

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 114 (1995)

**Rubrik:** Protokoll der 129. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins = Procès-verbal de la 129e 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:** 29.03.2026

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

# Protokoll der 129. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

vom 29.-30. September 1995 in Schaffhausen

# Procès-verbal de la 129<sup>e</sup> assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

du 29-30 septembre 1995 à Schaffhouse





Sitzung vom Freitag, den 29. September 1995 im Stadttheater Schaffhausen

Präsident/Président:

Dr. ALAIN WURZBURGER, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne

Sekretärinnen/secrétaires:

Dr. GRACE SCHILD TRAPPE, Bern

CHRISTINE KADDOUS, avocate, LL.M. (Cantab), Lic. sp. en droit européen, Neuchâtel

## I.

### **Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins**

### **Assemblée générale de la Société suisse des juristes**

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 14.00 Uhr mit folgenden Ausführungen:

Meine verehrten Damen und Herren. Es ist für mich ein grosses Vergnügen, diesen Kongress zu eröffnen. Der Schweizerische Juristenverein ist schon mehrmals nach Schaffhausen gekommen, letztmals im Jahre 1959. Ich richte an Sie alle ein herzliches Willkommen. Es ist nicht möglich, alle anwesenden Persönlichkeiten speziell zu begrüßen. Ich möchte aber unseren Gästen meine Dankbarkeit ausdrücken.

J'adresse mes salutations aux représentants du Tribunal fédéral, du Tribunal fédéral des assurances, des autorités schaffhousoises, de l'Obergericht du Canton de Schaffhouse, de la Fédération suisse des avocats, de la Chambre fiduciaire cantonale ainsi que des Juristentage autrichien et allemand. Je tiens à exprimer ici toute ma gratitude au Comité d'organisation, et en particulier à son président, Me MARTIN FREY, pour tout le travail accompli. Enfin, notre reconnaissance va à nos quatre rapporteurs, MM. MARC FORSTER, MARTIN KILLIAS, LUC THÉVENOZ et ROLF WATTER, dont les travaux de haut niveau sont la justification même de ces journées.

## Traktanden

1. Bericht des Präsidenten mit Vorschau auf die Juristentage 1996, 1997 und 1998
2. Jahresrechnung und Revisionsbericht
3. Voranschlag 1995/1996
4. Festsetzung des Jahresbeitrags 1995/1996
5. Bericht der Stiftung Rechtsquellenfonds
6. Verleihung des «Vontobel»-Preises

### *1. Rapport du Président*

#### Activité générale

L'exercice allant du 1er juillet 1994 au 30 juin 1995 a été marqué par le Congrès de Zurich des 15 et 16 octobre 1994, consacré à la diligence de la banque en droit public et en droit privé: cette réunion fut un succès par le nombre des participants, la qualité des rapports et l'intérêt des discussions. L'essentiel de notre activité est centrée sur nos congrès annuels, préparés par des rapports dont la valeur scientifique doit être une contribution au développement du droit dans notre pays. Cette année, nous avons tout spécialement veillé à ce que ces rapports soient distribués à nos membres en temps utile, c'est-à-dire avant les vacances d'été. Ce but a pu être atteint grâce à la bonne collaboration entre auteurs, éditeur et Comité.

Nous avons également pu maîtriser les soucis que nous causait la Bibliographie du droit suisse, en stabilisant son coût pour notre société. De plus, la dernière édition arrêtée à fin juin 1994 a pu être distribuée à la fin de la même année. Ce fascicule n'est donc de loin pas dépassé lorsqu'il parvient à nos membres.

Mais nous avons aussi quelques soucis. Le nombre de nos membres diminue légèrement. La fréquentation à nos congrès n'est pas toujours à la hauteur de nos espérances. Le Comité a entrepris une réflexion sur ces questions. Sans grands bouleversements, il veut essayer d'améliorer l'attractivité de nos manifestations. Si le congrès annuel de deux jours paraît s'imposer pour le moment, nous tentons certaines expériences et verrons l'accueil qui leur sera réservé. Naturellement, nous aimerions connaître la réaction de nos membres.

Si nos comptes sont équilibrés grâce à l'augmentation de cotisations décidée l'année passée, nous avons demandé à une société spécialisée une analyse du coût et de la qualité de nos publications pour apporter les améliorations qui garantiront à long terme la stabilité voulue.

#### Congrès futurs

- a) Les 7 et 8 juin 1996, nous tiendrons notre congrès à Lausanne et plus particulièrement à Ouchy. Cette réunion sera organisée conjointement

15

avec la Fédération suisse des avocats, ce qui a également conditionné la date. En 1931, mon prédécesseur, le Juge fédéral VIKTOR MERZ regrettait la concurrence que les rencontres de la Fédération suisse des avocats faisaient aux Congrès de la Société suisse des juristes. Après 65 ans, nous pensons avoir trouvé l'oeuf de Colomb: faire (au moins une fois) un congrès commun. C'est également une manière d'associer tout particulièrement le barreau à nos travaux sur le sujet de l'avocat dans le monde moderne. Du reste, beaucoup d'avocats sont membres de la Société suisse des juristes. Les rapporteurs seront Me MICHAEL PFEIFER et Me DOMINIQUE DREYER. Tout naturellement, le Musée olympique abritera les travaux sur le thème du sportif, sujet ou objet. Les rapporteurs seront Me STEPHAN NETZLE et Mme MARGARETA BADDELEY, maître assistante.

b) Poursuivant sur cette lancée, nous organiserons notre Congrès des 26 et 27 septembre 1997 à Lugano, conjointement avec l'Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire. Nous traiterons des mesures provisionnelles en procédure civile (y compris la LP), administrative et pénale. Les rapporteurs seront Mme ISABELLE HÄNER, chargée de cours, M. le Juge fédéral BERTRAND REEB, M. le Juge cantonal et Professeur GÉRARD PIQUEREZ et Me STEPHEN BERTI.

c) Pour le 150<sup>e</sup> anniversaire de la Constitution de 1848, nous nous livrerons à Soleure, les 25 et 26 septembre 1998, à une réflexion sur les buts de la Confédération. Nous allons définir les thèmes plus précis traités par nos rapporteurs Mme REGULA-KÄGI-DIENER, privat-docent, MM. les Professeurs PHILIPPE MASTRONARDI, GIORGIO MALINVERNI et PAUL RICHLI, ainsi que M. VICTOR MONNIER, maître assistant.

Partout, les Comités d'organisation sont déjà à pied d'oeuvre.

### Participation dans diverses organisations

Nous avons des délégués et sommes associés à l'activité de diverses organisations:

- *Académie suisse des sciences humaines et sociales* (le Président et Me ANDREAS GIRSBERGER): Cette académie joue un rôle important pour le développement et l'aide aux sciences humaines. Vu la réduction des moyens financiers mis à disposition par la Confédération, elle a procédé à une évaluation des publications des sociétés membres. Si la qualité scientifique de nos publications n'a pas été mise en cause, cette évaluation nous a conduit à examiner si la relation entre la qualité et le coût de l'impression de nos rapports et la Bibliographie du droit suisse peut encore être améliorée. L'étude est en cours.
- *Fonds national suisse de la recherche scientifique* (M. le Juge fédéral HANS PETER WALTER, suppléante Me SALOME PARAVICINI): notre délégué, M. le Juge fédéral HANS-PETER WALTER, est premier Vice-président du Conseil de fondation. Le Fonds national distribue les

- sommes que la Confédération met à disposition pour encourager la recherche scientifique (310 millions en 1994).
- *Institut de droit comparé* (M. le Juge fédéral PETER ALEXANDER MÜLLER): Des discussions sont en cours pour l'agrandissement des locaux. L'Institut fournit des expertises aux collectivités publiques et aux particuliers. La part des demandes des particuliers est en diminution. Ceux-ci ne sont peut-être pas tous conscients du fait que l'Institut de droit comparé peut leur apporter une aide utile et efficace, car il dispose d'une documentation unique en Suisse. Il n'est donc pas inutile de le rappeler à nos membres.
  - *Association banque suisse de données juridiques* (M. le Professeur HEINZ HAUSHEER): La situation est rendue difficile par la concurrence régnant sur le marché de l'offre d'informations juridiques. Les promoteurs de Swisslex se sont décidés à effectuer les investissements voulus pour faciliter l'utilisation du système et mettre définitivement en place le Thesaurus. On peut donc espérer qu'après bien des difficultés, Swisslex réponde grâce à ces améliorations à l'attente des juristes suisses.

#### Rapport avec des associations de juristes à l'étranger

Nous maintenons les contacts avec les Juristentage allemand et autrichien, qui n'ont toutefois pas tenu de congrès en 1995.

#### Membres décédés:

La liste des membres décédés vous est donnée plus loin. Parmi les éminents juristes qui nous ont quittés, permettez-moi de relever les noms de M. le Conseiller d'Etat CLAUDE BONNARD, de MM. les Juges fédéraux JEAN CASTELLA et ROLF RASCHEIN, du Professeur PETER LIVER et de M. le Conseiller fédéral MAX PETITPIERRE. J'aimerais rendre également un hommage tout particulier à M. le Professeur HANS MERZ, qui a présidé aux destinées de notre société de 1967 à 1970.

#### Divers

Il intéressera peut-être nos membres de savoir que nos archives, qui remontent à la création de notre société, sont déposées dans les locaux modernes des Archives cantonales vaudoises, à proximité du site universitaire de Lausanne-Dorigny. Nous venons d'effectuer un dépôt complémentaire.

En terminant ce rapport, j'ai l'agréable devoir de remercier tous ceux qui ont contribué à la bonne marche de notre société et, en tout premier lieu, mes collègues du Comité.

### *Mutationen*

Dem Verein sind beigetreten

Stand: Juli 1995

#### *Zürich*

BUCHER URS, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
CAFLISCH M., lic. iur., Zürich  
FÄSSLER MONIKA, Fürsprecherin, LL.M., Zürich  
GLASER HELENA, Fürsprecherin, Zürich  
GUGGENBÜHL MARKUS, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich  
GUT URS, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
HERB MARTIN, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
HIRSCHBERG-WEINEKÖTTER CHRISTINA, Rechtsassessorin, Zürich  
HONOLD PETER J., lic. iur., Rechtskonsulent, Zollikon  
HUGGENBERGER ERIC, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
KLECKNER CARMEN, Rechtsanwältin, Zürich  
KÜNZLI JÜRG, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
LOSER PETER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
LÜBER HANS GEORG, lic. iur., Rechtskonsulent, Zürich  
SCHIESS PATRICIA MARIA, Stud. iur., Effretikon  
SCHWARZ NICOLAS, Stud. iur., Zumikon  
STREIFF MATTHIAS, lic. iur., Aathal  
STUDER HELMUT, lic. iur., Versicherungsjurist, Fehraltorf  
VON WERRA ALEX, lic. iur., Advokat, Zürich  
WÄSPI STEFAN, lic. iur., LL.M., Zürich  
WEBER ALEX H., lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich  
WEISS ALEXANDRA, Stud. iur., Zürich  
WIEDLER RALPH, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich

#### *Bern*

ABEGGLEN SANDRO, Fürsprecher, Ittigen  
FEUSIER CHANTAL, lic. en droit, avocate, Courtelary  
FEUZ ANDREAS, Fürsprecher, Rechtsanwalt, Bern  
GASSER CHRISTOPH, Fürsprecher, Bern  
GRIEB STEPHAN, Fürsprecher, Bern  
HOFER ANNA, Rechtsanwältin, Biel  
LINDER PETER, Fürsprecher, Bern  
METZGER PHILIPPE, Fürsprecher, Bollingen  
TZOUROS NATHALIE, lic. en droit, Bienne  
WAGNER MANFRED, lic. iur., Rechtsanwalt, Bern  
ZURKINDEN-ERISMANN LINDA, Fürsprecherin, Meikirch

#### *Zug*

EBINGER MICHEL, lic. iur., Rechtsanwalt, Zug  
ETTER BEATRIX, lic. iur., Zug  
MERZ WIPFLI BARBARA, lic. iur., Rechtsanwältin, Zug

SCHNURRENBERGER MARKUS, lic. iur., Rechtsanwalt, Zug  
SPECK GUIDO, lic. iur., Rechtskonsulent, Oberwil-Zug

### *Freiburg*

DUBEY JEAN-PHILIPPE, lic. en droit, Fribourg  
FLÜCKIGER DANIELLE, lic. iur., Murten

### *Solothurn*

REBER MARKUS, lic. iur., Solothurn

### *Basel-Stadt*

BAUER THOMAS, Dr. iur., Advokat, Basel  
GUTZWILLER-DIETLER ANDREA, Dr. iur., Advokatin, Basel  
JABORNIGG DANIELA V., lic. iur., Basel  
LEUENBERGER PASCALE, lic. iur., Advokatin, Basel  
PLETSCHER DANIELE, Advokatin, Basel  
SHAVIT ELIE, lic. iur., Basel  
UHLMANN FELIX, lic. iur., Universitätsassistent, Basel

### *Basel-Landschaft*

HELLER DAMIAN, lic. iur., Arlesheim  
RUF WERNER, lic. iur., Advokat, Oberwil

### *Schaffhausen*

HEYDECKES CHRISTIAN, lic. iur., Rechtsanwalt, Schaffhausen  
SCHOCH HANS, lic. iur., Stetten  
STAMM HURTER CORNELIA, Dr. iur., Rechtsanwältin, Buchberg

### *Appenzell A.Rh.*

WOLF BURKARD, lic. iur., Rechtsanwalt, Bühler

### *Appenzell I.Rh.*

GMÜNDER CHRISTIAN, lic. iur., Rechtsanwalt, Appenzell

### *St. Gallen*

NORDIN MICHAEL, lic. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen  
SCHERRER ERWIN, Dr. iur., Anwaltspraktikant, Wil

### *Graubünden*

RASCHEIN URS, lic. iur., Rechtsanwalt, Chur

### *Aargau*

FASEL URS, lic. iur., Oftringen  
LEUENBERGER CHRISTOPHE, lic. iur., Fürsprecher, Baden  
SPRYSL KRISTINE, lic. iur., Mellingen

### *Ticino*

BEELER LUCAMARIA, avvocato, Bellinzona  
EHRAT FELIX R., avvocato, dottore, Lugano

MEYER-TOMASSINI TIZIANA, dottore, Lugano

*Vaud*

BESSO LAURENT, notaire-stagiaire, Lausanne  
BLANC PIERRE-H., Dr en droit, avocat, Lausanne  
DE QUATTRO JACQUELINE, lic. en droit, juriste-secrétaire rédactrice au TF, La Tour-de-Peilz  
DUPRAZ ANNE-CALUDE, Dr en droit, greffière, Morges  
FELDER CORDOBA ELVIRA, lic. en droit, avocate, Les Cullayes  
HUMBERT VÉRONIQUE, étud. en droit, Le Brassus  
IBARROLA JORGE, lic. en droit, avocat, Lausanne  
LANGONE PASCAL, lic. en droit, avocat, Lausanne  
MACALUSO ALAIN, lic. en droit, avocat-stagiaire, Clarens  
NICOLE YVES, Dr en droit, avocat, Goumoens-La-Ville  
PELLA CHRISTIAN, lic. en droit, Lausanne  
RUGGIERO ANGELO, lic. en droit, Lausanne

*Neuchâtel*

BABAIA NTZ OLIVIER, étud. en droit, Neuchâtel  
FAVARGER MARTINE, avocate, Neuchâtel  
LACHAT MARTINE, lic. en droit, avocate-stagiaire, Neuchâtel  
PAYOT PIERRE, étud. en droit, Neuchâtel  
RIBAU X BENOÎT, avocat, Neuchâtel

*Genève*

ALEVES PEREIRA SEVERIANO, lic. en droit, Chêne-Bougeries  
BINO ALVES PEREIRA ANTONELLA, lic. en droit, Chêne-Bougeries  
BURRI RENÉ, lic. en droit, assistant, Genève  
DIDISHEIM NICOLAS, lic. en droit, avocat, Versoix  
FRANCOTTE ALIX, lic. en droit, avocat, Genève  
HECK ALAIN, lic. en droit, directeur adjoint, Genève  
LOOSLI PIERRE-ALAIN, avocat, Genève  
MATHYS SYLVIE, lic. en droit, avocate, Genève  
MATTHEY SYLVAIN, lic. en droit, avocat, Genève  
QUAGLIA SYLVIANE, lic. en droit, juriste, Corsier  
ROSSET CORINE, lic. en droit, Genève  
SIMONET AURÉLIE, lic. en droit, Grand-Lancy  
VAN de SANDT CAROLE, lic. en droit, avocate, Genève  
VILLA FRANCO, lic. en droit, avocat, Genève

*Jura*

BRAHIER DANIELE, juriste, avocate, Delémont

*Ausland*

FISCHER HANS-JÖRG, Stud. iur., D-Heidelberg  
SPIROU CLAIRE, Dr en droit, avocate, GR-Kifissia



## Gestorben sind folgende Mitglieder

Stand: Juli 1995

## Eintrittsjahr

- 1929 BARDE EDOUARD, Juge à la cour de Justice, Genthod
- 1966 BIETENHOLZ ALFRED, Dr. iur., Advokat, Riehen
- 1964 BODENMANN HERMANN, Dr. iur., Advokat, Notar, Brig
- 1962 BONHOTE HUGUES, lic. en droit, dir. gén., Meinier
- 1955 BONNARD CLAUDE, Conseiller d'Etat, Bussigny
- 1967 BORDONI GIANCARLO, avvocato e notaio, Lugano
- 1969 BOVON CLAUDE, Dr en droit, Genève
- 1933 CASTELLA JEAN, Juge fédéral, La Conversion
- 1936 CLOTTU GASTON, a. Conseiller d'Etat, St-Blaise
- 1941 DE BUMAN ERNEST, Fribourg
- 1940 FEHR CONRAD, Prof. Dr en droit, Echandens-Denge
- 1961 FLÜGE HANSPETER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel
- 1949 GURNY MAX, Dr. iur. Obergerichter, Zürich
- 1961 GYSIN LEONHARD, Dr. iur., Advokat, Basel
- 1959 HEEB FRITZ, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich
- 1938 HEITZ HANS, Dr. iur. Rechtsanwalt, Winterthur
- 1935 LIVER PETER, Prof. Dr. iur., Liebefeld
- 1978 LOCHER ARNOLD, Dr., Rechtsanwalt, Bergdietikon
- 1963 Lotz Felix, Dr. iur., Advokat, a. Depart. Sekretär, Binningen
- 1958 LUDER WALTER, Dr. iur., Obergerichter, Solothurn
- 1942 MARTIN COLIN, Dr en droit, avocat, Lausanne
- 1966 MEINER H.H., Fürsprecher, Direktor d. CIBA AG, Basel
- 1935 MERZ HANS, Prof. Dr. iur., Bern
- 1943 MEYER FRANÇOIS, Dr. iur., Marly
- 1946 MEYER PAUL, Rechtsanwalt, Zug
- 1921 PETITPIERRE MAX, Prof. Dr en droit, a. Conseiller fédéral, Neuchâtel
- 1956 RASCHEIN ROLF, a. Bundesrichter, Parpan
- 1946 RIBAUX JACQUES, avocat et notaire, Neuchâtel
- 1960 ROHR EUGEN, Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Brugg
- 1960 RÜEGG-BERG ERNST, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich
- 1937 SCHERER JUERG, Dr. iur., a. Obergerichter, Meggen
- 1960 STADLER HANS, Dr. iur., Staatsschreiber, Gossau
- 1990 WALTHER MICHAEL, Fürsprecher, Bern

## Demissionen liegen vor

Stand: Juli 1995

## Eintrittsjahr

- 1978 ALDER ROLF, juriste, St-Blaise
- 1982 AMORUSO LUCIO, lic. en droit, Genève
- 1967 ANTOGNINI GIUSEPPE A., lic. iur., avvocato e notaio, Locarno

- 1961 ANTONIOLI PIERRE, avocat, notaire, Sion
- 1987 BACHMANN DOMINIK, Dr. iur., Kilchberg
- 1981 BARBLAN MARIO, lic. iur., Sils-Maria
- 1980 BARMAN ISABELLE, juriste, Lausanne
- 1987 BAUR MARCO, lic. iur., Kloten
- 1969 BEKY MICHAEL, Dr. iur., Jurist, Zürich
- 1960 BERCHTOLD BENNO, Dr. iur., Fürsprecher, Solothurn
- 1978 BERTSCHI-RIEMER M., Dr. iur., Verwaltungsrichterin, Zürich
- 1976 BIELER MARTIN, avocat, Genève
- 1983 BIRCHMEIER PETER, lic. iur., Gipf-Oberfrick
- 1983 BOERLIN DANIEL, lic. iur., Basel
- 1969 BORGOGNON ANDRÉE, avocate, Genève
- 1961 BORIOLO ERMES, dottore in legge, avvocato, Locarno
- 1947 BRAUN EDOUARD-C., notaire honoraire, Lausanne
- 1981 BRUNETTI MARIO, lic. iur., Frauenfeld
- 1981 BRUNNER PETER E., Dr. iur., Rechtsanwalt, Seengen
- 1989 BUCHER CHRISTOPH, lic. iur., Rechtsanwalt, Möhlin
- 1981 BÜRGI THOMAS, lic. iur., Heiden
- 1986 BUFF HERBERT G., Rechtsanwalt, Zollikerberg
- 1981 BUNDI MAX A., Dr. iur., Rechtsanwalt, Curaglia
- 1982 BURCKHARDT ANDREAS, Dr. iur., Advokat, Basel
- 1981 BURNIER GUSTAVE, notaire, Lausanne
- 1988 CALAMAEI MARIO, avvocato, Cademario
- 1992 CONDAMIN-VONEY GERTRUD, Gerichtssekretärin, Zürich
- 1978 CONDRAU FELIX, Dr., Bundesgerichtssekr., Ebikon
- 1990 COSSETTO LAURENCE, étud. en droit, Lausanne
- 1984 DAHINDEN ERWIN, Dr en droit, Villars-sur-Glâne
- 1966 DAMI ROGER, avocat, Bernex
- 1976 DIGGELMANN PETTER, lic. iur., Meilen
- 1970 DILLIER JOST, Dr., Rechtsanwalt, Notar, Sarnen
- 1944 EGGENBERGER HANS, Dr. iur., Advokat, Teufen
- 1991 EGLI HEINZ, lic. iur., Rechtsanwalt, Küsnacht
- 1961 EHRSAM PAUL, Dr., Fürsprecher u. Notar, Zumikon
- 1976 ERARD RÉMY, avocat, Porrentruy
- 1985 FLAHAULT-RUSCONI ELENA, lic. en droit, Thônex
- 1958 FORNI ROLANDO, Giudice federale, Lausanne
- 1983 FREI PAUL, lic. iur., Heerbrugg
- 1984 GABATHULER-LUTHIGER BEAT, Oberrohrdorf
- 1984 GABRIEL BRUNO, Dr. iur., Luzern
- 1973 GALLONE PAOLO, Dr en droit, Bussy-Chardonney
- 1963 GERVAIS GILBERT, Dr. iur., Advokat, Burg
- 1978 GICK-SCHLÄPFER CARLO, Dr. iur., Rechtsanwalt, Winterthur
- 1993 GRABER CHRISTOPH BEAT, Dr., Rechtsanwalt, Bern
- 1967 HAFNER ALEXANDER, Dr. iur., Zürich
- 1983 HALLER MONIKA, Dr., Obergerichtsschreib., Aarau
- 1981 HAYMOZ ARMIN, Advokat, Direktor, Düringen

- 1989 HAYOZ FRANZ-ALBERT, lic. en droit, Fribourg  
1978 HEIMGARTNER-BURGENER St., Rechtsanwalt, Zürich  
1970 HOLDENER WERNER, Gerichtsschreiber, Luzern  
1970 HOTZ PETER, Dr. iur., Staatsanwalt, Luzern  
1959 HUGGENBERGER ERNST, Dr. iur., Stadtrat, Winterthur  
1976 IMHOLZ ROBERT, Dr. iur., Zürich  
1968 IMSENG RAOUL, Dr. iur., Rüschlikon  
1966 JETZER ALEXANDER, Rechtsanwalt, Zug  
1955 JOLIDON PIERRE, Prof. Dr en droit, avocat, Berne  
1978 JOTTERAND FRANÇOIS, lic. en droit, Martigny  
1990 KAISER BARBARA, lic. en droit, Villars  
1989 KELLER FELIX, lic. iur., Schwyz  
1959 KELLER HELEN, lic. iur., Dänikon  
1982 KOCH JOSEPH, lic. iur., Wil  
1975 KOFMEHL PIERRE, lic. en droit, avocat, Muids  
1985 KOLLER ALFRED, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen  
1966 KORRODI NIKOLA, Dr. iur., Rechtsanwalt, Bülach  
1984 KOVACS YVETTE J., Dr. iur., Rechtsanwältin, Zürich  
1960 KRÄHENBÜHL WERNER, Dr. iur., Fürsprecher Aarau  
1969 KRAYENBUHL BERNARD, avocat, Carrouge  
1989 KRENGER HANS, Dr. iur., Hauptdirektor, Basel  
1981 KRUEGER PETER, lic. iur., Münchenbuchsee  
1983 KUENG REGINA, lic. iur., Fürsprecherin, Fislisbach  
1960 KUMMER PETER, Fürsprecher und Notar, Grenchen  
1987 KUNZ RENEE, lic. iur., Burgdorf  
1955 LACOUR CLAUDE, avocat, Genève  
1960 LIFSCHITZ I. D., Fürsprecher, Bern  
1986 LUDWIG PHILIPP, Advokat, Schachen  
1978 LUSTENBERGER THOMAS, Dr., Rechtsanwalt, Ebikon  
1981 MAEDER PIERRE, notaire, Tavannes  
1981 MAGNENAT LUC, avocat, Thônex  
1982 MATHYS ANDRÉE, juriste, Nyon  
1984 MEIER CHRISTIAN S., Stud. iur., Küsnacht  
1983 MEYER FERDINAND, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
1992 MOESCH PASCAL, avocat, La Chaux-de-Fonds  
1947 MUENCH HANS, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
1979 MUENGER BERNARD, lic. iur., Münsingen  
1980 PASCALIS-BRAND ANNE-M., lic. en droit, Tavannes  
1984 PFANDER URS, lic. iur., Basel  
1991 PFENNINGER STEPHAN, lic. iur., Rechtsanwalt, Herrliberg  
1986 PHAM T. HONG, lic. en droit, Genève  
1959 PLANCHEREL JEAN, Rechtsanwalt, Zürich  
1981 PROVINI ULDERICO, lic. iur., Chiasso  
1981 RACINE BRIGITTE, lic. en droit, Genève  
1973 RASI ROLAND, Dr. iur., Advokat, Basel  
1960 RAUBER-GAMMENTHALER YOLANDE, Dr. iur., Birmensdorf

- 1984 REIMANN PIERRE-ALAIN, avocat, Thônex
- 1982 REIZE HERBERT B., Fürsprecher und Notar, Olten
- 1981 ROBERT OLIVIER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Wettingen
- 1988 ROLAZ CHARLES, lic. en droit, Mont-sur-Rolle
- 1981 ROTH-GROSSER ELISABETH, Dr., Rechtsanwältin, Wil
- 1990 RULLI ROBERTO, avvocato, Breganzona
- 1978 SARASIN PHILIPPE A., Genève
- 1985 SATMER FRANZ, Schaffhausen
- 1961 SAVOY FRANÇOIS-XAVIER, avocat, Pully
- 1977 SCHAUB RUDOLF P., Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich
- 1964 SCHORNO-WYSS WERNER, Fürsprecher, Uettiligen
- 1988 SCHWAGER STEFAN, Dr. iur., Zürich
- 1976 SCHWALLER KONRAD, Dr., Fürsprecher und Notar, Solothurn
- 1967 SCHWERI ERHARD, Dr. iur., Horgen
- 1947 SECRÉTAN PIERRE, Dr en droit, avocat, Lausanne
- 1987 SIEGERT HARALD, Rechtsanwalt, Rüschlikon
- 1983 SIGG MARTIN, Jurist, Reinach
- 1962 SOVILLA KURT, Dr. iur., Verbandssekretär, Luzern
- 1981 SPILLMANN MARGRIT, Dr., Jur. Sekretärin, Zürich
- 1978 SPINNLER PETER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Ennetbaden
- 1963 STADLER-LABHART VERENA, Dr. iur., Zürich
- 1976 STÄHELIN-GOLDING RUDOLF, Dr en droit, Commugny
- 1989 STAUB ROLF, lic. iur., Rechtsanwalt, Hünenberg
- 1970 STEFFEN MARK, Rechtsanwalt, Luzern
- 1983 STUDERUS KARIN, lic. iur., St. Gallen
- 1967 SZOELLOESY PAUL, Dr. iur., Advokat, Pfaffhausen
- 1982 TABIN FRANÇOIS, avocat, Sierre
- 1982 THOMAS OLIVIER, notaire, Lausanne
- 1961 THURNHERR ROBERT WALTER, Dr., Oberrichter, Thalwil
- 1992 VALLOTTON FRÉDÉRIC, étud. en droit, Morges
- 1984 VOGEL ROBERT, Fürsprecher, Lostorf
- 1981 VOUTSINAS CATHERINE, avocate, Genève
- 1992 WILD FLORIAN, Dr. iur., Jurist, St. Gallen
- 1968 WILLE FRANÇOIS, avocat, Genève
- 1973 WOLFER HANS, Dr. iur., Binningen
- 1965 WUARIN ETIENNE, lic. en droit, avocat, Cartigny/Genève
- 1967 WUST-VAUCHER JANE-MARIE, lic. en droit, Neuchâtel
- 1966 WYSS GEORG, Dr. iur., Fürsprecher, Thun
- 1969 ZINNIKER FRITZ, Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Aarau
- 1982 ZUMSTEIN CHRISTOPHE, Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel
- 1966 ZWEIFEL P., Dr. iur., Vizedirektor Eidg. Justizabteilung, Bern

## 2. Jahresrechnung 1994/95 und Revisionsbericht

### I. Allgemeine Rechnung

| <i>Bilanz per 30. Juni</i>                                | 1995              | 1994              |
|-----------------------------------------------------------|-------------------|-------------------|
| <b>Aktiven</b>                                            | Fr.               | Fr.               |
| Kasse . . . . .                                           | 3'713.90          | 2'660.25          |
| Postcheck . . . . .                                       | 6'095.04          | 17'751.79         |
| Waadtländer Kantonalbank . . . . .                        | 93'195.80         | 251'551.00        |
| Waadtländer Kantonalbank Festgeldkonto . . . . .          | 210'000.00        | 0.00              |
| Verrechnungssteuer . . . . .                              | 6'048.51          | 9'548.14          |
| Wertschriften . . . . .                                   | 50'000.00         | 110'000.00        |
| Transitorische Aktiven . . . . .                          | 69'511.55         | 2'540.00          |
|                                                           | <u>438'564.80</u> | <u>394'051.18</u> |
| <b>Passiven</b>                                           | Fr.               | Fr.               |
| Transitorische Passiven . . . . .                         | 85'677.70         | 51'330.70         |
| Rückstellungen für Publikationen . . . . .                | 200'000.00        | 200'000.00        |
| <b>Kapital</b>                                            |                   |                   |
| Vortrag 1. Juli . . . . .                                 | 142'720.48        |                   |
| Einnahmenüberschuss 10'166.62                             | <u>152'887.10</u> | <u>142'720.48</u> |
|                                                           | <u>438'564.80</u> | <u>394'051.18</u> |
| <b>Erfolgsrechnung</b>                                    | 1994/95           | 1993/94           |
| <b>Einnahmen</b>                                          | Fr.               | Fr.               |
| Mitgliederbeiträge . . . . .                              | 223'920.00        | 188'900.00        |
| Beitrag SAGW . . . . .                                    | 8'000.00          | 8'000.00          |
| Verkauf von Publikationen . . . . .                       | 1'079.50          | 463.50            |
| Wertschriftenertrag . . . . .                             | 7'650.00          | 9'075.00          |
| Bank- und Postcheckzinsen . . . . .                       | 1'612.57          | 589.91            |
|                                                           | <u>242'262.07</u> | <u>207'028.41</u> |
| <b>Ausgaben</b>                                           | Fr.               | Fr.               |
| Druckkosten Referate und Protokolle . . . . .             | 143'523.80        | 157'916.35        |
| Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht . . . . . | 40'223.80         | 29'695.20         |
| Schweiz. Juristentag . . . . .                            | 17'107.70         | 19'390.05         |
| Vergütung an Referenten . . . . .                         | 1'500.00          | 4'500.00          |
| Spesen des Vorstandes . . . . .                           | 1'058.00          | 1'839.20          |
| Zirkulare und Drucksachen . . . . .                       | 9'954.95          | 8'789.00          |
| Archivar und Buchhaltung . . . . .                        | 11'130.00         | 11'000.00         |
| Post- und Bürospesen . . . . .                            | 811.00            | 1'319.35          |
| Beiträge . . . . .                                        | 5'000.00          | 4'500.00          |
| Bankspesen . . . . .                                      | 387.70            | 774.87            |
| Steuern . . . . .                                         | 1'398.50          | 1'137.70          |
|                                                           | 232'095.45        | 240'861.72        |
| Einnahmen-/Ausgabenüberschuss . . . . .                   | 10'166.62         | -33'833.31        |
|                                                           | <u>242'262.07</u> | <u>207'028.41</u> |

## II. Fonds Dr. Arnold Janggen

|                                                  |                 |                 |
|--------------------------------------------------|-----------------|-----------------|
| <i>Bilanz per 30. Juni</i>                       | 1995            | 1994            |
| Aktiven                                          | Fr.             | Fr.             |
| Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent . . . . . | 3'034.05        | 5'512.00        |
| Verrechnungssteuerguthaben . . . . .             | 101.75          | 272.61          |
|                                                  | <u>3'135.80</u> | <u>5'784.61</u> |
| Passiven                                         | Fr.             | Fr.             |
| Kreditoren «Juristenverein» . . . . .            | 0.00            | 2'540.00        |
| Kapital per 1. Juli . . . . .                    | 3'244.61        |                 |
| Ausgabenüberschuss . . . . .                     | -108.81         |                 |
|                                                  | <u>3'135.80</u> | <u>3'244.61</u> |
|                                                  | <u>3'135.80</u> | <u>5'784.61</u> |
| Erfolgsrechnung pro                              | 1993/94         | 1992/93         |
| Einnahmen                                        | Fr.             | Fr.             |
| Bankzinsen . . . . .                             | 7.01            | 15.68           |
| Wertschriftenertrag . . . . .                    | 0.00            | 487.50          |
|                                                  | 7.01            | 503.18          |
| Ausgabenüberschuss                               | 108.81          | 5'737.24        |
|                                                  | <u>115.82</u>   | <u>6'240.42</u> |
| Ausgaben                                         | Fr.             | Fr.             |
| Bankspesen . . . . .                             | 115.82          | 240.42          |
| Wissenschaftliche Preise . . . . .               | 0.00            | 6'000.00        |
|                                                  | <u>115.82</u>   | <u>6'240.42</u> |

Auf ein Verlesen des Berichts der Rechnungsrevisoren, der Rechtsanwälte MADELINE-CLAIRE LEVIS und ANGELO RUGGIERO 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 der demissionierenden Frau LEVIS wird neben Herrn RUGGIERO Herr RUDOLF ROTH, Basel, gewählt.

