

---

# Seminar 1986: «Liberales Herausforderungen»

Einleitungsreferate

---

RE  
FLE  
TON

## **Vier Thesen zu Gesetzgebung und Rechtsdurchsetzung**

Dr. iur. Peter Forstmoser, Professor  
an der Universität Zürich, Präsident des  
Stiftungsrates

Ich muss gestehen, dass ich nach meinen beiden prominenten Vorrednern Hemmungen überwinden muss, wenn ich mich als Dritter zum Thema unseres heutigen Seminars – Liberale Herausforderungen – äussern soll. Ich bin in Fragen des Liberalismus weder ein Praktiker, der sich in jahrzehntelanger politischer Arbeit in verschiedenen und höchsten Funktionen bewährt hat, noch ein professionierter Denker, der zu den verschiedensten Themen aus liberaler Sicht klärend und bestimmend das Wort ergriffen hat. Ich bin bestenfalls interessierter Halblaie, verfüge über keine einschlägigen Ausweise als den bescheidenen, dem Libera-

len Institut seit der Gründungsphase so gut es eben ging die Stange gehalten zu haben.

Wenn ich mich – pflichtbewusst dem Auftrag unseres Geschäftsführers folgend – dennoch äussere, dann möchte ich wenigstens bei meinen Leisten bleiben. Ich spreche daher als **Jurist**, der in erster Linie im Handels- und Wirtschaftsrecht tätig ist. Meine Ausführungen sind daher durchaus subjektiv geprägt, sicher auch anfechtbar, aber sie können vielleicht trotzdem als Diskussionsbasis – und auf der Diskussion soll ja das Schwergewicht der heutigen Veranstaltung liegen – nützlich sein.

Ich möchte im folgenden **vier Thesen zur Gesetzgebung und Rechtsdurchsetzung** aus liberaler Sicht aufstellen und diese anschliessend an **drei Beispielen** etwas konkretisieren:

### **I. Vier Thesen zu Gesetzgebung und Rechtsdurchsetzung aus liberaler Sicht**

Hiezu möchte ich die folgenden – mehr oder weniger willkürlich zusammengetragenen – Thesen aufstellen:

1. Liberale Gesetzgebungspolitik darf **nicht einfach defensiv**, bewahrend sein, sie soll nicht bloss den Status Quo verteidigen, sondern sie muss **offensiv** neue Probleme angehen und in liberalem Sinn zu lösen versuchen.

Der Liberalismus wird heute m. E. zu oft als Verteidigungsposition, als eine Rechtfertigung des Bestehenden und damit als ein Alibi für Inaktivität verstanden. Er sollte sich – im Sinne des Titels unseres Seminars – modernen Herausforderungen stellen, liberales Gedankengut immer wieder neu zu verwirklichen trachten.

2. Zentrales Anliegen muss dabei namentlich auch der **Schutz des einzelnen und seiner Persönlichkeit** sein.

In der politischen Diskussion fällt auf, dass die liberale – bzw. die freisinnige – Position zwei Hauptanliegen verfiicht: die Bewahrung der Handels- und Gewerbefreiheit und die der Eigentumsgarantie. Ebenso wichtig sind aber m. E. die **Anliegen des Persönlichkeitsschutzes**, der heute völlig verfehlt zu einer «linken Domäne» zu werden droht. Das Property-Denken darf nicht die Überhand haben gegenüber dem Liberty-Denken (wobei zu sagen ist, dass im Property-Begriff personenbezogene Verfügungsmacht noch stärker mit-schwingt als bei unserem stark entpersönlichten, oft nur auf den Geldwert bezogenen Eigentumsbegriff).

