungen sind nicht nur den schweizerischen Strafverfolgungsbehörden dienlich; sie erweitern auch die Möglichkeiten der Schweiz, ausländischen Staaten bei der Bekämpfung des organisierten Verbrechens Rechtshilfe zu leisten; eine conditio sine qua non, soll der Kampf gegen das organisierte Verbrechen und die Geldwäscherei mit Erfolg geführt werden. In der erwähnten, letzten Revision des Strafgesetzbuches ist ferner klargestellt worden, dass die im Finanzsektor Tätigen bei begründetem Verdacht auf Geldwäscherei Anzeige an die Strafverfol-

gungsbehörden erstatten dürfen. Sie setzen sich dabei nicht dem Vorwurf der Verletzung eines Geheimnisses, insbesondere des Bankgeheimnisses, aus. Der Gesetzgeber konnte sich bei all diesen Arbeiten stets von zwei Fakten leiten lassen: Erstens, vom Umstand, dass die Banken eine strenge Selbstregulierung anwenden, welche zweitens seit langer Zeit die «Know-your-customer-rule» miteinschliesst. Gerade diese Regel, wonach anonyme Gelder weder angenommen noch verwaltet werden, ist aber Voraussetzung für jede wirksame Rechtshilfe in Strafsachen.

Schliesslich verweise ich in diesem Zusammenhang auf das vom Parlament vor einer Woche verabschiedete *Bundesgesetz über kriminalpolizeiliche Zentralstellen des Bundes*. Mit diesem Gesetz wird möglich, dass der Bund die Kantone in ihrem Kampf gegen das organisierte Verbrechen vor allem logistisch, nämlich durch die Einrichtung zentraler Datenbanken, wirkungsvoller als bisher unterstützt. Selbstverständlich wird der Bundesrat alles daran setzen, dass auch dieses Gesetz so schnell als möglich in Kraft tritt und damit operativ werden kann.

Damit werden wir nach Auffassung des Bundesrates auf der Ebene des Strafrechts über ein breit angelegtes Arsenal zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens und der Geldwäscherei verfügen. Vor diesem Hintergrund ist die Tatsache, dass die Strafverfolgungsorgane in letzter Zeit grossen Geldwäschereifällen auf die Spur gekommen sind, keineswegs nur negativ zu werten. Als nämlich in der ersten Phase nach Inkraftsetzung der Geldwäschereistrafnormen keine spektakulären Fälle auftauchten, wurde zuweilen der Vorwurf erhoben, dieser Umstand zeige ja, dass unsere Geldwäschereigesetzgebung nicht wirksam sei. Die neuere Entwicklung zeigt nun, dass unser Abwehrsystem tatsächlich greift.

Im Zusammenhang mit aktuellen Fällen ist sodann die Frage bedeutsam geworden, wie die Banken mit Geldern zweifelhafter Herkunft umgehen sollen, die vor Inkrafttreten der Geldwäscherei-Artikel in die Schweiz gelangten. Für die Finanzinstitute besteht zweifellos Anlass, dem Problem dieser sogenannten «Altlästen» erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken. Es gilt allerdings zu berücksichtigen, dass die Abwehrmassnahmen gegen Geldwäscherei sachgemäss transaktionsbezogen sind: Wo bestehende Konten gleichsam vor sich hinschlummern, ist die Entdeckungsmöglichkeit naturgemäß geringer. Hinzu kommt, dass neue Straftatbestände wie jene der Geldwäscherei in einem Rechtsstaat selbstverständlich keine Rückwirkung haben können. Erhöhte Aufmerksamkeit gegenüber «Altlästen» besteht unseres Erachtens darin, bei möglicherweise kritischen Geschäftsbeziehungen vorerst sicherzustellen, dass die Kundenidentifikation dem aktuellen Stand entspricht. Erforderlichenfalls sind sodann die Hintergründe von in der Vergangenheit getätigten grossen oder ungewöhnlichen Transaktionen abzuklären. Ergibt sich der Verdacht, dass die fraglichen Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren, so kann der Financier heute gestützt auf den seit 1. August in Kraft stehenden Artikel 305<sup>ter</sup> Absatz 2 StGB der zuständigen Strafverfolgungsbehörde Meldung

erstatteten, ohne sich dabei einer Gefahr der Geheimnisverletzung auszusetzen.