### 3. Voranschlag für die Geschäftsperiode vom 1. Juli 1995 bis 30. Juni 1996

| Einnahmen                                                        | Fr.               | Vorjahr<br>Effektiv<br>Fr. | Budget<br>1994/95<br>Fr. |
|------------------------------------------------------------------|-------------------|----------------------------|--------------------------|
| Mitgliederbeiträge . . . . .                                     | 229'200.00        | 223'920.00                 | 234'000.00               |
| Beitrag SAGW . . . . .                                           | 5'000.00          | 8'000.00                   | 5'000.00                 |
| Verkauf von Publikationen . . .                                  | 1'000.00          | 1'079.50                   | 3'000.00                 |
| Wertschriftenertrag . . . . .                                    | 3'125.00          | 7'650.00                   | 7'500.00                 |
| Bank- und Postcheckzinsen . . .                                  | 2'000.00          | 1'612.57                   | 500.00                   |
| Einmaliger Gönnerbeitrag für JT 94                               | 0.00              | 0.00                       | 20'000.00                |
|                                                                  | <u>240'325.00</u> | <u>242'262.07</u>          | <u>270'000.00</u>        |
| <br>Ausgaben                                                     | <br>Fr.           | <br>Fr.                    | <br>Fr.                  |
| Druckkosten Referate/Protokolle                                  | 143'000.00        | 143'523.80                 | 170'000.00               |
| Übersicht der Literatur über<br>das schweizerische Recht . . . . | 40'000.00         | 40'223.80                  | 40'000.00                |
| Schweiz. Juristentag . . . . .                                   | 22'000.00         | 17'107.70                  | 27'000.00                |
| Vergütung an Referenten . . . .                                  | 6'000.00          | 1'500.00                   | 1'500.00                 |
| Spesen des Vorstandes . . . . .                                  | 1'000.00          | 1'058.00                   | 2'500.00                 |
| Zirkulare und Drucksachen . . .                                  | 10'000.00         | 9'954.95                   | 10'000.00                |
| Archivar und Buchhaltung . . .                                   | 11'000.00         | 11'130.00                  | 11'000.00                |
| Post- und Bürospesen . . . . .                                   | 1'000.00          | 811.00                     | 1'500.00                 |
| Beiträge . . . . .                                               | 5'000.00          | 5'000.00                   | 4'500.00                 |
| Bankspesen . . . . .                                             | 325.00            | 387.70                     | 1'000.00                 |
| Steuern . . . . .                                                | 1'000.00          | 1'398.50                   | 1'000.00                 |
|                                                                  | <u>240'325.00</u> | <u>232'095.45</u>          | <u>270'000.00</u>        |
| <br>Einnahmenüberschuss                                          | <br><u>0.00</u>   | <br><u>10'166.62</u>       | <br><u>0.00</u>          |

### 4. Festsetzung des Jahresbeitrages 1995/1996

Der Jahresbeitrag wird auf Fr. 60.– belassen.

### 5. Bericht der Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins

Prof. CLAUDIO SOLIVA, Zürich

In der Berichtsperiode vom 1. Juli 1994 – 30. Juni 1995 ist die Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen hundert Jahre alt geworden; Rechtsquellenkommission und später Rechtsquellenstiftung haben in dieser Zeit



durch Bearbeiter aus 4-5 Forschergenerationen bis heute insgesamt 83 Publikationsnummern innerhalb der Rechtsquellenreihe erscheinen lassen (5 weitere, gewichtige Bände umfasst das ebenfalls unter der Ägide des Vereins edierte Repertorium schweizergeschichtlicher Quellen im Generallandesarchiv Karlsruhe, 1981-1990). Eine wahrlich beachtenswerte Leistung.

Den Beginn des zweiten Jahrhunderts ihres Bestehens markiert diese Institution ihres Vereins mit der Edition des ersten Bandes Willisau/Stadt im März dieses Jahres, mit welcher die Stiftung erstmals ihre seit Jahren verfolgte Politik, EDV konsequent vom Mitarbeiter an bis zum Buchsatz lückenlos einzusetzen, unter Beweis gestellt hat. Die gleiche Spezialschrift, über die bereits auf der Ebene der Bearbeiter (PC) verfügt wird, kann jetzt für den endgültigen Satz verwendet werden (eigene Sonderanfertigung durch die Stiftung). Der Aufwand hat sich gelohnt und hat für alle zukünftigen Projekte Modellcharakter. Der PC – unterstützte Werdegang des Manuskriptes bis zum fertigen Satz, sowie die Direktvergabe der technischen Bandherstellung (Druck/Binden) durch die Stiftung an eine Druckerei bringen neben der angestrebten Vereinheitlichung und Rationalisierung in der Arbeitsweise auch enorme Kosteneinsparungen. Schon beim ersten auf diese Weise realisierten Willisauerband konnte auf ein Gesuch um Druckkostenbeiträge beim Nationalfonds verzichtet werden.

Zur Zeit liegen 4 weitere Bände aus Zürich, Bern, Luzern und St. Gallen druckfertig vor; mit der Edition musste zugewartet werden, weil die Verhandlungen über den Verlagsvertrag noch im Gange sind. Weitere 5 Bände sind z.T. im Satz bzw. schon gesetzt und harren noch der Fertigstellung des Registers.

Mündlich führte Herr Prof. CLAUDIO SOLIVA aus:

An der letzten Generalversammlung vom 16.10.1994 im Hotel Zürich habe ich – wie Sie dem Protokoll entnehmen können – auf einen der Tagungsmappe *ausnahmsweise* schriftlich beigelegten Tätigkeitsbericht Ihrer Rechtsquellenstiftung verwiesen. Als Rechtshistoriker bin ich natürlich schon vom Fache her bereit, auch die einmalige Präzedenz als rechtsbegründend zu akzeptieren, und habe daher auf Ersuchen unseres Präsidenten einen schriftlichen Rechenschaftsbericht für die Tagungsmappe (schon nicht mehr «ausnahmsweise»!) verfasst und kann mich daher mit einigen kurzen Anmerkungen begnügen.

1. Für die zur Zeit druckfertig vorliegenden 4 Bände von Bern/Burgdorf, Amt und Vogtei Weggis, Stadt St.Gallen I und Zürich/Neuamt ist die Finanzierung, ausgenommen für Zürich, zur Zeit schon voll gesichert. Der wohl reichste Kanton macht uns reichlich Mühe in dieser Hinsicht, so ganz anders als die kleinen und bescheideneren Stände, welche dieses nobile officium der Förderung unserer Editionen ihrer kantonseigenen Rechtsquellen meist mit grosszügiger Haltung auf sich nehmen. Ihnen sei besonders gedankt.



Den im Bericht erwähnten Willisauer Band konnten wir am Freitag, den 3. März 1995, an einer kleinen Feier im Bürgersaal des Rathauses der Stadt Willisau in Anwesenheit der höchsten kantonalen und kommunalen Luzerner Magistratspersonen der Öffentlichkeit vorstellen. Das gab uns auch die gerne benutzte Gelegenheit, zu einem weiteren aufmerksamen Kreis über unsere Arbeit zu sprechen und deren Resultat – so hoffen wir wenigstens – ihnen nahe zu bringen. Wir machen also hin und wieder auch etwas in Propaganda für unsere Editionen, die Sie übrigens in nummerierten Exemplaren jederzeit bei Sauerländer bestellen können.

Das gleiche tun wir auch für den Doppelband Burgdorf am 28. November noch diesen Jahres im Rittersaal des dortigen Schlosses und im Dezember an geeignetem Ort auch für den ersten Stadt St.Galler Band. Beide Editionen erscheinen noch im Verlauf der nächsten Wochen.

Eine konzise Vorstellung des Gesamtwerkes und der Arbeit Ihrer Kommission mögen Sie im Bulletin I des Schweizerischen Nationalfonds vom 13. Dezember 1994, S. 10-14, nachlesen.

2. Der Rechtshistoriker kann sich sodann heute einfach den Hinweis nicht versagen, dass hier in Schaffhausen schon vor 60 Jahren intensive Rechtsquellenforschung betrieben worden ist. Zunächst war es KARL SCHIB (1898-1984), Geschichtslehrer an der Schaffhauser Kantonsschule und bedeutender wissenschaftlicher Publizist, dem wir ein fast überwältigendes historisches Werk und darunter auch den Rechtsquellenband über das Stadtrecht von Schaffhausen, 1967, verdanken. Die Stadt hat ihn zum Ehrenbürger und die Universität Bern zum Ehrendoktor ernannt. Gleich anschliessend begann der viel zu früh verstorbene KARL MOMMSEN (1923-1976), Enkel des grossen Theodor, mit der Arbeit, welcher die im schriftlichen Bericht genannte Forschung über schweizergeschichtliche Quellen im Generallandesarchiv in Karlsruhe in Gang brachte, und bald auch KARL SCHIB in der Edition der Schaffhauser Rechtsquellen ablöste. 1989, also Jahre nach MOMMSENS frühem Tod, erschien ein weiterer Band der Stadt Schaffhauser Rechtsquellen, der gemäss dem Vorwort zur Edition «allein MOMMSENS magnum opus und wissenschaftliches Vermächtnis» darstellt. Sie sehen: Der Schweizerische Juristenverein gibt den Auftrag und die so wichtige moralische Unterstützung, Ihre Kommission ist für Planung, Mittelbeschaffung und Berufung der Mitarbeiter zuständig, Präsident, administrativer und wissenschaftlicher Leiter sorgen für den Fortgang der Arbeit, instruieren und beraten die Mitarbeiter – diese aber sind es, welche die wissenschaftliche Leistung erbringen. Auch ihrer wollen wir einmal dankend gedenken.

## 6. Verleihung des «Vontobel»-Preises

Dr. ALAIN WURZBURGER, *Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

J'ai maintenant le grand plaisir de pouvoir remettre le prix Vontobel. C'est la Familien Vontobel-Stiftung, qui nous a permis de distribuer ce prix. Nous remercions les représentants de cette fondation qui sont ici présents pour leur générosité.

Le but du prix Vontobel est le suivant: nous ne voulons pas honorer des thèses aussi remarquables soient-elles; il y a toutes sortes de prix pour cela. Nous ne voulons pas non plus, excusez-moi peut-être de l'exprimer ainsi, honorer des professionnels du droit comme les professeurs; ils ont d'autres occasions de recevoir des prix, des doctorats honoris causa, que sais-je. Ce que nous voulons honorer, ce sont les praticiens, ceux qui dans la vie professionnelle sont déjà pleinement absorbés par leur travail et qui trouvent encore le temps, à côté des exigences de leur métier, de composer des ouvrages ou des contributions de valeur. Nous ne voulons pas forcément non plus honorer un ouvrage déterminé, mais un apport important d'un praticien à la science juridique de ce pays. Pour la première fois nous distribuons donc ce prix Vontobel, et je serais heureux que M. le Docteur HERBERT WOHLMANN veuille bien monter jusqu'à moi pour que je puisse vous lire la laudatio qui décrit ses mérites.

Der Schweizerische Juristenverein verleiht hiermit den von der Familien-Vontobel-Stiftung Zürich gestifteten *Vontobel-Preis* für besonders auszeichnungswürdige rechtswissenschaftliche Publikationen von Praktikern an Herrn Dr. HERBERT WOHLMANN mit folgender *Laudatio*:

Der Schweizerische Juristenverein würdigt damit den nachhaltigen, ebenso wissenschaftlich sorgfältigen wie pragmatischen Einsatz für die schweizerische juristische Literatur im Bereich des Wirtschaftsrechts.

Herr Dr. HERBERT WOHLMANN hat nicht nur mit einzelnen grösseren Arbeiten wie der Darstellung des Rechts der GmbH, sondern auch durch zahlreiche Judikatur- und Buchbesprechungen sich um den Brückenschlag von Theorie zu Praxis wie auch umgekehrt von der Praxis zur Theorie bemüht.

Dr. HERBERT WOHLMANN, *Allschwil*

1. Von der Mathematik wird gesagt, dass in ihr des öfteren die Wissenschaft der Praxis um Jahrzehnte, ja Jahrhunderte vorausgehe; Mathematiker würden neue Theoreme ersinnen, die vielleicht nie, vielleicht erst drei- oder vierhundert Jahre später ihre praktische Relevanz erlangten. Bei uns in der Rechtswissenschaft scheint es mir ganz anders zu sein.

Der Rechtsfortschritt wird zu einem sehr grossen Teil von den Praktikern, insbesondere auf Seiten der Gesetzgebung und der Vertragsjuristen initiiert und erst zu einem viel späteren Zeitpunkt von der Wissenschaft eingefangen. Gute Beispiele aus neuerer Zeit sind hier etwa die Patronats-erklärung, die papierlosen Aktien oder der ganze Bereich der Derivative.

Die unserem Beruf eigentümliche Verzahnung von Praxis und Wissenschaft benötigt Praktiker, die an der Dogmatik interessiert sind – denn nur sie können den Rechtsfortschritt bewirken – und Rechtslehrer, die in der Praxis versiert sind und sie nicht nur aus den Lehrbüchern kennen. Man kann es den Stiftern des Vontobel-Preises nicht hoch genug anrechnen, dass sie gerade auf diese Verzahnung von Wissenschaft und Praxis hinweisen.

2. In der Ausbildung an den Hochschulen wird nach meinen Eindrücken dem Studenten noch viel zu sehr der Eindruck vermittelt, dass es sich bei der Rechtswissenschaft um eine exakte Wissenschaft handelt. Nichts ist falscher als dies; zur Rechtswissenschaft gehören neben der herrschenden Lehre ebenso die abweichenden Meinungen anderer Rechtslehrer; neben der Meinung der Mehrheit des Richterkollegiums ebenso die «Dissenting Opinion», und vom Anwalt wird ja gesagt, dass er sich dadurch auszeichnen muss, dass er in jedem vernünftigen Fall beide Seiten vertreten könnte. Auch wir haben unsere «Unschärfe-Relationen». Diese dialektische Spannung müsste dem jungen Juristen viel stärker vermittelt werden; mir hat es in den Übungen, die ich gegeben habe, immer Spass gemacht, wenn ich am Schluss des Falles, im sogenannten «Wie war es wirklich?», zur Frustration der Studenten sagen konnte: «Die Anwälte haben nach dem Beweisverfahren und dem ersten Austausch der Rechtsschriften die Risiken des Falles so hoch angesehen, dass beide Seiten glücklich waren, sich fifty-fifty zu vergleichen.»

3. Eines meiner wesentlichen Arbeitsgebiete sind die Rezensionen. Leider gilt in der Schweiz immer noch ein bisschen die Regel, eine gute Arbeit positiv zu beschreiben und eine schlechte Arbeit nicht zu rezensieren oder allenfalls nur deren Inhalt anzugeben. Kritische Rezensionen – gerade auch bei hervorragenden Werken gibt es kritische Ansatzpunkte – treiben die Diskussion vorwärts, die dem Beruf vom Recht eben eigen ist. Kritische Rezensionen werden in der Schweiz aber auch kaum beachtet, und beispielsweise nie zitiert, obwohl in ihnen oft mehr Gedankengut steht als in Aufsätzen oder in den Dissertationen, in denen der Doktorand fast immer gleicher Meinung ist wie sein Doktorvater.

Ich komme zum Dank. Ich danke den Stiftern dieses Preises, ich danke dem Schweizerischen Juristenverein und den Mitgliedern seines Vorstands, die als Juroren wirkten; ich danke den Leitern der Rechtsabteilung der Sandoz AG, die mich in den letzten 25 Jahren immer wieder ermuntert haben, mit der Wissenschaft in Kontakt zu bleiben, und ich danke meinen Freunden und Förderern von der Juristischen Fakultät der Universität Zürich und von anderen Universitäten und von juristischen Fachblättern, die mir immer wieder Gelegenheit gegeben haben, aus dem Praxisbetrieb auszubrechen.

La parole n'étant pas demandée sous divers, le Président clôt l'Assemblée générale.

## II.

### **Berichte und Diskussionen zum Thema «Die Politisierung des Strafrechts und die Kriminalisierung des Alltagslebens»**

#### **Exposés des rapporteurs et discussion sur le sujet: «La politisation du droit pénal et la criminalisation de la vie quotidienne»**

Dr. PETER ALEXANDER MÜLLER, *Bundesrichter, Lausanne, Diskussionsleiter*

Schaffhausen, eine Stadt, die heuer auf stolze 950 Jahre seit der ersten bekannten Verbriefung ihrer Stadtrechte, namentlich des Münzprügerechts, zurückblicken kann, empfängt die Schweizer Juristen bei strahlend schönem Wetter und ebensolchen Gesichtern der Organisatoren. Da braucht es schon einiges an Überwindung – nach so vielen frostigen Septembertagen – sich statt auf den Munot zu begeben sich ins Stadttheater zurückzuziehen und über die Kriminalisierung des Alltagslebens und die Politisierung des Strafrechts zu sinnieren und zu debattieren. In diesem Sinne begrüsse ich Sie alle recht freundlich zu diesem Diskussionsgespräch, danke allen, die bereits ihren Diskussionsbeitrag angemeldet haben, und auch jenen, die sich noch zu Worte melden werden.

Was kommt einem nicht alles in den Sinn, wenn man den Titel zum heutigen Thema hört: «Polarisierung des Strafrechts – Kriminalisierung des Alltagslebens»:

Im ersten Augenblick wohl eher viel Diffuses, wenig Konkretes, kaum Fassbares. Doch schwingt im Unterbewusstsein mit, dass es schon etwas mit diesem Problem haben muss; dass da etwas in der Luft liegen wird, wenn der Schweizerische Juristenverein gerade dieses Thema für seinen Juristentag 1995 gewählt hat. Dann greift man zu den beiden Referaten und erfasst, was man alles an theoretischen und praktischen Erkenntnissen diesbezüglich zu Papier bringen kann.

So darf ich namens des Vorstandes den beiden Referenten danken dafür, dass sie die Mühen nicht gescheut haben, in zwei wohlfundierten Referaten die Grundlagen für die heutige Diskussion zu schaffen, und darüber hinaus allen Mitgliedern des Vereins Gelegenheit zu geben, sich kritisch mit diesem weitläufigen Thema auseinanderzusetzen. Anerkennung verdienen sie auch dafür, dass sie sich dabei bemüht haben, sachlich zu bleiben, und vermieden, allzu weit abzuschweifen oder gar ausfällig zu werden.

In der Tat, das Thema birgt die Gefahr in sich auszufern; es kann auch dazu verleiten, etwas ausfällig zu werden:

- So wäre es wohl ein leichtes gewesen, die Tragweite des Themas einzig an der Strafgesetzes-Novelle vom 18. März 1994 zu messen, d.h. im Lichte des geänderten Einziehungsrechts und der Strafbarkeit krimineller Organisationen. Dabei hätte vieles unter den etwas reisserischen,

aber doch illustrativen Titel gestellt werden können: Von der Verpönung der staatlich organisierten Schnüffelei im Privatleben zur strafbehördlich organisierten Schnüffelei im Geschäftsleben. Das wäre eine Möglichkeit gewesen.

- Die selbe Fährte hätte zu Lukas 16,9 führen können und die Frage geprägt, ob das bereits mit der Kriminalisierung des Alltagslebens bzw. der Politisierung des Strafrechts im Bereich der Geldwäscherei etwas zu tun hat, wenn an dieser Stelle des Evangeliums zu lesen ist: «Schafft euch Freunde mit dem ungerechten Mammon»? Ist da etwa eine Vorbotschaft herauszuhören für oder gegen eine uferlose und konturlose Sorgfaltsverpflichtung im Alltagsleben, namentlich im Geschäftsleben? Um nur zwei Stichworte zu nennen: Hat die neueste Kriminalisierung den Sinn, jeden «Geschäftenden» zum integrierten Teil der Kriminalpolizei werden zu lassen? Soll «in dubio pro Schmutzgeld» als Leitlinie für korrektes Geschäftsgebaren allgemein hin und insbesondere im Banken- und Kreditwesen gelten – inkl. Spielbanken –?
- Eine andere Gedankenfährte, wohl ebenso leicht zynisch-tendenziös gefärbte, könnte dahin führen, die jüngere Strafrechtsprechung unter dem Gesichtspunkt «Politisierung und Kriminalisierung» besserwisserisch zu geisseln, dass die echten Kriminellen heute im Strassenverkehr zu suchen sind, während sich bei Mord, Totschlag und überhaupt bei Gewaltverbrechen im Grunde genommen bloss durch Resozialisierung zu heilende Kranke finden? Dabei wäre hervorzuheben gewesen, wie sehr der Resozialisierungsgedanke im Verlauf der Zeiten Wandlungen durchgemacht hat. Erwähnt sei nur der Strafvollzug im Mittelalter: Dieser war bei Schwerverbrechen auch zutiefst vom Resozialisierungsgedanken geprägt – man nannte das den «Sieg des Guten» –. Doch die Heilung war ausschliesslich auf das «Seelenheil» ausgerichtet: Der geständige und reuige Sünder musste so bald als möglich in seinem eigenen Interesse hingerichtet werden, denn er hatte gefehlt und war immer noch gefährdet, das ewige Seelenheil zu verlieren. Wurde er aber im Zustand der Reue und Busse, versehen mit den Tröstungen der Kirche, hingerichtet, so konnte er vor den ewigen Höllenqualen errettet werden.
- Eine Verengung des Themas hätte aber auch darin bestehen können, sich vorwiegend auf die eher soziologische Frage einer Kriminalisierung des Alltagslebens durch die Berichterstattungen über «Unfälle und Verbrechen» an Radio und Fernsehen oder in den Zeitungen und Zeitschriften zu beschränken und alsdann die Rückwirkungen auf die Politisierung hängiger Straffälle zu untersuchen.
- Auf einer ähnlichen Fährte hätte man der Kriminalisierung des täglichen Lebens durch eine unablässige Berieselung und Konfrontation mit Gewalt in all ihren Erscheinungsformen nachgehen können.
- Und selbst wenn man (wie mir dies jüngst passiert ist) – gänzlich unvoreingenommen – an einem Buchladen vorbeigeht und dort ein neues Werk ausgestellt sieht, das in etwa den Titel trägt: *Gute Menschen*



*kommen in den Himmel, böse überall hin*, dann muss einem als Diskussionsleiter des heutigen Themas in den Sinn kommen, dass dieser Gedanke eigentlich auch zum Gegenstand einer der Spezialfragen hätte gemacht werden können, oder sogar eingebaut werden könnte bei der Diskussion über «Unerfüllte Erwartungen an das Strafrecht»? Etwas seriöser formuliert führt die Fährte von der Politisierung des Strafrechts in die heiklen Bereiche von Prävention und Repression: Heilen und Vorbeugen sind die Zielsetzungen und deren Gewichtung der politische Gehalt des Straf- und Massnahmerechts. Die gesellschaftspolitische Frage nach der Kriminalisierung einzelner Lebensbereiche steht deutlich im Raum.

Und so könnte man den Faden weiterspinnen von der Täter- zur Opfergesellschaft bis hin zur Verwirklichung der wohlgemeinten Opferhilfe und deren (un)gewollten Nebenwirkungen als strafprozessualer Verfahrenserhitzer einerseits, als Ansporn zur «Viktimisierung» der Täter anderseits.

Noch und noch lassen sich seminarfüllende Themen finden, aber wohl nicht alle kommen in Frage für die zeitlich beschränkte Diskussion am Juristentag 1995.

Dr. MARC FORSTER, *Rechtsanwalt, Lausanne, Berichterstatter deutscher Sprache*

Wenn es eine «Hitparade des Politikinteresses» gäbe, würde die Kriminalpolitik mit Sicherheit einen Spitzenplatz belegen. Das ewige Thema von Schuld und Sühne, Verbrechen und Strafe bewegt die Gemüter. Das war schon zu Zeiten von Kain und Abel so und wird sich auch nach Abschluss des O.J. Simpson-Prozesses kaum ändern.

Die mit der Wahrnehmung von Kriminalität verknüpften Sorgen und Emotionen finden auch in der gesetzgeberischen Tätigkeit ihren Niederschlag. Das letzte Jahrzehnt dieses Jahrtausends ist geprägt von einschneidenden Strafrechtsreformen und hektischer kriminalpolitischer Aktivität. 1987 wurde mit dem Vorentwurf SCHULTZ die Reform des Allgemeinen Teils StGB in die Wege geleitet. Diese wird auf Jahrzehnte hinaus die Strafrechtspraxis entscheidend beeinflussen. 1987 und 1990 wurden die Strafnormen gegen Insidervergehen und Geldwäscherei erlassen, und zwar in einem für schweizerische Verhältnisse geradezu atemberaubenden Tempo. 1991 wurde das neue Sexualstrafrecht verabschiedet; wie STEFAN TRECHSEL formuliert hat, ist dabei «kein Stein auf dem anderen geblieben». Zusätzliche neue Strafnormen brachte das Datenschutzgesetz von 1992. 1994 wurden mit dem neuen Vermögens- und Urkundenstrafrecht die jahrzehntelangen Arbeiten an einer «Grossbaustelle» abgeschlossen. Praktisch auf den Tag genau vor einem Jahr haben die Stimmberechtigten nach emotionsgeladenen politischen Debatten das Referendum gegen die neue Rassismusstrafnorm knapp verworfen. Ebenfalls 1994 kam der Straftatbestand gegen kriminelle Organisationen dazu. Das Drogenproblem ist freilich nach wie vor weit von einer Lösung

entfernt. Das Ungenügen der bisherigen gesetzlichen Instrumente hat eine weitere Reformrunde beim Betäubungsmittelstrafrecht ausgelöst. Und auch die Anfang 1995 in Kraft gesetzten neuen Normen betreffend Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht sind nicht zuletzt eine Reaktion auf die Krise der Drogenpolitik.

All dies ist allein in den letzten acht Jahren auf dem Gebiet des materiellen Bundesstrafrechts in Bewegung geraten, von anderen wichtigen Reformen wie dem Opferhilfegesetz gar nicht zu reden. Man könnte sich fragen, ob wir es hier mit einem tiefgreifenden strukturellen Umbau des Strafrechts zu tun haben oder ob wir im Bereich der Kriminalpolitik – ähnlich wie in der Wirtschaftspolitik – eher Zeugen sind einer Art «hektischer Stagnation».

Aber nicht nur die Gesetzgebung ist in dynamische Bewegung geraten, meine Damen und Herren, auch die Gerichte machen Kriminalpolitik. – Und wie! Im Abtreibungsstrafrecht zum Beispiel sind die Kantone dem zuständigen eidgenössischen Gesetzgeber regelrecht vorausmarschiert. Zu einer zusätzlichen Dynamik führt aber auch die zunehmende «Publizität» des Strafrechts. Die Zeiten sind vorbei, als sich die Diskussion um kriminalrechtliche Themen auf die juristische Fachöffentlichkeit beschränkte. Die Politisierung des Strafrechts wird zum gesellschaftlichen Thema. Das geht etwa so weit, dass die angebliche politische Ausrichtung von einzelnen Bundesrichtern in Zeitungen thematisiert wird oder dass sämtlichen Bundesrichtern gar Noten für ihre Arbeit verteilt werden, allerdings von nicht näher identifizierten Juroren und anhand nicht besonders transparenter Kriterien. Verwundern darf diese Entwicklung kaum. Kritik gegenüber Behörden und Autoritäten jeder Art ist heutzutage geradezu «in». Über Kritik am Bundesgericht werden ganze Dissertationen geschrieben.