3. Vermehrt muss sodann wieder das **Vertrauen in die Leistung des einzelnen** in den Vordergrund gestellt werden.

a) Damit meine ich zunächst einmal **Vertrauen in den einzelnen Bürger, in seine Fähigkeit, selber zu seinem Recht zu sehen.**

In einer Expertenkommission, die einen Gesetzgebungsauftrag hatte, wurde mir einmal entgegengehalten, auf den mündigen Bürger könne man nicht zählen. Konsequenz eines solchen Denkens ist es, dass nicht nur viel zwingendes Recht zum Schutz des einzelnen – auch vor sich selbst – aufgestellt wird, sondern dass auch gleich noch die nötigen staatlichen Instanzen geschaffen werden, die diese Schutznormen durchsetzen, unabhängig davon, ob der Betroffene dies überhaupt wünscht.

Aus liberaler Sicht wären dagegen vermehrt lediglich die Rechte des einzelnen

zu fixieren und griffige Rechtsbehelfe für die Durchsetzung zur Verfügung zu stellen. Es liegt dann am Betroffenen zu entscheiden, ob er sich für sein Recht – wenn es nicht ohnehin freiwillig erfüllt wird, was ja der Normalfall ist – wehren will oder ob ihm daran nichts liegt.

b) Vertrauen in den einzelnen bedeutet weiter **Vertrauen in die Fähigkeit des Richters**, sachgerechte Entscheide anhand von gesetzlichen Richtlinien zu treffen, ohne an ein enges Korsett detaillierter Regeln gebunden zu sein.

In diesem Zusammenhang stellt sich das Reizwort «Gesetzesinflation» ein, das heute schon angesprochen wurde. Wissenschaftliche Untersuchungen zeigen, dass quantitativ eine solche Inflation nicht nachweisbar ist. Der «Ausstoss» an Bundeserlassen z. B. blieb in den letzten Jahren ziemlich konstant. Wohl aber – so scheint mir – nahm an zahlreichen Orten die **Regelungsdichte** zu. Es wird offenbar nicht mehr darauf vertraut, dass der Richter in der Lage ist, den Einzelfall auch ohne eine ins einzelne gehende Ordnung zu entscheiden und dabei erst noch rechtsfortbildend zu wirken.

c) In der gesetzgeberischen Arbeit schliesslich sollte nach meiner Auffassung – wie weit sie sich politisch realisieren lässt, kann ich nicht beurteilen – der **Auftrag an einen einzelnen Gesetzesredaktor** wieder vermehrt an die Stelle der Arbeit von Expertenkommissionen treten.

4. Damit verwandt ist die letzte Forderung, **der Privatautonomie** und – weiter gefasst – **dem Privatrecht den gebührenden Raum zu lassen**. Die Durchsetzung der Interessen des einzelnen sollte in erster Linie dessen Sache sein. Der Staatsapparat kann und muss dazu Hilfestellung lei-

sten – namentlich durch die Gerichte –, Entscheidung und Initiative aber sollten soweit als möglich beim Privaten verbleiben.

In der Folge möchte ich diese These an drei Beispielen erläutern und konkretisieren. Die Auswahl ist dabei keineswegs repräsentativ, und ich habe auch nicht besonders Wichtiges herausgegriffen. Vielmehr habe ich eine Art «Potpourri» zusammengestellt von Gebieten, in denen ich mich einigermassen auskenne, teils aufgrund der Ausarbeitung von Publikationen, teils wegen der Mitwirkung in Expertenkommissionen, teils auch durch meine Tätigkeit als praktizierender Jurist.

## II. Konkretisierung anhand von praktischen Beispielen

### 1. Datenschutz

Paradebeispiel für meine Thesen sind für mich die Gesetzgebungsarbeiten des Bundes zum Datenschutz:

a) Zuerst ein Hinweis zur Lokalisierung: Datenschutz ist ein **Teilgebiet des Persönlichkeitsschutzes**. Es geht – grob gesagt – darum, den einzelnen zu schützen vor Eingriffen in seine Privatsphäre, die mit dem Sammeln, Verarbeiten, Speichern und Weitergeben personenbezogener Information einhergehen können.

Der Persönlichkeitsschutz war in der Schweiz bis vor kurzem im privaten Bereich im wesentlichen durch einen einzigen Artikel gewährleistet: den Art. 28 ZGB, der bestimmt:

«Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen.»