Allein diese wenigen Hinweise zeigen, dass der Kampf gegen das organisierte Verbrechen und gegen die Geldwäsche eine Daueraufgabe ist. Dies gilt auch in Zukunft. Vor diesem Hintergrund ist auch der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäsche, von dem auch vorhin in der Podiumsdiskussion die Rede war, zu sehen. Ein wesentliches Anliegen dieses Entwurfes ist es, den anerkannt hohen Standard an Sorgfalt, der im Bankensektor bei der Entgegennahme von Geldern in der Zwischenzeit erreicht worden ist, auch im übrigen Finanzsektor durchzusetzen, also beispielsweise auch dann, wenn irgendwelche Vermögensverwalter Vermögenswerte entgegennehmen und verwalten: Während die von Artikel 305<sup>ter</sup> Absatz 1 des Strafgesetzbuches geforderte «nach den Umständen gebotene Sorgfalt» im Bankensektor durch die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken und durch die Geldwäsche-Richtlinien der Eidgenössischen Bankenkommission ja sehr detailliert geregelt wird, bestehen diesbezüglich im Nichtbankenbereich, namentlich im nicht beaufsichtigten Finanzsektor, noch erhebliche Lücken. Diese Lücken geben deshalb zu grosser Sorge Anlass, weil neue Erkenntnisse zeigen, dass Geldwäscher vermehrt auf den Nichtbankensektor auszuweichen versuchen. Der Vorentwurf zum Geldwäschereigesetz will gerade diese Lücken schliessen und stellt sicher, dass die gesamte Finanzbranche mit einem wirksamen Abwehrdispositiv gegen den Zufluss verbrecherischer Gelder ausgestattet wird. Der Bundesrat wird demnächst von den Ergebnissen des Vernehmlassungsverfahrens Kenntnis nehmen und dann darüber entscheiden, wie es in Sachen Geldwäsche und Finanzdienstleistungen weitergeht. Namentlich wird er dabei auch zu entscheiden haben, ob aus dem erwähnten Melderecht der im Finanzbereich Tätigen tatsächlich eine Meldepflicht werden soll. Wir wissen, dass der entsprechende Vorschlag des Vorentwurfs – gerade in Bankenkreisen, und ich habe es auch heute wieder gehört, – äusserst umstritten ist.

Verstehen Sie mich richtig: Parlament und Bundesrat lag und liegt es fern, mit einer der erwähnten Vorlagen die Banken in die Nähe des organisierten Verbrechens und der Geldwäsche zu rücken. Ganz im Gegenteil! Ziel dieser Vorlagen war und ist es, die Banken in ihrem eigenen Kampf, kriminelle Gelder vom Finanzplatz Schweiz fernzuhalten, zu unterstützen. Damit ist auch schon gesagt, dass zwischen der staatlichen Strafandrohung und den Standesregeln der Banken – ich erinnere insbesondere an die berühmte, auch international erfolgreiche Vereinbarung aus dem Jahre 77 – kein Verhältnis einer ungesunden Konkurrenz besteht. Soll der Kampf gegen das organisierte Verbrechen und die Geldwäsche angesichts der genannten Grössenordnungen mit Erfolg geführt werden, braucht es wahrlich beides: Effiziente Standesregeln und einen Staat, der, als ultima ratio freilich, die Sorgfalt bei der Entgegennahme von Kundengeldern strafrechtlich erzwingt. Dabei muss

selbstverständlich immer wieder neu und vorurteilslos darüber diskutiert werden, welche Aufgaben die Banken selber am besten lösen und wann es nicht ohne Strafrecht geht – eine Diskussion, die immer auch die Rolle des Bankenaufsichtsrechts, der Bankenkommission, miteinzuschliessen hat.