Auch der Einfluss der elektronischen Medien mit ihrer Unterhaltungs- und Informationsflut geht am Kriminalrecht nicht vorbei. Wie es beim Fortschreiten der heutigen Tendenzen bald einmal aussehen könnte, zeigen die Beispiele aus den USA, wo die Verfolgung und Verhaftung prominenter Verdächtiger direkt am Fernsehen übertragen werden, ebenso wie die Verhandlungen vor Gericht. Es gibt sogar Stationen, die sich ausschliesslich auf «Court TV» spezialisiert haben. Über die Live-Übertragung von Hinrichtungen wurde meines Wissens zumindest schon diskutiert.

Ganz so weit sind wir in der Schweiz mit unserer etwas bodenständigeren Justiz- und Medientradition noch nicht. Glücklicherweise, ist man hier wohl geneigt zu sagen. Wenn Sie aber an das Beispiel etwa der Zwahlen-Prozesse denken, muss deutlich werden, dass auch bei uns Straffälle in Medienspektakel und «trials by newspaper» ausarten können. Ich möchte nur an die verschiedenen Bücher und Kinofilme erinnern, von der Flut von Zeitungsartikeln und Fernsehsendungen, die im Vorfeld des zweiten Zwahlen-Prozesses produziert worden sind, gar nicht zu reden.

Wenigstens hat sich die ungeheure Publizität des Falles im Ergebnis wohl kaum zu Ungunsten des Angeschuldigten ausgewirkt.

Die elektronischen Medien sind ungeheuer eindringlich und schnell. Manchmal hat man fast den Eindruck, dass Presse und Fernsehen am Tatort sind, noch bevor Polizei und Untersuchungsrichter erscheinen. Ich erinnere Sie an die grauenhaften Massentötungen um die «Sonnentempelsekte» in den Kantonen Freiburg und Wallis vor fast genau einem Jahr. Dort haben Fernsehteams inmitten von Trümmern und Leichen mit Direktübertragungen begonnen, noch bevor die Brände gelöscht und die Opfer evakuiert waren.

Das ganze kriminalrechtliche System erscheint zunehmend dynamisiert, emotional aufgeladen, in Frage gestellt, unter die Scheinwerfer der Öffentlichkeit gezerrt. – In diesem Kontext, meine Damen und Herren, stellt sich der Schweizerische Juristenverein das Thema «Politisierung des Strafrechts und Kriminalisierung des Alltagslebens». In meinem Referat habe ich versucht, an einige eherne Grundsätze zu erinnern, welche im Alltagsgeschäft der Kriminalpolitik zunehmend in Vergessenheit zu geraten drohen. Wenn man die Ursachen dafür zu analysieren versucht, fällt auf, dass erstaunliche Parallelen bestehen zwischen den Unzulänglichkeiten der Kriminalpolitik einerseits und den zeittypischen Entstehungsgründen der Kriminalität andererseits: Schnellebigkeit. Materialismus. Übersteigerte Mobilität. Geringschätzung tradierter Organisations- und Denkstrukturen. Kollektiver Gruppenegoismus. Überbetonung kurzlebiger tagespolitischer Bedürfnisse und kurzfristiger Partikulärinteressen. Mangel an Musse zu vorausschauendem oder rückblickendem Denken. Instrumentalismus und Populismus. – Man könnte auch einfacher sagen: Jede Gesellschaft hat in etwa die Kriminalpolitik, die sie verdient ...

Ziel beider Referate war es, Vorschläge zu entwerfen, die mithelfen könnten, die Kriminalpolitik zu versachlichen und in dem Sinne das Strafrecht zu «entpolitisieren». Professor KILLIAS hat als Kriminologe dabei die empirische Warte gewählt. Sie werden das von ihm selber noch zu hören und nicht zuletzt auch zu sehen bekommen. Für die anschließende Diskussion haben wir vier Spezialthemen vorgesehen. Zuerst wollen wir unter a) konkrete Vorschläge zur «Versachlichung der Kriminalpolitik» diskutieren. Die übrigen Fragestellungen lauten: b) «Sanktionenrecht – wie weiter?», c) «Rechtsgüterschutz: Kompass oder Leerformel?» und schliesslich d) «(Un-)erfüllbare Erwartungen an das Strafrecht?».

Das Referat, das ich dank Ihnen allen und dank dem Vertrauen des Juristenvereins vorlegen durfte, beschreitet keine «terra incognita». Es versucht, einige Grundprinzipien der Rechtsgütertheorie, der Sanktionenlehre und des Verfassungsrechts in Erinnerung zu rufen, anschaulich zu machen und auf konkrete kriminalpolitische Problemstellungen anzuwenden. Untersucht wurden insbesondere die hängige Reform des Sanktionenrechts, das Sexualstrafrecht von 1991, das neuere Wirtschaftsstrafrecht inklusive Insider- und Geldwäschereiartikel, sowie die neue Rassismusstrafnorm. Die Überprüfung, inwieweit sich Gesetzgeber und



Justiz in diesen Bereichen rational oder irrational verhalten haben, hat sehr unterschiedliche Ergebnisse zutage gebracht. Rechtsgüter- und Sanktionenlehre liefern auch längst nicht immer praktikable und bequeme Lösungen auf dem Silbertablett serviert. Nicht selten werden die ehernen Grundsätze der Kriminalpolitik aber ganz einfach ausser acht gelassen, sei dies nun aus Trägheit, aus Mangel an Zeit oder weil die Resultate rationaler Auseinandersetzung politisch unerwünscht erscheinen.

In meinem Beitrag wird vor allem der Frage nachgegangen, nach welchen Mechanismen die Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges erfolgt. – Wie reagiert das kriminalpolitische System auf gesellschaftlichen Wandel? Inwiefern sind Gesetzgeber und Justiz gehalten, den Normenkatalog und das Sanktionensystem dem sozialen Wandel anzupassen? Auf welchen faktischen und rechtlichen Fundamenten hat die Kriminalreform aufzubauen? Die jüngere Reformentwicklung wird unter diesem Licht einer kritischen Kommentierung und Bewertung unterzogen. Auf die entsprechenden Thesen werden wir im Rahmen der Diskussion noch im einzelnen eingehen können.

Ich erlaube mir, diese kleine Einführung mit einem Dank an Sie alle zu schliessen. Mein Dank gilt Ihrem Interesse für unser genauso weitläufiges wie aktuelles Thema sowie dem Vertrauen, das mir mit der Vergabe des deutschsprachigen Referates zuteil wurde.

*Erratum* zum Referat FORSTER, S. 107/108, Fussnote 546: ZIPF, (Fn. 487, 126) spricht von einer «kriminalpolitischen Landplage». Zu denken ist in erster Linie an massenhaft begangene *Verkehrsdelikte* sowie Ladendiebstähle und andere leichtere *Vermögens-, Fiskal* oder *Umweltdelikte*; zur alltäglichen «*Suchtdelinquenz*» im weiteren Sinne s. auch oben § 1 III. B 2. Mit ein Grund für das Missverstehen schwerer SVG-Verstösse (z.B. Geschwindigkeitsexzesse oder «*FiaZ*») als «*Kavaliersdelikte*» oder Bagatellen dürfte – neben ihrem massenhaften Auftreten – sein, dass sie mit Ausnahme der Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 StGB) und der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte *Nebenstrafrecht* geblieben sind (vgl. dazu RIKLIN [Fn. 371], 82).

Professeur MARTIN KILLIAS, *Lausanne, rapporteur de langue française*

Le professeur Killias résume le rapport écrit, en illustrant plusieurs points par des diapositives.

Ces propos se résument en 18 thèses. Les numéros renvoient aux paragraphes du rapport écrit.

1. Le nombre de personnes qui se font condamner une fois au moins dans leur vie est considérable – en Suisse comme ailleurs. Jusqu'à l'âge de 33 ans, c'est le sort de 24 pour cent des hommes suisses, et entre 6 et 7 pour cent ont purgé au moins une peine privative de liberté jusqu'au même âge (nos 208-209).

2. Cette «*criminalisation*» n'est pas le résultat d'une «*inflation*» des lois pénales. L'extension du droit pénal a été plutôt modeste (nos 201-207) au fil des dernières décennies (et concernait surtout les délits de mise en danger abstraite). Les nouvelles incriminations (par exemple en matière de blanchissage d'argent) influencent les pratiques quotidiennes d'ailleurs plus que le nombre de condamnations.

3. La plupart des condamnations continuent à être prononcées en vertu de lois qui existaient déjà il y a 50 ans, sinon plusieurs siècles. Si les incriminations contenues dans les lois sur les stupéfiants ou la circulation routière sont devenues tellement plus nombreuses, la cause n'en est guère la croissance (d'ailleurs négligeable depuis 1945) des «*criminalisations*» dans ces deux domaines, mais l'*évolution des situations à risque* au fil des dernières générations (no 327).

4. Nous n'assistons dès lors pas à une «*criminalisation de la vie quotidienne*», mais à une «*quotidiennisation du crime*» – ou plutôt de situations, dans lesquelles les incriminations pénales déploient tous leurs effets (nos 211-214).

5. Un bel exemple nous est fourni par la *délinquance juvénile*. Selon les recherches internationales en la matière (et auxquelles notre institut fut associé), la plupart des jeunes avouent avoir commis occasionnellement des actes punissables, dont notamment des vols à l'étalage et des actes de resquille dans les transports publics. Ces deux délits n'auraient encore guère été réalisés par les adolescents avant 1965, ceci faute de grandes surfaces commerciales vendant en «*self-service*» des produits d'une grande attractivité pour cette classe d'âge, et à cause de la présence de contrôleurs de billets dans les transports publics à cette époque-là. La forte prolifération de délits de ce genre dénote donc l'*extension massive de situations à risque (ou de tentations)*. De même, les nombreux graffitis ne sont devenus possibles que grâce à la vente libre des sprays de couleurs dans de nombreux magasins (nos 210-214).

6. Ces explications ne devraient pas conduire à une banalisation de la délinquance juvénile. Le nombre de jeunes qui commettent des délits graves et/ou dont la délinquance devient une sorte de mode de vie reste certes faible, mais le fait que des jeunes peuvent aujourd'hui *apprendre en masse la banalité de beaucoup d'infractions et faire l'expérience de leur impunité régulière* devrait inspirer quelques soucis: comme la popularité d'un sport est la meilleure recette pour produire de grands athlètes qui décrocheront un jour des médailles olympiques, de même une jeunesse expérimentée dans le domaine de la délinquance pourrait s'avérer un jour une précondition importante pour la genèse d'une frange de criminels endurcis, ceci surtout si un jour l'économie devait se révéler incapable d'offrir aux jeunes sortant de l'école des perspectives d'avenir prometteur (no 213).

7. Dans la *comparaison internationale*, la criminalité en Suisse connaît toujours un niveau généralement peu impressionnant (nos 302-307). Cette constatation vaut particulièrement pour les *agressions et les délits de violence* pour lesquels la Suisse accuse des taux sensiblement plus bas que la moyenne européenne, ceci dans le domaine privé (violence par exemple à l'encontre d'épouses ou de partenaires) autant que dans le domaine public ou commercial. Le seul crime de violence où la Suisse s'est pleinement «intégrée» à l'Europe sont les *homicides* – sans doute à cause des nombreuses *armes à feu* dans les ménages privés.

8. En ce qui concerne les *vols* et autres *délits contre le patrimoine*, les taux helvétiques s'approchent davantage de la moyenne européenne. Cela vaut surtout pour les *délits contre les commerces* – qui supportent par exemple environ 15 et 30 fois plus de cambriolages que les ménages privés (no 306).

9. Les particuliers ont-ils tort de s'inquiéter de leur *sécurité quotidienne*, alors que le crime n'a sans doute pas encore avancé au rang des expériences quotidiennes? Peut-être cette façon de poser le problème méconnaît-elle que le particulier – et pour cause – n'évalue pas ses propres risques en fonction de probabilités annuelles, comme ils apparaissent dans toutes les statistiques, mais en fonction du danger qu'il court de *jamais* subir des infractions même graves ne sont pas négligeables. De plus, la dernière génération a connu une très forte poussée de certains crimes, tels les brigandages, cambriolages et certains délits de violence – quelle que soit la tendance des dernières années.

10. En ce qui concerne le *crime organisé*, force est de constater que les spéculations sont bien plus nombreuses que les connaissances solides. Les commerces interrogés en Suisse et dans 7 autres pays européens en 1994 font rarement état de cas d'extorsion (racket) et de corruption, et ils attachent à ces phénomènes une importance plutôt marginale (nos 322-326).

11. En ce qui concerne la *prévention*, il faudrait moins songer à changer les *humains* et davantage se préoccuper des occasions. Si les jeunes commettent aujourd'hui plus souvent certains délits (tels les vols à l'étalage) qu'autrefois, la raison en sont les structures des occasions qui se sont massivement modifiées depuis par exemple 1960 (no 212). C'est dire que la réduction des occasions pourrait probablement réduire la criminalité dans une importante mesure (nos 401-409). Des exemples pourraient être les *sprays de couleurs* (dont il faudrait songer à restreindre l'accessibilité), les *armes à feu* et la *prescription médicale de drogues* (dont les effets seront bientôt connus).

12. En un mot, il s'agit de *ne pas réduire le problème du crime à la question de savoir ce qu'il convient de faire du criminel*. C'est dire que des législations qui risquent de modifier la structure des occasions, telles

les futures lois sur les armes ou les stupéfiants auront probablement plus d'impact sur la criminalité qu'un nouveau code pénal – qui ne concernera que la question de ce que l'on va faire du criminel (no 418). Certes, cette question-là sera légitime et importante, mais il ne faut jamais oublier sa portée fort limitée lorsqu'il s'agit de réduire la criminalité.

13. En ce qui concerne les problèmes que nous rencontrons actuellement au niveau des *prisons*, à savoir l'engorgement et la très forte surproportion de détenus étrangers (47% en 1993), la raison en est la très forte aggravation des peines pour trafic de stupéfiants lors de la révision de la LStup en 1975. Sans la multiplication des affaires de trafic de drogues – qui depuis 1975 entraînent de très longues peines –, les prisons ne se trouveraient pas confrontées à des problèmes de capacité. Par contre – et contrairement à certaines hypothèses populaires –, la sévérité des peines infligées par les tribunaux n'a guère évolué au fil des dix dernières années (nos 410-418).

14. Etant donné que l'importance de la population carcérale dépend de la *durée* des peines infligées plutôt que du *nombre de personnes* nouvellement incarcérées (no 411), toute réduction de la population carcérale passera par la réduction de la durée des peines. Comme la longueur des peines infligées en Suisse se situe – pour les crimes graves – plutôt au-dessus de la moyenne européenne (no 416), une telle approche ne paraît pas injustifiée dans une perspective comparative. A cet égard, le projet de révision de la partie générale du code pénal n'apportera rien de nouveau puisqu'on proposera la suppression de courtes peines plutôt que la réduction des longues peines. Or, les courtes peines ne remplissent guère les prisons, et elles frappent plus rarement des étrangers que les longues peines (no 418).

15. *L'opinion publique* semble être le reflet de la politique menée par les tribunaux en matière de fixation de la peine plutôt que d'en être le moteur. Il ne faudrait dès lors pas craindre qu'une réduction de la durée des peines se heurte aux sentiments de la population; cette dernière se forge plutôt en fonction des pratiques judiciaires (no 427). Les tribunaux sont donc appelés à résister à des revendications populistes tendant à des politiques plus punitives.

16. L'espoir de pouvoir *réduire la criminalité* par le recours à de *très longues peines* relève des illusions les plus dangereuses (nos 419-423). Les répercussions de telles recettes – peines dites incompressibles etc. – sur le système carcéral risquent être considérables.

17. Quelles que soient les préférences politiques en la matière, force est de constater qu'une politique populiste, réclamant toujours davantage de prisons et des peines toujours plus longues et sévères, dépassera probablement ce que la grande majorité souhaiterait investir dans ce secteur. *L'exemple américain* (no 435) montre d'ailleurs l'absurdité d'une *situation financière* qui finit par réduire les dépenses consacrées à la prévention

– au profit de la construction de davantage de prisons. On y trouve la forme extrême de «*politisation*» du droit pénal, à savoir une situation où l'opinion publique revendique toujours plus de répression sans s'apercevoir que celle-ci risque non seulement de rester sans effet tangible en ce qui concerne le volume de la criminalité, mais menace même d'aggraver les maux que l'on dit vouloir combattre, ceci à cause des mécanismes financiers qui réduisent toujours plus les moyens consacrés à la prévention au profit des prisons fort coûteuses (nos 430-435).

18. Pour échapper à une telle voie sans issue, nous devrions diriger notre attention vers ce qui se passe tout *en amont de la chaîne des événements* – c'est-à-dire les occasions. Un nouveau pragmatisme «illuminé» s'avèrera sans doute beaucoup plus bénéfique qu'un recours trop rapide à des catégories *moralisatrices* tendant à changer d'abord les humains. De telles approches – situées donc en aval de la chaîne des événements – non seulement déçoivent au niveau des résultats, mais finissent trop souvent dans la politisation et la simplification de questions plus complexes (nos 408-409, 501-504).

Prof. MARTIN SCHUBARTH, *Bundesrichter, Lausanne*

Kriminalisierung des Alltagslebens? Man könnte das Thema auch aus der Opferperspektive angehen, beispielsweise aus der Sicht jenes Velofahrers, der als Folge eines Unfalls, wie er schreibt, verurteilt wurde, lebenslanglich in einem Rollstuhl zu leben, ohne zu sprechen von den Schmerzen, die er fast dauernd erdulden muss. Der Unfall war zurückzuführen auf drei Fehler eines Automobilisten: Missachtung des Vortrittsrechts, Geschwindigkeitsexzess und Alkohol (Leserbrief in der Zeitung 24heures vom 21. Oktober 1994 im Anschluss an einen Artikel von OLIVIER GRIVAT zum Problem der übersetzten Geschwindigkeit, unter Bezugnahme auf ein Interview mit dem heutigen Referenten KILLIAS und dem Hinweis auf einen Artikel von mir [AJP 1994 438]). Unsere tägliche Bedrohung im Strassenverkehr stellt in der Tat eine Form der Alltagskriminalität dar, unter welcher insbesondere die schwächeren Verkehrsteilnehmer (Fussgänger, Velofahrer, Kinder und alte Leute) erheblich zu leiden haben.

Ein zweites Beispiel: Die Missachtung des strafrechtlichen Gebotes, dass Personen unter 16 Jahren vor Pornographie geschützt werden sollen (Art. 197 Ziff. 1 StGB), insbesondere aufgrund der heute bestehenden technischen Möglichkeiten. Die Einführung des sogenannten Telekiosks, mit welchem, wie aufgrund ausländischer Erfahrungen von Anfang an bekannt, vor allem auch pornographische Tonaufnahmen verbreitet werden, ohne Rücksicht auf das erwähnte strafrechtliche Gebot, ist ein Beispiel dafür. Ein weiteres Beispiel: Mit Hilfe des Satellitenfernsehens und dem Kabelfernsehen werden Sendungen ausgestrahlt, die nach schweizerischem Recht, weil Personen unter 16 Jahren zugänglich, an sich verboten wären. Das Besondere an dieser Form der Alltagskriminalität besteht darin, dass man offenbar das Unterlaufen der nationalen Rechtsordnung



achselzuckend hinnimmt. Ähnliche Probleme ergeben sich beim Internet, wobei offenbar auch sehr schnell resignierend gesagt wird, man könne gegen die ausländischen Absender wenig unternehmen.

Das Beispiel der Verbreitung von Pornographie mit Hilfe des Telekioskes hat im übrigen ein weiteres Problem deutlich gemacht: Wann geht eine harmlose (und damit straflose) Gehilfenschaft über in eine strafbare Mitwirkung an der Tat? Die Verurteilung eines PTT-Generaldirektors (vgl. BGE 121 IV 109) zeigt, wie leicht heutzutage ein Verhalten, das man auf den ersten Blick als neutrales Dienstleistungsangebot verstehen möchte, in ein strafrechtlich relevantes Verhalten umschlagen kann.

Zu erwähnen sind hier auch die Entwicklungen im Spitzensport, wobei hier die Rolle von Täter und Opfer teilweise fließend ineinander übergehen. Spitzensport ist abhängig von sogenannten Sponsoren. Diese sind abhängig vom Werbeerfolg, also insbesondere von der sogenannten Einschaltquote. Diese wird vor allem beeinflusst durch Rekorde und Skandale, durch möglichst spektakuläre Unfälle und Lügengeschichten, viel weniger aber von der Ethik des Sportes, falls es diese heute überhaupt noch gibt. So sind Spitzensportler, jedenfalls in einigen Sportarten praktisch verpflichtet, zu medizinisch fragwürdigen, wenn nicht sogar unlauteren und verbotenen Methoden zu greifen, wenn sie im Spitzensport bestehen wollen. Da sie vielfach eher unbewusst in diese Spirale hineingeraten, sind sie Täter und Opfer zugleich. Täter und Opfer ist aber auch das Publikum: Täter insoweit, als es die Spitzenleistungen, Spektakel, kitzlige Unfallszenen und krumme Geschichten geradezu fordert, und Opfer insoweit, als es sich vielfach gar nicht bewusst ist, dass das, was ihm als Spitzensport geboten wird, nur auf Basis von Machenschaften funktionieren kann, die mit der Gesundheit der Spitzensportler in einem Ausmass Raubbau treibt, der bezeichnend ist für die Werte (genauer: Unwerte), die heute die Ökonomie des Sportes dominieren (vgl. dazu: JEAN-FRANÇOIS BOURG, *La religion du sport, Manière de voir* 27 [*Le monde diplomatique*] p. 40 u.a. mit dem interessanten Hinweis, dass vor dem zweiten Weltkrieg die Lebenserwartung eines Tour de France-Siegers höher war als die durchschnittliche, während es heute umgekehrt ist).

Prof. FRANZ RIKLIN, *Fribourg*

Als Mitglied der Expertenkommission betr. die Revision des AT StGB und als fleissiger Verteidiger der Reform des Sanktionensystems habe ich mit Interesse die Ausführungen der beiden Referenten zu dieser Thematik gelesen. Ich stimme Ihnen – abgesehen von punktuellen Vorbehalten – grundsätzlich zu.

Wichtig für mich ist ein nationaler, auf empirischen Erkenntnissen beruhender Ansatz und damit eine Versachlichung der Diskussion. Nach meiner Erfahrung sind diesfalls die Differenzen über das weitere Vorgehen in der Sanktionenreform nicht derart gross, wie man gemeinhin annimmt.

Verwiesen sei als Beispiel auf den bedingten Strafvollzug. Der Vorschlag einer Ausdehnung desselben auf 3 Jahre basiert auf der Überlegung

- dass heute 75% aller Freiheitsstrafen bedingt ausgesprochen werden,
- dass der Anteil dieser Sanktionen im Laufe der Zeit ständig zugenommen hat, ohne erkennbare negative Folgen für die Kriminalitätsentwicklung,
- dass sich nur etwa 11% der Verurteilten nicht bewähren,
- und dass massive Kosteneinsparungen möglich wären, selbst wenn man nur einem kleineren Teil der Verurteilten dieses Segments – nach welchen Kriterien auch immer – den bedingten Strafvollzug gewähren würde. Und es gibt in diesem Sektor Urteile, bei denen man – auch mit Rücksicht auf das Vergeltungsbedürfnis der Gesellschaft – den bedingten Strafvollzug verantworten könnte. Nur muss man das Augenmerk auf diese Urteile richten und nicht, wie das Kritiker tun, nur auf Gegenbeispiele.

Diesem Vorschlag ist zum Teil heftige Kritik erwachsen. Nach meiner Lesart kann man aber durchaus sagen, er sei positiv aufgenommen worden, denn es ist zwischen Grundkonzept der Vorschläge und den Ausführungsmodalitäten zu unterscheiden. Auch die stärksten Kritiker waren in der Regel für eine Ausdehnung des bedingten Strafvollzugs auf 2 Jahre. Weil die Hälfte aller Freiheitsstrafen zwischen 18 und 36 Monaten eine Strafdauer von bis zu zwei Jahren aufweist, sind im Ergebnis auch diese Kritiker zu 50% mit dem Vorentwurf einverstanden. Und das ist letztlich entscheidend. Mehrheitlich wurde einer beträchtlichen Erweiterung des bedingten Strafvollzuges zugestimmt. Ein Dissens besteht im Ausmass bzw. den Modalitäten. Und darüber lässt sich wirklich diskutieren. Ein so gearteter Dissens ist kein Grund für Glaubenskriege. Wenn auf diese Weise sachlich versucht wird, eine begrenzte Ausdehnung des bedingten Strafvollzugs zu verwirklichen, und der Gesetzgeber dem folgt, muss man sich auch nicht vor der ab und zu geäusserten Gefahr fürchten, die Richterschaft könnte durch ein Ausweichen auf höhere Strafen die Reform in ihr Gegenteil verkehren. Was hier über den bedingten Strafvollzug gesagt wurde, gilt grosso modo auch für das Gesamtergebnis der Vernehmlassung. Die Grundkonzepte des Vorentwurfes erhielten mehrheitlich Zustimmung. Im einzelnen wird man sich mit einer breiteren Palette von – qualifizierteren und weniger qualifizierten – Einwänden auseinandersetzen und ihnen – soweit sie sachlich begründet sind – Rechnung tragen müssen.

Notwendige Voraussetzung für einen solchen rationalen Ansatz bilden allerdings minimale kriminologische Grundkenntnisse, z.B. über

- die Kriminalitätsentwicklung,
- die Struktur der Kriminalität,
- den Stellenwert des Strafrechts neben anderen «ausserstrafrechtlichen» Strategien der Kriminalitätsbekämpfung,



- die grosse Bedeutung einer effizienten Strafverfolgung und die vergleichsweise geringe Bedeutung von Art und Höhe der Strafe für die Prävention,
- die Kosten der einzelnen Sanktionen,
- etc.

Solche Kenntnisse sind in der Bevölkerung weitgehend nicht vorhanden. Deshalb ist sie anfällig auf populistische Rezepte, die meist weder durchdacht sind, noch kriminologischen Befunden entsprechen.

Wohin es führen kann, wenn sich die öffentliche Meinung von den Realitäten gänzlich entfernt, zeigt die erschreckende kriminalpolitische Entwicklung in den USA, von der wir in den Medien bruchstückhaft Kenntnis nehmen können, die aber noch viel schlimmer aussieht, wenn man sie vor Ort studiert. Ich ziehe als Konsequenz daraus die Erkenntnis, dass sowohl den Fachleuten wie auch den Medien die wichtige Aufgabe zukommt, hier aufklärerisch zu wirken, sich zu bemühen, delinquentes Verhalten zu erklären, die gesellschaftlichen und sozialen Bedingungen der Kriminalität zu beleuchten, die Mitverantwortung der Gesellschaft aufzuzeigen sowie die Folgen von Straftaten für die Opfer, aber auch für die Verurteilten darzustellen. Man kann im Bereich der kriminalpolitischen Entwicklung nicht darauf vertrauen, dass stets der gesunde Menschenverstand obsiegt.

Für mich etwas erschreckend ist der Umstand, dass selbst bei den Strafrechtspraktikern im Bereich kriminologischer Grundkenntnisse oft grosse Wissenslücken bestehen. Die Diskussion über die Reform des Sanktionensystems hat dies deutlich gezeigt. Notorisch ist das fehlende Wissen der Richter über die Realität des Strafvollzugs. Dies ist aber nur ein Teilaspekt. Auch Erfahrungen von ausländischen Live-Experimenten mit Reformen sind weitgehend unbekannt oder werden schlicht ignoriert. Vielleicht zahlen wir heute den Preis, dass es in früheren Jahren mit dem Kriminologieunterricht an den Universitäten im argen lag. Daraus müssen Konsequenzen gezogen werden. Der Stellenwert der Kriminologie an den Universitäten hat sich zwar verbessert. Aber es genügt nicht, sie bloss als Wahlfach für einige besonders Interessierte anzubieten. Die Vermittlung eines minimalen Basiswissens über kriminologische, kriminalstatistische sowie kriminalpolitische Erkenntnisse muss viel stärker als heute Bestandteil jedes Strafrechtsunterrichts, ja jedes Rechtsstudiums sein.

Dr. PETER ALEXANDER MÜLLER, *Bundesrichter, Lausanne*

Die Diskussion um das Strafrecht im Wandel der Zeit ist emotionsgeladen; sie kann es wohl auch gar nicht anders sein. Gewiss gibt es Wertvorstellungen – ich denke beispielsweise an den Bereich der physischen Integrität, an den Schutz von Leib und Leben –, die – mehr oder weniger – allgemein verankert sein dürften. Solange diese Wertvorstellungen in Realitäten geordnet sind, die dem bisher Angewöhnten entsprechen, dürften sie zu wenig emotionalen Auseinandersetzungen Anlass geben. Es

kann insofern ein gemeinhin bestehendes Unrechtsbewusstsein festgestellt werden und der Ordnungsstörer erfährt die gesellschaftliche Abschätzung.

Emotionen können aber auch hier entstehen, wenn traditionelle Wertvorstellungen auf einen neuen Bereich übertragen werden: So zum Beispiel, wenn der Respekt vor Leib und Leben und das Bewusstsein um den Unrechtsgehalt der Gefährdung Dritter in Gebieten wie dem motorisierten Verkehr oder bei Spiel und Sport im selben Masse wie überall sonst gelten sollen. Aufhorchen lassen diesbezüglich immer wieder die Äusserungen von Herrn Bundesrichter Prof. MARTIN SCHUBARTH.

Ist da – um nur bei diesen Beispielen zu bleiben – genug getan, wenn das sozialschädliche Alltagsverhalten immer stärker kriminalisiert wird? Gefährdet eine uferlose Kriminalisierung nicht den Heilungszweck? Und wie steht es da mit dem Vorbeugen statt Heilen?

Das nur als etwas «aufmüpfige Frage» zu Beginn der Diskussion zu den Spezialfragen, namentlich über *Wege zur Versachlichung der Kriminalpolitik*. Dabei muss der Ansatzpunkt für die Versachlichung – wie von Herrn Professor RIKLIN soeben hervorgehoben – keineswegs auf allen Ebenen derselbe sein. Auf *allen Ebenen* erscheint mir aber der Rückgriff auf empirische Erkenntnisse für eine «Versachlichung» der Kriminalpolitik und eine «Entpolitisierung» des Strafrechts unabdingbar.

Gesetzgeber und Richter sollten vermehrt von der Wissenschaft empirische Forschungsergebnisse erwarten dürfen, um generell-abstrakt oder individuell-konkret neue oder gewandelte Phänomene in den Griff zu bekommen.

Oft – so scheint es mir – und das trotz der vielen «erhellenden» Forschungen, von denen Prof. KILLIAS sprach – fehlen im entscheidenden Augenblick (oder im Augenblick der Entscheidung) beim Gesetzgeber und auch beim Richter solche (seriöse) Entscheidungsgrundlagen und man macht es dann halt eben «sur le pouce».

Zur Illustration nur ein Beispiel: Ich bin jedem dankbar, der mir die Frage beantworten kann, wo Strafverfolgungsbehörden ein einigermaßen seriöses Forschungsergebnis darüber finden können, was der Durchschnittsmensch in der Schweiz objektiv als geringen Vermögenswert im Sinne von Art. 172<sup>ter</sup> StGB betrachtet! Dabei ist zu beachten, dass die genannte Bestimmung nicht seit dem 1. Januar 1942, sondern seit 1995 in Kraft steht.