Diese Ordnung hat sich bewährt, sie ist zum Ausgangspunkt geworden für eine

reiche und fruchtbare Gerichtspraxis, die diesen Schutz gegenüber den unterschiedlichsten Gefährdungen der physischen wie psychischen Integrität realisierte.

Art. 28 ZGB ist in den letzten Jahren einer gründlichen Überprüfung und Überarbeitung unterzogen worden. Das Resultat ist eine seit Mitte 1985 in Kraft stehende Gesetzesnovelle, welche die gesetzliche Ordnung aufgrund der in der Gerichtspraxis gemachten Erfahrungen massvoll erweitert und insbesondere den Schutz gegenüber den Medien verstärkt. **Ausgeklammert** wurde bei dieser Neuordnung (entgegen anfänglichen Bestrebungen) der **Datenschutz**. Er sollte Gegenstand eines **Spezialgesetzes** werden. Der Entwurf dieses Gesetzes wurde Ende 1983 in die Vernehmlassung geschickt. Zu seiner Entstehung ist einiges auszuführen:

b) Zu erwähnen ist zunächst, dass der Schutz des Individuums und damit der **Persönlichkeitsschutz** im allgemeinen sowie der **Datenschutz** im besonderen m.E. – wie erwähnt – eminent **liberale Postulate** sind. Der direkte Anstoss zu den Gesetzgebungsarbeiten im Bund erfolgte aber nicht etwa von liberaler Seite, sondern durch zwei im Frühjahr 1977 eingereichte parlamentarische Initiativen von Nationalrat Gerwig. Damit wurde m. E. die Chance, eine liberale Herausforderung anzunehmen, verpasst.

c) Mit der Ausarbeitung wurden **zwei grössere Expertenkommissionen** betraut, wobei der Gerechtigkeit halber zu sagen ist, dass durch diese Kommissionen nicht nur der bisher durch ZGB 28 abgedeckte private, sondern auch der öffentliche Bereich geordnet werden sollte. Für ihre Arbeit benötigten die beiden Kommis-

sionen und eine ad hoc gebildete Gruppe, welche die Abschlussredaktion zu betreuen hatte, gute fünf Jahre. Trotzdem befriedigt das Resultat nicht, und die Reaktionen in der Vernehmlassung waren ziemlich vernichtend.

Auf zwei inhaltliche Mängel aus der Sicht der heutigen Thematik sei hier besonders hingewiesen:

d) Obwohl der Datenschutz nur ein **Teilbereich des Persönlichkeitsschutzes** ist – ein besonders wichtiger Bereich zwar, aber auch ein Bereich, in welchem bis heute keine groben Missstände festzustellen waren – benötigt der Gesetzesentwurf für die Regelung **69 Artikel**. (Eingeschlossen ist dabei freilich auch der öffentliche Bereich). Dabei ist der Text zum Teil schwer verständlich, nicht nur für den Laien, sondern auch für den nicht spezialisierten Juristen. Es spricht daraus ein **Misstrauen gegenüber der Fähigkeit des Richters, im Einzelfall anhand von Richtlinien das Richtige zu tun**.

e) auch wird es nicht ausschliesslich in das Ermessen des einzelnen gestellt, seine Rechte durchzusetzen, sondern die Realisierung stellt in wichtigen Punkten auf die Arbeit einer **Eidgenössischen Datenschutzkommission**, die über ein **ständiges Sekretariat** verfügen soll, ab.

f) Zusammengefasst ist damit folgendes zu kritisieren:

- Ein liberales Postulat wurde aufgrund einer «linken» Initiative aufgegriffen.
- Das Gesetz wurde von zu vielen Köchen vorgekocht.
- Der Ermessensspielraum für den Richter ist zu klein, das Netz der Bestimmungen zu dicht.

– Und schliesslich wurde die Selbsthilfe zugunsten der Staatsaufsicht zu sehr in den Hintergrund gerückt.