Meine Damen und Herren. Wir wissen es alle: Das Bankenrecht oder, allgemeiner gesprochen, das Finanzdienstleistungsrecht befindet sich in einer Phase des Umbruchs. PETER BÖCKLI, ein ausgewiesener Kenner des Bankenrechts, hat diesen Umbruch anlässlich eines Referats vom Juni dieses Jahres vor den Schweizerischen Privatbankiers dahin charakterisiert, dass der Kapitalverkehr immer internationaler und dabei mehr und mehr von angelsächsischem Rechtsdenken geprägt werde. Er meinte damit, dass die «Institution Bank» für den Gesetzgeber an Bedeutung verliere. Dafür stösse das von der Bank getätigte Geschäft auf ein immer grösseres Interesse – ein Interesse, nota bene, das einen immer stärkeren moralischen Einschlag aufweise. Wenn dieser Befund zutrifft, und ich zweifle nicht daran, dann hat dies für den Gesetzgeber zumindest zwei Konsequenzen. Zum einen muss er sich von der Vorstellung endgültig trennen, dass sich die Probleme rund um das Finanzdienstleistungsrecht im nationalen Alleingang befriedigend lösen liessen. Deshalb ist es ja so wichtig, dass sich die Schweiz an allen diesbezüglichen internationalen Aktivitäten beteiligt. Ich erinnere Sie in diesem Zusammenhang an das von der Schweiz am 11. Mai letzten Jahres ratifizierte Übereinkommen des Europarates über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten. Ich erinnere Sie auch an die aktive Mitarbeit der Schweiz in der FATF, der «Financial Action Task Force», die sich den Kampf gegen die Geldwäsche zum Ziel gesetzt hat. Zum andern muss sich der Gesetzgeber der Tatsache stellen, dass «heilige Kühe» von gestern nicht mehr unbedingt «heilige Kühe» von morgen sein können. Mag es früher ausgereicht haben, seiner Bank und den sie überwachenden Behörden zu vertrauen, im übrigen aber das Bankgeheimnis walten zu lassen, so erwartet die Gesellschaft heute mehr und mehr eine Rechenschaftsablage über die Unbedenklichkeit einzelner Geschäfte. Dass dabei auch die Medien mit ihren Bedürfnissen eine gewisse Rolle spielen, versteht sich von selbst. Ich glaube, dass der Gesetzgeber in den letzten Jahren bewiesen hat, dass er der erwähnten Herausforderung durchaus gewachsen ist.

Die Politik hat die Aufgabe dafür zu sorgen, dass die Banken über die nötigen Freiräume für unternehmerisches, verantwortungsbewusstes Handeln verfügen und ihre für unsere Volkswirtschaft wichtigen Geschäfte innerhalb internationalwettbewerbsfähiger Rahmenbedingungen besorgen können. Der Gesetzgeber ist dabei froh, wenn die Banken selber für Ordnung, d.h. für eine sorgfältige Entgegennahme und Ausleihe von Geld, sorgen. Es besteht aber dort ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf, wo der gute Ruf der Schweiz – und damit auch des Finanzplatzes Schweiz – in der international solidarischen Bekämpfung des organisierten Ver-

brechens und der Geldwäscherie, diesem gefährlichen, neuen Krebsübel unserer Gesellschaft, auf dem Spiele steht. Hier hilft der Ruf nach Privat-autonomie und Selbstregulierung nicht weiter, sondern nur die gemeinsame Suche nach der jeweils besten kombinierten privat-, verwaltungs- und strafrechtlichen Lösung. Dass sich der Schweizerische Juristenverein bei dieser Suche nach einer optimalen Lösung einmal mehr verdient gemacht hat, möge nicht zuletzt Herrn Dr. GIRSBERGER, Ihrem scheidenden Präsidenten, Anlass zu grosser Genugtuung sein. Ich danke.

## **VI.**

### **Schlusswort des Präsidenten**

Mit der Ansprache von Herrn Bundesrat KOLLER hat unsere Tagung einen würdigen Abschluss erhalten. Namens des Vorstandes danke ich allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern für ihr zahlreiches Erscheinen, für das grosse Interesse, auf das die Referate der Berichterstatter, die Podiumsdiskussion und die Interventionen aus dem Publikum gestossen sind, und namentlich auch für das gute Klima, das nicht nur dem geschäftlichen, sondern besonders auch dem gesellschaftlichen Teil des Juristentages in Zürich beschieden war. Ich wünsche Ihnen allen eine frohe gemeinsame Mahlzeit, eine glückliche Heimkehr und hoffe auf ein Wiedersehen am Juristentag 1995 in Schaffhausen.

Verzeichnis der Diskussionsteilnehmer – Liste des participants aux débats

WEHRLI H., Zürich  
CHAUDET F., Lausanne  
THALMANN CH., Zürich  
HERTIG G., Genf  
ZULAUF U., Bern  
CHAPUIS J-P., Basel  
HIRSCH A., Genf  
DE CAPITANI W., Zürich  
SCHUMACHER R., Baden  
HEGETSCHWEILER J., Genf  
NOBEL P., Zürich  
ROTH U., Zürich  
JUNOD CH-A., Genf  
MATTHEY S., Genf  
ZOBL D., Zürich  
LANGHARD K., Zürich