Ein anderer Ansatzpunkt liegt bei der Reaktion auf Regelungsbedarf. Noch und noch sind hier Fragen offen:

- a) Wie hat sich der Gesetzgeber zu verhalten gegenüber dem gesellschaftlichen Wandel? Wie soll er reagieren auf Phänomene der Bagatel- und Alltagskriminalität?
- b) Wie kann der Richter reagieren? Muss er durch Praxisänderungen neue Probleme meistern und kann er das zu Lasten der Strafverfolgten ohne weiteres tun? Darf er bei Regelungsbedarf zur Abwehr tatsächlicher

- oder vermeintlicher Gefahren dem Gesetzgeber vorgreifen (durch eine sog. dynamische/zeitgerechte Auslegung der geltenden Strafnormen)?
- c) Wie steht es mit dem Phänomen des gegenseitigen Abschiebens der Verantwortung zwischen Gesetzgeber und Richter?

Dr. MARC FORSTER, *Lausanne*

Erlauben Sie mir eine Reaktion auf die interessante Wortmeldung von Herrn Bundesrichter SCHUBARTH. Er hat uns unter anderem auf neue technische Möglichkeiten zur Umgehung des strafrechtlichen Jugendschutzes hingewiesen (insbesondere Kabel- und Satellitenfernsehen, PTT-«Tele-Kiosk» usw.). Auch in meinem schriftlichen Referat sind gewisse Lücken im Jugendschutz konstatiert worden. Art. 197 Ziff. 1 StGB soll Kinder bzw. Personen unter 16 Jahren vor Pornographie schützen. Herr Bundesrichter SCHUBARTH bemerkt, dass über die von den PTT zur Verfügung gestellten «156er-Nummern» und den «Telekiosk» häufig Pornographie angeboten wird. Das Besondere an dieser Form der Alltagskriminalität bestehe darin, dass das Unterlaufen der bestehenden Strafbestimmungen «achselzuckend hingenommen» werde. Hier ist allerdings anzumerken, dass auch das Bundesgericht einiges zu diesem «Achselzucken» beiträgt. Kürzlich ist in diesem Zusammenhang ein erstaunliches Urteil des Kassationshofes publiziert worden (BGE 121 IV 109). Danach fallen Live-Sexgespräche von Teilnehmern am «Telekiosk» von vornherein nicht unter die Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 StGB, weil keine «Vorführung» im Sinne des Gesetzes gegeben sei. Dies führt zu einem meiner Ansicht nach stossenden Ergebnis: Wenn Kinder am «Telekiosk» pornographische Gespräche mithören können, soll keine Strafbarkeit vorliegen; falls das identische Gespräch dagegen auf Tonband aufgenommen und über eine «156er-Nummer» abgespielt wird, ist Strafbarkeit gegeben. Ich frage mich, ob mit dieser Praxis der Sinn und Zweck des Gesetzes, nämlich der Schutz von Kindern vor Pornographie, nicht allzu sehr in den Hintergrund gedrängt wird zugunsten einer Auslegung, die sich übertrieben stark an den Gesetzeswortlaut klammert. – Wird die psychische Integrität von Kindern durch Live-Pornographie etwa weniger tangiert als durch identische «Elaborate» ab Tonband? Wäre es mit dem Legalitätsprinzip wirklich unvereinbar, Live-Telefonsex-Veranstaltungen als «Vorführungen» im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren? Muss tatsächlich das Gesetz revidiert werden, um die betreffende Lücke im Rechtsgüterschutz zu schliessen? Ich möchte diese Fragen einmal so in den Raum stellen.

Prof. MARTIN KILLIAS, *Lausanne*

Je me sens un peu concerné pour ne pas dire mis en question par l'intervention, M. le Président, selon laquelle il faudrait fixer une limite, qui soit scientifiquement établie, pour déterminer les infractions contre le patrimoine qui peuvent être considérées de peu d'importance. Ce genre

de recherches auquel vous faites allusion n'existe pas. Vous le savez, c'est une question rhétorique, et ces questions rhétoriques sont tout à fait légitimes. Je pense que la réponse ne peut être que normative, c'est-à-dire qu'il faut simplement décider où on veut fixer la limite. Mais, la fixation d'une telle limite, pour les praticiens que vous êtes, sera probablement influencée par la fréquence des affaires auxquelles vous êtes confrontés. Si vous n'avez pratiquement jamais un vol à l'étalage, il est certain qu'un vol dépassant une valeur de Fr. 100.– sera déjà, pour vous, un cas intéressant qui appellera, de votre part, beaucoup d'investissement.

Par contre, si vous êtes submergés d'affaires de cette importance, ce qui est probablement le cas, vous allez pour des raisons, je dirais, statistiques ou pour des raisons de gestion de vos affaires au niveau du parquet, préférer une limite qui serait, je crois, à Fr. 500.–, ou peut-être même à Fr. 1'000.–. Pour ceux qui s'intéressent à des indications d'ordre statistique, je vous renvoie au tableau de la page 379 qui indique la fréquence des différents comportements parmi les jeunes et qui vous donne aussi peut-être des éléments de réponse pour la fixation de cette limite.

M. le Président, permettez-moi d'ajouter encore quelque chose. En fait, la question à laquelle vous faites allusion évoque encore un autre problème dont nous n'aimons pas parler parce qu'il est trop gênant: c'est la criminalité de bagatelle. Comme je vous l'ai dit tout à l'heure, j'ai assisté la semaine dernière à un séminaire où les cadres responsables de la sécurité des grands magasins étaient réunis. Il y avait également un juge de première instance qui est justement saisi d'affaires de vols à l'étalage. Il parlait très concrètement des difficultés qu'il rencontre pour d'abord convoquer les personnes mises en cause, pour les entendre, les condamner et pour leur faire effectivement subir la sanction infligée, c'est-à-dire simplement exécuter ce qui a été décidé. Je crois avoir compris que nous rencontrons actuellement une immense crise dans le domaine de l'exécution de la peine, un véritable «Vollzugsnotstand» en matière de criminalité de bagatelle, ceci en tout cas dans la plupart des villes suisses. J'avoue que j'ai développé à travers cette recherche sur les commerces une certaine sensibilité pour la problématique telle qu'elle est décrite par les commerçants dans leur activité quotidienne, et je crois avoir compris que cette crise de l'état du droit dans le domaine de la criminalité de bagatelle est un problème aigu qui nourrit de nombreuses revendications problématiques, peut-être aussi mal placées que la revendication d'une ligne plus dure en matière pénale. Et ce que je trouve terrible dans tout cela, c'est que si la ligne dure l'emporte, elle l'emporte au niveau des peines de très longues durées, c'est-à-dire au niveau des peines de dix ans qui vont passer à quinze ans. Toutefois, cela va relativement peu changer au niveau de la criminalité de bagatelle, alors que ce sont surtout ces petits vols, ces petits actes de vandalisme, ces resquilleurs permanents, notoires et obstinés qui représentent pour les entreprises un grave problème dans leur vie quotidienne. Je crois que nous, les professeurs de droit pénal, nous devrions davantage nous préoccuper de cette question.

Dr. PETER ALEXANDER MÜLLER, *Bundesrichter, Lausanne*

Sie, die Herren Referenten und ich haben gewiss alle mit Interesse – teils wohl auch mit Skepsis – von den Reformvorschlägen im Sanktionenrecht Kenntnis genommen. Herr Prof. RIKLIN hat sich bereits dazu in sehr vermittelndem Ton geäußert. Die Diskussion hierzu dürfte auch heute vermutlich nicht abzuschliessen sein, insbesondere was die Dauer der Strafen und Massnahmen anbelangt. Interessant wären einige Betrachtungen zum «bedingten Strafvollzug» und insbesondere zum Instrument des «sursis partiel». Über gewisse Neuorientierungen im Massnahmerecht haben wir Andeutungen bereits von Herrn Prof. SCHUBARTH gehört. Auf einer andern Ebene liegt das Anliegen, das Herrn Bundesrichter WIPRÄCHTIGER am Herzen brennt:

HANS WIPRÄCHTIGER, *Bundesrichter, Lausanne*

1. Im Zusammenhang mit seiner These Nr. 11 (Grundsätzliche Befürwortung des Vorentwurfes der Expertenkommission zur Revision des Allgemeinen Teiles des Strafgesetzbuches) wendet sich MARC FORSTER gegen die mit beharrlicher Regelmässigkeit vorgebrachten Vorhalte, wonach die Reformen des Sanktionenrechtes eine übertriebene «Humanisierung» des Strafrechts verfolgten. Die Kriminalreform stelle Produkt und Spiegelbild äusserst vielschichtiger Prozesse gesellschaftlichen Wandels dar. Was das Sanktionenrecht betreffe, sei über Jahrhunderte und Jahrzehnte nicht nur die Eingriffsintensität der Strafen und Massnahmen tendenziell gesunken, mit dem Anstieg des Lebensstandards in der Konsum- und Wohlstandsgesellschaft gehe gleichzeitig eine erhöhte Strafempfindlichkeit einher. Auch wenn Teilbereiche der Kriminalität heute als Resultat und Ausdruck sozialer Konflikte begriffen würden, so sei eine stärkere «Toleranz» gegenüber Straftätern nicht zu verwechseln mit Billigung der Straftat; gegenüber rücksichtslosen Schwerverbrechern wäre sie fehl am Platz. Jedenfalls setze ein modernes Sanktionensystem ein gewisses Minimum an Akzeptanz und Problembewusstsein in der Bevölkerung voraus.

Das Strafrecht dürfe sich nicht zu weit von den tradierten Anschauungen der Bürgerinnen und Bürger entfernen. Wo die Ablehnung von sinnvollen Reformbemühungen hingegen auf Vorurteilen, mangelnder Information und billiger politischer Effekthascherei beruhe, sollte mit sachlicher Aufklärung dagegen angekämpft werden (Referat S. 90-92). In einer Fussnote führt der Referent aus, die Frage sei nur: Wer leistet diese Aufklärungsarbeit? Die Presse? Die Behörden? Die juristische Fachliteratur?

2. MARTIN KILLIAS seinerseits wendet sich unter diesem Titel (Sanktionenrecht – Wie weiter?) gegen den Ruf nach immer mehr Gefängnisplätzen. Als abschreckendes Beispiel führt er die USA an, die gegenüber Europa zwar zwei bis vier Mal höhere Strafen ausfallen, deren Kriminalitätsbekämpfung aber als misslungen zu betrachten ist (z.B. Drogenkri-



minalität). Wenige Gefängnisplätze können z.B. erreicht werden durch eine Senkung der Höhe von unbedingten Freiheitsstrafen, sei es für alle Verurteilten, sei es bloss für Drogenhändler mit oftmals ausserordentlich hohen Strafen. KILLIAS richtet einen Appell an die politisch Verantwortlichen, ihren Wählern diese Zusammenhänge darzulegen und insbesondere auf die immensen Kosten von immer höheren Strafen aufmerksam zu machen (S. 435-437); ein Ruf also nach Information.

Hier trifft sich der Referent mit FRANZ RIKLIN (Die innere Sicherheit und der Einsatz der Mittel im Strafwesen, plädoyer 4/1995, S. 33 f.). RIKLIN führt hier aus, die Verkürzung langer unbedingter Freiheitsstrafen in Fällen, wo weder die Gemeingefährlichkeit des Verurteilten noch legitime Vergeltungsbedürfnisse der Bevölkerung dagegen sprächen, die Zurückdrängung kurzer unbedingter Freiheitsstrafen mittels Alternativen bei nicht sehr gravierenden Straftaten und eine massvolle Erweiterung des bedingten Strafvollzuges wären ohne negativen Einfluss auf die Kriminalitätsentwicklung. Oder anders ausgedrückt: Was sich aus ökonomischer Sicht als vorteilhaft erweise, sei auch kriminalpolitisch sinnvoll. Die Annahme, eine härtere Gangart würde sich kriminalitätsmindernd auswirken, sei schlicht eine Fehlmeinung, die an den Realitäten sowie den kriminologischen Erkenntnissen und Erfahrungen vorbeigehe. Die Medien sollten aufklärend wirken, doch auch hier gelte: Das informierte Publikum habe ganz andere Vorstellungen von der Wirkungsweise der Strafen als das uninformierte.

3. All diese Reformpunkte, denen ohne weiteres zugestimmt werden kann, erfordern, wie eben dargelegt, Aufklärungsarbeit und Information. MARC FORSTER fragt sich in einer Fussnote, wer diese leisten soll: Die Presse? Die Behörden? Die juristische Fachliteratur?

Für mich als Angehörigen der Justiz stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob Gerichte oder Mitglieder eines Gerichtes in irgendeiner Weise ebenfalls zur Aufklärung beitragen sollen oder müssen. Zu denken ist hier an eine verstärkte Transparenz der Justiz und des Gerichtsverfahrens. Durch die Teilnahme von aussen an der Rechtsprechung könnte vermehrt versucht werden, die Bürger für die Sache der Justiz zu interessieren und sie nicht justizfremd bleiben oder werden zu lassen. Auch die Justiz braucht die Auseinandersetzung mit der Öffentlichkeit, und auch sie ist darauf angewiesen, dass Laien ihre Entscheide verstehen. Von daher gesehen, kann die Kritik an der Justiz die Betroffenen gar nicht stören, sondern vielmehr etwas bewegen.

Wie könnte eine derartige Transparenz und die damit einhergehende Aufklärungsarbeit aussehen?

a) Vorab soll betont werden, dass Richterinnen und Richter Staatsbürger sind, die eine Meinungsfreiheit geniessen und diese auch ausleben sollen. Wer einen Entscheid mit der Überzeugung gefällt hat, soll dies nach aussen auch verteidigen und sich unter Umständen auch einer breiteren Kritik stellen, sobald ein Verfahren abgeschlossen ist und die



Gefahr nicht mehr besteht, dass man sich einer Beeinflussung durch Dritte aussetzt. Zurückhaltung ist allerdings dort zu üben, wo Richter einen begründeten Anschein der Befangenheit mit Blick auf einen konkreten Entscheid oder der Parteilichkeit wecken.

- b) Vermittler einer derartigen Transparenz sind die Medienschaffenden. Die Justiz muss ihnen in hohem Masse, vermehrt als bisher, zur Hand gehen.
- c) Sowohl bei kantonalen Gerichten wie auf Bundesebene scheint mir die Schaffung einer Pressestelle oder eines Informationsbeauftragten unerlässlich. Solche Medienverantwortliche sollen ganz allgemein das Vertrauen der Bevölkerung in die Tätigkeit der Justiz stärken und unter anderem Stellungnahmen bei unzutreffender Berichterstattung in Zusammenarbeit mit dem betroffenen Spruchkörper oder dem betroffenen Richter vorbereiten. Beispiel: Immer wieder wird Kritik laut, wenn bei heiklen Delikten wie Vergewaltigung oder Verkehrsunfällen mit tödlichem Ausgang keine unbedingten Freiheitsstrafen ausgefällt werden. Es ist verständlich, dass die Bürgerin und der Bürger derartigen Urteilen vorerst mit Skepsis begegnen. Es besteht also Erklärungsbedarf. Die Gerichte könnten beispielsweise darauf hinweisen, dass ein Opferschutz durch härtere Strafen keine vernünftige Lösung darstellt (immer vorausgesetzt natürlich, es handle sich bei den Tätern nicht um rücksichtslose Schwerverbrecher oder gemeingefährliche Verbrecher).
- d) Schliesslich sollen sich Richterinnen und Richter neben ihrer spruchrichterlichen Tätigkeit ebenfalls zu rechtspolitischen Fragen und Rechtsfragen äussern. Sie sollen ihre Meinungen gegebenenfalls auch in den Medien (also nicht ausschliesslich in Fachzeitschriften) darlegen und dann versuchen, deren besonderen Anforderungen gerecht zu werden. In einem Interview im Radio, im Fernsehen oder in der Zeitung wird man holzschnittartiger, vereinfachender, wohl auch schärfer pointiert sprechen oder schreiben müssen als in einem mehr Differenzierungen verlangenden und ermöglichenden wissenschaftlichen Beitrag. Richterinnen und Richter werden sich aber auch dieser Herausforderung und Chance stellen und ihren Standpunkt klar darzulegen wissen und dabei nur darauf achten müssen, dass ihre Äusserungen nichts enthalten, was die Objektivität und Unabhängigkeit der Amtsführung eines Richters zu gefährden droht.

Erste Aufgabe der Justiz ist Rechtsprechung. Gute und verständlich begründete Rechtsprechung ist immer noch die beste Aufklärungsarbeit: Die braucht Zeit. Darum werden sich derartige Interventionen von Gerichten und ihren Mitgliedern zur Information der Öffentlichkeit in Grenzen halten, könnten aber hilfreich sein, das bisherige Sanktionensystem einer Verbesserung, Ergänzung und Modernisierung zuzuführen.

Dr. PETER ALEXANDER MÜLLER, *Bundesrichter, Lausanne*

Zum Schluss sollen die Themenkreise «Rechtsgüterschutz» und «Erwartungen an das Strafrecht» diskutiert werden. Diese beiden Probleme sind eng verzahnt. Im Grunde genommen darf man sagen, dass Rechtsgüterschutz und Erwartungen an das Strafrecht Kehrseiten der selben Medaille sind. Es geht darum, sich zurückzubessinnen auf die Grundzielsetzungen und Grundwertungen, und dies ganz nüchtern und unpopulistisch, doch trotzdem nicht realitäts- und volksfremd. Es geht auch darum, sich einmal wieder generell und grundsätzlich – und nicht bloss opportunistisch, wenn es gerade in der Luft liegt (wie bei den Tatbeständen der Geldwäscherei und des Rassismus) – zu fragen, was mit der Strafbewehrung (präventiv) und der Strafsanktion (repressiv) erreicht werden kann, soll und muss. An dieser Nahtstelle bewegt sich der Diskussionsbeitrag von Herrn Bundesrichter NAY zur Strafe als ultima ratio.

Dr. GUISEP NAY, *Bundesrichter, Lausanne*

*Strafrecht als ultima ratio*: Über Sinn und Zweck der Strafe, insbesondere der Freiheitsstrafe, und damit des Strafrechts streiten sich bekanntlich die Gelehrten. Fest steht, dass von einem reinen Vergeltungsstrafrecht seit langem Abschied genommen wurde. Es ist die Überzeugung herrschend geworden, dass Strafrecht im Kern Schutzrecht ist, dass Strafrecht also vom Staat nur als Mittel zur Gewährleistung friedlichen Zusammenlebens in der Gesellschaft eingesetzt werden darf.

Darin, *wie* dies am zweckmässigsten geschehen soll, haben uns die Referenten und hat uns die heutige Diskussion interessante Einblicke verschafft. Darauf will ich nicht zurückkommen.

Es fragt sich jedoch auch, *wann* zum Mittel des staatlichen Strafens gegriffen werden darf? – Wenn ein Rechtsgut schutzwürdig und schutzbedürftig ist bzw. wenn ein Verhalten sozialschädlich ist, ist die Antwort, die uns MARC FORSTER in seinem Referat geben will. Er unterlässt nicht, auf die grossen Schwierigkeiten hinzuweisen, denen die jeweiligen Definitionen und Abgrenzungen begegnen. Ich frage mich, ob bei der gebotenen Sicht der Dinge nicht der ultima ratio-Charakter des Strafrechts zu kurz kommt.

Gewiss verhilft der Grundsatz, dass staatliche Strafe nur die ultima ratio sein soll, nicht zu einer dogmatisch genaueren Abgrenzung zwischen strafwürdigem und nicht strafwürdigem Unrecht. Dies ist m.E. aber auch nicht seine Funktion. Vielmehr zeigt der ultima ratio-Grundsatz auf, dass der Einsatz von Strafrecht *grundsätzlich* begrenzt sein soll. Nicht jedes schutzwürdige und schutzbedürftige Rechtsgut soll strafrechtlich geschützt und nicht jedes sozialschädliche Verhalten soll bestraft werden. Das Strafrecht soll nur im äussersten Fall das äusserste Mittel sein. Wo andere Mittel – des Zivil- oder Verwaltungsrechts etwa oder noch besser der Sozialpolitik – angemessener sind und ebensogut oder vielleicht noch besser taugen, um ein friedliches Zusammenleben in der Gesellschaft zu

gewährleisten, haben diese Platz zu greifen und ist auf Strafrecht zu verzichten. Nur wo keine anderen ebenso angemessenen und tauglichen Mittel vorhanden sind, erweist sich staatliches Strafen als legitim.

Dieser ultima ratio-Charakter des Strafrechts hat weit zurückreichende Wurzeln, geriet aber in unserer Zeit allzu stark in Vergessenheit. Er ist in dem Sinne auch im Grundsatz *nulla poena sine culpa* bzw. *sine lege* enthalten, als nicht jedes Fehlverhalten mit staatlicher Strafe geahndet werden darf, sondern nur eine Schuld, die die staatliche Strafe verdient. Der Gesetzgeber verkehrte und verkehrt indessen diesen Sinn von *nulla poena sine lege* immer mehr – etwas überspitzt gesagt – in ein *nulla lex sine poena*.

Ist denn wirklich das Schlusskapitel «Strafbestimmungen» in jedem Gesetz das alleinige Mittel, um zu gewährleisten, dass dieses auch durchgesetzt werden kann? Das ist m.E. die Frage, die sich stellt, und zugleich die dringliche Anfrage, die die Strafrechtler an die gesetzgebende Gewalt zu richten haben. – Die Antwort auf diese Frage, die eine Besinnung auf das ultima ratio-Prinzip uns gibt, ist: nein, dies ist nicht das Allerheil-Mittel; nur wenn dies unerlässlich ist, d.h. nur wenn und wo keine anderen ebenso wirksamen Mittel zur Verfügung stehen, soll der Strafrichter auf den Plan treten. Greift diese Betrachtungsweise anstelle der jedem Gesetz zur Sicherstellung seiner Durchsetzung automatisch angefügten Strafbestimmungen Platz, können Alternativen zum Strafrecht gefunden werden, – und eben nur dann. Das scheint mir die Hauptbedeutung des ultima ratio-Gedankens zu sein.

Beispielsweise im Umweltschutzrecht erscheint ein konsequentes Verursacherprinzip erfolgversprechender als von ihrer Konzeption her ohnehin fragwürdige neue Straftatbestände. Aber auch im Strassenverkehrsrecht könnte man sich z.B. fragen, weshalb Parkbussen vorgesehen werden, wo ebensogut beim Parkieren an verbotenem Ort oder über die erlaubte Zeitlimite hinaus entsprechend höhere Gebühren für den gesteigerten Gemeingebrauch erhoben werden könnten; Parksünder könnten so auch nicht den gleichen prozessualen Apparat in Bewegung setzen wie der eines Mordes Beschuldigte.

Alternativen zum Strafrecht oder zumindest gleichzeitige vorbeugende Massnahmen sind auch aus kriminologischer Sicht gefragt, wie uns MARTIN KILLIAS dies in seinem Referat eindrücklich vorführt. «Gelegenheit macht Diebe» ist ein altes, wenn auch etwas vereinfachendes Sprichwort. Ebenfalls etwas vereinfachend kann daher aus dem ultima ratio-Prinzip gefolgert werden: erst wenn der Staat genügend Vorkehrungen zur Beseitigung der «Gelegenheiten» zu Delikten getroffen hat, ist er wirklich legitimiert, mit Strafrecht zu reagieren.

Eine bessere Besinnung darauf, dass Strafrecht nur die ultima ratio sein darf, tut nach meiner Auffassung vor allem auch not, weil die empirischen Wissenschaften – auch das zeigen die Referate auf – uns im wesentlichen nur vor falschen Erwartungen an das Strafrecht warnen. Da ist die Rede vom «notwendigen Übel». Bereits HANS SCHULTZ hat die Überzeugung

geäussert, Strafen sei kein metaphysisches Geschehen, noch eine Verwirklichung der Sittlichkeit, sondern eine bittere Notwendigkeit in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind. Dessen ist sich der Gesetzgeber vielfach zu wenig bewusst. Indem er in den Strafbestimmungen in jedem Gesetz das probate Mittel zur Sicherung der Rechtsordnung erblickt und dafür auch allgemeine Zustimmung findet, kann er sich weitere Überlegungen ersparen und verschliesst sich so den Weg zu angemesseneren und zweckmässigeren Lösungen.

Es wäre nach meiner Überzeugung daher ratsam, den ultima ratio-Charakter des Strafrechts vermehrt in Erinnerung zu rufen, um zu verhindern, dass darauf verzichtet wird, überhaupt nach anderen angemesseneren und wirksameren Lösungen zu suchen und so dem Strafrecht Aufgaben zu überbinden, die es nicht erfüllen kann.

Prof. STEFAN TRECHSEL, *St. Gallen*

Ich fühle mich durch Verschiedenes herausgefordert: Durch Ihren Vorschlag etwa, Herr MÜLLER, zu erfragen, wo der Durchschnittsschweizer die Grenze für den «geringen Wert» zieht, die Vorstellung, man könnte das ausrechnen und käme vielleicht auf Fr. 134.75. Ich glaube, das ist eine falsche Fragestellung, und die Richter und Gerichte dürfen den Mut nicht verlieren, auch normativ Grenzen festzusetzen, die nicht schlechthin rational begründet werden können. Ich glaube, wenn wir schlechthin nur bis zum Grund begründbares und als zweckmässig nachweisbares Strafrecht pflegen wollen, dann haben wir keines mehr. Und dort sehe ich auch das Problem mit der ultima ratio-Regel, die sich sehr schön und überzeugend anhört und die vielleicht auch gut wirken würde, wenn man wüsste, was die ratio ist. Aber das wissen wir nicht. GÜNTER STRATENWERTH hat sich in seinem Vortrag vor der Juristischen Gesellschaft vom 19. Oktober 1994 zu Berlin die Frage gestellt, was eigentlich die Strafzwecklehren nützen, und er ist zum Schluss gekommen, dass es keine wirklich überzeugende Lehre von den Strafzwecken gibt; die Strafzwecklehren sind so ein Strauss von Einladungen zum Nachdenken über den Sinn, aber die ratio des Strafrechts haben wir nicht erfasst, und deshalb ist auch die Formel von der ultima ratio letztlich – entschuldigen Sie, Herr Bundesrichter – fast eine Leerformel.

Eine ganz grosse Schwierigkeit sehe ich in der überaus grossen Vielfalt sozialer Phänomene, die irgendwie mit Strafrecht in Berührung sind. Ich glaube nicht, dass die Strafbestimmungen am Schluss von Nebenstrafgesetzen viel Aufmerksamkeit und Sorge auf sich zu ziehen brauchen, weil sie meistens in der Praxis ohne grössere Bedeutung bleiben. Aber die Gefährdung im Strassenverkehr mit der Gefährdung der Jugend durch Darstellungen von Sexualität zu vergleichen, das stört mich schon ein bisschen. Man kann darüber Einigkeit herbeiführen, dass die Werte, die dort vergleichbar auf dem Spiel stehen, sehr unterschiedlich sind. Eine wichtige Seite des Strafrechts ist, dass es überhaupt Recht bewährt und

die Geltung des Rechts als solches in Erinnerung ruft. Und wenn man auf ein Glatteis gerät, in welchem es gar nicht mehr möglich ist, eine Regel durchzusetzen, dann ist diese Regel eine Faulstelle im gesamten Apfel des Rechts; dann schneidet man sie besser raus, weil sie nämlich übel riecht und den Glauben an das Recht überhaupt untergräbt. Wenn Rechtsregeln, deren Widerhandlung mit Strafe bedroht ist, sichtlich und ständig unsanktioniert übertreten werden, dann erschüttert das die Glaubwürdigkeit des Rechts überhaupt. Deshalb scheinen mir solche praktischen Erwägungen wichtig. Eine progressive Parkgebühr, das hat mich auf den ersten Blick sehr angesprochen. Aber sie führt dazu, dass die Reichen die Parkplätze belegen. Und das ist eigentlich auch wieder nicht der Sinn der Übung. Man muss sich vor allzu einfachen Lösungen hüten.

Vielleicht noch ein letzter Punkt, weil man ja weiss, dass ich immer gerade von Strassburg komme oder nach Strassburg gehe. Man muss sehr aufpassen mit Alternativen zum Strafrecht, denn wenn Sie irgendwie in der Nähe punitiven Sanktionierens bleiben, dann ist die Anwendung von Art. 6 EMRK eben doch nicht wegzubedingen, und dann braucht es doch irgendein rechtsstaatliches Verfahren. Das kann zunächst summarisch sein, aber es ist schwierig, dort auf Alternativpfaden völlig davon wegzukommen.

Der Gesprächsleiter gibt den Berichterstattem Gelegenheit zu einem Schlussvotum:

Prof. MARTIN KILLIAS, *Lausanne*

Toute une palette d'idées fort intéressantes nous a été exposée pendant cette discussion, et je serai, déjà pour ne pas dépasser le temps qui m'est attribué, extrêmement bref en les commentant.

Tout d'abord, M. le Juge SCHUBARTH évoque un problème extrêmement important. En fait, les exemples qu'il nous a présentés illustrent l'impact de l'évolution technique sur l'actualité du droit pénal. L'évolution technique qui a rendu actuelles un certain nombre de situations dans lesquelles la question peut se poser de savoir si et, le cas échéant, comment on va appliquer les règles du droit pénal. Les accidents de la route constituent un exemple classique, internet et les réseaux de télévision supranationale en constituent d'autres. La leçon à tirer est, je pense, que nous sommes tous d'accord qu'on ne peut pas faire marche arrière et retourner à la nature, mais qu'on pourrait peut-être lors de changements dans notre environnement – dans un sens social plutôt qu'en se référant à la nature – anticiper (en tout cas mieux que c'est le cas aujourd'hui) les conséquences qui en résulteront au niveau des occasions qui se présentent de commettre des infractions. Je crois qu'il s'agit là d'un devoir général que nous devons assumer lors de toute modification de notre politique sociale, économique ou de notre environnement urbain.

M. le Juge NAY évoque le principe «ultima ratio». On est tous d'accord que c'est un principe extrêmement utile. On est aussi tous d'accord avec



ce que vient de mentionner M. S. TRECHSEL, membre de la Commission européenne des droits de l'homme à Strasbourg, en ce qui concerne l'effet de règles qui sont régulièrement inappliquées bien qu'elles aient été violées. Passons en revue la belle liste des nouvelles incriminations que nous a présentée M. FORSTER, les drogues, le crime organisé, les règles sur le blanchiment d'argent, les délits d'initiés. A l'initiative de qui a-t-on créé ces nouvelles incriminations? C'était très souvent des agences qui ont des intérêts particuliers à défendre, souvent des agences au niveau international, des Etats voisins, des communautés internationales qui nous ont imposé en quelque sorte de telles règles. Je crains – et nous pourrions allonger la liste – que ce soit très souvent des lobbies qui imposent un point de vue dur concernant un domaine et, en quelque sorte, la recherche – y compris la criminologie – ne peut pas suivre en effectuant les recherches nécessaires sur les implications indirectes et peu désirables que ces nouvelles incriminations entraînent. Le crime organisé ou le blanchiment d'argent nous fournit un bel exemple de cas, où le Fonds national entend maintenant ouvrir un programme de recherches portant précisément sur la phénoménologie dans ces domaines, alors que pratiquement tout est déjà fait au niveau du droit pénal.

Notre cher Collègue, le Professeur RIKLIN, évoque quelques problèmes du droit des sanctions. Je veux être extrêmement bref parce que j'ai été autrefois suffisamment long là-dessus. Je veux surtout éviter toute polémique à ce sujet. J'aimerais simplement évoquer deux problèmes que je vois en rapport avec la révision telle qu'elle est actuellement en discussion.