In Kürze nun noch einige Bemerkungen zu zwei anderen gesetzgeberischen Tendenzen:

## 2. Insiderrecht

a) Auch hier ist das Problem bekannt: Die Ausnützung von Inside-Informationen, d. h. von Kenntnissen, die andere nicht nur nicht haben, sondern auch nicht haben können, wird heute allgemein verurteilt. Es besteht Einigkeit darüber, dass **Insider-Geschäfte nicht nur wirtschaftspolitisch schädlich, sondern auch ethisch verwerflich** sind. Insider-Transaktionen führen zu einer Übervorteilung des Publikumsanlegers, sie vereiteln die Chancengleichheit im Wertpapierhandel, können die Funktionsfähigkeit des marktwirtschaftlichen Systems und namentlich der Börse stören, und es liegt zudem darin häufig auch ein Vertrauensmissbrauch gegenüber der betroffenen Unternehmung.

Einig ist man sich seit langem auch darin, dass die geltende Rechtsordnung keinen Schutz zu gewähren vermag.

b) Auch hier hätte es m. E. ein liberales Anliegen sein müssen, für eine Ordnung zu sorgen, die solche Missbräuche bekämpft. Es kann nicht im Interesse des Liberalen liegen, wenn die Funktionsfähigkeit des Marktes gestört wird, ebensowenig, wenn ungerechtfertigte Privilegien die Chancengleichheit vereiteln.

Dennoch haben sich liberale Kreise zumindest zum Teil einer gesetzlichen Ordnung gegenüber lange zögernd, verzögernd oder auch direkt ablehnend

verhalten. Auch wurden sogenannte Freiwilligkeitslösungen vorgeschlagen, deren Scheitern von Anfang an offensichtlich war. Für beides wird man Verständnis aufbringen, da es darum ging und geht, neue Normen aufzustellen und durch Verbote die **Freiheit des Handelns einzuschränken**. Doch darf man eben nicht übersehen, dass damit die **Freiheit jener** – und nur gerade jener – **geschützt** wurde, **die sie missbrauchen**.

Die Initiative kam auch hier letztlich nicht von liberaler Seite, sondern quasi von aussen: Wenn heute auch die Liberalen ziemlich geschlossen ein Verbot für Insiderhandeln fordern, dann vor allem deshalb, weil der Druck aus den USA und die damit verbundenen wirtschaftlichen Implikationen gesetzgeberische Reaktionen in der Schweiz unumgänglich machen.

Wiederum wurde nach meiner Auffassung eine Chance verpasst, aus eigenem Antrieb eine Ordnung aufzustellen.

## 3. Die Aktienrechtsreform

a) Auch die Reform des Aktienrechts hätte eigentlich eine Domäne der Liberalen dargestellt. Sicherzustellen ist hier einerseits die nötige **Transparenz** vor allem bei grossen Gesellschaften, da Publizität eine Voraussetzung ist für das Funktionieren des Marktes. Zu gewährleisten ist aber auch die **Freiheit privatautonomer Gestaltung** als Alternative zur unifornen Gesetzgebung, dies vor allem im Hinblick auf kleine, personenbezogene Gesellschaften, wie sie in der Schweiz die grosse Mehrheit bilden.

Die Gesetzgebungsarbeiten sind auch in diesem Bereich aus liberaler Sicht nicht ganz befriedigend verlaufen:

b) Zunächst ist offenkundig, dass die Gesetzgebungsarbeiten eher gebremst als vorangetrieben wurden und dass sie zudem auf eine «kleine» Reform ausgerichtet waren. Noch in der nationalrätlichen Kommission und in der ersten Beratung im Nationalrat wurde sodann an Orten zurückbuchstabiert, bei denen aus liberaler Sicht eine Weiterentwicklung wünschbar wäre. Ich denke etwa an den Rückschritt beim vernünftigen Kompromiss, der in der Frage der stillen Reserven und in anderen, die Transparenz fördernden Regelungen vorgeschlagen wurde. Es ist wohl in dieser Hinsicht nicht abwegig, wenn von Hans Abt in der NZZ die Frage aufgeworfen wurde, ob diese Reform nicht zum Trauerspiel gerate.