Prenons l'exemple de l'interdiction de circuler. C'est une belle idée qui, en principe, me convient. Pourquoi ne pas simplement interdire de circuler et retirer le permis de conduire pour un certain temps à titre de peine principale? Là aussi, le problème se situe au niveau pratique, dans l'application et l'exécution de la peine où l'on retrouve le «Vollzugsnotstand». Les observations faites par les polices cantonales nous permettent de supposer que jusqu'à 40% (je ne veux pas m'attarder sur les pourcentages, mais des pourcentages fort importants, 30-40%) des conducteurs sous retrait de permis de conduire continuent à circuler comme si de rien était. Le retrait de permis risque de devenir en quelque sorte une sanction facultative à laquelle se soustraira celui qui le veut et qui souhaitera peut-être devenir Landamman l'année prochaine et qui devrait, de ce fait, ne pas prendre trop de risques. En fin de compte, cette peine risque bel et bien d'être une sorte de sanction facultative. Alors, comment pourrait-on faire respecter le droit pénal si l'exécution des sanctions est laissée au gré des intéressés?

Autre problème, le sursis. Je crois que c'est un bon exemple pour illustrer l'impact de la révision en discussion: 24 mois, 18 mois, ou 36 mois ... Un bel exemple serait – et ça change un peu le climat peut-être – les notes lors des examens. A la Faculté de droit de l'Université de Berne, représentée ici par son Doyen KÄLIN, et chez nous à Lausanne, nous avons en principe le même barème. Il va de 1 à 10, 10 étant la meilleure note.



Seulement, à Berne, il faut un 4 pour passer alors qu'à Lausanne il faut un 6. On constate alors parfois qu'à Lausanne il y a trop de gens qui échouent. En tant que Doyen de cette Faculté, je pourrais peut-être proposer à notre Conseil de Faculté d'abaisser le niveau de passage de 6 à 4. Pour les naïfs, on aurait réglé le problème puisque ceux qui échouent à Lausanne, échouent normalement parce qu'ils ont une moyenne entre 4 et 6, alors qu'il y a peu d'étudiants qui échouent avec une moyenne en dessous de 4. Mais cet espoir serait un peu naïf. Vous voyez bien comment se déroule un examen oral: le candidat sort, l'expert et le professeur réfléchissent et se demandent si ce qu'a présenté l'étudiant est suffisant. On arrive peut-être à la conclusion que c'est juste passable, et on met 6 à Lausanne, respectivement 4 à Berne. Si on imposait aux Lausannois de baisser la note de passage à 4, ils donneraient probablement 4 dans la même circonstance. Je crois que c'est illusoire de croire que l'on aurait alors beaucoup changé le taux d'échecs. Pour revenir au sursis: Je vous ai montré l'exemple du brigandage et du viol où la peine moyenne est à peu près de 3 ans. Donc la peine moyenne pour ces deux délits correspond à peu près à la limite proposée du sursis. Je doute cependant que les juges admettront que l'on puisse normalement imposer une peine assortie du sursis à un violeur. Dans tous les cas où le casier judiciaire n'exclut pas d'emblée le sursis, on cherchera probablement à l'éviter en infligeant une peine de 4 ou 5 ans, ce qui augmentera pourtant les problèmes en ce qui concerne l'exécution de la peine.

Vous voyez, Mesdames, Messieurs, tout cela évoque la question du rôle de l'information et de la criminologie. Je me réfère là aussi un peu aux remarques que nous a faites M. le Juge WIPRÄCHTIGER. D'ailleurs, je lui dirai tout d'abord: Ayez du courage, Messieurs les Juges! Vous motivez déjà les arrêts, pourquoi ne pas les motiver vis-à-vis du public qui, aujourd'hui, est représenté essentiellement par les médias. D'ailleurs, M. le Juge PILLER du canton de Fribourg a, je crois, donné un modèle d'une information par les médias lors des incidents graves à Chérix. Quel pourrait être le rôle de la criminologie dans tout ce concert d'informations? Je dirais toujours que la criminologie est pour le droit pénal ce que les sciences économiques sont pour le droit économique ou la politique économique. Les sciences économiques sont là pour analyser les effets de telle ou telle mesure et, de la même manière, je dirais, le rôle de la criminologie est de faire des extrapolations sur ce qui pourrait être le résultat si on fait ceci ou cela. Je crois que les sciences économiques ne sont pas là pour prouver que la politique économique actuellement menée est la bonne; de la même manière la criminologie n'est pas là pour prouver que la politique criminelle que nous menons est sur la bonne voie. Je crois qu'elle n'est, à plus forte raison, pas là pour prouver que les professeurs ont raison. Il faut simplement accepter que la criminologie soit un peu dérangement, tout en reconnaissant la nécessité de l'information. Mesdames et Messieurs, nous devons aussi être un peu modeste parce qu'il y a encore 36 questions qui n'ont pas été soulevées et auxquelles nous

n'avons pas de réponses. Il faudrait donc avoir le courage d'admettre notre ignorance.

Dr. MARC FORSTER, *Lausanne*

Ich möchte mich den Zweifeln von Herrn TRECHSEL anschliessen, soweit sie sich gegen übertriebene Hoffnungen in die Neubelebung des «ultima-ratio»-Gedankens richten. Dieser hat durchaus seine Wichtigkeit und seinen Stellenwert. Ich denke besonders an das Sanktionenrecht, wo der Grundsatz gilt, dass bei gleicher präventiver Effizienz (bzw. Ineffizienz) der weniger einschneidenden Sanktion der Vorzug zu geben ist. Insofern fliesst das «ultima-ratio»-Prinzip auch aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Bei der Frage, welches Verhalten in einem bestimmten sozialen Kontext strafbar oder straffrei sein solle, stösst der «ultima-ratio»-Gedanke jedoch schnell an seine Grenzen. Herr Bundesrichter NAY hat darauf hingewiesen, dass das Strafrecht nur eingreifen dürfe, wenn dies «unerlässlich» sei, das heisst, nur, «wenn und wo keine anderen wirksamen Mittel» zur Verfügung stehen. – Das ist durchaus richtig, bloss ist damit noch nicht viel gewonnen. Hier fängt es gerade erst an, schwierig zu werden: Was heisst «unerlässlich»? Bei welchen sozialschädlichen Verhaltensweisen stellt das Strafrecht das «einzige wirksame Mittel» dar? Nehmen Sie das Beispiel des neuen Straftatbestandes der Vergewaltigung in der Ehe: Weshalb kam es hier zu einer Ausdehnung des Rechtsgüterschutzes oder, besser gesagt, zur Schliessung einer klaffenden Lücke im Rechtsgüterschutz? Wurde die Vergewaltigung in der Ehe strafbar, weil hier dem Strafrecht sozusagen «über Nacht» der «ultima-ratio»-Charakter zugefallen wäre? Wohl kaum. Zur konsequenten Durchsetzung des Rechtsgüterschutzes ist es deshalb gekommen, weil ein demokratisch legitimierter politischer Konsens darüber zustande gekommen ist, dass Vergewaltigung sowohl ausserhalb als auch innerhalb einer ehelichen Beziehung gleichermassen strafwürdig sei. Weshalb der neue Straftatbestand das «ultima-ratio»-Erfordernis erfüllt, lässt sich somit nicht strafrechtsdogmatisch, sondern allenfalls rechtssoziologisch erklären.

Es ist zu befürchten, dass der «ultima-ratio»-Gedanke kaum den erhofften Schlüssel zur Lösung heikler kriminalpolitischer Probleme enthält. Auch im Strassenverkehr nicht. Herr Bundesrichter NAY hat die Frage aufgeworfen, weshalb Parkbussen vorgesehen werden, wo ebensogut höhere Gebühren für den gesteigerten Gemeingebrauch erhoben werden könnten. Die Überlegungen können kaum dahin gehen, dass die Allgemeinheit der sich korrekt verhaltenden Autofahrer höhere Gebühren zur Abgeltung von Parksünden leisten müsste. Will man die Verantwortlichen nach dem Verursacherprinzip treffen, kommt man daher nicht darum herum, Parkbussen oder «Gebühren» bei den einzelnen Sündern zwangsweise durchzusetzen: Ein Ordnungshüter muss die Zuwiderhandlung registrieren, und die Busse oder «Gebühr» muss eingetrieben werden. Eine Übertragung von Befugnissen zur Erhebung von «Gebühren» an

Verwaltungsbehörden würde auch kaum zu einer entscheidenden prozessualen Entlastung der Strafjustiz führen. Wir kennen ja die Strassburger Praxis zu Art. 6 EMRK. Was nützt es da, wenn wir Geldbussen als «Gebühren» bezeichnen und Verwaltungsbehörden mit ihrer Durchsetzung betrauen? Der Gerichtshof verlangt ohnehin, dass wir ab einer gewissen «Gebührenhöhe» richterliche Instanzen einsetzen und die Verfahrensrechte von Art. 6 EMRK einhalten, namentlich öffentliche kontradiktorische Verhandlungen vorsehen und die spezifischen Verteidigungsrechte gewährleisten.

Von verschiedenen Intervenienten, namentlich von Herrn Professor RIKLIN und Herrn Bundesrichter WIPRÄCHTIGER, ist die Frage nach den *Kosten* des Strafrechts und des Strafvollzugs aufgeworfen worden. Gerade in Zeiten knapper öffentlicher Finanzen kommt dieser Frage erhöhte Aufmerksamkeit zu. Allein der Vollzug von Freiheitsstrafen verursacht jährliche Betriebskosten von ca. einer halben Milliarde Franken. Darin sind die Kosten der Strafjustiz und die Kosten für den Gefängnisbau noch nicht eingerechnet. Ich bin zwar dagegen, dass man die Effizienz des Strafrechts nach rein fiskalischen Gesichtspunkten ausrichtet. Die Richtschnur kann nicht heissen: «Je teurer die Kosten des Strafvollzuges werden, desto milder sollen die Strafen ausfallen». Richtig ist es hingegen, dass wir für sehr kostenintensive Sanktionsarten, ich denke z.B. an den kurzfristigen Freiheitsentzug, kostengünstigere Alternativen ins Auge fassen, bei denen ähnliche präventive Wirkungen erwartet werden können. Besonders grosse Sparpotentiale lägen bei den langfristigen Freiheitsstrafen drin. Professor RIKLIN hat ausgerechnet, dass bei einer durchschnittlichen Reduktion der unbedingten Strafen um 30% jährlich über Fr. 150 Mio. eingespart werden könnten. Dies spricht meines Erachtens deutlich für die Einführung des teilbedingten Vollzuges bei Freiheitsstrafen von über 18 Monaten Dauer. Von den jährlich Fr. 500 Mio. Gefängnisbetriebskosten entfallen nicht weniger als 70% auf Strafen von über 18 Monaten. Es hat nichts mit einer Milderung des Strafrechts zu tun, wenn wir auch bei diesen Strafen in geeigneten Fällen eine Bewährungschance wenigstens für einen Teil der Strafe einführen. Das Strafrecht wird dadurch lediglich präventionstauglicher, flexibler und kosteneffizienter. Wir sollten allerdings das Pferd nicht beim Schwanz aufzäumen: Die Kostenfrage darf der Frage nach dem kriminalpolitischen Sinn und Zweck der Sanktionen nicht plötzlich untergeordnet werden. Wir sollten aber versuchen, die schlecht investierten Mittel umzulagern auf Instrumente mit grösserer präventiver Effizienz.

Lassen Sie mich zum Abschluss noch kurz auf die Frage nach den gesellschaftlichen *Erwartungen* an das Strafrecht eingehen. Dieses Thema ist in der Diskussion leider etwas zu kurz gekommen. – Was können wir vom Strafrecht vernünftigerweise erwarten? Was vermag das Strafrecht nicht zu leisten?

Wir müssen uns bewusst sein, dass das Strafrecht keine «bessere Welt» schaffen kann. Schon CARL STOOSS, der geistige Vater des StGB, hat dies

erkannt, indem er einräumte, dass das Strafrecht «eine Menge der nichtswürdigsten und gemeinsten Handlungen» straflos lassen müsse, wenn auch «unter lebhaftester Missbilligung derer, die an eine unbegrenzte menschliche Gerechtigkeit glauben». Soziale und humanitäre Werte wie Verantwortungsbewusstsein, Zivilcourage, Mitmenschlichkeit, Toleranz können nicht staatlich verordnet und mit den Mitteln des Strafrechts durchgesetzt werden. Das Kriminalrecht kann keine staatsbürgerliche Erziehung zu Solidarität und Selbstverantwortung leisten. Es vermag nicht das nachzuholen und zu bewerkstelligen, was in den vielfältigen Sozialisationsprozessen über Elternhaus, Schule, Jugendpolitik, Sozialpolitik, Arbeitswelt usw. schiefgehen und versäumt werden kann. Die präventiven und repressiven Mittel des Strafrechts sollen einen elementaren sanktionsbewehrten Rechtsgüterschutz sicherstellen und gleichzeitig gewisse gesellschaftspolitische «Signale» mittragen helfen. Das heisst: Wo schwerwiegende Rechtsgüter tangiert sind, kann das Strafrecht auch mithelfen, zu informieren und an das allgemeine Verantwortungsbewusstsein zu appellieren. Ich denke etwa an die neue Rassismusstrafnorm, deren Berechtigungsnachweis schon einige Bemühungen um Aufklärung und Versachlichung erfordert hat. Abzulehnen wäre demgegenüber ein rein «symbolisches» Strafrecht, welches keine konkreten sozialen Güter schützt, sondern lediglich der Befriedigung und Abwiegung aktueller oder vermeintlicher gesellschaftlicher Pönalisierungsbedürfnisse dient.

Das Strafrecht darf sich im Bestreben nach Sachlichkeit und Fortschritt aber auch nicht zu weit von den Bürgern und von der gesellschaftlichen Realität entfernen. Die Kriminalpolitik sollte zwar möglichst auf Rationalität hinwirken, sie muss sich aber gleichzeitig der menschlichen Irrationalität bewusst sein. Schwerwiegende Straftaten lösen beim Opfer, bei dessen Angehörigen und auch in der Öffentlichkeit Emotionen, Empörung und Sanktionierungsbedürfnisse aus. In unserem Kulturkreis werden private Blutrache und Fehde als Methode der Konfliktlösung heute abgelehnt. An deren Stelle ist das Strafverfahren getreten, welches nach rechtsstaatlichen Regeln unter dem Gewaltmonopol des Staates abläuft. Insofern erfüllt das Strafrecht eine für das soziale Zusammenleben existenznotwendige Funktion. Damit das Strafrecht seine regulierende friedenserhaltende Funktion wahrnehmen und unkontrollierte Selbsthilfe verhindern kann, muss es nun aber die durch Straftaten ausgelösten Emotionen ernst nehmen. Es kann sich nicht einfach «naserümpfend» von der gesellschaftlichen Realität abwenden. Dies bedeutet freilich nicht, dass jeglichen irrationalen Rachebedürfnissen Folge geleistet werden müsste. Die Kriminalpolitik darf keinesfalls zum blossen Vehikel des Volkszorns und kollektiver Irrationalität verkommen. Sie muss notfalls auch in der Lage sein, übertriebene und unberechtigte Rachereaktionen als solche zu deklarieren und aufklärend dagegen anzukämpfen. Umgekehrt muss das Strafrecht seiner Aufgabe, Rechtsgüter zu schützen, auch dann nachkommen, wenn weite Teile der Gesellschaft sich gegenüber sozialschädlichem Verhalten indifferent zeigen. Namentlich müssen Min-

derheiten oder sozial Benachteiligte, die über keine «Lobby» verfügen und ihre Anliegen nicht lautstark artikulieren können, ausreichend geschützt sein.

Strafrechtliche Reformen sollten sich in ihren Bemühungen um Fortschritt nicht zu weit von den tradierten Anschauungen der Bürger entfernen. Es ist allerdings die gemeinsame Aufgabe von Kriminalpolitikern, Praktikern und Wissenschaftlern, auf Problembewusstsein und Verständnis in der Bevölkerung hinzuwirken. Wo die Ablehnung von Reformbemühungen auf Vorurteilen, mangelnder Information und politischer Effekthascherei beruht, muss mit sachlicher Aufklärung dagegen angekämpft werden.





Sitzung vom Samstag, den 30. September 1995 im Stadttheater Schaffhausen

### III.

#### **Referate der Berichterstatter und Diskussion zum Thema:**

#### **«Die Treuhand»**

#### **Exposés des rapporteurs et discussion sur le sujet: «La fiducie»**

La discussion est présidée par M. le Prof. FRANÇOIS DESSEMONTET,  
*Lausanne*

Dr. ROLF WATTER, Privatdozent, *Zürich, Berichterstatter deutscher Sprache*

Ich möchte meine Zusammenfassung über die Treuhand, um die Diskussion etwas anzuheizen, bewusst pointiert einleiten, nämlich mit der Feststellung, dass die Treuhand ein Beispiel dafür ist, dass auch im Bereich des Privatrechts dereguliert werden muss, wenn das Schweizer Recht international wettbewerbsfähig bleiben will.

Sie kennen den Ruf nach Deregulierung vor allem aus dem Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts, wo gesagt wird, der Dschungel von Vorschriften müsse gelichtet werden, damit die private Initiative wieder den ihr gebührenden Platz erhalte. Wer nun behauptet, auch das Privatrecht – hier primär das Vertragsrecht – müsse dereguliert werden, scheint auf den ersten Blick das Wesen dieses Rechtsgebietes zu verkennen, denn das Vertragsrecht kanalisiert und ergänzt ja lediglich Rechtsbeziehungen zwischen Rechtssubjekten, lässt diesen aber ansonsten grösste Freiheit. Konkret gesagt, erleichtert das Vertragsrecht kontinentaleuropäischer Ausprägung das Geschäften, indem es beispielsweise lückenfüllend Verträge ergänzt, bei denen die Parteien aus Zeit- oder Kostengründen nur die Essentialia regeln.

Einen Einbruch in dieses System stellen jedoch die zwingenden Normen des Vertragsrechts dar; das sind einerseits Normen, die zum Schutz des Schwächeren erlassen worden sind – man denke an das Arbeits-, das Miet- oder das Bürgschaftsrecht – andererseits Normen, die sozusagen die äusseren Grenzen der Vertragsgestaltung umreissen – das gilt etwa für die Bestimmung, dass widerrechtliche Verträge ungültig sind.

Daneben gibt es Normen (und Sie merken, dass ich jetzt zum Kern der Sache komme), die nicht von Gesetzes wegen zwingend sind, sondern von *Lehre und Rechtsprechung* als unabänderlich betrachtet werden, historisch oft deshalb, weil den Interpretatoren ein bestimmter Geschäftstyp vor Augen stand: So beim Auftrag etwa die Mandatierung eines Arztes für eine Operation oder diejenige eines Rechtsanwaltes für die Prozessführung. Deshalb wurden in diesem Rechtsgebiet insbesondere die Art. 404 OR über das jederzeitige Kündigungsrecht des Auftraggebers und Art. 397 OR über das Weisungsrecht als zwingend unverzichtbar erklärt – beides wohlverstanden ohne dass hier eine klare diesbezügliche Absicht des Gesetzgebers erkennbar gewesen wäre und ohne vertiefte Auseinandersetzung mit ausländischen Rechtsordnungen, die analoge Normen als dispositiv betrachten.

Die Möglichkeit der vertraglichen Wegbedingung dieser beiden Normen ist nun aber zentral für trustähnliche Treuhandkonstruktionen; und dass für solche Konstruktionen ein Bedürfnis besteht, werden viele der hier anwesenden Vertreter von Treuhandfirmen und Rechtsanwälte, die Privatpersonen oder Firmen beraten, bestätigen.

Kann nun eine Rechtsordnung – oder ich sollte vielleicht genauer sagen: die diese Rechtsordnung auslegenden Instanzen – ein bestehendes Bedürfnis nach einer Vertragskonstruktion nicht abdecken, geschieht im Vertragsbereich genau das gleiche, das auch bei allzu störenden regulatorischen Vorschriften geschieht: die Vertragsparteien weichen auf ein ausländisches Recht aus. Dieses Abwandern muss dabei heute nicht einmal besonders kostspielig sein.

Nun mag sich der eine oder andere Richter, der unter einer erdrückenden Arbeitslast leidet, fragen, was daran so schlimm ist, wenn Parteien ein ausländisches Recht wählen und dabei – so wird er hoffen – auch noch ein ausländisches Gericht für allfällige Rechtsstreitigkeiten als zuständig erklären? Gerade bei der Treuhand wird er sich vielleicht zusätzlich noch sagen, dass mit solchen Konstruktionen sowieso nur halblegale Zwecke verfolgt werden und es unserer Rechtsordnung gut anstehe, einen gebührenden Abstand zu wahren.

Um letzteres Argument zuerst zu behandeln: Es gibt zugegebenermassen Fälle, in denen die Treuhand zu unlauteren Machenschaften eingesetzt wird. Nur, das wird die Aktiengesellschaft auch, es käme aber niemand auf die Idee, diese Gesellschaftsform deswegen abzuschaffen. Oder wenn Sie mir die vielleicht als zynisch zu betrachtende Bemerkung erlauben: Wenn man Nachkommen, Gläubiger oder den Fiskus hintergehen will,

gibt es noch andere, mindestens so gute Mittel wie die Treuhand, die grundsätzlich erlaubt sind.

Positiv gesagt gibt es viele legitime Zwecke, für die eine normale oder trustähnliche Treuhand eingesetzt werden kann. So fanden sich unter den ersten Fällen der Verwaltungstreuhand, mit denen sich hiesige Gerichte auseinanderzusetzen hatten, Sachverhalte, in denen im Ausland Verfolgte Guthaben einem Schweizer anvertrauen wollten. Nachdem in solchen Konstellationen oft damit zu rechnen ist, dass der Treugeber zur Herausgabe physisch gezwungen wird, macht es im Einzelfall Sinn, die Konstruktion unwiderruflich auszugestalten.

Ein völlig anderes Beispiel für den Einsatz der Treuhand ist die Erbschaftsplanung, bei der Treuhandkonstruktionen nicht einzig eingesetzt werden, um Kinder oder Ehefrauen zugunsten einer Geliebten faktisch zu enterben. Auch wo keine Pflichtteile zu beachten sind, kann nämlich der Einsatz einer Treuhand – speziell wieder die trustähnliche Treuhand, die auf eine gewisse Dauer angelegt ist – eine geordnete Überführung von Vermögen auf den Endempfänger sicherstellen, speziell dort, wo aus verschiedenen Gründen kein Willensvollstrecker eingesetzt werden kann, beispielsweise weil die Verhältnisse sehr international sind, oder wo der Treuhänder schon vor dem Tod Aufgaben ausführen soll.

Als drittes Beispiel für einen legitimen Einsatz der Treuhand erwähne ich Sicherungsgeschäfte, wobei hier der Fall, dass mittels einer Treuhandkonstruktion das Verbot des besitzlosen Pfandes umgangen werden kann, ausser acht bleiben soll.

Bestehen somit keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Treuhand, verbleibt die Frage, weshalb das Schweizer Recht Anstrengungen unternehmen sollte, damit die Rechtsunterworfenen nicht auf ein ausländisches Recht ausweichen. Ich wage hier zunächst die Aussage, dass jedes Land ein starkes Interesse daran hat, dass seine Bürger sein Recht anwenden – nur schon aus Gründen der Homogenität und aus Effizienzüberlegungen. In diesem Sinn ist eine Rechtsordnung, die ein an sich legitimes Bedürfnis nicht decken kann, mit einem Hotel zu vergleichen, das einen bestimmten Service dem Gast nicht anbietet; auch wenn diese Dienstleistung objektiv nicht sehr wichtig ist, diskreditiert deren Nichterbringung den ganzen Betrieb – bleiben die wichtigen Kunden dann aus, werden früher oder später auch die anderen Leistungen des Hotels in ihrer Qualität abnehmen.

Daneben gibt es aber auch handfeste wirtschaftliche Interessen, die für eine möglichst breite Anwendung von Schweizer Recht sprechen. Ich denke dabei nicht nur an jene heute im Saal gut vertretene Branche von Rechtsberatern, die ihre Dienstleistungen primär auf dem Gebiet des Schweizer Rechts anbieten und darum ein Interesse an dessen breiter Anwendung haben. Es ist gerade im Bereich der Treuhand zu berücksichtigen, dass die Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung oft zur Ernennung ausländischer Treuhänder führt, die dann die zur Verwaltung

übergebenen Gelder meist über das Bankensystem ihres Domizillandes anlegen werden.

Daher also der Aufruf, im Bereich des Privatrechts zu deregulieren und nicht unnötigerweise Normen wie Art. 404 oder den Art. 397 OR für zwingend anwendbar zu erklären!

Hilfreich – aber im ganzen wohl etwas weniger zentral – wäre es, wenn die Gesetzesauslegung das Treugut auch klar als *Sondervermögen* anerkennen würde. Diese Behandlung würde den Treugeber gegen den finanziell unverantwortlichen Treuhänder schützen, der Einreden bei treuhänderisch gehaltenen Forderungen befürchten muss, der selber Betreibungen ausgesetzt ist oder sogar Konkurs geht. Ich erachte diese Qualifikation des Treugutes als Sondergut deshalb als etwas weniger wichtig, weil sich der Treugeber hier ja – wenigstens in einem gewissen Rahmen – durch Auswahl eines geeigneten Treuhänders selber schützen kann. Auch hier ist aber der internationale Aspekt, bzw. die Konkurrenz der Rechtssysteme zu beachten: Wenn der Schweizer im Konkurs des Treuhänders nicht geschützt wird, einen Schutz aber dadurch erreichen kann, dass er die Treuhand einem ausländischen Recht unterstellt – was in der Lehre vertreten wird – dann hat das Schweizer Recht Wettbewerbsnachteile, dies mit den vorhin geschilderten Konsequenzen.

Dass die rechtsanwendenden Instanzen auch hier einen Beitrag im Rahmen der Auslegung von Art. 401 OR leisten können, finden Sie sowohl in der Abhandlung von Herrn Kollege THÉVENOZ als auch in meinem Beitrag aufgezeigt.

Nun habe ich vielleicht etwas sehr stark den Aspekt der Auslegung betont und dabei den Gesetzgeber ausser acht gelassen, dessen Tätigwerden mein Kollege THÉVENOZ mit mehr Vehemenz fordert, als ich das selber getan habe. Erlauben Sie mir, dass ich meine diesbezüglichen Ausführungen verdeutliche: Ich bin auch dafür, dass der Gesetzgeber tätig wird, speziell dann, wenn das in einem vernünftigen Zeithorizont passiert. Die gesetzgeberische Entscheidung von Auslegungsfragen hat den Vorteil, dass sie Rechtsunsicherheit beseitigt und letztlich auch für den Bürger einfacher zugänglich ist als eine Gerichtspraxis. Klarstellen möchte ich auch, dass ein zusätzlicher Erlass des Gesetzgebers natürlich durchaus im hier beschriebenen Sinne deregulierend wirken kann – Deregulierung hat nämlich nichts mit einer blossen Reduktion der Anzahl Seiten in der Gesetzessammlung zu tun, wie das manche Politiker meinen.

Kann durch Auslegung oder Gesetzgebung eine Treuhand erreicht werden, wie Sie Herr THÉVENOZ und ich in unseren Aufsätzen beschreiben – und wir sind ja zu Folgerungen gekommen, die sich in den wesentlichen Punkten decken – dürfte eine Rezeption des Trusts keine Dringlichkeit haben – ein Schluss, der übrigens schon an einem Juristentag vor 41 Jahren gezogen worden ist.

Nachdem ich in meinen bisherigen Ausführungen primär die Richter und die in der Gesetzgebung tätigen Juristen angesprochen habe, möchte ich mit einer Bemerkung an die sogenannten Praktiker schliessen, speziell

an diejenigen, die Treuhandkonstruktionen erdenken und vertraglich strukturieren: Ihnen kommt es zu, die von mir heute geforderten Freiräume kreativ – aber stets im Sinne der Rechtsordnung – auszuschöpfen, damit wir unsere Wettbewerbsfähigkeit behalten. Ich habe in meinem Beitrag versucht, gewisse kautelarjuristische Hinweise zu geben – ich bin sicher, dass bei Ihnen hier im Saal noch zahlreiche weitere Ideen vorhanden sind (oder zumindest schlummern), die aus dem Aschenputtel Treuhand (wie sie Herr Kollege THÉVENOZ so schön umschreibt), wenn nicht gerade eine Königstochter, so doch zumindest eine solide Mitbürgerin machen.

Prof. LUC THÉVENOZ, *Genève, rapporteur de langue française*

La fiducie fascine les juristes parce qu'elle les déconcerte.

- La jurisprudence suisse et allemande la consacrent en marge de la loi alors que l'achèvement des grandes codifications nationales paraissait devoir consacrer la suprématie définitive du droit légiféré sur le droit prétorien.
- Elle bat en brèche certains grands principes des droits issus de la révolution bourgeoise. Elle s'inscrit en porte-à-faux avec la notion absolue de propriété et le *numerus clausus* de ses démembrements. Elle déjoue la distinction entre les droits absolus, qui valent *erga omnes*, et les droits relatifs, qui n'ont d'effet qu'*inter partes*. Elle contredit le dogme de l'unité du patrimoine, sous-jacent à notre loi sur les poursuites comme au code civil.
- Plus récemment, la fiducie-gestion, avatar moderne de la *fiducia cum amico*, sollicite les limites de flexibilité de notre droit du mandat, dont l'interprétation jurisprudentielle fait un carcan trop rigide.
- Sans que cela procède d'une volonté délibérée, M. WATTER et moi avons adopté des approches fort semblables. Notre démarche est d'abord empirique, partant des usages actuels et potentiels de la fiducie moderne pour les comparer au régime légal et jurisprudentiel. Il n'est pas surprenant que nous constations pour l'essentiel les mêmes lacunes et les mêmes besoins.
- La volonté des parties fait des biens fiduciaires un patrimoine séparé et affecté. Celui-ci doit être reconnu dans le régime matrimonial comme dans la succession du fiduciaire, ce que la jurisprudence a commencé de faire dès 1952 (avec l'arrêt *Böckli*, ATF 78 II 445, JdT 1953 I 523), non sans prendre quelques libertés avec la loi. Ce même patrimoine séparé doit également être reconnu dans l'exécution forcée contre le fiduciaire, pour autant que comptablement et administrativement les biens fiduciaires n'aient pas été mélangés au patrimoine général du fiduciaire. Enfin, ce *Sondervermögen* doit également être reconnu dans les rapports du fiduciaire avec les tiers, qui ne sauraient exercer de droit de rétention ou de compensation sur les biens fiduciaires, à moins que ces tiers ne doivent être protégés dans leur bonne foi.



- La position du fiduciaire, voire des bénéficiaires de la fiducie, devrait être renforcée à l'égard du tiers de mauvaise foi par la reconnaissance d'un droit de suite (*Folgerecht, tracing the asset*) sur les biens fiduciaires qui ont été aliénés en violation de la convention de fiducie.
- Il faut reconnaître aux parties la faculté de détacher plus fortement l'administration du patrimoine fiduciaire de la volonté du fiduciaire en permettant à celui-ci de renoncer conventionnellement au pouvoir de la révoquer en tout temps (art. 404 CO) ou au pouvoir de donner des instructions contraignantes au fiduciaire (art. 397 CO).
- Le fiduciaire devrait être autorisé à instituer une surveillance privée du patrimoine et de l'administration fiduciaires en constituant un gardien et protecteur du but et de la convention de fiducie et en lui conférant, dans toute la mesure utile, la compétence de révoquer le fiduciaire, de donner des instructions au fiduciaire, voire de mettre un terme à la relation fiduciaire.

Si les constats et les propositions résultant de nos rapports sont fort semblables dans leur contenu, les moyens envisagés sont bien distincts. M. WATTER appelle à une jurisprudence créative dans le cadre de la *lex lata*. Il démontre avec beaucoup de pertinence et de conviction que l'interprétation traditionnelle de certains textes – notamment celle qui voit dans les art. 397 et 404 CO du *ius cogens* – n'est pas inéluctable, qu'une meilleure interprétation est possible, qu'elle s'impose parfois.

Bien que je m'associe à ses recommandations, je ne partage pas l'optimisme de M. WATTER. Par tradition, nos juges n'aiment pas se substituer au législateur. Certains défauts de la loi ne peuvent être corrigés que par ce dernier.

En outre, une certaine méfiance, tant populaire que doctrinale, reste attachée à la fiducie. Elle subsistera tant que le législateur n'aura pas conféré un droit de cité à la fiducie commune. La partie historique de mon rapport la met en évidence. Des progrès jurisprudentiels importants furent suivis de longues phases de stagnation, et parfois de reculs substantiels.

L'adoption d'une structure fiduciaire des fonds de placement par la loi de 1966, confirmée en 1994, n'a jamais servi d'argument pour confirmer la légitimité de principe de la fiducie. La récente modification de l'art. 16 et l'adjonction d'un art. 37b à la loi sur les banques, adoptées dans le cadre de la révision de la loi sur les poursuites, prouve à tout le moins que les objections dogmatiques contre la fiducie ne sont pas (ou plus) déterminantes aux yeux du législateur. Cette innovation un peu subreptice dans la loi bancaire est ainsi un acquis très positif en même temps qu'une distorsion difficilement justifiable de la concurrence dans les services financiers.

Le besoin de consolider la fiducie du droit suisse me paraît d'autant plus pressant que la circulation accrue des personnes, des capitaux et des modèles juridiques met les particuliers et les entreprises suisses en contact toujours plus fréquent avec une institution inconnue de notre ordre juridi-



que, le trust. Mode oblige, la place financière suisse – première place mondiale pour la gestion des fortunes privées – a commencé de s'adapter. Désormais, les établissements les plus conservateurs offrent leurs services ou s'entremettent pour la constitution et l'administration de trusts *off-shore*, souvent par le truchement de leur filiale spécialisée dans cette activité.

La référence au trust, cet obscur objet du désir, cheval de Troie de l'*equity* dans notre tradition civiliste, appelle cependant quelques mots de cautèle. Le trust n'est pas un modèle à suivre que l'on pourrait transposer dans notre ordre juridique. Sa structure repose sur une conception de la propriété trop étrangère à la nôtre. Ses fonctions sont innombrables, allant de ce qui chez nous prend la forme d'une fondation pour s'étendre jusqu'aux confins de l'enrichissement illégitime et de la gestion d'affaires sans mandat. Chaque ordre juridique a une ou deux institutions fétiches, qui ont connu un développement sans rapport avec leur objet premier. C'est certainement le cas du trust dans les pays de *common law*, et le nôtre serait mal avisé de vouloir les imiter.

Cependant, la prévalence du trust dans l'administration des patrimoines privés comme dans la structure d'opérations financières complexes confirme qu'il existe un besoin légitime et durable de pouvoir extraire certains biens d'un patrimoine général pour les constituer en patrimoine séparé de sorte que la titularité juridique de ces biens ne coïncide pas avec leur bénéfice économique, leurs risques et leurs profits pouvant être alloués de manière très différenciée à d'autres personnes qu'à leur titulaire juridique.

En Suisse, c'est la fiducie qui est l'institution la plus apte à être développée dans ce sens, ce qu'a bien compris le législateur en la choisissant pour structure de base des fonds de placement. Certes, les sociétés de capitaux se prêtent en partie à de telles constructions, mais avec les inconvénients et les coûts propres à la constitution et à la gestion des personnes morales.

La rapide pénétration du trust dans les ordres juridiques de tradition civiliste indique un autre péril: si la Suisse ne répond pas mieux aux besoins qui suscitent cette effervescence, elle sera de plus en plus souvent évitée au profit des ordres juridiques étrangers.

C'est pourquoi la sécurité juridique et la position concurrentielle de notre pays – qui passe aussi par celle de son système légal et fiscal – appellent deux interventions législatives qui devraient être entreprises simultanément.

Après avoir réglé en détail les fonds de placement et très sommairement la fiducie bancaire, il convient de consacrer et de consolider la fiducie commune dans la loi. J'ai énoncé plus haut les traits principaux que cet aménagement pourrait prendre. Un nouveau chapitre du code civil ou du code des obligations s'y prêterait peut-être aussi bien qu'une loi spéciale.

Il est également souhaitable d'adhérer à la convention de La Haye sur la reconnaissance du trust et de ses effets. Ce faisant, on lèverait les

incertitudes qui grèvent encore la reconnaissance par les juridictions suisses du statut particulier des actifs détenus en Suisse qui sont constitués en trust selon un droit étranger. En outre, et surtout, on pourrait probablement assurer à une fiducie suisse renforcée sa reconnaissance par des autres ordres juridiques, notamment dans les pays de *common law*.

Une fois encore, je ne propose pas de créer « un trust à la Suisse », mais de développer une institution qui existe déjà dans notre ordre juridique et qui plonge ses racines dans la tradition romaniste et germanique. A cette Cendrillon suisse, je propose de donner enfin des habits qui, après le bal, lui permettront d'affronter sereinement la vie de tous les jours.

VICTOR FÜGLISTER, *1. Sekretär der Schweizerischen Bankiervereinigung, Basel*

Vor wenigen Tagen war in der Neuen Zürcher Zeitung mit Blick auf den heutigen Juristentag folgendes zu lesen:

«Besonders gespannt wird man der Reaktion der Schweizer Juristen auf den weitgehend unbemerkten Überraschungscoup des Gesetzgebers harren, den Banken im Hinterzimmer der SchKG-Revision ein Sondervermögen an den Depotwerten zuzuhalten und ihnen damit im Treuhandgeschäft einen unverkennbaren Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.»

Gemeint sind die neuen Art. 16 und 37 lit. b des Bankengesetzes, welche im Zusammenhang mit der jüngsten Revision des SchKG geschaffen worden sind. Um es vorweg zu sagen: Ich bin nicht der Meinung, dass den Banken damit ein Sondervermögen und ein Wettbewerbsvorteil verschafft worden sei. Worum geht es?

Vor acht Jahren haben wir in der Bankiervereinigung eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die zu prüfen hatte, ob das Kundeneigentum bei Depotwerten im Rahmen des modernen Vermögensverwaltungsgeschäftes noch jederzeit gegeben ist. Das Untersuchungsergebnis zeigte, dass dingliche Rechte oftmals verspätet auf den Kunden übergingen. Ich nenne einige Beispiele:

- Wertschriftengeschäfte werden heute in der Regel am Abschlusstag verbucht. Diese Verbuchungspraxis ist dann unbedenklich, wenn die als Eigenhändlerin auftretende Bank über genügend Eigenbestand verfügt oder Kompensationsmöglichkeiten zwischen reziproken Wertpapiergeschäften verschiedener Kunden ausnützen kann. In diesen Fällen erfolgen geld- und titelseitige Erfüllung gleichzeitig: Die Eigentumsübertragung geschieht durch Besitzanweisung im Sinne von Art. 924 ZGB. Problematisch ist dagegen die Verbuchung am Abschlusstag in den zahlreichen Fällen, wo Wertpapiergeschäfte vorab bei einer in- oder ausländischen Depotstelle titelgeldseitige Umbuchungen und physische Lieferungen erforderlich machen. National beträgt diese Frist heute noch 3 Arbeitstage, international sind es bis 7 Tage. Bei Emissionen erfolgt die physische Übergabe an die Depotbank oftmals erst nach Wochen. Insoweit werden Vermögenswerte den Kunden oft als

Depotwerte ausgewiesen, obwohl die Depotbank noch nicht über die zur Deckung erforderlichen physischen Bestände verfügt. Die depotseitige Verbuchung stellt in solchen Fällen sachenrechtlich keine Verfügung und somit keine Erfüllung dar. Wäre in dieser kritischen Zeit über eine Depotbank der Konkurs eröffnet worden, so wäre es möglich gewesen, dass ein Kunde so sein vermeintliches Eigentum in einer Fünftklass-Forderung hätte wiedererkennen müssen.

- Deutsche Banken z.B. dürfen aufgrund ihrer Rechtsvorschriften Kundenwerte nur bei Banken im Ausland deponieren, wenn diese Werte jederzeit verfügbar sind. Als Spezialität kommt hinzu, dass sich die deutschen Banken an diesen Werten von ihren Kunden (fiduziarisches) Alleineigentum einräumen lassen müssen. Dementsprechend verlangten die deutschen Banken von den Schweizer Depotbanken seit jeher einen Verzicht auf die Ausübung des Retentionsrechtes. In einem konkreten Fall hat sich vor einigen Jahren eine Schweizer Bank – trotz dieser Verzichtserklärung – auf Art. 897 Abs. 2 ZGB berufen und geltend gemacht, ihr Verzicht auf das Retentionsrecht sei infolge Konkursöffnung der deutschen Bank hinfällig geworden. Die besagte Bestimmung sieht diese Möglichkeit in der Tat ausdrücklich vor. Die Bankiervereinigung hat alsdann den Banken quasi standesrechtlich nahegelegt, sich an derartige Verzichtserklärungen zu halten. Gleichzeitig haben wir qualifiziert formulierte Drei-Punkte-Erklärungen zur Nachachtung empfohlen.
- Seit geraumer Zeit werden vermehrt Vermögenswerte im Depot ausgewiesen, die nicht wertpapiermässig verbrieft sind. Dazu gehören insbesondere Treuhandanlagen und Geldmarktbuchforderungen. Diese können als rein obligatorische Vermögenswerte mangels sachenrechtlicher Grundlage gar nicht vindiziert werden und in vielen Fällen wegen der Anforderungen aus Art. 401 OR – ich verweise auf den sog. Banca Vallugano-Fall (BGE 99 II 393) – auch nicht ausgesondert werden.

Vor diesem Hintergrund hat die Bankiervereinigung den Eidg. Behörden (EJPD und EBK) bereits 1988 Vorschläge zur Änderung der rechtlichen Lage – sei es im SchKG, sei es im Bankengesetz – unterbreitet. Diese Vorschläge sind nunmehr in die genannte Teilrevision des Bankengesetzes eingeflossen. Sie dienen nicht den Banken, sondern dem Gläubigerschutz der Kunden, indem deren Rechtsstellung im Konkursfall verbessert und in zahlreichen Fällen bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt wird. Ob es sich rechtfertigt, das bloss im Bankengesetz festzuhalten und nicht auch für den übrigen Teil der Vermögensverwalter anwendbar zu erklären, ist eine Frage, die man sich durchaus stellen kann. Prof. M. GIOVANOLI (*Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse*, in: Bulletin Joly 1991 no 4bis, S. 49 f.) hat eine Treuhandgesetzgebung für die Banken damit gerechtfertigt, dass diese einer besonderen Aufsicht unterstehen.

Prof. FRANÇOIS DESSEMONTET, *Lausanne*

Nous avons vu comme un fil rouge à travers ces discussions – peut-être est-ce un fil d'Ariane car nous sommes dans un labyrinthe – que le problème qui se pose est: faut-il faire confiance au législateur ou faut-il faire confiance aux juges? Evidemment, cette controverse me fait penser à l'évolution des techniques. Lorsqu'on a fait notre Code des obligations et notre Code civil, on venait de découvrir la photographie. Le code, c'est une photographie du droit qui existe. Mais nous sommes un siècle plus tard, avec toujours le même code, pour l'essentiel, mais la technique nous a apporté quelque chose d'autre. La technique nous a apporté le multimédia, les réalités virtuelles, le fait que dans un cliché vous puissiez combiner avec d'autres éléments de façon anachronique des éléments qui n'existaient pas au même moment. Je me demande si – comme les techniques autour de nous évoluent – nous pouvons encore nous permettre d'avoir notre petit laboratoire du 19<sup>e</sup> siècle pour appliquer à notre droit, à notre ordre juridique, les modifications qui sont ressenties comme nécessaires. En d'autres termes, vous voyez bien ce que je veux dire, nous avons une réalité virtuelle devant nous: nous sommes dans un monde où il y a d'autres Etats qui ont leur législation et qui, quelquefois, par des modifications ou des ratifications de conventions internationales ou encore des modifications de jurisprudence appliquent des règles changées. Si nous nous en tenons strictement au schéma de répartition des pouvoirs pour modifier le droit que nous avions au 19<sup>e</sup> siècle, nous serons aussi en retard dans la société internationale que si nous allions rester aux idéaux du 19<sup>e</sup> siècle en ce qui concerne par ex. les fondations de la famille. Les solutions que l'on adopte sur des points particuliers reflètent une mentalité, qui peut être figée. Rappelons-nous Venise à la fin du 18<sup>e</sup> siècle qui faisait confiance à ses systèmes compliqués de conseils, le Conseil des Dix, le Conseil des Quarante. Si nous faisons toujours confiance à la fin du 20<sup>e</sup> siècle ou au début du 21<sup>e</sup> siècle à notre système législatif hérité de la Révolution alors que le monde a entièrement changé, nous passons à côté des instruments modernes de la réalité virtuelle qui représente la façon dont le droit se fait maintenant.

Prof. CARL HELBLING, *Zürich*

Das Thema des heutigen Vormittags lautet «Die Treuhand», gemeint ist «Das Treuhand-Rechtsgeschäft».

Der *Begriff Treuhand* kommt noch viel häufiger im Recht und in der Wirtschaftspraxis aber anders vor: Hunderte von Unternehmen führen in ihrer Firma (AG oder Einzelfirma) die Bezeichnung Treuhand. Gemäss Berufsbildungsgesetz wird der Titel «dipl. Treuhandexperte» verliehen und eine «Berufsprüfung für Treuhänder» durchgeführt (agent fiduciaire).

Im deutschsprachigen Raum sind die ersten Treuhandgesellschaften in Deutschland gegen Ende des letzten Jahrhunderts und in der Schweiz anfangs dieses Jahrhunderts entstanden. Danach wird der Begriff Treu-

hand allgemein verwendet für *Dienstleistungen wie Beratung, Revision, Verwaltung, die ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten voraussetzen*. Eine Treuhandgesellschaft bietet verschiedene Dienstleistungen, wie Revision, Steuerberatung, Unternehmensberatung, Personalvorsorgeberatung, Versicherungsberatung usw. an.

Auch die Berufsorganisation der dipl. Bücherexperten (Wirtschaftsprüfer), dipl. Steuerexperten und dipl. Treuhandexperten nennt sich Treuhand-Kammer. In Deutschland wurde die Verwaltung und Umstrukturierung der Betriebe der neuen Bundesländer auf die Treuhandanstalt übertragen.

Alle vorgenannten Treuhand-Bezeichnungen haben mit treuhänderischen Rechtsgeschäften, wie wir sie heute behandelt haben, nichts zu tun. Die sich «Treuhand» nennenden Personen tätigen also – abgesehen von wenigen Ausnahmen – keine Treuhand-Rechtsgeschäfte. Diese werden von Anwälten, Banken, Finanzgesellschaften usw. durchgeführt – also von Stellen, die in ihrer Firma den Begriff Treuhand gar nicht führen.

Unter den rund 700 Mitgliedfirmen der Treuhand-Kammer pflegen nur ganz wenige treuhänderische Verwaltungen im Sinne des Trust Business. Und auch dort ist es oft bei näherem Hinsehen reine administrative Verwaltungsarbeit ohne treuhänderische Rechtsgeschäfte. Neu kommt der Begriff «Trust» auch in Firmabezeichnungen auf (anstatt Vermögensverwaltung), wobei das Wort «Trust» auch wieder extensiv ausgelegt wird (nicht nur reine Offshore-Trust-Verwaltungen).

Mein Anliegen ist, um keine Missverständnisse und Konfusionen auszulösen, dass nicht von «der Treuhand», sondern präziser vom «Treuhandverhältnis» oder dem «Treuhand-Rechtsgeschäft» gesprochen wird.

Das Thema «Die Treuhand» wurde am Samstagmorgen in drei Arbeitsgruppen vertieft.

#### Arbeitsgruppe I: Dingliche Rechte und Subrogation

Prof. LUC THÉVENOZ, *Genève*

#### *Rapport sur les délibérations du groupe de travail*

Mesdames, Messieurs, notre groupe de travail a bien travaillé. Il a notamment été marqué par de longues interventions très fouillées et approfondies d'un juge fédéral, M. WALTER, et d'un praticien de la fiducie dans le secteur non bancaire, M. ANDRÉ CUENDET. Vous pourrez lire leurs interventions dans le procès-verbal de ces débats. Mon bref rapport reflète ce que je retire personnellement de leurs interventions et de celles qui ont suivi.

La question examinée dans les deux rapports reste ouverte: est-ce par la jurisprudence ou par la loi que nous allons continuer de construire la fiducie? Il est clairement apparu dans le débat que nos magistrats, à tous



les niveaux, et nos juges fédéraux tout particulièrement, ont le souci du système. Or la fiducie se développe en jouant sur les institutions, en combinant des mécanismes juridiques d'une manière qui n'avait pas été envisagée par le législateur. La fiducie n'est pas vraiment hors jeu, mais toujours sur la limite. Je retire de la discussion que la marge de manoeuvre que les juges se reconnaissent est restreinte pour des raisons de sécurité du droit, de prévisibilité de la jurisprudence et aussi par déférence à l'égard du législateur. Ainsi, M. WALTER nous a clairement montré que la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Feras Anstalt c. Banque Vallugano SA* (ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588) est moins favorable à la fiducie, qu'elle marque un retour en arrière et peut être interprétée comme un signal au législateur que son intervention est requise. Un arbitrage doit être fait entre les intérêts opposés des diverses parties – les intérêts du fiduciaire, des bénéficiaires, des tiers de bonne foi, des créanciers du fiduciaire – en même temps qu'il faut fixer l'interaction entre les différentes normes du droit positif que la fiducie met en jeu.

Deuxième point fort qui me semble ressortir du débat, c'est que les interventions ponctuelles du législateur ont le mérite de faire avancer le débat, même si elles ne le font pas progresser de manière globale. Hélas, elles peuvent aussi créer des distorsions de la concurrence difficiles à justifier. Le législateur ne devrait plus se limiter à intervenir dans telle ou telle loi instaurant un régime particulier propre à certains acteurs économiques (fonds de placement, banques). Il devrait essayer de régler l'ensemble de l'activité fiduciaire. Il ne s'agit pas de protéger les personnes qui agissent à titre fiduciaire, mais les clients ou les amis pour le compte desquels elles agissent.

Troisième remarque: le droit fiscal n'a été qu'effleuré par nos rapports, celui de M. WATTER et le mien. Or, le droit fiscal est une des conditions-cadres de l'économie qui déterminent le plus fortement la localisation des opérations fiduciaires. On ne peut vraisemblablement pas régler les aspects civils de la fiducie sans considérer parallèlement son régime fiscal.

Enfin, s'il revient surtout au législateur de déterminer la façon dont la fiducie évoluera, cette évolution doit tenir compte de ce qui se fait ailleurs. Doit-on copier ce qui se fait chez nos voisins proches ou lointains, et là on ne parle pas tant du trust que des autres pays qui connaissent la fiducie, notamment le Luxembourg dont un arrêté grand-ducal de 1983 a consacré en une seule page une fiducie bancaire capable qui a déjà attiré dans ce pays nombre d'opérations? Faut-il au contraire nous développer selon nos propres pistes? Un intervenant a judicieusement suggéré que la codification ou l'évolution législatives peuvent suivre des chemins différents en droit public et en droit privé. En droit public, la comparaison internationale s'exprime souvent dans une certaine forme de sous-enchère, qu'il s'agisse de dérégulation en droit économique ou d'aménagements du régime fiscal. En droit privé, on peut à l'inverse envisager de développer une institution de manière un peu particulariste, qui distingue un ordre juridique et consacre un avantage.



En tout état de cause – et ce sera ma conclusion – il ne s’agit pas de faire de l’art pour l’art. On ne saurait codifier pour le plaisir de raffiner de savantes constructions loin des préoccupations des usagers du droit. Il faut faire face aux problèmes que ceux-ci perçoivent et signalent. Y répondre suppose cependant une réflexion dogmatique et des prises de position au niveau de quelques principes de notre droit privé.

HANS PETER WALTER, *Bundesrichter, Lausanne*

*Votum in der Arbeitsgruppe I*

Die Herren Referenten haben das Thema in verdankenswerter Weise aufgearbeitet und umfassend dargestellt. Es geht mir im folgenden nicht darum, ihren weitgehend deckungsgleichen Postulaten rechtspolitisch zu widersprechen, sondern einzig um das Anliegen, jede beantragte Rechtsfortbildung, erfolge sie auf dem Wege richterlicher oder gesetzgeberischer Rechtsschöpfung, stets auch darauf zu prüfen, ob sie sich in das vorgegebene System einbetten lässt oder daraus auswuchert. Dabei versteht sich von selbst, dass eine primär als sachgerecht gewertete Lösung um so intensiver zu hinterfragen ist, je weiter sie sich von gefestigten Prinzipien entfernt. Den Blick allein auf ein isoliertes Ziel freigebende Scheuklappen ziemen dem auf eine ganzheitliche Betrachtung verpflichteten Zivilisten nicht.

Immerhin verhehle ich meine Skepsis nicht, ob all das, was die Herren Referenten als wünschbar erachten, sich widerstandslos bereits auf dem namentlich von Herrn WATTER angeregten Weg mehrfacher Praxisänderung erreichen liesse. Erhebliches wäre umzukrempeln und im Bereiche des Aussonderungsrechts die Ausnahme gar zur Regel zu erheben, was leicht dem Vorwurf riefte, der Richter betreibe unzulässige Rechtsschöpfung contra legem. Die Fülle der erforderlichen Modifikationen hält mich daher eher auf dem Boden der Erkenntnis, Rechtspolitik sei weiterhin in erster Linie Sache des Gesetzgebers und nicht des Rechtsanwenders; dies nicht aus konservativer Behäbigkeit, sondern aus Achtung vor der ordnenden Aufgabenteilung.

In materieller Hinsicht möchte ich drei Problemkreise zur Diskussion stellen, welche Einzelaspekte aus dem Verhältnis des Sachenrechts zum Obligationenrecht, aus der Interessenabwägung im Vertrauensschutz und aus der Drittwirkung relativer Rechtspositionen beschlagen.

1. Das Konzept des selbständigen, vom Obligationenrecht abgeschotteten Sachenrechts geht in unserem Rechtskreis auf SAVIGNY zurück, ist gekennzeichnet durch die Schlagworte der Autonomie, Abstraktheit, Absolutheit oder Totalität, manifestiert in der Unteilbarkeit des Eigentums und damit einhergehend in der geschlossenen Zahl dinglicher Rechte sowie in einem weitgehend historisch zu erklärenden Publizitätsprinzip.

Diese Schlagworte interessieren hier namentlich mit Blick auf den Grundsatz der sachenrechtlichen Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher

Verfügungsbeschränkungen, wie ihn § 137 BGB in seiner ursprünglichen Fassung mit dem lapidaren Satz ausdrückte: «Die vertragsmässige Verpflichtung des Eigenthümers, die Sache nicht zu veräussern oder zu belasten, ist gegen Dritte wirkungslos». Wird davon zu Gunsten des Treugebers und zu Lasten des Dritterwerbers abgewichen, führt dies zur Anerkennung parteiautonom begründeter *res extra commercium* und zur Reduktion der Zirkulationsfähigkeit relativ gebundener Güter. Soll die Reduktion sodann auf Treugut schlechthin angewandt werden, wird dem Treuhandvertrag eine Steuerungsfunktion eröffnet, welche sich möglicherweise nicht allein aus dem Sicherungsbedürfnis des Treugebers oder der Wettbewerbsfähigkeit des nationalen Rechts rechtfertigen lässt, sondern ebenfalls systematischer und teleologischer Betrachtung wert und zusätzlich abzustützen wäre.

Weniger Bedenken scheinen demgegenüber aus den herkömmlichen Publizitätsüberlegungen zu wachsen. In der Tat haben die Realien sich in diesem Bereich durch die mannigfach eingebürgerten Sonderformen der Sicherungsübereignung, des Leasingsvertrags, des Abzahlungsrechts mit Einschluss des Mietkaufs, aber auch durch die Anerkennung der Globalzession künftiger Forderungen so gewandelt, dass die Vermögenslage und damit Kreditwürdigkeit des Verhandlungspartners aussagekräftiger an Bilanzen und Bankauskünfte denn an sachbezogener Publizität gemessen wird.

2. Vertrauensschutz gründet in nahezu allen Schattierungen letztlich auf einer Interessenabwägung und -wertung, die leicht in Überlegungen der Einzelfallgerechtigkeit abzugleiten droht und daher im geschlossenen Rechtssystem besondere Gefahren birgt. Gefragt sind indessen auch hier klare Grundlagen und Kriterien der Entscheidung, für das heutige Thema vielleicht anzulehnen an Art. 933 ZGB, welcher prioritär das berechtigte Vertrauen des Dritten in den Rechtsschein der Verfügungsmacht des Besitzers schützt und den enttäuschten Eigentümer auf die Parömien verweist: «Trau schau wem» oder «Wo Du Deinen Glauben gelassen hast, da sollst Du ihn auch wieder suchen». Diese rechtspolitische Entscheidung, welche im Bereich des Vertrauensschutzes über das Besitzesrecht hinaus verallgemeinerungsfähig ist, wäre gesetzgeberisch durchaus auch im umgekehrten Sinne zu begründen, desungeachtet aber im gesetzten verbindlich. Je stärker indessen im Treuhandverhältnis das Vertrauen des Dritten demjenigen des Treugebers untergeordnet wird, desto heftiger wird am positivrechtlichen Grundsatz gerüttelt, und um so eindringlicher stellt sich die Frage, ob und wie weit in einem isolierten Institut davon abgewichen werden soll.

3. Forderungen aus rechtsgeschäftlichem Schuldverhältnis sind nach unserem Verständnis relative Rechte, die auf einer Sonderbeziehung zwischen bestimmten Personen beruhen und nur dem Schuldner, nicht aber einem an dieser Beziehung unbeteiligten Dritten entgegengehalten wer-

den können. Entsprechend bleibt das in Ausnutzung eines fremden Vertragsbruchs zustande gekommene Rechtsgeschäft im allgemeinen wirksam, es sei denn, der Dritte habe seinen Kontrahenten wettbewerbs- oder sittenwidrig (Art. 4 UWG, Art. 41 II OR) zum Vertragsbruch verleitet. Dies gilt im Grundsatz für die Verletzung einer treuhänderischen Bindung nicht anders als für den Doppelverkauf. Wird indessen, wie in den Referaten vorgeschlagen, die Rechtsbeständigkeit unbefugter Veräusserungen von Treugut unbeschrieben der Rechtszuständigkeit des Treuhänders in jedem Fall vom guten Glauben des Dritterwerbers abhängig gemacht, wird erneut an einem Grundprinzip, diesmal des Obligationenrechts, gerüttelt. Analoges gilt für die postulierten Beschränkungen der Einreden des Drittschuldners und des Retentionsrechts des Drittgläubigers. Ob indessen bereits die dogmatisch nicht einfach zu begründende Konstruktion einer parteiautonen quasidinglichen, d.h. anwartschaftlichen Rechtsstellung des Treugebers die Grundfeste der Relativität obligatorischer Rechte zu sprengen vermag, liegt zumindest nicht ohne weiteres auf der systemorientierten Hand.

ANDRÉ CUENDET, *Dr en droit, Genève*

*Votum in der Arbeitsgruppe I*

Après avoir été conduits sur des hauteurs juridiques par les précédents intervenants, vous voudrez bien m'excuser de vous ramener à un niveau plus terre-à-terre. J'ai lu les deux rapports avec les lunettes du praticien de la fiducie (non bancaire) que je suis et je me limiterai à des considérations pratiques.

Dans une large mesure, je suis d'accord avec les propositions formulées par MM. THÉVENOZ et WATTER. Quant à savoir s'il est déjà possible de les réaliser de lege lata ou s'il faut le faire de lege ferenda, je laisse des personnes plus compétentes que moi trancher la question.

Je suis toutefois d'avis qu'une évolution jurisprudentielle de la fiducie ou des modifications législatives au coup par coup risquent d'entretenir une distorsion de la concurrence entre la fiducie bancaire et la fiducie non bancaire. C'est ce que provoque en tout cas l'introduction de l'art. 37b dans la Loi fédérale sur les banques sous le couvert de la modification du droit des poursuites et je ne peux que le déplorer, quand bien même cet article, en soi, améliore la protection des investisseurs.

Je suis donc en faveur d'une loi sur la fiducie qui connaisse, selon la proposition du Prof. THÉVENOZ, un régime commun de cette institution. J'insiste spécialement sur le fait que je ne vois pas de raison de traiter différemment la fiducie bancaire de la fiducie non bancaire, sinon il y aurait distorsion de la concurrence. Je ne vois pas non plus de raison de faire une différence entre les opérateurs professionnels et les non professionnels. Enfin, il serait, à mon avis, non seulement illusoire, mais inéquitable, de vouloir réserver la ségrégation en cas de faillite aux seuls

agents économiques soumis à une surveillance étatique (banques) ou déontologique (avocats); en cela je me distance du projet – au demeurant fort intéressant – du Prof. GIOVANOLI ainsi que de la solution adoptée par l'arrêté grand-ducal luxembourgeois de 1983.

Si la solution d'une loi sur la fiducie était retenue, il faudrait à mon avis veiller à trois choses:

- d'abord à faire une étude comparative des institutions analogues chez nos principaux concurrents internationaux, principalement le Luxembourg; les deux rapports n'y font guère allusion;
- ensuite, il faudrait éviter de faire de l'art pour l'art et d'avoir une loi qui rattache parfaitement la fiducie à notre système juridique, mais dont certains aspects la rendraient non compétitive, internationalement, voire inutilisable; en d'autres termes je préfère une Cendrillon en voiture tous terrains qu'en Rolls Royce;
- enfin, il est indispensable de coordonner les lois et surtout les pratiques fiscales à la nouvelle loi.

Ces soucis sont dictés par les exemples concrets qui ont fait fuir la clientèle à l'étranger; qui ont eu pour effet de supprimer ou transférer des emplois à l'étranger et par là d'alimenter le chômage; introduction de l'ICHA sur l'or: le marché quitte la Suisse pour Londres; tentative d'imposer les placements fiduciaires: le marché aurait aussitôt quitté la Suisse; sociétés holding: le marché s'est déplacé à Londres, en Hollande, au Luxembourg; pratique qui permettait de sortir 95% du bénéfice d'une SA abolie par l'administration fiscale fédérale: aujourd'hui ce marché fleurit à Londres et en Autriche; fonds de placement: départ à Luxembourg; introduction de la TVA sur certains services fiduciaires et bancaires: ces services ont déjà partiellement quitté la Suisse; etc. Il faut donc éviter à tout prix de faire la même chose avec la fiducie. Comme disent nos confédérés, il nous faut «wirtschaftlich denken».