c) Sodann erstaunt, dass die kleine, personenbezogene AG von der Reform fast nicht erfasst wird. Gerade hier hätte m. E. die Aufgabe bestanden, sichere Rechtsgrundlagen zu schaffen für individuelle Ausgestaltungen im Einzelfall. Ich denke etwa an eine klare Basis für Aktienbindungsverträge, die auch im künftigen Recht im freien Raum schweben sollen.

#### 4. Weitere Gebiete

Aus Zeitgründen muss ich es mir unter-sagen, hier weitere Beispiele vorzutragen. Angedeutet sei nur zweierlei:

– An die Hand zu nehmen ist wohl das Problem der **Allgemeinen Geschäftsbedingungen**. Dabei braucht es m. E. keineswegs ein neues Spezialgesetz oder auch nur einen zusätzlichen Abschnitt im allgemeinen Vertragsrecht. Sinnvoll und nützlich wäre aber die Diskussion über eine **Erweiterung der richterlichen Kompetenzen**. Gerade wenn man die Anwendbarkeit von Allgemeinen Ge-

schaftsbedingungen nicht einschränken, die Parteien nicht zu Individualverträgen zwingen will, drängt sich eine offene Inhaltskontrolle von AGB auf ihre Angemessenheit und Ausgewogenheit hin auf.

– Immer wieder zu überdenken sind so-dann die Fragen der **gerichtlichen Durchsetzung des Rechts**. Zur Zeit wird man insbesondere prüfen müssen, ob nicht durch eine **allzu weit gehende Verfeinerung des Rechtsschutzes** die Effizienz der Rechtsbehelfe leidet. Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die **Prozessdauer**: Vor dem Zürcher Handelsgericht – einer durchaus speditiven Instanz – währt es bei einem voll durchgeführten Verfahren im Durchschnitt nicht weniger als 28 Monate, bis ein Urteil ergeht. Und ich bin selber in zwei Verfahren beteiligt, die als Folge der Ausschöpfung aller Rechtsmittel seit 1973 in erster Instanz hängig sind.

Dies einige Bemerkungen aus der Sicht des Juristen. Wenn sie überwiegend negativ ausgefallen sind, so möchte ich diesen Eindruck abschliessend korrigieren: Ich anerkenne durchaus die grossen Leistungen, die Liberale in den letzten Jahren auch im Bereich der Gesetzgebung vollbracht haben. Doch geht es hier darum, Arbeitsgebiete für unser Institut zu diskutieren, und dafür ist es eben nötig, auf Bereiche hinzuweisen, in denen es Arbeit zu tun gibt und nicht auf solche, in denen alles zum besten bestellt ist.

---

## Inhaltsangabe

### Editorial

von Robert Nef 15/3, 4

### Seminar 1986: «Liberales Herausforderungen»

15/5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13

**Kommunikations-Eisberg** 15/14

### Salvador de Madariaga - ein grosser Liberaler

von Frau Dr. Katharina Bretscher-  
Spindler 15/15, 16, 17, 18

### Thesen zur Stadt- und Umweltpolitik

von Robert Nef 15/19, 20, 21

### Schuld – Rechtfertigung – Verzicht

von Dr. iur. Martin Lendi 15/23, 24

### «Vom Menschen»

### Man sollte – es ist nicht so einfach

von Carel Capek 15/25, 26

### Für den Umgang mit Mitarbeitern zehn Leitsätze zuhanden von Vorgesetzten

von Prof. Dr. Karl Delhees 15/27, 28

**Aktuelle Stichworte** 15/29, 30, 31,  
32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39

### Interessencoupon für Veranstaltungen

15/40

---



**Nr. 15**

November 1986

**LIBERALES  
INSTITUT**

Stiftung zur Entfaltung freiheitlichen  
Gedankengutes