J'en viens maintenant à quelques remarques concrètes que le rapport du Prof. THÉVENOZ a suggéré au praticien que je suis:

#### 1. Paramètre fiscal (p. 351ss)

On y lit que le traitement fiscal a été plus souvent un incitant aux opérations fiduciaires qu'une entrave. C'est peut-être vrai pour les placements fiduciaires. Ça ne l'est plus pour les autres opérations fiduciaires depuis 1983. En effet, chacun connaît le tarif minimum des commissions fiduciaires imposé par l'administration fiscale fédérale, privant par là le marché de fixer lui-même les prix. Le fisc luxembourgeois s'est bien abstenu d'imposer des tarifs minimaux à ses administrés et ceux-ci sont parvenus à capter à la Suisse une partie de la clientèle internationale bien avisée.

## 2. Inscription du fiduciaire ès qualité dans les registres publics (p. 321)

Cette solution paraît s'inspirer du projet français. Elle est à rejeter. Elle rendrait impossible des structures actuellement très intéressantes. Le droit à la confidentialité doit être respecté également à ce niveau. On peut se référer d'ailleurs aux réflexions du Prof. THÉVENOZ sur l'argument moral (p. 324). Sur ce point donc, ne pas faire de l'art pour l'art.

## 3. Fiducie et blanchissage d'argent

Une loi sur la fiducie rendrait peut-être une certaine virginité à la fiducie qui est accusée par la Commission fédérale des banques (CFB) des pires vices. Dans sa directive du 18.12.1991 sur le blanchissage d'argent, certaines opérations fiduciaires sont clouées au pilori dans l'annexe sur les Indices de blanchiment (chiffres 29 et 30).

Par ailleurs dans son rapport de gestion 1992 (p. 230), la CFB fustige une banque pour avoir mis à disposition de son client une fiduciaire proche «pour mieux camoufler la véritable origine et le véritable propriétaire des avoirs». Il faut certes bien faire la distinction entre société fiduciaire et fiducie, mais dans le texte en question, le pas de l'une à l'autre est vite fait.

## 4. Ségrégation des avoirs fiduciaires

Je suis bien d'accord qu'une simple ségrégation au niveau de la comptabilité du fiduciaire ne suffit pas. Mais elle devrait être parfaitement suffisante au niveau d'un «compte omnibus», sans qu'il soit nécessaire de ségréguer les avoirs des divers fiduciaires entre eux. Il me paraît nécessaire de le préciser, car le texte de la p. 290 paraît être pour la suppression en général des comptes omnibus. Or ils répondent à une nécessité économique.

Je terminerai par deux considérations sous forme de questions aux deux autres membres du panel:

- L'art. 401 CO va demeurer applicable aux banques jusqu'à l'entrée en vigueur de l'art. 37b LB, en 1997 sauf erreur; il restera applicable aux non-banques par la suite. Si avant 1997 une faillite retentissante éclatait dans laquelle des avoirs fiduciaires pour CHF 1 mia se trouveraient impliqués, que pourrait faire le TF:
  - en rester à une application stricte de l'art. 401 CO?
  - «anticiper» l'entrée en vigueur du nouvel art. 37b LB (si le fiduciaire failli est une banque)?
  - l'anticiper par analogie (s'il s'agit d'une non-banque)?
- Dans l'arrêt *Böckli*, le TF a admis le cofiduciaire, voire un fiduciaire suppléant, comme moyen de soustraire l'avoir fiduciaire d'une masse en faillite. Cette solution pourrait-elle être utilisée comme parade aux défauts de l'art. 401 CO, par ex.: compte joint ouvert par le fiduciaire et son suppléant?



## Arbeitsgruppe II: Vermögensverwaltung und Erbrecht

Dr. ROLF WATTER, *Privatdozent, Zürich*

### *Bericht über die Gruppenarbeit*

Die Diskussionen in der Arbeitsgruppe II haben sich nach den Ausführungen von Frau Bundesrichterin KLETT vor allem auf die trustähnliche Treuhand konzentriert, also auf diejenige Unterart, bei der Unwiderrufbarkeit vereinbart wird und sozusagen eine separate Vermögensmasse geschaffen wird. Die Voten kreisten dabei um sechs Themen:

1. Aufgeworfen wurde zunächst die Bedürfnisfrage, wobei vertreten wurde, dass die testamentarischen Vorschriften genügen würden. Dieser Ansicht wurden die Politikerbeispiele (vgl. THÉVENOZ, S. 92, WATTER, S. 201) entgegengehalten.
2. Die Frage, ob sich denn die Treugeber wirklich jeweils ihres Vermögens oder Teilen davon entäussern wollten und nicht doch versteckt oder offen Einfluss zu nehmen suchen.
3. Die Problematik, dass eine feudalistische Ordnung durch die trustähnliche Treuhand über die Hintertür wieder eingeführt werden könnte; die Diskussion zeigte hier aber, dass mit einer zeitlichen Begrenzung Gegensteuer gegeben werden könnte.
4. Die Frage, ob nicht statt einer trustähnlichen Treuhand über eine Anpassung von Art. 335 ZGB eine befriedigendere Lösung gefunden werden könnte, die mit unserer Rechtsordnung kompatibel sei und sich dogmatisch einfacher abstützen lasse. Dabei bestand auch hier Einigkeit darin, dass gegebenenfalls eine zeitliche Begrenzung einzuführen wäre.
5. Die Notwendigkeit, die steuerliche Ordnung anzupassen, ansonsten die trustähnliche Treuhand so oder anders eine Totgeburt bleibe.
6. Die Leichtigkeit mit der heute von Schweizer Praktikern ausländische Konstruktionen angewandt werden, wobei ich folgende Aussage zitieren möchte: «Ich merke den Unterschied schon fast gar nicht mehr, ob ich Schweizer Recht oder Normen eines ausländischen Systems anwende». Mit diesem letzten Beispiel dürfte die Diskussion um die Konkurrenz der Rechtssysteme noch einmal deutlich werden.

Dr. KATHRIN KLETT, *Bundesrichterin, Lausanne*

### *Votum in der Arbeitsgruppe II*

1. Die beiden interessanten Referate stellen dem Thema entsprechend naturgemäss die Treuhand ins Zentrum ihrer Überlegungen, wobei sie beide im Vergleich mit dem anglo-amerikanischen Trust aufzeigen, dass die Treuhand in unserer Rechtsordnung als Rechtsfigur keine klar umris-



sene eigenständige Kontur gewonnen hat. Beide Referenten fragen sich, wo es treuhänderische Verhältnisse gibt und welche Probleme in der Anerkennung dessen bestehen, was die Parteien eines Treuhandverhältnisses gewollt und angestrebt haben. Sie gelangen sachlich übereinstimmend zum Schluss, dass die Treuhand eindeutiger ausgestaltet werden sollte, so dass quasi verselbständigte Vermögen – allerdings im Gegensatz zur Stiftung ohne eigene Rechtspersönlichkeit – anerkannt würden. Dass die Schöpfung einer dem Trust vergleichbaren Treuhand in unserer Rechtsordnung möglich wäre, weisen beide Referenten überzeugend nach – wobei ich jedoch nicht verhehlen möchte, dass ich grosse Bedenken gegen die Ansicht habe, dies sei durch blosse Praxisänderung möglich; allein schon die Anzahl, aber auch das Gewicht der Änderungen der Rechtsprechung, die Herr Dr. WATTER als für diesen Zweck erforderlich aufzeigt, belegt m.E. deutlich genug, dass hier nicht die blosse Erkenntnis sachlich gerechtfertigter und von allgemeiner Anerkennung getragener Ordnung in Frage steht, sondern ein rechtspolitischer Entscheid von grösserer Tragweite, den in unserer Staatsordnung die primär berufenen gesetzgebenden Behörden treffen müssten.

2. Mit der Treuhand in der Gestaltung, wie sie die Referate vorzeichnen, soll eine dauerhafte Verselbständigung bestimmter Vermögen in der Weise erreicht werden, dass die Zuständigkeit zur Verwaltung einerseits und der wirtschaftliche Nutzen anderseits unwiderruflich auseinanderfallen. Es sollen im Ergebnis unselbständige Stiftungen zu beliebigen privaten Zwecken geschaffen werden können. Soll die so verstandene Treuhand zur Regelung der Erbfolge über den Tod hinaus offen stehen, so wird das Prinzip in Frage gestellt, das Art. 335 ZGB mit dem Verbot der Errichtung von Familienfideikommissen zugrundeliegt und das soweit ersichtlich bis anhin in Lehre und Rechtsprechung kaum umstritten war. Die Wiederherstellung einer mit der französischen Revolution überwundenen feudalistischen Ordnung, in der ein Erblasser für mehrere Generationen nach ihm die Art der Verwaltung eines Familien-Vermögens vorschreiben kann, dürfte kaum allgemein erwünscht sein – ganz abgesehen davon, dass schon das Bedürfnis nach den heute zulässigen Familienstiftungen angesichts des Sozialversicherungsschutzes nicht mehr ohne weiteres ausgewiesen ist. Die Nachfolgeplanung – insbesondere die integrale Übertragung eines ganzen, zusammengehörigen Vermögenskomplexes im Erbfall – scheitert m.E. aber überhaupt weniger an fehlenden Gestaltungsmöglichkeiten, als an den Pflichtteilsansprüchen von Nachkommen und Ehegatten einerseits und an kantonalen Erbschaftssteuern anderseits. Werden die Pflichtteile und Erbschaftssteuern aber respektiert – und dass die Einführung der Treuhand der richtige Weg sein könnte, diese Schranken zu beseitigen, scheint mir undiskutabel – werden diese Schranken beachtet, dann bleibt der Anwendungsbereich der Treuhand für Nachfolgeregelungen so eng begrenzt, dass ich bezweifle, ob dafür ein wirkliches Bedürfnis auszumachen ist. Häufig dürfte sich nämlich das erwünschte

Ergebnis im engen Rahmen, den die zwingenden Pflichtteilsvorschriften und das Erbschaftssteuerrecht belassen, etwa durch testamentarische Vorschriften verbunden mit der Einsetzung eines Willensvollstreckers ebenso erreichen lassen wie mit der Trust-ähnlichen Treuhand – immer unter der Voraussetzung natürlich, dass diese Treuhand höchstens für eine Generation bestehen kann.

3. Die Treuhand soll im Verständnis der Referenten unwiderruflich ausgestaltet werden können. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass der Ruf derjenigen immer hörbarer wird, welche die zwingende Natur von Art. 404 OR in Frage stellen. Immerhin könnte dies sicher nicht aus der isolierten Betrachtung treuhänderischer Gestaltungsbedürfnisse geschehen, sondern müsste sich insbesondere auch für die persönlichkeitsnahen Aufträge rechtfertigen lassen. Die Basis für die treuhänderische Vermögensverwaltung ist regelmässig eine Vertrauensbeziehung. Wer sein Vermögen einem Treuhänder überträgt, wird dies in den meisten Fällen im Vertrauen auf dessen Fachkunde zur professionellen Verwaltung tun. Regelmässig dürfte daher auch sachlich gerechtfertigt sein, das Treuhandverhältnis jederzeit widerrufen zu können, wenn dieses Vertrauen in die Fachkompetenz nicht mehr besteht. Für die reine Vermögensverwaltung ist ein Bedürfnis nach Ausschluss der Widerrufsmöglichkeit m.E. nicht auszumachen. Soll der Widerruf ausdrücklich ausgeschlossen und gar auf jedes Weisungsrecht verzichtet werden können, so ändert sich die Vertragsbeziehung qualitativ. Der Treugeber übergibt nicht einfach sein Vermögen einem Dritten zur Verwaltung, sondern er entäussert sich dieses Vermögens teilweise und mindestens auf Zeit. Dass für eine derartige Teil-Entäusserung des eigenen Vermögens ein schutzwürdiges Bedürfnis besteht, das auf andere Weise nicht befriedigt werden kann, sehe ich nicht ganz. Wenn Interessenkonflikte tatsächlich bestehen, die eine Veräusserung bestimmter Vermögenswerte erfordern, so sollte dies doch in der Regel unmittelbar durch Verkauf dieser Vermögenswerte geschehen – dann sind die Verhältnisse klar. Eine teilweise, wenn möglich zeitlich beschränkte, Entäusserung hebt weder das persönliche Interesse des Treugebers an der Art der Verwaltung noch die Rechenschaftspflicht des Treuhänders auf und vermag jedenfalls die Unabhängigkeit des Treugebers nicht glaubhaft herzustellen.

4. Die Treuhand in der Form, wie sie von den Referenten vorgezeichnet wird, würde dem von ihnen beschriebenen Trust im wesentlichen entsprechen und zu einer weitgehenden Spaltung der Entscheidungsbefugnisse und der Nutzungsinteressen über bestimmte Vermögen führen. Ob eine derartige Entpersonalisierung der Vermögensrechte, die unserer Rechts-tradition letztlich fremd ist, wünschbar sei und ob die Folgen einer absehbaren Immobilisierung bestimmter Vermögen beim Erbgang und die Missbrauchsmöglichkeiten nicht doch stärker ins Gewicht fallen als die durch das Institut der Trust-ähnlichen Treuhand erweiterten Möglichkei-

ten flexiblerer Gestaltung und grösserer internationaler Wettbewerbsfähigkeit, wird letztlich der Gesetzgeber zu entscheiden haben. Dabei dürfte etwa die Diskussion über die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens die beste Gelegenheit darstellen, um zuerst grundsätzlich zu entscheiden, ob und in welchen Schranken eine dem Trust vergleichbare Treuhand auch in unserem Recht erwünscht sein könnte. Diesbezüglich muss ich gestehen, dass ich von der praktischen Notwendigkeit dieser Rechtsfigur noch nicht restlos überzeugt bin. Es sollte m.E. nicht einfach aus der Sicht möglicher Treugeber gefragt werden, wie deren Bedürfnissen am besten und in grösstmöglicher Rechtssicherheit entsprochen werden könne – es sollte ebenso eindringlich danach gefragt werden, ob und in welchem Rahmen die entsprechenden subjektiven Rechtsgestaltungsbedürfnisse auch schutzwürdig erscheinen und zwar unter Berücksichtigung der Interessen Dritter – das heisst namentlich von Gläubigern und Erben – wie auch unter allgemeinen Ordnungsinteressen.

### Arbeitsgruppe III: Internationale Beziehungen

Prof. ALFRED E. VON OVERBECK, *Fribourg*

#### *Bericht über die Diskussion in der Arbeitsgruppe*

In der Diskussion werden zunächst Zweifel an der Auffassung von Herrn ZOBL geäussert, wonach liechtensteinisches Treugut in der schweizerischen Zwangsvollstreckung ausgesondert werden kann. Diese Ansicht stützt sich auf die schuldrechtliche Natur des Aussonderungsanspruches im (liechtensteinischen) Truststatut. Es ist aber zweifelhaft, ob nicht doch das schweizerische Recht als Sachstatut eingreift.

Die Ausführungen von Herrn BARMES, wonach die Unsicherheiten im schweizerischen Recht Banken und Rechtsberater immer mehr dazu veranlassen, ausländische Trusts zu empfehlen, wurden durch einen weiteren Genfer Praktiker bestätigt. Er erachtet die Änderung des schweizerischen Rechts als sehr wünschenswert.

Die weitere Diskussion betrifft hauptsächlich die Frage, inwiefern schweizerisches zwingendes Recht die vollen Wirkungen eines ausländischen Trust einschränkt. Die Pflichtteile des schweizerischen Rechts würden sich durchsetzen, soweit eine Erbfolge dem schweizerischen Recht untersteht. Es wurde aber daran erinnert, dass in der Schweiz wohnhafte Ausländer durch Unterstellung unter ihr Heimatrecht die Pflichtteile ausschalten können. Eine Lockerung des Sachenrechts im Sinne einer Verallgemeinerung der Aussonderungsmöglichkeiten, wie sie schon nach Art. 401 Abs. 1 OR und Bankenrecht bestehen, wurde mehrheitlich befürwortet. Die Frage wurde jedoch aufgeworfen, ob nicht die Bevorzugung eines ausländischen Trust gegen das Gleichheitsprinzip verstösst.

Als Ergebnis zeigt sich, dass die Ratifikation der Haager Konvention allgemein als wünschenswert betrachtet wird. Deren Nutzen wäre aber sehr viel grösser, wenn sich das schweizerische Recht auf dem Wege der Gesetzgebung oder der Rechtsprechung in dem von den Berichterstattern des Juristentages vorgeschlagenen Sinne entwickeln würde.

Prof. ALFRED E. VON OVERBECK, *Fribourg*

*Einleitendes Votum in der Arbeitsgruppe III*

Der Vorsitzende erinnert daran, dass der Trust in der schweizerischen Rechtsprechung nicht häufig vorkommt, wohl aber in der Praxis. Herr M. BARMES, ein seit mehreren Jahren in der Schweiz tätiger common lawyer, wird die Praxis darstellen, danach soll die Diskussion hauptsächlich die Frage der Ratifikation des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und ihre Anerkennung vom 1. Juli 1989 betreffen<sup>1</sup>.

Das Neuartige an der Trust-Konvention ist, dass sie nicht, wie andere Staatsverträge, eine bestimmte Institution, wie etwa «Testament», oder «Kaufvertrag» betrifft, sondern eher einen «Rechtsbehelf», oder ein «allgemeines Rechtsprinzip»<sup>2</sup>. Von den vielfachen Erscheinungsformen des Trust erfasst die Konvention nur diejenigen, die auf einer Willensäusserung des settlor beruhen und schriftlich festgehalten sind (Art. 3). Sie ist aber auch auf entsprechende Konstruktionen in nicht common law Ländern anwendbar. Art. 2 Abs. 1 umschreibt die Eigenschaften des Trust, ohne aber eine umfassende Definition geben zu wollen:

«Article 2

Aux fins de la présente Convention, le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;
- c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.»

<sup>1</sup> Französischer und englischer Text, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Band XLI 1985, S. 47; inoffizielle deutsche Übersetzung, IPRax 1987, S. 55.

<sup>2</sup> So P. BREITSCHMID, Trust und Nachlassspaltung, Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini, Zürich 1995, S. 49, 53.

*«Artikel 2*

Im Sinn dieses Übereinkommens bedeutet der Ausdruck *«trust»* die von einer Person, dem Begründer, – durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder für den Todesfall – geschaffenen Rechtsbeziehungen, wenn Vermögen zugunsten eines Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck der Aufsicht eines *trustee* unterstellt worden ist.

Ein *trust* hat folgende Eigenschaften:

- a) Das Vermögen des *trust* stellt ein getrenntes Sondervermögen dar und ist nicht Bestandteil des persönlichen Vermögens des *trustee*;
- b) die Rechte in bezug auf das Vermögen des *trust* lauten auf den Namen des *trustee* oder auf den einer anderen Person in Vertretung des *trustee*;
- c) der *trustee* hat die Befugnis und die Verpflichtung, über die er Rechenschaft abzulegen hat, das Vermögen in Übereinstimmung mit den *trust*-Bedingungen und den ihm durch das Recht auferlegten besonderen Verpflichtungen zu verwalten, zu verwenden oder darüber zu verfügen.»

Vom schweizerischen Standpunkt ist lit. a), das Aussonderungsrecht, der springende Punkt. Sollte, wie es die Berichterstatter und Professor GIOVANOLI<sup>3</sup> fordern, das Aussonderungsrecht in der Schweiz allgemein anerkannt werden, so könnte unsere Treuhand unter die Konvention fallen, da die Punkte b) und c) keine Probleme aufwerfen sollten.

Die Konvention regelt einerseits die Rechtsanwendung, wofür nach Art. 6 in erster Linie der Wille des settlor, subsidiarisch die engste Beziehung massgebend sind, und andererseits die Anerkennung ausländischer Trusts. Was letzteren Punkt anbetrifft ist Art. 11 das Gegenstück zu Art. 2:

*«Article 11*

Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.

La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.

Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment:

- a) que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust;

---

<sup>3</sup> Les opérations fiduciaires au regard du droit suisse: Bilan, stratégies et perspectives, Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse, édité par M. JACCARD, CEDIDAC 29, Lausanne 1994, p. 189.



- b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;
- c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee*;
- d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee*, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.»

### «Artikel 11

Ein *trust*, der nach dem in Kap. II bestimmten Recht errichtet worden ist, wird als *trust* anerkannt. Die Anerkennung hat mindestens die Wirkung, dass das Vermögen des *trust* ein vom persönlichen Vermögen des *trustee* getrenntes Sondervermögen darstellt, dass der *trustee* in seiner Eigenschaft als *trustee* klagen oder verklagt werden kann und dass er in dieser Eigenschaft vor einem Notar oder jeder Person auftreten kann, die in amtlicher Eigenschaft tätig wird.

Soweit das auf den *trust* anzuwendende Recht dies erfordert oder vorsieht, hat die Anerkennung insbesondere die Wirkung,

- a) dass die persönlichen Gläubiger des *trustee* keinen Zugriff auf das Vermögen des *trust* nehmen können;
- b) dass das Vermögen des *trust* im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses des *trustee* nicht Bestandteil des Vermögens des *trustee* ist;
- c) dass das Vermögen des *trust* weder Bestandteil des ehelichen Vermögens noch des Nachlasses des *trustee* ist;
- d) dass das Vermögen des *trust* herausverlangt werden kann, wenn der *trustee* unter Verletzung der sich aus dem *trust* ergebenden Verpflichtungen Vermögen des *trust* mit seinem persönlichen Vermögen vermischt oder Vermögen des *trust* veräussert hat. Die Rechte und Pflichten eines Dritten, der das Vermögen des *trust* in seinem Besitz hat, unterstehen jedoch weiterhin dem durch die Kollisionsnormen des Staates des angerufenen Gerichts bestimmten Recht.»

Artikel 11 sieht allerdings vor, dass die Anerkennung des Trust einer Anwendung der zwingenden Bestimmungen des nach den Kollisionsnormen des Forum auf Erbrecht, Sachenrecht, usw., anwendbaren Rechts nicht entgegensteht. Im Ratifikationsverfahren in den Niederlanden steht eine Anwendungsbestimmung, die Art. 11 abschwächen würde, zur Diskussion. Ähnliches war in Frankreich beabsichtigt, wo aber zurzeit nichts unternommen wird.

Die Konvention betritt Neuland und versucht, eine Brücke zwischen common law und civil law zu schlagen. Dies ist zu bedenken, wenn man findet, sie gehe nicht weit genug. Auf Grund der Erfahrungen mit ihr sind in einer späteren Phase weitergehende Lösungen denkbar.



MARK BARMES, *Sollicitor, Genève*

*Votum in der Arbeitsgruppe III*

Visiteur dans votre pays, je suis ému de figurer parmi les intervenants d'aujourd'hui et je vous adresse mes remerciements pour l'invitation et, par avance, pour votre indulgence. Mon intervention se veut résolument ancrée dans la pratique. S'il en était autrement, j'abuserais de la confiance des organisateurs. Par mon accent, vous aurez compris que je fais partie des juristes étrangers exerçant leur profession en Suisse. En ce qui me concerne, j'exerce depuis sept ans et mon domaine d'activité, du moins au début, couvrait essentiellement le domaine des trusts. Nous ne sommes maintenant pas moins de 145 membres dans le groupement suisse de l'association professionnelle anglaise dénommée STEP ou Society of Trust and Estate Practitioners, ce qui fait que le groupement suisse de cette association est le plus grand en dehors de l'Angleterre. Pouvons-nous ou devons-nous en déduire que le trust est une réalité en Suisse? Je crois que oui. Quotidiennement, nous sommes appelés à conseiller soit des banques, soit des sociétés de trust suisses, soit des constituants, soit des bénéficiaires. Il y a surtout les trusts constitués et animés à l'étranger, qui voudraient opérer des dépôts en Suisse et des investissements à partir de la Suisse. Quelles sont les exigences d'une telle structure? Y a-t-il des risques qui y sont attachés? Ceci pose la question-clé pour tout trustee professionnel: «peut-il dormir sur ses deux oreilles»? Il y a les successions des étrangers domiciliés en Suisse et des étrangers décédés, laissant des actifs en Suisse. Affaires vite réglées quand il s'agit de choses mobilières et le plus souvent source d'incompréhension et de frustrations quand il s'agit d'immeubles. Plus surprenant, il y a des sociétés de prestation de services offrant exclusivement les services de trustee, protecteur ou gérant. Enfin, il y a les Suisses qui investissent à l'étranger et dont les mieux avisés n'ignorent pas que le trust peut être le meilleur choix de structure, sans effet fiscal ou autre en Suisse, tout en présentant des avantages dans le pays où l'investissement est effectué.

Tout ceci sans la protection de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance («la Convention») et dans un cadre juridique où l'incertitude quant aux effets du trust en Suisse est de mise.

Pourquoi? Est-ce une mode passagère, un simple incident du secret bancaire ou au contraire un phénomène durable? La Suisse n'a-t-elle pas une obligation de bien encadrer juridiquement cette activité? Devrait-elle chercher activement à maintenir voire à encourager le trust, n'ayant quant à elle pas d'institution propre qui soit analogue? Bien évidemment, je réponds affirmativement. Et la première chose à faire serait à mon sens de ratifier la Convention.

Deux choses me semblent claires:

- Premièrement, avant l'entrée en vigueur de la LDIP, il y avait l'arrêt «Harrison»: le trust était un contrat mixte et la règle de conflit applicable pour les contrats s'imposait. Depuis la LDIP, nous n'en sommes plus très sûrs. Est-ce un contrat (auquel cas l'art. 116 LDIP serait la règle de conflit applicable) ou une société (auquel cas l'art. 154 LDIP serait la règle applicable)? Une règle de conflit particulière aux trusts existe-t-elle? Pas expressément et ceci malgré leur omniprésence en Suisse.
- Deuxièmement, selon mon expérience, les trusts viennent moins souvent en Suisse depuis 1989 et, le cas échéant, les trustee companies quittent carrément la Suisse.

Est-ce le résultat de l'abandon de la formule B? Des coûts liés au maintien d'une opération en Suisse? Faut-il y voir là le produit de l'incertitude juridique démontrée par le séquestre récent de l'ensemble des actifs de multiples trusts déposés au nom d'un trustee, alors qu'un seul trust était en cause ou l'amélioration de l'offre à l'étranger ou encore le sentiment de rejet découlant d'un cadre juridique devenu incertain? A notre sens, ces différents facteurs ont leur importance, de même que la frustration face au fait que la Suisse, un centre pour la gestion de patrimoines privés dans le monde, ne se précipite pas pour ratifier la Convention.

Der Vorsitzende schliesst sich der Ansicht des Vorredners an, wonach eine Ratifikation des Trust-Übereinkommens die Probleme der Praxis lösen und eine Abwanderung in andere Rechtssysteme verhindern könnte.

Dr. DANIEL GIRSBERGER, *Rechtsanwalt, Zürich*

*Votum in der Arbeitsgruppe III*

Im inzwischen berühmt gewordenen Fall Harrison hat das BGer im wesentlichen die Wirkungen des common law-Trusts, der von der SKA als Trustee in der Schweiz verwaltet wurde, aufgrund einer sehr weitgehenden sogenannten Transposition ins bzw. Anpassung an das schweizerische Recht bejaht. Es hat das Trustverhältnis als Kombination einer fiduziarischen Eigentumsübertragung, eines echten Vertrags zugunsten eines Dritten und einer Schenkung mit Wirkungen über den Tod hinaus qualifiziert.

Seit dem Inkrafttreten des LugÜ für die Schweiz im Jahre 1992 besteht nun auch eine Zuständigkeit am «Sitz» des Trust für Klagen gegen den Settlor, den Trustee oder den Beneficiary in dieser Eigenschaft (Art. 5 Ziff. 6 LugÜ). Wo der Sitz sich befindet, regelt das Kollisionsrecht des jeweiligen Forums, bei einem schweizerischen Gerichtsstand also das schweizerische Recht (Art. 53 Abs. 2 LugÜ). Auch die Wahl eines Gerichtsstandes in der Trusturkunde oder im Treuhandvertrag ist für Streitigkeiten zwischen Settlor, Trustee und Beneficiaries verbindlich (Art. 17 Abs. 2 LugÜ) (siehe S. BERTI, Der Trust, das Lugano Überein-

kommen und das schweizerische IPR, Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, S. 223).

Wie wir gehört haben, gehen zwingende Rechtsnormen des schweizerischen Forums oder des aufgrund von dessen Kollisionsnormen bezeichneten Rechts auch nach dem HÜK dem auf den Trust anwendbaren Recht (dem sog. Truststatut) vor. Das betrifft nicht nur Normen, die ordre public-Charakter oder die Natur sog. lois d'application immédiate haben (Art. 16, 18 HÜK), sondern auch zwingende Normen des Ehewirkungs-, des Erb- und des Güterrechts, des Sachenrechts sowie des Insolvenzrechts (Art. 15 HÜK).

Nach der Rechtsprechung des BGer lassen sich allgemein Rechtswirkungen, die von einem Schweizer nach schweizerischem materiellen Recht nicht herbeigeführt werden können (z.B. weil nach schweizerischem Recht ein unwiderruflicher Auftrag nicht möglich ist oder weil kein Aussonderungsrecht gegenüber dem Treuhänder in dessen Konkurs besteht), durch ganz legale Errichtung eines common law-Trust oder eines ähnlichen Instituts erreichen. Ein Trust oder eine Treuhandenschaft wird nämlich nach der heute vorherrschenden Praxis nach dem in der Trusturkunde gewählten Recht oder nach dem Gesellschaftsstatut (d.h. am Ort der Inkorporation) beurteilt. Es bedarf keiner oder einer nur minimalen Berührung mit dem gewählten Recht bzw. dem Inkorporationsstatut, damit der Trust oder die Treuhand in der Schweiz anerkannt wird.

Ein ordre public-Vorbehalt (z.B. betreffend das Verbot des Familienkommisses oder der Familienunterhaltsstiftung) hat in der Schweiz keine grossen Chancen mehr, die Unwirksamkeit eines ausländischen Trusts oder einer ähnlichen Treuhandenschaft herbeizuführen. Auch der sog. Fiktionsvorbehalt, der von der Praxis vor Inkrafttreten des IPRG noch gemacht worden war – d.h. Beurteilung eines nach ausländischem Recht begründeten Instituts am Recht der tatsächlichen Verwaltung anstatt am Ort der Inkorporation im Falle der Absicht, das schweiz. Erb- oder Steuerrecht zu umgehen – ist unter der Herrschaft des IPRG vom BGer ausdrücklich aufgegeben worden (BGE 117 II 494 ff.; Parteifähigkeit einer Panama Gesellschaft, welche die Gründerrechte einer liechtensteinischen Stiftung hielt, aus der ein libanesischer Staatsangehöriger begünstigt war).

Prof. ZOBL will unter der Herrschaft des schweizerischen Kollisionsrechts sogar ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Treuhänders in der Schweiz mit denselben Wirkungen zulassen, wie sie nach dem Recht bestehen, unter dem der Trust bzw. (i.c.) die liechtensteinische Treuhandenschaft organisiert bzw. das vom Settlor gewählt worden ist (D. ZOBL, Die Aussonderung von liechtensteinischem Treugut in der schweizerischen Zwangsvollstreckung, Zürich 1994).

Auf dieser Grundlage möchte ich die etwas provokative Behauptung in den Raum stellen, dass die Ratifikation des HÜK an der gegenwärtigen Rechtslage in der Schweiz mit Bezug auf ausländische Trusts oder ähnliche Institute, die in der Schweiz oder nach schweizerischem Recht beurteilt werden, nichts ändert.

#### IV.

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

#### *Verfassungsreform, speziell Justizreform*

Es entspricht einer guten Übung, dass der Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes am Juristentag dem Schweizerischen Juristenverein und den Berichterstattern nicht nur dankt, sondern sich mit den wertvollen Tagungsberichten auch näher auseinandersetzt. Wenn ich mir dieses Jahr die Freiheit nehme, von dieser bewährten Übung abzuweichen, so keineswegs aus Geringschätzung der Referate – ganz im Gegenteil. Sondern allein, weil die Vernehmlassung zur Verfassungsreform im Verlauf des Winters zum Abschluss kommt. Es liegt mir daher sehr daran, die Grundanliegen dieses Reformprojekts gerade in Ihrem Kreis auszuweiten.

Warum eine Verfassungsreform heute?

Sie kennen die Mängel der geltenden Verfassung; ich kann mir Einzelheiten ersparen. Nach 136 Partialrevisionen in 121 Jahren stehen wir vor einem ganz und gar unübersichtlichen, oft auch unverständlichen Flickwerk. Die Verfassung ist den aktuellen Herausforderungen kaum mehr gewachsen; sie vermag das tägliche staatliche Handeln nicht mehr ausreichend zu lenken. Sie hat damit an Wert und Wertschätzung verloren. Die innere Kohärenz fehlt und damit die Überzeugungskraft. Der grosse Verfassungsrechtler WALTER BURCKHARDT schrieb schon 1931 in das Vorwort seines Kommentars zur Bundesverfassung: «Seit 1871 sind die Revisionen nicht nur auf einen besonderen Gegenstand begrenzt geblieben; sie sind auch, und stets mehr, aus einer begrenzten Betrachtung heraus geboren worden. Man hat den Zusammenhang mit dem *Ganzen*, das eine Verfassung ist, übersehen, dagegen das einzelne, das gerade zu regeln war, mit beschränkter Ängstlichkeit ausgestaltet; man überbot sich in Einschränkungen und Vorbehalten und hatte nicht mehr den Mut, einen Gedanken ganz durchzuführen.» *Eine neue in sich konsistente Verfassung tut deshalb not.*

Der *Reformbedarf ist ausgewiesen* und die Reformdiskussion hat, wie Sie alle wissen, nun lange genug – rund 30 Jahre – gedauert. Was bisher aber fehlte, war der klare politische Wille der Bundesversammlung zu einer umfassenden Reform. Gewiss, das Parlament hat uns 1987 den Auftrag erteilt, das Verfassungsrecht nachzuführen. *Aber reine Nachführung genügt nicht.* Verfassungsreform ist ein aufwendiges Unterfangen, und der Aufwand rechtfertigt sich nur, wenn die *reformierte Verfassung auch aktuelle Herausforderungen angeht*. Letztes Jahr hat nun aber das Parlament seinen Willen zur Verfassungsreform mit der Überweisung der *Motion* JOSI MEIER bekräftigt: Danach ist die Verfassungsreform so

voranzutreiben, dass sie im Jubiläumsjahr 1998 «150 Jahre Bundesstaat» verabschiedet werden kann. Der Bundesrat hat entsprechend gehandelt und rechtzeitig, unter grossem persönlichen Einsatz der Experten, vorab der Kommissionspräsidenten JEAN-FRANÇOIS AUBERT, WALTER KÄLIN und YVO HANGARTNER, und der Personen, die departementsintern mit dem Projekt betraut sind, einen entsprechenden Entscheid vorgelegt.

Mit der Verfassungsreform streben wir *keinen Totalumbau unserer rechtlichen Grundordnung* an. Zwar sind zur Zeit gleich mehrere bedeutende Reformen hängig: Reformen in den Bereichen Volksrechte, Justiz, Parlament und Regierung, Finanzausgleich, Föderalismus. Eine Totalrevision aber, die alle diese Anliegen auf einmal erfüllen wollte, würde uns überfordern. Wir brauchen ein *Vorgehen in überblickbaren Schritten*.

*Der Bundesrat betrachtet die Verfassungsreform daher als offenen Prozess.*

1) *Unabdingbare Grundlage der Verfassungsreform bildet die Nachführung des Verfassungsrechts.* Erst eine nachgeführte, systematisch aufgebaute und übersichtliche Verfassung schafft für die Reformen in der Sache den sicheren Rahmen.

2) Parallel zur Nachführung haben wir *vier punktuelle Neuerungen* vorgelegt: zu Gebietsveränderungen zwischen den Kantonen, zur Mitwirkung der Kantone in der Aussenpolitik, zum Schutz des Redaktionsgeheimnisses und zur Öffentlichkeit der Verwaltung.

3) Ferner unterbreiten wir im Bereich der *Volksrechte* und im Bereich der *Justiz* zwei in sich geschlossene *Bereichsreformpakete*, die dann getrennt zur Abstimmung kommen sollen. Zusätzliche Reformpakete können später folgen und der nachgeführten Verfassung – gewissermassen nach dem Baukastenprinzip – eingefügt werden.

Zur Nachführung des Verfassungsrechts

*Aufgabe und Bedeutung der Nachführung*

Die nachgeführte Verfassung wird *das gesamte geltende, geschriebene und ungeschriebene, Verfassungsrecht klar und verständlich darstellen: systematisch geordnet sowie in Dichte und Sprache vereinheitlicht*. Dieses Vorgehen schafft *Transparenz* und entspricht dem Bundesbeschluss von 1987. Die nachgeführte Verfassung soll die grundlegenden Normen unseres Staates sichtbar und zugänglich machen, soll ein wirklichkeitsgetreues Bild von Staat und Recht vermitteln. Bürgerinnen und Bürger sollen sich mit unserem Grundgesetz – wieder – identifizieren können. So bietet die



Verfassungsreform Gelegenheit, die demokratische Legitimation des geltenden Verfassungsrechts zu erneuern und zu stärken.

*Nachführung ist jedoch mehr als eine blosse formale Revision der Verfassung.* Überholte Bestimmungen sollen entfernt, veraltete aktualisiert werden. So umfassen die Bestimmungen über den Alkohol in der heutigen Bundesverfassung 2 Seiten; neu wird die verfassungsrechtliche Substanz auf 2 Zeilen reduziert. Regelungen von untergeordneter Bedeutung sind neu auf Gesetzesstufe weiterzuführen. Lücken sollen geschlossen werden. Das ungeschriebene materielle Verfassungsrecht soll kodifiziert, das internationale Recht integriert werden.

Diese Beispiele zeigen, dass die Nachführung *von grosser rechtlicher und politischer Bedeutung* ist. Indem wir Sprache und Systematik der Verfassung ändern und bislang ungeschriebenes Verfassungsrecht in die Verfassungsurkunde hineinnehmen, setzen wir (ob wir wollen oder nicht) neue inhaltliche Akzente.

## Reform der Volksrechte

Der eigentliche politische Brennpunkt der Verfassungsreform sind zweifellos die Volksrechte.

### *Warum eine Reform der Volksrechte?*

Unser System der Volksrechte ist oft kritisiert worden, teils im Zusammenhang mit bestimmten Volksabstimmungen der letzten Jahre, welche die internationale Berechenbarkeit der Schweiz in Frage gestellt haben, teils im Zusammenhang mit rückwirkenden oder völkerrechtswidrigen Volksinitiativen. Es besteht offensichtlich *Reformbedarf*. Das ist weiter nicht erstaunlich: Unsere Volksrechte stammen im wesentlichen aus dem letzten Jahrhundert; sie sind auf die damaligen Bedürfnisse zugeschnitten. In zentralen Punkten werden sie den heutigen Anforderungen an einen modernen und handlungsfähigen Staat nicht mehr gerecht.

Die Wahrung der Entscheidungsfähigkeit der demokratischen Institutionen sowie die Verbesserung der Glaubwürdigkeit und Berechenbarkeit des politischen Handelns im Innern wie nach aussen sind die wesentlichen Ziele der Reform der «Volksrechte». Glaubwürdigkeit und Berechenbarkeit der Politik waren unsere grossen Trümpfe im internationalen wirtschaftlichen und politischen Wettbewerb mit den andern Völkern. Sie gelten als Markenzeichen der Schweiz im Rahmen der Völkergemeinschaft. Eine Verfassungsreform, die beansprucht, eine gesicherte Grundlage für das politische Handeln der Schweiz im nächsten Jahrhundert zu schaffen, muss sich mit der Frage auseinandersetzen, wie und ob unsere demokratischen Institutionen den künftigen Herausforderungen an unser Land noch gewachsen sind. Dabei sind zweifellos vor allem die «Volksrechte» von grösster politischer Sensibilität. Sie prägen in hohem Masse



den politischen Charakter unseres Landes. Es sind demokratische Institutionen, auf die unser Volk zu Recht stolz ist. Es kann deshalb keinesfalls darum gehen, diesen Identifikationsfaktor *par excellence* abzuwerten und in der Substanz zu verringern. Es soll im Gegenteil erreicht werden, dass ihr eigentlicher Sinn, die Mitbestimmung der Bürgerinnen und Bürger in den zentralen politischen Fragen, auch unter den veränderten Rahmenbedingungen des nationalen wie des internationalen Umfeldes wieder zum Tragen kommt. Bei sachlicher Analyse des Zustandes unserer Volksrechte kann nicht übersehen werden, dass bei der heutigen Ausgestaltung der Volksrechte Lücken und Ungleichgewichte bestehen. Daher wird die Einführung eines Finanz- und Verwaltungsreferendums, aber auch eine Ausdehnung des Staatsvertragsreferendums vorgeschlagen, wogegen notwendige Vollzugsgesetze vom Referendum ausgenommen werden sollen.

Das neu ausgelotete Gleichgewicht zwischen den direkt-demokratischen und den repräsentativen Elementen einerseits und den demokratischen und den rechtsstaatlichen Elementen unseres Regierungssystems andererseits ist nur möglich und sinnvoll im Rahmen eines ganzen Reformpaketes, das Erweiterungen, Verfeinerungen und Erschwerungen der Volksrechte abwägt und miteinander verbindet. Mit punktuellen Änderungen lässt sich dieses neue Gleichgewicht gerade nicht herstellen, weil Partialrevisionen fast notwendigerweise einseitig erschweren oder einseitig ausbauen.

## Justizreform

Lassen Sie mich nun auf das *zweite Reformpaket* eingehen, die *Justizreform*. Auf sie möchte ich in Ihrem Kreise aus naheliegenden Gründen besonders eingehen.

## *Reformbedarf*

Weshalb haben wir die Justiz zu einem *Reformbereich* erklärt?

Aus politischer Sicht steht die anhaltende *Überlastung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts* im Vordergrund. Die Bundesrichter arbeiten unter einem enormen quantitativen Erledigungsdruck. Dies beeinträchtigt den individuellen Rechtsschutz, weil die Verfahren länger dauern und die Gefahr besteht, dass die überlasteten Bundesrichter die Dossiers weniger sorgfältig prüfen können, als ihnen lieb und sachlich angemessen wäre. Unter der Überlastung leiden vor allem die typisch höchstrichterlichen Aufgaben: Gewährleistung der einheitlichen Rechtsanwendung und Fortbildung des Rechts. Die Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts ist dadurch in Frage gestellt. Mit der Teilrevision des Bundesrechtspflegegesetzes von 1991 konnten – innerhalb des geltenden Verfassungsrechts – wohl einige Entlastungsmassnahmen realisiert werden. Ihre Entlastungswirkung reicht aber nicht aus; von einer

Normalisierung der Lage sind wir noch immer entfernt. Eine strukturelle Reform unserer höchsten Gerichte drängt sich daher gebieterisch auf, wenn uns nicht der falsche Weg der ständigen Erhöhung der Zahl der Bundesrichter über kurz oder lang in eine Sackgasse führen soll. Eine strukturelle Reform verlangt aber Verfassungsänderungen.

*Ein weiterer Grund* für die Justizreform bildet der geplante *Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Dieser lässt sich – das ist selbstverständlich – nicht ohne Verfassungsänderung realisieren. Der Reformdruck gründet hier vor allem in der gewaltigen Verlagerung der Kompetenzen auf den Bund einerseits und der zunehmenden Bedeutung internationaler Verträge, vor allem der EMRK, andererseits.

*Schliesslich bestehen im Prozessbereich Schwachstellen*. Mit je 27 bzw. 29 verschiedenen Prozessordnungen, daneben zahlreichen geschriebenen und ungeschriebenen Bundesregelungen, ist das Prozessrecht in der Schweiz derart zersplittert, dass es seiner dienenden Funktion, dem materiellen Recht in einer immer mehr vernetzten Welt zur Durchsetzung zu verhelfen, nicht mehr optimal gerecht werden kann.

### *Die wichtigsten Reformvorschläge*

Die Leitlinie der Justizreform entspricht dieser Mängelanalyse: Wir wollen eine Justizverfassung schaffen, welche die anstehenden Probleme im Justizbereich löst und eine *tragfähige Grundlage für ein wirksames Rechtsschutzsystem mit einem funktionsfähigen Bundesgericht* abgibt. Konkret betreffen unsere Reformvorschläge im wesentlichen vier Bereiche.

Erstens: Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts. Die Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht soll durch zwei Massnahmen sichergestellt werden. *Zum einen durch den Grundsatz der richterlichen Vorinstanz*. Das Bundesgericht soll prinzipiell nicht mehr als erste gerichtliche Instanz entscheiden. Dies bedingt den flächendeckenden Ausbau der richterlichen Vorinstanzen auf Bundes- und Kantonsebene. Dazu gehört insbesondere die Schaffung eines vom Bundesgericht losgelösten Bundesstrafgerichts, welches diejenigen Strafsachen erstinstanzlich beurteilen soll, welche das Gesetz in die Zuständigkeit des Bundes legt. Direktprozesse vor Bundesgericht werden mit Ausnahme weniger Sonderfälle, wie vor allem bundesstaatliche Streitigkeiten, abgeschafft. Mit dieser Massnahme wird das Bundesgericht von der Filterwirkung richterlicher Vorinstanzen profitieren können und von den aufwendigen Direktprozessen entlastet.

Der Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen allein reicht aber zur wirksamen Entlastung des Bundesgerichts nicht aus. Deshalb wird *zum andern* eine *Verfassungsgrundlage* bereitgestellt, *damit der Gesetzgeber den Zugang zum Bundesgericht beschränken kann*.

Zweitens: Verbesserung des Rechtsschutzes. Die Justizreform ist nicht nur ein Paket zur Entlastung des Bundesgerichts. Sie bringt auch entscheidende *Verbesserungen des Rechtsschutzes*. Hierher gehört vorab die *Verankerung einer allgemeinen Rechtsweggarantie*. Sie gilt grundsätzlich für alle Streitigkeiten, namentlich auch für solche betreffend Verwaltungsentscheide. Davon können der kantonale und der Bundesgesetzgeber nur für spezifisch begründete Ausnahmen abweichen, etwa für nicht justiziable Regierungs- oder Parlamentsakte.

Gleich zwei Fliegen auf einen Schlag trifft der Vorschlag, die *Rechtspflegeaufgaben von Bundesrat und Nationalrat betreffend eidgenössische Abstimmungen und Nationalratswahlen auf das Bundesgericht zu übertragen*. Dadurch werden die politischen Behörden von den für sie atypischen Justizfunktionen entlastet. Gleichzeitig erhalten die Bürgerin und der Bürger auch in wichtigen Bereichen der politischen Rechte des *Bundes* gerichtlichen Rechtsschutz. Bei der Beurteilung der Gültigkeit von Volksinitiativen soll dagegen die vorrangige Stellung der Bundesversammlung beibehalten bleiben: Die Bundesversammlung muss allerdings künftig den verbindlichen Entscheid des Bundesgerichts anrufen, wenn sie der Meinung ist, eine Volksinitiative sei ungültig. Damit wird der heiklen Frage der Ungültigerklärung von Volksinitiativen jeder Anstrich einer politischen Justiz genommen.

Drittens: Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit. Als weiteren bedeutsamen Reformschritt schlagen wir einen *massvollen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit* vor. Das Bundesgericht soll Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse im Anwendungsfall auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung und mit dem internationalen Recht überprüfen und bei Verletzung *im konkreten Fall nicht anwenden können*. Darüber hinaus sollen die Kantone – und nur diese – die Befugnis erhalten, die Verletzung der verfassungsmässigen Kompetenzordnung durch den Bundesgesetzgeber zu rügen. Wir schlagen ein *konzentriertes System* vor, bei dem *ausschliesslich das Bundesgericht* die entsprechende Prüfungsbefugnis besitzt. In Fällen, in denen eine Vorinstanz endgültig entscheidet, soll ein *Vorlageverfahren* verhindern, dass gewisse Gesetze der Verfassungsgerichtsbarkeit entzogen bleiben.

Viertens: Vereinheitlichung des Prozessrechts. Der letzte Punkt, den ich erwähnen möchte, die *Vereinheitlichung bzw. Harmonisierung des Prozessrechts*, dürfte hier im Schweizerischen Juristenverein auf besonderes Interesse stossen. JÜRGEN AESCHLIMANN hat sich einmal die Mühe genommen, die Wellenschläge aufzuzeigen, welche die Frage der Prozessrechtsvereinheitlichung im Schweizerischen Juristenverein aufgeworfen hat (in: ZStrR 1992, S. 356-361). Er beginnt mit der erstaunlichen Feststellung, dass bereits die erste Arbeitstagung des jungen Vereins 1862 dem *Zivilprozess* galt. Weitere Juristentage waren in der Folge dieser Problematik gewidmet. Die wertvollen Arbeiten und Diskussionen, welche der Juristenverein zu diesem Thema hervorgebracht hat, haben mit

den Weg dafür bereitet, dass wir heute im Rahmen der geplanten Justizreform zwar nicht die Vereinheitlichung, aber doch *eine Harmonisierung des Zivilverfahrensrechts* vorschlagen. Wir meinen, es genügt, wenn der Bund durch Rahmenvorschriften dafür sorgen kann, dass die verschiedenen kantonalen Prozessordnungen nicht zu verfahrensmässigen Ungleichbehandlungen führen und die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche nicht erschweren.

Weiter geht der Vorschlag für das *Strafverfahren*. Hier schlagen wir – vor allem im Interesse einer Optimierung der Verbrechensbekämpfung – eine Kompetenz zur *Vereinheitlichung* vor.

Grundsätzlich *unangetastet* bleibt die *Organisationshoheit der Kantone*. Allerdings werden die Kantone verpflichtet, nicht nur für den Vollzug von Bundesverwaltungsrecht, sondern auch im Bereich ihres eigenen öffentlichen Rechts die Verwaltungsgerichtsbarkeit einzuführen.

Erlauben Sie mir noch einige Ausführungen zu den in der Öffentlichkeit bisher am meisten beachteten und zugleich umstrittenen Punkten: zu den *Zugangsbeschränkungen* und dem *Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit*.

### *Zur Kritik an den Zugangsbeschränkungen*

Zuerst zu den *Zugangsbeschränkungen*. Unser Vorschlag sieht vor, dass das Gesetz den Zugang zum Bundesgericht beschränken kann, dass der Zugang aber gewährleistet bleibt, wenn es um Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung geht oder einer Partei ein gewichtiger Nachteil droht. Diesem Vorschlag erwachsen von zwei verschiedenen Seiten Kritik:

1) *Der eine Standpunkt* wendet sich *generell gegen Zugangsbeschränkungen*. So wird etwa argumentiert, derartige Beschränkungen widersprechen schweizerischer Tradition und brächten eine Schmälerung des Rechtsschutzes. Die Möglichkeit jeden Bürgers und jeder Bürgerin, sich an das Bundesgericht wenden zu können, sei darüber hinaus unverzichtbar in einem Bundesstaat, der den Vollzug von Bundesrecht weithin den Kantonen anvertraue.

2) Eine andere Position, gewissermassen die Gegenposition zur ersten, spricht *sich für Zugangsbeschränkungen* aus, *stösst sich aber an den Schranken*, welche die Verfassung nach unserem Vorschlag dem Gesetzgeber auferlegt.

*Zunächst zum Hauptargument, der Rechtsschutz würde geschmälert*. Ich meine, es ist gerade auch der Rechtssuchende, der an einer sinnvollen Zugangsregelung interessiert sein muss. Es nützt ihm wenig, wenn er zwar in jedem noch so geringfügigen Fall vor Bundesgericht gelangen kann, dort aber die Verfahren unangemessen lange dauern und zudem die Gefahr besteht, dass die überlasteten Bundesrichter das Dossier nicht mit der

nötigen Sorgfalt prüfen. Und darüber hinaus darf ein wichtiger Punkt nicht vergessen werden. Die Justizreform trägt den Bedenken eines Rechtsschutzabbaus durchaus Rechnung: Sie ermöglicht zwar die Einführung von Zugangsbeschränkungen, im Gegenzug verankert sie aber eine allgemeine Rechtsweggarantie. Wir meinen, damit seien gewisse Zugangsbeschränkungen zum Bundesgericht verkraftbar. Der Rechtssuchende kann zwar unter Umständen nicht mehr bis vor Bundesgericht gelangen, dafür ist ihm aber in jedem Fall die Beurteilung durch einen unabhängigen Richter garantiert. *In der Kompensation der Zugangsbeschränkungen durch die allgemeine Rechtsweggarantie liegt das Neue dieses Vorschlages.*

*Untere Gerichte sind ebenso gut in der Lage, qualifizierten Rechtsschutz zu gewähren. Die spezifisch höchstrichterlichen Aufgaben aber, vor allem die Wahrung der Rechtseinheit und die Rechtsfortbildung sowie die Ausübung der Verfassungsgerichtsbarkeit, liegen primär in der Verantwortung des Bundesgerichts.* Mit geeigneten Zugangsbeschränkungen muss der Gesetzgeber dafür sorgen können, dass das höchste Gericht seine Uraufgaben wieder optimal erfüllen kann.

*Nun zu jenen Stimmen, welchen unser Vorschlag zu wenig weit geht und die dem Gesetzgeber gerne volle Freiheit liessen.* Ich denke, unser Verfassungstext stellt einen ausgewogenen Reformansatz dar. Die Formulierung, wonach der Zugang zum Bundesgericht zu gewährleisten ist, wenn es um eine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung geht oder einer Partei ein gewichtiger Nachteil droht, ist nicht etwa eine Umschreibung von Annahmegründen. Vielmehr werden – wie dies für Verfassungsgebung typisch ist – prinzipienhaft Anforderungen an die Gesetzgebung gestellt. In wichtigen Fällen soll das Bundesgericht angerufen werden können. Damit sind einerseits legitime Rechtsschutzbedürfnisse abgedeckt, gleichzeitig besteht andererseits soviel Offenheit, wie nötig ist, damit der Gesetzgeber auf veränderte Verhältnisse flexibel reagieren kann.

### *Zur Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit*

Was nun den *Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit* betrifft, so erfüllen wir damit nicht zuletzt ein Anliegen, das in der Wissenschaft seit langem verfochten wird. In der Tat gibt es heute *gute Gründe* für einen moderaten Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit.

1) So wird – erstens – mit Recht darauf hingewiesen, dass Artikel 113 Absatz 3 BV mit dem *enormen Zuwachs der Bundeskompetenzen* eine neue (und vom historischen Verfassungsgeber wohl nicht bedachte) Tragweite erhalten hat. Die *Möglichkeit verfassungswidriger Bundesgesetzgebung* hat *rein quantitativ stark zugenommen*. Gewiss verhält sich das Parlament in aller Regel verfassungstreu. Aber es gibt eben auch Ausnah-



men. Ferner muss man mit dem Fall rechnen, dass ursprünglich verfassungskonforme Normen mit der Zeit verfassungswidrig werden. Das kann auch der umsichtigste Gesetzgeber nicht verhindern.

2) Zweitens: Dass gegenüber Bundesgesetzen nach wie vor keine nationale Verfassungsjustiz besteht, ist seit dem *Inkrafttreten der EMRK* fragwürdig geworden – fragwürdig darum, weil die EMRK über weite Strecken mit den verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung übereinstimmt, die Strassburger Organe aber selbstredend nicht an die «Massgeblichkeit» unserer Bundesgesetze gebunden sind. Wenn heute ein Beschwerdeführer in Lausanne mit der Rüge ungehört bleibt, ein Bundesgesetz verletze seine verfassungsmässigen Rechte, so kann er in Strassburg trotzdem zum Ziel gelangen, indem er einfach die analoge Garantie der EMRK anruft. *Das Bundesgericht ist seit einiger Zeit zur gleichen Prüfung bereit, damit es nicht zur blossen Durchlaufinstanz degradiert wird. Damit ist die richterliche Kontrolle von Bundesgesetzen im Grundrechtsbereich faktisch schon zu einem grossen Teil eingeführt.* Beurteilungsmassstab bildet aber Konventionsrecht und nicht die Bundesverfassung. Nur durch den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit vermag unsere Bundesverfassung gegenüber der EMRK ihre normative Kraft zurückzugewinnen.

Von den *Gegnern* wird ein *Demokratieverlust* befürchtet, auf die *Gewaltenteilung* hingewiesen oder aber die *Gefahr der Politisierung der Justiz* heraufbeschworen. Ich meine, *diese Argumente vermögen die Gründe, die für den Ausbau sprechen, nicht zu überwiegen.*

*Die Erfahrungen mit der Überprüfung kantonaler Gesetze durch das Bundesgericht belegen, dass Verfassungsgerichtsbarkeit die Freiheit der Privaten wesentlich fördern kann, ohne dass die Demokratie durch übermächtige Richter gefährdet wird.* Man darf hier keinen falschen Vorstellungen erliegen: Die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit besteht darin, *die konstitutionellen Grundelemente der freiheitlichen demokratischen, rechtsstaatlichen und bundestaatlichen Ordnung zu wahren.*

Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet dagegen nicht, dass die Justiz anstelle des demokratischen Gesetzgebers die rechtspolitischen Weichenstellungen vorzunehmen habe: Dass dem Gesetzgeber in dieser Hinsicht der Vorrang gebührt, ist völlig unbestritten. Wohl aber geht es darum, die *institutionellen Konsequenzen aus dem Vorrang der Verfassung* zu ziehen. Wenn wir uns einig sind, dass die Verfassung dem Gesetz vorgeht, dann müssen wir zulassen, dass die zentralen Grundentscheidungen der Verfassung praktisch durchgesetzt werden können, auch gegenüber dem Bundesgesetzgeber. Diese *konstitutionellen Grundelemente*, das ist unbestritten, *sind demokratisch nicht weniger legitimiert als die Entscheidungen des Gesetzgebers.* Dem Verfassungsrichter ist damit eine klare Leitlinie vorgegeben. Der solchermassen auf demokratisch fundierte



Prinzipien verpflichtete Verfassungsrichter erscheint vielmehr als Garant denn als Gefahr für die Demokratie.

Es gilt auch, die Proportionen zu wahren. Vorgeschlagen wird keine abstrakte Normenkontrolle, wie sie den Verfassungsgerichten der Vereinigten Staaten oder der Bundesrepublik zusteht. Immer wieder herangezogene Beispiele aus diesen Staaten, welche die Politisierung der Justiz belegen sollen, schiessen deshalb am Ziel vorbei.

*Und schliesslich die Politisierung der Justiz?* Es kann nicht geleugnet werden, dass Verfassungsgerichtsbarkeit eine politische Komponente aufweist. Dies rührt daher, dass Verfassungsnormen notwendigerweise offen formuliert sind und daher stärker als andere Normen der Konkretisierung bedürfen. Dieses Faktum wird bei den bestehenden Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit akzeptiert, es kann auch bei einer massvoll ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit akzeptiert werden.

Der vorgeschlagene Verfassungstext lässt denn auch genügend Raum für den «judicial restraint» im Rahmen einer für die schweizerischen Verhältnisse zugeschnittenen «political question» Doktrin.

Das, was wir jetzt vorschlagen, ist insgesamt nur die Weiterentwicklung der Leistung des historischen Verfassungsgebers von 1848 und 1874. Dem Bundesgericht kam von Anfang an die Aufgabe zu, die Rechte und Freiheiten der Bürger zu wahren. Gefahr für die verfassungsmässigen Rechte wurde damals vor allem in den Kantonen gesehen, weshalb die uns wohl vertraute staatsrechtliche Beschwerde eingeführt worden ist. Heute würden wir die Augen vor der Realität verschliessen, wenn wir übersehen würden, dass angesichts der enormen Breite der Bundesgesetzgebung die Möglichkeit der Verletzung der verfassungsmässigen Rechte durch den Bundesgesetzgeber ebenso real ist. Es ist deshalb Sinn und Zweck der Justizreform, die Uraufgabe des Bundesgerichtes der Wahrung der verfassungsmässigen Rechte der Bürgerinnen und Bürger auf die heutigen Verhältnisse zuzuschneiden.

## Schluss

Ich komme zum Schluss. Eine Verfassungsreform beruht auf der Einsicht in die Notwendigkeit einer Veränderung. Es gibt in unserm Land Kräfte, die verteidigen ängstlich das Bestehende, wie auch Kräfte, die den mutigen Aufbruch zu neuen Ufern, die Utopien fordern. Beides bringt uns nicht weiter. Das Ziel der Verfassungsreform besteht aus meiner Sicht darin, den sichtbaren «Funktionsverlust» unserer Verfassung wie auch den Verlust an Handlungsfähigkeit und Glaubwürdigkeit unserer demokratischen Institutionen abzubauen und mit geeigneten, realistischen Vorschlägen einen Weg in die Zukunft unseres Staates zu weisen: eine, wie ich meine, grosse Herausforderung!

*«Die grosse Reform, den einzig-grossen Wurf gibt es nicht; es geht vielmehr darum, ... die Veränderung eben <Stück für Stück> in konkreten*

*Reformschritten herbeizuführen – «piecemeal social engineering», wie Popper es im Gegensatz zu utopischen Entwürfen fordert.»*

Diese Worte von Helmut Schmidt, wenn auch in anderem Zusammenhang geschrieben, treffen den Nagel auf den Kopf.

Ich möchte Sie, die Sie als Juristinnen und Juristen in den verschiedensten Rechtsgebieten tätig und sachkundig sind, aufrufen, aktiv am Prozess der Verfassungsreform teilzunehmen, ganz im Sinne unseres Mottos: Mitlesen, Mitdenken, Mitreden. Denn wäre es nicht erfreulich, wenn es im Jubiläumsjahr 1998 «150 Jahre Bundesstaat» gelänge, nicht nur Rückschau zu halten, sondern mit Blick nach vorn den Gesellschaftsvertrag, der unser Volk zusammenhält, zu erneuern und unsere direkte Demokratie wieder in eine Form zu bringen, von der wir überzeugt sind, dass sie Zukunft hat und weiterhin unser berechtigter Stolz sein wird.

V.

#### **Intervention finale du Président**

Le Président exprime sa reconnaissance à M. le Conseiller fédéral ARNOLD KOLLER pour sa présence et, surtout, pour son intervention toujours très substantielle. Il remercie encore tous les participants à ce Congrès et leur donne rendez-vous à Lausanne en 1996.

Verzeichnis der Diskussionsteilnehmer – Liste des participants aux débats

BARMES M., Genève  
CUENDET A., Genève  
DESSEMONTET, F., Lausanne  
FORSTER M., Lausanne  
GIRSBERGER D., Zürich  
HELBING C., Zürich  
KILLIAS M., Lausanne  
KLETT K., Lausanne  
MÜLLER P.A., Lausanne  
NAY G., Lausanne  
OVERBECK A.E., Fribourg  
RIKLIN F., Fribourg  
SCHUBARTH M., Lausanne  
THÉVENOZ L., Genève  
TRECHSEL S., St. Gallen  
WALTER H.P., Lausanne  
WATTER R., Zürich  
WIRPRÄCHTIGER H., Lausanne  
WOHLMANN H., Allschwil